



JAVNA AGENCIJA REPUBLIKE SLOVENIJE ZA VARSTVO KONKURENCE

Dunajska 58, 1000 Ljubljana
T: 01 478 35 97
F: 01 478 36 08
E: gp_avk@gov.si
www.varstvo-konkurence.si

Številka: 306-14/2009-308

Datum: 22. 4. 2021

Javna agencija Republike Slovenije za varstvo konkurence, Dunajska 58, 1000 Ljubljana (v nadaljevanju: Agencija), izdaja v senatu, ki ga sestavljajo Andrej Matvoz kot predsednik senata ter mag. Karla Pinter in Franci Pušenjak kot člani senata, na podlagi 12., 12.o člena ter prvega odstavka 40. člena Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence¹ (v nadaljevanju: ZPOmK-1), v postopku ugotavljanja kršitve 9. člena ZPOmK-1 in 102. člena Pogodbe o delovanju Evropske unije² (v nadaljevanju: PDEU), prej 82. člena Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti³ (v nadaljevanju: PES), ki ga Agencija vodi zoper podjetje: Mobitel d.d. (zdaj Telekom Slovenije d.d.), Cigaletova 15, 1000 Ljubljana, ki ga zastopa predsednik uprave Cvetko Sršen in ki ga po pooblastilu zastopa Odvetniška družba Zdolšek, Miklošičeva cesta 5, 1000 Ljubljana, po uradni dolžnosti, na nejavni seji dne 24. 2. 2021, naslednji

S K L E P

- 1. Postopek ugotavljanja kršitve 9. člena ZPOmK-1 in 102. člena PDEU, prej 82. člena PES (v nadaljevanju: 102. člen PDEU), ki ga Agencija vodi pod opr. št. 306-14/2009, proti podjetju Mobitel d.d. (zdaj Telekom Slovenije d.d.), Cigaletova 15, 1000 Ljubljana, se ustavi.**
- 2. Izrek sklepa se objavi na spletni strani Agencije.**
- 3. V postopku izdaje tega sklepa niso nastali posebni stroški.**

¹ Uradni list RS, št. 36/2008, 40/2009, 26/2011, 87/11, 57/12, 39/13-odločba US, 63/13-ZS-K in 33/14, 76/15 in 23/17.

² Uradni list C št. 326 z dne 26. 10. 2012.

³ Uradni list RS, št. 7/04.

O b r a z l o ž i t e v:

I. STRANKA POSTOPKA

1. Stranka, proti kateri je Agencija s sklepom št. 306-14/2009-4 dne 19. 3. 2009 uvedla in vodila zadevni postopek, je bilo podjetje Mobitel d.d. (v nadaljevanju: Mobitel). Podjetje Mobitel je na trg stopilo leta 1991 in je bilo ponudnik tako storitev mobilne telefonije kot tudi operater omrežja. Podjetje Mobitel je bilo delniška družba v stoddstotni lasti podjetja Telekom Slovenije d.d. (v nadaljevanju: TS) in je bilo hkrati največji slovenski operater mobilnih telekomunikacij, katerega delež na trgu je ob uvedbi postopka dne 19. 3. 2009 znašal približno 60 odstotkov. Do pripojitve k matični družbi TS dne 1. 7. 2011 je bilo podjetje Mobitel vertikalno integrirani operater.
2. Upravi podjetij TS in Mobitel sta dne 8. 4. 2011 podpisali pogodbo o pripojitvi podjetja Mobitel k podjetju TS, ki je bila notarsko overjena pod opr. št. SV 360/11.. Soglasje k odločitvi o pripojitvi podjetja Mobitel k podjetju TS je bila sprejeta soglasno s sklepom tretje točke na seji skupščine podjetja Mobitel dne 1. 6. 2011, katerega sestavni del je tudi pogodba o pripojitvi podjetja Mobitel k podjetju TS. Podjetje Mobitel je bilo dne 1. 7. 2011 izbrisano iz sodnega registra Republike Slovenije in s tem prenehalo obstajati kot pravna oseba. Podjetje TS je s pripojitvijo podjetja Mobitel postalo njegov univerzalni pravni naslednik in tako vstopilo v vsa njegova pravna razmerja, vključno s procesnopравnimi (6 odstavek 580. člena Zakona o gospodarskih družbah).
3. Agencija je s sklepom št. 306-14/2009-12 z dne 18. 5. 2009 v predmetnem postopku priznala podjetju Tušmobil d.o.o., podjetje za mobilne komunikacije, Brnčičeva ulica 49, 1231 Ljubljana – Črnuče (v nadaljevanju: Tušmobil), status stranskega udeleženca. Glavna dejavnost podjetja Tušmobil je bila brezžična telekomunikacijska dejavnost.
4. Podjetje Tušmobil se je s spremembo lastniške strukture dne 14. 9. 2015 preimenovalo v Telemach Mobil, širokopasovne komunikacije, d.o.o., dne 6. 2. 2016 pa v Telemach, širokopasovne komunikacije, d.o.o.

II. POTEK POSTOPKA

5. Agencija je dne 23. 1. 2009 prejela prijavo podjetja Tušmobil (sedaj Telemach)⁴, v kateri je predlagalo, da Agencija uvede postopek ugotavljanja kršitev določb ZPOmK-1 proti podjetjema Mobitel (zdaj TS) in Si.mobil d.d., Šmartinska cesta 134 B, 1000 Ljubljana (zdaj A1 Slovenia, d.d.; v nadaljevanju: Simobil), ki naj bi zlorabili svoj prevladujoč položaj na malo-prodajnem trgu mobilne telefonije. Dne 25. 2. 2009 je podjetje Tušmobil, na podlagi poziva Agencije z dne 27. 1. 2009⁵, prijavo dopolnilo in predlagalo, da Agencija uvede postopek ugotavljanja kršitev določb ZPOmK-1 le proti podjetju Mobitel⁶.
- Agencija je dne 19. 3. 2009 po uradni dolžnosti izdala sklep o uvedbi postopka št. 306-14/2009-4, s katerim je na podlagi 23. in 24. člena ZPOmK-1 proti podjetju Mobitel uvedla postopek ugotavljanja kršitve določbe 9. člena ZPOmK-1 in 82 člena Pogodbe ES (zdaj 102.

⁴ Dokument št. 306-14/2009-1.

⁵ Dokument št. 306-14/2009-2.

⁶ Dokument št. 306-14/2009-3.

člena Pogodbe EU). Izkazana je bila namreč verjetnost, da je podjetje Mobitel zlorabilo prevladujoč položaj na:

(i) maloprodajnem trgu mobilne telefonije s tem, da je od 18. 11. 2008 dalje vodilo cenovno politiko posrednega ali neposrednega določanja nepoštenih prodajnih cen v naročniškem paketu Itak Džabest, in sicer tako, da je svojim končnim uporabnikom ponujalo storitve po cenah, ki so tako nizke, da ne dosegajo povprečnih variabilnih stroškov, s čimer je obstajala nevarnost, da lahko s takšnim ravnanjem na pomembnem delu trga izključi konkurenco, in sicer z izrinjanjem konkurentov in omejevanjem vstopa novih konkurentov na trg;

(ii) maloprodajnem trgu mobilne telefonije s tem, da je od 18. 11. 2008 dalje vodilo cenovno politiko posrednega ali neposrednega določanja nepoštenih prodajnih cen, in sicer tako, da je izvajalo neupravičeno cenovno diferenciacijo med cenami za klice, ki izvirajo in se zaključujejo v lastnem omrežju, ter cenami za klice, ki izvirajo iz lastnega omrežja, zaključujejo pa se v omrežjih drugih operaterjev, s čimer je obstajala nevarnost, da lahko s takšnim ravnanjem na pomembnem delu trga izključi konkurenco, in sicer z onemogočanjem ali oteženim prehajanjem končnih uporabnikov k drugim operaterjem mobilnih storitev ter s privabljanjem novih končnih uporabnikov v svoje omrežje;

(iii) na veleprodajnem trgu mobilne telefonije s tem, da je vodilo politiko cenovnih škarij z določanjem nepoštenih prodajnih cen, tako da je podjetju Tušmobil na tem trgu vzpostavilo in vzdrževalo cene prenosa podatkov, ki so bile višje kot cene prenosa podatkov, ki jih je podjetje TS zaračunavalo svojim končnim uporabnikom.

6. Dne 26. 3. 2009 je Agencija na svoji spletni strani objavila izvleček sklepa o uvedbi postopka⁷ in pozvala vse osebe, da Agenciji pošljejo podatke, ki bi lahko bili pomembni za odločitev.
7. Dne 26. 3. 2009 je Agencija s strani podjetja Tušmobil na podlagi 16. člena ZPOmK-1 prejela zahtevo za udeležbo v postopku⁸. Dne 18. 5. 2009 je Agencija izdala sklep⁹, s katerim je podjetju Tušmobil priznala status stranskega udeleženca.
8. Agencija je dne 11. 5. 2010 izdala povzetek relevantnih dejstev št. 306-14/2009-84 (v nadaljevanju: PRD), v katerem je navedla ugotovitve o dejstvih in dokazih, pomembnih za odločitve, glede ravnanja podjetja Mobitel pri sprejemu in uvedbi naročniškega paketa Itak Džabest in ga posredovala podjetju Mobitel.
9. Nezaupno različico povzetka relevantnih dejstev⁷ je Agencija posredovala tudi stranskemu udeležencu v postopku, podjetju Tušmobil.¹⁰
10. Agencija je dne 17. 5. 2010 izdala sklep¹¹, s katerim je odločila, da se zahtevi podjetja Mobitel z dne 10. 5. 2010 št. 306-14/2009-85 in z dne 13. 5. 2010 št. 306-14/2009-87 o dovolitvi v pogleda v celotno vsebino naslednjih dokumentov: 306-14/2009-1, 306-14/2009-32, 306-14/2009-33, 306-14/2009-39, 306-14/2009-41, 306-14/2009-58, 306-14/2009-59, 306-14/2009-61, 306-14/2009-70 in 306-14/2009-72 zavrneta v delu, ki se nanašata na poslovne skrivnosti podjetij, ki so posredovala podatke v navedenih dokumentih, razen v delu, kot so bili uporabljeni v postopku pri izdaji povzetka relevantnih dejstev z dne 11. 5. 2010 št. 306-14/2009-84. Agencija je hkrati zavrnila predlog podjetja Mobitel za izločitev izvajalca/izvedenca in dokumenta »Model za analizo maloprodajnih cen mobilnih operaterjev - Poročilo o

⁷ Dokument št. 306-14/2009-8.

⁸ Dokument št. 306-14/2009-6.

⁹ Dokument št. 306-14/2009-12.

¹⁰ Dokument št. 306-14/2009-84.

¹¹ Dokument št. 306-14/2009-88.

projektu«. Zoper sklep Agencije je podjetje Mobitel vložilo tožbo¹² pred Vrhovnim sodišče Republike Slovenije, ki je dne 11. 6. 2013 izdalo sklep št. G 12/2010-14, s katero je sklenilo, da se tožba podjetja Mobitel zavrže.¹³

11. Dne 24. 6. 2010 je podjetje Mobitel Agenciji posredovalo izjavo¹⁴ o povzetku relevantnih dejstev.
12. Agencija je dne 28. 6. 2010 od podjetja Mobitel prejela predlog zavez¹⁵, s katerimi naj bi se odpravilo stanje, iz katerega izhaja verjetnost predmetne kršitve.
13. Stranski udeleženec podjetje Tušmobil je dne 28. 6. 2010 Agenciji posredoval izjavo o povzetku relevantnih dejstev¹⁶.
14. Podjetje Mobitel je dne 28. 6. 2010 Agenciji posredovalo dopolnitev¹⁷ izjave o povzetku relevantnih dejstev.
15. Agencija je dne 9. 7. 2010 podjetju Mobitel posredovala pojasnilo glede ustreznosti predlaganih zavez¹⁸. Dopolnitev predloga zavez s strani podjetja Mobitel je Agencija prejela dne 3. 9. 2010¹⁹.
16. Dne 18. 2. 2011 je podjetje Simobil Agenciji poslalo zahtevo za udeležbo v postopku²⁰.
17. Agencija je dne 18. 4. 2011 s sklepom zavrgla omenjeno zahtevo podjetja Simobil za udeležbo v postopku²¹. Podjetje Simobil je zoper sklep Agencije pred Vrhovnim sodiščem RS sprožilo postopek sodnega varstva, omenjeno sodišče je dne 27. 9. 2011 izdalo sodbo št. G 25/2011-10 s katero je razsodilo, da se tožba zavrne in jo je Agencija prejela dne 11. 10. 2011.²²
18. Dne 3. 6. 2011 je Agencija izdala dopolnitev povzetka relevantnih dejstev z dne 11. 5. 2011²³. Izjavo na slednjo dopolnitev je Agencija prejela dne 22. 7. 2011 od podjetja Tušmobil²⁴, dne 25. 11. 2011 pa od podjetja Mobitel²⁵.
19. Dne 22. 6. 2011 je Agencija od podjetja Simobil prejela novo zahtevo za udeležbo v postopku opr. št. 306-14/2009²⁶.
20. Podjetje Mobitel je dne 17. 6. 2011 Agenciji posredovalo zahtevo za pregled celotne vsebine določenih dokumentov iz spisa 306-14/2009²⁷. To zahtevo je Agencija dne 18. 7. 2011 delno zavrnila.²⁸ Zoper sklep Agencije je podjetje Mobitel vložilo tožbo²⁹ pred Vrhovnim sodišče

¹² Dokument št. 306-14/2009-93.

¹³ Dokument št. 306-14/2009-283.

¹⁴ Dokument št. 306-14/2009-96.

¹⁵ Dokument št. 306-14/2009-97.

¹⁶ Dokument št. 306-14/2009-98.

¹⁷ Dokument št. 306-14/2009-99.

¹⁸ Dokument št. 306-14/2009-104.

¹⁹ Dokument št. 306-14/2009-113.

²⁰ Dokument št. 306-14/2009-145.

²¹ Dokument št. 306-14/2009-153.

²² Dokument št. 306-14/2009-222.

²³ Dokument št. 306-14/2009-166.

²⁴ Dokument št. 306-14/2009-197.

²⁵ Dokument št. 306-14/2009-198.

²⁶ Dokument št. 306-14/2009-178.

²⁷ Dokument št. 306-14/2009-173.

²⁸ Dokument št. 306-14/2009-193.

²⁹ Dokument št. 306-14/2009-93.

Republike Slovenije, ki je dne 11. 6. 2013 izdalo sklep št. G 40/2011-11, s katero je sklenilo, da se tožba podjetja Mobitel zavrže in ga je Agencija prejela dne 10. 7. 2013.³⁰

21. Dne 19. 7. 2011 je Agencija izdala sklep o zavrženju zahteve podjetja Simobil za udeležbo v postopku št. 306-14/2009³¹. Tudi zoper ta sklep je podjetje Simobil sprožilo postopek sodnega varstva pred Vrhovnim sodiščem RS, ki je dne 27. 9. 2011 izdalo sodbo št. G 39/2011-6 s katero je razsodilo, da se tožba zavrne in jo je Agencija prejela dne 11. 10. 2011.³²
22. Agencija je dne 19. 8. 2011 podjetju TS posredovala drugo dopolnitev povzetka relevantnih dejstev³³, v kateri je slednjemu predstavila razloge za nadaljevanje postopka opr. št. 306-14/2009 zoper podjetje TS in mu hkrati tudi vročila povzetek relevantnih dejstev³⁴ z dne 11. 5. 2010 ter dopolnitev povzetka³⁵ z dne 3. 6. 2011.
23. Podjetje TS je dne 19. 9. 2011 Agenciji posredovalo izjavo na drugo dopolnitev povzetka relevantnih dejstev z dne 19. 8. 2011³⁶.
24. Dne 13. 2. 2012 je Agencija izdala odločbo št. 306-14/2009-239³⁷, s katero je ugotovila, da je podjetje TS kršilo 9. člen ZPOmK-1 in 102. člen PDEU s tem, ko je od novembra 2008 do julija 2010, z namenom okrepitve ali ohranitve svoje tržne moči na pomembnem delu maloprodajnega trga mobilnih telekomunikacijskih storitev, ponujalo maloprodajni paket ITAK Džabest po nepoštenih prodajalnih cenah, saj so bili prirastni prihodki tega paketa nižji od prirastnih stroškov, ki jih je imelo podjetje TS s povprečnim naročnikom oziroma ki bi jih imel enako učinkovit konkurent, zaradi česar je obstajala verjetnost izrinjanja konkurentov s trga, s čimer je zlorabilo prevladujoč položaj na slovenskem maloprodajnem trgu mobilnih telekomunikacijskih storitev, kar bi lahko prizadelo trgovino med državami članicami
25. Agencija je z odločbo, omenjeno v prejšnji točki, odločila še, da se postopek proti podjetju TS v delu, v katerem se je nanašal na ugotavljanje, ali je podjetje TS zlorabilo prevladujoč položaj z oblikovanjem cenovnih škarij tako, da je podjetju Tušmobil prenos podatkov zaračunavalo po cenah, ki so bile višje od cene prenosa podatkov, ki jih je podjetje TS zaračunavalo svojim končnim uporabnikom, ustavi.
26. Zoper izpodbijano odločbo št. 306-14/2009-239 je stranka postopka pri Vrhovnem sodišču RS vložila tožbo³⁸.
27. Dne 13. 4. 2012 je družba Tušmobil vložila zahtevo za priznanje položaja stranke v predmetnem postopku sodnega varstva, katero je Vrhovno sodišče RS s sodbo št. G 9/2012-10 dne 22. 5. 2012 zavrnilo in jo je Agencija prejela dne 6. 6. 2012.³⁹
28. Dne 10. 7. 2012 je tudi družba Si.mobil vložila zahtevo za priznanje položaja stranke v predmetnem postopku sodnega varstva, katero je Vrhovno sodišče RS s sklepom št. G 9/2012-17 z dne 16. 10. 2012 zavrnilo. Agencija je sklep prejela dne 2. 11. 2012.⁴⁰

³⁰ Dokument št. 306-14/2009-282.

³¹ Dokument št. 306-14/2009-194.

³² Dokument št. 306-14/2009-221

³³ Dokument št. 306-14/2009-206.

³⁴ Dokument št. 306-14/2009-84.

³⁵ Dokument št. 306-14/2009-166.

³⁶ Dokument št. 306-14/2009-216.

³⁷ Dokument št. 306-14/2009-239.

³⁸ Dokument št. 306-14/2009-248.

³⁹ Dokument št. 306-14/2009-257.

⁴⁰ Dokument št. 306-14/2009-275.

29. Dne 26. 11. 2013 je Vrhovno sodišče RS s sodbo št. G 9/2012-28 ugodilo tožbi podjetja TS zoper odločbo št. 306-14/2009-239, izpodbijano odločbo odpravilo in zadevo vrnilo Agenciji v ponovni postopek.
30. Agencija je v nadaljevanju postopka še dodatno raziskala relevantno dejansko stanje oziroma dopolnila dejanske ugotovitve v postopku in tako opravila dodatne poizvedbe.⁴¹
31. Dne 12. 10. 2015 je Agencija izdala sklep o razširitvi postopka št. 306-14/2009-296⁴².
32. Dne 6. 3. 2020 je Agencija izdala sklep o zavrženju zahteve podjetje Si.mobil z dne 30. 1. 2014 za udeležbo v postopku opr. št. 306-14/2009.⁴³ Zoper ta sklep podjetje Si.mobil ni sprožilo postopek sodnega varstva.

II. PRAVNA PODLAGA

49. Zakon o upravnem sporu (v nadaljevanju: ZUS-1)⁴⁴ v četrtem odstavku 64. člena določa, da mora pristojni organ, v primerih, kadar sodišče tožbi ugodi in s sodbo izpodbijani upravni akt odpravi, izdati nov upravni akt, pri čemer je vezan na pravno mnenje sodišča glede uporabe materialnega prava in na njegova stališča, ki se tičejo postopka
50. ZPOMK-1 v prvem odstavku 40. člena določa, da Agencija s sklepom ustavi postopek, če v njem ne ugotovi kršitve določb 6. ali 9. člena ZPOMK-1 ali 101 ali 102 člena PDEU (prej 81. in 82. člen PES) ali če posebne okoliščine kažejo, da postopek ne bi bil smotrno
51. Sklep o ustavitvi postopka ni meritorna odločitev v zadevi, kar pomeni, da Agencija s takim sklepom ni ugotovila, da podjetje ni kršilo določb zakona, temveč je ugotovila, da ni več pogojev za vodenje postopka po uradni dolžnosti in za izdajo ene od meritornih odločb. Sklep o ustavitvi postopka tako ne more postati meritorno pravnomočen in preprečevati ponovnega začetka postopka⁴⁵
52. Vrhovno sodišče v sodbi št. G 9/2012-28 z dne 26. 11. 2013⁴⁶ glede ustavitve postopka iz razloga smotrnosti navaja, da zakon ne določa, katere so tiste okoliščine, ki kažejo na nesmotrnost postopka. Gre za pravni standard, ki ga s svojo prakso napolnjujeta Agencija in sodišče. Na področju, kot je konkurenčno pravo, je treba upoštevati, da se pravne in dejanske okoliščine lahko od primera do primera bistveno razlikujejo, zato Agencija ne sme biti vezana na točno določene posebne okoliščine oziroma njihovo število ne sme biti omejeno.
53. Pri presoji, ali je vodenje postopka smotrno, Agencija uporablja smiselno enake kriterije kot jih uporablja Evropska komisija pri presojanju, ali obstaja interes Unije: pomembnost/obseg vpliva na pogoje konkurence na ozemlju Republike Slovenije (geografski doseg, ekonomski pomen domnevne kršitve, tržni položaj domnevnega kršitelja); obstoj sorazmernosti med obsegom preiskave, ki bo potrebna za ugotovitev obstoja kršitve, in verjetnostjo, da se obsto

⁴¹ Dokument št. 306-14/2009-291, 306-14/2009-293, 306-14/2009-297, 306-14/2009-299, 306-14/2009-292, 306-14/2009-294, 306-14/2009-298, 306-14/2009-300.

⁴² Dokument št. 306-14/2009-296

⁴³ Dokument št. 306-14/2009-305.

⁴⁴ Uradni list RS, št. 105/06, 107/09 - odl. US, 62/10, 98/11 - odl. US in 109/12.

⁴⁵ Grlic, Peter in ostali, Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence (ZPOMK-1) s komentarjem, Ljubljana 2009, str. 406.

⁴⁶ Sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. G 9/2012, z dne 26. 11. 2013, točka 20, dokument št. 306-14/2009-284, knjižen dne 6. 12. 2013.

kršitve sploh dokaže; obstoj, prenehanje oziroma razne spremembe zatrjevanega ravnanja ob upoštevanju morebitnih protikonkurenčnih učinkov in resnosti kršitve ter učinek morebitne odločbe o ugotovitvi kršitve na trg glede na časovno oddaljenost protipravnega ravnanja⁴⁷.

III. GLEDE KRŠITVE 9. ČLENA ZPOMK-1 IN 102. ČLENA PDEU

a) *Sodba št. G 9/2012-28 – Telekom Slovenije d.d.*

54. Sodišče je v zgoraj navedeni odločitvi navedlo, da je Agencija v izpodbijani odločbi št. 306-14/2009-239 z dne 13. 2. 2012, s katero je Agencija ugotovila, da je podjetje TS kršilo 9. člen ZPOMK-1 in 102. člen PDEU s tem, ko je od novembra 2008 do julija 2010 z namenom okrepitve ali ohranitve svoje tržne moči na pomembnem delu maloprodajnega trga mobilnih telekomunikacijskih storitev ponujalo maloprodajni paket ITAK Džabest po nepoštenih prodajnih cenah, zaradi česar je obstajala verjetnost izrinjanja konkurentov s trga, opustila ustrezne navedbe o izvedenih in uporabljenih dokazih, saj iz odločbe ne izhaja, na katere dokaze se bistvene dejanske ugotovitve Agencije točno opirajo. Čeprav so v izpodbijani odločbi navedeni vsi pridobljeni dokazi, je sodišče zaključilo, da je bila iz obrazložitve izpuščena ustrezna navedba *uporabljenih dokazov*.
55. Posledično je bila po mnenju sodišča z opustitvijo obrazložitve o izvedenih in uporabljenih dokazih onemogočena kontrola tako o pravilni uporabi 18. in 19. člena ZPOMK-1 kot tudi o tem, ali je bilo pravilno ugotovljeno dejansko stanje, kot še izhaja iz izpodbijane odločbe. Sodišče je dodalo, da je jasna navedba izvedenih oz. uporabljenih dokazov v končni odločbi ključna tudi za preizkus očitka kršitve pravice do obrambe in kontradiktornosti postopka, saj je dolžnost razkritja dokumentov odvisna od tega, ali je zaupni podatek uporabljen kot dokaz o relevantnem dejstvu. Sodišče je nadalje navedlo, da sta bili podjetju TS v postopku pred Agencijo kršeni tudi pravica do vpogleda v spis ter pravica do izjave v smislu 3. točke drugega odstavka 237. člena ZUP s tem, ko je Agencija v izdani odločbi popolnoma opustila obrazložitev (bistvenih) razlogov za zavrnitev vpogleda v spis ter obravnavo predlaganih dokazov.
56. Poleg omenjenih procesnih napak sodišče navaja tudi določene materialnopravne kršitve, in sicer, da je bila s strani Agencije nezadostno pojasnjena metoda in podlaga za izračun elementov cene in stroškov paketa ITAK Džabest. Sodišče je v odločitvi opozorilo tudi na to, da izpodbijana odločba ne temelji na neposrednih dokazih, ki bi praviloma zajemali dokumente prevladujočega podjetja, iz katerih bi bila jasno razvidna strategija oblikovanja plenilskih cen (kot je podrobni načrt poslovanja z izgubo, da bi se izključil konkurent, preprečil vstop na trg ali vzpostavitev trga), ali dokazi konkretnih groženj dejavnosti z oblikovanjem plenilskih cen⁴⁸, da »plenilskega namena« neposredno ne dokazuje očitana opustitev stroškovnih kalkulacij, kot to izhaja iz 228. točke obrazložitve izpodbijane odločbe,⁴⁹ ter da je pri presoji očitka selektivnih plenilskih cen bistven dejavnik sposobnost (in posledično namen) prevladujočega podjetja, da lahko izključi konkurente s trga (izključitvena moč).⁵⁰
57. Tudi pri določitvi relevantnega trga je Sodišče izpostavilo, da Agencija ni opravila potrebne ekonometrične analize, ki bi upoštevale različne kvantitativne dejavnike. Glede analize prevladujočega položaja podjetja TS na upoštevnem trgu je Sodišče presodilo, da Agencija v odločbi ni zadostno obrazložila, zakaj je podjetje TS pri ponujanju ITAK Džabest paketov, kljub tržnim razmeram, ki so načeloma odkazovale na obstoj »živahne konkurence« med

⁴⁷ Tako predlog ZPOMK-1, redni postopek, EVA 2007-2111-0017, str. 100

⁴⁸ Sodba VSRS št. G 9/2012 z dne 26.11.2013, 23. točka

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*, točka 30.

mobilnimi operaterji (različni tržni deleži med konkurenti ob padajočem tržnem deležu podjetja TS), lahko ravnalo neodvisno od konkurentov ali potrošnikov (»cenovna« ter »izključitvena« moč). Prav tako je sodišče kritiziralo pomanjkljivo obrazložitev glede obstoja verjetnosti izključitve konkurentov s trga ter dolgoročne škode potrošnikov zaradi uvedbe spornega paketa ITAK Džabest.⁵¹

58. Sodišče je v postopku sodnega varstva odločbo Agencije tako odpravilo in zaključilo, da naj Agencija v ponovnem postopku dopolni dejanske ugotovitve in izvede oz. se opredeli do dokazov, ki jih je ponudila stranka postopka, ter ponovno presodi, ali je v obravnavani zadevi izkazana zadostna stopnja škodljivosti za konkurenco.
59. Agencija ocenjuje, da bi izpolnitev zgoraj navedenih navodil sodišča pomenila, da bi morala Agencija glede na standard, ki ga je postavilo sodišče, dodatno pridobiti številne nove podatke (npr. neposredne dokaze, ki bi zajemali dokumente, iz katerih bi bila jasno razvidna strategija oblikovanja plenilskih cen za obdobje domnevne kršitve izpred skoraj desetih let) in izvesti poseben ugotovitveni postopek z, med drugim, zahtevnimi ekonometričnimi analizami, kar pa glede na konkretne okoliščine zadeve ne bi bilo smotno. Dopolnjevanje dokaznega postopka in ponovno ugotavljanje dejanskega stanja v obsegu, v katerem naj bi ga bilo po sodbi Vrhovnega sodišča RS treba ugotoviti, bi bilo po oceni Agencije namreč zahtevno in s tem zamudno, še posebej z ozirom na veliko časovno oddaljenost kršitve (skoraj 11 let), težavnost ugotavljanja konkretnih posledic in negotovosti izida ugotovitvenega postopka.
60. Ob tem Agencija poudarja, da je z namenom izpolnitve navodil Vrhovnega sodišča že skušala dopolniti dejanske ugotovitve v postopku in pridobiti dodatne dokaze, a slednjih ni uspela pridobiti in tako tudi ne dopolniti svojih ugotovitev. Verjetnost, da bi dodatne dokaze za izpolnitev navodil sodišča bilo moč pridobiti v bodoče, zlasti upoštevajoč dejstvo, da je podjetje TS že natančno seznanjeno z očitki Agencije in da je od očitane kršitve minilo že več kot 11 let, pa je praktično nična
61. Poleg omenjenega Agencija dodaja, da se je obravnavani postopek nanašal na sporno poslovno prakso, ki je bila izvedena med letoma 2008 in 2010. Podjetje TS naj bi prenehalo z domnevno kršitvijo avgusta 2010, ko je dvignilo ceno paketa Itak Džabest.⁵² Od takrat se je trg mobilne telefonije tudi pomembno spremenil. Nekateri konkurenti podjetja TS so v tem obdobju zabeležili rast svojih tržnih deležev (npr. Tuš mobil (zdaj Telemach) je od leta 2010 do 2019 pridobil 13,2 % tržni delež)⁵³, na trg pa so vstopili tudi novi ponudniki (npr. MVNO operater Hot Mobil).
62. Omenjeno dogajanje na trgu je posledično vplivalo tudi na tržni položaj podjetja TS, ki je v obdobju od leta 2010 do danes zabeležilo padec tržnega deleža, in sicer iz 54,7 % v četrtem četrtletju 2010⁵⁴ na 42,6 % v četrtem četrtletju 2018⁵⁵, je pa tudi edini ponudnik mobilnega širokopasovnega dostopa do interneta, ki v drugem četrtletju 2020 ni zabeležil povečanje števila uporabnikov.⁵⁶ Slednje dodatno nakazuje na to, da učinek, ki bi se z izdajo nove ugotovitvene odločbe na upoštevem trgu dosegel, ne bi imel več pomembnih pravnih in dejanskih posledic na strukturo trga in bi bil zaradi tega, kot že omenjeno zgoraj, predvsem z

⁵¹ *Ibidem*, točka 31

⁵² *Ibidem*, točka 227.

⁵³ Primerjaj stran 21 poročila AKOS za leto 2018 in točko 203 izpodbjane odločbe št 306-14/2009-239

⁵⁴ *Ibidem*, točka 203.

⁵⁵ Agencija za komunikacijska omrežja in storitve, Četrletno poročilo o razvoju trga elektronskih komunikacij za četrto četrtletje 2018 (v nadaljevanju: Poročilo AKOS za leto 2018), stran 21: https://www.akos-rs.si/fileadmin/user_upload/Cetrletno-porocilo-Q4-2018.pdf

⁵⁶ Agencija za komunikacijska omrežja in storitve, Četrletno poročilo o razvoju trga elektronskih komunikacij za drugo četrtletje 2020 https://www.akos-rs.si/fileadmin/user_upload/Cetrletno_porocilo_Q2_2020.pdf, stran 6.

ozirom na težavnost ugotavljanja konkretnih posledic in negotovosti izida ugotovitvenega postopka, nesorazmeren.

63. Upošteva je zgoraj navedeno Agencija meni, da ni sorazmernosti med zahtevnostjo in obsežnostjo dopolnjevanja ugotovitvenega postopka in učinki, ki bi jih imela morebitna odločba o ugotovitvi kršitve na trgu, še posebej glede na izrecna navodila sodišča glede uporabe prava, pridobitve dodatnih neposrednih dokazov in obsežno presojo trditev in dokazov stranke postopka. Kot že omenjeno zgoraj, je Agencija poskusila slediti navodilom Sodišča v zvezi s pridobitvijo neposrednih dokazov o obstoju predatorske izključevalne strategije podjetja TS, a takšnih dokazov ni uspela pridobiti. Agencija se zato tudi ni podrobneje opredelila do drugih pomislekov, ki jih je sodišče navedlo v svojih odločitvah, saj je ocenila, da nadaljnji postopek ugotavljanja kršitve ne bi bil smotrni in ga je treba ustaviti. Zaradi vsega navedenega je Agencija odločila, kot izhaja iz izreka tega sklepa.

IV. OBJAVA IZREKA SKLEPA

64. Na podlagi petega odstavka 22 člena ZPOmK-1 se izrek sklepa, s katerim se postopek konča, objavi na spletni strani Agencije.

V. ODLOČITEV O STROŠKIH POSTOPKA

65. V skladu s tretjim odstavkom 118. člena Zakona o splošnem upravnem postopku⁵⁷ mora organ odločiti o stroških postopka. Glede na to, da posebni stroški v postopku niso nastali, je organ odločil, kot izhaja iz tretje točke izreka tega sklepa.

POUK O PRAVNEM SREDSTVU:

Zoper ta sklep je dovoljeno vložiti tožbo pri Upravnem sodišču RS, Fajfarjeva 33, 1000 Ljubljana, v roku tridesetih dni od dneva vročitve sklepa. Tožba se v dveh izvodih vloži pri sodišču ali pa se pošlje po pošti. Šteje se, da je bila tožba vložena pri sodišču tisti dan, ko je bila priporočeno oddana na pošto.

Pripravil:
Berni Šiftar



Andrej Matvoz
predsednik senata

Vročiti – osebno po ZUP:

Vložiti:

- zbirka dokumentarnega gradiva, tu.

⁵⁷ Uradni list RS, št. 24/06-UPB2, 105/06-ZUS-1, 126/07, 65/08, 47/09 Odl.US: U-I-54/06-32 (48/09 popr.), 8/10 in 82/13