

PITANJE USTAVNOSTI ODREDBAMA KOJIMA SE NAMEĆE OBVEZA OBJAVE JAVNE PONUDE ZA PRIENOS NENAPLATNIH KANALA TELEVIZIJE PREMA ZAKONU O ELEKTRONIČKIM MEDIJIMA

Izvorni znanstveni rad

UDK 347.776(497.5)
316.774:004.45](497.5)
342.565.2(497.5)

Primljeno: 7. studenog 2023.

Dr. sc. Hrvoje Lisičar*

Dr. sc. Siniša Petrović**

Odredbama Zakona o elektroničkim medijima, donesenog 2021. godine, nameće se obveza nakladnicima televizije s dodijeljenom koncesijom na državnoj razini u Republici Hrvatskoj da objave javnu ponudu za prijenos svojih nenaplatnih televizijskih kanala koje emitiraju temeljem dobivene koncesije svim operatorima elektroničkih komunikacija koji pružaju uslugu naplatne televizije krajnjim korisnicima. To predstavlja važnu novost u odnosu na prijašnji zakonodavni okvir. Naime, kako se predmetnim zakonom ukidaju ograničenja koja su se odnosila na mogućnost vertikalne koncentracije poduzetnika koji pružaju medijske usluge na tržištu i poduzetnika koji pružaju usluge elektroničkih komunikacija u Republici Hrvatskoj, zakonodavac je putem regulacije ex ante odlučio intervenirati u autonomiju poduzetnika nametanjem obveze objave javne ponude (must offer), uz istovremeno ograničavanje maksimalne cijene koju nakladnici mogu naplaćivati za prijenos nenaplatnih kanala, a koju utvrđuje nadležno tijelo – Vijeće za elektroničke medije. Budući da se navedenim mjerama ograničavaju poduzetničke i tržišne slobode zajamčene Ustavom Republike Hrvatske, u članku se raspravlja o ustavnosti nametnutih ograničenja. Nadalje, komparativnom analizom vrši se prikaz pravnog uređenja sustava must-offer i must-carry u državama članicama EU-a te se analizira zakonom propisano postupanje nadležnog tijela RH pri određivanju maksimalne cijene za prijenos nenaplatnih kanala. Konačno, osobit naglasak daje se analizi regulacije ex ante i njezina utjecaja na tržišno natjecanje.

Ključne riječi: elektronički mediji, elektroničke komunikacije, televizijski nakladnici, operatori elektroničkih komunikacija, audiovizualne medijske usluge, sustav *must offer*, sustav *must carry*

1. UVODNO O SPORNIM ODREDBAMA ZAKONA O ELEKTRONIČKIM MEDIJIMA

Donošenjem novog Zakona o elektroničkim medijima (Narodne novine, br. 111/2021, 114/2022; dalje u tekstu – ZEM) znatno su izmijenjene odredbe kojima se uređuje tržišno natjecanje na području elektroničkih medija u odnosu na prijašnje zakonodavno uređenje iz 2009. godine (Zakon o elektroničkim medijima, Narodne novine, br. 153/2009,

* Izvanredni profesor na Katedri za pravo informacijskih tehnologija i informatiku, Sveučilište u Zagrebu Pravni fakultet

** Redoviti profesor u trajnom zvanju na Katedri za trgovačko pravo i pravo društava, Sveučilište u Zagrebu Pravni fakultet

84/2011, 94/2013, 136/2013, 111/2021; dalje u tekstu – ZEM/09). Iako je primarni cilj donošenja novog zakona bilo usklađivanje zakonodavnog okvira za elektroničke medije u RH s pravnom stečevinom EU-a, točnije transponiranje Direktive (EU) 2018/1808 Europskog parlamenta i Vijeća od 14. studenoga 2018. o izmjeni Direktive 2010/13/EU o koordinaciji određenih odredaba utvrđenih zakonima i drugim propisima u državama članicama o pružanju audiovizualnih medijskih usluga (Direktiva o audiovizualnim medijskim uslugama u pogledu promjenjivog stanja na tržištu, dalje u tekstu – AVMSD)¹ te Direktive 98/84/EZ o pravnoj zaštiti usluga koje se temelje na uvjetovanom pristupu i usluga koje pružaju uvjetovani pristup² i dijelom odredbi Direktive 2006/114/EZ o zavaravajućem i usporednom oglašavanju,³ zakonodavac je ZEM-om ujedno izmijenio i odredbe koje su se odnosile na ograničenje koncentracije elektroničkih medija, tj. ukinuta je odredba koja se odnosila na zabranu vertikalne koncentracije nakladnika televizije i operatora elektroničkih komunikacija koji djeluju na tržištima u Republici Hrvatskoj.

Naime, prethodni ZEM/09 čl. 61 izrijekom je zabranjivao da operator koji obavlja djelatnost prijenosa audiovizualnog i/ili radijskog programa može ujedno biti i nakladnik televizije i/ili radija te pružatelj medijskih usluga temeljem dopuštenja za satelitski, internetski, kabelski prijenos i druge dopuštene oblike prijenosa audiovizualnog i/ili radijskog programa. U postupku donošenja novog ZEM-a tijekom 2021. godine Konačnim prijedlogom Zakona od 29. srpnja 2021. godine⁴ odredba čl. 68. (prijašnji čl. 61. u ZEM/09) znatno je izmijenjena u odnosu na Prijedlog Zakona o elektroničkim medijima, koji je Hrvatski sabor prihvatio na 6. sjednici 5. veljače 2021. godine, kako bi se omogućila vertikalna integracija pružatelja usluga na tržištu audiovizualnih medijskih usluga. Tako se u obrazloženju spomenutog Konačnog prijedloga navodi: „*Članak 68. koji je zabranjivao vertikalnu integraciju brisan je te je uvedena obveza nakladnicima televizije sa koncesijom na državnoj razini imaju obvezu javno objaviti ponudu za prijenos svojih nenaplatnih televizijskih kanala za operatore elektroničkih komunikacija...*“.⁵ Navedenom izmjenom u Konačnom prijedlogu Zakona, koji je u konačnici i prihvaćen, novim je ZEM-om brisana prijašnja odredba koja zabranjuje vertikalnu koncentraciju nakladnika televizije i operatora elektroničkih komunikacija te je istovremeno uvedena obveza objave javne ponude (tzv. *must-offer*) za prijenos nenaplatnih televizijskih kanala svim nakladnicima televizije s dodijeljenom koncesijom na državnoj razini u RH izuzev Hrvatske radiotelevizije. Navedena obveza propisana je čl. 68 ZEM-a i za prijelazno razdoblje do 31. prosinca 2023. čl. 105 ZEM-a. U ovom radu razmatramo navedene obveze te pitanje njihove usklađenosti s pojedinim odredbama Ustava Republike Hrvatske,⁶ prvenstveno s

¹ SL EU, L 303, 28. 11. 2018.

² SL EU, L 320, 28. 11. 1998.

³ SL EU, L 376, 27. 12. 2006.

⁴ Konačni prijedlog Zakona o elektroničkim medijima od 29. srpnja 2021. godine, P. Z. E. br. 62.

⁵ *Ibid.*, str. 95.

⁶ Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/1990, 135/1997, 113/2000, 28/2001, 76/2010, 5/2014.

čl. 49., koji uređuje poduzetničke i tržišne slobode te jednak pravni položaj svih poduzetnika, te s člancima 3., 14., 16. i 50. Ustava RH.

1.1. Obveze prema čl. 68. i 105. ZEM-a

Predmetnim čl. 68. ZEM-a propisuje se obveza za sve nakladnike televizije s dodijeljenom koncesijom na državnoj razini izuzev Hrvatske radiotelevizije da javno objave ponudu za prijenos svojih nenaplatnih televizijskih kanala koje emitiraju temeljem dobivene koncesije na državnoj razini operatorima elektroničkih komunikacija koji pružaju uslugu naplatne televizije krajnjim korisnicima u okviru drugih elektroničkih komunikacijskih usluga ili samostalno putem svojih kablinskih, internetskih, pokretnih, satelitskih ili zemaljskih platformi. Objavljena ponuda mora sadržavati naknadu za prijenos za svaki od nenaplatnih televizijskih kanala za koji nakladnik ima koncesiju na državnoj razini te ne smije biti uvjetovana ponudom za preuzimanje i prijenos drugih televizijskih kanala nakladnika. Navedena naknada za prijenos televizijskih kanala u ponudi ne smije biti veća od maksimalne cijene koju određuje Vijeće za elektroničke medije (dalje u tekstu – Vijeće) za svaki pojedini televizijski kanal koji se emitira temeljem koncesije na državnoj razini. Vijeće utvrđuje maksimalnu visinu naknade koju nakladnici mogu naplaćivati za prijenos svojih televizijskih kanala u skladu s načelima razmjernosti, transparentnosti i nediskriminacije. Ukupnu naknadu za naplatni prijenos svih nenaplatnih kanala nakladnika s dodijeljenom koncesijom na državnoj razini, izuzev kanala Hrvatske radiotelevizije, određuje Vijeće u suradnji s Hrvatskom regulatornom agencijom za mrežne djelatnosti (dalje u tekstu – HAKOM). Pri određivanju ukupne naknade uzima se u obzir ukupan broj nenaplatnih televizijskih kanala s nacionalnom koncesijom, udio gledanosti nenaplatnih televizijskih kanala s nacionalnom koncesijom u ukupnom broju televizijskih kanala te ukupan broj korisnika naplatne televizije. Vijeće mora najkasnije šest mjeseci prije isteka roka iz čl. 105. st. 1. ZEM-a usvojiti metodologiju izračuna ukupne naknade za prijenos svih nenaplatnih kanala s nacionalnom koncesijom, uz prethodno provođenje javnog savjetovanja sa zainteresiranom javnošću, koje ne može biti kraće od 30 dana. Navedena ukupna naknada za prijenos svih nenaplatnih kanala s koncesijom na državnoj razini, izuzev kanala Hrvatske radiotelevizije, utvrđuje se svakih pet godina, pri čemu se pojedinačne naknade po svakom nenaplatnom kanalu revidiraju svake dvije godine i ovise o promjenama o udjelu gledanosti. Pojedinačna naknada za prijenos nenaplatnog kanala iznimno se može mijenjati i prije isteka roka od dvije godine na zahtjev nakladnika nenaplatnog kanala ako je došlo do promjene u udjelu gledanosti koji je veći od 5 %. Gledanost kanala obuhvaća gledanost kod operatora elektroničkih komunikacija u vremenu od 6 do 24 sata sukladno nalogu Vijeća. Nenaplatni kanali nakladnika televizije s koncesijom na državnoj razini moraju biti pozicionirani u prvih petnaest kanala u ponudi operatora elektroničkih komunikacija, ako nakladnici ne odluče drugačije.

Nastavno na gore spomenute promjene, koje su implementirane u čl. 68. ZEM-a, ZEM-om je prijelaznim i završnim odredbama predviđeno i prijelazno razdoblje od dana stupanja na snagu Zakona do 31. prosinca 2023. godine, koje se odnosi na objavu javne ponude za prijenos nenaplatnih televizijskih kanala koje nakladnici emitiraju temeljem dobivene koncesije na državnoj razini operatorima elektroničkih komunikacija. U navedenom prijelaznom razdoblju čl. 105. st. 1. predviđa da, iznimno od čl. 68. st. 5. ZEM-a, ukupnu naknadu iz čl. 68. st. 4. ZEM-a za naplatni prijenos svih nenaplatnih kanala na državnoj razini, isključujući kanale Hrvatske radiotelevizije, do 31. prosinca 2023. godine određuje Vijeće u suradnji s HAKOM-om u roku od 30 dana od dana stupanja na snagu ZEM-a. Ukupnu naknadu čini zbroj ponderiranih naknada svih nenaplatnih kanala s nacionalnom koncesijom. Za izračun ukupne ponderirane naknade uzimaju se naknade koje su operatori plaćali nacionalnim nakladnicima za nenaplatne kanale s nacionalnom koncesijom u godini koja prethodi godini stupanja na snagu ZEM-a, a koje uključuju sve interaktivne usluge vezane uz predmetne kanale u odnosu na broj korisnika pojedinog kanala po operatoru. U slučaju da naknada koja se plaća nacionalnim nakladnicima uključuje i naplatne kanale čija vrijednost nije zasebno određena, iz takve jedinstvene naknade izuzima se vrijednost naplatnih kanala temeljem udjela naplatnih kanala u ukupnom broju kanala. Za određivanje pojedinačne naknade za svaki nenaplatni kanal u okviru ukupne naknade uzima se u obzir udio u gledanosti pojedinog nenaplatnog kanala u odnosu na ukupnu gledanost drugih nenaplatnih kanala s koncesijom na nacionalnoj razini u zadnjem tromjesečju koje prethodi tromjesečju donošenja ovog Zakona. Naknada koja je određena za pojedini kanal obuhvaća prijenos predmetnog nenaplatnog kanala, kao i sve interaktivne usluge vezane uz predmetni kanal.

Čl. 105. st. 2. nalaže da nakladnici televizije s koncesijom na nacionalnoj razini koji imaju obvezu objave ponude iz čl. 68. ZEM-a tu ponudu moraju objaviti u roku od 15 dana od dana odluke Vijeća o visini naknade za pojedine nenaplatne televizijske kanale nakladnika.

Nesporno je da zakonodavac ima pravo nametnuti obvezu *must-offer*, tj. obvezu javne objave ponude za prijenos nenaplatnih televizijskih kanala televizijskih nakladnika s dodijeljenom koncesijom na državnoj razini operatorima elektroničkih komunikacija koji pružaju uslugu naplatne televizije krajnjim korisnicima u okviru drugih elektroničkih komunikacijskih usluga ili samostalno putem svojih kablinskih, internetskih, pokretnih, satelitskih ili zemaljskih platformi, a u svrhu sprječavanja mogućih negativnih posljedica koje mogu nastupiti uslijed vertikalne koncentracije poduzetnika. U radu se prvenstveno raspravlja o načinu na koji je predmetna obveza nametnuta te jesu li sve ostale sporne obveze i ograničenja koji su intrinzično povezani s temeljnom obvezom (*must-offer*), a nameću se čl. 68. st. 3., st. 4., st. 5., st. 6. i st. 7. te čl. 105. st. 1., usklađeni s Ustavom zajamčenim pravima i slobodama.

2. OPĆENITO O USTAVNOSTI OGRANIČENJA USTAVNIH PRAVA I SLOBODA

Poduzetnička i tržišna sloboda temelj su gospodarskog ustroja Republike Hrvatske (čl. 49. st. 1. Ustava), a država svim poduzetnicima osigurava jednak položaj na tržištu (čl. 49. st. 2. Ustava). Obveza osiguranja jednakog pravnog položaja na tržištu svim poduzetnicima programatska je i vrlo načelna odredba, koja trpi odstupanja, odnosno ograničenja, ako su ona u skladu s ostalim ustavnim odredbama i načelima o tome kakva smiju biti ograničenja ustavnih prava. Na primjer, Ustav nameće državi obvezu da potiče gospodarski napredak i socijalno blagostanje građana te da se brine za gospodarski razvitak svih svojih krajeva (čl. 49. st. 3.). To daje mogućnost da država potiče određene gospodarske grane i djelatnosti na određenim područjima, ili pak da potiče gospodarsku aktivnost nekih skupina svojih građana, sve pod uvjetom da su ispunjene pretpostavke za dopuštenost ograničenja temeljnih prava i sloboda. Država poduzetnicima ne može osigurati jednak tržišni položaj neovisno o njihovim poslovnim rezultatima, učinkovitosti poslovanja, inovativnosti, uspješnosti u promicanju njihovih proizvoda i usluga. Država samo treba osigurati jednak pravni položaj. Tom odredbom Ustava država zapravo ograničava samu sebe te se obvezuje da u odnosu na neke poduzetnike ili nekog poduzetnika neće donijeti takve propise koji će ga staviti u povoljniji položaj u odnosu na ostale glede okvira i uvjeta poslovanja, ili da će nekim poduzetnicima svojim propisima dati inicijalnu prednost, bilo da njima postavlja manje zahtjeve u poslovanju bilo da neke izravno privilegira. To ne znači da bi bilo nedopušteno da se zakonom unaprijed propišu uvjeti koji se moraju ispuniti da bi se mogla obavljati neka gospodarska djelatnost. Takvi uvjeti mogu se, na primjer, odnositi na pravni oblik, visinu temeljnog kapitala, odgovornost za obveze, redovito plaćanje poreza ili uvjete koje moraju ispunjavati članovi organa poduzetnika. Mogu se odnositi, primjerice, i na ispunjavanje dodatnih obveza koje moraju ispuniti poduzetnici, kao što su obvezno sklapanje nekih ugovora, odnosno stavljanje ponude za njihovo sklapanje, kao što je u konkretnom slučaju s nakladnicima televizijskih programa. Pritom je ključno da su dodatni uvjeti, posebne obveze za poduzetnike ili druge ograničavajuće mjere takve da ispunjavaju ustavne uvjete za svoju dopuštenost, tj. da su određene zakonom, da služe ostvarenju legitimnog cilja i da su razmjerne. Drugim riječima, i čl. 49. st. 2. treba dovesti u vezu i promatrati u kontekstu dopuštenih ograničenja temeljnih prava i sloboda, u ovom slučaju napose poduzetničkih i tržišnih sloboda.

Iako čl. 3. Ustava ne spominje poduzetničku i tržišnu slobodu kao jednu od najviših vrednota ustavnog poretka, valja u najmanju ruku smatrati da su poduzetnička i tržišna sloboda usko povezane s dvije izričito navedene ustavne vrednote: nepovredivošću vlasništva i vladavinom prava.⁷ To je važno u kontekstu ocjene dopuštenih ograničenja Ustavom zajamčenih temeljnih prava i sloboda.

⁷ Kušan, L.; Petrović, S., Ustavna jamstva i gospodarski ustroj Republike Hrvatske (o poduzetničkoj i tržišnoj slobodi i pravu vlasništva), ZPR, vol. 8, br. 3, 2018, str. 256.

Ustav jamči pravo vlasništva, a određuje da vlasništvo obvezuje te da su nositelji vlasničkog prava i njihovi korisnici dužni pridonositi općem dobru (čl. 48. st. 1. i 2. Ustava).

Ustavom zajamčena prava i slobode nisu apsolutni i neograničeni. Mjere kojima se ograničavaju prava i slobode moraju, međutim, ispunjavati pretpostavke postavljene Ustavom. Prema čl. 16. Ustava slobode i prava mogu se ograničiti samo zakonom radi zaštite sloboda i prava drugih ljudi te pravnog poretka, javnog morala i zdravlja, a svako ograničenje slobode i prava mora biti razmjerno naravi potrebe za ograničavanjem u svakom pojedinom slučaju.

Odredba čl. 50. Ustava pravi razliku između pretpostavki za ograničavanje (i oduzimanje) vlasništva (st. 1.) i ograničavanja vlasničkih prava i poduzetničkih sloboda (st. 2.). Vlasništvo se može ograničiti samo uz kumulativno ispunjenje tri pretpostavke: to se čini zakonom, u interesu Republike Hrvatske i uz naknadu tržišne vrijednosti. S druge strane, pretpostavka je ograničavanja vlasničkih prava i poduzetničkih sloboda to da se to čini iznimno zakonom radi zaštite interesa i sigurnosti Republike Hrvatske, prirode, ljudskog okoliša i zdravlja.

S obzirom na to da je riječ o ograničavanju Ustavom zajamčenih prava i sloboda, načelno nije sporno da su dopušteni razlozi ograničavanja navedeni taksativno. To su, dakle, zaštita interesa i sigurnosti Republike Hrvatske, prirode, ljudskog okoliša i zdravlja ljudi. Dok su zaštita prirode, ljudskog okoliša i zdravlja relativno jasni i konkretniji, čini se notornim da je izričaj „zaštita interesa i sigurnosti Republike Hrvatske“ pravni standard te da njegov konkretan sadržaj ovisi o okolnostima svakog pojedinog slučaja, pa tako i u slučaju nametanja obveze *must-offer* nakladnicima medija. Na to bi upućivala i odredba čl. 16. st. 2. Ustava. Uz to, pravni je standard i pojam „općeg dobra“ iz čl. 48. st. 2. Ustava kao nečega čemu su dužni pridonositi nositelji vlasničkog prava.⁸

Govoreći o ograničavanju prava, valja kazati da se zakonskim odredbama koje se analiziraju i mogu biti potencijalno sporne s ustavnopravnog gledišta formalno ne ograničava slobodno obavljanje djelatnosti, ali se njima postavljaju takvi uvjeti obavljanja djelatnosti koji se svakako mogu podvesti pod termin ograničenja. Naime, ograničenje je i svaki dodatni zahtjev koji se stavlja pred poduzetnike,⁹ u ovom slučaju obveza nakladnika televizije s koncesijom na državnoj razini da javno objave ponudu za prijenos svojih nenaplatnih televizijskih kanala za operatore elektroničkih komunikacija koji pružaju uslugu naplatne televizije krajnjim korisnicima u okviru drugih elektroničkih komunikacijskih usluga ili samostalno putem svojih kablinskih, internetskih, pokretnih, satelitskih ili zemaljskih platformi.

⁸ *Ibid.*, str. 269–271.

⁹ To je u skladu i sa shvaćanjem pojma „ograničenja“ prema europskom pravu. V. na primjer presudu Europskog suda od 30. 11. 1995., Gebhard, C-55/94, EU:C:1995:411, t. 37.

Kad se povežu ustavne odredbe o temeljnim pravima i slobodama i mogućnosti njihovih ograničavanja, može se kazati da se za dopuštenost (ustavnost) mjera koje ograničavaju ta prava i slobode traži ispunjavanje ovih uvjeta: (i) moraju imati legitimni cilj u javnom (općem) interesu, (ii) moraju biti razmjerne i (iii) ograničenja se mogu postaviti samo zakonom. Razmjernost se pak provjerava kroz tri razine (testa) i ako je mjera protivna ijednom testu, smatra se neustavnom. To su testovi prikladnosti, nužnosti i razmjernosti u užem smislu.

Pored toga, čini se ispravnim tvrditi da, i kada su ispunjene te pretpostavke za ograničenja, ona ne smiju biti suprotna općim ustavnim zahtjevima. Tako ograničenje ne smije biti takvo da zbog toga bude povrijeđena ustavna odredba o jednakosti svih pred zakonom (čl. 14. Ustava). Još više, ograničenja moraju biti takva da njima ne bude povrijeđena vladavina prava kao jedna od temeljnih ustavnih vrednota (čl. 3. Ustava). Između ostalog, vladavina prava obuhvaća ideju poštivanja ustava i zakona, što manje zadiranja u temeljna ustavna prava i slobode, što znači i da ograničenja moraju ispunjavati gore navedene pretpostavke, ali i biti jasna, razumljiva i nedvojbena, a u slučaju dvojbe ne bi se smjela tumačiti na štetu nositelja temeljnih prava i sloboda.¹⁰

3. ZAHTJEVI ČL. 68 I 105. ZEM-A KAO POTENCIJALNA OGRANIČENJA USTAVNIH SLOBODA I PRAVA

Kad se analizira dopuštenost (ustavnost) odredbi čl. 68. i 105. ZEM-a s ustavnopravnog gledišta, potrebno je razmotriti jesu li zadovoljeni uvjeti čije se ispunjavanje traži prilikom ograničavanja temeljnih sloboda i prava zajamčenih Ustavom RH. Kako nije sporno da su dodatne obveze za poduzetnike (ograničavajuće mjere) utvrđene zakonom, formalna pretpostavka dopuštenosti ograničenja ustavnih prava i sloboda da ograničenja mogu biti utvrđena samo zakonom ispunjena je. S toga se u daljnjoj analizi bavimo ponajprije pretpostavkama koje se odnose na legitimnost cilja koji se nametnutim ograničenjima želi postići te njihovom razmjernošću.

3.1. Legitimnost cilja

Mjera mora, po svojoj naravi, biti u stanju pridonijeti postizanju proklamiranog legitimnog cilja.¹¹ Neustavne su, dakle, mjere koje samo nominalno služe ostvarenju nekog cilja, a zapravo uopće nisu pogodne za njegovo ostvarenje.

Iz tog aspekta potrebno je razmotriti koji se legitimni ciljevi žele postići nametanjem obveze (čl. 68. st. 1. ZEM-a) i povezanih ograničenja (čl. 68. st. 3, st. 4., st. 5., st. 6. i st. 7. i čl. 105. st. 1.) vezanih uz objavu javne ponude (*must-offer*) nakladnika nenaplatnih

¹⁰ V., na primjer, odluku njemačkog Ustavnog suda od 27. 4. 2022. 1 BvR 2649/2, t. 152. i 166: „*If the measure gives rise to serious interferences with fundamental rights, it is not in principle permissible for interferences to be interpreted to the detriment of fundamental rights holders.*“

¹¹ USRH U-I-3924/2009 od 9. travnja 2019., para. 12.

televizijskih kanala s koncesijom na državnoj razini za operatore elektroničkih komunikacija koji pružaju uslugu naplatne televizije krajnjim korisnicima te jesu li nametnuta obveza i ograničenja ujedno pogodna za ostvarivanje tih ciljeva.

Vertikalna povezanost poduzetnika ne predstavlja nužno prijetnju za efektivno tržišno natjecanje, osim u slučajevima kada jedan od vertikalno povezanih poduzetnika ima značajnu tržišnu snagu na tržištu na kojem djeluje.¹² Štoviše, vertikalna povezanost poduzetnika može donijeti i brojne koristi, ponajprije u pogledu poboljšanja efikasnosti poslovanja povezanih poduzetnika.¹³ Uklanjanjem zapreka u pogledu vertikalne povezanosti između nakladnika televizije i operatora koji obavljaju djelatnost prijenosa audiovizualnog programa zakonodavac je uvažio izrazite promjene koje se događaju na tržištu elektroničkih medija. Digitalizacija sadržaja, tehnološki napredak u prijenosu sadržaja elektroničkih medija, pojava novih *online* medijskih usluga te promjene u navikama i načinu na koji krajnji korisnici konzumiraju sadržaj dovode do sve veće konvergencije sadržaja, usluga, prijenosa i pružatelja, pri čemu istovremeno dolazi i do stapanja prije u potpunosti odvojenih tržišta.¹⁴ U takvim uvjetima izrazito visoke konkurencije nakladnici nenaplatne televizije čiji prihodi ovise ponajprije o oglašavanju i operatori elektroničkih komunikacija koju pružaju usluge naplatne televizije, a čiji prihodi uglavnom ovise o broju korisnika koji plaćaju za ponuđeni sadržaj, moraju pronaći nove efikasnije načine kako da njihove usluge budu dostupnije i poželjne što većem broju korisnika. Iz tog razloga već dugi niz godina nailazimo na brojne primjere vertikalnog vlasničkog povezivanja operatora elektroničkih komunikacija i nakladnika televizije na području EU-a, koje je Europska komisija i odobrila (npr. Telia/Bonnier Broadcasting¹⁵ u Finskoj i Švedskoj ili Liberty Global/DPG Media¹⁶ u Belgiji). Navedena vlasnička povezivanja provode se ponajprije kako bi operatori i nakladnici što efikasnije mogli odgovoriti na tržišne izazove koji su pred njih postavljeni, u prvom redu zbog izrazite penetracije tržišta od strane velikog broja novih internetskih medijskih usluga, koje se pružaju putem velikih *online* posrednika i platformi.

Unatoč pozitivnim efektima vertikalne koncentracije, a kao što je već uvedeno, ukidanjem zabrane vertikalne koncentracije nakladnika televizije i operatora elektroničkih komunikacija koji pružaju uslugu naplatne televizije krajnjim korisnicima u okviru drugih elektroničkih komunikacijskih usluga ili samostalno putem svojih kabljskih, internetskih, pokretnih, satelitskih ili zemaljskih platformi može doći do

¹² V. Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, 2008/C 265/07, C 265, 18. 10. 2008., p. 6–25, t. 23.

¹³ *Ibid.*, t. 13.

¹⁴ Hans, Die Auswirkungen des Medienwandels auf das Werbevertrags- und Werbekartellrecht, C. H. Beck Verlag, Munich 2015, str. 21.

¹⁵ EC, DG Competition, slučaj br. M.9064 Telia Company / Bonnier Broadcasting Holding, https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_9064 (28. 1. 2023.).

¹⁶ EC, DG Competition, slučaj br. M.9802 - Liberty Global / DPG Media, https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/20219/m9802_452_3.pdf (28. 1. 2023.).

povrede tržišnog natjecanja. To je posebno izraženo kada jedan od vertikalno povezanih poduzetnika ima značajnu tržišnu snagu.

Istovremeno, vertikalno povezivanje poduzetnika može imati i značajan negativan utjecaj na pluralizam i raznovrsnosti elektroničkih medija, posebice kada su u pitanju relativno mala tržišta, kao što je to slučaj u Republici Hrvatskoj. U demokratskim društvima medije se ne smije promatrati iz perspektive „još jednog tržišta“. Pluralizam i raznovrsnost medija predstavljaju ključne vrijednosti od javnog interesa za društvo u cjelini.¹⁷ Pluralizam i raznovrsnost elektroničkih medija s jedne strane podrazumijeva široku dostupnost i raznolikost u izboru informacija, programa i medijskih sadržaja, a s druge strane stvarnu dostupnost većeg broja operatora kako bi se izbjegla koncentracija tržišta. Jedna od osnovnih pretpostavki za zaštitu temeljnih prava jest zaštita raznovrsnosti medija, a nema demokracije bez pluralizma. O tome govore i brojne presude Europskog suda za ljudska prava.¹⁸ Tako Sud u presudi slučaja br. 13936/02 *Manole and Others v. Moldova* upravo države smatra „ultimativnim jamcem“ pluralizma medija, pa stoga u području emitiranja audiovizualnog sadržaja države moraju osigurati da javnost putem televizije i radija ima pristup nepristranim i točnim informacijama, različitim mišljenjima i komentarima, koji su, između ostalog, odraz različitih političkih pogleda unutar države, te da novinari i drugi profesionalci koji rade u audiovizualnim medijima nisu spriječeni u dijeljenju tih informacija i komentara.¹⁹ I Sud EU-a zauzima slično stajalište, pa tako navodi da kulturne politike koje imaju za cilj zaštititi pluralizam medija, a koji je u izravnoj vezi sa slobodom izražavanja zajamčenom čl. 10. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i čl. 11. Povelje Europske unije o temeljnim pravima,²⁰ predstavljaju legitiman cilj u javnom interesu, koji opravdava nametnuta ograničenja slobodi pružanja usluga zajamčenih čl. 56. Ugovora o funkcioniranju EU-a.²¹

Iz prethodno navedenog zaključujemo da zakonodavac nametanjem obveze *must-offer* i povezanih ograničenja u čl. 68. ZEM-a slijedi legitimni cilj u javnom interesu kako u pogledu zaštite pluralizma i raznovrsnosti elektroničkih medija tako i u pogledu zaštite tržišnog natjecanja.

3.2. Prikladnost, razmjernost i nužnost nametnutih mjera (ograničenja)

Pri razmatranju nametnutih mjera također je potrebno razmotriti jesu li mjere koje se nameću prikladne, nužne i razmjerne za postizanje proklamiranog legitimnog cilja. Kada

¹⁷ Sud EU-a, slučaj C-148/91, *Veronica Omroep*, ECR I-487, t. 13-14; Sud EU-a, slučaj C-250/06, 2007, *United Pan-Europe Communications Belgium*, ECR I-11135, t. 48.

¹⁸ ESLJP, slučaj br. 13936/02 *Manole and Others v. Moldova*, t. 95. i 107., ESLJP, slučaj br. 17207/90. *Informationsverein Lentia and Others v. Austria*, ESLJP, slučaj br. 37374/05, *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary*.

¹⁹ ESLJP, slučaj br. 13936/02 *Manole and Others v. Moldova*, t. 99. i 100.

²⁰ SL EU C 326, 26. 10. 2012.

²¹ SL EU C 202, 7. 6. 2016; Sud EU-a, slučaj br. C-87/19, *TV Play Baltic AS v. Lietuvos radijo ir televizijos komisija*, t. 38.; Sud EU-a, slučaj br. C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium SA and Others v. État belge*, t. 41.

razmatramo prikladnost nametnutih mjera (ograničenja), uzimamo u obzir jesu li one pogodne za ostvarenje proklamiranog legitimnog cilja. Kao što je prethodno navedeno, legitimni ciljevi koje zakonodavac želi postići jesu zaštita tržišnog natjecanja i zaštita pluralizma i raznovrsnosti elektroničkih medija. To se ZEM-om čini nametanjem mjera koje su uobičajeno koriste u pravu tržišnog natjecanja. Logično se nameće pitanje jesu li te mjere ujedno pogodne i za ostvarenje drugog cilja, zaštite pluralizma i raznovrsnosti elektroničkih medija.

Iako regulatorni okvir za zaštitu tržišnog natjecanja i regulatorni okvir kojim se štiti pluralizam i raznovrsnosti medija imaju različite ciljeve, pri čemu se prvim žele ostvariti ekonomski ciljevi, a drugim političko-kulturološki, oni su često komplementarni zato što primjena mjera koje su specifične za zaštitu tržišnog natjecanja indirektno ima utjecaj i na pluralizam i raznovrsnost medija. Pravo tržišnog natjecanja ima za cilj stvoriti konkurentno okruženje, koje je raznoliko i uključuje brojne poduzetnike koji sudjeluju na tržištu. Time se osigurava veći broj sudionika na tržištu te su ujedno povećani i izgledi da će oni prenositi raznovrsnije informacije do krajnjih korisnika. U tu svrhu dvije mjere koje se uobičajeno koriste kada su u pitanju nakladnici elektroničkih medija i operatori elektroničkih komunikacija jesu *must-carry* („obveza prijenosa“), koja se uobičajeno nameće operatorima elektroničkih komunikacija, i *must-offer* („obveza ponude“), koja se uobičajeno nameće nakladnicima elektroničkih medija.

Obveza *must-carry* proizlazi iz regulatornog okvira za elektroničke komunikacije, tj. Zakona o elektroničkim komunikacijama²² (dalje u tekstu – ZEK), kojim su transponirane odredbe Direktive (EU) 2018/1972 o Europskom zakoniku elektroničkih komunikacija²³ (dalje u tekstu – EUZEK) u zakonodavstvo Republike Hrvatske. Čl. 160. ZEK-a propisuje da na temelju odluke tijela nadležnog za elektroničke medije (VEM) o obveznom prijenosu jednog ili više radijskih i/ili televizijskih programa u Republici Hrvatskoj na državnoj, regionalnoj ili drugoj razini, i dopunskih usluga, a osobito usluga pristupačnosti koje omogućuju odgovarajući pristup krajnjim korisnicima s invaliditetom, te podataka kojima se podržavaju usluge umrežene televizije i elektroničkih programskih vodiča, Agencija (HAKOM), vodeći računa o načelima razmjernosti i transparentnosti te javnom interesu, odlukom će odrediti obvezu prijenosa tih programa. Nadalje, obveza prijenosa određuje se operatorima koji pružaju elektroničke komunikacijske mreže i usluge koje se upotrebljavaju za distribuciju radijskih i/ili televizijskih programa za javnost u slučaju kada je to za značajan broj korisnika tih mreža i usluga osnovni način prijma radijskih i televizijskih programa. U slučaju određivanja naknade za obvezni prijenos naknada se utvrđuje u skladu s načelima razmjernosti, transparentnosti i nediskriminacije, a Agencija (HAKOM) redovito provjerava utvrđenu obvezu prijenosa svakih pet godina.

Navedena odredba transponirana je u hrvatsko zakonodavstvo gotovo u identičnom obliku iz čl. 114. EUZEK-a, s kojim su povezane uvodne izjave 308, 309 i 310 EUZEK-a.

²² Zakon o elektroničkim komunikacijama, Narodne novine, br. 76/2022.

²³ SL EU, L 321, 17. 12. 2018.

Spomenute uvodne izjave govore da se pravila *must-carry* primjenjuju u interesu legitimnih zahtjeva javne politike te bi se trebala propisati samo ondje gdje su potrebna kako bi se ispunili ciljevi od općeg interesa. Obveze moraju biti razumne, tj. proporcionalne i transparentne u kontekstu jasno definiranih ciljeva od općeg interesa. Također, države članice trebale bi osigurati objektivno opravdanje primjene pravila *must-carry* kako bi osigurale transparentnost te proporcionalnu i odgovarajuću jasnu definiciju navedenih obveza. Obveze mogu sadržavati i odredbu o proporcionalnoj naknadi, koja bi trebala biti utvrđena u nacionalnom pravu, kojim bi se trebalo utvrditi i metodologiju koja se primjenjuje na izračun odgovarajuće naknade. Ta metodologija ne bi smjela biti neusklađena s regulatornim mjerama za pristup što ih nacionalna regulatorna tijela mogu propisati pružateljima usluga prijenosa koje se upotrebljavaju za radiodifuziju određenima kao pružateljima sa značajnom tržišnom snagom. Ako u nacionalnom pravu ne postoje odredbe o naknadi za prijenos radijskih ili televizijskih radiodifuzijskih kanala i pružateljima elektroničkih komunikacijskih mreža koje se upotrebljavaju za prijenos tih radijskih ili televizijskih radiodifuzijskih kanala, trebalo bi omogućiti da se ugovorno dogovore o proporcionalnoj naknadi. Obveze bi trebale podlijevati periodičnom preispitivanju barem svakih pet godina kako bi se prema potrebi ažurirale u skladu s tehnološkim i tržišnim razvojem te kako bi se osigurala njihova proporcionalnost s ciljevima koje je potrebno ostvariti. Operatorima koji pružaju elektroničke komunikacijske mreže i usluge koje se upotrebljavaju za distribuciju radijskih i/ili televizijskih programa za javnost smatraju se kableske, IPTV, satelitske i zemaljske radiodifuzijske mreže. Tu se mogu također uključiti i druge mreže u onoj mjeri u kojoj se znatan broj krajnjih korisnika služi takvim mrežama kao glavnim sredstvom prijma radijskog i televizijskog emitiranja.²⁴

Obveza *must-carry* uvodi se u regulatorni okvir za elektroničke komunikacije EU-a krajem prošlog stoljeća, u vrijeme kada je postojao znatan nedostatak resursa za prijenos audiovizualnog sadržaja te se u brojnim državama članicama EU-a i danas koristi kako bi se osigurao pluralizam i raznovrsnost elektroničkih medija, a koje pružaju operatori elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga koje se upotrebljavaju za distribuciju televizijskih programa javnosti. Nametanje obveze *must-carry* operatorima elektroničkih komunikacija koji prenose televizijske programe do krajnjih korisnika najčešće se odnosi na obvezu prijenosa kanala javnih televizija i kanala lokalnih nakladnika televizije.

S druge strane, obveza *must-offer* uobičajeno se koristi za otklanjanje mogućih negativnih posljedica uslijed vlasničkog povezivanja samih nakladnika medija (horizontalno) ili povezivanja s operatorima elektroničkih komunikacija (vertikalno) u svrhu zaštite tržišnog natjecanja (sprječavanje zatvaranja tržišta), ali i osiguravanja pluralizma i raznovrsnosti elektroničkih medija u smislu mogućnost veće ponude za krajnje korisnike te kao protuteža obvezama *must-carry*. Ona podrazumijeva obvezu nakladnika elektroničkih medija da ponudi za prijenos neki od vlastitih kanala operatorima koji su za to zainteresirani. Radi se zapravo o zrcalnoj obvezi u odnosu na obvezu *must-carry*. Na taj

²⁴ Uvodna izjava 308, 309 i 310 EUZEK-a.

je način obveza *must-offer* i implementirana u ZEM. Naime, zakonodavac, uz nametanje same obveze ponude nenaplatnih kanala čl. 68. st. 1., dalje u istom članku stavcima od 3. do 7. u nacionalno pravo uvodi odredbe o određivanju proporcionalne naknade za prijenos te utvrđuje obvezu utvrđivanja metodologije izračuna naknade i njezina periodičnog preispitivanja, što je istovjetno prethodno spomenutim uvjetima koje je potrebno ispuniti kada se uvodi obveza *must-carry* prema ZEK-u (tj. EUZEK-u i uvodnim izjavama).

3.3. Komparativna analiza obveza *must-offer* i *must-carry* u državama članicama EU-a

Dosadašnja praksa u državama članicama EU-a u pogledu nametanja obveza *must-carry* i/ili *must-offer* pokazuje da se obje mjere često koriste u svrhu zaštite tržišnog natjecanja i pluralizma i raznovrsnosti medija, iako je sustav *must-carry* pretežit, osobito kada su u pitanju javni servisi, tj. obvezni prijenos kanala nakladnika javnih televizija. Iako obje mjere imaju komplementarne ciljeve, u praksi dolaze do izražaja i njihovi nedostaci. Naime, u zakonodavstvima gdje se primjenjuje samo sustav *must-carry* primjedba operatora elektroničkih komunikacija jest da se nametanjem obveze prijenosa nakladnicima televizije čiji se kanali moraju prenositi daje ogromna prednost u komercijalnim pregovorima u svezi s prijenosom budući da nakladnici nerijetko zlorabe svoju poziciju u odnosu na operatore koji imaju zakonsku obvezu prijenosa njihovih kanala, a u svrhu postizanja boljih uvjeta i cijene za sebe. Iz tog razloga neke države članice u slučajevima kada nameću obvezu *must-carry* često uređuju i pitanje troškova ili ih same snose. S druge pak strane, nametanje samo obveze *must-offer* u slučajevima s unaprijed utvrđenom cijenom u jednako nepovoljnu poziciju može staviti nakladnike televizije. Budući da, prema nametnutim zakonskim obvezama, oni moraju ponuditi za prijenos svoje kanale po unaprijed utvrđenoj cijeni, operatori elektroničkih komunikacija nemaju obvezu njihova preuzimanja i prijenosa, što u komercijalnim pregovorima mogu iskoristiti u svrhu postizanja boljih uvjeta i cijene za sebe. Vodeći računa o navedenim nedostacima mjera, brojne države članice implementiraju kombinaciju navedenih mjera.

Budući da se ciljevi od javnog interesa definiraju na razini država članica, ne postoji harmonizacija pravila na razini EU-a u primjeni pravila *must-carry* ili *must-offer* te gotovo svaka država članica ima drugačiji pristup. Ipak, komparativnim pregledom zakonodavstava država članica EU-a mogu se uočiti neke sličnosti. Budući da se ZEM-om uvodi obveza *must-offer* za nenaplatne kanale nakladnika televizija s dobivenom koncesijom na državnoj razini bez nametanja obveze *must-carry* za iste kanale operatorima elektroničkih komunikacija dalje vršimo komparativnu analizu iz dostupnih podataka²⁵ u pogledu primjene navedenih mjera u državama članicama EU-a, s primarnim osvrtom na obveze *must-offer*.

²⁵ European Commission, DG for Communications Networks, Content and Technology, Study on media plurality and diversity online – Annexes, svibanj 2022. – podaci su prikupljeni u razdoblju od 1. 9. 2021 do

Austrija u svojem zakonodavstvu ne nameće obvezu *must-offer* izravno, ali za javni servis (ORF) postoji obveza da mora osigurati da u skladu s tehničkim razvojem i ekonomskim opravdanjem svi stanovnici imaju pristup jednom regionalnom kanalu i dvama kanalima na državnoj razini. Obveza *must-carry* nameće se operatorima kabelskih mreža koji imaju obvezu prenositi kanale javne televizije ORF (uključujući i ORF Sport+ i ORFIII).

Belgija (Flamanska regija) temeljem odluke Europske komisije i odluke nacionalnog regulatornog tijela za zaštitu tržišnog natjecanja – BMA,²⁶ a uslijed vertikalnog povezivanja nakladnika televizije i operatora elektroničkih komunikacija, implementirala je obvezu *must-offer* za Telenet Group, pri čemu navedena grupa mora svoje kanale Vier, Vijf i ZES (te ostale nove linearne kanale) učiniti dostupnim drugim operatorima na tržištu (uključujući i one koji pružaju usluge OTT – *Over-the-Top*). Istovremeno, obveza *must-carry* postoji za operatore elektroničkih komunikacija, a odnosi se na linearne televizijske kanale koje neovisni regulator za medije (VRM) utvrđuje listom.

Bugarska²⁷ nameće obvezu *must-offer* javnoj televiziji – BNR²⁸ (sredstva za prijenos osigurava država), dok je obveza *must-carry* nametnuta samo za operatore DVB-T i odnosi se na sedam kanala (javnog servisa i komercijalnih nakladnika s nacionalnom koncesijom).

Češka²⁹ nameće obvezu *must-offer* za kanale javne televizije svim operatorima elektroničkih komunikacija koji moraju ponuditi kanale bez naknade, a operatori ih moraju uključiti u svoju ponudu, također bez naknade.

Francuska također nameće obvezu *must-offer* za kanale javne televizije France Télévisions svim IPTV, kablenskim i satelitskim operatorima.³⁰ Kanali nakladnika televizije koji nisu dostupni krajnjim korisnicima putem DTT-a moraju se ponuditi drugim operatorima kako bi bili dostupni svima, a sami nakladnici zemaljske televizije ne mogu odbiti retransmisiju tih kanala. Obveza *must-carry* nametnuta je operatorima za Parlamentarni kanal javne televizije, koji se mora prenositi bez naknade, te programe lokalnih televizija ako nakladnici lokalnih medija to zahtijevaju (za lokalne informativne programe).

31. 12. 2021. temeljem odgovora eksperata i nacionalnih regulatornih tijela, v. str. 12, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/475bacb6-34a2-11ed-8b77-01aa75ed71a1/language-en>, (30. 1. 2023.).

Vrije Universiteit Brussels (Studies in Media, Innovation and Technology, VUB- SMIT)

²⁶ Odluka BMA, 19-CC-16, 13. 5. 2019. Telnet Group/Da Vijver Media.

²⁷ Čl. 37. *Ibid.*

²⁸ Čl. 44. Radio And Television Law, 9. 3. 2021., <https://www.lex.bg/laws/ldoc/21344476> (3. 2. 2023.).

²⁹ Čl. 54. Act of 17. 5. 2001. on the operation of radio and television broadcasting and on amendments to other acts, <https://www.rrtv.cz/en/static/documents/act-231-2001/Act-on-RTV-broadcasting-reflecting-AVMSD.pdf> (3. 2. 2023.).

³⁰ Décret br. 2009-796, 23. 6. 2009., dopunjen Décret br. 2017-1746 od 22. 12. 2017., <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000020788471/> (3. 2. 2023.).

Irska³¹ nameće obvezu *must-offer* za nenaplatne televizijske kanale nakladnika javne televizije RTÉ i TG4 te za sve komercijalne nakladnike televizije nenaplatnih kanala s kojima je sklopljen ugovor o emitiranju televizijskih programa (koji su dobili koncesiju za emitiranje nenaplatnih kanala). Ponuda za prijenos mora biti dostupna cijelo vrijeme te je podložna dogovoru ugovornih strana, koji mora biti usklađen sa načelima poštenog, razumnog i nediskriminirajućeg korištenja – FRAND pravila). Istovremeno, obveza *must-carry* nameće se za sve IPTV, kabelske i satelitske operatore u odnosu na kanale koji imaju obvezu *must-offer*.

Italija³² nameće obvezu *must-offer* za kanale javne televizije RAI, dok obveza *must-carry* nije nametnuta.

Malta³³ nameće obvezu *must-offer* svim nakladnicima televizijskih kanala od općeg interesa da bez naknade ponude za prijenos svoje kanale onim operatorima koji imaju obvezu *must-carry* kako bi predmetni kanali bili dostupni javnosti.

Nizozemska³⁴ nameće obvezu *must-offer* za nakladnike javnih medija na regionalnoj i lokalnoj razini, bez obveze *must-carry* za operatore.

Poljska³⁵ nameće obveze *must-offer* i *must-carry* u zrcalnom obliku, gdje se obveza prijensa nameće za kanale Telewizja Polska I i Telewizja Polska II, za nakladnike Telewizja Polsat S. A., TVN S. A., Polskie Media S. A, Telewizja Puls Sp. z. o. o. te za pojedine regionalne programe svim operatorima koji vrše prijenos audiovizualnih programa (uključujući i prijenos putem interneta), a nakladnici na čije se kanale odnosi obveza *must-carry* nemaju mogućnost odbiti prijenos svojih kanala ili zahtijevati naknadu za prijenos.

Slovenija³⁶ također implementira obveze *must-offer* i *must-carry* te također zabranjuje vertikalnu koncentraciju operatora i nakladnika televizije.³⁷ Operator mora pod jednakopravnim uvjetima omogućiti prijenos programa svih nakladnika koji imaju dozvolu za emitiranje (prema čl. 105. Zakona o medijih) ako postoje tehničke mogućnosti za kvalitetan prijem signala od strane operatora u roku od 90 dana od dana početka emitiranja, i to za sve korisnike operatora. Nadalje, operatori moraju u roku od 90 dana

³¹ Section 77. Broadcasting Act 2009 dopunjen i izmijenjen 14. 7. 2021. <https://revisedacts.lawreform.ie/eli/2009/act/18/section/77/revised/en/html> (4. 2. 2023.).

³² Decreto Legislativo br. 177, 31. 7. 2005., dopunjen i izmijenjen 10. 12. 2021., <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2005-07-31;177!vig> (4. 2. 2023.).

³³ Čl. 7 st. 2, Copyright and related rights in the Digital Single Market Regulations, 2021, L.N. 261 of 2021, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:72019L0790MLT_202104295&from=EN (4. 2. 2023.).

³⁴ Media Act 2008, 1. 7. 2021., <https://wetten.overheid.nl/BWBR0025028/2021-07-01#Hoofdstuk6> (4. 2. 2023.).

³⁵ Čl. 43. Broadcasting Act od 29. 12. 1992., izmijenjen i dopunjen 30. 12. 2015., file:///Users/hrvoje/Downloads/Broadcasting_Act_of_29_December_1992.pdf (4. 2. 2023.).

³⁶ čl. 112. Zakon o medijih (Uradni list RS, št. 110/06 – uradno prečišćeno besedilo, 36/08 – ZPOMK-1, 77/10 – ZSFCJA, 90/10 – odl. US, 87/11 – ZAVMS, 47/12, 47/15 – ZZSDT, 22/16, 39/16, 45/19 – odl. US, 67/19 – odl. US in 82/21).

³⁷ Čl. 61. *Ibid.*

od dana početka emitiranja omogućiti besplatan prijenos kanala Radiotelevizije Slovenije, lokalnih i regionalnih televizijskih kanala, studentskih programa i programa neprofitnih nakladnika. Obveza *must-offer* odnosi se na kanale Radiotelevizije Slovenije, lokalnih i regionalnih televizijskih kanala, studentskih programa i programa neprofitnih nakladnika koji moraju omogućiti besplatan prijenos svojih kanala operatorima.

Španjolska³⁸ nakladnicima televizije nameće samo obveze *must-offer*. Svi nenaplatni televizijski kanali moraju biti ponuđeni operatorima u svrhu pokrivanja područja koje ne pokriva DTT (digitalni prijenos televizijskih kanala putem radijskih frekvencija). Nadalje, temeljem rješenja³⁹ nadležnog tijela za tržišno natjecanje (CNMC) od 22. 4. 2015. godine u svezi s vlasničkim povezivanjem poduzetnika Telefónica/DTS (Canal Plus) (uvjeti su produljeni do srpnja 2023. godine temeljem odluke o praćenju od lipnja 2020),⁴⁰ Telefónica ima obvezu ponuditi *premium* kanale – kanali kojima se prenosi ekskluzivni sadržaj od velikih studija iz SAD-a (u prvom vremenskom okviru prikazivanja – 24 mjeseca od prvog prikazivanja u Španjolskoj) ili druge ekskluzivne sportske sadržaje koji se prenose uživo pod neisključivim, poštenim, razumnim i nediskriminirajućim uvjetima. Navedena veleprodajna ponuda mora uključivati svaki kanal koji je u maloprodajnoj ponudi Telefónice, uključujući i nenaplatne kanale i kanale koji se emitiraju putem platformi na zahtjev. Drugi operatori mogu kupiti do 50 % ponuđenog sadržaja te slobodno odlučiti na koji će način kanale prikazivati. Nadalje, Telefónica ne može ograničiti poduzetnike s kojima se natječe u silaznom tržištu da komercijaliziraju *premium* kanale koje su preuzeli od Telefónice temeljem veleprodajne ponude.

Iz prethodnog komparativnog pregleda možemo zaključiti da se primjena pravila *must-carry* razlikuje uglavnom u odnosu na operatore elektroničkih komunikacija na koje se primjenjuju (DTT, kabelski ili satelitski prijenos, IPTV) ili na televizijske kanale na koje se odnosi (javna televizija, regionalni, lokalni ili komercijalni kanali). Neka se odnose na sve vrste operatora, neka samo na kableske ili satelitske operatore, a u nekim državama članicama obveza *must-carry* nameće se samo u slučajevima kada usluge nenaplatne televizije koje se prenose putem radijskih frekvencija nisu dostupne na cijelom teritoriju pojedine države.

U pogledu obveze *must-offer* većina država članica ne nameće takvu vrstu obveza (Estonija, Njemačka, Grčka, Mađarska, Latvija, Litva, Luksemburg, Portugal, Rumunjska, Švedska). Također, mogu se uočiti četiri oblika primjene obveza *must-offer*:

1. Obveza ponude odnosi se na specifične kanale koje pružaju komercijalni nakladnici, a nametnuta je od strane tijela za zaštitu tržišnog natjecanja kao posljedica vertikalnog

³⁸ Real Decreto-ley 1/2009, de 23 de febrero, de medidas urgentes en materia de telecomunicaciones. <https://www.boe.es/boe/dias/2009/02/24/pdfs/BOE-A-2009-3022.pdf> (5. 2. 2023.).

³⁹ CNMC Rješenje br. C/0612/14, https://www.cnmc.es/sites/default/files/618962_23.pdf (5. 2. 2023.).

⁴⁰ CNMC Rješenje br. VC/0612/14, https://www.cnmc.es/sites/default/files/3056051_1953.pdf (5. 2. 2023.).

povezivanja nakladnika i operatora u svrhu osiguravanja njihove šire dostupnosti krajnjim korisnicima (Španjolska, Nizozemska).

2. Obveza ponude kanala javnih servisa u svrhu osiguravanja njihove široke dostupnosti (Francuska, Irska, Italija, Španjolska).

3. Zrcalna primjena obveza *must-offer* i *must-carry* bez određivanja cijena, gdje nakladnici imaju obvezu ponuditi, a operatori prenositi ponuđene kanale (Francuska, Irska, Poljska).

4. Primjena obveza *must-offer* u svrhu postizanja šire dostupnosti nenaplatnih kanala na područjima gdje digitalna zemaljska televizija nije dostupna, pri čemu neke zemlje određuju cijenu, a neke nalažu besplatan prijenos.⁴¹

Predmetna analiza upućuje na to da manji broj država članica koristi sustav *must-offer* za sve nenaplatne televizijske kanale, a uvjeti oko izračuna cijena za prijenos nisu specifično uređeni zakonom (kako je to učinjeno ZEM-om) ni u jednom zakonu koji se obrađuje komparativnom analizom.

Kako je ZEM-om ukinuta zabrana vertikalne koncentracije operatorima elektroničkih komunikacija koji pružaju uslugu naplatne televizije krajnjim korisnicima u okviru drugih elektroničkih komunikacijskih usluga ili samostalno putem svojih kabelskih, internetskih, pokretnih, satelitskih ili zemaljskih platformi i nakladnika televizije, nametnuta obveza objave javne ponude može se smatrati prikladnom mjerom, a o njezinoj nužnosti i razmjernosti raspravljamo *infra*.

4. OPĆENITO O REGULACIJI (EX ANTE) I TRŽIŠNOM NATJECANJU I NJIHOVU ODNOSU

Pravo tržišnog natjecanja čine pravila kojima je cilj postavljanje jasnih pravila za natjecanje poduzetnika na tržištu, ali time i granice slobode njihova djelovanja i određivanje granica dopuštenih sredstava i mjera kojima se poduzetnici mogu služiti kako bi imali bolji položaj na tržištu.⁴²

S obzirom na to da pravo tržišnog natjecanja reagira u pravilu (osim kod koncentracija) *ex post*, kada se smatra da je tržišno natjecanje već narušeno zbog nedopuštenog djelovanja poduzetnika, ono pod određenim okolnostima, a napose u nekim djelatnostima, ne može biti dostatno sredstvo garancije da će se poduzetnici ponašati u skladu s onim kako se očekuje u uvjetima slobodnog tržišta. To je razlog zbog kojeg, pored pravila tržišnog natjecanja, postoji i regulacija *ex ante*. Riječ je o tome da je pravno-

⁴¹ European Commission, DG for Communications Networks, Content and Technology, Study on media plurality and diversity online, svibanj 2022., str. 87, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/475bacb6-34a2-11ed-8b77-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-266745163> (28. 1. 2023.).

⁴² V. Butorac Malnar, Vlatka i dr. (urednici V. Butorac Malnar i S. Petrović), *Pravo tržišnog natjecanja i državnih potpora*, drugo, izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2021, str. 6.

politička procjena da kod nekih djelatnosti treba unaprijed regulirati pravila igre i posebno urediti djelovanje poduzetnika ne bi li se na taj način spriječilo da uopće dođe do narušavanja slobodnog tržišnog natjecanja. Na primjer, s ciljem sprječavanja zlouporabe vladajućeg položaja za poduzetnike sa značajnom tržišnom snagom unaprijed se propisuju dodatne obveze u odnosu na one kojima su podložni svi poduzetnici.

Potreba za regulacijom *ex ante* postoji osobito kod djelatnosti od općeg interesa. To je i jedan od razloga za osnivanje neovisnih regulatora kao samostalnih i neovisnih tijela s javnim ovlastima osnovanih s ciljem uređenja i nadzora nad obavljanjem određenih djelatnosti, napose onih od općeg gospodarskog interesa. Ideja je da se neovisnim regulatorima daje višestruka uloga, s jedne strane regulatora, a s druge nadzornika nad obavljanjem djelatnosti. Neovisni bi regulatori trebali jamčiti trajno i neprekinuto obavljanje djelatnosti te pružanje usluga dobre kvalitete, u interesu svih potrošača. Radi jačanja natjecanja, koje bi trebalo dovesti do poboljšanja kvalitete pružanja usluga, neovisni regulatori imaju zadaću svim poduzetnicima, potencijalnim natjecateljima, omogućiti pristup tržištu pod jednakim uvjetima. To je osobito važno kod djelatnosti koje su vertikalno povezane. Takav je, primjerice, konkretan slučaj s djelatnošću nakladnika televizije i djelatnošću operatora elektroničkih komunikacija.

Neovisni regulatori u biti uređuju tržište u tim djelatnostima tako da je ono više regulirano negoli je to u ostalim djelatnostima. Drugim riječima, moglo bi se kazati da njihova regulatorna ovlast ima kao posljedicu ograničavanje inače uobičajenih pravila djelovanja na tržištu postavljanjem poduzetnicima posebnih uvjeta obavljanja djelatnosti ili određivanjem dodatnih obveza pri njihovu obavljanju.⁴³ Važnu ulogu u tome, po prirodi stvari, imaju upravo neovisni regulatori zbog svoje ovlasti donošenja općih propisa kojima se određuju posebna pravila djelovanja poduzetnika na reguliranim tržištima, ili pak zbog ovlasti donošenja odluka u pojedinačnim predmetima.⁴⁴

Vrlo je važno pitanje odnosa neovisnih regulatora kao sektorskih regulatora tržišta i tijela specifično zaduženoga za zaštitu tržišnog natjecanja (u našem slučaju Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja). Neovisni regulatori imaju širu ulogu nego što je nadzor nad tržišnim natjecanjem u određenoj djelatnosti. Neovisni regulatori djeluju unaprijed, dok AZTN djeluje kada je tržišno natjecanje već narušeno.⁴⁵ Na primjer, Agencija za elektroničke

⁴³ To postaje osobito važno na digitalnim tržištima i u uvjetima digitalnog poslovanja, što je razlog donošenja posebnog propisa, Uredbe (EU) 2022/2065 Europskog parlamenta i Vijeća od 19. listopada 2022. o jedinstvenom tržištu digitalnih usluga i izmjeni Direktive 2000/31/EZ (Akt o digitalnim uslugama) (Tekst značajan za EGP), SL EU L 277/1 od 27. 10. 2022. Iako se, dakako, ne može napraviti potpuna analogija između tog propisa i djelatnosti poduzetnika u području elektroničkih medija, audiovizualnih usluga i elektroničkih komunikacija (iako neke podudarnosti i preklapanja postoje), čini se da se na načelnoj razini može naglasiti dopuštenost i poželjnost reguliranja *ex ante*, kao i mogućnosti postavljanja posebnih uvjeta i dodatnih obveza za one poduzetnike koji su u takvu položaju da mogu značajno utjecati na stanje na tržištu, pa time mogu i lakše narušiti tržišno natjecanje.

⁴⁴ Butorac Malnar, *op. cit.*, str. 104 i dalje.

⁴⁵ V. npr. čl. 13. Zakona o regulaciji tržišta željezničkih usluga i zaštiti prava putnika u željezničkom prijevozu, Narodne novine, br. 104/17; čl. 5., 6. i 11. Zakona o tržištu električne energije, Narodne novine, br. 120/2012, 68/2018; odredbe Zakona o energiji (Narodne novine, br. 120/2012, 14/2014, 102/2015,

medije donosi opća pravila u skladu sa svojom ovlašću, koja je određena zakonom, nadzire rad poduzetnika u području elektroničkih medija i donosi regulatorne odluke u pojedinačnim slučajevima. S druge strane, AZTN smije intervenirati tek kada je već došlo do narušavanja tržišnog natjecanja jer je to uvjet da ono donese odluku u pojedinačnom slučaju, kada utvrđuje je li poduzetnik narušio pravila tržišnog natjecanja ili nije te kada ga sankcionira ako je bilo narušavanja tržišnog natjecanja od strane tog poduzetnika. Uloge neovisnog regulatora i općeg tijela za tržišno natjecanje (AEM-a i AZTN-a) nisu inkompatibilne, one su, štoviše, suplementarne i komplementarne.

U konkretnom slučaju, čl. 68. (kao i čl. 105. za prijelazno razdoblje) regulatorna je odredba kojom se od svih poduzetnika koji su nakladnici televizije s koncesijom na državnoj razini zahtijeva određeno ponašanje i postavljaju im se posebni uvjeti obavljanja djelatnosti. Cilj je te regulacije (*ex ante*) spriječiti da uopće dođe do narušavanja tržišnog natjecanja time što bi ti poduzetnici zloupotrijebili svoj položaj na tržištu (svoju tržišnu snagu) i ne bi poslovali s operatorima elektroničkih komunikacija koji pružaju uslugu naplatne televizije krajnjim korisnicima u okviru drugih elektroničkih komunikacijskih usluga ili samostalno, putem svojih kabelskih, internetskih, pokretnih, satelitskih ili zemaljskih platformi. Drugim riječima, cilj je onemogućiti situaciju da nakladnik ne želi uopće sklopiti ugovor s operatorom elektroničkih komunikacija ili za to postavi takve uvjete koji su istinski neprihvatljivi za operatora, što efektivno znači da nakladnik odbija poslovati s operatorom (slučaj odbijanja poslovanja kao oblik zlouporabe vladajućeg položaja; nametanje nepravednih cijena ili drugih nepravednih trgovinskih uvjeta) ili da nakladnik pojedinim operatorima postavlja različite uvjete na istovrsne poslove ili da uvjetuje sklapanje ugovora pristankom druge ugovorne strane na prihvaćanje uvjeta koji po svojoj prirodi nisu u vezi s predmetom ugovora.⁴⁶

Uzme li se da je legitimni cilj spriječiti takvo ponašanje poduzetnika *ex ante* (o tome više *supra*), može se raspravljati o tome je li intervencija u autonomiju poduzetnika razmjerna, pa u skladu s time i je li ograničenje u skladu s Ustavom. U ocjeni o tome mogu se stupnjevito odrediti razine (dopuštene) intervencije kroz regulaciju *ex ante*; na primjer, je li potrebno uopće obvezivati nakladnike na stavljanje ponude operatorima ili se može u potpunosti prepustiti tržištu i međusobnom pregovaranju načelno pitanje sklapanja ugovora, što znači da bi se moglo dogoditi da do sklapanja ugovora uopće ne dođe; koji treba biti obvezni sadržaj ponude, koje uvjete ponuda mora sadržavati, a koji uvjeti nisu dopušteni; ako nema dogovora o cijeni između ugovornih strana, treba li nadležno tijelo odrediti minimalnu, maksimalnu ili preporučenu cijenu; koji se parametri, mjerila i podaci uzimaju u obzir prilikom određivanja cijene i koja se metodologija za to koristi; jesu li mjerila određivanja cijene od strane nadležnog tijela jasna, razumljiva, unaprijed poznata i nediskriminatorna; jesu li pravila postupanja nadležnog tijela jasna, razumljiva, unaprijed poznata i nediskriminatorna.

68/2018) kojima se određuju ovlasti Hrvatske energetske regulatorne agencije; čl. 16. Zakona o elektroničkim komunikacijama, Narodne novine, br. 76/2022.

⁴⁶ V. čl. 13. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja, Narodne novine, br. 79/2009, 80/2013, 41/2021.

Moglo bi se tvrditi da u ocjeni jesu li ograničenja poduzetničke i tržišne slobode (određena postavljanjem dodatnih obveza ili uvjeta poslovanja) ključnu razliku ima okolnost je li riječ o nakladnicima koji su vertikalno integrirani ili nisu, tj. jesu li posrijedi nakladnici televizijskih programa (uzlazno mjerodavno tržište) ujedno i operatori elektroničkih komunikacija (silazno mjerodavno tržište).

U kontekstu mjerodavnih tržišta na kojima poduzetnici djeluju i ustavne poduzetničke i tržišne slobode determiniran je i odgovor o ustavnosti nametanja obveze *must-offer* vezano za osiguranje jednakog pravnog položaja poduzetnika na tržištu (čl. 49. st. 2. Ustava). Načelno, čini se ispravnim tvrditi da poduzetnik koji djeluje na više mjerodavnih tržišta koji su vertikalno povezani i međusobno uvjetovani nije u jednakom položaju kao poduzetnik koji je prisutan samo na jednom mjerodavnom tržištu. Ako je vertikalna povezanost dopuštena, ona može zahtijevati dodatnu intervenciju i postavljanje dodatnih obveza za vertikalno integriranog poduzetnika ocijeni li se da je to jedini način osiguranja tržišnog natjecanja i očuvanja tržišta (legitimni cilj ograničavanja poduzetničke i tržišne slobode). Međutim, da bi ograničenje bilo dopušteno, takav legitimni cilj tek je jedan od uvjeta koji mora biti ispunjen da bi ograničenje bilo ustavno jer ograničenje mora biti i razmjerno te proći ocjenu kroz tri testa. Tek tada se može utvrditi je li ograničenje poduzetničke i tržišne slobode iz čl. 49. st. 1. u skladu s Ustavom.

Istodobno, može se postaviti pitanje je li ograničenje poduzetničke i tržišne slobode prijeko potrebno i u odnosu na poduzetnika koji nije vertikalno integriran, tj. onog koji ne djeluje na oba mjerodavna tržišta.

Čini se da ne bi smjelo biti dvojbe da je tijelo koje treba biti nadležno za regulaciju *ex ante* (dakako, dođe li se do zaključka da je ona potrebna i korisna) Agencija za elektroničke medije, koja ima ulogu neovisnog regulatora na tržištu elektroničkih medija.

S poduzetničkog i poslovnog rakursa, a potom i s rakursa dopuštene pravne intervencije u načelo poduzetničke i tržišne slobode, čini se da nema drugog sredstva osiguravanja legitimnog cilja negoli je ovaj koji je predviđen u čl. 68. ZEM-a. Naime, ne želi li nakladnik sklapanje ugovora s operatorom, kako ga se može prisiliti na to negoli postavljanjem obveze davanja ponude s ključnim elementima ponude, a napose uvjetom adekvatne cijene? U protivnom, nakladnik može postaviti takvu cijenu u ponudi koja će sklapanje ugovora za drugu ugovornu stranu činiti neprihvatljivim. Ovdje je regulacija *ex ante conditio sine qua non* osiguranja željene razine tržišnog natjecanja i postizanja dobrobiti potrošača (*consumer welfare*, što je legitimni cilj intervencije i ograničenja ustavne poduzetničke i tržišne slobode).

S obzirom na to, kao i uzimajući u obzir analizu stanja i prakse u pojedinim državama i ciljeve sustava *must-offer* i *must-carry*, može se zaključiti da bi se optimalni učinci na tržište, potrošače i osiguranje pluralizma medija postigli kada bi zakonom bile propisane obje obveze: i *must-offer* za nakladnike i *must-carry* za operatore. Isključivo propisivanje *must-offer* impliciralo bi da su samo nakladnici poduzetnici koji se mogu nalaziti u

tržišnom položaju koji se može zlouporabiti, za razliku od operatora. To ne mora biti slučaj jer i operatori mogu imati značajnu tržišnu snagu, koja može dovesti do zlouporabe. Zbog toga, ako postoji samo sustav *must-offer*, on može dovesti do situacije da su nakladnici, ovisno o okolnostima, u podređenom položaju u odnosu na operatore. Zbog toga se može postaviti pitanje ustavnosti ograničavanja poduzetničke i tržišne slobode; iako postoji legitimni cilj ograničavanja, postoje argumenti za tvrdnju da ograničenje nije razmjerno. Nadalje, ako postoji samo sustav *must-offer*, on bi trebao vrijediti samo za one nakladnike koji se nalaze u posebnom položaju na tržištu time što djeluju i na silaznom tržištu operatora elektroničkih komunikacija. Drugim riječima, kada istovremeno nije propisan i sustav *must-carry*, obveza *must-offer* trebala bi se odnositi samo na one poduzetnike koji su vertikalno povezani jer oni mogu pogodovati operatorima s kojima su povezani, a na štetu ostalim operatora.

Bez obzira na sadržaj intervencije u slobodu ugovaranja i postavljanje dodatnih obveza za nakladnike, čak i kada se ocijeni da je takva intervencija opravdana, primjerena i u skladu sa sustavnim načelom poduzetničke i tržišne slobode, može se raspravljati o tome jesu li odredbe o tome kako se određuje cijena za prijenos kanala nakladnika koji podliježu obvezi *must-offer* i kakva se metodologija koristi te je li postupak u kome se to čini dovoljno transparentan, primjeren i nediskriminatoran, uz najmanje moguće zadiranje u ustavne slobode i temeljna prava poduzetnika.

5. TRANSPARENTNOST, PRIMJERENOST I NEDISKRIMINACIJA PRI ODREĐIVANJU CIJENE ZA PRIJENOS KANALA TEMELJEM OBVEZE *MUST-OFFER*

Kako je zakonodavac kroz regulaciju *ex ante* odlučio intervenirati u autonomiju poduzetnika (i) kroz sustav *must-offer* i (ii) u okviru toga, propisivanjem da nadležno tijelo – Vijeće, određuje maksimalnu cijenu koju nakladnici televizije mogu naplaćivati za prijenos nenaplatnih kanala operatorima elektroničkih komunikacija. O sustavu *must-offer* već se raspravljalo, no za ocjenu ustavne razmjernosti važno je razmotriti i koji se parametri, mjerila i podaci uzimaju u obzir prilikom određivanja maksimalne cijene, koja se metodologija pri tome koristi te jesu li mjerila i pravila postupanja jasna, razumljiva, unaprijed poznata i nediskriminatorna.

Čl. 68. st. 5. ZEM-a utvrđuje ključne parametre koji se prilikom izračuna ukupne maksimalne cijene (naknade) moraju uzeti u obzir, a to su ukupan broj nenaplatnih televizijskih kanala s nacionalnom koncesijom, udio gledanosti televizijskih kanala s nacionalnom koncesijom u ukupnom broju televizijskih kanala i ukupan broj korisnika naplatne televizije. Istovremeno, zakon izričito ne utvrđuje na koji se način navedeni podaci prikupljaju i koriste prilikom izračuna, ali nalaže suradnju Vijeća i HAKOM-a te usvajanje metodologije izračuna ukupne maksimalne naknade, uz prethodno provođenje javnog savjetovanja sa zainteresiranom javnošću kako bi mjerila i pravila postupanja bila jasna, razumljiva i unaprijed poznata. Iako prethodno navedeni parametri imaju značajan utjecaj na određivanje konačne maksimalne cijene za pojedini nenaplatni televizijski

kanal, zakonodavac je propustio urediti način utvrđivanja ključnog parametra – osnovu za utvrđivanje iznosa naknade. Naime, parametri ukupnog broja nenaplatnih kanala, udio gledanosti i broja korisnika naplatne televizije primjenom metodologije koju utvrdi Vijeće moraju se staviti u odnos prema nekoj unaprijed utvrđenoj osnovi (cijeni) za utvrđivanje naknade te se na taj način dolazi do izračuna ukupne maksimalne cijene za pojedini televizijski kanal. Iz tog razloga upravo je utvrđivanje tog ključnog parametra od odlučne važnosti za izračun konačne maksimalne cijene koju nakladnici mogu naplaćivati za prijenos nenaplatnih kanala. Očigledna je intencija zakonodavca da odlučivanje o tom ključnom parametru prepusti Vijeću, koje pri tome, u skladu s čl. 68. st. 4. ZEM-a, mora postupiti na način da se naknada utvrđuje na načelima razmjernosti, transparentnosti i nediskriminacije, što upućuje na tzv. pravila FRAND. Iako se navedena pravila u slučajevima vertikalnog povezivanja poduzetnika često koriste u svrhu otklanjanja negativnih posljedica povezivanja poduzetnika, ona u praksi doživljavaju brojne kritike, posebice u području audiovizualnih medijskih usluga. Tako se često ističe primjedba da navedena pravila nisu dovoljno jasna i unaprijed određena te da ne uzimaju u obzir učestale promjene na tržištu.⁴⁷ Iz navedenih razloga nameće se pitanje u kojoj je mjeri Vijeće obvezno prilikom određivanja osnove za utvrđivanje naknade uzeti u obzir ukupne interne i eksterne troškove koje nakladnici nenaplatnih televizijskih kanala s koncesijom na državnoj razini imaju u proizvodnji kanala te u kojoj se mjeri uzimaju u obzir inflatorna kretanja, što može biti od posebne važnosti ako se uzme u obzir da se naknada određuje na rok od pet godina.

Navedeno se i spominje u Konačnom prijedlogu Zakona o elektroničkim medijima od 29. srpnja. 2021. godine u obrazloženju čl. 68., koji kaže: „ ... a pri određivanju cijene osobito se uzima u obzir najviša cijena kanala i najveći udio u gledanosti. Cijena iz prethodnog stavka ažurira se jednom godišnje ili svake dvije godine te se pri tome mora voditi računa o stopi inflacije te stvarnom stanju na tržištu“,⁴⁸ iako konačna formulacija čl. 68. ZEM-a prethodno navedeno obrazloženje ni na koji način ne reflektira, već se govori o ukupnoj naknadi koja se utvrđuje na rok od pet godina, unutar koje se pojedinačne naknade po nenaplatnom kanalu mogu mijenjati svake dvije godine (iznimno i prije) samo temeljem promjena u udjelu gledanosti. Nadalje, uz navedene primjedbe ništa ne upućuje na obvezu nadležnog tijela da ne samo prilikom određivanja nego i prilikom kontinuiranog praćenja primjene mjera treba uzeti u obzir i moguće promjene na tržištu (ulazak novog poduzetnika na tržište, moguća horizontalna ili vertikalna povezivanja poduzetnika, pojava novih usluga i sl.).

Pored toga, dodatno pitanje koje se nameće vezano uz određivanje maksimalne naknade za prijenos jest njezin obuhvat. Naime, programski sadržaj nenaplatnih televizijskih kanala prate i brojne interaktivne usluge koje su do sada nakladnici nudili operatorima i koje su predstavljale svojevrsnu dodanu vrijednost kanalima u ponudi, a ne propisanu

⁴⁷ V. slučaj br. M.9064 – Telia Company/ Bonnier Broadcasting Holding, primjedbe vezane uz primjenu pravila FRAND, str. 284, 294.

⁴⁸ *Op. cit.*, t. 5., str. 84.

obvezu. Također, ne pružaju svi nakladnici isti skup interaktivnih usluga. Iz tog razloga maksimalna naknada za prijenos trebala bi se odnositi samo na skup nužnih interaktivnih usluga koje omogućuju odgovarajući pristup krajnjim korisnicima s invaliditetom te podataka kojima se podržavaju usluge umrežene televizije i elektroničkih programskih vodiča budući da interaktivne usluge, poput snimanja, pauziranja i premotavanja programa, ni na koji način nisu povezane s ciljevima koji se žele ostvariti nametnutom mjerom objave ponude.

Navedeni problemi u određivanju ukupne maksimalne naknade koju nakladnici nenaplatnih kanala s koncesijom na državnoj razini mogu naplaćivati operatorima za prijenos jasno se očituju i u Odluci o određivanju ukupne naknade za naplatni prijenos, koju je Vijeće donijelo 22. studenoga 2021. (dalje u tekstu – Odluka).⁴⁹ Naime, temeljem čl. 105. st. 1. Vijeće je donijelo predmetnu Odluku (i ispravak Odluke), kojom utvrđuje ukupan iznos naknade za prijelazno razdoblje do 31. 12. 2023. godine u skladu s propisanim postupanjem prema čl. 105. st. 1. U suradnji s HAKOM-om Vijeće je prikupilo podatke o broju operatora koji u RH pružaju usluge prijenosa televizijskih kanala i koji rade u sustavu slobodne distribucije, broju korisnika gore navedenih usluga, broju kanala (naplatnih i nenaplatnih) koje navedeni operatori distribuiraju, ugovorene cijene za usluge prijenosa televizijskih kanala, gledanosti u minutama po svakom kanalu, a koju su prikupili s korisničke opreme i dostavili sami operatori. Tom Odlukom utvrđena je visina ukupne naknade od 0,47 EUR mjesečno po korisniku naplatne televizije te su, unutar navedene ukupne naknade, određene i pojedinačne naknade za svih sedam nenaplatnih kanala četiri nakladnika s dobivenom državnom koncesijom.

Člankom 105. st. 1. određeno je da se u prijelaznom razdoblju za izračun ukupne ponderirane naknade uzimaju naknade koje su operatori plaćali nakladnicima za nenaplatne kanale u godini koja prethodi godini stupanja zakona na snagu, a koje uključuju sve interaktivne usluge vezane uz predmetne kanale u odnosu na broj korisnika pojedinog kanala po operatoru. Ako je navedena naknada uključivala i naplatne kanale čija vrijednosti nije zasebno određena iz jedinstvene naknade, izuzima se vrijednost naplatnih kanala temeljem udjela naplatnih kanala u ukupnom broju kanala.

Jasno je da se ponderirana naknada računa stavljanjem inicijalno ugovorene cijene koju su operatori plaćali nacionalnim nakladnicima za nenaplatni kanal u odnos prema broju korisnika pojedinog kanala po operatoru. Time se nastoji doći do pravične cijene te je pri tome ključno prema načelima razmjernosti, transparentnosti i nediskriminacije utvrditi točnu inicijalnu cijenu za pojedini nenaplatni kanal. Iz obrazloženja Odluke Vijeća nije jasno na koji je način izuzeta inicijalna cijena za pojedinačni nenaplatni kanal ako je potrebno izuzeti vrijednost naplatnih kanala iz zbirne cijene za ukupan broj kanala. Nije jasno je li pri tome uzet u obzir udio gledanosti nenaplatnog kanala u odnosu na naplatne

⁴⁹ Vijeće, Odluka o određivanju ukupne naknade za naplatni prijenos, 22. 11. 2021., <https://www.aem.hr/wp-content/uploads/2021/11/Odluka-o-utvrdivanju-ukupne-naknade-iz-cl-105.pdf> (6. 2. 2023.), i Odluka o ispravku odluke, 22. 12. 2021., <https://www.aem.hr/wp-content/uploads/2021/12/Odluka-o-ispravku-odluke-1.pdf> (6. 2. 2023.).

kanale čija vrijednost nije zasebno određena, a koji su nuđeni u paketu. Na probleme vezane uz izračun inicijalne cijene (osnove za izračun) za utvrđivanje ponderirane naknade upućuje i samo Vijeće u svojem obrazloženju kada govori „...uz sposobnost pregovaranja i druge kriterije koji se ne mogu matematički izraziti“, pritom ne navodeći metodologiju kojom navedeno odstupanje korigira. Time i samo Vijeće dovodi u pitanje točnost izračuna i primjenu načela razmjernosti, transparentnosti i nediskriminacije.

U svojem obrazloženju Vijeće tako propušta navesti način kako je utvrdilo točan iznos inicijalne cijene koja se koristila za izračun ponderirane cijene. Ne navodi se nijedan podatak koji je ključan za izračun ponderirane naknade ni podaci koji su odlučni za utvrđivanje pojedinačne naknade po kanalu unutar ukupno određene naknade. Pri izračunu se također koriste podaci koje dostavljaju sami operatori (koji su direktno zainteresirana strana), a za koje se ne predviđa provjera ili barem usporedba s podacima neovisnog izvora. Bitno je istaknuti da navedeni podaci i točna metodologija izračuna moraju biti dostupni zainteresiranim stranama kako bi se postupak mogao smatrati razmjernim, transparentnim i nediskriminirajućim. Uz to (iako je za prijelazno razdoblje tako previđeno čl. 105. st. 1 ZEM-om), cijena se određuje za prijenos kanala zajedno sa svim interaktivnim uslugama neovisno o tome koje sve interaktivne usluge nakladnici pružaju te se time sam programski sadržaj nenaplatnih kanala po svojoj važnosti na svojevrsan način izjednačava s pružanjem interaktivnih usluga neovisno o njihovoj vrsti i broju, iako to ni na koji način nije nužno za ostvarivanje ciljeva koji se žele postići nametnutom mjerom obveze objave javne ponude za prijenos.

Moglo bi se zaključiti da u slučaju donošenja predmetne Odluke o određivanju ukupne i pojedinačne naknade Vijeće nije postupilo u skladu s načelima razmjernosti, transparentnosti i nediskriminacije, već upravo suprotno; samim se time i nameće pitanje budućeg postupanja pri određivanju ukupne naknade nakon proteka prijelaznog razdoblja.

6. ZAKLJUČAK

Na temelju prethodne analize čl. 68. i 105. ZEM-a i ograničenja koja se nameću nakladnicima te ustavnih odredbi o temeljnim pravima i slobodama i mogućnosti njihova ograničavanja može se zaključiti da bi se optimalni učinci na tržište, potrošače i osiguranje raznovrsnosti i pluralizma medija postigli kada bi zakonom bile propisane obje obveze: i *must-offer* za nakladnike i *must-carry* za operatore. Naime, sustav *must-offer* bez istodobnog sustava *must-carry* narušava načelo razmjernosti u ostvarivanju legitimnog cilja osiguranja raznovrsnosti i pluralizma medija. Uređuje li se samo sustav *must-offer*, on bi trebao vrijediti samo za one nakladnike koji su vertikalno povezani s poduzetnicima na tržištu operatora. Pri tome je također važno uzeti u obzir da se ustavna odredba iz čl. 49. st. 2., kojom država osigurava jednak pravni položaj poduzetnika na tržištu, odnosi prije svega na sve poduzetnike. No ako je to u skladu s načelom poduzetničke i tržišne slobode iz čl. 49. st. 1. Ustava i njezinim dopuštenim ograničenjima prema čl. 16. Ustava,

za poduzetnike na različitim tržištima mogu se postaviti posebni uvjeti ili obveze, a jednako se tako uz iste pretpostavke mogu za pojedine poduzetnike odrediti takvi posebni uvjeti ili dodatne obveze ako se njihov položaj na tržištu pravno razlikuje od položaja drugih poduzetnika na istom tržištu. U skladu s time, obveza javne ponude za nakladnike televizije iz čl. 68. st. 1. ZEM-a i činjenica da konačnu cijenu za prijenos kanala određuje Vijeće ne predstavlja povredu poduzetničke i tržišne slobode iz čl. 49. st. 1. Ustava, no važno je istaknuti da je predmetnom analizom utvrđeno da odredbe čl. 68. st. 3., st. 4., st. 5., st. 6. i st. 7. i čl. 105. st. 1. nisu dovoljno jasne i razumljive, pa time nisu ni razmjerne ni nediskriminatorne. te stoga mogu biti protivne odredbama čl. 16. i 50. Ustava RH i mogu dovesti do pravne nesigurnosti. Konačno, temeljem provedene analize može se zaključiti da odredbe čl. 105. st. 1. koje se odnose na obvezu ponude koja, osim programskog sadržaja, uključuje i sve interaktivne usluge za prijelazno razdoblje do 31. 12. 2023., nisu u skladu s legitimnim ciljem, nužne i razmjerne, niti su u potpunosti jasne, razumljive i nedvojbene, pa samim time nisu u skladu s odredbama čl. 3., 16. i 50. Ustava RH.

SUMMARY

The Issue of the Constitutionality of the Provisions Imposing the Obligation to Launch a Public Offer for the Transmission of Free TV Channels Pursuant to the Electronic Media Act

The provisions of the Electronic Media Act, adopted in 2021, impose the obligation on television broadcasters with a concession granted at state level in the Republic of Croatia to launch a public offer for the transmission of their free television channels that broadcast on the basis of a concession to all electronic communications operators which provide pay television services to end users. This is an important innovation compared to the previous legislative framework. Since this Act abolishes the restrictions related to the possibility of a vertical concentration of entrepreneurs providing media services on the market and entrepreneurs providing electronic communications services in the Republic of Croatia, the legislator decided to intervene in the autonomy of entrepreneurs by imposing, through an ex-ante regulation, the obligation to launch a public offer (must offer), while at the same time limiting the maximum price that broadcasters can charge for the transmission of free channels. This price is determined by the competent authority – the Electronic Media Council. Since the aforementioned measures restrict entrepreneurial and market freedoms guaranteed by the Constitution of the Republic of Croatia, this paper considers the constitutionality of the imposed restrictions. Furthermore, it offers a comparative analysis of the legal regulation of the must-offer and must-carry system in EU Member States, and an analysis of the legally prescribed procedure of the competent authority of the Republic of Croatia in determining the maximum price for the transmission of free channels. Finally, special emphasis is given to an analysis of ex-ante regulation and its impact on market competition.

Keywords: electronic media, electronic communications, television broadcasters, electronic communications operators, audio-visual media services, must-offer system, must-carry system

Hrvoje Lisičar, PhD, Associate Professor at the Department of Information Technology Law and Informatics, University of Zagreb Faculty of Law

Siniša Petrović, PhD, Full professor in a permanent position at the Department of Commercial Law and Company Law, University of Zagreb Faculty of Law