

BOSNA I HERCEGOVINA
Konkurencijsko vijeće



БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
Конкуренијски савјет

Rješenje

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

**Sarajevo,
februar, 2018. godine**



Broj: UP-04-26-2-017-36/17
Sarajevo, 8. februar 2018. godine

Konkurencijsko vijeće Bosne i Hercegovine, na osnovu člana 25. stav (1) tačka e), člana 42. stav (1), a u vezi s članom 4. stav (1) tačka b) Zakona o konkurenciji («Službeni glasnik BiH», br. 48/05, 76/07 i 80/09), člana 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 privrednog subjekta „Telemach“ d.o.o. Sarajevo, Džemala Bijedića 216., 71000 Sarajevo, Bosna i Hercegovina, zastupan po punomoćniku advokatu Nihadu Sijerčiću, fra. Anđela Zvizdovića 1., 71 000 Sarajevo, Bosna i Hercegovina protiv privrednog subjekta „BH Telecom“ d.d. Sarajevo, Franca Lehara 7., 71000 Sarajevo, Bosna i Hercegovina, radi utvrđivanja zloupotrebe dominantnog položaja u smislu člana 10. stav (2) tačka b) Zakona o konkurenciji, zaprimljenog pod brojem: UP-04-26-2-017-1/17, dana 30. juna 2017. godine, na 18. (osamnaestoj) sjednici održanoj 8. februara 2018. godine, je donijelo

R J E Š E N J E

1. Odbija se Zahtjev privrednog subjekta „Telemach“ d.o.o. Sarajevo, Džemala Bijedića 216., 71000 Sarajevo, Bosna i Hercegovina, podnesen protiv privrednog subjekta „BH Telecom“ d.d. Sarajevo, Franca Lehara 7., 71000 Sarajevo, Bosna i Hercegovina, radi utvrđivanja zloupotrebe dominantnog položaja u smislu člana 10. stav (2) tačka b) Zakona o konkurenciji, kao neosnovan.
2. Odbija se zahtjev privrednog subjekta „Telemach“ d.o.o. Sarajevo, Džemala Bijedića 216., 71000 Sarajevo, Bosna i Hercegovina za naknadom troškova postupka, kao neosnovan.
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

Konkurencijsko vijeće je dana 30. juna 2017. godine pod brojem: UP-04-26-2-017-1/17 zaprimilo Zahtjev za pokretanje postupka privrednog subjekta „Telemach“ d.o.o. Sarajevo, Džemala Bijedića 216., 71000 Sarajevo, zastupan po punomoćniku advokatu Nihadu Sijerčiću, fra. Anđela Zvizdovića 1., 71 000 Sarajevo (u daljem tekstu: Podnosilac zahtjeva ili Telemach) protiv privrednog subjekta „BH Telecom“ d.d. Sarajevo, Franca Lehara 7., 71000 Sarajevo (u daljem tekstu: Protivna strana ili BH Telecom), radi utvrđivanja zloupotrebe dominantnog položaja u smislu člana 10. stav (2) tačka b) Zakona o konkurenciji ("Službeni glasnik BiH", br. 48/05, 76/07 i 80/09) (u daljem 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. avgusta 2017. godine, zatražilo od Podnosioca zahtjeva dopunu istog, te aktom broj: UP-04-26-2-017-4/17 od 20. septembra 2017. godine.

Podnosilac zahtjeva je dostavio traženo dana 14. septembra 2017. godine, aktom broj: UP-04-26-2-017-3/17 i dana 29. septembra 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 člana 28. stav (1) Zakona, pa je Konkurencijsko vijeće izdalo Podnosiocu zahtjeva dana 11. oktobra 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 privredni subjekti „Telemach“ d.o.o. Sarajevo, Džemala Bijedića 216., 71000 Sarajevo, i „BH Telecom“ d.d. Sarajevo, Franca Lehara 7., 71000 Sarajevo.

1.1. Privredni subjekt TELEMACH

Privredni subjekt Telemach društvo za pružanje usluga u oblasti telekomunikacija d.o.o. Sarajevo, Džemala Bijedića 216., Sarajevo, registrovan je kod Općinskog suda u Sarajevu pod matičnim brojem: 65-01-0620-08. Njegov osnivač je Bosnia Broadband S.a.r.l. iz Luksemburga, Rue de Rollingergrund, L- 2440 Luksemburg i sa upisanim osnovnim kapitalom od (..)**¹.

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

1.2. Privredni subjekt BH Telecom

Privredni subjekt dioničko društvo BH Telecom Sarajevo, Franca Lehara 7., Sarajevo, registrovan je kod Općinskog suda u Sarajevu pod matičnim brojem: 65-02-0012-10 (stari broj: I-23391). Osnovni kapital privrednog 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. Osnovna registrovana djelatnost privrednog subjekta BH Telecom je obavljanje telekomunikacijskih djelatnosti.

2. Pravni okvir predmetnog postupka

Konkurencijsko vijeće je u toku postupka primijenilo odredbe Zakona, Odluke o utvrđivanju kategorija dominantnog položaja («Službeni glasnik BiH», br. 18/06 i 34/10), Odluke o utvrđivanju relevantnog 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 člana 26. Zakona.

Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između evropskih zajednica i njegovih država članica, s jedne strane i Bosne i Hercegovine s druge strane („Službeni glasnik BiH – međunarodni ugovori“ br. 10/08), (u daljem tekstu: Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju) odredba čl. 71. o primjeni kriterija i pravne stečevine Evropske unije, te člana 43. stav (1) Zakona, koje omogućuje Konkurencijskom vijeću u svrhu ocjene datog slučaja, da se može koristiti sudskom praksom Evropskog suda pravde i odlukama Evropske komisije.

¹ (..)**- podaci predstavljaju poslovnu tajnu u smislu člana 38. Zakona o konkurenciji.

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 period 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, Podnosilac zahtjeva, opisuju činjenično stanje i okolnosti koje su razlog za podnošenje Zahtjeva te bitnom navode sljedeće:

- Podnosilac zahtjeva, Telemach, je telekomunikacijska tvrtka koja djeluje kao operator digitalne i analogne kablovske TV, pružalac usluge širokopojsnog Interneta i kao operator fiksne telefonije (priloženi za Telemach Izvod iz registra i Finansijski izvještaj za 2016. godinu).
- Protivna strana, BH Telecom, je jedan od tri dominantna (engl. incumbent) telekomunikacijska operatora u BiH (uz privredne subjekte Hrvatske Telekomunikacije d.d. Mostar (u daljem tekstu: HT Mostar) i Telekomunikacije Republike Srpske a.d. Banja Luka (u daljem 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 zloupotrebu dominantnog položaja na relevantnom tržištu, na način da je neopravdano odbio omogućiti Telemachu fizički pristup svojoj mrežnoj infrastrukturi (telekomunikacijskim cijevima u pojedinim dijelovima Kantona Sarajevo i drugim kantonima u FBiH).

- U pogledu predloženog relevantnog tržišta, Podnosilac zahtjeva smatra da je relevantno tržište predmetnog postupka, tržište veleprodajnog fizičkog pristupa mrežnoj infrastrukturi BH Telecoma u oblasti pokrivenoj takvom infrastrukturom. S tim da je relevantno tržište proizvoda pristup „javnoj PSTN mreži BH Telecoma“, a relevantno geografsko tržište predstavlja „područje koje pokriva BH Telecomova PSTN mrežna infrastruktura“. Takav prijedlog Podnosilac zahtjeva obrazlaže na način da je i Regulatorna agencija za komunikacije BiH (u daljem tekstu: RAK) u svom stavu koji je iskazan u njegovom prijedlogu Analize veleprodajnog tržišta fizičkog pristupa mrežnoj infrastrukturi na fiksnoj lokaciji i veleprodajnog tržišta širokopojsnog pristupa od 8. decembra 2014. godine (priložena uz Zahtjev) (u daljem 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 geografska dimenzija ovog relevantnog tržišta proizvoda određena područjem koje pokriva BH Telecomova mreža.

- Kako bi dokazao da BH Telecom ima dominantni položaj na relevantnom tržištu Podnosilac navodi kako je BH Telecom jedini učesnik na tržištu fizičkog pristupa BH Telecomovoj mrežnoj infrastrukturi, te da njegov tržišni udjel na ovom relevantnom tržištu iznosi 100%, stoga zaključuje da je BH Telecom dominantan na relevantnom tržištu. Kao još jedan faktor relevantan 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 članu 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 Podnosilac dalje navodi kako definicija operatora sa značajnom tržišnom snagom je u BiH ista kao i odgovarajuća definicija u Evropskoj Uniji. U tom pogledu, Podnosilac zahtjeva ističe kako je u svojim relevantnim smjernicama Evropska komisija navela da definicija značajne tržišne snage (SMP) odgovara konceptu dominantnog položaja iz člana 102. Ugovora o funkcionisanju EU (u daljem tekstu: UFEU), te da stoga imajući u vidu da član 9. Zakona predstavlja praktično preuzetu odredbu člana 102. UFEU, Podnosilac smatra je isti zaključak u vezi sa povezanošću SMP statusa i dominantnog položaja primjenjiv i u BiH.

- Kako bi pojasnio zloupotrebu dominantnog položaja u ovom postupku, te preduprijedio eventualne buduće prigovore od strane BH Telecoma, Podnosilac zahtjeva navodi kako bez obzira na činjenicu da sektorskim propisima još uvijek nije izričito uspostavljena pojedina obaveza operatora ili da nisu utvrđeni detalji i način ostvarivanja takve obaveze, kao ni eventualna činjenica da nešto nije okarakterizirano kao povreda relevantnih sektorskih propisa od strane sektorskog regulatora (u ovom slučaju od strane RAK-a) ne znači da ne postoji zloupotreba dominantnog položaja u smislu člana 10. Zakona. Takav stav se potkrjepljuje praksom iz presude Evropskog suda pravde (u daljem tekstu: ESP) u predmetu Deutsche Telekom (predmet C-280/08, Presuda ESP od 14. oktobra 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 saglasnost 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 saglasnost 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 Podnosilac 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 preduslov za postojanje kršenja propisa o zaštiti konkurencije. Ovo se posebno 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, Podnosilac 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 Podnosiocu poznato, BH Telecom nema ni pravo koncesije niti neko drugo pravo korištenja predmetne infrastrukture pribavljeno u zakonom propisanoj proceduri.

Iako ove činjenice nemaju uticaja na obavezu BH Telecom da drugima omogući pristup predmetnoj infrastrukturi koju koristi, Podnosilac 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 učesnik na tržištu dužan dati na korištenje konkurentima pod odgovarajućim uslovima. Naime, pristup mrežnoj infrastrukturi incumbent operatora je od ključnog značaja za poslovanje alternativnih operatora i učešće na tržištima pružanja usluga krajnjim korisnicima.

- Bez obzira na prednju činjenicu, Podnosilac zahtjeva u svom zahtjevu dalje navodi kako se obratio BH Telecomu sa konkretnom ponudom u vezi 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 takmiči sa BH Telecomom.
- Podnosilac zahtjeva navodi kako je BH Telecom do infrastrukture koju danas koristi, većim dijelom došao korištenjem resursa stečenih u periodu do 1992. godine, a kojima su doprinijeli svi stanovnici BiH, u skladu sa sistemom 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 uslovima. 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 periodu 2015.-2017. više puta obratio BH Telecomu konkretnim zahtjevom da mu BH Telecom iznajmi pojedine telekomunikacijske cijevi u Kantonu Sarajevo, a nakon toga i u nekim drugim kantonima, a u koje bi Telemach položio svoj telekomunikacijski kabal (priloženi uz Zahtjev: Telemachovi zahtjevi upućeni BH Telecomu 20. marta 2017. godine, 19. januara 2017. godine, 3. avgusta 2015. godine, 27. avgusta 2015. godine, 1. septembra 2015. godine). Međutim, BH Telecom je u više navrata dao negativan odgovor u pogledu ovog zahtjeva, navodeći kako nema definisanu ponudu za iznajmljivanje telekomunikacijskih cijevi, te da stoga nije u mogućnosti da postupi po Telemachovom zahtjevu (priloženi uz Zahtjev: BH Telecomovi odgovori od 28. marta 2017. godine, 27. februara 2017. godine, 26. avgusta 2015. godine, 3. septembra 2015. godine, 1. decembra 2015. godine).

- U jednom od odgovora dostavljenih od strane BH Telecoma od 28. marta 2017. godine, BH Telecom inzistira na činjenici da sektorski regulator vladajućim operatorima još nije odredio uslove i pravila za davanje na korištenje slobodnih infrastrukturnih kapaciteta. Po tom pitanju Podnosilac zahtjeva navodi kako, eventualno nepostojanje detaljnih pravila po sektorskoj regulativi ne isključuje obaveze koje BH Telecom ima kao dominantni učesnik na tržištu u smislu propisa o zaštiti konkurencije. U tom pogledu, naročito je relevantna činjenica da se Telemach sa predmetnim zahtjevom prvi put obratio BH Telecomu još u avgustu 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 uslove i pravila (što očigledno može trajati više godina), dominantni operatori nemaju obavezu 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 omogućí pristup slobodnim kapacitetima u svojim telekomunikacijskim cijevima, navodeći samo da zakup nije moguć iz razloga što BH Telecom nema definisanu ponudu za takvu vrstu aranžmana, niti je sektorski regulator dao smjernice za sačinjavanje takve ponude. Međutim, nedostatak definisane ponude, kao i čekanje sektorskih propisa koji će BH Telecomu propisati detaljne uslove 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 omogućí provedbu zakona i pristup neiskorištenoj infrastrukturi, odnosno da omogućí fer i transparentan pristup odgovarajućoj infrastrukturi, smatra da je omogućio sasvim dovoljno vremena BH Telecomu da oblikuje objektivne i ekonomski opravdane uslove 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).
- Podnosilac 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 relevantnom 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 saglasnost 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. Podnosilac 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, Podnosilac ukazuje na analizu sadržanu u RAK analizi veleprodajnog pristupa, u kojoj se u mjerodavnom 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 uslove 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 obsega 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 opsega 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, Telekom Srpske i HT Mostara, kao i činjenicu da su izgrađene tokom dugog vremenskog perioda, zaključuje se da repliciranje pristupne mrežne infrastrukture BH Telecoma, Telekom 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, Telekom 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 Evropske 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 zloupotreba dominantnog položaja u predmetima Telekomunikacija Poljska (Predmet COMP /39.523) i Slovak Telekom (Predmet AT.39523). U navedenim predmetima, Evropska Komisija je izričito utvrdila da i tzv. „konstruktivno odbijanje saradnje“ (ponuda saradnje pod uslovima koji nisu razumni za drugu ugovornu stranu) predstavlja radnju zloupotrebe dominantnog 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 relevantnom tržištu. Stoga, Podnosilac 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 nesporni da omoguće pristup svojim infrastrukturama, te je na osnovu toga RAK zaključio da će potencijalno biti neophodna *ex ante* regulacija s tim u vezi. 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 zloupotrabu dominantnog položaja u praksi EU, te da Evropska 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 Evropske 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 zloupotrebu dominantnog položaja je i Evropska komisija:

„U oblasti prevoza, Komisija je u svojim odlukama utvrdila da firma kontroliše ključnu infrastrukturu mora pod određenim uslovima 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 članu [102](b), ili bi narušilo razvoj konkurencije na postojećim tržištima.“

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

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

Prema podnosiocu zahtjeva, svih pet uslova koje traži Evropska 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, perioda 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, perioda 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 efikasno takmiče 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 Podnosioca 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 uvlove 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 efikasno konkurirati. BH Telecomovo postupanje u vezi sa odbijanjem pristupa svojoj mreži stoga treba biti razmatran u tom kontekstu. Pošto alternativni operatori ne mogu pod razumnim uslovima replicirati BH Telecomovu mrežu, jedini način na koji bi se mogli efikasno takmičiti sa BH Telecomom je ukoliko bi imali pristup BH Telecomovoj mreži i odbijanjem pristupa BH Telecom narušava konkurenciju na maloprodajnom nivou tržišta.
- (pod d) Telemach je spreman platiti razumnu i nediskriminirajuću cijenu i u drugim pogledima je spreman da prihvati nediskriminirajuće uslove - 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 relevantnom 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 uslovima pod kojim bi traženi pristup bio omogućen - BH Telecom je odbio da odobri pristup bez obzira na poslovne uslove, čime jasno pokazuje da odbijanje saradnje nije utemeljeno na ekonomski opravdanim razmatranjima, već na uskraćivanju ključnog resursa konkurentima.
- Dodatno, Podnosilac ističe da, čak i ukoliko BH Telecom nema opću ponudu u kojoj bi bili određeni poslovni uslovi najma njegovih telekomunikacijskih cijevi, postoje objektivni kriteriji na osnovu 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 kablovske kanalizacije. Isti dokument također daje usporedni pregled u pogledu cijena usluge pristupa i zajedničkog korištenja kablovske kanalizacije u regiji, a što također može poslužiti kao koristan pokazatelj prilikom određivanja cijene zakupa BH Telecomovih cijevi, kao što je prikazano u tabeli:

	Usluga pristupa i zajedničkog korištenja kablovske 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 Evrope. U tom pogledu, podnosilac je priložio tabelu, sadržanu u ekspertskom mišljenju koje je SBR-net Consulting, koje je također priložio uz zahtjev, pripremio za Podnosioca zahtjeva kao komentar na RAK analizu veleprodajnog pristupa (u daljem tekstu: „SBR-net analiza“) pokazuje usporedbu cijene koju predlaže RAK sa relevantnim cijenama u nekoliko evropskih zemalja.

Podnosilac zahtjeva zaključuje, kako postoje objektivni kriteriji na osnovu 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 zloupotradi dominantnog položaja. U skladu sa EU Smjernicom 2014/61/CE o mjerama za smanjenje troškova postavljanja elektoničkih komunikacijskih mreža velikih brzina od 15. svibnja 2014. godine, kako bi se smanjili troškovi postavljanja širokopolasnih mreža, što doprinosi digitalizaciji javnog sektora i posljedično svim sektorima privrede, države članice EU su se obavezale osigurati da na njihovoj teritoriji svaki mrežni operator ima obavezu udovoljiti svim razumnim zahtjevima za pristup njegovoj fizičkoj infrastrukturi radi postavljanja elemenata elektoničkih komunikacijskih mreža velikih brzina pod pravičnim i razumnim uslovima. Zahtjev je, prema ovoj Direktivi, moguće odbiti isključivo iz objektivnih i transparentnih razloga.

- Iako Direktiva ne predstavlja izravan izvor prava u BiH, Podnosilac zahtjeva istu ovdje citira da bi prenio standarde postupanja sa infrastrukturom koji su usvojeni na nivou 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.

Podnosilac zahtjeva je u dopuni Zahtjeva dostavljenom na traženje Konkurencijskog vijeća dana 14. septembra 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 dostavljenom 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 pretežnu ili cjelokupnu teritoriju ovih općina, a Telemach pokriva dijelove teritorije navedenih općina mrežom koju je u dosadašnjem toku svog poslovanja izgradio ili kupio, te da je nemoguće je na osnovu javno dostupnih podataka u ovom trenutku iskazati tačan postotak preklapanja za svaku općinu. Dostavljeni podaci 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 geografskog područja svoju vlastitu mrežnu infrastrukturu, ali ne u obimu usporedivom sa BH Telecomom, odnosno postojeća vlastita mrežna infrastruktura mu ne omogućava odgovarajuće pružanje usluga krajnjim korisnicima, s obzirom da ne pokriva cjelokupnu teritoriju navedenih općina. Telemach ima interes za zakup cijevi radi polaganja vlastite infrastrukture u iste i pružanje osnovnih djelatnosti Telemacha, odnosno pružanja usluga TV, interneta i fiksne telefonije krajnjim korisnicima, a iz razloga što postoji više kategorija korisnika koje bi efikasnije 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 treća lica, 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 uslovima.
- 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, Podnosilac zahtjeva u ovom trenutku koristi zakupljene viškove kapaciteta raznih operatera (uključujući BH Telecom), a značajno bi kvalitetnije i efikasnije 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 lica, u skladu 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 saradnja do sada nije bio značajnijeg opsega, te nije bilo poslovne potrebe da se formulira službeni cjenik. Kada se promatra teritorija pokrivena 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 periodu 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 obim 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 nekog trećeg lica, izuzev BH Telecoma.
- Podnosilac 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 lica čije je vlasništvo BH Telecom zaposjeo. Predmetna pitanja nisu od presudne važnosti za predmet postupka pred Konkurencijskim vijećem, jer Podnosilac 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 relevantno pri ocjeni Konkurencijskog vijeća u vezi težine predmetne povrede konkurencije.
- U svom podnesku Podnosilac zahtjeva upućuje i na odredbu člana 9. stava (1), tačka (h) Odluke o definisanju kategorije dominantnog 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 kablova). 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.

Podnosilac zahtjeva je u dopuni Zahtjeva dostavljenoj na traženje Konkurencijskog vijeća dana 29. septembra 2017. godine, broj: UP-04-26-2-017-5/17, dostavio slijedeće 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 cjelokupnu teritoriju općine, izdvojeno i vidljivo na teritoriji na kojoj ima mrežnu infrastrukturu, te prema vrsti usluge koju korisnici koriste. Podaci 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.
- Podnosilac zahtjeva je obavijestio Konkurencijsko vijeće, da je prema službenoj web stranici RAK-a, nova sjednica Vijeća ove Agencije zakazana za 3. oktobra 2017. godine, te da će na istoj biti razmatrana Analiza veleprodajnog tržišta fizičkog pristupa mrežnoj infrastrukturi, u vezi sa predmetnim relevantnim tržištem.
- Dodatno, Podnosilac zahtjeva upućuje Konkurencijsko vijeće i sa je Politikom sektora elektronskih komunikacija Bosne i Hercegovine za period 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 širokopolasnog 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 Podnosiocu zahtjeva, da je sektorskom regulativom predviđeno je zajedničko korištenje postojeće fizičke infrastrukture kao jedan od osnova razvoja ovog sektora, s tim da sektorski regulator posebnim propisima još nije uredio sankcije za kršenje

ove obveze. Kako je istaknuto u Zahtjevu, ovo naravno ne isključuje obveze i sankcije koje su predviđene Zakonom o konkurenciji, a koje postoje i provedive su.

- Shodno svemu navedenom, Podnosilac zahtjeva upućuje zahtjev Konkurencijskom vijeću da pokrene postupak protiv BH Telecoma, te da utvrdi da je BH Telecom zloupotrijebio dominantni položaj na relevantnom tržištu, na način da je neopravdano odbijajući da omogući Telemachu fizički pristup svojoj mrežnoj infrastrukturi (telekomunikacijskim cijevima u pojedinim dijelovima Kantona Sarajevo i drugih kantona na teritoriji FBiH), zloupotijebio svoj dominantni položaj na tržištu veleprodajnog fizičkog pristupa BH Telecomovoj mrežnoj infrastrukturi u oblasti pokrivenoj takvom infrastrukturom, ograničavajući proizvodnju, tržišta ili tehnički razvoj u smislu člana 10. stav (2) tačka b) Zakona, i član 9. stav (1) tačka h), kao i člana 9. stav (1) tačka d) i g) Odluke o definisanju kategorija dominantnog položaja („Službeni glasnik BiH“ broj: 18/06 i 34/10), te da pored eventualnog izricanja novčane kazne u smislu člana 48. Zakona, naloži BH Telecomu da svoje ponašanje na tržištu uskladi sa odredbama Zakona, te prekine sa daljim kršenjem istog.

Na osnovu gore navedenog, Konkurencijsko vijeće je ocijenilo da povrede Zakona, na koje Podnosilac zahtjeva ukazuje, nije moguće utvrditi bez provedbe postupka, te je u skladu sa članom 32. stav (2) Zakona, na 11. sjednici održanoj dana 11. oktobra 2017. godine, donijelo Zaključak o pokretanju postupka, broj: UP-04-26-2-017-7/17 (u daljem tekstu: Zaključak), radi utvrđivanja zloupotrebe dominantnog položaja u smislu člana 10. stav (2) tačka b) Zakona.

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

Konkurencijsko vijeće, u skladu sa članom 33. stav (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. oktobra 2017. godine.

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

Dana 30. oktobra 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. novembra 2017. godine, aktom broj: UP-04-26-2-017-16/17.

BH Telecom je u odobrenom roku dostavio odgovor na Zahtjev i Zaključak Konkurencijskom vijeću, u smislu člana 33. stav (3) Zakona, podneskom broj: UP-04-26-2-017-17/17 dana 3. novembra 2017. godine, u kojem u cijelosti osporava Zahtjev, te smatra da isti treba odbiti kao neosnovan, i preuranjen, te u vezi sa pojedinačnim navodima Podnosioca 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 članu 36. stav (1), te Vijeće ministara, koje ima sve nadležnosti prema članu 13. Zakona o komunikacijama, te članom 3. tačka 4. stav a) i b) istog Zakona.
- Dalje ukazuje kako je Vijeće ministara Bosne i Hercegovine na 102. sjednici održanoj dana 23. maja 2017. godine donijelo Odluku o usvajanju Politike sektora elektronskih komunikacija Bosne i Hercegovine za period 2017. – 2021. godine i akcijskog plana za realizaciju politike („Službeni glasnik BiH“ broj: 46/17) (dalje u tekstu: Politika sektora elektronskih komunikacija). Politika

sektora elektronskih komunikacija propisuje dinamiku regulisanja i izgradnje elektronsko-komunikacijske (EK) infrastrukture.

- RAK je u dosadašnjem periodu u dva navrata provodio javne konzultacije za „Analizu veleprodajnog tržišta fizičkog pristupa mrežnoj infrastrukturi na fiksnoj lokaciji i veleprodajnog tržišta širokopojasnog pristupa“ u skladu sa Pravilom 54/2011. Uvažavajući dostavljene komentare svih učesnika 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 nivou veleprodaje (uključujući zajednički ili potpuno razvezani pristup na utvrđenoj lokaciji) – veleprodajni nivo i na tržištu 5. tržište širokopojasnog pristupa (veleprodajna razina). Definisani rok za donošenje propisa prema Politici sektora elektronskih komunikacija za donošenje propisa o uslovima i postupcima je decembar 2018. godine, a nosioci aktivnosti su RAK i resorna ministarstva u FBiH i RS), stoga je RAK dopisom broj: 02-29-1553-1/17 od 16. juni 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. decembra 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 podnosioca preuranjen.

Dana 15. novembra 2017. godine zaprimljen je podnesak Podnosioca 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 vremenski period 2015.-2017.
- Buduće posebno regulisanje ove oblasti bi svakako bilo poželjno, ali nije od značaja za već pretrpljene negativne efekte povrede konkurencije i štetu koju je Podnosilac zahtjeva već pretrpio uslijed neopravdanog odbijanja BH Telecoma da omogući pristup nužnoj infrastrukturi, a na što je BH Telecom imao obavezu u skladu sa propisima o zaštiti konkurencije. Zahtjev je podnesen za ponašanje učesnika 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 zloupotrebu dominantnog položaja ne relevantnom tržištu, odnosno kršenje propisa o zaštiti tržišne konkurencije, uslijed nedostatka ex ante regulative. Podnosilac 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 jedan od osnova razvoja sektora telekomunikacija.
- BH Telecom zlouporabljuje svoj dominantni 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 decembra 2018. godine. Imajući u vidu navedeno, Podnosilac zahtjeva predlaže Vijeću da provede postupak i odluči kako je predložio u Zahtjevu u dosadašnjem toku postupka.

Dana 1. decembra 2017. godine zaprimljene su dodatne informacije i podaci od strane BH Telecoma, (podaci 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 podnosioca zahtjeva

- paušalne i neosnovane, a BH Telecom ni na koji način svojim postupanjem nije ugrozio poslovanje Telemacha.
- Podnosilac zahtjeva pokušava izbjeći primjenu sektorskih propisa, što je nezakonito jer se radi o normama kogentne prirode, zbog čega su neprimjenjive tvrdnje Podnosioca zahtjeva da su pravila konkurencijskog prava nezavisna 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 Evropskog suda u predmetu Deutsche Telecom na koji se poziva Podnosilac 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“*.
 - Netačni su navodi Podnosioca iz tačke 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 obaveze.“ 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 tačkom 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 kantonalnih 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 decembar 2018. godine. Dakle, predmetnom Politikom nisu direktno obavezani operatori u kontekstu citiranog teksta Telemacha, tako da sankcije za kršenje obaveza sektorski regulatori nisu ni mogli izbjeći, kada te obaveze treba da se propišu do kraja 2018. godine.
 - Također, na osnovu Preporuke 2014/710/EC o relevantnim 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 Podnosilac zahtjeva označava relevantnim 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 obaveza operatorima sa značajnom tržišnom snagom posebno voditi računa o primjeni relevantne preporuke Evropske komisije o relevantnim 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 u skladu sa svim relevantnim podzakonskim aktima i Politikom sektora elektronskih komunikacija, ova analiza tek treba da uslijedi.
 - Kako su analiza naprijed navedenih tržišta pristupa, kao i sistemsko regulatorno uređenje pristupa TK infrastrukturi jasno predviđeni i planirani na najvišem državnom nivou, ne samo na osnovu 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 uslova i cijena usluga pristupa infrastrukturi, zbog čega argumentacija Podnosioca zahtjeva o nezavisnosti 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, u skladu sa pozitivnim propisima, stoga je upitan osnov i zakonitost cjenika, koje podnosilac zahtjeva navodi u tački 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 širokopoljanskog 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 Podnosilac 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 osnovu te analize, već nametnule regulatorne obaveze.
- Podnosilac zahtjeva potpuno pogrešno i neosnovano, u svom zahtjevu unaprijed polazi od pretpostavke da BH Telecom ima dominantan 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, u skladu sa Pravilom 54/2011 o analizi tržišta elektronskih komunikacija. Osim toga, navedena lista ne korespondira sa tržištem pristupa cijevima i kablovskoj kanalizaciji, koju Podnosilac zahtjeva problematizira u svom Zahtjevu, zbog čega na ovom mjestu upućujemo na obavezu Konkurencijskog vijeća da u svakom pojedinačnom slučaju, pa tako i u ovom predmetu, treba odrediti relevantno tržišta u skladu sa Zakonom o konkurenciji i relevantnim podzakonskim aktima.
- BH Telecom, insistira da se u ovom predmetu tržište analizira prema pravilima konkurencijskog prava, a ne na osnovu serviranih neosnovanih pretpostavki podnosioca zahtjeva, posebno uzimajući u obzir zamjenjivost ponude i potražnje prilikom definisanja relevantnog tržišta.
- U vezi 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 insistira da u ovom postupku, tokom 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, u skladu sa članom 2. Zakona o konkurenciji, ovaj zakon se primjenjuje i na privredne subjekte koji imaju kontrolu nad drugim privrednim subjektima, te na privredne 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 uticaj 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

osnovu 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 podnosioca 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 imalac Dozvole za obavljanje djelatnosti davaoca 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. Tačnije, u nizu slučajeva kablovska 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 kablovske infrastrukture postojećim mrežama incumbent operatora je kontinuisani porast broja korisnika kablovskih operatora već niz godina.
- Kada je u pitanju konkretno Podnosilac 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 Podnosioca 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 periodu od 2011.-2016. godine. Pogledaju li se stvarni učinci na tržištu, jasno je kako Telemach na relevantnom tržištu fiksne telefonije bilježi konstantan porast broja korisnika, te paralelno s tim, na osnovu 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 decembru 2015. godine iznosio 32.656, od čega udio Telemacha i njemu akviziranih društava preko 63%, što predstavlja porast broja korisnika usluga Telemacha.
- Na osnovu navedenog, i bez analize veleprodajnog tržišta pristupa kablovskoj kanalizaciji i cijevima, pokazuje kako BH Telecom nije zloupotrijebio dominantni položaj, te da BH Telecom nije ograničio proizvodnju, tržište ili tehnički razvoj na štetu potrošača, u smislu člana 10. stav (2) tačka b) Zakona. Naprotiv BH Telecom smatra da će i prostom analizom podataka o kretanju broja korisnika i rasu prihoda Podnosioca 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 zloupotrebe dominantnog položaja privrednog subjekta BH Telecom, te odbije Telemach sa svojim zahtjevom kao neosnovan.
- BH Telecom je u svom odgovoru priložio i tabelu koja pokazuje podatke o ukupnom broju korisnika usluga, prema općinama.

4. Relevantno tržište

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

Prema odredbi člana 4. Odluke o utvrđivanju relevantnog tržišta, relevantno tržište proizvoda obuhvaća sve proizvode i/ili usluge koje potrošači smatraju međusobno zamjenjivim s obzirom na njihove bitne karakteristike, kvalitet, namjenu, cijenu ili način upotrebe.

Prema odredbi člana 5. Odluke o utvrđivanju relevantnog tržišta, relevantno geografsko tržište obuhvaća cjelokupnu ili značajan dio teritorije Bosne i Hercegovine na kojoj privredni subjekti djeluju u prodaji i/ili kupovini relevantne usluge pod jednakim ili dovoljno ujednačenim uslovima i koji to tržište bitno razlikuju od uslova konkurencije na susjednim geografskim tržištima.

Relevantno tržište usluga predmetnoga postupka je tržište veleprodajnog fizičkog pristupa mrežnoj infrastrukturi.

Relevantno geografsko tržište predmetnoga postupka su geografska teritorija koji pokriva BH Telecomova PSTN mrežna infrastruktura, odnosno pojedine općine u Bosni Hercegovini koje se nalaze većinskim dijelom u Federaciji Bosne i Hercegovine, Brčko Distriktu i Republici Srpskoj, na teritoriji kojih BH Telecom ima vlastitu mrežnu infrastrukturu.

Slijedom navedenoga, relevantno tržište predmetnog postupka je utvrđeno kao tržište veleprodajnog fizičkog pristupa mrežnoj infrastrukturi, na geografskoj teritoriji koju pokriva BH Telecomova PSTN mrežna infrastruktura.

5. Prikupljanje podataka od trećih lica

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 relevantnom 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. novembra 2017. godine.

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

6. Usmena rasprava i daljnji tijek postupka

U daljem toku postupka, budući da se radi o postupku sa strankama sa suprotnim interesima, Konkurencijsko vijeće je zakazalo usmenu raspravu, u skladu sa članom 39. Zakona, za dan 10. januara 2018. godine (poziv dostavljen Podnosiocu zahtjeva aktom broj: UP-04-26-2-017-24/17 dana 13. decembra 2017. godine i Telemachu aktom broj: UP-04-26-2-017-25/17 dana 13. decembra 2017. godine).

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

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

Podnosilac 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 Podnosilac 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. januara 2018. godine donio Zaključak broj: UP-04-26-2-017-33/17 kojim je odbio zahtjev Podnosioca zahtjeva za vještačenjem.

Dana 31. januara 2018. godine Konkurencijsko vijeće je uputilo Podnosiocu Zahtjev za dostavom informacija broj: UP-04-26-2-017-32/17, u kojem je traženo preciziranje relevantnog geografskog tržišta, na koji je Podnosilac dostavio odgovor dana 2. februara 2018. godine zaprimljen pod brojem: UP-04-26-2-017-36/17, kojim je definisao relevantno geografsko tržište na način da je nabrojao općine sa infrastrukturom BH Telecoma.

7. Utvrđeno činjenično stanje i ocjena dokaza

Nakon sagledavanja relevantnih činjenica i dokaza utvrđenih tokom postupka, činjenica iznijetih na usmenoj raspravi, podataka i dokumentacije relevantnih institucija, savjesnom i detaljnom ocjenom svakog dokaza posebno i svih dokaza zajedno, Konkurencijsko vijeće je utvrdilo slijedeće:

Članom 9. stav (1) i (2) Zakona propisano je kako privredni subjekt ima dominantni položaj na relevantnom 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 udio tog privrednog subjekta na relevantnom tržištu, udjele na tom tržištu koje imaju njegovi konkurenti, kao i pravne zapreke za ulazak drugih privrednih subjekata na tržište. Pretpostavlja se da privredni subjekt ima dominantni položaj na tržištu roba ili usluga ako na relevantnom tržištu ima udio veći od 40%.

Članom 10. stav (1) propisano je da je zabranjena svaka zloupotreba dominantnog položaja jednog ili više privrednih subjekata na relevantnom tržištu, a članom 10. stav (2) tačka b) propisano je da se zloupotreba dominantnog položaja posebno odnosi na ograničavanje proizvodnje, tržišta ili tehničkog razvoja na štetu potrošača.

Odlukom Konkurencijskog vijeća o definisanju kategorija dominantnog položaja propisano je u članu 9. tačka h) kako se za zloupotrebu dominantnog položaja mogu smatrati i odbijanje pristupa drugim privrednim subjektima, uz razumnu finansijsku naknadu, postrojenjima, opremi, prenosnoj mreži ili drugoj infrastrukturnoj opremi, koja je u vlasništvu ili se koristi od privrednog subjekta u dominantnom položaju, ako drugi privredni subjekti nisu u mogućnosti iz pravnih i drugih razloga da djeluju na istom tržištu na kojem djeluje privredni subjekt koji ima dominantni položaj bez mogućnosti da zajednički koriste takvu opremu odnosno kapacitete, i ako privredni subjekt koji ima dominantni 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, privredni subjekt Telemach, navodi kako postoji zloupotreba dominantnog položaja iz člana 10. stav (2) tačka b) Zakona, a koja se očituje u onemogućavanju privrednog subjekta

BH Telecom, veleprodajnom fizičkom pristupu svojoj mrežnoj infrastrukturi, te iz člana 9. tačka h) Odluke o definisanju kategorija dominantnog 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.

Na osnovu dostavljenih dokaza i utvrđenog činjeničnog stanja, kao argumentacije iznesene tokom postupka, savjesnom i detaljnom ocjenom svakog dokaza posebno i svih dokaza zajedno, Konkurencijsko vijeće je na 18. sjednici održanoj dana 8. februara 2018. godine, razmatralo navedeni predmet i donijelo odluku da se Podnosilac u svom zahtjevu odbije, jer radnje (neodobravanje pristupa) koje se stavljaju na teret privrednom subjektu BH Telecom ne predstavljaju zloupotrebu dominantnog položaja iz člana 10. Zakona.

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

- Zakon o komunikacijama;
- Odluku Vijeća ministara Bosne i Hercegovine o usvajanju Politike sektora elektronskih komunikacija Bosne i Hercegovine za period 2017.-2021. i akcijskog plana za realizaciju politike;
- Prijedlog Analize veleprodajnog tržišta fizičkog pristupa mrežnoj infrastrukturi na fiksnoj lokaciji i veleprodajnog tržišta širokopojasnog pristupa, izrađen od strane RAK-a;
- Pravilo RAK-a 54/11;

Također, Konkurencijsko vijeće je izvršilo i uvid u Direktive koje se odnose na elektronske komunikacije iz 2002. godine, a u cilju upoznavanja sa regulatornim okvirom, i ciljevima koji su zadani istima i to:

- Direktiva 2002/21/EZ o pravnom okviru (Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive), OJ L 108, 24.4.2002);
- Direktiva 2002/20/EZ o odobrenju (Directive 2002/20/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on the authorisation of electronic communications networks and services (Authorisation Directive), OJ L 108, 24.4.2002);
- Direktiva 2002/19/EZ o pristupu (Directive 2002/19/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities (Access Directive), OJ L 108, 24.4.2002);
- Direktiva 2002/22/EZ o univerzalnoj usluzi (Directive 2002/22/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services (Universal Service Directive), OJ L 108, 24.4.2002);
- Direktiva 2002/58/EZ o privatnosti i elektronskim komunikacijama (Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications), OJ L 201, 31.7.2002);
- Direktiva 2002/77/EZ o konkurenciji (Commission Directive 2002/77/EC of 16 September 2002 on competition in the markets for electronic communications networks and services, OJ L 249, 17.9.2002).

Zakon o komunikacijama je po prvi put u Bosni i Hercegovini postavio pravni okvir za regulaciju tržišta elektronskih komunikacija, istim Zakonom ustanovljeno je nezavisno tijelo Regulatorna agencija za komunikacije Bosne i Hercegovine, a u članu 3. Zakona o komunikacijama kao relevantna tijela za provedbu odredbi u oblasti elektronskih komunikacija određena su Vijeće ministara Bosne i Hercegovine, i Regulatorna agencija za komunikacije Bosne i Hercegovine.

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

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

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

U Aneksu Pravila 54/2011, navedena su tržišta 4. i 5. kao „tržište pristupa infrastrukturi mreže na nivou veleprodaje i tržište širokopojasnog pristupa na nivou veleprodaje“.

Dakle, ciljna tržišta **ovog postup 4. i 5.** su definisana na način da su to tržišta koja su u cijelosti obuhvatila predmet ovog konkretnog postupka, i pristup tim tržištima, te je u skladu sa važećim Pravilom 54/2011 podložno provedbi analize od strane RAK-a.

Vezano za analizu tržišta 4. i 5. RAK je proveo postupak analize veleprodajnog tržišta fizičkog pristupa mrežnoj infrastrukturi, te pripremila dokument „Analiza veleprodajnog tržišta fizičkog pristupa mrežnoj infrastrukturi (uključujući i zajednički i potpuni pristup izdvojenoj lokalnoj petlji) na fiksnoj lokaciji i veleprodajnog tržišta širokopojasnog pristupa (Analiza tržišta 4. i 5.)“.

Prema podacima iz RAK-a ovaj dokument još uvijek nije usvojen, te BH Telecom (kao ni ostali operatori) nije proglašen za SMP operatora na ovom tržištu, čime bi postojala obaveza nuđenja svoje infrastrukture.

Kako se Podnosilac zahtjeva u Zahtjevu pozivao na gore navedenu Analizu, stavovi RAK-a navedeni u istoj, nisu se mogli uzeti u obzir kao konačni stavovi RAK-a jer dokument nije usvojen, odnosno nisu mogli biti od uticaja pri odlučivanju u ovom postupku.

Dalje, prema navodima RAK-a (podnesak broj: UP-04-26-2-017-22/17), „kablovska kanalizacija“ (infrastruktura) trenutačno, nije regulisana, te stoga operatori nemaju obavezu nuđenja iste, međutim, ukoliko postoji obostrani interes, nema nikakvih prepreka da operatori na komercijalnoj osnovi iznajmljuju kablovska kanalizaciju drugim operatorima uz potpisivanje međuoperatorskog ugovora, te stoga i cijena koje bi se plaćala za ovu vrstu usluge, nije regulisana već bi trebala biti određena na komercijalnoj osnovi.

Tokom 2017. godine, stupila je na snagu i nova „Politika sektora elektronskih komunikacija Bosne i Hercegovine za period 2017.-2021.“ usvojena od strane Vijeća ministara BiH koja ima uticaj i na akte RAK-a, a koji u pravilu trebaju slijediti zacrtane ciljeve iz politike, kao i akcijskog plana za provedbu iste, te pronaći način ostvarivanja iste.

U predmetnoj politici u tački 1.1.3. Akcijskog plana za realizaciju, u vezi s infrastrukturom navodi se kako će nadležna ministarstva entitetska i kantonalna, u saradnji sa RAK-om urediti način donošenja procedura za izdavanje građevinskih dozvola, ostvarenja prava puta, odnosno prava na 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, te kao rok za realizaciju aktivnosti određen je decembar 2018. godine. Dakle, predmetnom Politikom nisu obavezani operatori, već institucije za uređenje procedura za izgradnju novih objekata infrastrukture EK mreže (objekti niskogradnje).

Prilikom ocjene ovog slučaja, Konkurencijsko vijeće je zaključilo kako je djelovanje na ovom tržištu ograničeno, regulativom tijela koja su nadležna u skladu sa Zakonom o komunikacijama, koji je lex specialis koji reguliše ovu specifičnu materiju na specifičan način, te tražila modus, u kojem bi mogla pronaći prostor za ocjenu povrede iz čl. 10. Zakona o konkurenciji, i to u pojedinačnim slučajevima, nakon što su se dogodili kao djelovanje ex post, a pri tom pazeći da ne ulazi u mjerodavnosti drugih institucija, te poštujući zadani pravni okvir.

Činjenica je da privredni subjekt BH Telecom, iako u vlasništvu države sa 90% i dalje posluje i u skladu sa Zakonom o privrednim društvima FBiH, te je i njegov legitimni cilj sticanje dobiti, kao i svakog drugog privrednog subjekta.

Pitanje obaveze iznajmljivanja infrastrukture, po „razumnim cijenama“, kako bi omogućio i privrednom subjektu Telemach sticanje dobiti korištenjem njegove infrastrukture, te činjenica da BH Telecom nema interes za saradnjom ovog tipa, odnosno ne želi iznajmiti kablovsku infrastrukturu za potrebe Telemacha, te da za isto nije dao „razumno obrazloženje“, je za Konkurencijsko vijeće autonomno pravo privrednog subjekta na poslovno odlučivanje, uzimajući u obzir činjenicu kako sektorski regulator nije nametnuo takvu obavezu javnom privrednom subjektu BH Telecom.

Slikovito prikazano, kada bi se Konkurencijsko vijeće upustilo u odlučivanje time bi direktno donosio „regulativu“ u ovom sektoru, što bi otvorilo i niz pitanja, a najbitnija je koja bi bila uloga RAK-a u ovom okruženju. Uloga regulatora (telekomunikacija) pa i sam cilj njegovog postojanja, je da „ograniči“ tzv. bivše državne monopole u svojim pravima, kako bi uveo konkurenciju na tržište, pa je u teoriji postojanje regulatora opravdano, činjenicom nužnosti da bi se ostvarili „viši ciljevi“, a da oni sami po sebi, npr. nametanjem cijena, raznim ograničenjima, u biti onemogućuju subjekte da slobodno djeluju. U ovom slučaju izostanka regulative od strane RAK-a, ni na koji način Konkurencijsko vijeće ne može preuzeti obaveze ograničavanja jednog subjekta, radi ostvarivanja ciljeva drugog subjekta.

U ovom postupku nesporno je utvrđeno kako privredni subjekt Telemach, ima mogućnost poslovanja na isti način kao i privredni subjekt BH Telecom, te da ne postoje pravne niti bilo koje druge prepreke za obavljanje djelatnosti gradnjom svoje vlastite infrastrukture, kao i interkonekcijom koja je regulisana i obavezujuća za telekom operatore.

Ovdje se treba uzeti u obzir činjenica da privredni subjekt Telemach, već posjeduje značajnu infrastrukturu na geografskom tržištu koje pokriva BH Telecom, putem koje obavlja svoju poslovnu djelatnost i pruža usluge, fiksne telefonije, interneta i kablovske televizije.

Tako je prema dostavljenim podacima iz spisa privredni subjekt Telemach (sa povezanim društvima) ima svoju infrastrukturu na teritoriji (podaci 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 kablovske televizije na teritoriji 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 privrednom subjektu, te da ne postoji komercijalna ponuda za iznajmljivanje infrastrukture za bilo koji privredni subjekt na tržištu.

Promatrajući pitanje ovog postupka, analogijom sa pravnim okvirom u EU, možemo zaključiti da su se pitanja narušavanja konkurencije rješavala i prije postojanja sektorskih regulatora, te ukoliko su se ista pitanja u telekomunikacijskom sektoru mogla riješiti primjenom prava konkurencije, proizlazi zaključak da nema svrhe osnivati sektorske regulatore, što svakako nije tačno.

Konkurencijsko vijeće ipak ne osporava mogućnost ex post djelovanja na tržištima elektroničkih komunikacija u skladu sa Zakonom o konkurenciji, ali u pojedinačnim slučajevima, cijeneći svaki za sebe, te ukoliko postoji mogućnost djelovanja u skladu sa usvojenom regulativom.

Tako, Podnosilac zahtjeva se u Zahtjevu poziva na predmet Deutsche Telekom (Case C-280/08, Presuda ESP od 14. oktobra 2010. godine), u kojem je Evropski 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 relevantan 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 privrednom 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 privredni subjekt ponaša slobodno na slobodnom nereguliranom tržištu, a kao takav nije narušio pravila konkurencije.

Što se tiče opaske Podnosioca zahtjeva u pogledu upitnog prava vlasništva BH Telecoma, Konkurencijsko vijeće je utvrdilo kako takve činjenice, koje je iznio Podnosilac ni na koji način ne utiču na rješavanje ovog postupka, a i činjenica kako je i sam podnosilac naveo da „nisu relevantne za odlučivanje“, te se istima nije ni bavio.

Također u ovom postupku nije bilo potrebno dokazivati mogućnost BH Telecoma da iznajmi infrastrukturu, jer iz cjelokupnog postupka je utvrđeno da to nije sporno i da BH Telecom ima kapacitete, odnosno eventualno na određenim mjestima ne postoji ta mogućnost, stoga je Konkurencijsko vijeće u ovom konkretnom slučaju stava da je potrebno odvojiti pitanje tehničke mogućnosti od pravnog pitanja obaveze iznajmljivanja, pa se tehničkim mogućnostima nije bavilo.

Kao drugo, pitanje koje bi se moglo razmatrati u ovom postupku je i činjenica postojanja dominantnog položaja od strane BH Telecoma. Naime u određenim općinama infrastrukturu posjeduje i Telemach i BH Telecom, i u tim općinama na ravnopravan način konkurišu jedan drugom, dok je činjenica da u nekim općinama infrastrukturu ima samo BH Telecom. Međutim Konkurencijsko vijeće je ocijenilo kako je u ovom postupku bilo prvo potrebno odgovoriti na pravno pitanje o obavezi iznajmljivanja, stoga, je obzirom da je na ovo pitanje odgovoreno negativno, prihvatio i činjenicu kako je podnosilac zahtjeva predložio o definisanju relevantnog tržišta, kako u geografskom smislu, tako i u proizvodnom smislu.

Na osnovu prednjeg, Konkurencijsko vijeće je utvrdilo i da odbijanje BH Telecoma pristupu mrežnoj infrastrukturi, privrednom subjektu Telemach, ne predstavlja niti zloupotrebu dominantnog položaja iz člana 10. stav (2) tačka b) Zakona kojim je propisano da je zabranjena svaka zloupotreba dominantnog položaja jednog ili više privrednog subjekata na relevantnom tržištu, te da se ista posebno odnosi na ograničavanje proizvodnje, tržišta ili tehničkog razvoja na štetu potrošača.

Upravo, radi slobode tržišne konkurencije, na neregulisanom tržištu jedan privredni subjekt, koji raspolaže i upravlja svojom infrastrukturom, te samo ukoliko postoji saglasnost volja, odnosno poslovni interes jedna i druga strana mogu zaključivati ugovore, kojima će iznajmljivati svoju infrastrukturu, ili na drugi način omogućiti pristup drugim subjektima na tržištu da se koriste njegovim vlasništvom.

S aspekta Odluke Konkurencijskog vijeća o definisanju kategorija dominantnog položaja u kojoj je propisano u članu 9. tačka h) kako se za zloupotrebu dominantnog položaja mogu smatrati i odbijanje pristupa drugim privrednim subjektima, uz razumnu finansijsku naknadu, postrojenjima, opremi, prenosnoj mreži ili drugoj infrastrukturnoj opremi, koja je u vlasništvu ili se koristi od privrednog subjekta u dominantnom položaju, ako drugi privredni subjekti nisu u mogućnosti iz pravnih i drugih razloga da djeluju na istom tržištu na kojem djeluje privredni subjekt koji ima dominantni položaj bez mogućnosti da zajednički koriste takvu opremu odnosno kapacitete, i ako privredni subjekt koji ima dominantni 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.

Ova Odluka pobliže pojašnjava i daje raščlambu člana 10. Zakona, o pojedinim mogućim slučajevima zloupotrebe, Konkurencijsko vijeće je zaključilo kako nije ispunjen ovaj oblik zloupotrebe opisan u

Odluci, obzirom da je isti odnosi samo na slučajeve, kada ne postoji druga mogućnost na tržištu za poslovanje, bilo iz pravnih, bilo iz drugih razloga.

Na osnovu svega navedenog Konkurencijsko vijeće je odlučilo kao u tački 1. dispozitiva ovoga Rješenja.

8. Troškovi postupka

Dana 30. januara 2018. godine Punomoćnik Podnosioca zahtjeva podneskom broj: UP- 04-26-2-017-31/17 dostavio Zahtjev za naknadu troškova postupka u ukupnom iznosu od 2.527,20 KM sa uključenim iznosom PDV-a.

Konkurencijsko vijeće je prilikom određivanja troškova postupka uzelo u obzir odredbe Zakona o upravnom postupku („Službeni glasnik BiH“, br29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 i 53/16), i to član 105. stav (2) Zakona o upravnom postupku kada u postupku učestvuju 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 učesćem u postupku.

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

Na osnovu gore navedenog, Konkurencijsko vijeće je odlučilo kao u tački 2. dispozitiva ovoga Rješenja.

9. Pouka o pravnom lijeku

Protiv ovoga Rješenja nije dozvoljena žalba.

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

Predsjednik

Ivo Jerkić

Dostaviti:

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