

## VISOKI UPRAVNI SUD REPUBLIKE HRVATSKE

1668

### PRESUDA

Visoki upravni sud Republike Hrvatske u vijeću sastavljenom od sutkinja toga suda Sanje Otočan, predsjednice vijeća, Fedore Lovričević-Stojanović i Dijane Vidović, članica vijeća, te Martine Sitar, zapisničarke, u upravnom sporu tužitelja Hrvatskog Telekom d.d. Zagreb, Ulica Roberta Frangeša Mihanovića 9, kojeg zastupa opunomoćenica Iva Cibulić, protiv tuženika Hrvatske agencije za poštu i elektroničke komunikacije (sada: Hrvatska regulatorna agencija za mrežne djelatnosti), Zagreb, Ulica Roberta Frangeša Mihanovića 9, kojeg zastupa opunomoćenica Marina Brkljačić, radi određivanja operatora sa značajnom tržišnom snagom i regulatornih obveza, nakon usmene i javne rasprave, 13. srpnja 2015.

#### presudio je

I. Odbija se tužbeni zahtjev za poništenje odluke tuženika, klasa: UP/I-344-01/11-07/07, urbroj: 376-11-12-9 od 21. ožujka 2012.

II. Ova presuda će se objaviti u »Narodnim novinama«.

#### O b r a z l o ž e n j e

Tužitelj je podnio pravodobnu i dopuštenu tužbu protiv odluke tuženika klasa: UP/I-344-01/11-07/07, urbroj: 376-11-12-9 od 21. ožujka 2012.

Točkom I. izreke osporavane odluke tužitelj je sa svojim povezanim društvom, Iskon Internetom d.d., Zagreb, Garićgradska 18, određen operatorom sa značajnom tržišnom snagom na tržištu maloprodaje širokopojasnog pristupa Internetu te na usko povezanom tržištu prijenosa televizijskih programa uz plaćanje naknade.

Točkom II. izreke odluke, tužitelju i Iskon Internetu d.d., Zagreb, u svrhu nadzora maloprodajnih cijena usluga, određene su regulatorne obveze zabrane sprječavanja ulaska na tržište ili ograničavanja tržišnog natjecanja određivanjem preniskih cijena usluga, zabrane davanja neopravdane prednosti pojedinim krajnjim korisnicima usluga te zabrane neopravdanog povezivanja određenih vrsta usluga.

Prema točki III. izreke odluke, mjere, način, uvjeti i rokovi provođenja regulatornih obveza iz točke II. izreke propisani su dokumentom tuženika »Analiza tržišta maloprodaje širokopojasnog pristupa Internetu« koji je u cijelosti sastavni dio osporavane odluke.

Protiv odluke tuženika tužitelj podnosi tužbu zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja i pogrešne primjene materijalnog prava. U tužbi i tijekom postupka pred ovim Sudom u bitnom ističe da je tuženik osporavanom odlukom utvrdio kako mjerodavno tržište maloprodaje širokopojasnog pristupa Internetu podliježe prethodnoj regulaciji, slijedom čega je proveo postupak analize tržišta i proglasio tužitelja operatorom sa značajnom tržišnom snagom na tom tržištu te mu odredio regulatorne obveze. Međutim, tuženik je, pored toga, utvrdio postojanje maloprodajnog tržišta prijenosa televizijskih programa uz plaćanje naknade, koje, prema mišljenju tuženika također podliježe prethodnoj regulaciji, s obzirom na to da između tih dvaju tržišta postoje

veze koje omogućavaju prijenos značajne tržišne snage s jednog tržišta na drugo. Stoga je tuženik proglasio tužitelja operatorom sa značajnom tržišnom snagom i na usko povezanom tržištu prijenosa televizijskih programa uz plaćanje naknade i odredio mu regulatorne obveze. Tužitelj nadalje ističe kako nije sporno da se dva navedena tržišta mogu smatrati povezanim tržištima, međutim, smatra da je tuženik, osporavanom odlukom u dijelu koji se odnosi na tržište prijenosa televizijskih programa uz plaćanje naknade, prekoračio svoje ovlasti propisane člankom 5. Zakona o elektroničkim komunikacijama (»Narodne novine« 73/08., 90/11., 133/12., 80/13. i 71/14.) budući da je pretpostavka za tuženikovu nadležnost nad regulacijom usko povezanog tržišta da se i usko povezano tržište može podvesti pod kategoriju elektroničkih komunikacijskih tržišta, što nije slučaj kod tržišta televizije. Ukazuje na odredbe Zakona o elektroničkim komunikacijama prema kojima tuženikova nadležnost obuhvaća samo područje elektroničkih komunikacija odnosno elektroničkih komunikacijskih usluga, koja usluga je, prema definiciji iz članka 2. stavka 1. točke 10. Zakona o elektroničkim komunikacijama, usluga koja se, u pravilu, pruža uz naknadu, a sastoji se u cijelosti ili većim dijelom od prijenosa signala u elektroničkim komunikacijskim mrežama, uključujući telekomunikacijske usluge i usluge prijenosa u radiodifuzijskim mrežama, što ne obuhvaća usluge pružanja sadržaja i obavljanja uredničkog nadzora nad sadržajem koji se prenosi korištenjem elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga. Obrazlažući tvrdnju o tuženikovoj nenadležnosti, tužitelj navodi da se usluga prijenosa televizijskih programa uz plaćanje naknade (IPTV usluga) sastoji od tri komponente: usluge obavljanja uredničkog nadzora nad sadržajem, usluge pružanja sadržaja i distribucije sadržaja. Smatra da tuženik ima ovlast regulacije isključivo nad trećom komponentom – distribucijom sadržaja, dok regulaciju nad ostalim dvjema komponentama obavljaju Agencija za elektroničke medije odnosno Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja. Kako usluga distribucije, odnosno prijenosa sadržaja, kao sastavni dio IPTV usluge, čini njezin manji dio, tužitelj smatra da tuženik nije nadležan za određivanje regulatornih obveza za tu (IPTV) uslugu. Mišljenja je da je tuženik trebao utvrditi koji dio IPTV usluge čini distribucija, tj. prijenos signala. Nadalje, ističe da su izrečene regulatorne obveze nerazmjerne i nezakonito ograničavaju njegovu Ustavom zajamčenu poduzetničku i tržišnu slobodu te mu nanose teško popravljivu štetu. Poziva se i na praksu članica Europske unije prema kojoj regulatori elektroničkih komunikacija određuju regulatorne mjere isključivo u odnosu na uslugu prijenosa signala te ne protežu svoje ovlasti na uslugu pružanja sadržaja, s obzirom na to da je takva mogućnost isključena Okvirnom direktivom Europske unije od 7. ožujka 2002. Predlaže provođenje vještačenja po ovlaštenom telekomunikacijskom vještaku radi utvrđivanja činjenice koji dio IPTV usluge čini prijenos signala, a koji dio pružanje sadržaja. U podnesku od 6. srpnja 2015. kojim se očituje o tuženikovu odgovoru na tužbu, tužitelj ponavlja navode iz tužbe te dodaje da se tuženik poziva samo na tri članka Zakona o elektroničkim komunikacijama, zanemarujući temeljne odredbe toga Zakona kojima je određeno područje primjene Zakona te područje na koje se proteže nadležnost tuženika. Smatra da osporavanom odlukom tuženik regulira sadržaj programa koji tužitelj pruža svojim korisnicima. Kao dokaz toj tvrdnji prilaže obavijesti od 25. travnja 2014. i od 21. siječnja 2015. kojima tužitelj obavještava tuženika o određenim promjenama u programskim kanalima obuhvaćenim MAXtv programskim paketima. Predlaže poništavanje osporavane odluke u cijelosti.

U odgovoru na tužbu i tijekom postupka pred Sudom tuženik u cijelosti ostaje kod osporavane odluke, u bitnom ističući da je u postupku analize tržišta maloprodajnog širokopojsnog pristupa Internetu utvrđeno da je tužitelj operator sa značajnom tržišnom snagom koji može taj svoj položaj iskoristiti i prenijeti svoju tržišnu snagu na drugo, usko povezano tržište prijenosa televizijskih programa uz plaćanje naknade. Slaže se s tužiteljem glede sastavnih dijelova IPTV usluge, međutim, dodaje da tužitelj nije obrazložio na koji način iz članaka 53., 54. i 56. Zakona o elektroničkim komunikacijama proizlazi da tuženik ne može provesti prethodnu regulaciju na tržištu koje se jednim dijelom sastoji od elektroničke komunikacijske usluge, a drugim dijelom od usluge pružanja sadržaja. Navodi da ni iz jedne odredbe Zakona o elektroničkim komunikacijama na koju se tužitelj poziva ne proizlazi da je tržište koje se sastoji od usluga koje uključuju i elektroničku komunikacijsku uslugu i još neku drugu uslugu unaprijed izuzeto od prethodne regulacije. Stoga smatra neutemeljenim tužiteljev navod o pogrešnoj primjeni materijalnog prava. Nadalje navodi da izrečene regulatorne obveze koje se odnose na IPTV uslugu ni na koji način nisu usmjerene na regulaciju sadržaja koji tužitelj nudi ili planira ponuditi krajnjim korisnicima. Regulatorne obveze odnose se na dokazivanje troškovne usmjerenosti cijena IPTV usluge. Tuženik naglašava da tužitelj samo za potrebe ovog postupka pravi razliku između dijela IPTV usluge koja predstavlja elektroničku komunikacijsku uslugu i drugog dijela usluge – pružanja sadržaja. U stvarnosti ta razlika ne postoji. Tužiteljev prigovor o nerazmjernosti u određivanju regulatornih obveza tuženik smatra neosnovanim, ističući da su u konkretnom slučaju regulatorne obveze pažljivo odmjerene. Smatra da je pitanje u kojoj je mjeri IPTV usluga elektronička komunikacijska usluga, o čemu ovise njegove regulatorne ovlasti nad tom uslugom, pravno pitanje tumačenja zakona, o kojemu treba odlučiti sud. Stoga se tuženik protivi tužiteljevu dokaznom prijedlogu za provođenje vještačenja. U odnosu na obavijesti od 25. travnja 2014. i od 21. siječnja 2015. koje je tužitelj dostavio

uz očitovanje na odgovor na tužbu, na ročištu 6. srpnja 2015., tuženik ističe da navedene obavijesti nisu u vezi s predmetom spora. Pored toga ističe da je u tijeku postupak analize tržišta koja su bila predmet prethodne regulacije te se očekuje deregulacija. Predlaže odbijanje tužbenog zahtjeva.

*Tužbeni zahtjev nije osnovan.*

Sud je dana 6. srpnja 2015. održao usmenu i javnu raspravu u nazočnosti opunomoćenice tužitelja i opunomoćenice tuženika te je svakoj stranci omogućeno izjasniti se o zahtjevima i navodima druge stranke te o svim činjenicama i pravnim pitanjima koja su predmet upravnog spora.

U dokaznom postupku Sud je izvršio uvid u sudski spis kao i spis tuženika. Sud je odbio tužiteljev dokazni prijedlog za provođenje vještačenja po vještaku telekomunikacijske struke radi utvrđivanja udjela usluge prijenosa sadržaja i udjela usluge pružanja sadržaja u cjelokupnoj IPTV usluzi, odnosno radi utvrđivanja činjenice je li tužiteljeva IPTV usluga elektronička komunikacijska usluga čija je regulacija u nadležnosti tuženika. Provođenje navedenog dokaza Sud je ocijenio nepotrebnim budući da je ocjenom činjenica koje su razvidne iz spisa premeta u svjetlu mjerodavnih odredaba Zakona o elektroničkim komunikacijama Sud utvrdio kako tužiteljeva IPTV usluga predstavlja elektroničku komunikacijsku uslugu.

Na temelju razmatranja svih činjeničnih i pravnih pitanja, Sud je, sukladno članku 55. stavku 3. Zakona o upravnim sporovima (»Narodne novine« 20/10., 143/12. i 152/14.), utvrdio da tužbeni zahtjev nije osnovan.

Zakonom o elektroničkim komunikacijama (u daljnjem tekstu: ZEK) uređeno je područje elektroničkih komunikacija i to, između ostalog, korištenje elektroničkih komunikacijskih mreža i pružanje elektroničkih komunikacijskih usluga.

Značenje pojma elektronička komunikacijska usluga utvrđeno je člankom 2. stavkom 1. točkom 10. ZEK-a kojim je, između ostalog, propisano da je to usluga koja se, u pravilu, pruža uz naknadu, a sastoji se u cijelosti ili većim dijelom od prijenosa signala u elektroničkim komunikacijskim mrežama, uključujući telekomunikacijske usluge i usluge prijenosa u radiodifuzijskim mrežama, što ne obuhvaća usluge pružanja sadržaja i obavljanja uredničkog nadzora nad sadržajem koji se prenosi korištenjem elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga.

Člankom 5. stavkom 1. ZEK-a propisano je da je Hrvatska regulatorna agencija za mrežne djelatnosti (u daljnjem tekstu: Agencija) nacionalna regulatorna agencija za obavljanje regulatornih i drugih poslova u okviru djelokruga i nadležnosti propisanih ZEK-om te posebnim zakonima kojima se uređuje područje poštanskih usluga i regulacija tržišta željezničkih usluga.

Člankom 5. stavkom 3. točkom 2. ZEK-a propisano je da Agencija promiče tržišno natjecanje u obavljanju djelatnosti elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga te elektroničke komunikacijske infrastrukture i povezane opreme i to osobito sprječavanjem narušavanja ili ograničavanja tržišnog natjecanja u području elektroničkih komunikacija, uključujući i prijenos sadržaja.

Tržišno natjecanje u obavljanju djelatnosti u području elektroničkih komunikacija uređeno je Glavom VIII. ZEK-a u kojoj je, između ostalog, propisan postupak analize tržišta, utvrđivanja tržišta podložnih prethodnoj regulaciji, određivanja mjerodavnih tržišta i operatora sa značajnom tržišnom snagom te određivanja regulatornih obveza.

Člankom 55. stavkom 5. ZEK-a propisano je da se u slučaju da jedan od operatora ima značajnu tržišnu snagu na određenom mjerodavnom tržištu, može odrediti operatorom sa značajnom tržišnom snagom i na usko povezanom tržištu ako su veze između ta dva tržišta takve da dopuštaju prijenos tržišne snage s jednog tržišta na drugo, povećavajući pritom tržišnu snagu tog operatora.

U upravnom postupku koji je prethodio ovom upravnom sporu tuženik je utvrdio da je tržište maloprodaje širokopojasnog pristupa Internetu tržište podložno prethodnoj regulaciji jer su zadovoljena sva tri mjerila propisana člankom 53. stavkom 2. ZEK-a. Nakon što je odredio granice mjerodavnog tržišta, tuženik je, primjenjujući mjerila propisana člankom 55. stavka 3. ZEK-a, odredio tužitelja (zajedno s Iskon Internetom d.d., Zagreb) operatorom sa značajnom tržišnom snagom na tržištu maloprodaje širokopojasnog pristupa Internetu te mu odredio regulatorne obveze. Pozivajući se na ovlaštenje iz članka 55. stavka 5. ZEK-a, tuženik je utvrdio da je tužitelj (zajedno s Iskon Internetom d.d., Zagreb) operator sa značajnom tržišnom snagom i na usko povezanom tržištu prijenosa televizijskih programa uz plaćanje naknade jer su veze između ta dva tržišta takve da dopuštaju prijenos tržišne snage s jednog tržišta na drugo. Stoga su i u odnosu na to tržište tužitelju i Iskon Internetu d.d.,