

BOSNA I HERCEGOVINA
Konkurencijsko vijeće



BOSNA I HERCEGOVINA
Konkurencijski savjet

Рјешење

по Захтјеву за покретање поступка привредног субјекта „Telemach“ д.о.о. Сарајево против привредног субјекта „БХ Телеком“ (BH Telecom) д.д. Сарајево

**Сарајево,
фебруар, 2018. године**



Број: УП-04-26-2-017-36/17
Сарајево, 8. фебруар 2018. године

Конкуренијски савјет Босне и Херцеговине, на основу члана 25. став (1) тачка е), члана 42. став (1), а у вези с чланом 4. став (1) тачка б) Закона о конкуренцији («Службени гласник БиХ», бр. 48/05, 76/07 и 80/09), члана 105. Закона о управном поступку („Службени гласник БиХ“, бр. 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 и 53/16), у поступку покренутом по Захтјеву за покретање поступка поднесеном од стране привредног субјекта „Telemach“ д.о.о. Сарајево, Џемала Биједића 216., 71000 Сарајево, Босна и Херцеговина, заступан по пуномоћнику адвокату Нихаду Сијерчићу, фра. Анђела Звиздовића 1., 71 000 Сарајево, Босна и Херцеговина против привредног субјекта „БХ Телеком“ д.д. Сарајево, Франца Лехара 7., 71000 Сарајево, Босна и Херцеговина, ради утврђивања злоупотребе доминантног положаја у смислу члана 10. став (2) тачка б) Закона о конкуренцији, запримљеног под бројем: УП-04-26-2-017-1/17, дана 30. јуна 2017. године, на 18. (осамнаестој) сједници одржаној 8. фебруара 2018. године, је донио

Р Ј Е Ш Е Њ Е

1. Одбија се Захтјев привредног субјекта „Telemach“ д.о.о. Сарајево, Џемала Биједића 216., 71000 Сарајево, Босна и Херцеговина, поднесен против привредног субјекта „БХ Телеком“ д.д. Сарајево, Франца Лехара 7., 71000 Сарајево, Босна и Херцеговина, ради утврђивања злоупотребе доминантног положаја у смислу члана 10. став (2) тачка б) Закона о конкуренцији, као неоснован.
2. Одбија се захтјев привредног субјекта „Telemach“ д.о.о. Сарајево, Џемала Биједића 216., 71000 Сарајево, Босна и Херцеговина за накнадом трошкова поступка, као неоснован.
3. Ово Рјешење је коначно и биће објављено у «Службеном гласнику БиХ», службеним гласницима ентитета и Брчко дистрикта Босне и Херцеговине.

Образложење

Конкуренијски савјет је дана 30. јуна 2017. године под бројем: УП-04-26-2-017-1/17 запримио Захтјев за покретање поступка привредног субјекта „Телемацх“ д.о.о. Сарајево, Џемала Биједића 216., 71000 Сарајево, заступан по пуномоћнику адвокату Нихаду Сијерчићу, фра. Анђела Звиздовића 1., 71 000 Сарајево (у даљем тексту: Подносилац захтјева или Телемацх) против привредног субјекта „БХ Телеком“ д.д. Сарајево, Франца Лехара 7., 71000 Сарајево (у даљем тексту: Противна страна или БХ Телеком), ради утврђивања злоупотребе доминантног положаја у смислу члана 10. став (2) тачка б) Закона о конкуренцији ("Службени гласник БиХ", бр. 48/05, 76/07 и 80/09) (у даљем тексту: Закон), на тржишту велепродајног физичког приступа мрежној инфраструктури БХ Телекома.

Како Захтјев није био потпун, Конкуренцијски савјет је актом број: УП-04-26-2-017-2/17 од 28. августа 2017. године, затражио од Подносиоца захтјева допуну истог, те актом број: УП-04-26-2-017-4/17 од 20. септембра 2017. године.

Подносилац захтјева је доставио тражено дана 14. септембра 2017. године, актом број: УП-04-26-2-017-3/17 и дана 29. септембра 2017. године, актом број: УП-04-26-2-017-5/17, након чега је Конкуренцијски савјет утврдио да је исти комплетан и уредан у смислу члана 28. став (1) Закона, па је Конкуренцијски савјет издао Подносиоцу захтјева дана 11. октобра 2017. године Потврду о пријему комплетног и уредног Захтјева, број: УП-04-26-2-017-6/17.

1. Странке у поступку

Странке у поступку су привредни субјекти „Telemach“ д.о.о. Сарајево, Цемала Биједића 216., 71000 Сарајево, и „БХ Телеком“ д.д. Сарајево, Франца Лехара 7., 71000 Сарајево.

1.1. Привредни субјекат *TELEMACH*

Привредни субјекат Telemach друштво за пружање услуга у области телекомуникација д.о.о. Сарајево, Цемала Биједића 216., Сарајево, регистрован је код Општинског суда у Сарајеву под матичним бројем: 65-01-0620-08. Његов оснивач је *Bosnia Broadband S.a.r.l.* из Луксембурга, *Rue de Rollingergrund*, L- 2440 Луксембург и са уписаним основним капиталом од (..)**¹ КМ.

Привредни субјекат Telemach је привредно друштво које је активно у пружању телекомуникацијских услуга. Један је од телекомуникацијских оператора у Босни и Херцеговини који дистрибуира медијски садржај преко кабловске техничке платформе и пружа услуге приступа интернету и повезане услуге као и услуге фиксне телефоније претплатницима.

1.2. Привредни субјекат БХ Телеком

Привредни субјекат дионичко друштво БХ Телецом Сарајево, Франца Лехара 7., Сарајево, регистрован је код Општинског суда у Сарајеву под матичним бројем: 65-02-0012-10 (стари број: И-23391). Основни капитал привредног субјекта БХ Телеком је подијељен на 53.457.358 акција, које су у 90% власништву Федерације Босне и Херцеговине, а 10% у власништву Приватизацијских инвестицијских фондова и малих акционара. Основна регистрована дјелатност привредног субјекта БХ Телеком је обављање телекомуникацијских дјелатности.

2. Правни оквир предметног поступка

Конкуренцијски савјет је у току поступка примијенио одредбе Закона, Одлуке о утврђивању категорија доминантног положаја («Службени гласник БиХ», бр. 18/06 и 34/10), Одлуке о утврђивању релевантног тржишта («Службени гласник БиХ», бр. 18/06 и 34/10) и одредбе Закона о управном поступку («Службени гласник БиХ», бр. 29/02, 12/04, 88/07 и 93/09), у смислу члана 26. Закона.

Споразум о стабилизацији и придруживању између европских заједница и његових држава чланица, с једне стране и Босне и Херцеговине с друге стране („Службени гласник БиХ – међународни уговори“ бр. 10/08), (у даљем тексту: Споразум о стабилизацији и придруживању) одредба чл. 71. о примјени критеријума и правне стечевине Европске уније, те члана 43. став (1)

¹ (..)**-подаци представљају пословну тајну у смислу члана 38. Закона о конкуренцији.

Закона, које омогућује Конкуренцијском савјету у сврху оцјене датог случаја, да се може користити судском праксом Европског суда правде и одлукама Европске комисије.

Конкуренцијски савјет је извршио увид и у Закон о комуникацијама («Службени гласник БиХ», бр. 31/03, 75/06, 32/10 и 98/12), те Одлуку о усвајању Политике сектора електронских комуникација Босне и Херцеговине за период 2017.-2021. и акцијског плана за реализацију политике («Службени гласник БиХ», бр. 46/17), усвојену од стране Савјета министара Босне и Херцеговине, затим Правило 35/2008 («Службени гласник БиХ», бр. 54/08), Правило 54/2011 («Службени гласник БиХ», бр. 85/11).

3. Поступак по Захтјеву за покретање поступка

У свом Захтјеву, Подносилац захтјева, описују чињенично стање и околности које су разлог за подношење Захтјева те битном наводе сљедеће:

- Подносилац захтјева, Telemach, је телекомуникацијска твртка која дјелује као оператор дигиталне и аналогне кабловске ТВ, пружалац услуге широкопојасног Интернета и као оператор фиксне телефоније (приложени за Телемацх Извод из регистра и Финансијски извјештај за 2016. годину).
- Противна страна, БХ Телеком, је један од три доминантна (енгл. *incumbent*) телекомуникацијска оператора у БиХ (уз привредне субјекте Хрватске Телекомуникације д.д. Мостар (у даљем тексту: ХТ Мостар) и Телекомуникације Републике Српске а.д. Бања Лука (у даљем тексту: Телеком Српске), са главном пословном дјелатности, пружање телекомуникацијских услуга у фиксној и мобилној телефонији, дистрибуција медијских садржаја и пружање услуге приступа Интернету(приложен за БХ Телеком Извод из регистра).
- Предметни захтјев се у свом сажетку односи на активности БХ Телекома које представљају злоупотребу доминантног положаја на релевантном тржишту, на начин да је неоправдано одбио омогућити Telemach-у физички приступ својој мрежној инфраструктури (телекомуникацијским цијевима у појединим дијеловима Кантона Сарајево и другим кантонима у ФБиХ).
- У погледу предложеног релевантног тржишта, Подносилац захтјева сматра да је релевантно тржиште предметног поступка, тржиште велепродајног физичког приступа мрежној инфраструктури БХ Телекома у области покривеној таквом инфраструктуром. С тим да је релевантно тржиште производа приступ „јавној ПТСН мрежи БХ Телекома“, а релевантно географско тржиште представља „подручје које покрива БХ Телекомова ПТСН мрежна инфраструктура“. Такав приједлог Подносилац захтјева образлаже на начин да је и Регулаторна агенција за комуникације БиХ (у даљем тексту: РАК) у свом ставу који је исказан у његовом приједлогу Анализе велепродајног тржишта физичког приступа мрежној инфраструктури на фиксној локацији и велепродајног тржишта широкопојасног приступа од 8. децембра 2014. године (приложена уз Захтјев) (у даљем тексту: РАК анализа велепродајног приступа) навео на стр. 32:
„Када је у питању пасивна физичка инфраструктура, кабловске мреже не могу послужити као замјена за ПСТН мреже, с обзиром да се дио коаксијалног вода до крајњег корисника не може развезати на исти начин као локална петља код ПСТН мрежа. Сигнали према/од крајњим корисницима преко коаксијалних парица се мултиплексирају, те није могуће физичко развезивање појединих коаксијалних парица.“ Такође, наводи како је географска димензија овог релевантног тржишта производа одређена подручјем које покрива БХ Телекомова мрежа.

- Како би доказао да БХ Телеком има доминантни положај на релевантном тржишту Подносилац наводи како је БХ Телеком једини учесник на тржишту физичког приступа БХ Телекомовој мрежној инфраструктури, те да његово тржишно учешће на овом релевантном тржишту износи 100%, стога закључује да је БХ Телеком доминантан на релевантном тржишту. Као још један фактор релевантан за оцјену тржишне снаге БХ Телекома у сфери телекомуникација је чињеница да је РАК, прогласио БХ Телеком за оператора са значајном тржишном снагом (СМП) на неколико тржишта, укључујући фиксну и мобилну телефонију и закуп телекомуникацијских водова. Исти статус имају и друга два *инцумбент* оператора. Према члану 14. Закона о комуникацијама БиХ:

„Сматра се да оператор телекомуникација има значајну тржишну снагу, ако, било индивидуално или заједно с другима, има положај који је једнак доминацији, односно положај економске моћи, која му у знатној мјери омогућава да ради неовисно о конкурентима, клијентима и крајњим корисницима.“

У свом Захтјеву Подносилац даље наводи како дефиниција оператора са значајном тржишном снагом је у БиХ иста као и одговарајућа дефиниција у Европској Унији. У том погледу, Подносилац захтјева истиче како је у својим релевантним смјерницама Европска комисија навела да дефиниција значајне тржишне снаге (СМП) одговара концепту доминантног положаја из члана 102. Уговора о функционисању ЕУ (у даљем тексту: УФЕУ), те да стога имајући у виду да члан 9. Закона представља практично преузету одредбу члана 102. УФЕУ, Подносилац сматра је исти закључак у вези са повезаношћу СМП статуса и доминантног положаја примјењив и у БиХ.

- Како би појаснио злоупотребу доминантног положаја у овом поступку, те предупредио евентуалне будуће приговоре од стране БХ Телекома, Подносилац захтјева наводи како без обзира на чињеницу да секторским прописима још увијек није изричито успостављена поједина обавеза оператора или да нису утврђени детаљи и начин остваривања такве обавезе, као ни евентуална чињеница да нешто није окарактеризирано као повреда релевантних секторских прописа од стране секторског регулатора (у овом случају од стране РАК-а) не значи да не постоји злоупотреба доминантног положаја у смислу члана 10. Закона. Такав став се поткрјепљује праксом из пресуде Европског суда правде (у даљем тексту: ЕСП) у предмету *Deutsche Telekom* (предмет Ц-280/08, Пресуда ЕСП од 14. октобра 2010. године). У тој одлуци, ЕСП је утврдио да чињеница да се телекомуникацијски оператор придржавао секторских прописа из области телекомуникација не значи да не постоји одговорност оператора по основу могуће повреде прописа из области конкуренције, докле год је оператор имао могућност аутономног дјеловања у погледу наводног прекршаја. То би практично значило уколико би секторски пропис фиксирао цијену одређеног телекомуникацијског производа, оператор не би имао могућност аутономног дјеловања и стога не би био у могућности да прекрши прописе о конкуренцији тако што би дјеловао у складу са налогом из секторског прописа. С друге стране, уколико секторски пропис на примјер одређује само максималну цијену али је не фиксира, оператор има могућност аутономног дјеловања, јер је у могућности да одреди цијену унутар одређеног опсега. Из одлуке у предмету *Deutsche Telekom* такође слиједи да чињеница да је оператор добио сагласност секторског регулатора у погледу одређеног поступања не значи да исто поступање не може истодобно представљати и прекршај правила из области конкуренције. Конкретно, у предмету *Deutsche Telekom* њемачки телекомуникацијски регулатор дао је своју сагласност на одређене цијене које је утврдио *Deutsche Telekom*, али је успркос томе установљено да је путем таквих (одобрених) цијена *Deutsche Telekom* извршио злоупотребу доминантног положаја.

Примијењено на предметни случај и акте БХ Телекома за које Подносилац сматра да представљају злоупотребу доминантног положаја, могућа тврдња да РАК још увијек није

усвојио правила којима се одређују одређене обавезе које би биле примјениве на БХ Телеком не значи да је усвајање таквих секторских прописа предуслов за постојање кршења прописа о заштити конкуренције. Ово се посебно односи на правила у вези са физичким приступом мрежној инфраструктури *incumbent* оператора.

У овом поступку је спорно и право БХ Телекома на управљање телекомуникацијским цијевима, без обзира на чињеницу да утврђивање стварних права на одређеној имовини не може бити предмет поступка који се води код Конкуренцијског савјета, Подносилац захтјева истиче да управљање инфраструктуром која је предмет овог поступка БХ Телеком у великом дијелу врши без правног основа.

Наиме, према јавно доступним информацијама, БХ Телеком није уписан као власник ове имовине у одговарајућим регистрима, нити је засновао право служности на овој инфраструктури у своју корист за велики дио инфраструктуре коју ексклузивно користи.

Такође, макар колико је Подносиоцу познато, БХ Телеком нема ни право концесије нити неко друго право кориштења предметне инфраструктуре прибављено у законом прописаној процедури.

Иако ове чињенице немају утицаја на обавезу БХ Телеком да другима омогући приступ предметној инфраструктури коју користи, Подносилац сматра битним истаћи ове околности, а како би Конкуренцијски савјет могао цијенити тежину почињене повреде - не само да БХ Телеком спрјечава конкуренцију онемогућавањем приступа инфраструктури, него то још чини са инфраструктуром коју користи без правног основа.

У сваком случају, све и уколико би БХ Телеком имао заснована нека права на предметној имовини, иста представља есенцијалну инфраструктуру, коју је БХ Телеком као владајући учесник на тржишту дужан дати на кориштење конкурентима под одговарајућим условима. Наиме, приступ мрежној инфраструктури *incumbent* оператора је од кључног значаја за пословање алтернативних оператора и учешће на тржиштима пружања услуга крајњим корисницима.

- Без обзира на предњу чињеницу, Подносилац захтјева у свом захтјеву даље наводи како се обратио БХ Телекому са конкретном понудом у вези са изнајмљивањем телекомуникацијских цијеви којима управља БХ Телеком, који је понуду одбио без разумног образложења. БХ Телеком конкуренцију на тржишту нарушава тако што одбија да Telemach-у изнајми поједине вишкове капацитета телекомуникацијских цијеви, тиме онемогућавајући Telemach да се ефективно такмичи са БХ Телекомом.
- Подносилац захтјева наводи како је БХ Телеком до инфраструктуре коју данас користи, већим дијелом дошао кориштењем ресурса стечених у периоду до 1992. године, а којима су допринијели сви становници БиХ, у складу са системом управљања који је владао у тадашњој БиХ. Дакле, не ради о инфраструктури коју је БХ Телецом стекао инвестирајући приходе стечене тржишном борбом са конкурентима.

Како дио слободних капацитета те инфраструктуре није неопходан БХ Телекому за пружање властитих услуга, а градња нове инфраструктуре је комплексна и скупа и за оператере и за ширу друштвену заједницу, Telemach је сматрао логичним да се обрати БХ Телекому за најам предметне инфраструктуре, нудећи притом да се договоре о комерцијалним условима. Telemach сматра даје овакво рјешење у интересу развоја конкуренције, али и у јавном интересу (смањује трошкове и друге практичне проблеме за грађане које изградња нове инфраструктуре подразумијева).

По том питању Telemach се у периоду 2015.-2017. више пута обратио БХ Телекому конкретним захтјевом да му БХ Телеком изнајми поједине телекомуникацијске цијеви у Кантону Сарајево, а након тога и у неким другим кантонима, а у које би Telemach положио свој телекомуникацијски кабал (приложени уз Захтјев: Telemach-ови захтјеви упућени БХ Телекому 20. марта 2017. године, 19. јануара 2017. године, 3. августа 2015. године, 27.

августа 2015. године, 1. септембра 2015. године). Међутим, БХ Телеком је у више наврата дао негативан одговор у погледу овог захтјева, наводећи како нема дефинисану понуду за изнајмљивање телекомуникацијских цијеви, те да стога није у могућности да поступи по Telemach-овом захтјеву (приложени уз Захтјев: БХ Телекомови одговори од 28. марта 2017. године, 27. фебруара 2017. године, 26. августа 2015. године, 3. септембра 2015. године, 1. децембра 2015. године).

- У једном од одговора достављених од стране БХ Телекома од 28. марта 2017. године, БХ Телеком инсистира на чињеници да секторски регулатор владајућим операторима још није одредио услове и правила за давање на кориштење слободних инфраструктурних капацитета. По том питању Подносилац захтјева наводи како, евентуално непостојање детаљних правила по секторској регулативи не искључује обавезе које БХ Телеком има као доминантни учесник на тржишту у смислу прописа о заштити конкуренције. У том погледу, нарочито је релевантна чињеница да се Telemach са предметним захтјевом први пут обратио БХ Телекому још у августу 2015. године, те да секторски регулатор није донио конкретне акте до данашњег дана. Уколико би се оправдање БХ Телеком-а сматрало легитимним, све док им секторски регулатор не одреди услове и правила (што очигледно може трајати више година), доминантни оператори немају обавезу да омогуће приступ својој инфраструктури, што је очигледно противно смислу и циљу прописа из области поштене тржишне конкуренције.

Дакле, БХ Телеком је без било каквог објективног оправдања одбио да Telemach-у омогући приступ слободним капацитетима у својим телекомуникацијским цијевима, наводећи само да закуп није могућ из разлога што БХ Телеком нема дефинисану понуду за такву врсту аранжмана, нити је секторски регулатор дао смјернице за сачињавање такве понуде. Међутим, недостатак дефинисане понуде, као и чекање секторских прописа који ће БХ Телекому прописати детаљне услове за уступање слободних инфраструктурних капацитета, не значи да БХ Телеком може ограничити развој конкуренције на тржишту БиХ и у сваком случају не искључује примјену прописа о заштити конкуренције на предметно дјеловање БХ Телекома.

- Обзиром да Telemach сада већ годинама чека да БХ Телеком омогући provedбу закона и приступ неискориштеној инфраструктури, односно да омогући фер и транспарентан приступ одговарајућој инфраструктури, сматра да је омогућио сасвим довољно времена БХ Телекому да обликује објективне и економски оправдане услове и правила за давање на кориштење слободних инфраструктурних капацитета. БХ Телеком вишегодишњим супротним поступањем упорно спрјечава, ограничава и нарушава развој тржишне конкуренције, онемогућавањем приступа есенцијалној инфраструктури својим конкурентима на повезаним тржиштима, односно онемогућава пружање квалитетније и поузданије услуге корисницима и нелегитимно повећава трошкове конкурената (Telemacha).
- Подносилац захтјева у Захтјеву наводи и чињеницу како изградња нове мреже није изводљива алтернатива приступу БХ Телекомовој инфраструктури, из разлога што, изградња нове мрежне инфраструктуре уопштено гледано није економски изводљива, имајући у виду високе трошкове повезане са таквим улагањем, као и неизвјесност у погледу тога би ли довољан број корисника прешао код алтернативног оператора. С обзиром да постојећи корисници на релевантном подручју већ имају приступ услугама БХ Телекома, алтернативни оператер мора учинити значајна улагања, која БХ Телеком не мора сносити, како би уопштее био у стању да им понуди своју услугу (коју они не морају прихватити).
- Додатно, наводи се у захтјеву, у контексту БиХ изградња мреже је повезана са значајним регулаторним препрекама, услед чињенице да је прибављање грађевинских дозвола сложен процес који захтијева значајно вријеме и у којем судјелује и сам БХ Телеком, који за издавање дозволе за градњу мреже у већини случајева мора издати сагласност ради

евентуалне сметње властитој инфраструктури. Дакле, БХ Телеком има контролу не само над приступом његовој инфраструктури (која представља кључни ресурс за пословање алтернативних оператора), већ и над могућношћу постављања алтернативне инфраструктуре од стране истих тих оператора. Услијед овога, приступ БХ Телекомовој инфраструктури представља једини економски оправдан начин на који алтернативни оператор може доћи до крајњих корисника на мјеродавном подручју и понудити им своје услуге, односно конкурирати БХ Телекому. Подносилац захтјева наглашава како је, приступ наведеној инфраструктури је од кључног значаја за пословање оператора који желе да се натјечу на вертикално повезаном тржишту, односно да пружају малопродајне услуге корисницима телекомуникацијских услуга. У овом погледу, Подносилац указује на анализу садржану у РАК анализи велепродајног приступа, у којој се у мјеродавном дијелу наводи:

„Изградња властите приступне мреже до крајњих корисника захтијева велика капитална улагања и то већином у облику неповратних трошкова (енгл. sunk cost), што значи да оператор који одлучи да уложи средства неће моћи да надокнади све трошкове уколико касније одлучи или буде присиљен да напусти тржиште. Такође, не може се очекивати да се таква инвестиција оствари [...] у року од једне до три године, зато што је потребно неколико година да се дуплира мрежа какву посједују три инцидент оператора. То се потврђује кроз случај оператора Логософт који, без обзира на сличну архитектуру и интензивна улагања у нова оптичка влакана и бакрене парице у посљедњих неколико година, и даље дјелује на прилично ограниченом подручју.

Баријере за улазак на тржиште стварају асиметричне услове између оператора који већ дјелују на тржишту и нових оператора. Incumbent оператори су инвестирали у своје мреже и стварали корисничку базу годинама у положају монопола.

Без обзира на ову хисторијску чињеницу, главне карактеристике приступних мрежа су неповратни трошкови, те економија обсега и обухвата због чега их нови оператори тешко могу реплицирати. Неповратни трошкови или неповратне инвестиције су трошкови и инвестиције који се не могу вратити након изласка с тржишта. Кабловска канализација и положени каблови се, у принципу, не могу пренијети на друго мјесто, а да се не изгубе трошкови њихове почетне инсталације. Према томе, постоји велики ризик везан за изградњу приступне мреже, поготово ако је то друга паралелна мрежа постојећој мрежи једног од incumbent оператора и зато што је неизвјесно да ће крајњи корисници incumbent оператора прећи на нову мрежу. Изградња властите инфраструктуре до крајњег корисника је исплатива у случају када на одређеном подручју постоји довољан број и густоћа потенцијалних корисника. Осим постојања економије опсега и довољне густоће потенцијалних корисника, потребно је да постоји и потражња за осталим телекомуникацијским услугама, како би се велика улагања исплатила.

Узимајући у обзир географску заступљеност приступне мрежне инфраструктуре оператора БХ Телекома, Телекома Српске и ХТ Мостара, као и чињеницу да су изграђене током дугог временског периода, закључује се да реплицирање приступне мрежне инфраструктуре БХ Телекома, Телекома Српске и ХТ Мостара није економски оправдано.

Како би се смањио ризик улагања у приступну мрежу, неопходно је да нови оператори могу користити, барем дјеломично, пасивни и активни приступ инфраструктури и пратећим средствима incumbent оператора. Чак и ако нови оператор одлучи реплицирати приступну мрежу, нпр. полагајући оптичке каблове, то би било пуно лакше ако би му био омогућен приступ кабловској канализацији инцидент оператора. Према томе, чак и за операторе који су спремни на велике инвестиције у приступне мреже, изградња кабловске канализације представља значајну препреку за улазак на тржиште.

Поред структурних баријера, постоје и правне препреке за улазак нових оператора на тржиште. Градња властите приступне инфраструктуре је отежана не само због високих и већином неповратних трошкова улагања (постављање канализације, полагање

каблова и сл.), већ и због немогућности добијања потребних грађевинских дозвола за изградњу властите приступне мрежне инфраструктуре.

Оператор који жели градити приступне мреже мора добити дозволе за изградњу кабловске канализације, постављање ормара и изградњу објеката за смјештај опреме, у складу са законом о јавном и грађанском праву. Агенција напомиње, да се дозволе за изградњу кабловске канализације теже добивају у појединим дијеловима БиХ. Такође, Агенција наглашава да не постоји закон на нивоу Босне и Херцеговине који уређује ову област, што представља правну баријеру за операторе који желе градити мреже на читавој територији БиХ.

У складу са наведеним, постојање баријера за улазак на тржиште, структурних и правних, додатно доприноси јачању тржишне снаге инкумбент оператора БХ Телекома, Телекома Српске и ХТ Мостар на њиховим припадајућим географским тржиштима. “

У својој анализи РАК се додатно осврнуо на тржишну предност коју *incumbent* оператори имају у погледу економије опсега:

„Економија обима својствена је за производне процесе које карактеризирају високи фиксни трошкови, а што је карактеристика електронских комуникацијских тржишта. Фиксни трошкови су исти из периода у период, тако да се ширењем обима производње, фиксни трошкови распоређују на већи број јединица производа. У случају електронских комуникација то се односи на ситуацију у којој постоји могућност да оператор већ изграђену инфраструктуру за пружање одређене услуге, без већих додатних трошкова искористи за ширење базе корисника. Дакле, инкумбент оператори БХ Телеком, Телеком Српске и ХТ Мостар имају значајну предност над другим операторима који се налазе на тржишту или желе ући на тржиште са гледишта економије обима, обзиром да могу понудити услуге са знатно нижим трошковима од других оператора који би требали изградити или надоградити постојећу мрежну инфраструктуру. Оператори који би жељели ући на тржиште, због високих трошкова пружања услугу, не би били у могућности понудити ниже цијене од инкумбент оператора, а тиме би и теже привукли кориснике.“

РАК је у својој анализи идентификовао и конкретна могућа нарушавања конкуренције до којих би могло доћи услед одбијања БХ Телекома и друга два *incumbent* оператора да алтернативним операторима омогуће приступ својим инфраструктурама:

„Агенција сматра да би [три *incumbent* оператора] у одсуству регулације могли имати интерес одбити захтјев за преговоре операторима корисницима велепродајних услуга физичког приступа мрежној инфраструктури (укључујући потпуни и заједнички приступ издвојеној локалној петљи) и битстреам приступа. СМП оператори би као вертикално интегрисани оператори који пружају услуге на повезаним малопродајним тржиштима, такође, имали интерес да ускрате неку од велепродајних услуга релевантних тржишта (приступ издвојеној локалној петљи, мрежној инфраструктури и повезаним средствима, колокацији, *bitstream* приступ) или да ускрате већ одобрени приступ. У том случају, значајна тржишна снага била би пренесена на повезана малопродајна тржишта, циме би тржишна позиција СМП оператора била додатно ојачана, а конкуренција нарушена.

Агенција сматра да потенцијални конкуренти не би имали довољну преговарачку моћ која би натјерала СМП операторе да пружају релевантне велепродајне услуге под разумним комерцијалним условима, па чак и да уопште нуде ове услуге. Због преношења тржишне снаге, оператори корисници не би могли бити ефективна конкуренција СМП операторима на релевантним малопродајним тржиштима. Посљедице би се одразиле на крајње кориснике на начин да не би имали могућност избора у погледу цијене, квалитета и асортимана услуга. “

У пракси Европске Комисије је у неколико предмета утврђено да је приступ телекомуникацијској мрежи инцумбент оператора од кључног значаја (*eng. essential facility*) за пословање алтернативних оператора, нпр. у одлукама којима се санкционисрала злоупотреба доминантног положаја у предметима Телекомуникација Полска (Предмет ЦОМП /39.523) и Словак Телеком (Предмет АТ.39523). У наведеним предметима, Еуроуска Комисија је изричито утврдила да и тзв. „конструктивно одбијање сарадње“ (понуда сарадње под условима који нису разумни за другу уговорну страну) представља радњу злоупотребе доминантног положаја инцумбент оператора. Тако, на примјеру БХ Телекома, који одбија Telemach-у омогућити приступ својим телекомуникацијским цијевима, забринутости које је РАК исказао у својој анализи материјализирале су се у пракси. Услијед овога, интервенција Конкурентијског савјета нужна је како би се очувала и унаприједила ефективна конкуренција на релевантном тржишту. Стога, Подносилац захтјева наводи и како одсутност прописа РАК-а који би налагали БХ Телекому да објави општу понуду у вези са давањем у закуп телекомуникацијских цијеви другим операторима не спрјечава примјену прописа о конкуренцији.

Међутим, одсутност наведеног прописа РАК-а не значи да је БХ Телеком у погледу свог поступања имун од примјене прописа о конкуренцији, односно да по том основу може ускратити приступ цијевима алтернативним операторима. Као што је познато, сврха секторских прописа у области електронских комуникација је дјеловање *ex ante* како би се развила конкуренција на тржиштима на којима не постоји ефективна конкуренција. С друге стране, прописи о конкуренцији на одређено понашање дјелују *ex post*, тј. када је већ дошло до повреде конкуренције. Ово је изричито потврдио и РАК у својој Анализи veleпродајног приступа (стр.37.) гдје наводи:

„За разлику од ex post приступа регулацији којим надлежно тијело за заштиту конкуренције злоупотребу доминантног положаја процјењује примјењујући принципе закона о заштити конкуренције, у електронским комуникацијама Агенција примјењује претходну (ex ante) регулацију и дјелује тамо гдје конкуренција није ефективна, како би се она развила.“

РАК је препознао могућност да ће три *incumbent* оператора бити неспремни да омогуће приступ својим инфраструктурама, те је на основу тога РАК закључио да ће потенцијално бити неопходна *ex ante* регулација с тим у вези. У том погледу, у конкретном предмету је јасно да је наведена спорна пракса примјењивана на тржишту дуги низ година, односно да представља континуирану повреду БХ Телекома. Као што БХ Телекомово одбијање да омогући Telemach-у приступ својим телекомуникацијским цијевима показује, наведени закључци РАК-а су у потпуности оправдани. Сходно овоме, чак и у одсуству *ex ante* регулације, *ex post* примјена прописа о заштити конкуренције је оправдана, пошто је већ дошло до повреде конкуренције.

- У свом Захтјеву Telemach наводи како одбијање приступа инфраструктури од стране *incumbent* оператора представља злоупотребу доминантног положаја у пракси ЕУ, те да Евроуска Комисија, у Смјерницама о телекомуникацијама наводи:

„Поједини incumbent телеком оператори могу доћи у искушење да трећим странама - пружатељима услуга одбију приступ својој инфраструктури, нарочито у подручјима у којима би услуга у питању представљала конкуренцију услузи коју телеком оператор сам пружа. Овај отпор ће се често манифестирати у одуговлачењу приликом давања приступа, у неспремности да се омогући приступ или у спремности да се приступ омогући само под неповољним увјетима. Улога је прописа о конкуренцији осигурати да се овим потенцијалним тржишта приступа дозволи развој и да се incumbent оператори спријече у томе да своју контролу искористе на начин да омету развој на тржиштима услуга.“

Цитирани документ Европске комисије такође потврђује да, имајући у виду описано подручје покривања БХ Телекомове мреже и практичку немогућност да алтернативни

оператори реплицирају ову мрежу, БХ Телекомова инфраструктура представља кључну инфраструктуру:

„У сектору телекомуникација, концепт „кључне инфраструктуре“ биће у многим случајевима мјеродаван приликом одређивања обвеза владајућих телеком оператора. Израз кључна инфраструктура користи се да се њиме опише инфраструктура која је кључна за приступ купцима и/или омогућавање конкурентима да наставе са својим пословањем, а који не може бити реплициран разумно могућим средствима. Привредни субјект који контролише приступ кључној инфраструктури посједује владајући положај у смислу чланка [102. УФЕУ].“ (Смјернице о телекомуникацијама §68-69)

На становишту да одбијање приступа телекомуникацијској мрежи која представља инфраструктуру представља злоупотребу доминантног положаја је и Европска комисија:

„У области превоза, Комисија је у својим одлукама утврдила да фирма контролише кључну инфраструктуру мора под одређеним условима омогућити приступ. Иста начела важе и за сектор телекомуникација. Уколико не би постојале комерцијално изводљиве алтернативе у погледу захтијеваног приступа, онда уколико приступ не би био омогућен, страна која захтијева приступ не би била у могућности обављати дјелатност на тржишту услуга. Стога би одбијање у овом случају ограничило развој нових тржишта, или нових производа на тим тржиштима, противно члану [102](б), или би нарушило развој конкуренције на постојећим тржиштима.“

Даље се наводи како је Европска комисија развила сљедећи аналитички оквир како би оцијенила је ли, одбијањем омогућавања приступа кључној инфраструктури, одређени телеком оператор врши злоупотребу доминантног положаја:

- (а) приступ инфраструктури у питању је генерално кључан како би привредни субјекти били у могућности да се такмиче на релевантном тржишту;
- (б) постоје довољни капацитети да се омогући приступ;
- (с) власник инфраструктуре спрјечава конкуренцију на постојећем или потенцијалном тржишту услуга или производа;
- (д) привредни субјект који захтијева приступ спреман је платити разумну и недискриминирајућу цијену те је и у другим аспектима спреман прихватити недискриминирајуће услове приступа;
- (е) не постоји објективно оправдање за одбијање приступа.

Према подносиоцу захтјева, свих пет услова које тражи Европска Комисија приликом оцјене је задовољено у предметном случају.

- (под а) Приступ БХ Телекомовим телекомуникацијским цијевима је кључан како би алтернативни оператори били у могућности да се натјечу са БХ Телекомом на тржишту фиксне телефоније - Као што је појашњено, услјед чинитеља као што су подручје које покрива БХ Телекомова мрежа, дозволе БХ Телекома, периода пословања БХ Телекома и развоја бранда, различитих услуга и пакета које БХ Телеком нуди корисницима (тзв. quadruple-play услуга), броја корисника који овај оператор већ има, периода важења закључених уговора, високих фиксних трошкова изградње алтернативне мреже, те практичне немогућности алтернативних оператора да изграде паралелне мреже, како би дошли до крајњих корисника и били у могућности да се ефикасно такмиче са БХ Телекомом на тржишту фиксне телефоније алтернативним операторима је нужан приступ БХ Телекомовој инфраструктури.
- (под б) БХ Телеком има довољно капацитета да омогући приступ - Према сазнањима Подносиоца захтјева, БХ Телеком има довољно слободног капацитета како би дозволио Телемашху тражени приступ телекомуникацијским цијевима. Приликом одбијања Teleмашх-овог захтјева, чак ни БХ Телеком није навео недостатак капацитета као разлог одбијања - БХ Телеком је захтјев одбио уз образложење да нема општу понуду за ову врсту

- услуге, нити му је секторски регулатор прописао услове и правила за сачињавање ове понуде.
- (под ц) Одбијањем приступа својој мрежној инфраструктури, БХ Телеком спрјечава конкуренцију на различитим малопродајним телекомуникацијским тржиштима (нпр. фиксне телефоније, приступа Интернету, дистрибуције медијских садржаја) - Као што је детаљно изложено у овом Захтјеву, будући да дјелује као вертикално интегрисани оператор, БХ Телеком има снажан потицај да другим операторима отежа улазак на малопродајна телекомуникацијска тржишта на којима би му могли ефикасно конкурисати. БХ Телекомово поступање у вези са одбијањем приступа својој мрежи стога треба бити разматран у том контексту. Пошто алтернативни оператори не могу под разумним условима реплицирати БХ Телекомову мрежу, једини начин на који би се могли ефикасно такмичити са БХ Телекомом је уколико би имали приступ БХ Телекомовој мрежи и одбијањем приступа БХ Телеком нарушава конкуренцију на малопродајном нивоу тржишта.
 - (под д) Telemach је спреман платити разумну и недискриминирајућу цијену и у другим погледима је спреман да прихвати недискриминирајуће услове - Telemach није тражио да му БХ Телеком приступ својој мрежи омогући бесплатно, већ да му БХ Телеком да у најам дио својих вишкова капацитета у релевантном подручју. Телемацх је у сваком случају спреман да плати разумну и недискриминирајућу цијену за такав приступ. Међутим, БХ Телецом и Телемацх нису ни дошли до фазе преговора у којој би преговарали о условима под којим би тражени приступ био омогућен - БХ Телеком је одбио да одобри приступ без обзира на пословне услове, чиме јасно показује да одбијање сарадње није утемељено на економски оправданим разматрањима, већ на ускраћивању кључног ресурса конкурентима.
 - Додатно, Подносилац истиче да, чак и уколико БХ Телеком нема општу понуду у којој би били одређени пословни услови најма његових телекомуникацијских цијеви, постоје објективни критеријуми на основу којих се може одредити цијена таквог најма.

Прије свега, такви критеријуми садржани су у РАК анализи велепродајног приступа. Конкретно, РАК је као горњу граничну цијена најма цијеви одредио 14 КМ по километру дужине и по квадратном центиметру попречног пресјека кабловске канализације. Исти документ такође даје упоредни преглед у погледу цијена услуге приступа и заједничког кориштења кабловске канализације у регији, а што такође може послужити као користан показатељ приликом одређивања цијене закупа БХ Телекомових цијеви, као што је приказано у табели:

	Услуга приступа и заједничког кориштења кабловске канализације	Мјесечна накнада (ЕУР/метру)
Хрватска	-цијеви великог промјера (63-110 мм)	0,1575
	-цијеви ПЕХД 50 (50 мм)	0,1333
	-цијеви малог промјера (20-40 мм)	0,0458
	-микроцијеви (3-16 мм)	0,0258
Србија	-цијеви промјера до 40 мм	0,0900
Црна Гора	-изнајмљивање канала промјера 40 мм	0,0951
	-изнајмљивање канала промјера 20 мм	0,0761
Македонија	-изнајмљивање канала промјера 40 мм	0,0951
	-изнајмљивање канала промјера 32 мм	0,0761
	-изнајмљивање канала промјера 5-10 мм	0,0357

Поред праксе из регије, такођр су доступни и подаци о томе на који начин се цијена најма утврђује широм Европе. У том погледу, подносилац је приложио табелу, садржану у

експертском мишљењу које је *SBR-net Consulting*, које је такођер приложио уз захтјев, припремио за Подносиоца захтјева као коментар на РАК анализу велепродајног приступа (у даљем тексту: „SBR-net анализа“) показује упоредбу цијене коју предлаже РАК са релевантним цијенама у неколико европских земаља.

Подносилац захтјева закључује, како постоје објективни критерији на основу којих би се могла одредити цијена приступа БХ Телекомовим цијевима чак и без усвајања опште понуде која би се односила на ову врсту услуге БХ Телекома.

Даље наводи, како не постоји објективно оправдање за БХ Телекомово одбијање приступа. Приликом одбијања Telemach-овог захтјева за приступ БХ Телекомовим телекомуникацијским цијевима, БХ Телеком није пружио никакво објективно оправдање, нити такво оправдање постоји. Као једини разлог одбијања приступа БХ Телеком је навео чињеницу да још увијек нема опћу понуду за ту врсту услуге. Међутим, као што је објашњено изнад у тексту, непостојање опће понуде за пружање услуге приступа телекомуникацијским цијевима ни на који начин не онемогућава примјену прописа о конкуренцији на такво поступање нити БХ Телекому даје имунитет од навода о злоупотреби доминантног положаја. У складу са ЕУ Смјерницом 2014/61/ЦЕ о мјерама за смањење трошкова постављања електроничких комуникацијских мрежа великих брзина од 15. сивиња 2014. године, како би се смањили трошкови постављања широкопојасних мрежа, што доприноси дигитализацији јавног сектора и посљедично свим секторима привреде, државе чланице ЕУ су се обавезале осигурати да на њиховој територији сваки мрежни оператор има обавезу удовољити свим разумним захтјевима за приступ његовој физичкој инфраструктури ради постављања елемената електроничких комуникацијских мрежа великих брзина под правичним и разумним условима. Захтјев је, према овој Директиви, могуће одбити искључиво из објективних и транспарентних разлога.

- Иако Директива не представља израван извор права у БиХ, Подносилац захтјева исту овдје цитира да би пренио стандарде поступања са инфраструктуром који су усвојени на нивоу ЕУ, те како би нагласио да безразложно одбијање приступа инфраструктури (која је притом изграђена средствима свих грађана БиХ) од стране БХ Телекома представља озбиљно кршење тржишних стандарда који се у сектору телекомуникација примјењују широм свијета.

Подносилац захтјева је у допуни Захтјева достављеној на тражење Конкуренцијског савјета дана 14. септембра 2017. године, број: УП-04-26-2-017-3/17, доставио сљедеће информације, у битном:

- У погледу технологије коју користи за пружања својих услуга Telemach користи ХФЦ, ФТТх и Г-ПОН мрежне технологије (технологију ДВБ-Ц и IPTV за пружање ТВ услуге, ИП технологију за интернет и фиксну телефонску услугу), као и сателитску технологију ДТХ (ДВБ-С) за пружање самосталне ТВ услуге одређеним корисницима.
- Податке, приказано у достављеној табlici, о укупном броју корисника (искључиво корисника Telemach-а, а не повезаних друштава), приказано према опћинама, и према врсти услуге коју корисници користе. С напоменом да се на цјелокупном подручју сваке од опћина у којима пружа услуге, мреже два оператора преклапају у цијелости већ само на одређеним дијеловима. У највећем броју случајева, БХ Телеком покрива претежну или цјелокупну територију ових општина, а Telemach покрива дијелове територије наведених опћина мрежом коју је у досадашњем току свог пословања изградио или купио, те да је немогуће је на основу јавно доступних података у овом тренутку исказати тачан постотак преклапања за сваку опћину. Достављени подаци о ЦАТВ корисницима обухваћају само кориснике физички спојене на мрежну инфраструктуру Telemach-а, а не и кориснике који услуге примају путем сателита и других технологија - ДТХ, ММДС, Wireless.
- Појашњење како Telemach посједује на дијелу наведеног географског подручја своју властиту мрежну инфраструктуру, али не у обиму упоредивом са БХ Телекомом, односно постојећа властита мрежна инфраструктура му не омогућава одговарајуће пружање услуга

крајњим корисницима, с обзиром да не покрива цјелокупну територију наведених општина. Telemach има интерес за закуп цијеви ради полагања властите инфраструктуре у исте и пружање основних дјелатности Telemach-а, односно пружања услуга ТВ, интернета и фиксне телефоније крајњим корисницима, а из разлога што постоји више категорија корисника које би ефикасније и боље опскрбио услугом када би имао закупљене цијеви БХ Телекома, а такође на овај начин би и проширио круг корисника којима би могао понудити услугу.

- Наиме, на неким локацијама које покрива мрежа БХ Телекома, Telemach уопште нема никакву мрежу, немају је ни трећа лица, а постављање нових цијеви подразумијева неразмјерне трошкове средстава и времена, односно административно је отежано, с обзиром да се дозволе за градњу често чекају годинама, те би корисницима на тим локацијама услугу понудио новом инфраструктуром коју би положио у закупљене цијеви БХ Телекома, према фер и транспарентним тржишним условима.
- Стога, уколико Конкурентијски савјет сматра да је то неопходно за утврђивање чињеница у конкретном случају, Telemach предлаже да се проведе вјештачење на околности економске потребе кориштења предметних цијеви и неисплативости постављања алтернативне мреже на предметним локацијама.
- Такође, за одређен број локација, Подносилац захтјева у овом тренутку користи закупљене вишкове капацитета разних оператера (укључујући БХ Телеком), а значајно би квалитетније и ефикасније наведене кориснике могао опскрбљивати услугом путем властите инфраструктуре коју би положио у цијеви које би закупио од БХ Телекома.
- На одређеним локацијама, Telemach закупљује инфраструктуру трећих лица, у складу са важећим цјеницима. Такође, Telemach се бави изнајмљивањем телекомуникацијских капацитета трећим оператерима и за то посједује одговарајуће цјенике. Telemach је на мањем броју локација изнајмљивао цијеви другим оператерима, а цијену наплаћује на ad hoc основи, јер таква сарадња до сада није био значајнијег опсега, те није било пословне потребе да се формулира службени цјеник. Када се проматра територија покривена инфраструктуром БХ Телекома, уочљиво је да нити један други телеком оператор нема ни приближно тако разгранату мрежу као БХ Телеком, што је и разумљиво, јер је БХ Телеком у посједу мреже која је стварана деценијама (у периоду бивше СФРЈ и након тога), док алтернативни оператери на тим локацијама морају да граде властите мреже, уз много техничких, правних и комерцијалних баријера, чиме се алтернативни оператори баве тек 15-20 година и нису ни приближно развили обим мреже да би се могли успоредити са БХ Телекомом. Врло је мали број локација (ако уопште постоје) на којима би Telemach имао потребу за најмом цијеви и могао исти да узме од неког трећег лица, изузев БХ Телекома.
- Подносилац захтјева није оспоравао власништво БХ Телекома над предметном инфраструктуром у поступцима пред надлежним органима, јер за такво што није активно легитимизиран - такав поступак евентуално би могао покренути тек претпостављени власник - држава или локална јединица самоуправе или лица чије је власништво БХ Телеком запосјео. Предметна питања нису од пресудне важности за предмет поступка пред Конкурентијским савјетом, јер Подносилац захтјева од Конкурентијског савјета не захтијева да се бави утврђивањем власништва над предметном инфраструктуром, јер за то није ни надлежно. Telemach жели од БХ Телекома као посједника и фактичког управљача изнајмити предметну инфраструктуру - као што је наведено у Захтјеву, питање правног основа за кориштење исте евентуално може бити релевантно при оцјени Конкурентијског савјета у вези тежине предметне повреде конкуренције.
- У свом поднеску Подносилац захтјева упућује и на одредбу члана 9. става (1), тачка (х) Одлуке о дефинисању категорије доминантног положаја („Службени гласник БиХ“, број 18/06, 34/10), терет доказивања у погледу не/постојања могућности најма цијеви владајућег

оператора је на самом владајућем оператору, који по нашим сазнањима није пружио никакве доказе да нема такву могућност:

„одбијање приступа другим господарским субјектима, уз разумну финансијску накнаду, постројењима, опреми, пријеносној мрежи или другој инфраструктурној опреми, која је у власништву или се користи од господарског субјекта у владајућем положају, ако други господарски субјекти нису у могућности из правних и других разлога да дјелују на истом тржишту на којем дјелује господарски субјект који има владајући положај без могућности да заједнички користе такву опрему односно капацитете, и ако господарски субјект који има владајући положај не докаже да је такво заједничко кориштење неизводиво из оперативних, техничких или других разлога или да се од њих не може тражити такво кориштење“.

- Такође, Telemach има информацију да постоји слободан капацитет у оквиру наведених цијеви на основу искуства својих запосленика и подизвођача, односно чињенице да је телекомуникацијска канализација БХ Телекома грађена у вријеме бивше Југославије по пројектима и методологији која је претпостављала велике слободне капацитете цијеви. Примјера ради, у Хрватској и Словенији се инфраструктура incumbent оператора годинама изнајмљује десетинама оператора и тек данас постоје мања загушења на најзначајнијим правцима унутар градова (непостојање техничке могућности за увлачење додатног кабла). Наведена процјена се може релативно лако провјерити пилот пројектом детекције слободног капацитета наведених цијеви, те уколико Конкурентијски савјет сматра да је то нужно за утврђивање чињеница у конкретном случају, Telemach предлаже да се проведе вјештачење слободног капацитета предметних цијеви.

Подносилац захтјева је у допуни Захтјева достављеној на тражење Конкурентијског савјета дана 29. септембра 2017. године, број: УП-04-26-2-017-5/17, доставио сљедеће информације, у битном:

- Укупан број корисника повезаних друштава Telemacha на подручју које покрива БХ Телеком, приказан према општинама (у достављеној табlici), имајући у виду да мрежа повезаног друштва не покрива цјелокупну територију општине, издвојено и видљиво на територији на којој има мрежну инфраструктуру, те према врсти услуге коју корисници користе. Подаци су достављени за повезано друштво КАТВ „ХС“ д.о.о. Сарајево, „ХКБ нет“ д.о.о. Сарајево, „М&Н“ Компану д.о.о. Сарајево и „ВНВ CABLE TV“ д.о.о. из Лукавца.
- Подносилац захтјева је обавијестио Конкурентијски савјет, да је према службеној веб страници РАК-а, нова сједница Свјета ове Агенције заказана за 3. октобра 2017. године, те да ће на истој бити разматрана Анализа велепродајног тржишта физичког приступа мрежној инфраструктури, у вези са предметним релевантним тржиштем.
- Додатно, Подносилац захтјева упућује Конкурентијски савјет и са је Политиком сектора електронских комуникација Босне и Херцеговине за период 2017 - 2021. године („Службени гласник БиХ“, бр. 46/17), коју је усвојио Савјет министара БиХ, прецизно као један од приоритета наведено „заједничко кориштење постојеће физичке инфраструктуре“:
„Такођер, потребно је подузмати мјере у циљу олакшавања и потицања увођења ЕК мрежа а нарочито ЕК мрежа које омогућавају пружање услуга широкопојасног приступа при брзинама од најмање 30 Мбит/с, промовирајући инвестирање од стране свих судионика на тржишту, заједничко кориштење постојеће физичке инфраструктуре и омогућавајући учинковитије постављање нове физичке инфраструктуре како би трошак увођења таквих мрежа био што нижи“, те даље: “Кориштење постојеће кабловске канализације, цјевовода, топловода, објеката и друге инфраструктуре која може послужити за сигурно и економично инсталирање ЕК мрежа и уређаја смањит ће потребит за новим грађевинским радовима. Тиме ће се убрзати улазак нових оператора на

тржиште, повећати економичност пословања постојећих оператора, што ће у завршници довести до смањења малопродајних цијена ЕК услуга“.

- Из предњег произлази закључак, према Подносиоцу захтјева, да је секторском регулативом предвиђено је заједничко кориштење постојеће физичке инфраструктуре као један од основа развоја овог сектора, с тим да секторски регулатор посебним прописима још није уредио санкције за кршење ове обвезе. Како је истакнуто у Захтјеву, ово наравно не искључује обвезе и санкције које су предвиђене Законом о конкуренцији, а које постоје и проведиве су.
- Сходно свему наведеном, Подносилац захтјева упућује захтјев Конкуренцијском савјету да покрене поступак против БХ Телекома, те да утврди да је БХ Телеком злоупотребио доминантни положај на релевантном тржишту, на начин да је неоправдано одбијајући да омогући Telemach-у физички приступ својој мрежној инфраструктури (телекомуникацијским цијевима у појединим дијеловима Кантона Сарајево и других кантона на територији ФБиХ), злоупотребио свој доминантни положај на тржишту велепродајног физичког приступа БХ Телекомовој мрежној инфраструктури у области покривеној таквом инфраструктуром, ограничавајући производњу, тржишта или технички развој у смислу члана 10. став (2) тачка б) Закона, и члан 9. став (1) тачка х), као и члана 9. став (1) тачка д) и г) Одлуке о дефинисању категорија доминантног положаја („Службени гласник БиХ“ број: 18/06 и 34/10), те да поред евентуалног изрицања новчане казне у смислу члана 48. Закона, наложи БХ Телекому да своје понашање на тржишту усклади са одредбама Закона, те прекине са даљим кршењем истог.

На основу горе наведеног, Конкуренцијски савјет је оцијенио да повреде Закона, на које Подносилац захтјева указује, није могуће утврдити без provedбе поступка, те је у складу са чланом 32. став (2) Закона, на 11. сједници одржаној дана 11. октобра 2017. године, донио Закључак о покретању поступка, број: УП-04-26-2-017-7/17 (у даљем тексту: Закључак), ради утврђивања злоупотребе доминантног положаја у смислу члана 10. став (2) тачка б) Закона.

Конкуренцијски савјет је доставио Закључак Подносиоцу захтјева, актом број: УП-04-26-2-017-12/17 дана 12. октобра 2017. године.

Конкуренцијски савјет, у складу са чланом 33. став (1) Закона, је доставио Захтјев и Закључак на одговор противној страни у поступку, „БХ Телеком“ д.д. Сарајево, Франца Лехара 7., 71000 Сарајево, Босна и Херцеговина, актом број: УП-04-26-2-017-13/17 дана 12. октобра 2017. године.

Дана 19. октобра 2017. године, за примљена је допуна Подносиоца захтјева број: УП-04-26-2-017-14/17, којом је подносилац захтјева извјестио Конкуренцијски савјет о припајању привредног субјекта ВНВ Cable д.о.о. Лукавац.

Дана 30. октобра 2017. године БХ Телеком се обратио Конкуренцијском савјету за одобравање додатног рока, актом број: УП-04-26-2-017-15/17, а који му је одобрен од стране Конкуренцијског савјетаа дана 2. новембра 2017. године, актом број: УП-04-26-2-017-16/17.

БХ Телеком је у одобреном року доставио одговор на Захтјев и Закључак Конкуренцијском савјету, у смислу члана 33. став (3) Закона, поднеском број: УП-04-26-2-017-17/17 дана 3. новембра 2017. године, у којем у цијелости оспорава Захтјев, те сматра да исти треба одбити као неоснован, и преурањен, те у вези са појединачним наводима Подносиоца захтјева, у битном наводи слједеће:

- Обзиром на предмет поднесеног захтјева, чињенице и наводе и истакнуте приједлоге у Захтјеву истиче како је на предметном тржишту од кључног значаја улога регулатора – Регулаторне агенције за комуникације Босне и Херцеговине – РАК, која има прописане

надлежности сходно Закону о комуникацијама у члану 36. став (1), те Савјет министара, које има све надлежности према члану 13. Закона о комуникацијама, те чланом 3. тачка 4. став а) и б) истог Закона.

- Даље указује како је Савјет министара Босне и Херцеговине на 102. сједници одржаној дана 23. маја 2017. године донио Одлуку о усвајању Политике сектора електронских комуникација Босне и Херцеговине за период 2017. – 2021. године и акцијског плана за реализацију политике („Службени гласник БиХ“ број: 46/17) (даље у тексту: Политика сектора електронских комуникација). Политика сектора електронских комуникација прописује динамику регулисања и изградње електронско-комуникацијске (ЕК) инфраструктуре.
- РАК је у досадашњем периоду у два наврата проводио јавне консултације за „Анализу велепродајног тржишта физичког приступа мрежној инфраструктури на фиксној локацији и велепродајног тржишта широкопојасног приступа“ у складу са Правилном 54/2011. Уважавајући достављене коментаре свих учесника на телекомуникацијском тржишту, па и коментаре БХ Телекома, РАК до данас није усвојио Анализу тржишта нити је прогласила БХ Телеком СМП оператором на тржишту 4. – тржиште приступа инфраструктури мреже на нивоу велепродаје (укључујући заједнички или потпуно развезани приступ на утврђеној локацији) – велепродајни ниво и на тржишту 5. тржиште широкопојасног приступа (велепродајна разина). Дефинисани рок за доношење прописа према Политици сектора електронских комуникација за доношење прописа о условима и поступцима је децембар 2018. године, а носиоци активности су РАК и ресорна министарства у ФБиХ и РС), стога је РАК дописом број: 02-29-1553-1/17 од 16. јуни 2017. године издао „Налог за доставу података о мрежама“ свим мрежним операторима у Босни и Херцеговини, те је рок за доставу истих сада до 31. децембра 2017. године. Наведене активности су значајне за поступање Конкуренијског савјету у овом поступку, те је нужно уважити динамику прописану Политиком сектора електронских комуникација.
- БХ Телеком наводи како је Захтјев подносиоца преурањен.

Дана 15. новембра 2017. године за Примљен је поднесак Подносиоца захтјева у којем даје читовање о одговору БХ Телекома, под бројем: УП-04-26-2-017-19/17, у којем се у битном наводи слиједеће:

- Осим општег навода БХ Телеком ни у чему не оспорава наводе из захтјева, захтјев је поднесен за временски период 2015.-2017.
- Будуће посебно регулисање ове области би свакако било пожељно, али није од значаја за већ претрпљене негативне ефекте повреде конкуренције и штету коју је Подносилац захтјева већ претрпио услед неоправданог одбијања БХ Телекома да омогући приступ нужној инфраструктури, а на што је БХ Телеком имао обавезу у складу са прописима о заштити конкуренције. Захтјев је поднесен за понашање учесника на тржишту противно прописима о заштити конкуренције, а не за *ex ante* регулативу из сектора телекомуникација, за коју Савјет није надлежан. Захтјев садржи детаљно разматрање односа прописа и области заштите конкуренције и прописа из области телекомуникација, односно анализу поступака доношења одговарајуће одлуке РАК-а и смисла одредби о заштити тржишне конкуренције.
- Чињеница да РАК наводно води одређене активности ради provedбе Политике сектора телекомуникација, не значи да БХ Телеком може имати оправдање за злоупотребу доминантног положаја не релевантног тржишту, односно кршење прописа о заштити тржишне конкуренције, услед недостатка *ex ante* регулативе. Подносилац цитира Политику, гдје је прецизно као један од приоритета наведено „заједничко кориштење инфраструктуре“. Према томе, Политиком сектора телекомуникација предвиђено је заједничко кориштење постојеће инфраструктуре као један од основа развоја сектора телекомуникација.

- БХ Телеком злоупотребљује свој доминантни положај на тржишту од 2015. године, те је парадоксално да правдајући се непостојањем посебних прописа у области телекомуникација захтјева од Савјета да му омогући континуирано вршење повреде до децембра 2018. године. Имајући у виду наведено, Подносилац захтјева предлаже Савјету да проведе поступак и одлучи како је предложио у Захтјеву у досадашњем току поступка.

Дана 1. децембра 2017. године заprimљене су додатне информације и подаци од стране БХ Телекома, (подаци о броју корисника на подручју БХ Телекома), под бројем: УП-04-26-2-017-23/17, у којем се у битном наводи слиједеће:

- Имовинско правна питања у вези с инфраструктуром БХ Телекома нису предмет расправљања овог поступка, те Конкурентијски савјет није надлежан за исто, те да су тврдње подносиоца захтјева паушалне и неосноване, а БХ Телеком ни на који начин својим поступањем није угрозио пословање Telemacha.
- Подносилац захтјева покушава избјећи примјену секторских прописа, што је незаконито јер се ради о нормама когентне природе, због чега су непримјењиве тврдње Подносиоца захтјева да су правила конкурентијског права независна и требају се примјењивати одвојено од секторских прописа.
- Позивање на праксу из ЕУ није примјењиво на предметни случај, а то се потврђује и из дијела пресуде Европског суда у предмету *Deutsche Telekom* на који се позива Подносилац захтјева, а који гласи: „*Чињеница да се телекомуникацијски оператор придржавао секторских прописа из области телекомуникација не значи да не постоји одговорност оператора на темељу могуће повреде прописа из области конкуренције, докле год је оператор имао могућност аутономног дјеловања у погледу наведеног прекршаја*“.
- Нетачни су наводи Подносиоца из тачке 2.4. Захтјева од 29.9.2017. године, „да је секторском регулативом предвиђено заједничко кориштење постојеће инфраструктуре, ... с тим да секторски регулатор није уредио санкције за кршење ове обавезе.“ Наиме, Политиком сектора електронских комуникација утврђује се опредјељење Савјета министара Босне и Херцеговине за динамику и правац развоја тржишта телекомуникација до 2021. године, а Акцијским планом за реализацију, која чини њен саставни дио, утврђују се задужења и рокови за реализацију препознатих опредјељења. Тако је тачком 1.1.3. Акцијског плана утврђено задужење РАК-а, Министарства промета и веза РС, Министарства промета и комуникација ФБиХ, надлежних ентитетских министарства за градњу и просторно уређење као и надлежних кантоналних министарстава за градњу и просторно уређење, за доношење процедура за издавање одобрења за грађење, остваривање права пута, односно приступ, постављање, кориштење и одржавање ЕК инфраструктуре и повезане опреме, а која чини терет на некретности на којој је изграђена ЕК инфраструктура и повезана опрема. Као рок за окончавање наведених активности утврђен је децембар 2018. године. Дакле, предметном Политиком нису директно обавезани оператори у контексту цитираног текста Telemacha, тако да санкције за кршење обавеза секторски регулатори нису ни могли избјећи, када те обавезе треба да се пропишу до краја 2018. године.
- Такође, на основу Препоруке 2014/710/ЕЦ о релевантним тржиштима производа и услуга у сектору електроничких комуникација подложним претходној (ex ante) регулацији, утврђена су тржишта која национални регулатори морају анализирати сваке три године, између којих се налази и тржиште 3 (а) велепродајни локални приступ који се пружа на фиксној локацији, и 3 (б) велепродајни средишњи приступ који се пружа на фиксној локацији за производе за масовно тржиште. Ова тржишта укључују између осталог и тржиште које Подносилац захтјева означава релевантним у овом поступку, те сматра битним за нагласити како се у овој правној ствари, супротно начелу економичности, води паралелан поступак, занемарујући у потпуности надлежност у регулацији тржишта електроничких комуникација у Босни и Херцеговини.

- Правилom 54/2011 о анализи тржишта електроничких комуникација РАК је дужан у provedби поступака одређивања регулаторних обавеза операторима са значајном тржишном снагом посебно водити рачунао примјени релевантне препоруке Европске комисије о релевантним тржиштима која подлијежу претходној регулацији. На листи тржишта коју је РАК утврдила (у прилогу Правила 54) налази се и одговарајуће тржиште 4 и 5., те у складу са свим релевантним подзаконским актима и Политиком сектора електронских комуникација, ова анализа тек треба да услиједи.
- Како су анализа напријед наведених тржишта приступа, као и системско регулаторно уређење приступа ТК инфраструктури јасно предвиђени и планирани на највишем државном нивоу, не само на основу правила РАК-а него и Политике сектора електронских комуникација, јасно је како БХ Телеком, у смислу споменутог случаја Deutsche Telecom, није имао могућност аутономног дјеловања у погледу утврђивања услова и цијена услуга приступа инфраструктури, због чега аргументација Подносиоца захтјева о независности секторских прописа у поступности отпада.
- Цијенећи напријед наведено, јасно је да прописивање цјеника приступа ТК инфраструктури захтјева обимне и дуготрајне анализе, снимање постојећег стања на терену, прописивање стандарда и методологија, који ће се примјењивати истовремено на све инфраструктурне операторе, утврђивање оператора са значајном тржишном снагом, а тек онда наметање цијена најма инфраструктуре, које морају бити једнаке за све операторе. За управљање оваквим процесом, надлежна је искључиво РАК, у складу са позитивним прописима, стога је упитан основ и законитост цјеника, које подносилац захтјева наводи у тачки 5.1. допуне свог захтјева.
- БХ Телеком оспорава и све наводе из Захтјева, који се реферирају на нацрт „Анализе велепродајног тржишта физичког приступа мрежној инфраструктури на фиксној локацији и велепродајног тржишта широкопојасног приступа“ (даље у тексту: Анализа тржишта 4 и 5), јер се ради о акту који никада није службено усвојен и објављен од стране Савјета РАК-а, те се стога сматра необвезујућим. Анализа тржишта 4 и 5 коју Подносилац у већем дијелу свог Захтјева цитира, био је у процедури јавне расправе, којом приликом је БХ Телеком активно судјеловао достављањем конструктивних приједлога и сугестија. Дакле, Подносилац захтјева се у свом захтјеву позива на неважећи документ, чиме се ствара погрешан дојам о томе да је РАК заузела коначне ставове о предметном тржишту. Да је РАК заиста утврдила како је текст објављен у свом нацрту основан и коректан, тај документ би био до сада објављен и правно обвезујући, те би се операторима који би били проглашени доминантним на основу те анализе, већ наметнуле регулаторне обавезе.
- Подносилац захтјева потпуно погрешно и неосновано, у свом захтјеву унапријед полази од претпоставке да БХ Телеком има доминантан положај, иако је за такву квалификацију нужно провести одговарајућу анализу, и то чини Листу оператора са значајном тржишном снагом, коју је усвојила РАК, иако се у једном цијелом поглављу свог захтјева позива на неоснованост секторских прописа од права конкуренције. Наведено говори о томе колико је Захтјев Telemacha недоследан и несистематичан, јер се дијелови Захтјева заснивају на потпуно различитим премисама, које један другу искључују. На овом мјесту напомиње да је споменута Листа утврђена прије свега без проведеног поступак анализе тржишта, у складу са Правилom 54/2011 о анализи тржишта електронских комуникација. Осим тога, наведена листа не кореспондира са тржиштем приступа цијевима и кабловској канализацији, коју Подносилац захтјева проблематизира у свом Захтјеву, због чега на овом мјесту упућујемо на обавезу Конкуренцијског савјета да у сваком појединачном случају, па тако и у овом предмету, треба одредити релевантно тржиште у складу са Законом о конкуренцији и релевантним подзаконским актима.
- БХ Телеком, инсистира да се у овом предмету тржиште анализира према правилима конкуренцијског права, а не на основу сервераних неоснованих претпоставки подносиоца

- захтјева, посебно узимајући у обзир замјењивост понуде и потражње приликом дефинисања релевантног тржишта.
- У вези с достављеним подацима о укупном броју корисника, Telemach је нагласио да је доставио само податке о броју корисника Telemacha, који не укључују и кориснике повезаних друштава, као и кориснике који услуге користе путем других технологија. Међутим, у циљу утврђивања тржишног учешћа, ХБ Телеком инсистира да у овом поступку, током успоређивања тражених података о броју корисника, Конкуренцијски савјет узме у обзир прије свега власничку повезаност између оператора Telemach који је извршио аквизицију великог броја мањих компанија. У том случају Конкуренцијски савјет ће правилном примјеном права, доћи до исправних закључака, ако узмемо у обзир да су тзв. повезана друштва Telemacha заправо исти субјекат под потпуном контролом Telemacha. Наиме, у складу са чланом 2. Закона о конкуренцији, овај закон се примјењује и на привредне субјекте који имају контролу над другим привредним субјектима, те на привредне субјекте под њиховом контролом. Чињеница је да аквизирани оператори Telemacha евентуално задржали своју статутарну самосталност, односно појединачно су евидентирани у судском регистру и имају властита увјерења и дозволе, не може бити довољан аргумент због којег би се у овом поступку проматрали као потпуно одвојене и самосталне правне субјекте, игноришући најважнију чињеницу која се огледа у томе да оператор Telemach као већински власник ових оператора, па самим тим и онај тко има управљачку моћ, изравно има утицај на њихово понашање на мјеродавном тржишту. Наиме колико је познато БХ Телекому, у протеклим годинама од стране Telemacha извршена је аквизиција, а потом припајање најмање 14. правних субјеката. За све наведене концентрације обавијештен је и Конкуренцијски савјет, који је у неким случајевима донио рјешење којима је допуштена концентрација, а у неким је концентрација дозвољена на основу протеча рока за доношење рјешења. Имајући у виду чињеницу да је податак о корисницима означен као пословна тајна, те да БХ Телеком нема увид у наведене податке, упозорава на чињеницу да би занемаривање укупног броја корисника свих аквизираних повезаних друштава подносиоца Захтјева, представљало грубо кршење материјалних прописа и довело до погрешне примјене Закона о конкуренцији у наведеном контексту.
 - Чињеница да на тржишту широкопојасних услуга у БиХ дјелује 71 ималац Дозволе за обављање дјелатности даваоца услуга приступа интернету (ИСП дозвола) и 84 корисника Дозволе за обављање дјелатности оператора јавних електронских комуникацијских мрежа, који пружају малопродатне широкопојасне услуге, било путем властите мреже или путем мрежних елемената на велепродајној основи, битан је показатељ изражене конкурентности овог тржишта, узевши у обзир чињеницу да ниједан од наведених пословних субјеката не би дјеловао на тржишту које му не онемогућава адекватно позиционирање и сталне приходе. Напомиње, како је почетак либерализације тржишта широкопојасних услуга започео 2002. године у тренутку издавања првих дозвола за ИСП и мрежне операторе у БиХ, а број изданих дозвола се из године у годину повећава. У БиХ већ више од десет година од либерализације, нови оператори пружају услуге преко кабловске инфраструктуре коју самостално граде без адекватног надзора и контроле од стране надлежних институција. Тачније, у низу случајева кабловска инфраструктура је изграђена без поштовања било каквих грађевинских и ТК стандарда за изградњу исте, а тиме је постигнут циљ да се уз што мање инвестиција у инфраструктуру дође до корисника. Доказ постојања паралелне кабловске инфраструктуре постојећим мрежама incumbent оператора је континуисани пораст броја корисника кабловских оператора већ низ година.
 - Када је у питању конкретно Подносилац захтјева, упућује се Конкуренцијски савјет да прије свега испита стање на малопродатном тржишту увидом у укупна број корисника Telemacha, те да анализира кретање прихода оператора Telemach у посљедњих неколико година. Уколико се установи да на малопродатном тржишту постоји висока конкурентност и раст броја корисника Подносиоца захтјева, онда је јасно да одговарајуће велепродајно

тржиште није никакав препрека или ограничавање њеног пословања, те да је вођење овог поступак беспредметно. БХ Телеком је таблично приказао кретање добити и прихода Telemach у периоду од 2011.-2016. године. Погледају ли се стварни учинци на тржишту, јасно је како Telemach на релевантном тржишту фиксне телефоније биљежи константан пораст броја корисника, те паралелно с тим, на основу јавно доступних података, биљежи и раст прихода и добити.

- Тако у оцјени стања тржишта телекомуникација у Босни и Херцеговини из 2015. године (акт РАК-а), евидентно како БХ Телеком биљежи пад броја корисника на услузи фиксне телефоније, те да је број пренесених бројева у децембру 2015. године износио 32.656, од чега учешће Телемацха и њему аквизираних друштава преко 63%, што представља пораст броја корисника услуга Telemach.
- На основу наведеног, и без анализе велепродајног тржишта приступа кабловској канализацији и цијевима, показује како БХ Телеком није злоупотрејио доминантни положај, те да БХ Телеком није ограничио производњу, тржиште или технички развој на штету потрошача, у смислу члана 10. став (2) тачка б) Закона. Напротив БХ Телеком сматра да ће и простом анализом података о кретању броја корисника и расу прихода Подносиоца захтјева, бити лако закључити да исти послује потпуно несметано, да се константно и убрзано развија, те да не постоји ни један показатељ који би упућивао на нарушавање правила конкуренцијског права, које би угрозило пословање Telemach од стране БХ Телекома. Стога БХ Телеком предлаже Конкуренцијском савјету да оконча поступак, односно донесе Рјешење о непостојању злоупотребе доминантног положаја привредног субјекта БХ Телеком, те одбије Telemach са својим захтјевом као неоснован.
- БХ Телеком је у свом одговору приложио и табелу која показује податке о укупном броју корисника услуга, према општинама.

4. Релевантно тржиште

Релевантно тржиште, у смислу члана 3. Закона, те чл. 4. и 5. Одлуке о утврђивању релевантног тржишта («Службени гласник БиХ», бр. 18/06 и 33/10) чини тржиште одређених производа/услуга који су предмет обављања дјелатности на одређеном географском тржишту.

Према одредби члана 4. Одлуке о утврђивању релевантног тржишта, релевантно тржиште производа обухваћа све производе и/или услуге које потрошачи сматрају међусобно замјењивим с обзиром на њихове битне карактеристике, квалитет, намјену, цијену или начин употребе.

Према одредби члана 5. Одлуке о утврђивању релевантног тржишта, релевантно географско тржиште обухваћа цјелокупну или значајан дио територије Босне и Херцеговине на којој привредни субјекти дјелују у продаји и/или куповини релевантне услуге под једнаким или довољно уједначеним условима и који то тржиште битно разликују од услова конкуренције на сусједним географским тржиштима.

Релевантно тржиште услуга предметнога поступка је тржиште велепродајног физичког приступа мрежној инфраструктури.

Релевантно географско тржиште предметнога поступка су географска територија који покрива БХ Телекомова ПСТН мрежна инфраструктура, односно поједине општине у Босни Херцеговини које се налазе већинским дијелом у Федерацији Босне и Херцеговине, Брчко Дистрикту и Републици Српској, на територији којих БХ Телеком има властиту мрежну инфраструктуру.

Слиједом наведенога, релевантно тржиште предметног поступка је утврђено као тржиште велепродајног физичког приступа мрежној инфраструктури, на географској територији коју покрива БХ Телекома ПСТН мрежна инфраструктура.

5. Прикупљање података од трећих лица

Како би разјаснило одређене чињенице и доказе изнесене у поступку, а имајући у виду и чињеницу како је Регулаторна агенција за комуникације БиХ, надлежна за *ex-ante* регулацију на релевантном тржишту, односно на „*тржишту велепродајног физичког приступа мрежној инфраструктури БХ Телекома*“, Конкурентијски савјет упутио јој је Захтјев за информацијама број: УП-04-26-2-017-20/17 дана 20. новембра 2017. године.

РАК је доставио тражене податке дана 28. новембра 2017. године, поднеском за примљеним под бројем: УП-04-26-2-017-22/17.

6. Усмена расправа и даљњи ток поступка

У даљем току поступка, будући да се ради о поступку са странкама са супротним интересима, Конкурентијски савјет је заказао усмену расправу, у складу са чланом 39. Закона, за дан 10. јануара 2018. године (позив достављен Подносиоцу захтјева актом број: УП-04-26-2-017-24/17 дана 13. децембра 2017. године и *Telemach* актом број: УП-04-26-2-017-25/17 дана 13. децембра 2017. године).

На усменој расправи одржаној у просторијама Конкурентијског савјета (Записник број: УП-04-26-2-017-29/17 од 10. јануара 2018. године), испред Подносиоца захтјева присуствовао је пуномоћник адвокат Нихад Сијерчић адвокат, Растко Петаковић и Милан Теофиловић као стручни помагачи, а испред БХ Телекома присуствовали су пуномоћници Вахида Хоџић, Берица Авдић, Нихад Одобашић и Ахмет Ивојевић.

Подносилац захтјева и Противна страна у поступку су остали при досадашњим исказима, као и дали додатна појашњења, те расправили о предмету поступка, а на основу доказа који су достављени у поступку.

Подносилац захтјева је у поднесеном захтјеву затражио извођење доказа вјештачењем и то: а) о околностима економске потребе кориштења предметних цијеви и неисплативости постављања алтернативне мреже на предметним локацијама (на тржишту које покрива БХ Телеком), и б) о слободним капацитетима предметних цијеви (цијеви у власништву БХ Телекома).

На усменој расправи Подносилац захтјева је повукао захтјев за извођењем доказа вјештачењем који се односи на околности економске потребе кориштења предметних цијеви и неисплативости постављања алтернативне мреже на предметним локацијама, а захтјев за вјештачењем о слободним капацитетима предметних цијеви цјелокупне инфраструктуре БХ Телекома, у односу на локације које имају бакрену инфраструктуру, и оптичку инфраструктуру, прецизирао у смислу да се смањи број локација на три цијеви и шест шахтова БХ Телекомове инфраструктуре.

БХ Телеком се на усменој расправи изјаснио како се противи свакој врсти предложеног вјештачења.

Конкурентијски савјет је дана 31. јануара 2018. године донио Закључак број: УП-04-26-2-017-33/17 којим је одбио захтјев Подносиоца захтјева за вјештачењем.

Дана 31. јануара 2018. године Конкурентијски савјет је упутио Подносиоцу Захтјев за доставом информација број: УП-04-26-2-017-32/17, у којем је тражено прецизирање релевантног географског тржишта, на који је Подносилац доставио одговор дана 2. фебруара 2018. године за примљеним под

бројем: УП-04-26-2-017-36/17, којим је дефинисао релевантно географско тржиште на начин да је набројао општине са инфраструктуром БХ Телекома.

7. Утврђено чињенично стање и оцјена доказа

Након сагледавања релевантних чињеница и доказа утврђених током поступка, чињеница изнијетих на усменој расправи, података и документације релевантних институција, савјесном и детаљном оцјеном сваког доказа посебно и свих доказа заједно, Конкурентијски савјет је утврдио следеће:

Чланом 9. став (1) и (2) Закона прописано је како привредни субјекат има доминантни положај на релевантном тржишту роба или услуга, ако се због своје тржишне снаге може понашати у значајној мјери неовисно од стварних или могућих конкурената, купаца, потрошача или добављача, такође узимајући у обзир учешће тог привредног субјекта на релевантном тржишту, учешћа на том тржишту које имају његови конкуренти, као и правне запрете за улазак других привредних субјеката на тржиште. Претпоставља се да привредни субјекат има доминантни положај на тржишту роба или услуга ако на релевантном тржишту има учешће веће од 40%.

Чланом 10. став (1) прописано је да је забрањена свака злоупотреба доминантног положаја једног или више привредних субјеката на релевантном тржишту, а чланом 10. став (2) тачка б) прописано је да се злоупотреба доминантног положаја посебно односи на ограничавање производње, тржишта или техничког развоја на штету потрошача.

Одлуком Конкурентијског савјета о дефинисању категорија доминантног положаја прописано је у члану 9. тачка х) како се за злоупотребу доминантног положаја могу сматрати и одбијање приступа другим привредним субјектима, уз разумну финансијску накнаду, постројењима, опреми, преносној мрежи или другој инфраструктурној опреми, која је у власништву или се користи од привредног субјекта у доминантном положају, ако други привредни субјекти нису у могућности из правних и других разлога да дјелују на истом тржишту на којем дјелује привредни субјекат који има доминантни положај без могућности да заједнички користе такву опрему односно капацитете, и ако привредни субјекат који има доминантни положај не докаже да је такво заједничко кориштење неизводиво из оперативних, техничких или других разлога или да се од њих не може тражити такво кориштење.

У конкретном случају, привредни субјекат Telemach, наводи како постоји злоупотреба доминантног положаја из члана 10. став (2) тачка б) Закона, а која се очитује у онемогућавању привредног субјекта БХ Телеком, veleпродајном физичком приступу својој мрежној инфраструктури, те из члана 9. тачка х) Одлуке о дефинисању категорија доминантног положаја.

Велепродајни физички приступ мрежној инфраструктури БХ Телекома, подразумијевао би изнајмљивање елемената мрежне инфраструктуре и који подразумијева објекте нискоградње, који се састоји од канала, цијеви, шахтова и слично и служи за полагање и одржавање телекомуникацијских каблова.

На основу достављених доказа и утврђеног чињеничног стања, као аргументације изнесене током поступка, савјесном и детаљном оцјеном сваког доказа посебно и свих доказа заједно, Конкурентијски савјет је на 18. сједници одржаној дана 8. фебруара 2018. године, разматрао наведени предмет и донио одлуку да се Подносилац у свом захтјеву одбије, јер радње (неодобравање приступа) које се стављају на терет привредном субјекту БХ Телеком не представљају злоупотребу доминантног положаја из члана 10. Закона.

Као прво, у овом поступку Конкурентијски савјет је извршио увид у:

- Закон о комуникацијама;
- Одлуку Савјета министара Босне и Херцеговине о усвајању Политике сектора електронских комуникација Босне и Херцеговине за период 2017.-2021. и акцијског плана за реализацију политике;
- Приједлог Анализе велепродајног тржишта физичког приступа мрежној инфраструктури на фиксној локацији и велепродајног тржишта широкопојасног приступа, израђен од стране РАК-а;
- Правило РАК-а 54/11;

Такође, Конкурентски савјет је извршио и увид у Директиве које се односе на електронске комуникације из 2002. године, а у циљу упознавања са регулаторним оквиром, и циљевима који су задани истима и то:

- Директива 2002/21/ЕЗ о правном оквиру (*Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive)*, OJ L 108, 24.4.2002);
- Директива 2002/20/ЕЗ о одобрењу (*Directive 2002/20/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on the authorisation of electronic communications networks and services (Authorisation Directive)*, OJ L 108, 24.4.2002);
- Директива 2002/19/ЕЗ о приступу (*Directive 2002/19/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities (Access Directive)*, OJ L 108, 24.4.2002);
- Директива 2002/22/ЕЗ о универзалној услузи (*Directive 2002/22/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services (Universal Service Directive)*, OJ L 108, 24.4.2002);
- Директива 2002/58/ЕЗ о приватности и електронским комуникацијама (*Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications)*, OJ L 201, 31.7.2002);
- Директива 2002/77/ЕЗ о конкуренцији (*Commission Directive 2002/77/EC of 16 September 2002 on competition in the markets for electronic communications networks and services*, OJ L 249, 17.9.2002).

Закон о комуникацијама је по први пут у Босни и Херцеговини поставио правни оквир за регулацију тржишта електронских комуникација, истим Законом установљено је независно тијело Регулаторна агенција за комуникације Босне и Херцеговине, а у члану 3. Закона о комуникацијама као релевантна тијела за provedбу одредби у области електронских комуникација одређена су Савјет министара Босне и Херцеговине, и Регулаторна агенција за комуникације Босне и Херцеговине.

Савјет министара Босне и Херцеговине даје оквир у облику усвајања Политике овог сектора, а РАК регулише мреже, услуге, утврђује цијене, издаје дозволе, међуповезивање и одређује услове за осигурање заједничких и међународних комуникацијских средстава и остало.

Савјет министара креира Политику, а РАК са својим овластима врши либерализацију и отварање тржишта електронских комуникација, у Босни и Херцеговини, те омогућује конкуренцију са досадашњим државним монопољима.

Даље, РАК својим актима, Правилу 54/2011, наводи како Агенција: „утврђује релевантна тржишта која су подложна претходној (*ex ante*) регулацији, проводи анализу тржишта, које се састоји од: одређивања релевантног тржишта, оцјене ефективности конкуренције на том тржишту и... утврђује постојање оператора са значајном тржишном снагом, те одређује регулаторне обавезе операторима са значајном тржишном снагом ако не постоји ефективна конкуренција на анализираном релевантном тржишту...“.

У Анексу Правила 54/2011, наведена су тржишта 4. и 5. као „тржиште приступа инфраструктури мреже на нивоу велепродаје и тржиште широкопојасног приступа на нивоу велепродаје“.

Дакле, циљна тржишта **овог поступак 4. и 5.** су дефинисана на начин да су то тржишта која су у цијелости обухватила предмет овог конкретног поступка, и приступ тим тржиштима, те је у складу са важећим Правилем 54/2011 подложно provedби анализе од стране РАК-а.

Везано за анализу тржишта 4. и 5. РАК је провео поступак анализе велепродајног тржишта физичког приступа мрежној инфраструктури, те припремила документ „Анализа велепродајног тржишта физичког приступа мрежној инфраструктури (укључујући и заједнички и потпуни приступ издвојеној локалној петљи) на фиксној локацији и велепродајног тржишта широкопојасног приступа (Анализа тржишта 4. и 5.)“.

Према подацима из РАК-а овај документ још увијек није усвојен, те БХ Телеком (као ни остали оператори) није проглашен за СМП оператора на овом тржишту, чиме би постојала обавеза нуђења своје инфраструктуре.

Како се Подносилац захтјева у Захтјеву позивао на горе наведену Анализу, ставови РАК-а наведени у истој, нису се могли узети у обзир као коначни ставови РАК-а јер документ није усвојен, односно нису могли бити од утицаја при одлучивању у овом поступку.

Даље, према наводима РАК-а (поднесак број: УП-04-26-2-017-22/17), „кабловска канализација“ (инфраструктура) тренутачно, није регулисана, те стога оператори немају обавезу нуђења исте, међутим, уколико постоји обострани интерес, нема никаквих препрека да оператори на комерцијалној основи изнајмљују кабловску канализацију другим операторима уз потписивање међуоператорског уговора, те стога и цијена које би се плаћала за ову врсту услуге, није регулисана већ би требала бити одређена на комерцијалној основи.

Током 2017. године, ступила је на снагу и нова „Политика сектора електронских комуникација Босне и Херцеговине за период 2017.-2021.“ усвојена од стране Савјета министара БиХ која има утицај и на акте РАК-а, а који у правилу требају слиједити зацртане циљеве из политике, као и акцијског плана за provedбу исте, те пронаћи начин остваривања исте.

У предметној политици у тачки 1.1.3. Акцијског плана за реализацију, у вези с инфраструктуром наводи се како ће надлежна министарства ентитетска и кантонална, у сарадњи са РАК-ом уредити начин доношења процедура за издавање грађевинских дозвола, остварења права пута, односно права на приступ, постављање, кориштење, и одржавање ЕК инфраструктуре, и повезане опреме, а која чини терет на некретности на којој је изграђена ЕК инфраструктура и повезана опрема, те као рок за реализацију активности одређен је децембар 2018. године. Дакле, предметном Политиком нису обавезани оператори, већ институције за уређење процедура за изградњу нових објеката инфраструктуре ЕК мреже (објекти нискоградње).

Приликом оцјене овог случаја, Конкуренцијски савјет је закључио како је дјеловање на овом тржишту ограничено, регулативом тијела која су надлежна у складу са Законом о комуникацијама, који је *lex specialis* који регулише ову специфичну материју на специфичан начин, те тражила модус, у којем би могла пронаћи простор за оцјену повреде из чл. 10. Закона о конкуренцији, и то у појединачним случајевима, након што су се догодили као дјеловање *ex post*, а при том пазећи да не улази у мјеродавности других институција, те поштујући задани правни оквир.

Чињеница је да привредни субјекат БХ Телеком, иако у власништву државе са 90% и даље послује и у складу са Законом о привредним друштвима ФБиХ, те је и његов легитимни циљ стицање добити, као и сваког другог привредног субјекта.

Питање обавезе изнајмљивања инфраструктуре, по „разумним цијенама“, како би омогућио и привредном субјекту Telemach стицање добити кориштењем његове инфраструктуре, те чињеница да БХ Телеком нема интерес за сарадњом овог типа, односно не жели изнајмити кабловску

инфраструктуру за потребе Telemacha, те да за исто није дао „разумно образложење“, је за Конкурenciјски савјет аутономно право привредног субјекта на пословно одлучивање, узимајући у обзир чињеницу како секторски регулатор није наметнуо такву обавезу јавном привредном субјекту БХ Телеком.

Сликовито приказано, када би се Конкурenciјски савјет упустио у одлучивање тиме би директно доносио „регулативу“ у овом сектору, што би отворило и низ питања, а најбитнија је која би била улога РАК-а у овом окружењу. Улога регулатора (телекомуникација) па и сам циљ његовог постојања, је да „ограничи“ тзв. бивше државне монополе у својим правима, како би увео конкуренцију на тржиште, па је у теорији постојање регулатора оправдано, чињеницом нужности да би се остварили „виши циљеви“, а да они сами по себи, нпр. наметањем цијена, разним ограничењима, у бити онемогућују субјекте да слободно дјелују. У овом случају изостанка регулативе од стране РАК-а, ни на који начин Конкурenciјски савјет не може преузети обавезе ограничавања једног субјекта, ради остваривања циљева другог субјекта.

У овом поступку неспорно је утврђено како привредни субјекат Telemach, има могућност пословања на исти начин као и привредни субјекат ВН Telecom, те да не постоје правне нити било које друге препреке за обављање дјелатности градњом своје властите инфраструктуре, као и интерконекцијом која је регулисана и обавезујућа за телеком операторе.

Овдје се треба узети у обзир чињеница да привредни субјекат Telemach, већ посједује значајну инфраструктуру на географском тржишту које покрива БХ Телеком, путем које обавља своју пословну дјелатност и пружа услуге, фиксне телефоније, интернета и кабловске телевизије.

Тако је према достављеним подацима из списка привредни субјекат Telemach (са повезаним друштвима) има своју инфраструктуру на територији (подаци су тражени само за оне општине које се преклапају са инфраструктуром БХ Телекома) 37 општина, а док БХ Телеком, пружа услуге фиксне телефоније, интернета и кабловске телевизије на територији 76 општина, већим дијелом путем своје инфраструктуре. Чињеница је и да је Telemach у кратком времену свог пословања у Босни и Херцеговини стекао значајну инфраструктуру, као и да не постоји правна нити било каква друга запрека за изградњу нове.

У поступку је такође утврђено и како БХ Телеком нема закључен нити један уговор о изнајмљивању инфраструктуре било којем привредном субјекту, те да не постоји комерцијална понуда за изнајмљивање инфраструктуре за било који привредни субјекат на тржишту.

Проматрајући питање овог поступка, аналогijом са правним оквиром у ЕУ, можемо закључити да су се питања нарушавања конкуренције рјешавала и прије постојања секторских регулатора, те уколико су се иста питања у телекомуникацијском сектору могла ријешити примјеном права конкуренције, произлази закључак да нема сврхе оснивати секторске регулаторе, што свакако није тачно.

Конкурenciјски савјет ипак не оспорава могућност *ex post* дјеловања на тржиштима електронских комуникација у складу са Законом о конкуренцији, али у појединачним случајевима, цијенећи сваки за себе, те уколико постоји могућност дјеловања у складу са усвојеном регулативом.

Тако, Подносилац захтјева се у Захтјеву позива на предмет *Deutsche Telekom (Case C-280/08, Пресуда ЕСП од 14. октобра 2010. године)*, у којем је Европски суд правде утврдио како чињеница да се телекомуникацијски оператор придржавао секторских прописа из области телекомуникација, не значи да не постоји одговорност оператора по основу могуће повреде прописа из области конкуренције, докле год је оператор имао могућност аутономног дјеловања у погледу наводног прекршаја.

Анализом предметног случаја Конкуренцијски савјет је утврдио да у овом поступку, предметни случај из праксе ЕСП није релевантан нити се може повући паралела према поднесеном захтјеву. Наиме, овдје се ради о случају када постоји регулатива од стране регулатора, односно да је могуће, уколико регулатива допушта аутономију дјеловања привредном субјекту, приликом тог аутономног дјеловања може доћи до нарушавања конкуренције и примјене правила заштите конкуренције. У овом конкретном поступку није било акта регулатора, већ се привредни субјекат понаша слободно на слободном нерегулираном тржишту, а као такав није нарушио правила конкуренције.

Што се тиче опаске Подносиоца захтјева у погледу упитног права власништва БХ Телекома, Конкуренцијски савјет је утврдио како такве чињенице, које је изнио Подносилац ни на који начин не утичу на рјешавање овог поступка, а и чињеница како је и сам подносилац навео да „нису релевантне за одлучивање“, те се истима није ни бавио.

Такође у овом поступку није било потребно доказивати могућност БХ Телекома да изнајми инфраструктуру, јер из цјелокупног поступка је утврђено да то није спорно и да БХ Телеком има капацитете, односно евентуално на одређеним мјестима не постоји та могућност, стога је Конкуренцијски савјет у овом конкретном случају става да је потребно одвојити питање техничке могућности од правног питања обавезе изнајмљивања, па се техничким могућностима није бавило.

Као друго, питање које би се могло разматрати у овом поступку је и чињеница постојања доминантног положаја од стране БХ Телекома. Наиме у одређеним општинама инфраструктуру посједује и Telemach и БХ Телеком, и у тим општинама на равноправан начин конкуришу један другом, док је чињеница да у неким општинама инфраструктуру има само БХ Телеком. Међутим Конкуренцијски савјет је оцијенио како је у овом поступку било прво потребно одговорити на правно питање о обавези изнајмљивања, стога, је обзиром да је на ово питање одговорено негативно, прихватио и чињеницу како је подносилац захтјева предложио о дефинисању релевантног тржишта, како у географском смислу, тако и у производном смислу.

На основу предњег, Конкуренцијски савјет је утврдио и да одбијање БХ Телекома приступу мрежној инфраструктури, привредном субјекту Telemach, не представља нити злоупотребу доминантног положаја из члана 10. став (2) тачка б) Закона којим је прописано да је забрањена свака злоупотреба доминантног положаја једног или више привредног субјеката на релевантном тржишту, те да се иста посебно односи на ограничавање производње, тржишта или техничког развоја на штету потрошача.

Управо, ради слободне тржишне конкуренције, на нерегулисаном тржишту један привредни субјекат, који располаже и управља својом инфраструктуром, те само уколико постоји сагласност воља, односно пословни интерес једна и друга страна могу закључивати уговоре, којима ће изнајмљивати своју инфраструктуру, или на други начин омогућити приступ другим субјектима на тржишту да се користе његовим власништвом.

С аспекта Одлуке Конкуренцијског савјета о дефинисању категорија доминантног положаја у којој је прописано у члану 9. тачка х) како се за злоупотребу доминантног положаја могу сматрати и одбијање приступа другим привредним субјектима, уз разумну финансијску накнаду, постројењима, опреми, преносној мрежи или другој инфраструктурној опреми, која је у власништву или се користи од привредног субјекта у доминантном положају, ако други привредни субјекти нису у могућности из правних и других разлога да дјелују на истом тржишту на којем дјелује привредни субјект који има доминантни положај без могућности да заједнички користе такву опрему односно капацитете, и ако привредни субјекат који има доминантни положај не

докаже да је такво заједничко кориштење неизводиво из оперативних, техничких или других разлога или да се од њих не може тражити такво кориштење.

Ова Одлука поближе појашњава и даје рашчламбу члана 10. Закона, о појединим могућим случајевима злоупотребе, Конкуренцијски савјет је закључио како није испуњен овај облик злоупотребе описан у Одлуци, обзиром да је исти односи само на случајеве, када не постоји друга могућност на тржишту за пословање, било из правних, било из других разлога.

На основу свега наведеног Конкуренцијски савјет је одлучио као у тачки 1. диспозитива овога Рјешења.

8. Трошкови поступка

Дана 30. јануара 2018. године Пуномоћник Подносиоца захтјева поднеском број: УП- 04-26-2-017-31/17 доставио Захтјев за накнаду трошкова поступка у укупном износу од 2.527,20 КМ са укљученим износом ПДВ-а.

Конкуренцијски савјет је приликом одређивања трошкова поступка узео у обзир одредбе Закона о управном поступку („Службени гласник БиХ“, бр29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 и 53/16), и то члан 105. став (2) Закона о управном поступку када у поступку учествују двије или више странака са супротним интересима, странка која је изазвала поступак, а на чију је штету поступак окончан, дужна је противној странци надокнадити оправдане трошкове који су тој странци настали учешћем у поступку.

Конкуренцијски савјет је одбио захтјев пуномоћника подносиоца захтјева за надокнаду трошкова поступка, будући да је наведени поступак привредни субјекат није успио у поступку, те стога нема право на надокнаду трошкова поступка, у смислу Закона о управном поступку.

На основу горе наведеног, Конкуренцијски савјет је одлучио као у тачки 2. диспозитива овога Рјешења.

9. Поука о правном лијеку

Против овога Рјешења није дозвољена жалба.

Незадовољна странка може покренути Управни спор пред Судом Босне и Херцеговине у року од 30 дана од дана пријема, односно објављивања овога Рјешења.

Предсједник

Иво Јеркић

Доставити:

- **Адвокат Нихад Сијерчић, Фра Анђела Звиздовића 1, ВС UNITIC, Tower В/II, 71000 Сарајево – пуномоћник Подносиоца захтјева;**
- **„БХ Телеком“ д.д., Франца Лехара 7, 71 000 Сарајево;**
- **у спис;**