

**BOSNA I HERCEGOVINA**  
*Konkurencijsko vijeće*



**БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА**  
*Конкуренијски савјет*

## **Rješenje**

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

**Sarajevo,  
travanj, 2022. godine**



Broj: UP-04-26-2-017-74/17  
Sarajevo, 27. travnja 2022. 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 BH“ d.o.o. Sarajevo, Džemala Bijedića 216., 71000 Sarajevo, Bosna i Hercegovina, zastupan po punomoćniku odvjetniku Nihadu Sijerčiću, fra. Anđela Zvizdovića 1., 71 000 Sarajevo, Bosna i Hercegovina protiv gospodarskog subjekta „BH Telecom“ d.d. Sarajevo, Franca Lehara 7., 71000 Sarajevo, Bosna i Hercegovina, radi utvrđivanja zlouporabe vladajućeg položaja u smislu članka 10. stavak (2) točka b) Zakona o konkurenciji, zaprimljenog pod brojem: UP-04-26-2-017-1/17, a postupajući po Presudi Suda Bosne i Hercegovine broj: S1 3 U 034964 20 U od 25. siječnja 2021. godine, na 103. (stotinutrećoj) sjednici održanoj 27. travnja 2022. godine, je donijelo

### **R J E Š E N J E**

1. Odbija se Zahtjev gospodarskog subjekta „Telemach BH“ d.o.o. Sarajevo, Džemala Bijedića 216., 71000 Sarajevo, Bosna i Hercegovina, podnesen protiv gospodarskog subjekta „BH Telecom“ d.d. Sarajevo, Franca Lehara 7., 71000 Sarajevo, Bosna i Hercegovina, radi utvrđivanja zlouporabe vladajućeg položaja u smislu članka 10. stavak (2) točka b) Zakona o konkurenciji, kao neutemeljen.
2. Odbija se zahtjev gospodarskog subjekta „Telemach BH“ d.o.o. Sarajevo, Džemala Bijedića 216., 71000 Sarajevo, Bosna i Hercegovina 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, S1 3 U 034964 20 U od 25. siječnja 2021. godine (u daljnjem tekstu: Presuda), kojom je Sud Bosne i Hercegovine uvažio Tužbu gospodarskog subjekta „Telemach BH“ d.o.o. Sarajevo i poništio Rješenje Konkurencijskog vijeća, broj: UP-04-26-2-017-49/17 od 23. siječnja 2020. godine, te predmet vratio Konkurencijskom vijeću na ponovno rješavanje.

Konkurencijsko vijeće je presudu zaprimilo dana 28. siječnja 2022. godine pod brojem: UP-04-26-2-017-62/17.

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 vezi s postupkom.

Konkurencijsko vijeće je dana 30. lipnja 2017. godine pod brojem: UP-04-26-2-017-1/17 zaprimilo Zahtjev za pokretanje postupka gospodarskog subjekta „Telemach BH“ d.o.o. Sarajevo, Džemala Bijedića 216., 71000 Sarajevo, zastupan po punomoćniku odvjetniku Nihadu Sijerčiću, fra. Anđela Zvizdovića 1., 71 000 Sarajevo (u daljnjem tekstu: Podnositelj zahtjeva ili Telemach) protiv gospodarskog subjekta „BH Telecom“ d.d. Sarajevo, Franca Lehara 7., 71000 Sarajevo (u daljnjem tekstu: Protivna strana ili BH Telecom), radi utvrđivanja zlouporabe vladajućeg položaja u smislu članka 10. stavak (2) točka b) Zakona o konkurenciji ("Službeni glasnik BiH", br. 48/05, 76/07 i 80/09) (u daljnjem tekstu: Zakon), na tržištu veleprodajnog fizičkog pristupa mrežnoj infrastrukturi BH Telecoma.

Kako Zahtjev nije bio potpun, Konkurencijsko vijeće je aktom broj: UP-04-26-2-017-2/17 od 28. kolovoza 2017. godine, zatražilo od Podnositelja zahtjeva dopunu istog, te aktom broj: UP-04-26-2-017-4/17 od 20. rujna 2017. godine.

Podnositelj zahtjeva je dostavio traženo dana 14. rujna 2017. godine, aktom broj: UP-04-26-2-017-3/17 i dana 29. rujna 2017. godine, aktom broj: UP-04-26-2-017-5/17, nakon čega je Konkurencijsko vijeće utvrdilo da je isti kompletan i uredan u smislu članka 28. stavak (1) Zakona, pa je Konkurencijsko vijeće izdalo Podnositelju zahtjeva dana 11. listopada 2017. godine Potvrdu o prijemu kompletnog i urednog Zahtjeva, broj: UP-04-26-2-017-6/17.

## **1. Stranke u postupku**

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

### **1.1. Gospodarski subjekt TELEMACH**

Gospodarski subjekt Telemach BH društvo za pružanje usluga u oblasti telekomunikacija d.o.o. Sarajevo, Džemala Bijedića 216., Sarajevo, registriran je kod Općinskog suda u Sarajevu pod matičnim brojem: 65-01-0620-08.

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 kableske 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, Franca Lehara 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 i 93/09), 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, koje omogućuje 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), 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 35/2008 («Službeni glasnik BiH», br. 54/08), Pravilo 54/2011 («Službeni glasnik BiH», br. 85/11).

### **3. Postupak po Zahtjevu za pokretanje postupka**

U svom Zahtjevu, Podnositelj zahtjeva, opisuju činjenično stanje i okolnosti koje su razlog za podnošenje Zahtjeva te bitnom navode sljedeće:

- Podnositelj zahtjeva, Telemach, je telekomunikacijska tvrtka koja djeluje kao operator digitalne i analogne kableske TV, pružatelj usluge širokopojasnog Interneta i kao operator fiksne telefonije (priloženi za Telemach Izvod iz registra i Financijsko izvješće za 2016. godinu).
- Protivna strana, BH Telecom, je jedan od tri vladajuća (engl. incumbent) telekomunikacijska operatora u BiH (uz gospodarske subjekte Hrvatske Telekomunikacije d.d. Mostar (u daljnjem tekstu: HT Mostar) i Telekomunikacije Republike Srpske a.d. Banja Luka (u daljnjem tekstu: Telekom Srpske), sa glavnom poslovnom djelatnosti, pružanje telekomunikacijskih usluga u fiksnoj i mobilnoj telefoniji, distribucija medijskih sadržaja i pružanje usluge pristupa Internetu (priložen za BH Telecom Izvod iz registra).
- Predmetni zahtjev se u svom sažetku odnosi na aktivnosti BH Telecoma koje predstavljaju zlouporabu vladajućeg položaja na mjerodavnom tržištu, na način da je neopravdano odbio omogućiti Telemachu fizički pristup svojoj mrežnoj infrastrukturi (telekomunikacijskim cijevima u pojedinim dijelovima Županije Sarajevo i drugim županijama u FBiH).
- U pogledu predloženog mjerodavnog tržišta, Podnositelj zahtjeva smatra da je mjerodavno tržište predmetnog postupka, tržište veleprodajnog fizičkog pristupa mrežnoj infrastrukturi BH Telecoma u oblasti pokrivenoj takvom infrastrukturom. S tim da je mjerodavno tržište proizvoda pristup „javnoj PTSN mreži BH Telecoma“, a mjerodavno zemljopisno tržište predstavlja „područje koje pokriva BH Telecomova PTSN mrežna infrastruktura“. Takav prijedlog Podnositelj zahtjeva obrazlaže na način da je i Regulatorna agencija za komunikacije BiH (u daljnjem tekstu: RAK) u svom stavu koji je iskazan u njegovom prijedlogu Analize veleprodajnog tržišta fizičkog pristupa mrežnoj infrastrukturi na fiksnoj lokaciji i veleprodajnog tržišta širokopojasnog pristupa od 8. prosinca 2014. godine (priložena uz Zahtjev) (u daljnjem tekstu: RAK analiza veleprodajnog pristupa) naveo na str. 32:  
*„Kada je u pitanju pasivna fizička infrastruktura, kablovske mreže ne mogu poslužiti kao zamjena za PSTN mreže, s obzirom da se dio koaksijalnog voda do krajnjeg korisnika ne može razvezati na isti način kao lokalna petlja kod PSTN mreža. Signali prema/od krajnjim korisnicima preko koaksijalnih parica se multipleksiraju, te nije moguće fizičko razvezivanje pojedinih koaksijalnih parica.“* Također, navodi kako je zemljopisna dimenzija ovog mjerodavnog tržišta proizvoda određena područjem koje pokriva BH Telecomova mreža.

- Kako bi dokazao da BH Telecom ima vladajući položaj na mjerodavnom tržištu Podnositelj navodi kako je BH Telecom jedini sudionik na tržištu fizičkog pristupa BH Telecomovoj mrežnoj infrastrukturi, te da njegov tržišni udio na ovom mjerodavnom tržištu iznosi 100%, stoga zaključuje da je BH Telecom vladajući na mjerodavnom tržištu. Kao još jedan čimbenik mjerodavan za ocjenu tržišne snage BH Telecoma u sferi telekomunikacija je činjenica da je RAK, proglasio BH Telecom za operatora sa značajnom tržišnom snagom (SMP) na nekoliko tržišta, uključujući fiksnu i mobilnu telefoniju i zakup telekomunikacijskih vodova. Isti status imaju i druga dva incumbent operatora. Prema članku 14. Zakona o komunikacijama BiH:
 

*„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.“*

 U svom Zahtjevu Podnositelj dalje navodi kako definicija operatora sa značajnom tržišnom snagom je u BiH ista kao i odgovarajuća definicija u Europskoj Uniji. U tom pogledu, Podnositelj zahtjeva ističe kako je u svojim mjerodavnim smjernicama Europska komisija navela da definicija značajne tržišne snage (SMP) odgovara konceptu vladajućeg položaja iz članka 102. Ugovora o funkcioniranju EU (u daljnjem tekstu: UFEU), te da stoga imajući u vidu da članak 9. Zakona predstavlja praktično preuzetu odredbu članka 102. UFEU, Podnositelj smatra je isti zaključak u vezi sa povezanošću SMP statusa i vladajućeg položaja primjenjiv i u BiH.
  
- Kako bi pojasnio zlouporabu vladajućeg položaja u ovom postupku, te preduprijedio eventualne buduće prigovore od strane BH Telecoma, Podnositelj zahtjeva navodi kako bez obzira na činjenicu da sektorskim propisima još uvijek nije izričito uspostavljena pojedina obveza operatora ili da nisu utvrđeni detalji i način ostvarivanja takve obveze, kao ni eventualna činjenica da nešto nije okarakterizirano kao povreda mjerodavnih sektorskih propisa od strane sektorskog regulatora (u ovom slučaju od strane RAK-a) ne znači da ne postoji zlouporaba vladajućeg položaja u smislu članka 10. Zakona. Takav stav se potvrđuje praksom iz presude Europskog suda pravde (u daljnjem tekstu: ESP) u predmetu Deutsche Telekom (predmet C-280/08, Presuda ESP od 14. listopada 2010. godine). U toj odluci, ESP je utvrdio 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. To bi praktično značilo ukoliko bi sektorski propis fiksirao cijenu određenog telekomunikacijskog proizvoda, operator ne bi imao mogućnost autonomnog djelovanja i stoga ne bi bio u mogućnosti da prekrši propise o konkurenciji tako što bi djelovao u skladu sa nalogom iz sektorskog propisa. S druge strane, ukoliko sektorski propis na primjer određuje samo maksimalnu cijenu ali je ne fiksira, operator ima mogućnost autonomnog djelovanja, jer je u mogućnosti da odredi cijenu unutar određenog opsega. Iz odluke u predmetu Deutsche Telekom također slijedi da činjenica da je operator dobio suglasnost sektorskog regulatora u pogledu određenog postupanja ne znači da isto postupanje ne može istodobno predstavljati i prekršaj pravila iz oblasti konkurencije. Konkretno, u predmetu Deutsche Telekom njemački telekomunikacijski regulator dao je svoju suglasnost na određene cijene koje je utvrdio Deutsche Telekom, ali je usprkos tome ustanovljeno da je putem takvih (odobrenih) cijena Deutsche Telekom izvršio zloupotrebu dominantnog položaja. Primijenjeno na predmetni slučaj i akte BH Telecoma za koje Podnositelj smatra da predstavljaju zloupotrebu dominantnog položaja, moguća tvrdnja da RAK još uvijek nije usvojio pravila kojima se određuju određene obaveze koje bi bile primjenjive na BH Telecom ne znači da je usvajanje takvih sektorskih propisa preduvjet za postojanje kršenja propisa o zaštiti konkurencije. Ovo se posebice odnosi na pravila u vezi sa fizičkim pristupom mrežnoj infrastrukturi incumbent operatora.

U ovom postupku je sporno i pravo BH Telecoma na upravljanje telekomunikacijskim cijevima, bez obzira na činjenicu da utvrđivanje stvarnih prava na određenoj imovini ne može biti predmet postupka koji se vodi kod Konkurencijskog vijeća, Podnositelj zahtjeva ističe da upravljanje infrastrukturom koja je predmet ovog postupka BH Telecom u velikom dijelu vrši bez pravnog osnova.

Naime, prema javno dostupnim informacijama, BH Telecom nije upisan kao vlasnik ove imovine u odgovarajućim registrima, niti je zasnovao pravo služnosti na ovoj infrastrukturi u svoju korist za veliki dio infrastrukture koju ekskluzivno koristi.

Također, makar koliko je Podnositelju poznato, BH Telecom nema ni pravo koncesije niti neko drugo pravo korištenja predmetne infrastrukture pribavljeno u zakonom propisanoj proceduri.

Iako ove činjenice nemaju utjecaja na obvezu BH Telecom da drugima omogući pristup predmetnoj infrastrukturi koju koristi, Podnositelj smatra bitnim istaći ove okolnosti, a kako bi Konkurencijsko vijeće moglo cijeliti težinu počinjene povrede - ne samo da BH Telecom sprječava konkurenciju onemogućavanjem pristupa infrastrukturi, nego to još čini sa infrastrukturom koju koristi bez pravnog osnova.

U svakom slučaju, sve i ukoliko bi BH Telecom imao zasnovana neka prava na predmetnoj imovini, ista predstavlja esencijalnu infrastrukturu, koju je BH Telecom kao vladajući sudionik na tržištu dužan dati na korištenje konkurentima pod odgovarajućim uvjetima. Naime, pristup mrežnoj infrastrukturi incumbent operatora je od ključnog značaja za poslovanje alternativnih operatora i sudjelovanje na tržištima pružanja usluga krajnjim korisnicima.

- Bez obzira na prednju činjenicu, Podnositelj zahtjeva u svom zahtjevu dalje navodi kako se obratio BH Telecomu sa konkretnom ponudom u svezi sa iznajmljivanjem telekomunikacijskih cijevi kojima upravlja BH Telecom, koji je ponudu odbio bez razumnog obrazloženja. BH Telecom konkurenciju na tržištu narušava tako što odbija da Telemachu iznajmi pojedine viškove kapaciteta telekomunikacijskih cijevi, time onemogućavajući Telemach da se efektivno natječe sa BH Telecomom.
- Podnositelj zahtjeva navodi kako je BH Telecom do infrastrukture koju danas koristi, većim dijelom došao korištenjem resursa stečenih u razdoblju do 1992. godine, a kojima su doprinijeli svi stanovnici BiH, u skladu sa sustavom upravljanja koji je vladao u tadašnjoj BiH. Dakle, ne radi o infrastrukturi koju je BH Telecom stekao investirajući prihode stečene tržišnom borbom sa konkurentima.

Kako dio slobodnih kapaciteta te infrastrukture nije neophodan BH Telecomu za pružanje vlastitih usluga, a gradnja nove infrastrukture je kompleksna i skupa i za operatere i za širu društvenu zajednicu, Telemach je smatrao logičnim da se obrati BH Telecomu za najam predmetne infrastrukture, nudeći pritom da se dogovore o komercijalnim uvjetima. Telemach smatra daje ovakvo rješenje u interesu razvoja konkurencije, ali i u javnom interesu (smanjuje troškove i druge praktične probleme za građane koje izgradnja nove infrastrukture podrazumijeva).

Po tom pitanju Telemach se u razdoblju 2015.-2017. više puta obratio BH Telecomu konkretnim zahtjevom da mu BH Telecom iznajmi pojedine telekomunikacijske cijevi u Županiji Sarajevo, a nakon toga i u nekim drugim županijama, a u koje bi Telemach položio svoj telekomunikacijski kabel (priloženi uz Zahtjev: Telemachovi zahtjevi upućeni BH Telecomu 20. ožujka 2017. godine, 19. siječnja 2017. godine, 3. kolovoza 2015. godine, 27. kolovoza 2015. godine, 1. rujna 2015. godine). Međutim, BH Telecom je u više navrata dao negativan odgovor u pogledu ovog zahtjeva, navodeći kako nema definiranu ponudu za iznajmljivanje telekomunikacijskih cijevi, te da stoga nije u mogućnosti da postupi po Telemachovom zahtjevu (priloženi uz Zahtjev: BH Telecomovi odgovori od 28. ožujka 2017. godine, 27. veljače 2017. godine, 26. kolovoza 2015. godine, 3. rujna 2015. godine, 1. prosinca 2015. godine).

- U jednom od odgovora dostavljenih od strane BH Telecoma od 28. ožujka 2017. godine, BH Telecom inzistira na činjenici da sektorski regulator vladajućim operatorima još nije odredio uvjete i pravila za davanje na korištenje slobodnih infrastrukturnih kapaciteta. Po tom pitanju

Podnositelj zahtjeva navodi kako, eventualno nepostojanje detaljnih pravila po sektorskoj regulativi ne isključuje obveze koje BH Telecom ima kao vladajući sudionik na tržištu u smislu propisa o zaštiti konkurencije. U tom pogledu, naročito je mjerodavna činjenica da se Telemach sa predmetnim zahtjevom prvi put obratio BH Telecomu još u kolovozu 2015. godine, te da sektorski regulator nije donio konkretne akte do današnjeg dana. Ukoliko bi se opravdanje BH Telecom-a smatralo legitimnim, sve dok im sektorski regulator ne odredi uvjete i pravila (što očigledno može trajati više godina), vladajući operatori nemaju obvezu da omoguće pristup svojoj infrastrukturi, što je očigledno protivno smislu i cilju propisa iz oblasti poštene tržišne konkurencije.

Dakle, BH Telecom je bez bilo kakvog objektivnog opravdanja odbio da Telemachu omogući pristup slobodnim kapacitetima u svojim telekomunikacijskim cijevima, navodeći samo da zakup nije moguć iz razloga što BH Telecom nema definiranu ponudu za takvu vrstu aranžmana, niti je sektorski regulator dao smjernice za sačinjavanje takve ponude. Međutim, nedostatak definirane ponude, kao i čekanje sektorskih propisa koji će BH Telecomu propisati detaljne uvjete za ustupanje slobodnih infrastrukturnih kapaciteta, ne znači da BH Telecom može ograničiti razvoj konkurencije na tržištu BiH i u svakom slučaju ne isključuje primjenu propisa o zaštiti konkurencije na predmetno djelovanje BH Telecoma.

- Obzirom da Telemach sada već godinama čeka da BH Telecom omogući provedbu zakona i pristup neiskorištenoj infrastrukturi, odnosno da omogući fer i transparentan pristup odgovarajućoj infrastrukturi, smatra da je omogućio sasvim dovoljno vremena BH Telecomu da oblikuje objektivne i ekonomski opravdane uvjete i pravila za davanje na korištenje slobodnih infrastrukturnih kapaciteta. BH Telecom višegodišnjim suprotnim postupanjem uporno sprječava, ograničava i narušava razvoj tržišne konkurencije, onemogućavanjem pristupa esencijalnoj infrastrukturi svojim konkurentima na povezanim tržištima, odnosno onemogućava pružanje kvalitetnije i pouzdanije usluge korisnicima i nelegitimno povećava troškove konkurenata (Telemacha).
- Podnositelj zahtjeva u Zahtjevu navodi i činjenicu kako izgradnja nove mreže nije izvodljiva alternativa pristupu BH Telecomovoj infrastrukturi, iz razloga što, izgradnja nove mrežne infrastrukture općenito gledano nije ekonomski izvodljiva, imajući u vidu visoke troškove povezane sa takvim ulaganjem, kao i neizvjesnost u pogledu toga bi li dovoljan broj korisnika prešao kod alternativnog operatora. S obzirom da postojeći korisnici na mjerodavnom području već imaju pristup uslugama BH Telecoma, alternativni operater mora učiniti značajna ulaganja, koja BH Telecom ne mora snositi, kako bi uopće bio u stanju da im ponudi svoju uslugu (koju oni ne moraju prihvatiti).
- Dodatno, navodi se u zahtjevu, u kontekstu BiH izgradnja mreže je povezana sa značajnim regulatornim preprekama, uslijed činjenice da je pribavljanje građevinskih dozvola složen proces koji zahtijeva značajno vrijeme i u kojem sudjeluje i sam BH Telecom, koji za izdavanje dozvole za gradnju mreže u većini slučajeva mora izdati suglasnost radi eventualne smetnje vlastitoj infrastrukturi. Dakle, BH Telecom ima kontrolu ne samo nad pristupom njegovoj infrastrukturi (koja predstavlja ključni resurs za poslovanje alternativnih operatora), već i nad mogućnošću postavljanja alternativne infrastrukture od strane istih tih operatora. Uslijed ovoga, pristup BH Telecomovoj infrastrukturi predstavlja jedini ekonomski opravdan način na koji alternativni operator može doći do krajnjih korisnika na mjerodavnom području i ponuditi im svoje usluge, odnosno konkurirati BH Telecomu. Podnositelj zahtjeva naglašava kako je, pristup navedenoj infrastrukturi je od ključnog značaja za poslovanje operatora koji žele da se natječu na vertikalno povezanom tržištu, odnosno da pružaju maloprodajne usluge korisnicima telekomunikacijskih usluga. U ovom pogledu, Podnositelj ukazuje na analizu sadržanu u RAK analizi veleprodajnog pristupa, u kojoj se u relevantnom dijelu navodi:

*„Izgradnja vlastite pristupne mreže do krajnjih korisnika zahtijeva velika kapitalna ulaganja i to većinom u obliku nepovratnih troškova (engl. sunk cost), što znači da operator koji odluči da uloži sredstva neće moći da nadoknadi sve troškove ukoliko kasnije odluči ili bude prisiljen da napusti*

tržište. Također, ne može se očekivati da se takva investicija ostvari [...] u roku od jedne do tri godine, zato što je potrebno nekoliko godina da se duplira mreža kakvu posjeduju tri incumbent operatora. To se potvrđuje kroz slučaj operatora Logosoft koji, bez obzira na sličnu arhitekturu i intenzivna ulaganja u nova optička vlakana i bakrene parice u posljednjih nekoliko godina, i dalje djeluje na prilično ograničenom području.

Barijere za ulazak na tržište stvaraju asimetrične uvjete između operatora koji već djeluju na tržištu i novih operatora. Incumbent operatori su investirali u svoje mreže i stvarali korisničku bazu godinama u položaju monopola.

Bez obzira na ovu historijsku činjenicu, glavne karakteristike pristupnih mreža su nepovratni troškovi, te ekonomija obima i obuhvata zbog čega ih novi operatori teško mogu replicirati. Nepovratni troškovi ili nepovratne investicije su troškovi i investicije koji se ne mogu vratiti nakon izlaska s tržišta. Kablovska kanalizacija i položeni kablovi se, u principu, ne mogu prenijeti na drugo mjesto, a da se ne izgube troškovi njihove početne instalacije. Prema tome, postoji veliki rizik vezan za izgradnju pristupne mreže, pogotovo ako je to druga paralelna mreža postojećoj mreži jednog od incumbent operatora i zato što je neizvjesno da će krajnji korisnici incumbent operatora preći na novu mrežu. Izgradnja vlastite infrastrukture do krajnjeg korisnika je isplativa u slučaju kada na određenom području postoji dovoljan broj i gustoća potencijalnih korisnika. Osim postojanja ekonomije obima i dovoljne gustoće potencijalnih korisnika, potrebno je da postoji i potražnja za ostalim telekomunikacijskim uslugama, kako bi se velika ulaganja isplatila.

Uzimajući u obzir geografsku zastupljenost pristupne mrežne infrastrukture operatora BH Telecoma, Telekoma Srpske i HT Mostara, kao i činjenicu da su izgrađene tokom dugog vremenskog perioda, zaključuje se da repliciranje pristupne mrežne infrastrukture BH Telecoma, Telekoma Srpske i HT Mostara nije ekonomski opravdano.

Kako bi se smanjio rizik ulaganja u pristupnu mrežu, neophodno je da novi operatori mogu koristiti, barem djelomično, pasivni i aktivni pristup infrastrukturi i pratećim sredstvima incumbent operatora. Čak i ako novi operator odluči replicirati pristupnu mrežu, npr. polažući optičke kablove, to bi bilo puno lakše ako bi mu bio omogućen pristup kablovskoj kanalizaciji incumbent operatora. Prema tome, čak i za operatore koji su spremni na velike investicije u pristupne mreže, izgradnja kablovske kanalizacije predstavlja značajnu prepreku za ulazak na tržište.

Pored strukturnih barijera, postoje i pravne prepreke za ulazak novih operatora na tržište. Gradnja vlastite pristupne infrastrukture je otežana ne samo zbog visokih i većinom nepovratnih troškova ulaganja (postavljanje kanalizacije, polaganje kablova i sl.), već i zbog nemogućnosti dobijanja potrebnih građevinskih dozvola za izgradnju vlastite pristupne mrežne infrastrukture.

Operator koji želi graditi pristupne mreže mora dobiti dozvole za izgradnju kablovske kanalizacije, postavljanje ormara i izgradnju objekata za smještaj opreme, u skladu sa zakonom o javnom i građanskom pravu. Agencija napominje, da se dozvole za izgradnju kablovske kanalizacije teže dobivaju u pojedinim dijelovima BiH. Također, Agencija naglašava da ne postoji zakon na nivou Bosne i Hercegovine koji uređuje ovu oblast, što predstavlja pravnu barijeru za operatore koji žele graditi mreže na čitavoj teritoriji BiH.

U skladu sa navedenim, postojanje barijera za ulazak na tržište, strukturnih i pravnih, dodatno doprinosi jačanju tržišne snage incumbent operatora BH Telecoma, Telekoma Srpske i HT Mostar na njihovim pripadajućim geografskim tržištima. “

U svojoj analizi RAK se dodatno osvrnuo na tržišnu prednost koju incumbent operatori imaju u pogledu ekonomije opsega:

„Ekonomija obima svojstvena je za proizvodne procese koje karakteriziraju visoki fiksni troškovi, a što je karakteristika elektronskih komunikacijskih tržišta. Fiksni troškovi su isti iz perioda u period, tako da se širenjem obima proizvodnje, fiksni troškovi raspoređuju na veći broj jedinica proizvoda. U slučaju elektronskih komunikacija to se odnosi na situaciju u kojoj postoji mogućnost da operator već izgrađenu infrastrukturu za pružanje određene usluge, bez većih



*dodatnih troškova iskoristi za širenje baze korisnika. Dakle, incumbent operatori BH Telecom, Telekom Srpske i HT Mostar imaju značajnu prednost nad drugim operatorima koji se nalaze na tržištu ili žele ući na tržište sa gledišta ekonomije obima, obzirom da mogu ponuditi usluge sa znatno nižim troškovima od drugih operatora koji bi trebali izgraditi ili nadograditi postojeću mrežnu infrastrukturu. Operatori koji bi željeli ući na tržište, zbog visokih troškova pružanja uslugu, ne bi bili u mogućnosti ponuditi niže cijene od incumbent operatora, a time bi i teže privukli korisnike."*

RAK je u svojoj analizi identificirao i konkretna moguća narušavanja konkurencije do kojih bi moglo doći uslijed odbijanja BH Telecoma i druga dva incumbent operatora da alternativnim operatorima omoguće pristup svojim infrastrukturama:

*„Agencija smatra da bi [tri incumbent operatora] u odsustvu regulacije mogli imati interes odbiti zahtjev za pregovore operatorima korisnicima veleprodajnih usluga fizičkog pristupa mrežnoj infrastrukturi (uključujući potpuni i zajednički pristup izdvojenoj lokalnoj petlji) i bitstream pristupa. SMP operatori bi kao vertikalno integrirani operatori koji pružaju usluge na povezanim maloprodajnim tržištima, također, imali interes da uskrate neku od veleprodajnih usluga relevantnih tržišta (pristup izdvojenoj lokalnoj petlji, mrežnoj infrastrukturi i povezanim sredstvima, kolokaciji, bitstream pristup) ili da uskrate već odobreni pristup. U tom slučaju, značajna tržišna snaga bila bi prenesena na povezana maloprodajna tržišta, čime bi tržišna pozicija SMP operatora bila dodatno ojačana, a konkurencija narušena.*

*Agencija smatra da potencijalni konkurenti ne bi imali dovoljnu pregovaračku moć koja bi natjerala SMP operatore da pružaju relevantne veleprodajne usluge pod razumnim komercijalnim uvjetima, pa čak i da uopće nude ove usluge. Zbog prenošenja tržišne snage, operatori korisnici ne bi mogli biti efektivna konkurencija SMP operatorima na relevantnim maloprodajnim tržištima. Posljedice bi se odrazile na krajnje korisnike na način da ne bi imali mogućnost izbora u pogledu cijene, kvaliteta i asortimana usluga. “*

U praksi Europske Komisije je u nekoliko predmeta utvrđeno da je pristup telekomunikacijskoj mreži incumbent operatora od ključnog značaja (*eng. essential facility*) za poslovanje alternativnih operatora, npr. u odlukama kojima se sankcionirala zlouporaba vladajućeg položaja u predmetima Telekomunikacija Poljska (Predmet COMP /39.523) i Slovak Telekom (Predmet AT.39523). U navedenim predmetima, Europska Komisija je izričito utvrdila da i tzv. „konstruktivno odbijanje suradnje“ (ponuda suradnje pod uvjetima koji nisu razumni za drugu ugovornu stranu) predstavlja radnju zlouporabe vladajućeg položaja incumbent operatora. Tako, na primjeru BH Telecoma, koji odbija Telemachu omogućiti pristup svojim telekomunikacijskim cijevima, zabrinutosti koje je RAK iskazao u svojoj analizi materijalizirale su se u praksi. Uslijed ovoga, intervencija Konkurencijskog vijeća nužna je kako bi se očuvala i unaprijedila efektivna konkurencija na mjerodavnom tržištu. Stoga, Podnositelj zahtjeva navodi i kako odsutnost propisa RAK-a koji bi nalagali BH Telecomu da objavi opću ponudu u vezi sa davanjem u zakup telekomunikacijskih cijevi drugim operatorima ne sprječava primjenu propisa o konkurenciji.

Međutim, odsutnost navedenog propisa RAK-a ne znači da je BH Telecom u pogledu svog postupanja imun od primjene propisa o konkurenciji, odnosno da po tom osnovu može uskratiti pristup cijevima alternativnim operatorima. Kao što je poznato, svrha sektorskih propisa u oblasti elektronskih komunikacija je djelovanje ex ante kako bi se razvila konkurencija na tržištima na kojima ne postoji efektivna konkurencija. S druge strane, propisi o konkurenciji na određeno ponašanje djeluju ex post, tj. kada je već došlo do povrede konkurencije. Ovo je izričito potvrdio i RAK u svojoj Analizi veleprodajnog pristupa (str.37.) gdje navodi:

*„Za razliku od ex post pristupa regulaciji kojim nadležno tijelo za zaštitu konkurencije zloupotrebu dominantnog položaja procjenjuje primjenjujući principe zakona o zaštiti konkurencije, u elektronskim komunikacijama Agencija primjenjuje prethodnu (ex ante) regulaciju i djeluje tamo gdje konkurencija nije efektivna, kako bi se ona razvila. “*

RAK je prepoznao mogućnost da će tri incumbent operatora biti nespremni da omoguće pristup svojim infrastrukturama, te je na osnovu toga RAK zaključio da će potencijalno biti neophodna ex ante regulacija s tim u svezi. U tom pogledu, u konkretnom predmetu je jasno da je navedena sporna praksa primjenjivana na tržištu dugi niz godina, odnosno da predstavlja kontinuiranu povredu BH Telecoma. Kao što BH Telecomovo odbijanje da omogući Telemachu pristup svojim telekomunikacijskim cijevima pokazuje, navedeni zaključci RAK-a su u potpunosti opravdani. Shodno ovome, čak i u odsustvu ex ante regulacije, ex post primjena propisa o zaštiti konkurencije je opravdana, pošto je već došlo do povrede konkurencije.

- U svom Zahtjevu Telemach navodi kako odbijanje pristupa infrastrukturi od strane incumbent operatora predstavlja zlouporabu vladajućeg položaja u praksi EU, te da Europska Komisija, u Smjernicama o telekomunikacijama navodi:

*„Pojedini incumbent telekom operatori mogu doći u iskušenje da trećim stranama - pružateljima usluga odbiju pristup svojoj infrastrukturi, naročito u područjima u kojima bi usluga u pitanju predstavljala konkurenciju usluzi koju telekom operator sam pruža. Ovaj otpor će se često manifestirati u odugovlačenju prilikom davanja pristupa, u nespornosti da se omogući pristup ili u spremnosti da se pristup omogući samo pod nepovoljnim uvjetima. Uloga je propisa o konkurenciji osigurati da se ovim potencijalnim tržišta pristupa dozvoli razvoj i da se incumbent operatori spriječe u tome da svoju kontrolu iskoriste na način da ometu razvoj na tržištima usluga.“*

Citirani dokument Europske komisije također potvrđuje da, imajući u vidu opisano područje pokrivanja BH Telecomove mreže i praktičku nemogućnost da alternativni operatori repliciraju ovu mrežu, BH Telecomova infrastruktura predstavlja ključnu infrastrukturu:

*„U sektoru telekomunikacija, koncept „ključne infrastrukture“ biće u mnogim slučajevima mjerodavan prilikom određivanja obveza vladajućih telekom operatora. Izraz ključna infrastruktura koristi se da se njime opiše infrastruktura koja je ključna za pristup kupcima i/ili omogućavanje konkurentima da nastave sa svojim poslovanjem, a koji ne može biti repliciran razumno mogućim sredstvima. Gospodarski subjekt koji kontrolira pristup ključnoj infrastrukturi posjeduje vladajući položaj u smislu članka [102. UFEU].“ (Smjernice o telekomunikacijama §68-69)*

Na stanovištu da odbijanje pristupa telekomunikacijskoj mreži koja predstavlja infrastrukturu predstavlja zlouporabu vladajućeg položaja je i Europska komisija:

*„U oblasti prijevoza, Komisija je u svojim odlukama utvrdila da tvrtka kontrolira ključnu infrastrukturu mora pod određenim uvjetima omogućiti pristup. Ista načela važe i za sektor telekomunikacija. Ukoliko ne bi postojale komercijalno izvodljive alternative u pogledu zahtijevanog pristupa, onda ukoliko pristup ne bi bio omogućen, strana koja zahtijeva pristup ne bi bila u mogućnosti obavljati djelatnost na tržištu usluga. Stoga bi odbijanje u ovom slučaju ograničilo razvoj novih tržišta, ili novih proizvoda na tim tržištima, protivno članku [102](b), ili bi narušilo razvoj konkurencije na postojećim tržištima.“*

Dalje se navodi kako je Europska komisija je razvila sljedeći analitički okvir kako bi ocijenila je li, odbijanjem omogućavanja pristupa ključnoj infrastrukturi, određeni telekom operator vrši zlouporabu vladajućeg položaja:

- (a) pristup infrastrukturi u pitanju je generalno ključan kako bi gospodarski subjekti bili u mogućnosti da se natječu na mjerodavnom tržištu;
- (b) postoje dovoljni kapaciteti da se omogući pristup;
- (c) vlasnik infrastrukture sprečava konkurenciju na postojećem ili potencijalnom tržištu usluga ili proizvoda;
- (d) gospodarski subjekt koji zahtijeva pristup spreman je platiti razumnu i nediskriminirajuću cijenu te je i u drugim aspektima spreman prihvatiti nediskriminirajuće uvjete pristupa;
- (e) ne postoji objektivno opravdanje za odbijanje pristupa.

Prema podnositelju zahtjeva, svih pet uvjeta koje traži Europska Komisija prilikom ocjene je zadovoljeno u predmetnom slučaju.

- (pod a) Pristup BH Telecomovim telekomunikacijskim cijevima je ključan kako bi alternativni operatori bili u mogućnosti da se natječu sa BH Telecomom na tržištu fiksne telefonije - Kao što je pojašnjeno, uslijed činitelja kao što su područje koje pokriva BH Telecomova mreža, dozvole BH Telecoma, razdoblja poslovanja BH Telecoma i razvoja branda, različitih usluga i paketa koje BH Telecom nudi korisnicima (tzv. quadruple-play usluga), broja korisnika koji ovaj operator već ima, razdoblja važenja zaključenih ugovora, visokih fiksnih troškova izgradnje alternativne mreže, te praktične nemogućnosti alternativnih operatora da izgrade paralelne mreže, kako bi došli do krajnjih korisnika i bili u mogućnosti da se učinkovito natječu sa BH Telecomom na tržištu fiksne telefonije alternativnim operatorima je nužan pristup BH Telecomovoj infrastrukturi.
- (pod b) BH Telecom ima dovoljno kapaciteta da omogući pristup - Prema saznanjima Podnositelja zahtjeva, BH Telecom ima dovoljno slobodnog kapaciteta kako bi dozvolio Telemachu traženi pristup telekomunikacijskim cijevima. Prilikom odbijanja Telemachovog zahtjeva, čak ni BH Telecom nije naveo nedostatak kapaciteta kao razlog odbijanja - BH Telecom je zahtjev odbio uz obrazloženje da nema opću ponudu za ovu vrstu usluge, niti mu je sektorski regulator propisao uvjete i pravila za sačinjavanje ove ponude.
- (pod c) Odbijanjem pristupa svojoj mrežnoj infrastrukturi, BH Telecom sprječava konkurenciju na različitim maloprodajnim telekomunikacijskim tržištima (npr. fiksne telefonije, pristupa Internetu, distribucije medijskih sadržaja) - Kao što je detaljno izloženo u ovom Zahtjevu, budući da djeluje kao vertikalno integrirani operator, BH Telecom ima snažan poticaj da drugim operatorima oteža ulazak na maloprodajna telekomunikacijska tržišta na kojima bi mu mogli učinkovito konkurirati. BH Telecomovo postupanje u svezi sa odbijanjem pristupa svojoj mreži stoga treba biti razmatran u tom kontekstu. Pošto alternativni operatori ne mogu pod razumnim uvjetima replicirati BH Telecomovu mrežu, jedini način na koji bi se mogli učinkovito natjecati sa BH Telecomom je ukoliko bi imali pristup BH Telecomovoj mreži i odbijanjem pristupa BH Telecom narušava konkurenciju na maloprodajnoj razini tržišta.
- (pod d) Telemach je spreman platiti razumnu i nediskriminirajuću cijenu i u drugim pogledima je spreman da prihvati nediskriminirajuće uvjete - Telemach nije tražio da mu BH Telecom pristup svojoj mreži omogući besplatno, već da mu BH Telecom da u najam dio svojih viškova kapaciteta u mjerodavnom području. Telemach je u svakom slučaju spreman da plati razumnu i nediskriminirajuću cijenu za takav pristup. Međutim, BH Telecom i Telemach nisu ni došli do faze pregovora u kojoj bi pregovarali o uvjetima pod kojim bi traženi pristup bio omogućen - BH Telecom je odbio da odobri pristup bez obzira na poslovne uvjete, čime jasno pokazuje da odbijanje suradnje nije utemeljeno na ekonomski opravdanim razmatranjima, već na uskraćivanju ključnog resursa konkurentima.
- Dodatno, Podnositelj ističe da, čak i ukoliko BH Telecom nema opću ponudu u kojoj bi bili određeni poslovni uvjeti najma njegovih telekomunikacijskih cijevi, postoje objektivni kriteriji na temelju kojih se može odrediti cijena takvog najma.

Prije svega, takvi kriteriji sadržani su u RAK analizi veleprodajnog pristupa. Konkretno, RAK je kao gornju graničnu cijenu najma cijevi odredio 14 KM po kilometru dužine i po kvadratnom centimetru poprečnog presjeka kableske kanalizacije. Isti dokument također daje usporedni pregled u pogledu cijena usluge pristupa i zajedničkog korištenja kableske kanalizacije u regiji, a što također može poslužiti kao koristan pokazatelj prilikom određivanja cijene zakupa BH Telecomovih cijevi, kao što je prikazano u tablici:

	Usluga pristupa i zajedničkog korištenja kableske kanalizacije	Mjesečna naknada (EUR/metru)
Hrvatska	-cijevi velikog promjera (63-110 mm)	0,1575
	-cijevi PEHD 50 (50 mm)	0,1333

	-cijevi malog promjera (20-40 mm)	0,0458
	-mikrocijevi (3-16 mm)	0,0258
Srbija	-cijevi promjera do 40 mm	0,0900
Crna Gora	-iznajmljivanje kanala promjera 40 mm	0,0951
	-iznajmljivanje kanala promjera 20 mm	0,0761
Makedonija	-iznajmljivanje kanala promjera 40 mm	0,0951
	-iznajmljivanje kanala promjera 32 mm	0,0761
	-iznajmljivanje kanala promjera 5-10 mm	0,0357

Pored prakse iz regije, također su dostupni i podaci o tome na koji način se cijena najma utvrđuje širom Europe. U tom pogledu, podnositelj je priložio tablicu, sadržanu u ekspertskom mišljenju koje je SBR-net Consulting, koje je također priložio uz zahtjev, pripremio za Podnositelja zahtjeva kao komentar na RAK analizu veleprodajnog pristupa (u daljnjem tekstu: „SBR-net analiza“) pokazuje usporedbu cijene koju predlaže RAK sa mjerodavnim cijenama u nekoliko europskih zemalja.

Podnositelj zahtjeva zaključuje, kako postoje objektivni kriteriji na temelju kojih bi se mogla odrediti cijena pristupa BH Telecomovim cijevima čak i bez usvajanja opće ponude koja bi se odnosila na ovu vrstu usluge BH Telecoma.

Dalje navodi, kako ne postoji objektivno opravdanje za BH Telecomovo odbijanje pristupa. Prilikom odbijanja Telemachovog zahtjeva za pristup BH Telecomovim telekomunikacijskim cijevima, BH Telecom nije pružio nikakvo objektivno opravdanje, niti takvo opravdanje postoji. Kao jedini razlog odbijanja pristupa BH Telecom je naveo činjenicu da još uvijek nema opću ponudu za tu vrstu usluge. Međutim, kao što je objašnjeno iznad u tekstu, nepostojanje opće ponude za pružanje usluge pristupa telekomunikacijskim cijevima ni na koji način ne onemogućava primjenu propisa o konkurenciji na takvo postupanje niti BH Telecomu daje imunitet od navoda o zlouporabi vladajućeg položaja. Sukladno sa EU Smjernicom 2014/61/CE o mjerama za smanjenje troškova postavljanja elektroničkih komunikacijskih mreža velikih brzina od 15. svibnja 2014. godine, kako bi se smanjili troškovi postavljanja širokopoljnih mreža, što doprinosi digitalizaciji javnog sektora i posljedično svim sektorima gospodarstva, države članice EU su se obvezale osigurati da na njihovom teritoriju svaki mrežni operator ima obvezu udovoljiti svim razumnim zahtjevima za pristup njegovoj fizičkoj infrastrukturi radi postavljanja elemenata elektroničkih komunikacijskih mreža velikih brzina pod pravičnim i razumnim uvjetima. Zahtjev je, prema ovoj Direktivi, moguće odbiti isključivo iz objektivnih i transparentnih razloga.

- Iako Direktiva ne predstavlja izravan izvor prava u BiH, Podnositelj zahtjeva istu ovdje citira da bi prenio standarde postupanja sa infrastrukturom koji su usvojeni na razini EU, te kako bi naglasio da bezrazložno odbijanje pristupa infrastrukturi (koja je pritom izgrađena sredstvima svih građana BiH) od strane BH Telecoma predstavlja ozbiljno kršenje tržišnih standarda koji se u sektoru telekomunikacija primjenjuju širom svijeta.

Podnositelj zahtjeva je u dopuni Zahtjeva dostavljenoj na traženje Konkurencijskog vijeća dana 14. rujna 2017. godine, broj: UP-04-26-2-017-3/17, dostavio slijedeće informacije, u bitnom:

- U pogledu tehnologije koju koristi za pružanja svojih usluga Telemach koristi HFC, FTTx i G-PON mrežne tehnologije (tehnologiju DVB-C i IPTV za pružanje TV usluge, IP tehnologiju za internet i fiksnu telefonsku uslugu), kao i satelitsku tehnologiju DTH (DVB-S) za pružanje samostalne TV usluge određenim korisnicima.
- Podatke, prikazano u dostavljenoj tablici, o ukupnom broju korisnika (isključivo korisnika Telemacha, a ne povezanih društava), prikazano prema općinama, i prema vrsti usluge koju korisnici koriste. S napomenom da se na cjelokupnom području svake od općina u kojima pruža usluge, mreže dva operatera preklapaju u cijelosti već samo na određenim dijelovima. U najvećem broju slučajeva, BH Telecom pokriva pretežiti ili cjelokupan teritorij ovih općina, a Telemach pokriva dijelove teritorija navedenih općina mrežom koju je u dosadašnjem tijeku svog poslovanja

- izgradio ili kupio, te da je nemoguće je na temelju javno dostupnih podataka u ovom trenutku iskazati točan postotak preklapanja za svaku općinu. Dostavljeni podatci o CATV korisnicima obuhvaćaju samo korisnike fizički spojene na mrežnu infrastrukturu Telemacha, a ne i korisnike koji usluge primaju putem satelita i drugih tehnologija - DTH, MMDS, Wireless.
- Pojašnjenje kako Telemach posjeduje na dijelu navedenog zemljopisnog područja svoju vlastitu mrežnu infrastrukturu, ali ne u opsegu usporedivom sa BH Telecomom, odnosno postojeća vlastita mrežna infrastruktura mu ne omogućava odgovarajuće pružanje usluga krajnjim korisnicima, s obzirom da ne pokriva cjelokupan teritorij navedenih općina. Telemach ima interes za zakup cijevi radi polaganja vlastite infrastrukture u iste i pružanje temeljnih djelatnosti Telemacha, odnosno pružanja usluga TV, interneta i fiksne telefonije krajnjim korisnicima, a iz razloga što postoji više kategorija korisnika koje bi učinkovitije i bolje opskrbio uslugom kada bi imao zakupljene cijevi BH Telecoma, a također na ovaj način bi i proširio krug korisnika kojima bi mogao ponuditi uslugu.
  - Naime, na nekim lokacijama koje pokriva mreža BH Telecoma, Telemach uopće nema nikakvu mrežu, nemaju je ni treće osobe, a postavljanje novih cijevi podrazumijeva nerazmjerne troškove sredstava i vremena, odnosno administrativno je otežano, s obzirom da se dozvole za gradnju često čekaju godinama, te bi korisnicima na tim lokacijama uslugu ponudio novom infrastrukturom koju bi položio u zakupljene cijevi BH Telecoma, prema fer i transparentnim tržišnim uvjetima.
  - Stoga, ukoliko Konkurencijsko vijeće smatra da je to neophodno za utvrđivanje činjenica u konkretnom slučaju, Telemach predlaže da se provede vještačenje na okolnosti ekonomske potrebe korištenja predmetnih cijevi i neisplativosti postavljanja alternativne mreže na predmetnim lokacijama.
  - Također, za određen broj lokacija, Podnositelj zahtjeva u ovom trenutku koristi zakupljene viškove kapaciteta raznih operatera (uključujući BH Telecom), a značajno bi kvalitetnije i učinkovitije navedene korisnike mogao opskrbljivati uslugom putem vlastite infrastrukture koju bi položio u cijevi koje bi zakupio od BH Telecoma.
  - Na određenim lokacijama, Telemach zakupljuje infrastrukturu trećih osoba, sukladno sa važećim cjenicima. Također, Telemach se bavi iznajmljivanjem telekomunikacijskih kapaciteta trećim operaterima i za to posjeduje odgovarajuće cjenike. Telemach je na manjem broju lokacija iznajmljivao cijevi drugim operaterima, a cijenu naplaćuje na ad hoc osnovi, jer takva suradnja do sada nije bio značajnijeg opsega, te nije bilo poslovne potrebe da se formulira službeni cjenik. Kada se promatra teritorij pokriven infrastrukturom BH Telecoma, uočljivo je da niti jedan drugi telekom operator nema ni približno tako razgranatu mrežu kao BH Telecom, što je i razumljivo, jer je BH Telecom u posjedu mreže koja je stvarana decenijama (u razdoblju bivše SFRJ i nakon toga), dok alternativni operateri na tim lokacijama moraju da grade vlastite mreže, uz mnogo tehničkih, pravnih i komercijalnih barijera, čime se alternativni operatori bave tek 15-20 godina i nisu ni približno razvili opseg mreže da bi se mogli usporediti sa BH Telecomom. Vrlo je mali broj lokacija (ako uopće postoje) na kojima bi Telemach imao potrebu za najmom cijevi i mogao isti da uzme od neke treće osobe, izuzev BH Telecoma.
  - Podnositelj zahtjeva nije osporavao vlasništvo BH Telecoma nad predmetnom infrastrukturom u postupcima pred nadležnim organima, jer za takvo što nije aktivno legitimiran - takav postupak eventualno bi mogao pokrenuti tek pretpostavljeni vlasnik - država ili lokalna jedinica samouprave ili osobe čije je vlasništvo BH Telecom zaposjeo. Predmetna pitanja nisu od presudne važnosti za predmet postupka pred Konkurencijskim vijećem, jer Podnositelj zahtjeva od Konkurencijskog vijeća ne zahtijeva da se bavi utvrđivanjem vlasništva nad predmetnom infrastrukturom, jer za to nije ni nadležno. Telemach želi od BH Telecoma kao posjednika i faktičkog upravljača iznajmiti predmetnu infrastrukturu - kao što je navedeno u Zahtjevu, pitanje pravnog osnova za korištenje iste eventualno može biti mjerodavno pri ocjeni Konkurencijskog vijeća u vezi težine predmetne povrede konkurencije.

- U svom podnesku Podnositelj zahtjeva upućuje i na odredbu članka 9. stavka (1), točka (h) Odluke o definiranju kategorije vladajućeg položaja („Službeni glasnik BiH“, broj 18/06, 34/10), teret dokazivanja u pogledu ne/postojanja mogućnosti najma cijevi vladajućeg operatora je na samom vladajućem operateru, koji po našim saznanjima nije pružio nikakve dokaze da nema takvu mogućnost:  
*„odbijanje pristupa drugim gospodarskim subjektima, uz razumnu financijsku naknadu, postrojenjima, opremi, prijenosnoj mreži ili drugoj infrastrukturnoj opremi, koja je u vlasništvu ili se koristi od gospodarskog subjekta u vladajućem položaju, ako drugi gospodarski subjekti nisu u mogućnosti iz pravnih i drugih razloga da djeluju na istom tržištu na kojem djeluje gospodarski subjekt koji ima vladajući položaj bez mogućnosti da zajednički koriste takvu opremu odnosno kapacitete, i ako gospodarski subjekt koji ima vladajući položaj ne dokaže da je takvo zajedničko korištenje neizvodivo iz operativnih, tehničkih ili drugih razloga ili da se od njih ne može tražiti takvo korištenje“.*
- Također, Telemach ima informaciju da postoji slobodan kapacitet u okviru navedenih cijevi na osnovu iskustva svojih zaposlenika i podizvođača, odnosno činjenice da je telekomunikacijska kanalizacija BH Telecoma građena u vrijeme bivše Jugoslavije po projektima i metodologiji koja je pretpostavljala velike slobodne kapacitete cijevi.  
Primjera radi, u Hrvatskoj i Sloveniji se infrastruktura incumbent operatora godinama iznajmljuje desetinama operatera i tek danas postoje manja zagušenja na najznačajnijim pravcima unutar gradova (nepostojanje tehničke mogućnosti za uvlačenje dodatnog kabela). Navedena procjena se može relativno lako provjeriti pilot projektom detekcije slobodnog kapaciteta navedenih cijevi, te ukoliko Konkurencijsko vijeće smatra da je to nužno za utvrđivanje činjenica u konkretnom slučaju, Telemach predlaže da se provede vještačenje slobodnog kapaciteta predmetnih cijevi.

Podnositelj zahtjeva je u dopuni Zahtjeva dostavljenoj na traženje Konkurencijskog vijeća dana 29. rujna 2017. godine, broj: UP-04-26-2-017-5/17, dostavio sljedeće informacije, u bitnom:

- Ukupan broj korisnika povezanih društava Telemacha na području koje pokriva BH Telecom, prikazan prema općinama (u dostavljenoj tablici), imajući u vidu da mreža povezanog društva ne pokriva cjelokupan teritorij općine, izdvojeno i vidljivo na teritoriju na kojoj ima mrežnu infrastrukturu, te prema vrsti usluge koju korisnici koriste. Podatci su dostavljeni za povezano društvo KATV „HS“ d.o.o. Sarajevo, „HKB net“ d.o.o. Sarajevo, „M&H“ Company d.o.o. Sarajevo i „BHB CABLE TV“ d.o.o. iz Lukavca.
- Podnositelj zahtjeva je obavijestio Konkurencijsko vijeće, da je prema službenoj web stranici RAK-a, nova sjednica Vijeća ove Agencije zakazana za 3. listopada 2017. godine, te da će na istoj biti razmatrana Analiza veleprodajnog tržišta fizičkog pristupa mrežnoj infrastrukturi, u svezi sa predmetnim mjerodavnim tržištem.
- Dodatno, Podnositelj zahtjeva upućuje Konkurencijsko vijeće i sa je Politikom sektora elektronskih komunikacija Bosne i Hercegovine za razdoblje 2017 - 2021. godine („Službeni glasnik BiH“, br. 46/17), koju je usvojilo Vijeće ministara BiH, precizno kao jedan od prioriteta navedeno „zajedničko korištenje postojeće fizičke infrastrukture“:  
*„Također, potrebno je poduzimati mjere u cilju olakšavanja i poticanja uvođenja EK mreža a naročito EK mreža koje omogućavaju pružanje usluga širokopojasnog pristupa pri brzinama od najmanje 30 Mbit/s, promovirajući investiranje od strane svih sudionika na tržištu, zajedničko korištenje postojeće fizičke infrastrukture i omogućavajući učinkovitije postavljanje nove fizičke infrastrukture kako bi trošak uvođenja takvih mreža bio što niži“, te dalje: “Korištenje postojeće kablovske kanalizacije, cjevovoda, toplovoda, objekata i druge infrastrukture koja može poslužiti za sigurno i ekonomično instaliranje EK mreža i uređaja smanjit će potrebit za novim građevinskim radovima. Time će se ubrzati ulazak novih operatora na tržište, povećati ekonomičnost poslovanja postojećih operatora, što će u završnici dovesti do smanjenja maloprodajnih cijena EK usluga“.*

- Iz prednjeg proizlazi zaključak, prema Podnositelju zahtjeva, da je sektorskom regulativom predviđeno je zajedničko korištenje postojeće fizičke infrastrukture kao jedan od temelja razvoja ovog sektora, s tim da sektorski regulator posebnim propisima još nije uredio sankcije za kršenje ove obaveze. Kako je istaknuto u Zahtjevu, ovo naravno ne isključuje obaveze i sankcije koje su predviđene Zakonom o konkurenciji, a koje postoje i provedive su.
- Shodno svemu navedenom, Podnositelj zahtjeva upućuje zahtjev Konkurencijskom vijeću da pokrene postupak protiv BH Telecoma, te da utvrdi da je BH Telecom zloupotrijebio vladajući položaj na mjerodavnom tržištu, na način da je neopravdano odbijajući da omogući Telemachu fizički pristup svojoj mrežnoj infrastrukturi (telekomunikacijskim cijevima u pojedinim dijelovima Županije Sarajevo i drugih županija na teritoriji FBiH), zloupotrijebio svoj vladajući položaj na tržištu veleprodajnog fizičkog pristupa BH Telecomovoj mrežnoj infrastrukturi u oblasti pokrivenoj takvom infrastrukturom, ograničavajući proizvodnju, tržišta ili tehnički razvoj u smislu članka 10. stavak (2) točka b) Zakona, i članak 9. stavak (1) točka h), kao i članka 9. stavak (1) točka d) i g) Odluke o definiranju kategorija vladajućeg položaja („Službeni glasnik BiH“ broj: 18/06 i 34/10), te da pored eventualnog izricanja novčane kazne u smislu članka 48. Zakona, naloži BH Telecomu da svoje ponašanje na tržištu uskladi sa odredbama Zakona, te prekine sa daljnjim 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-04-26-2-017-7/17 (u daljnjem tekstu: Zaključak), radi utvrđivanja zloupotrebe vladajućeg položaja u smislu članka 10. stavak (2) točka b) Zakona.

Konkurencijsko vijeće je dostavilo Zaključak Podnositelju zahtjeva, aktom broj: UP-04-26-2-017-12/17 dana 12. 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-04-26-2-017-13/17 dana 12. listopada 2017. godine.

Dana 19. listopada 2017. godine, zaprimljena je dopuna Podnositelja zahtjeva broj: UP-04-26-2-017-14/17, kojom je podnositelj zahtjeva izvijestio Konkurencijsko vijeće o pripajanju gospodarskog subjekta BHB Cable d.o.o. Lukavac.

Dana 30. listopada 2017. godine BH Telecom se obratio Konkurencijskom vijeću za odobravanje dodatnog roka, aktom broj: UP-04-26-2-017-15/17, a koji mu je odobren od strane Konkurencijskog vijeća dana 2. studenog 2017. godine, aktom broj: UP-04-26-2-017-16/17.

BH Telecom je u odobrenom roku dostavilo odgovor na Zahtjev i Zaključak Konkurencijskom vijeću, u smislu članka 33. stavak (3) Zakona, podneskom broj: UP-04-26-2-017-17/17 dana 3. 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) (daljnje u tekstu: Politika sektora elektronskih komunikacija). Politika sektora elektronskih komunikacija propisuje dinamiku reguliranja i izgradnje elektronsko-komunikacijske (EK) infrastrukture.

- RAK je u dosadašnjem razdoblju u dva navrata provodio javne konzultacije za „Analizu veleprodajnog tržišta fizičkog pristupa mrežnoj infrastrukturi na fiksnoj lokaciji i veleprodajnog tržišta širokopojasnog pristupa“ sukladno Pravilu 54/2011. Uvažavajući dostavljene komentare svih sudionika na telekomunikacijskom tržištu, pa i komentare BH Telecoma, RAK do danas nije usvojio Analizu tržišta niti je proglasila BH Telecom SMP operatorom na tržištu 4. – tržište pristupa infrastrukturi mreže na razini veleprodaje (uključujući zajednički ili potpuno razvezani pristup na utvrđenoj lokaciji) – veleprodajna razina i na tržištu 5. tržište širokopojasnog pristupa (veleprodajna razina). Definirani rok za donošenje propisa prema Politici sektora elektronskih komunikacija za donošenje propisa o uvjetima i postupcima je prosinac 2018. godine, a nositelji aktivnosti su RAK i resorna ministarstva u FBiH i RS), stoga je RAK dopisom broj: 02-29-1553-1/17 od 16. lipnja 2017. godine izdao „Nalog za dostavu podataka o mrežama“ svim mrežnim operatorima u Bosni i Hercegovini, te je rok za dostavu istih sada do 31. prosinca 2017. godine. Navedene aktivnosti su značajne za postupanje Konkurencijskog vijeća u ovom postupku, te je nužno uvažiti dinamiku propisanu Politikom sektora elektronskih komunikacija.
- BH Telecom navodi kako je Zahtjev podnositelja preuranjen.

Dana 15. studenog 2017. godine zaprimljen je podnesak Podnositelja zahtjeva u kojem daje očitovanje o odgovoru BH Telecoma, pod brojem: UP-04-26-2-017-19/17, 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 2015.-2017.
- Buduće posebno reguliranje ove oblasti bi svakako bilo poželjno, ali nije od značaja za već pretrpljene negativne učinke povrede konkurencije i štetu koju je Podnositelj zahtjeva već pretrpio uslijed neopravdanog odbijanja BH Telecoma da omogući pristup nužnoj infrastrukturi, a na što je BH Telecom imao obvezu sukladno propisima o zaštiti konkurencije. Zahtjev je podnesen za ponašanje sudionika na tržištu protivno propisima o zaštiti konkurencije, a ne za ex ante regulativu iz sektora telekomunikacija, za koju Vijeće nije nadležno. Zahtjev sadrži detaljno razmatranje odnosa propisa i oblasti zaštite konkurencije i propisa iz oblasti telekomunikacija, odnosno analizu postupaka donošenja odgovarajuće odluke RAK-a i smisla odredbi o zaštiti tržišne konkurencije.
- Činjenica da RAK navodno vodi određene aktivnosti radi provedbe Politike sektora telekomunikacija, ne znači da BH Telecom može imati opravdanje za zlouporabu vladajućeg položaja ne mjerodavnom tržištu, odnosno kršenje propisa o zaštiti tržišne konkurencije, uslijed nedostatka ex ante regulative. Podnositelj citira Politiku, gdje je precizno kao jedan od prioriteta navedeno „zajedničko korištenje infrastrukture“. Prema tome, Politikom sektora telekomunikacija predviđeno je zajedničko korištenje postojeće infrastrukture kao jedna od temelja razvoja sektora telekomunikacija.
- BH Telecom zlouporabljuje svoj vladajući položaj na tržištu od 2015. godine, te je paradoksalno da pravdajući se nepostojanjem posebnih propisa u oblasti telekomunikacija zahtijeva od Vijeća da mu omogući kontinuirano vršenje povrede do prosinca 2018. godine. Imajući u vidu navedeno, Podnositelj zahtjeva predlaže Vijeću da provede postupak i odluči kako je predložio u Zahtjevu u dosadašnjem tijeku postupka.

Dana 1. prosinca 2017. godine zaprimljene su dodatne informacije i podatci od strane BH Telecoma, (podatci o broju korisnika na području BH Telecoma), pod brojem: UP-04-26-2-017-23/17, u kojem se u bitnom navodi slijedeće:



- Imovinsko pravna pitanja u vezi s infrastrukturom BH Telecoma nisu predmet raspravljanja ovog postupka, te Konkurencijsko vijeće nije nadležno za isto, te da su tvrdnje podnositelja zahtjeva paušalne i neutemeljene, a BH Telecom ni na koji način svojim postupanjem nije ugrozio poslovanje Telemacha.
- Podnositelj zahtjeva pokušava izbjeći primjenu sektorskih propisa, što je nezakonito jer se radi o normama kogentne prirode, zbog čega su neprimjenjive tvrdnje Podnositelja zahtjeva da su pravila konkurencijskog prava neovisna i trebaju se primjenjivati odvojeno od sektorskih propisa.
- Pozivanje na praksu iz EU nije primjenjivo na predmetni slučaj, a to se potvrđuje i iz dijela presude Europskog suda u predmetu Deutsche Telecom na koji se poziva Podnositelj zahtjeva, a koji glasi: *„Činjenica da se telekomunikacijski operator pridržavao sektorskih propisa iz oblasti telekomunikacija ne znači da ne postoji odgovornost operatora na temelju moguće povrede propisa iz oblasti konkurencije, dokle god je operator imao mogućnost autonomnog djelovanja u pogledu navodnog prekršaja“*.
- Netočni su navodi Podnositelja iz točke 2.4. Zahtjeva od 29.9.2017. godine, „da je sektorskom regulativom predviđeno zajedničko korištenje postojeće infrastrukture, ... s tim da sektorski regulator nije uredio sankcije za kršenje ove obveze.“ Naime, Politikom sektora elektronskih komunikacija utvrđuje se opredjeljenje Vijeće ministara Bosne i Hercegovine za dinamiku i pravac razvoja tržišta telekomunikacija do 2021. godine, a Akcijskim planom za realizaciju, koja čini njen sastavni dio, utvrđuju se zaduženja i rokovi za realizaciju prepoznatih opredjeljenja. Tako je točkom 1.1.3. Akcijskog plana utvrđeno zaduženje RAK-a, Ministarstva prometa i veza RS, Ministarstva prometa i komunikacija FBiH, nadležnih entitetskih ministarstva za gradnju i prostorno uređenje kao i nadležnih županijskih ministarstava za gradnju i prostorno uređenje, za donošenje procedura za izdavanje odobrenja za građenje, ostvarivanje prava puta, odnosno pristup, postavljanje, korištenje i održavanje EK infrastrukture i povezane opreme, a koja čini teret na nekretnini na kojoj je izgrađena EK infrastruktura i povezana oprema. Kao rok za okončavanje navedenih aktivnosti utvrđen je prosinac 2018. godine. Dakle, predmetnom Politikom nisu izravno obvezani operatori u kontekstu citiranog teksta Telemacha, tako da sankcije za kršenje obveza sektorski regulatori nisu ni mogli izbjeći, kada te obveze treba da se propišu do kraja 2018. godine.
- Također, na temelju Preporuke 2014/710/EC o mjerodavnim tržištima proizvoda i usluga u sektoru elektroničkih komunikacija podložnim prethodnoj (ex ante) regulaciji, utvrđena su tržišta koja nacionalni regulatori moraju analizirati svake tri godine, između kojih se nalazi i tržište 3 (a) veleprodajni lokalni pristup koji se pruža na fiksnoj lokaciji, i 3 (b) veleprodajni središnji pristup koji se pruža na fiksnoj lokaciji za proizvode za masovno tržište. Ova tržišta uključuju između ostalog i tržište koje Podnositelj zahtjeva označava mjerodavnim u ovom postupku, te smatra bitnim za naglasiti kako se u ovoj pravnoj stvari, suprotno načelu ekonomičnosti, vodi paralelan postupak, zanemarujući u potpunosti nadležnost u regulaciji tržišta elektroničkih komunikacija u Bosni i Hercegovini.
- Pravilom 54/2011 o analizi tržišta elektroničkih komunikacija RAK je dužan u provedbi postupaka određivanja regulatornih obveza operatorima sa značajnom tržišnom snagom posebno voditi računa primjeni relevantne preporuke Europske komisije o mjerodavnim tržištima koja podliježu prethodnoj regulaciji. Na listi tržišta koju je RAK utvrdila (u prilogu Pravila 54) nalazi se i odgovarajuće tržište 4 i 5., te sukladno sa svim mjerodavnim podzakonskim aktima i Politikom sektora elektronskih komunikacija, ova analiza tek treba da uslijedi.
- Kako su analiza naprijed navedenih tržišta pristupa, kao i sustavno regulatorno uređenje pristupa TK infrastrukturi jasno predviđeni i planirani na najvišoj državnoj razini, ne samo na temelju pravila RAK-a nego i Politike sektora elektronskih komunikacija, jasno je kako BH Telecom, u smislu spomenutog slučaja Deutsche Telecom, nije imao mogućnost autonomnog djelovanja u pogledu utvrđivanja uvjeta i cijena usluga pristupa infrastrukturi, zbog čega argumentacija Podnositelja zahtjeva o neovisnosti sektorskih propisa u potpunosti otpada.

- Cijeneći naprijed navedeno, jasno je da propisivanje cjenika pristupa TK infrastrukturi zahtjeva obimne i dugotrajne analize, snimanje postojećeg stanja na terenu, propisivanje standarda i metodologija, koji će se primjenjivati istovremeno na sve infrastrukturne operatore, utvrđivanje operatora sa značajnom tržišnom snagom, a tek onda nametanje cijena najma infrastrukture, koje moraju biti jednake za sve operatore. Za upravljanje ovakvim procesom, nadležna je isključivo RAK, sukladno pozitivnim propisima, stoga je upitan temelj i zakonitost cjenika, koje podnositelj zahtjeva navodi u točki 5.1. dopune svog zahtjeva.
- BH Telecom osporava i sve navode iz Zahtjeva, koji se referiraju na nacrt „Analize veleprodajnog tržišta fizičkog pristupa mrežnoj infrastrukturi na fiksnoj lokaciji i veleprodajnog tržišta širokopojasnog pristupa“ (dalje u tekstu: Analiza tržišta 4 i 5), jer se radi o aktu koji nikada nije službeno usvojen i objavljen od strane Vijeća RAK-a, te se stoga smatra neobvezujućim. Analiza tržišta 4 i 5 koju Podnositelj u većem dijelu svog Zahtjeva citira, bio je u proceduri javne rasprave, kojom prilikom je BH Telecom aktivno sudjelovao dostavljanjem konstruktivnih prijedloga i sugestija. Dakle, Podnositelj zahtjeva se u svom zahtjevu poziva na nevažeći dokument, čime se stvara pogrešan dojam o tome da je RAK zauzela konačne stavove o predmetnom tržištu. Da je RAK zaista utvrdila kako je tekst objavljen u svom nacrtu osnovan i korektan, taj dokument bi bio do sada objavljen i pravno obvezujući, te bi se operatorima koji bi bili proglašeni dominantnim na temelju te analize, već nametnule regulatorne obveze.
- Podnositelj zahtjeva potpuno pogrešno i neutemeljeno, u svom zahtjevu unaprijed polazi od pretpostavke da BH Telecom ima vladajući položaj, iako je za takvu kvalifikaciju nužno provesti odgovarajuću analizu, i to čini Listu operatora sa značajnom tržišnom snagom, koju je usvojila RAK, iako se u jednom cijelom poglavlju svog zahtjeva poziva na neosnovanost sektorskih propisa od prava konkurencije. Navedeno govori o tome koliko je Zahtjev Telemacha nedosljedan i nesistematičan, jer se dijelovi Zahtjeva zasnivaju na potpuno različitim premisama, koje jedan drugu isključuju. Na ovom mjestu napominje da je spomenuta Lista utvrđena prije svega bez provedenog postupak analize tržišta, sukladno Pravilu 54/2011 o analizi tržišta elektronskih komunikacija. Osim toga, navedena lista ne korespondira sa tržištem pristupa cijevima i kabelskoj kanalizaciji, koju Podnositelj zahtjeva problematizira u svom Zahtjevu, zbog čega na ovom mjestu upućujemo na obvezu Konkurencijskog vijeća da u svakom pojedinačnom slučaju, pa tako i u ovom predmetu, treba odrediti mjerodavno tržište sukladno Zakonu o konkurenciji i mjerodavnim podzakonskim aktima.
- BH Telecom, inzistira da se u ovom predmetu tržište analizira prema pravilima konkurencijskog prava, a ne na temelju serviranih neutemeljenih pretpostavki podnositelja zahtjeva, posebno uzimajući u obzir zamjenjivost ponude i potražnje prilikom definiranja mjerodavnog tržišta.
- U svezi s dostavljenim podacima o ukupnom broju korisnika, Telemach je naglasio da je dostavio samo podatke o broju korisnika Telemacha, koji ne uključuju i korisnike povezanih društava, kao i korisnike koji usluge koriste putem drugih tehnologija. Međutim, u cilju utvrđivanja tržišnog udjela, HB Telecom inzistira da u ovom postupku, tijekom uspoređivanja traženih podataka o broju korisnika, Konkurencijsko vijeće uzme u obzir prije svega vlasničku povezanost između operatora Telemach koji je izvršio akviziciju velikog broja manjih kompanija. U tom slučaju Konkurencijsko vijeće će pravilnom primjenom prava, doći do ispravnih zaključaka, ako uzmemo u obzir da su tzv. povezana društva Telemacha zapravo isti subjekt pod potpunom kontrolom Telemacha. Naime, sukladno članku 2. Zakona o konkurenciji, ovaj zakon se primjenjuje i na gospodarske subjekte koji imaju kontrolu nad drugim gospodarskim subjektima, te na gospodarske subjekte pod njihovom kontrolom. Činjenica je da akvizirani operatori Telemacha eventualno zadržali svoju statutaru samostalnost, odnosno pojedinačno su evidentirani u sudskom registru i imaju vlastita uvjerenja i dozvole, ne može biti dovoljan argument zbog kojeg bi se u ovom postupku promatrali kao potpuno odvojene i samostalne pravne subjekte, ignorirajući najvažniju činjenicu koja se ogleda u tome da operator Telemach kao većinski vlasnik ovih operatora, pa samim tim i onaj tko ima upravljačku moć, izravno ima utjecaj na njihovo ponašanje na mjerodavnom tržištu. Naime koliko je poznato BH Telecomu, u proteklim

godinama od strane Telemacha izvršena je akvizicija, a potom pripajanje najmanje 14. pravnih subjekata. Za sve navedene koncentracije obaviješteno je i Konkurencijsko vijeće, koje je u nekim slučajevima donijelo rješenje kojima je dopuštena koncentracija, a u nekim je koncentracija dozvoljena na temelju proteka roka za donošenje rješenja. Imajući u vidu činjenicu da je podatak o korisnicima označen kao poslovna tajna, te da BH Telecom nema uvid u navedene podatke, upozorava na činjenicu da bi zanemarivanje ukupnog broja korisnika svih akviziranih povezanih društava podnositelja Zahtjeva, predstavljalo grubo kršenje materijalnih propisa i dovelo do pogrešne primjene Zakona o konkurenciji u navedenom kontekstu.

- Činjenica da na tržištu širokopojasnih usluga u BiH djeluje 71 imatelj Dozvole za obavljanje djelatnosti davatelja usluga pristupa internetu (ISP dozvola) i 84 korisnika Dozvole za obavljanje djelatnosti operatora javnih elektronskih komunikacijskih mreža, koji pružaju maloprodajne širokopojasne usluge, bilo putem vlastite mreže ili putem mrežnih elemenata na veleprodajnoj osnovi, bitan je pokazatelj izražene konkurentnosti ovog tržišta, uzevši u obzir činjenicu da nijedan od navedenih poslovnih subjekata ne bi djelovao na tržištu koje mu ne onemogućava adekvatno pozicioniranje i stalne prihode. Napominje, kako je početak liberalizacije tržišta širokopojasnih usluga započeo 2002. godine u trenutku izdavanja prvih dozvola za ISP i mrežne operatore u BiH, a broj izdanih dozvola se iz godine u godinu povećava. U BiH već više od deset godina od liberalizacije, novi operatori pružaju usluge preko kablovske infrastrukture koju samostalno grade bez adekvatnog nadzora i kontrole od strane nadležnih institucija. Točnije, u nizu slučajeva kabela infrastruktura je izgrađena bez poštovanja bilo kakvih građevinskih i TK standarda za izgradnju iste, a time je postignut cilj da se uz što manje investicija u infrastrukturu dođe do korisnika. Dokaz postojanja paralelne kabela infrastrukture postojećim mrežama incumbent operatora je kontinuirani porast broja korisnika kabela operatora već niz godina.
- Kada je u pitanju konkretno Podnositelj zahtjeva, upućuje se Konkurencijsko vijeće da prije svega ispita stanje na maloprodajnom tržištu uvidom u ukupna broj korisnika Telemacha, te da analizira kretanje prihoda operatora Telemach u posljednjih nekoliko godina. Ukoliko se ustanovi da na maloprodajnom tržištu postoji visoka konkurentnost i rast broja korisnika Podnositelja zahtjeva, onda je jasno da odgovarajuće veleprodajno tržište nije nikakav prepreka ili ograničavanje njenog poslovanja, te da je vođenje ovog postupak bespredmetno. BH Telecom je tablično prikazao kretanje dobiti i prihoda Telemacha u razdoblju od 2011.-2016. godine. Pogledaju li se stvarni učinci na tržištu, jasno je kako Telemach na mjerodavnom tržištu fiksne telefonije bilježi konstantan porast broja korisnika, te paralelno s tim, na temelju javno dostupnih podataka, bilježi i rast prihoda i dobiti.
- Tako u ocjeni stanja tržišta telekomunikacija u Bosni i Hercegovini iz 2015. godine (akt RAK-a), evidentno kako BH Telecom bilježi pad broja korisnika na usluzi fiksne telefonije, te da je broj prenesenih brojeva u prosincu 2015. godine iznosio 32.656, od čega udio Telemacha i njemu akviziranih društava preko 63%, što predstavlja porast broja korisnika usluga Telemacha.
- Na temelju navedenog, i bez analize veleprodajnog tržišta pristupa kabelaškoj kanalizaciji i cijevima, pokazuje kako BH Telecom nije zloupotrijebio vladajući položaj, te da BH Telecom nije ograničio proizvodnju, tržište ili tehnički razvoj na štetu potrošača, u smislu članka 10. stavak (2) točka b) Zakona. Naprotiv BH Telecom smatra da će i prostom analizom podataka o kretanju broja korisnika i rasu prihoda Podnositelja zahtjeva, biti lako zaključiti da isti posluje potpuno nesmetano, da se konstantno i ubrzano razvija, te da ne postoji ni jedan pokazatelj koji bi upućivao na narušavanje pravila konkurencijskog prava, koje bi ugrozilo poslovanje Telemacha od strane BH Telecoma. Stoga BH Telecom predlaže Konkurencijskom vijeću da okonča postupak, odnosno donese Rješenje o nepostojanju zlouporabe vladajućeg položaja gospodarskog subjekta BH Telecom, te odbije Telemach sa svojim zahtjevom kao neutemeljen.
- BH Telecom je u svom odgovoru priložio i tablicu koja pokazuje podatke o ukupnom broju korisnika usluga, prema općinama.

#### **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 pristupa infrastrukturi mreže na razini veleprodaje (uključujući zajednički ili potpuno razvezani pristup na utvrđenoj lokaciji) u dimenziji usluga uključuje sljedeće usluge (koje su međusobni supstituti):

- usluga pristupa izdvojenoj lokalnoj petlji na temelju bakrene parice,
- usluga pristupa izdvojenoj lokalnoj petlji na temelju optičkih niti (FttH P2P),
- usluga širokopojasnog pristupa koju tradicionalni operatori pružaju za vlastite potrebe (neovisno o tehnologiji - xDSL putem bakrene parice i FttH P2P), uključujući i pripadajuću fizičku infrastrukturu (npr. kablovska kanalizacija).

Mjerodavno zemljopisno tržište predmetnoga postupka su zemljopisni teritorij koji pokriva BH Telecomova PSTN mrežna infrastruktura.

Slijedom navedenoga, mjerodavno tržište predmetnog postupka je utvrđeno kao tržište pristupa infrastrukturi mreže na razini veleprodaje (uključujući zajednički ili potpuno razvezani pristup na utvrđenoj lokaciji) u dimenziji usluga uključuje sljedeće usluge (koje su međusobni supstituti):

- usluga pristupa izdvojenoj lokalnoj petlji na temelju bakrene parice,
- usluga pristupa izdvojenoj lokalnoj petlji na temelju optičkih niti (FttH P2P),
- usluga širokopojasnog pristupa koju tradicionalni operatori pružaju za vlastite potrebe (neovisno o tehnologiji - xDSL putem bakrene parice i FttH P2P), uključujući i pripadajuću fizičku infrastrukturu (npr. kablovska kanalizacija), na zemljopisnom teritoriju koji pokriva BH Telecomova PSTN mrežna infrastruktura.

#### **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 mjerodavnom tržištu, odnosno na „tržištu veleprodajnog fizičkog pristupa mrežnoj infrastrukturi BH Telecoma“, Konkurencijsko vijeće uputilo joj je Zahtjev za informacijama broj: UP-04-26-2-017-20/17 dana 20. studenog 2017. godine.

RAK je dostavila tražene podatke dana 28. studenog 2017. godine, podneskom zaprimljenim pod brojem: UP-04-26-2-017-22/17.

#### **6. Usmena rasprava i daljnji tijek postupka**

U daljem 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 10. siječnja

2018. godine (poziv dostavljeni Podnositelju zahtjeva aktom broj: UP-04-26-2-017-24/17 dana 13. prosinca 2017. godine i Telemachu aktom broj: UP-04-26-2-017-25/17 dana 13. prosinca 2017. godine).

Na usmenoj raspravi održanoj u prostorijama Konkurencijskog vijeća (Zapisnik broj: UP-04-26-2-017-29/17 od 10. siječnja 2018. godine), ispred Podnositelja zahtjeva nazočio je punomoćnik odvjetnik Nihad Sijerčić odvjetnik, Rastko Petaković i Milan Teofilović kao stručni pomagači, a ispred BH Telecoma nazočili su punomoćnici Vahida Hodžić, Berina Avdić, Nihad Odošević i Ahmet Ivojević.

Podnositelj zahtjeva, i Protivna strana u postupku su ostali pri dosadašnjim iskazima, kao i dali dodatna pojašnjenja, te raspravili o predmetu postupka, a temeljem dokaza koji su dostavljeni u postupku.

Podnositelj zahtjeva je u podnesenom zahtjevu zatražio izvođenje dokaza vještačenjem i to: a) o okolnostima ekonomske potrebe korištenja predmetnih cijevi i neisplativosti postavljanja alternativne mreže na predmetnim lokacijama (na tržištu koje pokriva BH Telecom), i b) o slobodnim kapacitetima predmetnih cijevi (cijevi u vlasništvu BH Telecoma).

Na usmenoj raspravi Podnositelj zahtjeva je povukao zahtjev za izvođenjem dokaza vještačenjem koji se odnosi na okolnosti ekonomske potrebe korištenja predmetnih cijevi i neisplativosti postavljanja alternativne mreže na predmetnim lokacijama, a zahtjev za vještačenjem o slobodnim kapacitetima predmetnih cijevi cjelokupne infrastrukture BH Telecoma, u odnosu na lokacije koje imaju bakrenu infrastrukturu, i optičku infrastrukturu, precizirao u smislu da se smanji broj lokacija na tri cijevi i šest šahtova BH Telecomove infrastrukture.

BH Telecom se na usmenoj raspravi izjasnio kako se protivi svakoj vrsti predloženog vještačenja.

Konkurencijsko vijeće je dana 31. siječnja 2018. godine donio Zaključak broj: UP-04-26-2-017-33/17 kojim je odbio zahtjev Podnositelja zahtjeva za vještačenjem.

Dana 31. siječnja 2018. godine Konkurencijsko vijeće je uputilo Podnositelju Zahtjev za dostavom informacija broj: UP-04-26-2-017-32/17, u kojem je traženo preciziranje mjerodavnog zemljopisnog tržišta, na koji je Podnositelj dostavio odgovor dana 2. veljače 2018. godine zaprimljen pod brojem: UP-04-26-2-017-36/17, kojim je definirao mjerodavno zemljopisno tržište na način da je nabrojao općine sa infrastrukturom BH Telecoma.

## **7. Postupanje po Presudi Suda Bosne i Hercegovine broj: S1 3 U 028132 18 U od 4.studenog 2019. godine**

Presudom Suda Bosne i Hercegovine, broj S1 3 U 028132 18 U od 4.studenog 2019. godine, uvažena je Tužba gospodarskog subjekta Telemach i poništeno Rješenje Konkurencijskog vijeća, broj: UP-04-26-2-017-37/17 od 8. veljače 2018. godine te predmet vraćen Konkurencijskom vijeću na ponovno rješavanje. Presudom je naloženo Konkurencijskom vijeću da u ponovnom postupku vodeći računa osnovnim načelima zakona i ciljevima koje Zakon o konkurenciji treba postići, efikasno i pravilno utvrdi činjenice i na temelju tako utvrđenog činjeničnog stanja donese pravilnu i na zakonu zasnovanu odluku.

Postupajući po Presudi, strankama u postupku je ista poslana na očitovanje, i to dana 11. studenog 2019. godine, Podnositelju zahtjeva, aktom broj: UP-04-26-2-017-45/17, a BH Telecomu aktom broj: UP-04-26-2-017-46/17.

Dana 13. 11. 2019. godine, Podnositelj zahtjeva je dostavio svoje očitovanje na Presudu, zaprimljeno pod brojem: UP-04-26-2-017-47/17, u kojem je između ostalog, navedeno kako ostaje pri svim zahtjevima i navodima koji su izneseni u dosadašnjem tijeku postupka.

Dana 21. 11. 2019. godine, očitovanje na Presudu dostavio je BH Telecom zaprimljeno pod brojem: UP-04-26-2-017-48/17, u kojem je iznio svoj stav o neosnovanosti zahtjeva Telemach-a.

Temeljem Presude Suda Bosne i Hercegovine, broj S1 3 U 028132 18 U od 4. studenog 2019. godine, doneseno je Rješenje Konkurencijskog vijeća broj: UP-04-26-2-017-49/17 od 23. siječnja 2020. godine.

## **8. Postupanje po Presudi Suda Bosne i Hercegovine broj: S1 3 U 034964 20 U od 25. siječnja 2021. godine**

Presudom Suda Bosne i Hercegovine, broj: S1 3 U 034964 20 U od 25. siječnja 2021. godine (u daljnjem tekstu: Presuda), uvažena je Tužba gospodarskog subjekta Telemach i poništeno Rješenje Konkurencijskog vijeća, broj: UP-04-26-2-017-49/17 od 23. siječnja 2020. godine te predmet vraćen Konkurencijskom vijeću na ponovno rješavanje.

Presudom je naloženo Konkurencijskom vijeću da u ponovnom postupku otkloni nedostatke ukazane presudom, te donese pravilnu i na zakonu zasnovanu odluku koja će dati jasne i logične razloge.

Postupajući po Presudi, strankama u postupku je ista poslana na očitovanje, i to dana 1. veljače 2021. godine, Podnositelju zahtjeva, zahtjevom broj: UP-04-26-2-017-63/17, a BH Telecomu zahtjevom broj: UP-04-26-2-017-64/17.

Dana 10. veljače 2022. godine, Podnositelj zahtjeva je dostavio svoje očitovanje na Presudu, zaprimljeno pod brojem: UP-04-26-2-017-65/17, u kojem je između ostalog, navedeno kako ostaje pri svim zahtjevima i navodima koji su izneseni u dosadašnjem tijeku postupka.

Dana 14. veljače 2022. godine, očitovanje na Presudu dostavio je BH Telecom zaprimljeno pod brojem: UP-04-26-2-017-66/17, u kojem je iznio svoj stav o neosnovanosti zahtjeva Telemach-a.

Također, kako bi dodatno utvrdio činjenice zatražene su informacije od Telemach-a dana 18. veljače 2022. godine, broj: UP-04-26-2-017-67/17, na koji je odgovoreno dana 2. ožujka 2022. godine, podneskom broj: UP-04-26-2-017-69/17, a od BH Telecoma dana 3. ožujka 2022. godine podneskom broj: UP-04-26-2-017-70/17, na koji je odgovoreno dana 14. ožujka 2022. godine, zaprimljeno pod brojem: UP-04-26-2-017-72/17.

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 mjerodavnom tržištu, Konkurencijsko vijeće uputilo joj je Zahtjev za informacijama broj: UP-04-26-2-017-68/17 dana 18. veljače 2022. godine.

RAK je dostavila tražene podatke dana 14. ožujka 2022. godine, podneskom zaprimljenim pod brojem: UP-04-26-2-017-73/17.

## **9. 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 b) propisano je da se zlouporaba vladajućeg položaja posebno odnosi na ograničavanje proizvodnje, tržišta ili tehničkog razvoja na štetu potrošača.

Odlukom Konkurencijskog vijeća o definiranju kategorija vladajućeg položaja propisano je u članku 9. točka h) kako se za zlouporabu vladajućeg položaja mogu smatrati i odbijanje pristupa drugim gospodarskim subjektima, uz razumnu financijsku naknadu, postrojenjima, opremi, prijenosnoj mreži ili drugoj infrastrukturalnoj opremi, koja je u vlasništvu ili se koristi od gospodarskog subjekta u vladajućem položaju, ako drugi gospodarski subjekti nisu u mogućnosti iz pravnih i drugih razloga da djeluju na istom tržištu na kojem djeluje gospodarski subjekt koji ima vladajući položaj bez mogućnosti da zajednički koriste takvu opremu odnosno kapacitete, i ako gospodarski subjekt koji ima vladajući položaj ne dokaže da je takvo zajedničko korištenje neizvodivo iz operativnih, tehničkih ili drugih razloga ili da se od njih ne može tražiti takvo korištenje.

U konkretnom slučaju, gospodarski subjekt Telemach, navodi kako postoji zlouporaba vladajućeg položaja iz članka 10. stavak (2) točka b) Zakona, a koja se očituje u onemogućavanju gospodarskog subjekta BH Telecom, veleprodajnom fizičkom pristupu svojoj mrežnoj infrastrukturi, te iz članka 9. točka h) Odluke o definiranju kategorija vladajućeg položaja.

Veleprodajni fizički pristup mrežnoj infrastrukturi BH Telecoma, podrazumijevao bi iznajmljivanje elemenata mrežne infrastrukture i koji podrazumijeva objekte niskogradnje, koji se sastoji od kanala, cijevi, šahtova i slično i služi za polaganje i održavanje telekomunikacijskih kablova tzv. kablovske kanalizacije.

Na temelju dostavljenih dokaza i utvrđenog činjeničnog stanja, kao argumentacije iznesene tijekom postupka, savjesnom i detaljnom ocjenom svakog dokaza posebno i svih dokaza zajedno, Konkurencijsko vijeće je, u postupku po Presudi Suda BiH, 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.

Prema pravnim shvaćanjima iz Presude, Konkurencijsko vijeće je dužno u ponovljenom postupku promijeniti pravni pristup, te utvrditi pravno bitne činjenice postupka, tj. utvrditi činjenicu postojanja vladajućeg položaja sukladno članku 9. Zakona o konkurenciji, te činjenicu postojanja zlouporabe vladajućeg položaja iz članka 10. Zakona.

Sukladno prednjem, a imajući u vidu činjenicu kako su u članku 3. Zakona o komunikacijama kao mjerodavna tijela za provedbu odredbi u oblasti elektroničkih komunikacija određena Vijeće ministara Bosne i Hercegovine, i Regulatorna agencija za komunikacije Bosne i Hercegovine, dakle, u oblasti telekomunikacija kao ex-ante regulator na tržištu djeluje i Regulatorna agencija za komunikacije.

Regulatorna agencija za komunikacije svojim aktima, (Pravilom 54/2011) „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...“.

Prema dostavljenim podacima iz podneska zaprimljenog u Konkurencijsko vijeće dana 13. ožujka 2022. godine pod brojem: UP-04-26-2-017-73/17 od strane RAK-a, u kojem je navedeno da potražnja na veleprodajnom tržištu pristupa infrastrukturi mreže na razini veleprodaje (uključujući zajednički ili potpuno razvezani pristup na utvrđenoj lokaciji), proizlazi iz potražnje za uslugom širokopojasnog

pristupa koji se pruža na maloprodajnom nivou, a koji se bazira na: xDSL pristupu putem bakrene parice, pristupu putem kablovskih mreža i pristupu putem optičkih vlakana (FttH pristup -P2P i GPON), neovisno o tome nudi li se navedeni pristup samostalno ili u paketu s drugim elektronskim komunikacijskim uslugama.

Sukladno podacima dostavljenim od strane RAK-a, a imajući u vidu usluge koje se nude na maloprodajnoj razini, te analizirajući zamjenjivost ponude i potražnje na veleprodajnoj razini, kao mjerodavno tržište pristupa infrastrukturi mreže na razini veleprodaje (uključujući zajednički ili potpuno razvezani pristup na utvrđenoj lokaciji) u dimenziji usluga uključuje sljedeće usluge (koje su međusobni supstituti):

- usluga pristupa izdvojenoj lokalnoj petlji na temelju bakrene parice,
- usluga pristupa izdvojenoj lokalnoj petlji na temelju optičkih niti (FttH P2P),
- usluga širokopojasnog pristupa koju tradicionalni operatori pružaju za vlastite potrebe (neovisno o tehnologiji - xDSL putem bakrene parice i FttH P2P), uključujući i pripadajuću fizičku infrastrukturu (npr. kablovska kanalizacija).

Također, kao mjerodavno tržište pristupa infrastrukturi mreže na nivou veleprodaje (uključujući zajednički ili potpuno razvezani pristup na utvrđenoj lokaciji) u zemljopisnom smislu obuhvaća posebno područja koja su pokrivena pristupnom mrežom sljedeća tri operatora: BH Telecom, Mtel i HT Mostar.

Obzirom da je predmet ovog postupka isključivo veleprodajno tržište kablovske kanalizacije, Konkurencijsko vijeće je u postupku nesporno utvrdilo kako isto predstavlja dio „tržišta pristupa infrastrukturi mreže na nivou veleprodaje“, te da ista ima svoje supstitute, što predstavlja mjerodavno tržište iz članka 3. stavak (2) Zakona o konkurenciji.

Također, sukladno navodima RAK-a iz podneska broj: UP-04-26-2-017-73/17 od dana 13. ožujka 2022. godine, kao bitna činjenica ovog postupka utvrđeno je i sljedeće:

„kablovska kanalizacija nije definirana kao dio mrežne infrastrukture koja se izdvaja (razvezuje), te SMP operatori (BH Telecom, Mtel i HT Mostar) na tržištu usluga fiksne javne telefonske mreže nisu obvezni pružiti pristup kablovskoj kanalizaciji, prema postojećoj regulativi.“

Naime, prema dostavljenim podacima iz podneska zaprimljenog dana 13. ožujka 2022. godine zaprimljenom pod brojem: UP-04-26-2-017-73/17 od strane RAK-a vidljivo je kako gospodarski subjekt Telemach bilježi konstantan rast broja korisnika.

U daljem postupku, uspoređeni su podaci sa maloprodajne razine, tj. prema procentualnom kretanju broja korisnika, a koji su polazna osnova za analizu uzlaznog veleprodajnog tržišta.

Tako, dostavljeni podaci RAK-a za razdoblje od 2015. do 2020. godine prikazani su u tablici kako slijedi:

<b>Postotak udjela po broju krajnjih korisnika usluge distribucije audiovizualnih medijskih usluga i medijskih usluga radija</b>	<b>2015 u %</b>	<b>2016 u %</b>	<b>2017 u %</b>	<b>2018 u %</b>	<b>2019 u %</b>	<b>2020 u %</b>
<b>BH Telecom</b>	26,81	21,67	21,27	21,41	24,05	23,33
<b>Telemach</b>	30,34	44,94	44,55	43,63	40,76	40,67

Izvor: RAK



Uvidom u podatke dostavljene od strane RAK-a, o kretanju udjela broja krajnjih korisnika usluge distribucije audiovizuelnih sadržaja na tržištu, od strane BH Telecoma i Telemacha, a vezano za ocjenu tržišne snage gospodarskih subjekata, vidljivo je kako je u vremenskom razdoblju od 2015.-2020. gospodarski subjekt BH Telecom smanjio broj korisnika, a gospodarski subjekt Telemach povećao, što svakako govori u prilog o nepostojajnu vladajućeg položaja od strane BH Telecoma, te da se isti ne može zbog svoje tržišne snage može ponašati u značajnoj mjeri neovisno od stvarnih ili mogućih konkurenata, a imajući u vidu i kako glavni konkurent na tržištu konstatno povećava svoj tržišni udjel.

U bitnom, povećanje broja korisnika od strane Telemacha, te smanjivanje broja korisnika od strane BH Telecoma, je bitan pokazatelj da na tržištu vlada učinkovita tržišna konkurencija, te da je kablovska kanalizacija, iz predmetnog postupka, predstavlja samo jedan dio tržišta, te mogućnosti pristupa krajnjim korisnicima do usluga operatora BH Telecom i Telemach. Veleprodajno tržište može smatrati kao sredstvo za ostvarenje cilja, a to je povećanje ukupnog broja korisnika usluga, s tim kretanje tog istog broja najbolje ocjenjuje i tržišnu moć konkurenata na tržištu.

Za pitanje ocjene i postojanja zlouporabe vladajućeg položaja, uvijek je potrebno kumulativno ispunjenje oba uvjeta, dakle, potrebno je pored pitanja utvrđivanja činjenice postojanja vladajućeg položaja, na koje je odgovoreno negativno, utvrditi i činjenicu zlouporabe, odnosno radnje od strane BH Telecoma koja se odnosi na „ograničavanje, proizvodnje, tržišta i tehničkog razvoja na štetu potrošača“ se kako je propisano u članku 10. stavak (1) točka b), Zakona.

Obzirom da je utvrđeno kako kablovska kanalizacija predstavlja samo dio veleprodajenog tržišta, te postojanje supstituti za isto, te činjenicu kako sukladno stavu sektorskog regulatora BH Telecom, nema obvezu ponude kablovske kanalizacije, utvrđeno je da nije ispunjen ni drugi uvjet koji je potreban, kako bi se utvrdilo postojanje zlouporabe vladajućeg položaja.

Također, kao bitna činjenica koja je tijekom postupka utvrđena je, kako Telemach nikada nije tražio od BH Telecoma ponudu za pristup bilo kojem zamjenskom (supstitutu) tržištu, mrežnoj infrastrukturi na veleprodajnom tržištu.

Tijekom postupka je utvrđeno i kako Telemach, svoj pristup korisnicima temelji i na ugovoru sa JP Elektroprivreda BiH d.d. Sarajevo, na način da koristi niskonaponske stupove u vlasništvu elektroprivrednog poduzeća.

Ovakav pristup krajnjim korisnicima je također nereguliran od strane RAK-a, i temelji se na dobrovoljnom ugovornom odnosu između elektroprivrednog poduzeća i Telemach-a.

Također, pored gore navedenih činjenica, gospodarski subjekt Telemach, već posjeduje značajnu infrastrukturu (kablovska kanalizaciju) na zemljopisnom tržištu koje pokriva BH Telecom, putem koje obavlja svoju poslovnu djelatnost i pruža usluge, fiksne telefonije, interneta i kableske televizije.

Tako je prema dostavljenim podacima iz spisa gospodarski subjekt Telemach (sa povezanim društvima) ima svoju infrastrukturu na teritoriju (podatci su traženi samo za one općine koje se preklapaju sa infrastrukturom BH Telecoma) 37 općina, a dok BH Telecom, pruža usluge fiksne telefonije, interneta i kableske televizije na teritoriju 76 općina, većim dijelom putem svoje infrastrukture. Činjenica je i da je Telemach u kratkom vremenu svog poslovanja u Bosni i Hercegovini stekao značajnu infrastrukturu, kao i da ne postoji pravna niti bilo kakva druga zapreka za izgradnju nove.

U postupku je također utvrđeno i kako BH Telecom nema zaključen niti jedan ugovor o iznajmljivanju infrastrukture bilo kojem gospodarskom subjektu, te da ne postoji komercijalna ponuda za iznajmljivanje infrastrukture za bilo koji gospodarski subjekt na tržištu, što je također pokazatelj da nema zlouporabnog ponašanja prema gospodarskom subjektu Telemach.

U ovom postupku nesporno je utvrđeno kako gospodarski subjekt Telemach, ima mogućnost poslovanja na isti način kao i gospodarski subjekt BH Telecom, te da ne postoje pravne niti bilo koje druge prepreke za obavljanje djelatnosti gradnjom svoje vlastite infrastrukture, kao i korištenjem drugih alternativnih načina i tehnologija pristupa krajnjim korisnicima, kao i interkonekcijom koja je regulirana i obvezujuća za telekom operatore.

U vezi s ostalim navodima iz Zahtjeva, podnositelj zahtjeva se u Zahtjevu poziva na 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 djelovanje u pogledu navodnog prekršaja.

Analizom predmetnog slučaja Konkurencijsko vijeće je utvrdilo da u ovom postupku, predmetni slučaj iz prakse ESP nije mjerodavan niti se može povući paralela prema podnesenom zahtjevu. Naime, ovdje se radi o slučaju kada postoji regulativa od strane regulatora, odnosno da je moguće, ukoliko regulativa dopušta autonomiju djelovanja gospodarskom subjektu, prilikom tog autonomnog djelovanja može doći do narušavanja konkurencije i primjene pravila zaštite konkurencije. U ovom konkretnom postupku nije bilo akta regulatora, već se gospodarski subjekt ponaša slobodno na slobodnom nereguliranom tržištu, a kao takav nije narušio pravila konkurencije.

Vežano za zahtjev za vještačenje, uvidom u spis utvrđeno je kako je na usmenoj raspravi održanoj dana 10. siječnja 2018. godine (Zapisnik broj: UP-04-26-2-017-29/17) Podnositelj zahtjeva odustao od zahtjeva za vještačenjem.

Konkurencijsko vijeće je primijenilo materijalno pravo iz Zakona i Odluke o definiranju kategorija vladajućeg položaja, gdje je u članku 9. točka h) istaknuto kako zlouporaba vladajućeg položaja postoji u situacijama kada „drugi gospodarski subjekti nisu u mogućnosti iz pravnih i drugih razloga da djeluju na istom tržištu na kojem djeluje gospodarski subjekt koji ima vladajući položaj, i utvrdilo da u konkretnom slučaju ne postoje pravni i drugi razlozi koji onemogućavaju Telemach da djeluje na istom tržištu.

Konkurencijsko vijeće je utvrdilo da Telemach ima mogućnost poslovanja na isti način kao i BH Telecom, te da ne postoje pravne niti bilo koje druge prepreke za obavljanje djelatnosti gradnjom svoje vlastite infrastrukture, kao i interkonekcijom koja je regulirana i obvezujuća za telekom operatore. Ovdje se treba uzeti u obzir činjenica da gospodarski subjekt Telemach, već posjeduje značajnu infrastrukturu na zemljopisnom tržištu koje pokriva BH Telecom, putem koje obavlja svoju poslovnu djelatnost i pruža usluge, fiksne telefonije, interneta i kablovske televizije, te posjeduje i ugovore sa JP Elektorprivreda Bih d.d. Sarajevo.

Temeljem, prednjeg, Konkurencijsko vijeće je razmatralo i ocijenilo sve navode Podnositelja zahtjeva, te utvrdilo i da radnje koje se stavljaju na teret gospodarskom subjektu BH Telecomu, vežano za pristup veleprodajnom tržištu gospodarskom subjektu Telemach, ne predstavljaju niti zlouporabu vladajućeg položaja iz članka 10. stavak (2) točka b) Zakona kojim je propisano da je zabranjena svaka zlouporaba vladajućeg položaja jednog ili više gospodarskih subjekata na mjerodavnom tržištu, te da se ista posebno odnosi na ograničavanje proizvodnje, tržišta ili tehničkog razvoja na štetu potrošača.

S aspekta Odluke Konkurencijskog vijeća o definiranju kategorija vladajućeg položaja u kojoj je propisano u članku 9. točka h) kako se za zlouporabu vladajućeg položaja mogu smatrati i odbijanje pristupa drugim gospodarskim subjektima, uz razumnu financijsku naknadu, postrojenjima, opremi, prijenosnoj mreži ili drugoj infrastrukturnoj opremi, koja je u vlasništvu ili se koristi od gospodarskog subjekta u vladajućem položaju, ako drugi gospodarski subjekti nisu u mogućnosti iz pravnih i drugih

razloga da djeluju na istom tržištu na kojem djeluje gospodarski subjekt koji ima vladajući položaj bez mogućnosti da zajednički koriste takvu opremu odnosno kapacitete, i ako gospodarski subjekt koji ima vladajući položaj ne dokaže da je takvo zajedničko korištenje neizvodivo iz operativnih, tehničkih ili drugih razloga ili da se od njih ne može tražiti takvo korištenje, također je utvrđeno kako sukladno članku 36. Zakona o konkurenciji, gospodarski subjekt Telemach nije uspio dokazati postojanje vladajućeg položaja niti zoluporabe.

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

## **10. Troškovi postupka**

Dana 30. siječnja 2018. godine Punomoćnik Podnositelja zahtjeva podneskom broj: UP- 04-26-2-017-31/17 dostavio Zahtjev za naknadu troškova postupka u ukupnom iznosu od 5.027,00 KM sa uključenim iznosom PDV-a.

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.*

## **11. Administrativna pristojba**

Sukladno članku 2. tarifni broj 107. stav (1) tačka f) i g) Odluke o visini administrativnih pristojbi u vezi 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. Administrativna pristojba u iznosu od 1.500,00 KM, je u ovom postupku uplaćena dana 28. siječnja 2020. godine na Rješenje Konkurencijskog vijeća broj: UP-04-26-2-017-49/17 od 23. siječnja 2020. godine.

## **12. 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.

**Predsjednik**

**dr. sc. Amir Karalić**

**Dostaviti:**

- Odvjetnik Nihad Sijerčić, Fra Anđela Zvizdovića 1, BC UNITIC, Tower B/II, 71000 Sarajevo – punomoćnik Podnositelja zahtjeva;
- „BH Telecom“ d.d., Franca Lehara 7, 71 000 Sarajevo;
- u spis;