

BOSNA I HERCEGOVINA
Konkurencijsko vijeće



БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
Конкуренцијски савјет

Rješenje

**po Zahtjevu za pokretanje postupka gospodarskog subjekta „Telemach“ d.o.o. Sarajevo protiv
gospodarskog subjekta „BH Telecom“ d.d. Sarajevo**

**Sarajevo,
rujan, 2019. godine**



Broj: UP-02-26-2-019-82/17
Sarajevo, 12.09.2019. godine

Konkurencijsko vijeće Bosne i Hercegovine, na temelju članka 25. stavak (1) točka e), članka 42. stavak (1), a u svezi s člankom 4. stavak (1) točka b) Zakona o konkurenciji («Službeni glasnik BiH», br. 48/05, 76/07 i 80/09), članka 105. Zakona o upravnom postupku („Službeni glasnik BiH“, br. 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 i 53/16), u postupku pokrenutom po Zahtjevu za pokretanje postupka podnesenom od strane gospodarskog subjekta „Telemach“ d.o.o. Sarajevo, ul. Džemala Bijedića br. 216., 71000 Sarajevo, Bosna i Hercegovina, zastupan po punomoćniku odvjetniku Nihadu Sijerčiću, ul. fra. Anđela Zvizdovića br. 1., 71 000 Sarajevo, Bosna i Hercegovina protiv gospodarskog subjekta „BH Telecom“ d.d. Sarajevo, ul. Franca Lehara 7., 71000 Sarajevo, Bosna i Hercegovina, radi utvrđivanja zlouporabe vladajućeg položaja u smislu članka 10. stavak (2) Zakona o konkurenciji, zaprimljenog pod brojem: UP-02-26-2-019-1/17, a postupajući po Presudi Suda Bosne i Hercegovine broj: S1 3 U 028507 18 U od 1. lipnja 2019. godine, na 58. (pedesetosmoj) sjednici održanoj dana 12.09.2019. godine, je donijelo

R J E Š E N J E

1. Odbija se Zahtjev gospodarskog subjekta „Telemach“ d.o.o. Sarajevo, podnesen protiv gospodarskog subjekta „BH Telecom“ d.d. Sarajevo, radi utvrđivanja zlouporabe vladajućeg položaja u smislu članka 10. stavak (2) Zakona o konkurenciji, kao neutemeljen.
2. Odbija se zahtjev gospodarskog subjekta „Telemach“ d.o.o. Sarajevo, za naknadom troškova postupka, kao neutemeljen.
3. Ovo Rješenje je konačno i bit će objavljeno u «Službenom glasniku BiH», službenim glasilima entiteta i Brčko distrikta Bosne i Hercegovine.

O b r a z l o ž e n j e

Ovim Rješenjem izvršava se Presuda Suda Bosne i Hercegovine, broj: S1 3 U 028507 18 U od 1. lipnja 2019. godine (u daljnjem tekstu: Presuda), kojom je Sud Bosne i Hercegovine uvažio Tužbu gospodarskog subjekta „Telemach“ d.o.o. Sarajevo i poništio Rješenje Konkurencijskog vijeća, broj: UP-02-26-2-019-60/17 od 4. travnja 2019. godine, te predmet vratio Konkurencijskom vijeću na ponovno rješavanje.

Konkurencijsko vijeće je presudu zaprimilo dana 13. lipnja 2019. godine pod brojem: UP-02-26-2-019-74/17.

Prema članku 62. Zakona o upravnim sporovima BiH («Službeni glasnik BiH», br. 19/02, 12/04, 88/07, 83/08 i 74/10), kada sud poništi akt protiv kojeg je bio pokrenut upravni spor, predmet se vraća u

stanje u kojem se nalazio prije nego što je poništen akt donesen, te je pri donošenju novog rješenja vezan pravnim shvaćanjima i primjedbama suda u svezi s postupkom.

Konkurencijsko vijeće Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Konkurencijsko vijeće) je dana 30.06.2017. godine pod brojem: UP-02-26-2-019-1/17 zaprimilo Zahtjev za pokretanje postupka (u daljnjem tekstu: Zahtjev) gospodarskog subjekta „Telemach“ d.o.o. Sarajevo, ul. Džemala Bijedića broj 216, 71000 Sarajevo (u daljnjem tekstu: „Telemach“ ili Podnositelj zahtjeva) protiv gospodarskog subjekta „BH Telecom“ d.d. Sarajevo, ul. Franca Lehara broj 7., 71000 Sarajevo (u daljnjem tekstu: „BH Telecom“ ili Protivna strana), radi utvrđivanja zlouporabe vladajućeg položaja u smislu članka 10. stavak (2) Zakona o konkurenciji („Službeni glasnik BiH“, br. 48/05, 76/07 i 80/09 - u daljnjem tekstu: Zakon).

Kako podneseni Zahtjev nije bio potpun, Konkurencijsko vijeće je aktom broj: UP-02-26-2-019-2/17 od 01.08.2017. godine, zatražilo od Podnositelja zahtjeva dopunu istog.

Dopuna Zahtjeva od 07.08.2017. godine je zaprimljena od strane Konkurencijskog vijeća dana 08.08.2017. godine pod brojem: UP-02-26-2-019-3/17.

Podnositelj zahtjeva je u dopuni Zahtjeva dodatno precizirao pravni temelj Zahtjeva te istakao da Zahtjev podnosi primarno radi kršenja odredbe članka 10. stavak (2) točka a), ali u određenoj mjeri i točaka b), c) i d) istog stavka, od strane „BH Telecoma“. Također, u dopuni Podnositelj zahtjeva se pozvao i na kršenje odredbi članka 9. stavak (1) točke a), b), c) g) i h) Odluke o definiranju kategorija vladajućeg položaja („Službeni glasnik BiH“, br. 18/06), te traži od Konkurencijskog vijeća da postupak vodi u odnosu na sve navedena kršenja.

Nakon kompletiranja Zahtjeva, Konkurencijsko vijeće je Podnositelju zahtjeva, izdalo Potvrdu o prijemu kompletnog i urednog Zahtjeva, u smislu članka 28. stavak (3) Zakona, dana 10.10.2017. godine, aktom broj UP - 02-26-2-019-4/17.

1. Stranke u postupku

Stranke u postupku su gospodarski subjekti „Telemach“ d.o.o. Sarajevo, ul. Džemala Bijedića br. 216., 71000 Sarajevo i „BH Telecom“ d.d. Sarajevo, ul. Franca Lehara br. 7., 71000 Sarajevo.

1.1. Gospodarski subjekt TELEMACH

Gospodarski subjekt Telemach društvo za pružanje usluga u oblasti telekomunikacija d.o.o. Sarajevo, ul. Džemala Bijedića br. 216., Sarajevo, registriran je kod Općinskog suda u Sarajevu pod matičnim brojem: 65-01-0620-08. Njegov osnivač je Bosnia Broadband S.a.r.l. iz Luksemburga, Rue de Rollingergrund, L- 2440 Luksemburg.

Gospodarski subjekt Telemach je gospodarsko društvo koje je aktivno u pružanju telekomunikacijskih usluga. Jedan je od telekomunikacijskih operatora u Bosni i Hercegovini koji distribuira medijski sadržaj preko kablanske tehničke platforme i pruža usluge pristupa internetu i povezane usluge kao i usluge fiksne telefonije pretplatnicima.

1.2. Gospodarski subjekt BH Telecom

Gospodarski subjekt dioničko društvo BH Telecom Sarajevo, ul. Franca Lehara br. 7., Sarajevo, registriran je kod Općinskog suda u Sarajevu pod matičnim brojem: 65-02-0012-10 (stari broj: I-23391). Temeljni kapital gospodarskog subjekta BH Telecom je podijeljen na 53.457.358 dionica, koje su u 90%

vlasništvu Federacije Bosne i Hercegovine, a 10% u vlasništvu Privatizacijskih investicijskih fondova i malih dioničara.

Temeljna registrirana djelatnost gospodarskog subjekta BH Telecom je obavljanje telekomunikacijskih djelatnosti.

2. Pravni okvir predmetnog postupka

Konkurencijsko vijeće je u tijeku postupka primijenilo odredbe Zakona, Odluke o utvrđivanju kategorija vladajućeg položaja («Službeni glasnik BiH», br. 18/06 i 34/10), Odluke o utvrđivanju mjerodavnog tržišta («Službeni glasnik BiH», br. 18/06 i 34/10) i odredbe Zakona o upravnom postupku («Službeni glasnik BiH», br. 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 i 53/163/09), u smislu članka 26. Zakona.

Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između europskih zajednica i njegovih država članica, s jedne strane i Bosne i Hercegovine s druge strane („Službeni glasnik BiH – međunarodni ugovori“ br. 10/08 - u daljnjem tekstu: Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju) odredba čl. 71. o primjeni kriterija i pravne stečevine Europske unije, te članka 43. stavak (1) Zakona, omogućuju Konkurencijskom vijeću u svrhu ocjene danog slučaja, da se može koristiti sudskom praksom Europskog suda pravde i odlukama Europske komisije.

Konkurencijsko vijeće je izvršilo uvid i u Zakon o komunikacijama («Službeni glasnik BiH», br. 31/03, 75/06, 32/10 i 98/12 – u daljnjem tekstu Zakon o komunikacijama), te Odluku o usvajanju Politike sektora elektronskih komunikacija Bosne i Hercegovine za razdoblje 2017.-2021. i Akcijskog plana za realizaciju politike («Službeni glasnik BiH», br. 46/17), usvojenu od strane Vijeća ministara Bosne i Hercegovine, zatim Pravilo 54/2011 («Službeni glasnik BiH», br. 54/08) i Pravilo 73/2014 («Službeni glasnik BiH», br. 85/11) Regulatorne agencije za komunikacije.

3. Postupak po Zahtjevu za pokretanje postupka

U svom Zahtjevu, Podnositelj zahtjeva, opisuje činjenično stanje i okolnosti, te prilaže dokaze za koje smatra da potkrjepljuju navedeno, a koje su razlog za podnošenje Zahtjeva, te ukratko navodi slijedeće:

Podnositelj zahtjeva, gospodarski subjekt „Telemach“ je telekomunikacijska kompanija koja djeluje kao operator digitalne i analogne kablanske TV, pružatelj usluga širokopojasnog Interneta i operator fiksne telefonije, dok je protivna strana, „BH Telecom“ jedan od tri vladajuća telekomunikacijska operatora u Bosni i Hercegovini, uz gospodarske subjekte „Hrvatske Telekomunikacije“ d.d. Mostar i „Telekomunikacije Republike Srpske“ a.d. Banja Luka.

Glavna poslovna djelatnost gospodarskog subjekta „BH Telecom“ je pružanje telekomunikacijskih usluga u fiksnoj i mobilnoj telefoniji, distribucija medijskih sadržaja i pružanje usluge pristupa Internetu.

U sažetku svog Zahtjeva, Podnositelj zahtjeva navodi da je Protivna strana svojim aktivnostima zloupotrijebila svoj vladajući položaj na mjerodavnom tržištu, na način da alternativnim operatorima nudi uvjete za obavljanje djelatnosti mobilnih virtualnih mrežnih operatora (u daljnjem tekstu: „MVNO“) koji su ekonomski neisplativi.

U pogledu mjerodavnog tržišta u ovom postupku Podnositelj zahtjeva smatra da treba uzeti u obzir, tržište interkonekcije i pristupa MVNO-a mobilnoj i fiksnoj mreži gospodarskog subjekta „BH Telecom“ na teritoriju Bosne i Hercegovine, te da je za ocjenu konkretnog postupanja mjerodavno i tržište

mobilne telefonije u Bosni i Hercegovini na kojem nastupaju učinci spornog postupanja gospodarskog subjekta „BH Telecom.“

Gospodarski subjekt „BH Telecom“ je jedini sudionik na mjerodavnom tržištu, jer jedino „BH Telecom“ može pristupiti i dozvoliti pristup svojoj mobilnoj mreži, te je njegov udjel na mjerodavnom tržištu 100%.

Podnositelj zahtjeva smatra da pri ocjeni konkretnog slučaja Konkurencijsko vijeće treba imati u vidu i povezano tržište mobilne telefonije, na kojem kao i na tržištu fiksne telefonije vladaju „*incumbent*“ operateri, od kojih je jedan i „BH Telecom“.

Prema posljednje dostupnim podacima iz četvrtog kvartala 2016. godine, zajednički tržišni udjel tri vladajuća operatera na tržištu mobilne telefonije iznosi 99,71%. Preostali neznatni udjel od 0,29% odnosi se na udjele neovisnih MVNO operatera – gospodarskih subjekata „Blicnet“, „Elta Kabel“, „Telrad net“ i „Lzi Mobile“ od kojih svaki ima ispod 0,2% pojedinačnog tržišnog udjela.

Gospodarski subjekt „BH Telecom“ na tržištu mobilne telefonije, prema navodima Podnositelja zahtjeva, koji se poziva na podatke iz „Kvartalnih uporednih podataka tržišta elektronskih komunikacija za četvrti kvartal 2016. godine“, objavljene od strane Regulatorne agencije za komunikacije, trenutno ima 47% sa trendom rasta, što je dovoljno za pretpostavku dominantnosti na temelju članka 9. stavak (2) Zakona.

Pored navedenog dodaje se da je tržišni udjel gospodarskog subjekta „BH Telecom“ mnogo veći, ukoliko bi se u obzir uzeo broj mobilnih pretplatnika na zemljopisnom području koje pokriva fiksna mreža gospodarskog subjekta „BH Telecom“.

Još jedan faktor relevantan za ocjenu tržišne snage gospodarskog subjekta „BH Telecom“ u sferi telekomunikacija je prema navodima Podnositelja zahtjeva i činjenica da je Regulatorna agencija za komunikacije (u daljnjem tekstu: RAK) proglasio „BH Telecom“ za operatera sa značajnom tržišnom snagom na nekoliko tržišta, uključujući fiksnu i mobilnu telefoniju i zakup telekomunikacijskih vodova. Pored navedenog, nakon usvajanja analize tržišta terminacije poziva u individualne mobilne mreže, veleprodajni nivo, „BH Telecom“ je odlukom RAK-a od 30.05.2017. godine proglašen operaterom sa značajnom tržišnom snagom i na ovom tržištu. Isti status imaju i druga dva incumbent operatera.

U Zahtjevu se dalje Podnositelj zahtjeva poziva i na odredbu članka 14. Zakona o komunikacijama koja glasi: „*smatra se da operator telekomunikacija ima značajnu tržišnu snagu, ako, bilo individualno ili zajedno s drugima, ima položaj koji je jednak dominaciji, odnosno položaj ekonomske moći, koja mu u znatnoj mjeri omogućava da radi neovisno o konkurentima, klijentima i krajnjim korisnicima*“, s tim da naglašava činjenicu dominantnosti gospodarskog subjekta „BH Telecom“.

Definicija operatera sa značajnom tržišnom snagom je u Bosni i Hercegovini ista kao i odgovarajuća definicija u EU (članak 14. Direktive 2002/21/EC od 07.03.2002. godine o zajedničkom regulatornom okviru za mreže elektronskih komunikacija i usluga), te u tom pogledu Podnositelj zahtjeva ističe kako je u svojim mjerodavnim smjernicama Europska komisija navela da definicija značajne tržišne snage (u daljnjem tekstu: SMP) odgovara konceptu vladajućeg položaja iz članka 102. Ugovora o funkcioniranju EU (Smjernice Europske komisije o tržišnoj analizi i ocjeni značajne snage prema regulatornom okviru Zajednice za elektronske komunikacijske mreže i usluge, OJ (2002) C233/2). Te stoga, imajući u vidu činjenicu da članak 9. Zakona (koji definira vladajući položaj) predstavlja praktično preuzetu odredbu člana 102. Ugovora o funkcioniranju EU, Podnositelj smatra da je isti zaključak u svezi sa jednakošću SMP statusa i dominantnosti primjenjiv i u Bosni i Hercegovini.

SMP status sva tri incumbent operatora implicira da se njihova tržišna snaga mora cijeliti unutar teritorija koji pokriva svaki od ovih operatora pojedinačno, a ne cjelokupni teritorij BiH, tj. SMP status incumbent operatora pokazuje da svaki od ovih operatora ima SMP status u vlastitom području, koji status, odgovara postojanju vladajućeg položaja na ovom tržištu.

Nadalje, a vezano za činjenice kojima želi dokazati postojanje zlouporabe vladajućeg položaja od strane „BH Telecoma“, Podnositelj zahtjeva ističe da ako nešto nije okarakterizirano kao povreda relevantnih sektorskih propisa od strane sektorskog regulatora (u konkretnom slučaju od strane RAK-a) ne znači da ne postoji zlouporaba vladajućeg položaja u smislu članka 10. Zakona, te u svezi sa navedenim ukazuje na praksu Europskog suda pravde u predmetu Deutsche Telekom (C-280/08, Presuda ESP od 14.10.2010. godine) u kojoj je isti ustanovio da činjenica da se telekomunikacijski operator pridržavao sektorskih propisa iz oblasti telekomunikacija ne znači da ne postoji odgovornost operatora po osnovu moguće povrede propisa iz oblasti konkurencije, dokle god je operator imao mogućnost autonomnog djelovanja u pogledu navodnog prekršaja.

Primijenjeno na predmetni slučaj i akte gospodarskog subjekta „BH Telecom“ za koje Podnositelj zahtjeva smatra da predstavljaju zlouporabu vladajućeg položaja, činjenica da je RAK odobrio pojedine cijene Protivne strane ne znači da isti ne može da snosi odgovornost iz ugla Zakona u svezi sa cijenama.

Ovo također prema Podnositelju zahtjeva znači da referentna ponuda Protivne strane, čak i ukoliko je ista odobrena od strane RAK-a može predstavljati zlouporabu vladajućeg položaja u smislu Zakona.

Uvjeti koje nudi „BH Telecom“ za ustanovljavanje i obavljanje MVNO djelatnosti efektivno sprečavaju sve zainteresirane alternativne operatore da zaključie MVNO aranžman sa istim, te na taj način „BH Telecom“ zlouporabljuje svoj vladajući položaj na tržištu interkonekcije i MVNO pristupa na svoju mobilnu mrežu, te na taj način prije svega štiti svoju poziciju na tržištu mobilne telefonije, na kojoj također posjeduje vladajući položaj.

Značaj MVNO – a za razvoj konkurencije na tržištu mobilne telefonije u BiH već je prepoznat od strane RAK-a, i u njegovoj Analizi mobilnog tržišta od 24.04.2013. godine, kao i u Novoj RAK Analizi mobilnog tržišta iz studenog 2016. godine (u daljnjem tekstu: „RAK analiza mobilnog tržišta“).

Prema RAK Analizi mobilnog tržišta poslovanje MVNO operatora konstantno opada i to u odnosu na vrlo nizak inicijalni nivo na tržištu Bosne i Hercegovine, što dovodi do značajno viših cijena za krajnje korisnike u odnosu na uporednu praksu.

U „RAK analizi tržišta“ se između ostalog navodi slijedeće:

„Prema izvještaju BEREC-a pod nazivom „Termination Rates at European Level (january 2016), BoR(16)90, prosječna cijena terminacije u mobilnoj mreži (MTR) u 36 zemalja Evrope u januaru 2016. godine je iznosila 0,0141 EUR/min (0,0275 KM/min). U isto vrijeme MTR bh mobilnih operatera za pozive koji su započeli u fiksnim i mobilnim mrežama u Bosni i Hercegovini iznosi 0,07 KM/min (0,036 EUR/min), što je za 2,5 puta više nego prosjek 36 posmatranih evropskih zemalja.

Cijena terminacije u mobilne mreže u Bosni i Hercegovini su najbolji pokazatelj činjenice da je veleprodajno tržište terminacije poziva u pojedinačne mobilne mreže monopolističko tržište i da bez ex ante regulacije mobilni operatori nemaju interesa da pružaju usluge terminacije poziva u svoje mobilne mreže na tržišno efikasnom nivou. Veleprodajni troškovi terminacije poziva se uvijek prenose na krajnje korisnike operatora koji koristi uslugu terminacije poziva u mobilnu mrežu.

Kako bi operator A mogao da dosegne krajnje korisnike operatora B, operator A mora platiti operatoru B cijenu terminacije koju traži operator B, s obzirom na to da nema alternativnog načina da operator A dođe do krajnjeg korisnika operatora B. Visoke cijene terminacije su obično posljedica kombinacije već navedene neefikasnosti u pružanju usluga po razumnoj cijeni i činjenice da operator ostvaruje ekstra dobit od ove veleprodajne usluge kako bi mogao subvencionirati druge usluge (veleprodajne ili maloprodajne). Budući da u režimu pozivajuća strana plaća (eng. Calling Party Pays – CPP), a koji je u upotrebi u BiH, cijenu terminacije uvijek plaća operator kod kojeg započinje poziv (odnosno njegov krajnji korisnik), operator koji terminira poziv nema interesa da snizi cijenu terminacije.

S druge strane, isti operator može koristiti situaciju da je on jedini koji može pružiti uslugu terminacije poziva prema svojim krajnjim korisnicima, te da zbog toga može naplaćivati cijenu terminacije koja će mu omogućiti ekstra dobit za ovu uslugu. Kasnije se ovaj profit obično prenosi na subvencioniranje maloprodajnih usluga, terminalne opreme, marketinga i drugdje. Iz navedenih razloga, neophodno je nametnuti regulaciju cijena SMP operatorima kako bi ublažili ove probleme koji sprečavaju efikasnost na relevantnom tržištu i kako bi postigli koristi za krajnje korisnike, koji plaćaju ove neopravdano visoke cijene terminacije. Mora se imati na umu da samo mobilni operatori nemaju poticaj da se ponašaju pro-konkurentno, u vezi sa politikom formiranja veleprodajnih cijena.

Operatori „BH Telecom“, „HT Mostar“ i „Telekom Srpske“ bi u odsustvu regulacije i zbog nepostojanja efektivne konkurencije mogli imati ekonomski interes da odrede svoje maloprodajne cijene na štetu krajnjih korisnika. Ovi operatori također imaju poziciju de facto monopola na tržištu terminacije govornih poziva u vlastitu mrežu, koju mogu koristiti kao prednost na način da odrede veće cijene terminacije govornih poziva u vlastitu mrežu za druge operatore, u odnosu na cijene terminacije za svoje mreže. Također, ovi operatori mogu onemogućavati razvoj konkurencije određivanjem cijene terminacije u vlastitu mrežu koja nije troškovno orijentisana tj. ne održava stvarne troškove. Visoke veleprodajne cijene automatski uzrokuju visoke maloprodajne cijene što je nepovoljno za krajnje korisnike.“

U svezi sa navedenim Podnositelj zahtjeva navodi da je RAK u Analizi mobilnog tržišta predložio kontrolu cijena za razdoblje 2017-2019. godina kao jedinu mjeru koja sektorskom regulatoru, u situaciji svjesnog kršenja propisa o zaštiti konkurencije od strane dominantnog operatora stoji na raspolaganju, pri čemu naprijed navedeno ne isključuje odgovornost ovih operatora za kršenje propisa iz oblasti zaštite konkurencije.

„Koristeći metodu benchmarking, Agencija je utvrdila da su do 01.01.2020. godine operatori dužni dostići cijenu terminacije u iznosu od 2,75 pf/min, u nekoliko koraka kao što je dato u tabeli 3. (engl. glide-path). Cijena terminacije u iznosu od 2,75 pf/min predstavlja prosječnu cijenu terminacije u 36 evropskih zemalja u januaru 2016. godine.,“ (str. 52-53 RAK analize mobilnog tržišta).

Dalje u Zahtjevu Podnositelj zahtjeva navodi kako je „BH Telecom“ u mogućnosti da ponudi quadruple play, a alternativni operatori ne, te isto obrazlaže na način da pored toga što štiti vladajući položaj koji posjeduje na tržištu mobilne telefonije, time što nudi neprihvatljive uvjete za suradnju MVNO operatorima, „BH Telecom“ također prema mišljenju Podnositelja zahtjeva negativno utječe na potencijal alternativnih operatora da se Protivnom stranom takmiče na izuzetno dinamičnom *multi play* segmentu telekomunikacijskog tržišta, te na taj način „BH Telecom“ narušava konkurenciju na svim tržištima povezanim sa *multiple play* segmentu telekomunikacijskog tržišta (fiksna i mobilna telefonija, pay TV, Internet).

Budući da predstavlja potpuno integriranog telekom operatera, „BH Telecom“ je u mogućnosti da svojim korisnicima ponudi čitavu lepezu telekomunikacijskih usluga, što uključuje fiksnu telefoniju,

mobilnu telefoniju, Internet i pay TV, a kombinacija ove četiri usluge se uobičajeno naziva *quadruple play* (*paket Moja TV moj izbor*).

Dok alternativni operatori mogu pod određenim uslovima biti u mogućnosti da nude fiksnu telefoniju, Internet i pay TV, uslijed postojećih prepreka oni nisu u poziciji da nude mobilnu telefoniju na ekonomski isplativ način, tj. alternativni operatori mogli bi ponuditi mobilnu telefoniju samo uz gubitak, imajući u vidu cjenovnu politiku gospodarskog subjekta „BH Telecom“.

Multiple play usluge postaju sve interesantnije krajnjim korisnicima, te je ovaj segment doživio značajan rast na telekomunikacijskom tržištu BiH u prethodnom razdoblju, tako prema podacima iz RAK-a (Godišnje izvješće RAK-a za 2015. godinu), a dostavljenim u podnesenom zahtjevu, u vremenskom razdoblju od 2011.- 2015. godine, povećava se broj korisnika Double-play usluga, Triple-play usluga, te Quadruple-play usluga.

Dok je broj paketiranih pretplata u porastu, broj korisnika koji različite telekomunikacijske usluge nabavljaju iz različitih izvora ima drugačiju dinamiku. To se prije svega odnosi na broj korisnika koji se odlučuju da fiksnu telefoniju, Internet i TV (što predstavlja najznačajniji *triple-play* segment) nabavljaju od različitih operatera je u postepenom padu, prema podacima iz RAK-a (Godišnje izvješće RAK-a za 2015. godinu), a dostavljenim u podnesenom zahtjevu.

Snažan pokazatelj značaja mobilne telefonije za uspjeh paketiranih ponuda na bh. tržištu je dinamika u pogledu *quadruple-play* segmenta u prethodnom razdoblju.

Podnositelj zahtjeva navodi, da se može vidjeti da se broj korisnika ove vrste paketa udvostručio u razdoblju 2013-2014. godina, sa tendencijom daljnjeg stabilnog rasta u 2015. godini, čemu prema njegovom mišljenju pridonosi ulazak gospodarskog subjekta „Logosoft“ na ovaj tržišni segment, nakon što je ovog operatera preuzeo Telekom Srpske.

Prema mišljenju Podnosioca, sličan rast mogao bi se očekivati ukoliko bi i drugi operatori bili u mogućnosti da uvrste mobilnu telefoniju u svoje pakete.

Potrošači su sada u potpunosti svjesni koristi od pretplate na postojeće paketirane ponude i manje su zainteresirani da različite telekomunikacijske usluge nabavljaju od različitih operatera. Ovi trendovi konvergencije i paketiranih ponuda, koji su dodatno pojačani tehničkim i komercijalnim inovacijama, imaju ogroman utjecaj na način odvijanja konkurencije na tržištima elektronskih komunikacija.

Za telekom operatore u BiH, *multiple play* usluge sada predstavljaju pretežni dio pay-TV pretplata. I zahvaljujući svom položaju na tržištu telekomunikacija, BH Telecom je lider u *triple-play* i *quadruple-play* segmentu.

Uslijed nemogućnosti Telemacha da ponudi mobilnu telefoniju, njegove *multiple-play* usluge ne uključuju mobilnu telefoniju.

Gospodarski subjekt „Telemach“ ne može dobiti licencu i postati četvrti GSM operator jer isto nije sukladan sa politikom razvoja sektora telekomunikacija u prethodnom i narednom razdoblju niti prema mišljenju Podnosioca zahtjeva, može postati MVNO pod ekonomski prihvatljivim uvjetima.

Tijekom 2012. i 2013. godine, Podnositelj zahtjeva je kontaktirao dva od tri incumbent operatera („HT Mostar“ i „Telekomunikacije Republike Srpske“) u svezi sa mogućnošću MVNO partnerstva, ali nijedan od ova dva operatera nije bio zainteresiran za takav vid aranžmana.

Podnositelj zahtjeva se tijekom 2015. godine u svezi sa navedenim obratio i Protivnoj strani, te su održana tri sastanka na nivou uprave, na kojima gospodarski subjekt „BH Telecom“ nije pokazao realnu namjeru za ovakvom suradnjom.

U pogledu cjenovne politike „BH Telecoma“, Podnositelj zahtjeva navodi kako ista čini poslovanje MVNO-a ekonomski neodrživim, te da nije u mogućnosti da usluge nudi preko mreže Protivne strane na komercijalno održiv način, jer su maloprodajne cijene gospodarskog subjekta „BH Telecom“ iste ili čak niže od troškova gospodarskog subjekta „Telemach“.

Na temelju BH Telecom cjenovnika, kada se osnovni paket *Mini 15* uzme u obzir, cijena za pozive između mobilnih brojeva unutar BH Telecomove mreže je 0,20 KM + PDV za jedan minut, a kad se uzmu u obzir i pojedini drugi paketi, cijena je i niža od ovoga (npr. Paket Midi 30 – poziv unutar mobilne mreže „BH Telecoma“ je 0,18 KM/min, a u paketu Maxi 50 cijena iznosi 0,16 KM/min), a pojedine pozive unutar svoje mobilne mreže (tzv. „*Naj brojevi*“) naplaćuje sa značajnim popustom – takvi pozivi koštaju samo 0,10 KM/min.

Ukoliko bi Podnositelj zahtjeva postao MVNO, pretežiti dio poziva njegovih mobilnih pretplatnika bio bi terminiran u mobilnoj mreži BH Telecoma“ (oko 60%); oko 20% poziva bilo bi terminirano u fiksnu mrežu „BH Telecoma“ oko 10% poziva bilo bi terminirano u mobilne mreže druga dva *incumbent* operatora, a preostalih 10% poziva bilo bi raspodijeljeno između fiksne mreže Podnositelja zahtjeva, drugih fiksnih mreža u BiH i međunarodnih poziva.

Podnositelj zahtjeva ističe da na primjer u Francuskoj, u pogledu veleprodajnih cijena za MVNO usluge, MVNO operatorima se omogućava pribavljanje odgovarajućih MVNO usluga po cijeni koja je oko 30% niža od maloprodajnih cijena MNO operatora.

U svezi sa pozivima ka „BH Telecomovoj“ fiksnoj mreži Podnositelj navodi da ukoliko bi gospodarski subjekt „Telemach“ djelovao kao MVNO kroz mrežu gospodarskog subjekta „BH Telecom“, veleprodajna cijena poziva njegovih mobilnih pretplatnika ka „BH Telecomovim“ mobilnim korisnicima bila bi 0,19 KM/min (0,12 KM/min za generiranje poziva i 0,07 KM za terminiranje poziva ka „BH Telecomovim“ korisnicima).

Dodatno, Telemach bi također imao trošak terminiranja poziva u fiksnu mrežu „BH Telecoma“, a „BH Telecom“ naplaćuje različite cijene za lokalnu, jednostruku i dvostruku terminaciju.

Pošto se može očekivati da bi u praksi najčešća bila jednostruka terminacija, slijedeća analiza zasnovana je na cijenama za tu vrstu terminacije, koja iznosi (..)**¹KM.

Na temelju navedenog, trošak po minuti koji bi Telemach imao prilikom poziva njegovih mobilnih pretplatnika ka fiksnoj mreži BH Telecoma bio bi (..)**.

Podnositelj zahtjeva smatra da cijena inputa u navedenom iznosu sprječava „Telemach“ da efektivno konkurrira gospodarskom subjektu „BH Telecom“, naročito kada se u obzir uzmu cijene koje „BH Telecom“ nudi van svoja dva početna paketa (Tablica 1.)

¹ podaci predstavljaju poslovnu tajnu u smislu člana 38. Zakona o konkurenciji

Tablica 1.

Red br.	Pozivi ka mobilnoj mreži p.s. „BH Telecom“	Cijena (KM/min)	MVNO marža p.s. „Telemach“ (KM/min)	„Telemach“ MVNO marža (%)
1.	„Telemach“ (cijena inputa)	(..)**	(..)**	(..)**
2.	„BH Telecom“ maloprodajna cijena (Mini 15)	(..)**	(..)**	(..)**
3.	„BH Telecom“ maloprodajna cijena (Midi 30)	(..)**	(..)**	(..)**
4.	„BH Telecom“ maloprodajna cijena (Maxi 50)	(..)**	(..)**	(..)**
5.	„BH Telecom“ „Naj broj“	(..)**	(..)**	(..)**

Izvor: Zahtjev

U svezi sa pozivima ka BH Telecomovoj fiksnoj mreži Podnositelj zahtjeva nadalje navodi da ukoliko bi djelovao kao MVNO preko mreže BH Telecoma, „Telemach“ bi u pogledu poziva koje bi njegovi mobilni pretplatnici upućivali ka BH Telecomovoj fiksnoj mreži prije svega imao trošak generiranja poziva. Prema BH Telecom MVNO RIP-u, veleprodajna cijena za generiranje poziva iz mobilne mreže (MOC) je $(..)**\text{KM/min}$ uz dodatni trošak terminiranja poziva u fiksnu mrežu gospodarskog subjekta „BH Telecom“.

Gospodarski subjekt „BH Telecom“ naplaćuje različite cijene za lokalnu, jednostruku i dvostruku terminaciju, ali se u praksi može očekivati najčešće jednostruka terminacija čija cijena iznosi $(..)**\text{KM}$.

Na temelju navedenog, trošak po minuti koji bi Telemach imao prilikom poziva njegovih mobilnih pretplatnika ka fiksnoj mreži BH Telecoma bio bi $(..)**$.

U tablici 2. je prikazano kako je Podnositelj zahtjeva onemogućen da efektivno konkurira gospodarskom subjektu „BH Telecom“, a naročito kada se u obzir uzmu cijene koje „BH Telecom“ nudi van svoja dva početna paketa.

Tablica 2.

Red br.	Pozivi ka fiksnoj mreži p.s. „BH Telecom“	Cijena (KM/min)	MVNO marža p.s. „Telemach“ (KM/min)	„Telemach“ MVNO marža (%)
1.	„Telemach“ (cijena inputa)	(..)**	(..)**	(..)**
2.	„BH Telecom“ maloprodajna cijena (Mini 15)	(..)**	(..)**	(..)**
3.	„BH Telecom“ maloprodajna cijena (Midi 30)	(..)**	(..)**	(..)**
4.	„BH Telecom“ maloprodajna cijena (Maxi 50)	(..)**	(..)**	(..)**
5.	„BH Telecom“ „Mega 100“	(..)**	(..)**	(..)**

Izvor: Zahtjev

Dok s jedne strane maloprodajne cijene gospodarskog subjekta „BH Telecom“ opadaju u srazmjeri sa veličinom paketa, s druge strane veleprodajne cijene istog za MVNO ne mijenjaju se ovisno od opsega prometa.

S tim u svezi gospodarski subjekt „Telemach“ bi iz zarade na pozivima morao pokriti subvencioniranje mobilnih telefona, interkonekcijske kapacitete, prodajne kanale, marketing, tehničku podršku, što efikasno konkuriranje s takvom maržom prema fiksnim brojevima „BH Telecoma“ i praktički bez marže (odnosno, sa negativnom maržom) prema BH Telecom mobilnim brojevima čini nemogućim.

Konačno, Podnositelj zahtjeva navodi kako ne bi bio u mogućnosti ni da se takmiči sa maloprodajnim cijenama koje BH Telecom naplaćuje za pozive ka mobilnim mrežama druga dva *incumbent* operatora.

Ukoliko bi Telemachov mobilni pretplatnik uputio poziv ka broju iz mobilne mreže HT Mostar ili Telekomu Srpske, Telemach bi imao slijedeće troškove: (i) trošak generiranja poziva (MOC) u iznosu od (..)**KM; (ii) trošak terminiranja poziva (MTC) u mrežu HT Mostar ili Telekomu Srpske – u oba slučaja, cijena terminacije bila bi (..)** KM; i (iii) naknadu za tranzit poziva kroz BH Telecomovu fiksnu mrežu u iznosu od (..)**KM.

Sukladno navedenom, ukupan trošak poziva iz „Telemachove“ mobilne mreže u mobilnu mrežu gospodarskih subjekata „HT Mostar“ ili „Telekom Srpske“ bio bi (..)** KM, što se može vidjeti iz tablice 3. koja prikazuje usporedbu između ove cijene i „BH Telecomove“ maloprodajne cijene za istu vrstu poziva.

Tablica 3.

Red br.	Pozivi ka mobilnim mrežama „HT Mostar“ i „Telekom Srpske“	Cijena (KM/min)	MVNO marža p.s. „Telemach“ (KM/min)	„Telemach“ MVNO marža (%)
1.	„Telemach“ (cijena inputa)	(..)**	(..)**	(..)**
2.	„BH Telecom“ maloprodajna cijena (Mini 15)	(..)**	(..)**	(..)**
3.	„BH Telecom“ maloprodajna cijena (Midi 30)	(..)**	(..)**	(..)**
4.	„BH Telecom“ maloprodajna cijena (Maxi 50)	(..)**	(..)**	(..)**
5.	„BH Telecom“ „Mega 100“	(..)**	(..)**	(..)**

Izvor: Zahtjev

Sukladno sa navedenim cijena koju bi gospodarski subjekt „Telemach“ mogao da ponudi svojim korisnicima, i bez bilo kakve marže, na temelju „BH Telecom“ cjenovnika bila bi ista ili viša od „BH Telecomovih“ maloprodajnih cijena.

Dakle, Podnositelj zahtjeva u Zahtjevu zaključuje da i u pogledu ove vrste poziva „Telemach“ ne bi ni teoretski mogao da se takmiči da paketima „BH Telecoma“, jer bi u usporedbi sa istim, njegova marža bila nula ili čak minus, čak i kad se drugi troškovi ne bi uzeli u obzir.

Jer, negativna marža koju bi „Telemach“ ostvarivao ovakvim pružanjem usluga bila bi dodatno smanjena drugim troškovima pružanja usluge preko „BH Telecomove“ mreže, što onemogućava ulazak na tržište i pružanje usluga MVNO operatora.

Pored činjenice da ne bi bio u stanju da ostvari maržu koja obezbjeđuje profitabilno poslovanje u pogledu poziva za koje se može pretpostaviti da bi njegovi pretplatnici najviše koristili, „Telemach“ ne bi bio u mogućnosti da ostvari bilo kakvu maržu na SMS saobraćaju iz razloga što „BH Telecomova“ maloprodajna cijena SMS-ova u unutarnjem prometu iznosi (..)** KM po poruci, što je isti iznos koji „BH Telecom“ naplaćuje MVNO operatorima na nivou veleprodaje.

Dodatno, „BH Telecomova“ maloprodajna cijena SMS saobraćaja prema „Naj brojevima“ unutar mreže iznosi polovinu redovne cijene i iznosi (..)** KM, kojoj cijeni MVNO nikako ne može da parira imajući u vidu BH Telecom-ovu veleprodajnu cijenu od (..)**KM (Tablica 4.).

Tablica 4.

Red br.	SMS	Telemachov input (KM)	BH Telecom malopr. cijena (KM)	Telemach marža (KM)	Telemach marža (%)
1.	BH Telecom standardna malopr. tarifa	(..)**	(..)**	(..)**	(..)**
2.	BH Telecom „Najbroj“	(..)**	(..)**	(..)**	(..)**

Izvor: Zahtjev

Podnositelj zahtjeva, navodi i kako pored naprijed navedenog postoje i dopunski troškovi koji dodatno smanjuju MVNO maržu, i na taj način sprječavaju MVNO da se efektivno takmiče na maloprodajnom tržištu mobilne telefonije.

Najznačajniji dodatni troškovi koje bi MVNO imao ukoliko bi ušao u MVNO aranžman su sljedeći:

1. Troškovi u svezi sa uspostavom i implementacijom sistema – „Telemach“ bi prije svega morao da plati naknadu koju „BH Telecom“ naplaćuje za uspostavu sustava, u iznosu od 184.000 KM za 10.000 pretplatnika;
2. Troškovi koji nastaju naplatom naknade po minuti kao vremenskoj jedinici, dok se krajnjim korisnicima gospodarskog subjekta „BH Telecom“ naplata vrši po kraćim intervalima (npr. od 30 sekundi);
3. Naknada koju MVNO operatori plaćaju za glasovne usluge se povećava sa povećanjem obima saobraćaja, dok je „BH Telecom“ u mogućnosti da korisnicima ponudi „neograničene“ glasovne usluge;
4. Novčane kazne za saobraćaj iznad ili ispod plana – Referentna ponuda za interkonekciju i pristup mobilnog virtuelanog mrežnog operatora mobilnoj mreži BH Telecoma (u daljnjem tekstu: RIP) predviđa kaznu u iznosu od 50% ukoliko je realizirani saobraćaj (broj minuta) iznad ili ispod plana tj. ukoliko je realizirani saobraćaj 15% iznad ili ispod planirane granice;
5. Troškovi naknade za „neutemeljen zahtjev za popravak kvara“ u iznosu od 70 KM po satu;

Nadalje Podnositelj zahtjeva navodi da je sadržaj MVNO paketa Protivne strane jednostavno takav da uspješno poslovanje MVNO-a nije moguće iz sljedećih razloga:

1. MVNO ponuda Protivne strane ne uključuje Internet tj. ne sadrži podatkovne usluge, što predstavlja „*condition sine qua non*“ za pružanje niza servisa i usluga korisnicima;
2. MVNO ponuda ne uključuje mogućnost roaminga, jer prema navodima Protivne strane to predstavlja odgovornost MVNO operatora;
3. SMS tranzit se naplaćuje „na osnovu komercijalnog dogovora“, te u svezi stim MVNO ponuda predviđa da se cijena usluge tranzita SMS poruka ka drugim drugim fiksnim i mobilnim mrežama u BiH i inostranstvu određuje na osnovu „komercijalnog ugovora“, što sprječava alternativne operatore da planiraju svoje troškove u svezi sa pružanjem ove usluge, jer nisu dati nikakvi faktori na temelju kojih bi se ova cijena određivala;
4. Nije predviđen nikakav mehanizam indeksacije tj. veleprodajne cijene Protivne strane nisu podložne nikakvoj nivelaciji putem indeksiranja tj. navedene cijene su fiksirane u trenutku objavljivanja „BH Telecom“ MVNO RIP-a, te su samim tim neadekvatne imajući u vidu cjenovnu dinamičnost u sferi telekomunikacija, jer nisu povezane ni sa kakvim kasnijim razvojem tržišta.

Četiri MVNO operatora Blicnet, Elta Kabel, Telrad i Izi Mobile imaju zanemarive tržišne udjele na tržištu mobilne telefonije od ukupno 0,29%, prema podacima iz RAK-a četvrti kvartal 2016. godine.

Podnositelj zahtjeva u prilog svojim tvrdnjama navodi da je Izi Mobile MVNO operator sa najvećim brojem korisnika poslovao sa gubitkom u svakoj od prethodne tri godine, a prihodi od prodaje ovog operatora su u značajnom padu.

Usljed ovih trendova „Izi Mobile“ je najavio povlačenje sa tržišta i od RAK-a zatražio odobrenje za prijenos svih korisnika na Telekom Srpske, te će povlačenje istog sa tržišta značiti da će ukupan udjel neovisnih MVNO operatora iznositi 0,14% (oko 4.700 korisnika), čime će se pozicija vladajućih operatora dodatno pojačati odnosno u potpunosti se izgubiti alternativni konkurentski pritisak njihovom poslovanju, a usljed postojeće politike i uvjeta suradnje koje *incumbent* operatori nude MVNO operatorima.

Konkurencijsko vijeće je zaprimilo prijavu koncentracije gospodarskog subjekta „Telekomunikacije Republike Srpske“ kojom isti preuzima sve korisnike IZI MOBIL-a na tržištu mobilne telefonije u Bosni i Hercegovini, ali je istu Zaključkom broj: 02-26-1-33-3-II/16 od 10.11.2016. godine, odbacilo, radi nepostojanja obveze prijave koncentracije, u smislu članka 14. stavak (1) Zakona.

Na temelju svega navedenog Podnositelj zahtjeva se ne može učinkovito takmičiti sa Protivnom stranom na tržištu mobilne telefonije, te stoga nije ni u mogućnosti da u svoje pakete uključi mobilnu telefoniju.

Značaj MVNO-a je prepoznat i od strane nacionalnih tijela za zaštitu konkurencije iz Europske unije (u daljem tekstu: EU), kao i od strane Europske komisije.

Francusko tijelo za zaštitu konkurencije je u nekoliko navrata istaklo neophodnost omogućavanja MVNO operatorima da se učinkovito takmiče na tržištu, te je u mišljenju iz 2008. godine (Mišljenje 08-A-16 od 30.07.2008. godine) izrazilo zabrinutost uslijed sporog razvoja MVNO-a u Francuskoj, jer su u tom trenutku samo manje od 5% korisnika činili korisnici MVNO operatora, dok je istodobno tržišni udjel operatora bez mreže bio oko 25% u Njemačkoj i oko 15% u Ujedinjenom Kraljevstvu i Holandiji. Kao prepreku uspješnom razvoju MVNO-a u Francuskoj, francusko tijelo je identificiralo nepovoljne veleprodajne uvjete koje su u Francuskoj nudili MNO operatori.

U tri odluke u predmetima ocjene koncentracija u oblasti mobilne telefonije u pogledu operatora u Austriji, Irskoj i Njemačkoj, kojima se broj operatora smanjivao sa četiri na tri, Europska komisija je koncentracije odobrila samo na temelju obveza koje su preuzeli sudionici u koncentraciji, a čiji je cilj bio da se omogući MVNO operatorima da se efektivno takmiče na tržištu.

Podnositelj zahtjeva se nadalje poziva na slučajeve iz EU i to na Hutchison 3G Austria / Orange Austria (predmet No M.6497, Odluka EK od 12.12.2012. godine), Hutchison 3G Ireland / Telefonica Ireland (predmet No M.6992, Odluka EK od 28.05.2014. godine), Telefonica Deutschland/E-Plus (predmet No M.7018, Odluka EK od 02.07.2014. godine), Hutchison 36 UK/Telefonica UK (predmet No M.7612, Odluka EK od 11.05.2016. godine).

Prema mišljenju Podnositelja zahtjeva iz perspektive EU, cjenovna politika Protivne strane u pogledu MVNO-a predstavlja zlouporabu u vidu stiskanja marže.

Dalje u Zahtjevu, Podnositelj pojašnjava kako je, stiskanje marže (engl. *Margin squeeze*), tj. situacija kada firma koja je vladajuća na vertikalno višem tržištu i pritom obezbjeđuje input gospodarskim subjektima koji se sa njom takmiče na vertikalno nižem tržištu naplaćuje takvu cijenu za input da njeni

konkurenti na vertikalno nižem tržištu ne mogu da učinkovito konkuriraju, predstavlja oblik zlouporabe vladajućeg položaja koji je naročito karakterističan za sektor telekomunikacija.

Relevantne Direktive EU koje se odnose na primjenu propisa o konkurenciji u sektoru telekomunikacija („Službeni list EU“ (1998) C 265/02, § 118) („Direktiva o telekomunikacijama“ u pogledu stiskanja marže (ili cijene) navode:

„... stiskanje cijene također može biti demonstrirano pokazivanjem da je marža između cijene koja se naplaćuje konkurentima na vertikalno nižem tržištu (uključujući i eventualno vlastito poslovanje dominantnog privrednog subjekta na vertikalno nižem tržištu) za pristup i cijene koje mrežni operator naplaćuje na vertikalno nižem tržištu je nedovoljna da omogući da razumno efikasan pružatelj usluga na vertikalno nižem tržištu ostvari normalnu stopu profita ...“

Podnositelj zahtjeva s tim u svezi predlaže da Konkurencijsko vijeće u obzir uzme i mjerodavnu praksu iz EU, imajući u vidu da je stiskanje marže bilo predmet razmatranja u nekoliko slučajeva iz EU baš u oblasti telekomunikacija, uključujući predmete broj: COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 — *Deutsche Telekom AG* – Odluka Europske Komisije od 21.05.2003. godine, broj: COMP/38.784 — *Wanadoo España vs. Telefónica*, Odluka Europske komisije od 04.07.2007. godine i broj: C-52/09, *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB*, Presuda ESP-a od 17.02.2011. godine.

U pogledu komparativne prakse u oblasti stiskanja marže, Podnositelj također ukazuje na praksu tijela za zaštitu konkurencije iz regije.

Tako, npr. u jednom nedavnom slučaju srbijanska Komisija za zaštitu konkurencije prekinula je postupak ispitivanja zlouporabe vladajućeg položaja, pokrenut protiv srbijanskog *incumbent* operatora Telekom Srbija, na temelju toga što je operator ponudio Komisiji pojedine mjere koje je spreman da provede kako bi okončao radnje koje je Komisija smatrala spornim. Između ostalog, navodi protiv Telekoma Srbija obuhvatili su i stiskanje marže u pogledu marže između Telekomovih veleprodajnih i maloprodajnih cijena za ADSL pristup, pošto marža nije bila dovoljna da se kupci Telekoma Srbija na veleprodajnom tržištu efektivno takmiče sa ovim operatorom na maloprodajnom tržištu.

Podnositelj zahtjeva predlaže da Konkurencijsko vijeće utvrdi da je gospodarski subjekt „BH Telecom“ nuđenjem takvih uvjeta za poslovanje mobilnih virtualnih operatora koji onemogućavaju da alternativni operatori pod ekonomski prihvatljivim uvjetima uđu u MVNO aranžman sa BH Telecomom, zloupotrijebio vladajući položaj na tržištu interkonekcije i MVNO pristupa na BH Telecomovu mobilnu mrežu, ograničio proizvodnju, tržišta ili tehnički razvitak, u smislu članka 10. stavak (2) točka a), ali i u određenoj mjeri i točke b), c) i d) Zakona.

Podnositelj zahtjeva predlaže da Konkurencijsko vijeće gospodarskom subjektu „BH Telecom“, pored eventualnog izricanja novčane kazne u smislu članka 48. Zakona, naloži da svoje ponašanje na tržištu sukladno odredbama Zakona, te prekine sa daljim kršenjem istog.

Na temelju gore navedenog, Konkurencijsko vijeće je ocijenilo da povrede Zakona, na koje Podnositelj zahtjeva ukazuje, nije moguće utvrditi bez provedbe postupka, te je sukladno članku 32. stavak (2) Zakona, na 11. sjednici održanoj dana 11. listopada 2017. godine, donijelo Zaključak o pokretanju postupka, broj: UP-02-26-2-019-6/17 (u daljnjem tekstu: Zaključak), radi utvrđivanja zlouporabe vladajućeg položaja u smislu članka 10. stavak (2) točka b) Zakona.

Konkurencijsko vijeće je dostavilo Zaključak Podnositelju zahtjeva, aktom broj: UP-02-26-2-019-11/17 dana 11. listopada 2017. godine.

Konkurencijsko vijeće, sukladno članku 33. stavak (1) Zakona, je dostavilo Zahtjev i Zaključak na odgovor protivnoj strani u postupku, „BH Telecom“ d.d. Sarajevo, Franca Lehara 7., 71000 Sarajevo, Bosna i Hercegovina, aktom broj: UP-02-26-2-019-12/17 dana 11. listopada 2017. godine.

Dana 30. listopada 2017. godine BH Telecom se obratio Konkurencijskom vijeću za odobravanje dodatnog roka, aktom broj: UP-02-26-2-019-13/17. BH Telecom je u odobrenom roku dostavilo odgovor na Zahtjev i Zaključak Konkurencijskom vijeću, u smislu članka 33. stavak (3) Zakona, podneskom broj: UP-02-26-2-019-14/17 dana 1. studenog 2017. godine, u kojem u cijelosti osporava Zahtjev, te smatra da isti treba odbiti kao neutemeljen, i preuranjen, te u svezi sa pojedinačnim navodima Podnositelja zahtjeva, u bitnom navodi slijedeće:

- Obzirom na predmet podnesenog zahtjeva, činjenice i navode i istaknute prijedloge u Zahtjevu ističe kako je na predmetnom tržištu od ključnog značaja uloga regulatora – Regulatorne agencije za komunikacije Bosne i Hercegovine – RAK, koja ima propisane nadležnosti shodno Zakonu o komunikacijama u članku 36. stavak (1), te Vijeće ministara, koje ima sve nadležnosti prema članku 13. Zakona o komunikacijama, te člankom 3. točka 4. stavak a) i b) istog Zakona.
- Dalje ukazuje kako je Vijeće ministara Bosne i Hercegovine na 102. sjednici održanoj dana 23. svibnja 2017. godine donijelo Odluku o usvajanju Politike sektora elektronskih komunikacija Bosne i Hercegovine za razdoblje 2017. – 2021. godine i akcijskog plana za realizaciju politike („Službeni glasnik BiH“ broj: 46/17 - dalje u tekstu: Politika sektora elektronskih komunikacija). Politika sektora elektronskih komunikacija propisuje dinamiku reguliranja i izgradnje elektronsko-komunikacijske (EK) infrastrukture. Usvojenom Politikom sektora elektronskih komunikacija, u točki 2.2. propisana je dinamika uvođenja virtualnih mrežnih operatora (MVNO): „Dvije godine nakon komercijalizacije LTE mreža, Agencija će u suradnji sa Ministarstvom i resornim entitetskim ministarstvima dostaviti Vijeću ministara prijedlog odluke kojom će se omogućiti ulazak MVNO na tržište mobilnih komunikacija Bosne i Hercegovine.“ Također, Akcijskim planom za realizaciju politike sektora elektronskih komunikacija Bosne i Hercegovine za razdoblje 2017.-2021. godina koji eksplicitno propisuje kako je donošenje Odluke o izdavanju dozvola za MVNO predviđeno do prosinca 2019. godine.
- BH Telecom navodi kako navedene odredbe, koje izričito reguliraju tržište elektronskih komunikacija, predstavljaju dovoljan osnov za okončanje predmetnog postupka. Međutim, pored toga, BH Telecom navodi i kako Podnositelj zahtjeva ne poznaje pravila i propise u predmetnoj oblasti te dalje navodi kako tzv. „tržište interkonekcije i pristupa MVNO mobilnoj i fiksnoj mreži gospodarskog subjekta BH Telecom ne postoji u regulatornoj praksi BiH, tako ni EU. Za postupak nametanja regulatornih mjera i uvođenje MVNO na tržište, potrebno je da prema Pravilu 54/2011 Regulatorna agencija za komunikacije provede postupak Analize „tržišta pristupa i započinjanja (originacije) poziva iz mobilnih javnih komunikacijskih mreža“ koje se ne nalazi na Listi relevantnih tržišta u Pravilu 54/2011, niti u Preporuci Europske komisije broj 2007/879/EC.
- Prije nametanja bilo kakvih regulatornih obveza, Agencija je na temelju CRA pravila 54/2011 bila dužna ispitati jesu li na ovom tržištu zadovoljena tri kriterija, sukladno članku 4. Pravila 54/2011. Tek ukoliko se utvrdi da su ovi kriteriji ispunjeni, bilo je potrebno izvršiti ocjenu efektivnosti konkurencije na ovom tržištu i, u slučaju da se ocijeni da na tržištu ne postoji efektivna konkurencija, utvrditi postojanje jednog ili više operatora sa značajnom tržišnom snagom na tom tržištu, kojima se onda određuju određene regulatorne obveze.
- U odgovoru BH Telecom navodi i kao su bilo kakve elaboracije cijena i uvjeta koji su navedeni u aktu pod nazivom „Referentan ponuda za interkonekciju i pristup mobilnog virtualnog mrežnog operatora mobilnoj mreži BH Telecoma d.d. Sarajevo“ objavljenoj u rujnu 2013. godine, nepotrebna obzirom da su navedene cijene u sklopu RIPMVNO bazirane na veleprodajnim i maloprodajnim cijenama koje su u tom razdoblju vrijedile na telekomunikacijskom tržištu u BiH i iste nisu aktualne i primjerene za usporedbu, niti bilo kakvu analizu sa uvjetima i cijenama koje vrijede u 2017. godini.

- Kompleksnost navedene materije je u isključivoj nadležnosti Vijeća ministara BiH i RAK-a, te traži od Konkurencijskog vijeća da okonča predmetni postupak sukladno članku 25. stavak (1) točka e) Zakona.

Dana 15. studenog 2017. godine Konkurencijsko vijeće je dostavljeni Odgovor na Zahtjev o pokretanju postupka, te Zaključak o pokretanju postupka BH Telecoma dostavio na uvid i očitovanje Podnositelju zahtjeva, podneskom broj: UP-02-26-2-019-15/17.

Također, dana 15. studenog 2017. godine Konkurencijsko vijeće je zatražilo dodatne informacije i pojašnjenja od strane BH Telecoma podneskom broj: UP-02-26-2-019-16/17.

Dana 23. studenog 2017. godine zaprimljen je podnesak Podnositelja zahtjeva u kojem daje očitovanje o odgovoru BH Telecoma, pod brojem: UP-02-26-2-019-18/17, u kojem se u bitnom navodi slijedeće:

- Osim općeg navoda BH Telecom ni u čemu ne osporava navode iz zahtjeva, zahtjev je podnesen za vremensko razdoblje početak 2013.- kraj 2017. godine, pri čemu treba imati u vidu trajanje povrede i činjenicu kako isto još uvijek nije okončano.
- Buduće posebno reguliranje ove oblasti bi svakako bilo poželjno, ali nije od značaja za već pretrpljene negativne efekte povrede konkurencije i štetu koju je Podnositelj zahtjeva već pretrpio uslijed postupanja BH Telecoma. Navodi BH Telecoma da njegova ponuda iz rujna 2013. godine više nije na snazi nejasni su i neutemeljeni, obzirom da je ista dostupna na službenoj web stranici RAK-a, i BH Telecoma, a zainteresirani subjekti mogu se pouzdati jedino u javne i dostupne informacije o ponudama, te ne mogu biti upoznati sa ponudama koje nisu dostupne.
- U svakom slučaju i da ponuda nije važeća, očigledno je da su povrede konkurencije postojale u vrijeme kada je ista bila na snazi. U tom smislu, predlaže da Konkurencijsko vijeće zatraži od BH Telecoma izjašnjenje na okolnosti u kojem razdoblju je predmetna ponuda bila na snazi i na koji način je prestala važiti. Kako je člankom 55. Zakona za ovu vrstu kršenja propisa predviđen rok zastare od 5 godina, eventualna odluka BH Telecoma da izbjegne elaboraciju svoje ponude iz rujna 2013. godine nikao mu ne može pomoći da izbjegne sankcije, jer sve i kada bi bili točni navodi iz Odgovora da ponuda više ne važi, postojalo bi kršenje konkurencije za razdoblje važenja, a rokovi zastare nisu nastupili. Dakle, činjenica da je BH Telecom naknadno izmijenio ponudu ne oslobađa ga odgovornosti za prethodno protuzakonito postupanje, te je analiza cijena na temelju citirane ponude niti potrebna niti neprimjerena. Ukoliko su postojeće cijene usklađene sa Zakonom o konkurenciji to Konkurencijsko vijeće može uzeti u obzir prilikom odmjeravanja kazne.
- Podnositelj zahtjeva dodatno navodi i kako se može vidjeti iz točke 5.1. Zahtjeva, da je upoznat sa sektorskim propisima iz predmetne oblasti kao i strateškim planovima za njihove izmjene. Međutim, zahtjev je podnesen za ponašanje sudionika na tržištu protivno propisima o zaštiti konkurencije, a ne *ex-ante* regulativu iz sektora telekomunikacija. U tom smislu, navodi BH Telecoma u vezi s definicijom mjerodavnog tržišta u nomenklaturi sektorskih regulatora iz oblasti telekomunikacija ne smatra mjerodavnim u postupku pred Konkurencijskim vijećem, jer se pred istim mjerodavno tržište definira sukladno Zakonu o konkurenciji i odgovarajućim podzakonskim aktima, a prema okolnostima svakog konkretnog slučaja, te je u tom smislu definicija tržišta iz drugih propisa za potrebe ovog postupka nebitna.
- Činjenica da RAK treba voditi određene aktivnosti radi prilagođavanja postojećih propisa iz ove oblasti smjernicama iz Politike sektora elektronskih komunikacija ne znači da BH Telecom može imati opravdanje za zlouporabu vladajućeg položaja na mjerodavnom tržištu, uslijed nedostatka *ex-ante* regulative. Kako je naprijed navedeno predmetna Politika važi tek od 2017. godine, a kršenje konkurencije od strane BH Telecoma je započelo još 2013. godine.

- Kao što je i samom BH Telecomu poznato, i kao što je prikazano u zahtjevu, alternativni operatori su već dugo nazočni na bh. tržištu – samo posluju pod nepravičnim i diskriminatornim uvjetima postavljenim od strane *incumbent* operatora. U tom smislu, jasno je da nisu zakonski nedostaci iz oblasti telekomunikacija problem za poslovanje MVNO operatora, već ponašanje vladajućih operatora, čija je infrastruktura nužna za pružanje usluga, kako je detaljno opisano u Zahtjevu. Dakle, jasno je da *ex-ante* mjere nemaju veze sa *ex-post* kontrolom tržišta koju provodi Konkurencijsko vijeće.
- Paradoksalno je da BH Telecom pravdajući se planiranim izmjenama sektorskih propisa u oblasti telekomunikacija, zahtijeva od Konkurencijskog vijeća da mu omogući kontinuirano vršenje povrede do prosinca 2019. godine. Iako Podnositelj ne smatra mjerodavnim, opreza radi, Podnositelj navodi kako BH Telecom pogrešno predstavlja rokove iz Politike sektora telekomunikacija, naime isti se odnose samo na određenu novu tehnologiju i obvezu njenog dodatnog uključivanja u ponudu, a sve druge obveze prema MVNO već postoje i po postojećim sektorskim propisima, a što se može vidjeti iz Pravila 73/2014 o obavljanju djelatnosti pružatelja javnih mobilnih telefonskih usluga („Slubeni glasnik BiH“ 68/14), koje je još uvijek na snazi i sadrži detaljan pravni okvir za rad MVNO operatora i drugih operatora javnih mobilnih usluga, te obveze „MNO“ operatora, kao imatelja dozvola za pružanje GSM usluga ili dozvolu za pružanje mobilnih usluga na univerzalnim mobilnim telekomunikacijskim sustavima, a što uključuje i gospodarski subjekt BH Telecom. Da je tako potvrđuje i činjenica da operatori Blicnet d.o.o. Banjaluka, Elta-kabel d.o.o Doboje, Logosoft d.o.o. Sarajevo i Telrad Net d.o.o. Bijeljina, već jesu registrirani kod RAK-a kao pružatelji mobilnih telefonskih usluga. Stoga traži od Konkurencijskog vijeća da zatraži informacije od Bh Telecoma o: ugovorima koje ima zaključene u vezi sa pružanjem mobilnih telefonskih usluga, jesu li ugovori zaključeni pod uvjetima iz javno dostupnih ponuda iz rujna 2013., pojašnjenje kako sektorska politika koja, prema navodima BH Telecoma, sprječava ovaj poslovni subjekt da daje ponudu Podnositelju zahtjeva, ne sprječava isti da daje ponudu i zaključi ugovor sa navedenim operatorima, te zašto istovjetna ponuda koja je dana navedenim operatorima nije transparentno ponuđena svim zainteresiranim subjektima, uključujući i Podnositelja.
- Podnositelj dalje navodi i kako ostaje pri dosadašnjim podnescima, i zahtjevima.

Dana 23. studenog 2017. godine zaprimljene su dodatne informacije i podatci od strane BH Telecoma kao dopuna odgovora na Zahtjev, te odgovori na pitanja od strane Konkurencijskog vijeća (akt broj: UP-02-26-2-019-16/17), pod brojem: UP-02-26-2-019-19/17, u kojem se u bitnom navodi slijedeće:

- BH Telecom prije svega predlaže Konkurencijskom vijeću da predmetni postupak obustavi, jer je očigledno da je predmetni postupak preuranjen i potpuno neutemeljen, te da Podnositelj zahtijeva u zahtjevu nastoji skrenuti pažnju od odlučnih činjenica isticanjem irelevantnih tvrdnji, te primjera koji nisu primjenjivi u konkretnom slučaju.
- Dalje navodi kako nije jasno podnositeljevo definiranje mjerodavnog tržišta, obzirom da u točki 3.1.1. navodi kao „tržište interkonekcije i pristupa BH Telecomovoj mobilnoj i fiksnoj mreži“, a u točki 3.2.2. navodi kao „tržište interkonekcije i pristupa BH Telecomovoj mobilnoj mreži“.
- Podatak koji je iznio Podnositelj u Zahtjevu da BH Telecom, zajedno sa ostala dva telekom operatora povijesno posjeduje fiksnu mrežu na teritoriji BiH koja je zaštićena monopolom, je irelevantna za predmetni postupak, a iz istog podnositelj izvodi zaključak da je BH Telecom „praktično ostao monopolist i na tržištu mobilne mreže“, imajući u vidu da mobilna mreža izgrađena nakon raspada SFRJ.
- Tržište u proizvodnom smislu je preširoko i neprecizno. Naime, interkonekcija i pristup fiksnoj mreži su potpuno odvojeno tretirani od strane regulatora, te stoga pojam fiksne mreže ne treba ulaziti u definiciju tržišta u vezi sa pristupom MVNO mreži BH Telecoma. S druge strane, točan naziv tržišta koje tretira pristup MVNO mreži mobilnih operatora sukladno sa regulativom EU naziva se „tržište pristupa i započinjanja poziva iz mobilnih javnih komunikacijskih mreža“. Ovo

tržište nije do sada analizirano od strane RAK-a, niti se ono nalazi na listi tržišta koja zahtijevaju *ex-ante* regulaciju, shodno Pravilu 54/2011. Analiza Tržišta 7. koje je RAK izvršila u dva navrata, a na kojem Telemach u pretežitom dijelu zasniva svoj zahtjev, samo u manjem dijelu reflektira na pristup MVNO, ali tržište 7 u osnovi nije mjerodavno za ovaj postupak.

- Dalje se navodi kako je tržište MVNO na području Bosne i Hercegovine je kontrolirano i regulirano od strane RAK-a i bez mogućnosti samostalnog djelovanja MNO operatora. Stoga, BH Telecom u potpunosti osporava navode iz zahtjeva kojima Podnositelj pokušava izbjeći primjenu sektorskih propisa, što je nezakonito, jer se radi o normama kogentne prirode, zbog čega su navodi Telemacha da su pravila konkurencijskog prava neovisna i da trebaju primjenjivati odvojeno od sektorskih propisa, odnosno, kako navodi da „ako nešto nije okarakterizirano kako povreda sektorskih propisa od strane sektorskog regulatora, ne znači da ne postoji zlouporaba vladajućeg položaja u smislu članka 10. Zakona“ neprimjenjiva. Pozivanje na praksu Europskog suda pravde u predmetu Deutsche Telekom, koji citira u zahtjevu Telemach, a koji glasi: „Činjenica da se telekomunikacijski operator pridržavao sektorskih propisa iz oblasti telekomunikacija ne znači da ne postoji odgovornost operatora po osnovu moguće povrede propisa iz oblasti konkurencije, dokle god je operator imao mogućnost autonomnog djelovanja u pogledu navodnog prekršaja.“ Po ovom pitanju BH Telecom nije imao mogućnost autonomnog djelovanja u pogledu uvođenja MVNO operatora na tržište, kao niti u pogledu utvrđivanja cijena i usluga pristupa, zbog čega argumentacija Telemacha o autonomnosti sektorskih propisa potpuno otpada. Uvođenje MVNO operatora je dugotrajan proces u potpunosti pod kontrolom i nadzorom regulatora, a sve na temelju tada važeće Politike sektora telekomunikacija Bosne i Hercegovine za razdoblje 2008.- 2012. godine.
- BH Telecom je dostavio i odgovore na pitanja upućena od strane Konkurencijskog vijeća, te u kratkom naveo slijedeće: RIP dokument je nakon obavljene procedure i suglasnosti RAK-a objavljen dana 21. ožujka 2011. godine, a nakon usvajanja nove regulative Pravila 54/2011, 2013. godine djelomično izmijenio navedeni RIP dokument, a sve na temelju obveze procedure usuglašavanja navedenog akta i odobravanja od strane RAK-a, trenutno važeći je RIP MVNO dokument iz 2013. godine. BH Telecom nema niti jedan zaključen ugovor o pristupu i interkonekciji MVNO mobilnoj mreži BH Telecoma na temelju RIP MVNO, a obzirom da RAK nije izdala niti jednu dozvolu za obavljanje djelatnosti MVNO operatora u BIH.
- BH Telecom dalje navodi i kako je uvjet za pristup mobilnoj mreži od strane MVNO propisan Pravilom 73/2014 o obavljanju djelatnosti pružatelja javnih mobilnih telefonskih usluga i Politikom sektora elektronskih komunikacija, a ne internim aktima BH Telecoma. Sve buduće izmjene RIP dokumenta mogu se isključivo inicirati na temelju odgovarajuće analize RAK-a i regulatornih mjera koje ona nametne svim mobilnim operatorima istovremeno i pod jednakim uvjetima, kao što je i do sada bio slučaj, a što je BH Telecom iscrpno ilustrirao dostavljenom dokumentacijom. Od 2013. godine operatori nisu zaprimili nikakve nove naloge regulatora, koji se odnose na izmjene važećih Referentnih ponuda za interkonekciju i pristup mobilnog virtualnog operatora mobilnoj mreži, niti je BH Telecom u bilo kakvom prekršaju ili zakašnjenju u izvršenju obveza prema regulatoru, sukladno sa obostrano potpisanim Sporazumom o suradnji na području konkurencije na tržištu telekomunikacijskih usluga između Konkurencijskog vijeća i RAK-a. Za napomenuti je i kako je RAK Rješenjem iz 2016. naložio BH Telecomu usklađivanje samo RIP mob, a ne RIP MVNO, iz čega se zaključuje da RAK nije ocijenio potrebnim da se RIP MVNO u ovom trenutku mijenja.
- Na temelju svega navedenog BH Telecom nije djelovao protivno Zakonu o konkurenciji, te predlaže Konkurencijskom vijeću da donese Rješenje o nepostojanju zlouporabe vladajućeg položaja.

Dana 5. prosinca 2017. godine, podnescima broj: UP-02-26-2-019-21/17 i UP-02-26-2-019-22/17, dostavljeni su strankama u postupku odgovori protivne strane na uvid te eventualno očitovanje.

Dana 12. prosinca 2017. godine Podnositelj zahtjeva je zatražio uvid u spis podneskom broj: UP-02-26-2-019-23/17, na što je Konkurencijsko vijeće zatražilo dodatno Pojašnjenje zahtjeva dana 12. prosinca 2017. godine, podneskom broj: UP-02-26-2-019-24/17, te odobrilo uvid u spis dana 13. prosinca 2017. godine, aktom broj: UP-02-26-2-019-26/17. Pojašnjenje Podnositelja zahtjeva je zaprimljeno u Konkurencijsko vijeće dana 18. prosinca 2017. godine, aktom broj: UP-02-26-2-019-27/17, a uvid u spis evidentiran podneskom od 21. prosinca 2017. godine, aktom broj: UP-02-26-2-019-30/17.

Dana 21. prosinca 2017. godine, podneskom broj: UP-02-26-2-019-31/17 zatražena je dostava zaključenih ugovora sa Blicnet Banjaluka i Telrad net Bijeljina, kao financijska izvješća, od strane BH Telecoma, a na koji se BH Telecom očitovao sa zahtjevom za produljenje roka za dostavu istih dana 4. siječnja 2018. godine, aktom broj: UP-02-26-2-019-36/17, što je odobreno dana 4. siječnja 2018. godine, aktom broj: UP-02-26-2-019-37/17, nakon čega su traženi podaci dostavljeni u Konkurencijsko vijeće dana 5. siječnja 2018. godine, aktom broj: UP-02-26-2-019-38/17.

4. Mjerodavno tržište

Mjerodavno tržište, u smislu članka 3. Zakona, te čl. 4. i 5. Odluke o utvrđivanju mjerodavnog tržišta («Službeni glasnik BiH», br. 18/06 i 33/10) čini tržište određenih proizvoda/usluga koji su predmet obavljanja djelatnosti na određenom zemljopisnom tržištu.

Prema odredbi članka 4. Odluke o utvrđivanju mjerodavnog tržišta, mjerodavno tržište proizvoda obuhvaća sve proizvode i/ili usluge koje potrošači smatraju međusobno zamjenjivim s obzirom na njihove bitne značajke, kvalitetu, namjenu, cijenu ili način uporabe.

Prema odredbi članka 5. Odluke o utvrđivanju mjerodavnog tržišta, mjerodavno zemljopisno tržište obuhvaća cjelokupnu ili značajan dio teritorija Bosne i Hercegovine na kojoj gospodarski subjekti djeluju u prodaji i/ili kupovini mjerodavne usluge pod jednakim ili dovoljno ujednačenim uvjetima i koji to tržište bitno razlikuju od uvjeta konkurencije na susjednim zemljopisnim tržištima.

Mjerodavno tržište usluga predmetnoga postupka je tržište uspostavljanja i realizacije interkonekcije i pristupa MVNO mobilnoj mreži privrednog subjekta BH Telecom.

Mjerodavno zemljopisno tržište predmetnoga postupka je teritorij Bosne i Hercegovine.

Slijedom navedenoga, mjerodavno tržište predmetnog postupka je tržište uspostavljanja i realizacije interkonekcije i pristupa MVNO mobilnoj mreži privrednog subjekta BH Telecom u Bosni i Hercegovini.

5. Prikupljanje podataka od trećih osoba

Kako bi razjasnilo određene činjenice i dokaze iznesene u postupku, a imajući u vidu i činjenicu kako je Regulatorna agencija za komunikacije BiH, nadležna za ex-ante regulaciju na tržištu interkonekcije i pristupa mobilnih virtualnih mrežnih operatera (*eng. mobile virtual network operators – MVNO*) BH Telecomovoj mobilnoj i fiksnoj mreži, Konkurencijsko vijeće uputilo joj je Zahtjev za informacijama broj: UP-02-26-2-019-17/17 dana 20. studenog 2017. godine.

RAK je dostavila tražene podatke dana 1. prosinca 2017. godine, podneskom zaprimljenim pod brojem: UP-02-26-2-019-20/17.

Radi dodatnog utvrđivanja činjenica u postupku Konkurencijsko vijeće je dana 12. prosinca 2017. godine zatražilo od RAK-a pojašnjenje dostavljenih navoda aktom broj: UP-02-26-2-019-25/17, a koji je odgovorio dana 18. prosinca 2017. godine, podneskom broj: UP-02-26-2-019-28/17.

Dana 12. siječnja 2018. godine, zatraženo je očitovanje RAK-a pod brojem: UP-02-26-2-019-44/17, na koje je zaprimljen odgovor u Konkurencijsko vijeće dana 22. siječnja 2018. godine, pod brojem: UP-02-26-2-019-49/17.

6. Usmena rasprava i daljnji tijek postupka

U daljnjem tijeku postupka, budući da se radi o postupku sa strankama sa suprotnim interesima, Konkurencijsko vijeće je zakazalo usmenu raspravu, sukladno članku 39. Zakona, za dan 9. siječnja 2018. godine (poziv dostavljeni Podnositelju zahtjeva aktom broj: UP-02-26-2-019-32/17 dana 21. prosinca 2017. godine i Telemachu aktom broj: UP-02-26-2-019-33/17 dana 21. prosinca 2017. godine).

Na usmenoj raspravi održanoj u prostorijama Konkurencijskog vijeća (Zapisnik broj: UP-02-26-2-019-40/17 od 9. siječnja 2018. godine), ispred Podnositelja zahtjeva sudjelovao je punomoćnik odvjetnik Nihad Sijerčić odvjetnik, Rastko Petaković i Milan Teofilović kao stručni pomagači, a ispred BH Telecoma sudjelovali su punomoćnici Vahida Hodžić, Berina Avdić, Nihad Odobašić i Ahmet Ivojević.

Na usmenoj raspravi Podnositelj zahtjeva, i Protivna strana u postupku su ostali pri dosadašnjim iskazima, kao i dali dodatna pojašnjenja, odgovorili na postavljena pitanja, te raspravili o predmetu postupka, a temeljem dokaza koji su dostavljeni u postupku. Na usmenoj raspravi stranke u postupku su se obvezale dostaviti dodatne odgovore na postavljena pitanja, što je evidentirano zapisnikom.

Dana 15. siječnja 2018. godine Telemach je dostavio odgovore na pitanja zaprimljeno u Konkurencijsko vijeće pod brojem: UP-02-26-2-019-45/17, BH Telecom je iste dostavio dana 16. siječnja 2018. godine, zaprimljeno pod brojem: UP-02-26-2-019-46/17, te su isti odgovori dostavljeni protivnim stranama na uvid i očitovanje dana 19. siječnja 2018. godine, aktima broj: UP-02-26-2-019-47/17 i UP-02-26-2-019-48/17.

Dana 30. siječnja 2018. godine zaprimljen je podnesak broj: UP-02-26-2-019-50/17 gospodarskog subjekta Telemach u kojem između ostalog traži provedbu vještačenja, po vještaku financijske struke, o čemu je Konkurencijsko vijeće zatražilo očitovanje od strane BH Telecoma aktom broj: UP-02-26-2-019-51/17, a koji se očitovao dana 12. veljače 2018. godine, podneskom broj: UP-02-26-2-019-52/17, u kojem je navedeno kako se protivi provedbi predloženog vještačenja.

Dana 20. veljače 2018. godine u Konkurencijsko vijeće je zaprimljen podnesak broj: UP-02-26-2-019-53/17 od strane BH Telecoma.

Konkurencijsko vijeće je dana 28. veljače 2018. godine na 20. (sjednici) donio Zaključak broj: UP-02-26-2-019-54 /17 kojim je odbio zahtjev Podnositelja zahtjeva za vještačenjem.

7. Nastavak postupka nakon Presude Suda Bosne i Hercegovine

Presudom Suda Bosne i Hercegovine, broj S1 3 U 028507 18 U od 1. lipnja 2019. godine, uvažena je Tužba gospodarskog subjekta Telemach i poništeno Rješenje Konkurencijskog vijeća, broj: UP-02-26-2-019-60/17 od 4. travnja 2019. godine te predmet vraćen Konkurencijskom vijeću na ponovno rješavanje.

(Presudom je naloženo Konkurencijskom vijeću da u ponovnom postupku vodeći računa o primjedbama, pravilno i potpuno utvrdi činjenice, te na temelju tako utvrđenog činjeničnog stanja donese pravilnu i na zakonu zasnovanu odluku.

Primjedbe su se odnosile na slijedeće: da je tuženi bio dužan da jasno i nedvosmisleno sukladno svojim nadležnostima utvrdi da li je BH Telecom ponudio ekonomski neisplative uvjete za obavljanje djelatnosti mobilnog virtualnog mrežnog operatora (MVNO), te da li su gospodarski subjekti TelradNet d.o.o. i Blicnet d.o.o. zaključila sa BH Telecomom ugovore na netransparentan i diskriminirajući način, kao i da utvrdi da li su usluge MVNO i SP međusobno zamjenjive. Prema načelu materijalne istine, tuženi je bio dužan utvrditi da li gospodarski subjekt BH Telecom ima vladajući položaj i je li isti zlouporabljuje, te je bilo potrebno provesti dokaze i utvrditi uvjete pod kojim posluje subjekt, da li je ekonomski isplativo ostalim subjektima zaključiti ugovore o pružanju predmetne usluge po cijenama propisanim RIP MVNO dokumentu, te da li su usluge MVNO i SP zamjenjive. Također, tuženi je bio dužan dati i jasne i valjane razloge koji predstavljaju osnov za donošenje odluke.).

Konkurencijsko vijeće je presudu zaprimilo dana 13. lipnja 2019. godine pod brojem: UP-02-26-2-019-74/17, a kako je ista sadržavala tehničku grešku dana 14. 6. 2019. godine, Sudu BiH je upućena Obavijest broj: UP-02-26-2-019-75/17, u kojoj se traži pojašnjenje o postupanju.

Dana 3. 7. 2019. godine, Konkurencijsko vijeće je zaprimilo Rješenje (akt broj: UP-02-26-2-019-79/17), kojim se ispravlja dostavljena Presuda.

Postupajući po Presudi, strankama u postupku je ista poslana na eventualno očitovanje, i to dana 24. 6. 2019. godine Podnositelju zahtjeva, aktom broj: UP-02-26-2-019-76/17, a BH Telecomu aktom broj: UP-02-26-2-019-77/17.

Dana 28. 6. 2019. godine, Podnositelj zahtjeva je dostavio svoje očitovanje na Presudu, zaprimljeno pod brojem: UP-02-26-2-019-78/17, u kojem je navedeno kako ostaje pri svim zahtjevima i navodima koji su izneseni u dosadašnjem tijeku postupka.

BH Telecom u ostavljenom roku nije dostavio svoje očitovanje pa je s toga podneskom broj: UP-02-26-2-019-80/17 dana 23.07.2019. godine upućena urgencija po pitanju traženog. Dana 31.07.2019. godine podneskom koji je zaprimljen pod brojem: UP-02-26-2-019-81/17 gospodarski subjekt BH Telecom je dostavio svoj osvrt po pitanju predmetne Presude.

8. Utvrđeno činjenično stanje i ocjena dokaza

Nakon sagledavanja mjerodavnih činjenica i dokaza utvrđenih tijekom postupka, činjenica iznijetih na usmenoj raspravi, podataka i dokumentacije mjerodavnih institucija, savjesnom i detaljnom ocjenom svakog dokaza posebno i svih dokaza zajedno, cijeneći pravna shvaćanja i primjedbe iz Presude Suda BiH, Konkurencijsko vijeće je utvrdilo slijedeće:

Člankom 9. stavak (1) i (2) Zakona propisano je kako gospodarski subjekt ima vladajući položaj na mjerodavnom tržištu roba ili usluga, ako se zbog svoje tržišne snage može ponašati u značajnoj mjeri neovisno od stvarnih ili mogućih konkurenata, kupaca, potrošača ili dobavljača, također uzimajući u obzir udjel tog gospodarskog subjekta na mjerodavnom tržištu, udjele na tom tržištu koje imaju njegovi konkurenti, kao i pravne zapreke za ulazak drugih gospodarskih subjekata na tržište. Pretpostavlja se da gospodarski subjekt ima vladajući položaj na tržištu roba ili usluga ako na mjerodavnom tržištu ima udjel veći od 40%.

Člankom 10. stavak (1) propisano je da je zabranjena svaka zlouporaba vladajućeg položaja jednog ili više gospodarskih subjekata na mjerodavnom tržištu, a člankom 10. stavak (2) točka propisano

je da se zlouporaba vladajućeg položaja posebno odnosi na: a) izravno ili neizravno nametanje nelojalnih kupovnih i prodajnih cijena ili drugih trgovinskih uvjeta kojima se ograničava konkurencija, b) ograničavanje proizvodnje, tržišta ili tehničkog razvoja na štetu potrošača, c) primjenu različitih uvjeta za istu ili sličnu vrstu poslova s ostalim stranama, čime ih dovode u neravnopravan i nepovoljan konkurentski položaj, d) zaključivanje sporazuma kojima se uvjetuje da druga strana prihvati dodatne obveze koje po svojoj prirodi ili prema trgovinskom običaju nemaju veze s predmetom takvog sporazuma.

Zlouporaba vladajućeg položaja, pored kriterija propisanih u članku 10. Zakona, smatraju se i slučajevi propisani Odlukom Konkurencijskog vijeća o definiranju kategorija vladajućeg položaja propisani u članku 9. predmetne Odluke.

U konkretnom slučaju, gospodarski subjekt Telemach, navodi kako postoji zlouporaba vladajućeg položaja iz članka 10. stavak (2) Zakona, a koja se očituje u nuđenju uvjeta za poslovanje i obavljanje djelatnosti mobilnog virtualnog mrežnog operatora (MVNO) koji zaključenje MVNO aranžmana sa gospodarskim subjektom BH Telecom, čini ekonomski neisplativim.

Na temelju dostavljenih dokaza i utvrđenog činjeničnog stanja, kao argumentacije iznesene tijekom postupka, savjesnom i detaljnom ocjenom svakog dokaza posebno i svih dokaza zajedno, cijeneći pravna shvaćanja i primjedbe iz Presude Suda BiH Konkurencijsko vijeće je razmatralo navedeni predmet i donijelo odluku da se Podnositelj u svom zahtjevu odbije, jer radnje koje se stavljaju na teret gospodarskom subjektu BH Telecom ne predstavljaju zlouporabu vladajućeg položaja iz članka 10. Zakona.

Kao prvo, u ovom postupku Konkurencijsko vijeće je izvršilo uvid u:

- Zakon o komunikacijama;
- Odluku Vijeća ministara Bosne i Hercegovine o usvajanju Politike sektora elektronskih komunikacija Bosne i Hercegovine za razdoblje 2017.-2021. i Akcijskog plana za realizaciju politike;
- Pravilo RAK-a 54/2011 O analizi tržišta elektronskih komunikacija;
- Pravilo RAK-a 73/2014 O obavljanju djelatnosti pružatelja javnih mobilnih telefonskih usluga;
- Referentnu ponudu za interkonekciju i pristup mobilnog virtualnog mrežnog operatora mobilnoj mreži BH telecoma d.d. Sarajevo (RIP MVNO), od 17. 9. 2013. godine,
- Listu operatora sa značajnom tržišnom snagom RAK-a broj: 03-29-2003-1/12 od 10.08.2012.godine,
- Odluku RAK-a o proglašenju operatora sa značajnom tržišnom snagom na tržištu terminacije poziva u individualne mobilne mreže, veleprodajni nivo broj: 01-02-2-1438-1/17 od 30. maja 2017. godine,
- kao i sve ostale dokaze izložene tijekom postupka.

Prije svega, za potrebe ocjene predmetnog slučaja, Konkurencijsko vijeće je uvažilo i činjenicu kako je predmetno tržište regulirano i Zakonom o komunikacijama. Zakon o komunikacijama je *lex specialis* koji regulira ovu specifičnu materiju na specifičan način, te da sukladno Zakonu o konkurenciji Konkurencijsko vijeće može djelovati u pojedinačnim slučajevima, nakon što su se dogodili kao djelovanje *ex-post* na mjerodavnom tržištu.

Činjenica je da je Zakon o komunikacijama postavio pravni okvir za regulaciju tržišta elektroničkih komunikacija, te da je istim Zakonom utemeljeno neovisno regulatorno tijelo Regulatorna agencija za komunikacije Bosne i Hercegovine. Sukladno članku 3. Zakona o komunikacijama kao mjerodavna tijela za provedbu odredbi u oblasti elektroničkih komunikacija određena su Vijeće ministara Bosne i Hercegovine i Regulatorna agencija za komunikacije Bosne i Hercegovine.

Sukladno prednjem, Vijeće ministara Bosne i Hercegovine daje okvir u obliku usvajanja Politike ovog sektora, a RAK regulira mreže, usluge, utvrđuje cijene, izdaje dozvole, međupovezivanje i određuje uvjete za osiguranje zajedničkih i međunarodnih komunikacijskih sredstava i ostalo.

Vijeće ministara kreira Politiku, a RAK sa svojim ovlastima vrši liberalizaciju i otvaranje tržišta elektroničkih komunikacija u Bosni i Hercegovini, te omogućuje konkurenciju sa dosadašnjim državnim monopolima.

Dalje, RAK svojim aktima, Pravilom 54/2011, navodi kako Agencija: „utvrđuje mjerodavna tržišta koja su podložna prethodnoj (*ex ante*) regulaciji, provodi analizu tržišta, koje se sastoji od: određivanja mjerodavnog tržišta, ocjene efektivnosti konkurencije na tom tržištu i... utvrđuje postojanje operatora sa značajnom tržišnom snagom, te određuje regulatorne obveze operatorima sa značajnom tržišnom snagom ako ne postoji efektivna konkurencija na analiziranom mjerodavnom tržištu...“.

U Aneksu Pravila 54/2011, navedeno je tržište 7. kao „tržište poziva koji završavaju u individualnim mobilnim mrežama (terminiranje poziva) – veleprodajni nivo“.

Ciljno tržište ovog postupka sukladno važećem Pravilu 54/2011 je 7. koje je definirano na način da je to tržište koje jednim dijelom obuhvaća predmet ovog konkretnog postupka, odnosno djelovanje MVNO operatora na tržištu i pristup tom tržištu.

Za ovaj postupak, bitno je navesti i kako je Pravilom RAK-a 73/2014, o obavljanju djelatnosti pružatelja javnih mobilnih telefonskih usluga, propisana procedura potpisivanja ugovora o pružatelju usluga mobilne telefonije mobilnoj mreži jednog od MVNO operatora u Bosni i Hercegovini, pa slijedom toga i sa BH Telecomom kao *incumbent* operatorom u Bosni i Hercegovini. Navedeno Pravilo 73/2014 definira dvije vrste pružatelja usluga: operatora virtualne mobilne mreže (MVNO) i pružatelja mobilnih usluga (engl. Service provider, u daljnjem tekstu: SP).

Iz akata RAK-a, koji su gore pobrojani jasno je kako je sektorski regulator upoznat sa problematikom MVNO operatora, te da se bavio istima kroz svoju regulativu, odnosno Pravilo 73/2014.

U konkretnom postupku pred Konkurencijskim vijećem, Telemach u svom zahtjevu smatra da je BH Telecom zlorabio vladajući položaj na način da je ponudio ekonomski neisplative uvjete za poslovanje i obavljanje djelatnosti mobilnog virtualnog mrežnog operatora (MVNO), te da to predstavlja povredu članka 10. stavak (2) Zakona o konkurenciji.

Predmetni uvjeti i cijene, koje isti osporava, te navodi kako isti predstavljaju zlorabitu vladajućeg položaja sukladno članku 10. Zakona o konkurenciji, a koji reguliraju pristup MVNO operatora na BH Telecomovu mobilnu mrežu sadržani su u „Referentnoj ponudi za interkonekciju i pristup mobilnog virtualnog mrežnog operatora mobilnoj mreži BH Telecoma d.d. Sarajevo“ (u daljnjem tekstu: RIP MVNO), na koju je RAK dao suglasnost aktom broj: 05-29-1597-9/13 od 29.08.2013. godine, a ista je usvojena od strane Uprave društva, dana 17. rujna 2013. godine.

Ovdje je bitno naglasiti kako su istovjetne RIP MVNO dokumente usvojili i drugi *incumbent* operatori u Bosni i Hercegovini, a to su HT d.d. Mostar te Telekomunikacije RS d.d. Banja Luka.

Vremensko razdoblje povrede na koju se poziva Telemach je od dana donošenja RIP MVNO dokumenta do 2017. godine.

Analizom postupka donošenja i usvajanja RIP MVNO dokumenta, Konkurencijsko vijeće je uvažilo stav i pojašnjenje RAK-a, u kojem je navedeno kako je cilj svakog RIP dokumenta omogućavanje transparentnog i nediskriminatornog pristupa pojedinim mrežama ili uslugama, pa tako i RIP MVNO dokument. Procedura donošenja RIP dokumenata, pa tako i RIP MVNO dokumenta je rezultat različitih okolnosti na tržištu, bilo potreba operatora da izvrši usklađivanje referentne ponude sa aktualnim zakonima, ili pak nekim drugim aktima. Izmjene i dopune RIP dokumenata može inicirati RAK, a mogu i drugi operatori na tržištu, na temelju praćenja tržišta, ili uočavanja efekata koje treba izmijeniti, odnosno mnoštvo mogućnosti, te da u praksi ne postoji periodičnost u ovome procesu.

Međutim, u svakom slučaju za usvajanje bilo koje vrste referentne ponude, potrebna je suglasnost RAK-a da bi ista bila pravno valjana.

Takva procedura ispoštovana je i od strane BH Telecoma prilikom usvajanja RIP MVNO dokumenta, koji je objavljen na službenim web stranicama BH Telecoma, a i RAK-a, te isti sadržava cijene i uvjete pristupa MVNO operatora na mobilnu mrežu BH Telecoma.

S tim u svezi, da bi RIP MVNO dokument bio primjenjiv na određeni gospodarski subjekt, sukladno članku 2. stavak (2) RIP MVNO, potrebno je ispunjenje uvjeta da isti posjeduje validnu dozvolu RAK-a za obavljanje djelatnosti MVNO operatora, te člankom 12. stavak (3) točka a) koji propisuje dostavljanje ovjerene kopije važeće dozvole izdane od strane RAK-a, BH Telecomu za potrebe zaključenja ugovora.

Dakle, pravo na podnošenje zahtjeva za korištenjem usluge iz ove ponude (RIP MVNO) imaju ovlašteni operatori kojima je RAK dodijelio odgovarajuću dozvolu za pružanje mobilnih usluga (kao MVNO operator) na području Bosne i Hercegovine, te je istu potrebno i priložiti uz zahtjev za počinjanje pregovora za zaključenje ugovora o pružanju usluga MVNO operatora sa BH Telecomom.

S obzirom na gore navedene uvjete, tijekom postupka je, podneskom gospodarskog subjekta Telemach koji je zaprimljen pod brojem: UP-02-26-2-019-45/17 od 15.01.2018. godine, utvrđeno kako se Telemach nikada nije obraćao RAK-u sa zahtjevima za ostvarivanje statusa MVNO operatera. Telemach nije bio licenciran za MVNO djelovanje „a ukoliko bi se i obratio RAK-u sa zahtjevom za izdavanje dozvole za obavljanje djelatnosti MVNO, RAK ne bi mogao izdati traženu dozvolu“ (podnesak RAK-a broj: 02-29-2867-4/17 od 15.12.2017. godine). Sve ovo naprijed potvrdio je RAK još jednom svojim svojim podneskom broj: 02-29-2867-6/17 od 17.01.2018. godine ističući da „nisu ni postojali uvjeti za podnošenje takve aplikacije/zahtjeva koji su proizlazili iz ograničenja tada važeće Odluke o izmjeni Odluke o politici sektora telekomunikacija BiH za razdoblje 2008 -2012. godine“.

Vezano za činjenicu posjedovanja dozvole za obavljanje djelatnosti MVNO operatora, prema službenoj informaciji iz RAK-a, niti jedan operator na području Bosne i Hercegovine ne posjeduje dozvolu za obavljanje djelatnosti MVNO, pa tako ni Telemach.

Izuzev činjenice, da Telemach ne posjeduje dozvolu RAK-a, Konkurencijsko vijeće je uzelo u obzir i činjenicu kako je tijekom 2017. godine, stupila na snagu i nova „Politika sektora elektronskih komunikacija Bosne i Hercegovine za razdoblje 2017.-2021.“ usvojena od strane Vijeća ministara BiH koja ima utjecaj i na akte RAK-a, a koji u pravilu trebaju slijediti zacrtane ciljeve iz politike, kao i akcijskog plana za provedbu iste, te pronaći način ostvarivanja iste.

U predmetnoj politici u točki 2.2. Akcijskog plana za realizaciju Politike, eksplicitno je navedeno: „Dvije godine nakon komercijalizacije LTE mreža, Agencija će u suradnji sa Ministarstvom i resornim entitetskim ministarstvima dostaviti Vijeću ministara prijedlog odluke kojom će omogućiti ulazak MVNO na tržište mobilnih komunikacija Bosne i Hercegovine.“ Obzirom da u razdoblju od 2013. do 2017.

godine, kao razdoblju na koji Podnositelj zahtjeva ukazuje na eventualno postojanje povrede odredbi Zakona o konkurenciji, u Bosni i Hercegovini, LTE mreže (mreže četvrte generacije mobilne telefonije) nisu bile prisutne, to nije bio ispunjen uvjet za pojavu MVNO operatora na tržištu Bosne i Hercegovine.

U pojašnjenju valjanosti i primjene RIP MVNO dokumenta, RAK eksplicitno navodi i „kako primjena RIP MVNO dokumenta u ovome trenutku nije moguća“, a iz razloga prilagođavanja važećoj regulativi.

RAK navodi kako cijene koje su izražene u RIP MVNO dokumentu „ne podliježu mogućnosti pregovaranja, odnosno ne radi se o gornjim graničnim cijenama“, što znači da su izražene cijene fiksne kao takve.

U odnosu na činjenicu kako je Zakon o komunikacijama *lex specialis* u oblasti elektronskih komunikacija, Konkurencijsko vijeće ipak ne osporava mogućnost *ex post* djelovanja na tržištima elektroničkih komunikacija sukladno Zakonu o konkurenciji, ali u pojedinačnim slučajevima, cijeneći svaki za sebe, te ukoliko postoji mogućnost djelovanja sukladno usvojenoj regulativi.

Stoga, u odnosu na navode Podnositelja zahtjeva o „istiskivanju marže“ (*margin squeeze*), Konkurencijsko vijeće je utvrdilo u ovom postupku slijedeće:

Da bi cijene iz RIP MVNO dokumenta predstavljale „istiskivanje marže“, što - nedvojbeno predstavlja „zlouporabu vladajućeg položaja“ potrebno je, pored cijena koje trebaju da imaju „istiskujući karakter“ i da subjekt nije imao mogućnost izbora ponude, te da postoji mogućnost snižavanja cijene sukladno ponudi.

Obzirom da isti uvjeti nisu ispunjeni Konkurencijsko vijeće je utvrdilo kako nema ni „zlouporabe vladajućeg položaja“.

Naime, RIP MVNO je opsežan dokument koji je podložen promjenama, koji sadrži pored cijena i brojne uvjete poslovanja u slučaju zaključenja ugovora. Dokument ne može stupiti na snagu dok isti ne odobri RAK, a „sporni BH Telecomov RIP MVNO“ je RAK odobrio.

Iste RIP MVNO sa istim cijenama i uvjetima sadržavaju i ostali telekom operatori u Bosni i Hercegovini.

Međutim, u pogledu mogućnosti izbora, podnositelj zahtjeva Telemach je imao mogućnost izbora, a to je zatražiti zaključenje ugovora kao pružatelj usluga SP (*service provider*). Zaključenje ugovora kao SP se vrši temeljem pregovora, a ugovor se dostavlja RAK-u radi registracije, te stoga nije potrebno ishoditi dozvolu. Shodno dokumentu Smjernice za uvođenje mobilnih virtualnih mrežnih operatera (MVNO) i davatelja usluga (SP) na tržište mobilnih komunikacija u BiH iz 2010 godine, sačinjen od strane RAK-a SP radi bez dozvola, na bazi komercijalnih aranžmana, a za djelovanje na tržištu je dovoljna prijava i registracija RAK-u dok MVNO ima svoju infrastrukturu i odgovoran je za svoju promociju brenda, ponudu svojih usluga, brigu o korisnicima i drugo, na bazi dozvole RAK-a.

Dakle, činjenica je da Konkurencijsko vijeće djeluje *ex-post*, nakon nastanka povrede. U konkretnom slučaju povreda nije nastala te se ponuđene cijene nisu mogle ni primijeniti.

Tako, obzirom da sukladno članku 43. stavak (7) Zakona, Konkurencijsko vijeće u svrhu ocjene danog slučaja, može koristiti sudskom praksom Europskog suda pravde i odlukama Europske komisije, razmatralo predmet *Deutsche Telekom* (Case C-280/08, Presuda ESP od 14. listopada 2010. godine), u kojem je Europski sud pravde utvrdio kako činjenica da se telekomunikacijski operator pridržavao sektorskih propisa iz oblasti telekomunikacija, ne znači da ne postoji odgovornost operatora po osnovu moguće povrede propisa iz oblasti konkurencije, dokle god je operator imao mogućnost autonomnog djelovanja u pogledu navodnog prekršaja.

Analizom predmetnog slučaja i ocjene Europskog suda pravde iz Presude, Konkurencijsko vijeće je utvrdilo da u ovom postupku, BH Telecom nije imao mogućnost autonomnog djelovanja u pogledu zaključivanja ugovora o pristupu MVNO operatora na BH Telecomovu mobilnu mrežu. Činjenice utvrđene u postupku jasno dokazuju da je za obavljanje djelatnosti MVNO operatora potrebna dozvola RAK-a, te da su cijene iz RIP MVNO fiksne, a ne podložne pregovaranju ili pak snižavanju, te da je iste odobrio RAK, sukladno svojim procedurama.

Stoga, argumentacija Telemacha o autonomnosti sektorskih propisa potpuno otpada. Uvođenje MVNO operatora je dugotrajan proces u potpunosti pod kontrolom i nadzorom regulatora, a ne pitanje narušavanja tržišne konkurencije i utvrđivanja zlouporabe vladajućeg položaja od strane Konkurencijskog vijeća.

Također, tijekom postupka Konkurencijsko vijeće je, na prijedlog Podnositelja zahtjeva, zatražio od BH Telecoma i dostavu ugovora zaključenih sa gospodarskim subjektima Telrad Net d.o.o. Bijeljina, i Blicnet d.o.o. Banja Luka, a temeljem prigovora Podnositelja da isti imaju zaključene ugovore na netransparentan i diskriminirajući način, obzirom da isti ugovor nije ponuđen Telemachu. Uvidom u dostavljene ugovore od strane BH Telecoma, a zaključene sa gospodarskim subjektima Telrad Net d.o.o i Blicnet d.o.o., utvrđeno je da isti sukladno Pravilu RAK-a 73/2014, imaju status pružatelja usluga (SP), čiji se pravni status i način ostvarivanja prava pristupa mobilnoj mreži razlikuje od prava na pristup MVNO operatora, te da se na iste ne primjenjuju cijene i uvjeti iz RIP MVNO dokumenta, kao i da isti zaključuju ugovore na temelju pregovora i na komercijalnoj osnovi, što je omogućeno Pravilom 73/2014, pa je utvrđeno kako navodi Telemacha po pitanju zaključivanja ugovora, te navodi istoga kako je SP samo vrsta MVNO operatora nisu točni.

Konkurencijsko vijeće je također, slijedom zaprimljene obavijesti od strane gospodarskog subjekta BH Telecom od 20.02.2018. godine, utvrdilo i da je Regulatorna agencija za komunikacije naložila povlačenje svih aktualnih RIP MVNO dokumenata koji se nalaze na web stranicama *incumbent* operatera, između ostalog i gospodarskog subjekta BH Telecom, najkasnije do 28.02.2017. godine obzirom da usvojena Politika sektora elektronskih komunikacija precizno definira dinamiku pojave MVNO operatera na tržištu Bosne i Hercegovine.

Temeljem prednjeg, Konkurencijsko vijeće je utvrdilo da BH Telecom nije zloupotrijebio vladajući položaj iz članka 10. stavak (1) Zakona kojim je propisano da je zabranjena svaka zloupotrijeba vladajućeg položaja jednog ili više gospodarskih subjekata na mjerodavnom tržištu, a člankom 10. stavak (2) propisano je da se zloupotrijeba vladajućeg položaja posebno odnosi na: a) izravno ili neizravno nametanje nelojalnih kupovnih i prodajnih cijena ili drugih trgovinskih uvjeta kojima se ograničava konkurencija, b) ograničavanje proizvodnje, tržišta ili tehničkog razvoja na štetu potrošača, c) primjenu različitih uvjeta za istu ili sličnu vrstu poslova s ostalim stranama, čime ih dovode u neravnopravan i nepovoljan konkurentski položaj, d) zaključivanje sporazuma kojima se uvjetuje da druga strana prihvati dodatne obveze koje po svojoj prirodi ili prema trgovinskom običaju nemaju veze s predmetom takvog sporazuma, kao ni članka 9. Odluke Konkurencijskog vijeća o definiranju kategorija vladajućeg položaja.

Dakle, u odnosu na sve gore navedeno, Konkurencijsko vijeće daje i osvrt na pitanja koja su Presudom Suda BiH, navedena kao ključna za rješavanje predmetnog postupka, te daje odgovore na iste:

- jasno i nedvosmisleno sukladno svojim nadležnostima Konkurencijskog vijeća, utvrditi da li je BH Telecom ponudio ekonomski neisplative uvjete za obavljanje djelatnosti mobilnog virtualnog mrežnog operatora (MVNO)?

Iz cjelokupno provedenog postupka, utvrđeno je kako je okvir za donošenje RIP MVNO dokumenta, donijela RAK, te da je nakon provedene procedure od strane BH Telecoma, na isti dokument suglasnost dala RAK, te da istovjetne dokumente RIP MVNO imaju i ostali *incumbent* operatori u BiH (HT d.d. i Mtel d.d.).

Također, istom dokumentom je predviđeno da samo imatelj dozvole MVNO operatora, koju izdaje RAK može sa *incumbent* operatorom zaključiti Ugovor o pružanju usluga MVNO operatora, u kojem bi se precizirao njihov poslovni odnos (između *incumbent* operatora (u konkretnom slučaju BH Telecom i Telemach).

Tijekom postupka je utvrđeno kako Telemach nikada nije zatražio dozvolu RAK-a za obavljanje djelatnosti MVNO operatora.

U pogledu cijena usluga sadržanih u usvojenom RIP MVNO, Konkurencijsko vijeće je utvrdilo kako su iste cijene sadržane u ponudama i u ostalim *incumbent* operatorima HT d.d. Mostar i Telekomunikacije RS d.d. Banja Luka, te da je na iste dala suglasnost RAK. Također, za jedan dio usluga iz ponude RIP MVNO cijene su podložne mogućnostima pregovaranja, dok je za dio usluga propisan fiksni iznos cijene usluge.

Dakle, činjenica je da Telemach nikada nije zatražio dozvolu RAK-a za obavljanje djelatnosti MVNO operatora, te da isti nije niti mogao zaključiti ugovor prema ponudi RIP MVNO.

- da li su gospodarski subjekti TelradNet d.o.o. i Blicnet d.o.o. zaključila sa BH Telecomom ugovore na netransparentan i diskriminirajući način, kao i da utvrdi da li su usluge MVNO i SP međusobno zamjenjive?

Iz cjelokupno provedenog postupka, utvrđeno je kako su ugovori između telekom operatora (BH Telecom) i TelradNet d.o.o. i Blicnet d.o.o. zaključeni nakon obavljenih pregovora, te da su isti rezultat pregovora ugovornih strana, te da se na navedene ugovore ne primjenjuje RIP MVNO dokument, u pogledu cijena kao i ostalih uvjeta, te da pružatelji usluga TelradNet d.o.o. i Blicnet d.o.o. svoje usluge u okviru ugovora sa BH telecomom, obavljaju kao SP (*service provider*) što znači da su registrirani od strane RAK-a za obavljanje usluga *service providera*, a ne za MVNO operatora (uzimajući u obzir ranije ukazane razlike između MVNO i SP).

Također, utvrđeno je kako obavljanje djelatnosti MVNO operatora i SP operatora međusobno razlikuju u toj mjeri da se status SP stječe na potpuno drugačiji način od statusa MVNO operatora (kod SP dovoljna je prijava i registracija RAK-u dok je za MVNO operatora potrebna dozvola od strane RAK-a) stoga iz provedenog postupka proizlazi kako ugovori između TelradNet d.o.o. i Blicnet d.o.o. i BH Telecoma, nisu zaključeni na netransparentan i diskriminirajući način.

Također, utvrđeno je kako nije postojala nikakva pravna ni bilo kakva druga prepreka Telemach-u da pokrene postupak pregovora i zaključenja ugovora kao SP operator, te da je i sam tijekom postupka tvrdio kako su te vrste usluga istovjetne. Iz čega proizlazi da bi putem pregovora mogao zaključiti ugovor sa BH Telecom-om u te steći status SP, a da isti nikada nije ni tražio, dok je s druge strane RAK u svom očitovanju (Akt broj: 02-29-2867-6/17 od 17.1.2018. godine – u spisu) pojasnio razliku stjecanja statusa MVNO operatora i SP operatora, te je nedvojbeno utvrđeno da se navedeni statusi stječu temeljem različito provedene procedure, te da se prilikom zaključenja ugovora kao SP može pregovarati o cijenama po svim aspektima ugovora.

- prema načelu materijalne istine, tuženi je bio dužan utvrditi da li gospodarski subjekt BH Telecom ima vladajući položaj i je li isti zlouporabljuje?
- U točki 4. ovog Rješenja, utvrđeno je mjerodavno tržište predmetnog postupka, a to je tržište uspostavljanja i realizacije interkonekcije i pristupa MVNO mobilnoj mreži gospodarskog subjekta BH Telecom u Bosni i Hercegovini. Imajući u vidu činjenicu kako na mjerodavnom tržištu pristup operatora mobilnoj mreži BH Telecom imaju samo imatelji dozvola MVNO operatora, te da se isti, može zaključiti ugovor sa bilo kojim *incumbent* operatorom u Bosni i Hercegovini, utvrđeno je da BH Telecom, HT d.d. Mostar i Telekomunikacije RS d.d. Banja Luka imaju vladajući položaj na tržištu BiH sve u skladu sa ranije navedenom Listom operatora sa značajnom tržišnom snagom RAK-a i Odlukom RAK-a o proglašenju operatora sa značajnom tržišnom snagom na tržištu terminacije poziva u individualne mobilne mreže, veleprodajni nivo.

- provesti dokaze i utvrditi uvjete pod kojim posluje subjekt, da li je ekonomski isplativo ostalim subjektima zaključiti ugovore o pružanju predmetne usluge po cijenama propisanim RIP MVNO dokumentu.
Obzirom da Telemach nije imao dozvolu za pružatelja MVNO usluga, nije mogao ni zaključiti ugovor sa BH Telecomom, a kao što je već rečeno registracija za SP i status imatelja dozvole MVNO može biti zamjenjiv, bez obzira što svaki ima svoje specifičnosti.
- dati i jasne i valjane razloge koji predstavljaju osnov za donošenje odluke.

Konkurencijsko vijeće je temeljem analize svih dostavljenih podataka utvrdilo kako je zahtjev Telemacha potpuno neutemeljen, te potaknut nepoznavanjem propisa i mogućnosti poslovanja i pružanja usluga mobilne telefonije u Bosni i Hercegovini, te da BH Telecom u konkretnom slučaju svojim postupanjem nije prekršio odredbu članka 10. stavak (2) Zakona o konkurenciji.

Na temelju svega navedenog Konkurencijsko vijeće je odlučilo kao u točki 1. izreke ovoga Rješenja.

9. Troškovi postupka

Dana 30. siječnja 2018. godine Punomoćnik Podnositelja zahtjeva podneskom broj: UP-02-26-2-019-50/17 dostavio Zahtjev za naknadu troškova postupka u ukupnom iznosu od 2.527,20 KM sa uključenim iznosom PDV-a, te iznos od 2.000 KM za plaćenu pristojbu na zahtjev za pokretanje postupka.

Konkurencijsko vijeće je prilikom određivanja troškova postupka uzelo u obzir odredbe Zakona o upravnom postupku („Službeni glasnik BiH“, br 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 i 53/16), i to članak 105. stavak (2) Zakona o upravnom postupku kada u postupku sudjeluju dvije ili više stranaka sa suprotnim interesima, stranka koja je izazvala postupak, a na čiju je štetu postupak okončan, dužna je protivnoj stranci nadoknaditi opravdane troškove koji su toj stranci nastali sudjelovanjem u postupku.

Konkurencijsko vijeće je odbilo zahtjev punomoćnika podnositelja zahtjeva za nadoknadu troškova postupka, budući da je navedeni postupak gospodarski subjekt nije uspio u postupku, te stoga nema pravo na nadoknadu troškova postupka, u smislu Zakona o upravnom postupku.

Na temelju gore navedenog, Konkurencijsko vijeće je odlučilo kao u točki 2. izreke ovoga Rješenja.

10. Administrativna pristojba

Sukladno članku 2. tarifni broj 107. stavak (1) točka f) Odluke o visini administrativnih pristojbi u svezi sa procesnim radnjama pred Konkurencijskim vijećem («Službeni glasnik BiH», broj 30/06, 18/11 i 75/18) Podnositelj zahtjeva je na ovo Rješenje obavezan platiti administrativnu pristojbu u ukupnom iznosu od 1.500,00 KM u korist Proračuna institucija Bosne i Hercegovine.

11. Pouka o pravnom lijeku

Protiv ovoga Rješenja nije dozvoljen priziv.

Nezadovoljna stranka može pokrenuti Upravni spor pred Sudom Bosne i Hercegovine u roku od 30 dana od dana primitka, odnosno objavljivanja ovoga Rješenja.

Predsjednica

mr. Arijana Regoda-Dražić