



Serbia Broadband • Srpske kablovske mreže d.o.o.  
 Bulevar Zorana Đinđića 8a, Beograd  
 PIB 101038731 • MB 17280554  
 TR 170-998-27 kod UniCredit Banke Beograd • www.sbb.rs



16.11.2012  
 19.11.2012  
 gos.

**REPUBLIČKA AGENCIJA ZA  
 TELEKOMUNIKACIJE – RATEL**  
 Beograd  
 Višnjićeva 8

Република Србија - Републичка  
 Агенција за електронске комуникације Београд

ПРИМЉЕНО: 19.11.2012

Срп. јед.	Број	Преглед	Предмет
02	3491	713	12

na pažnju: g. Aleksandar Utješinović

emailom na: [aleksandar.utjesinovic@ratel.rs](mailto:aleksandar.utjesinovic@ratel.rs)  
[javnekonsultacije@ratel.rs](mailto:javnekonsultacije@ratel.rs)  
[ratel@ratel.rs](mailto:ratel@ratel.rs)

telefaksom na: 011/3242 673

Original preporučenom pošiljkom

U Beogradu, 19.11.2012. godine

**Predmet: Mišljenje SERBIA BROADBAND – SRPSKE  
 KABLOVSKE MREŽE d.o.o. Beograd, na izveštaj  
 RATEL-a o analizi maloprodajnog tržišta distribucije  
 medijskih sadržaja, sa primedbama na izveštaj**

Privredno društvo SERBIA BROADBAND – SRPSKE KABLOVSKE MREŽE d.o.o. Beograd, iz Beograda, Bulevar Zorana Đinđića 8a (u daljem tekstu SBB), kao operator distribucije medijskih sadržaja, dakle, kao učesnik na tržištu distribucije medijskih sadržaja, ovde iznosi svoje mišljenje i primedbe na izveštaj Republičke agencije za telekomunikacije (dalje: RATEL) o analizi maloprodajnog tržišta medijskih sadržaja (Tržište 8), datiranog sa „oktobar 2012. godine“.

Ovaj je izveštaj objavljen na sajtu RATEL-a, a u okviru javnih konsultacija, na koje je RATEL voljom zakonodavca obavezan, tokom kojih konsultacija su zainteresovana lica, pre svega učesnici na predmetnom analiziranom tržištu, ali i javnost u najširem smislu, uključujući i stručnjake, pozvana javnim saopštenjem RATEL-a da uzmu učešća i dostave svoje pisano mišljenje o izveštaju o analizi ovog tržišta, sve u navedenom roku od trideset (30) radnih dana od dana objavljivanja javnog poziva, odnosno najdocnije do dana 20.11.2012. godine, imajući u vidu da je početak javnih konsultacija oglašen dana 10.10.2012. godine, dan nakon objavljivanja izveštaja o analizi maloprodajnog tržišta medijskih sadržaja na internet stranici RATEL-a.

*[Handwritten signature and date 19/11/2012]*



Polazeći, dakle, od javnog poziva RATEL-a, SBB u nastavku iznosi svoje mišljenje i primedbe na izveštaj o analizi, sa odgovarajućim razlozima, odnosno argumentacijom, u svemu kako sledi:

## I UVODNE NAPOMENE

Izveštaj o analizi maloprodajnog tržišta distribucije medijskih sadržaja (Tržište 8) iz oktobra 2012. godine, predstavlja u svemu nastavak, gotovo kopiju izveštaja RATEL-a iz 2011 godine, na osnovu kojeg je RATEL doneo rešenje broj 1 – 02 – 3491 – 568/11 41 od 29.11.2011. godine, kojim je rešenjem oglasio, odnosno kojim je rešenjem SBB određen za operatora sa značajnom tržišnom snagom (ZTS), pa su SBB-u shodno tom i takvom određenju nametnute izvesne obaveze, pojedinačno navedene u dispozitivu rešenja.

Budući da je rešenjem, čiji sastavni deo je izveštaj o analizi iz prethodne, 2011. godine, navedeno (u zaključku analize) da će RATEL početkom 2012. godine ponovo uraditi analizu ovog tržišta radi ocene da li i dalje postoji potreba za prethodnu (*ex-ante*) regulaciju ili se ima uzeti da je reč o slobodnom i time sa aspekta RATEL-a tržištu koje nije predmet bilo kakve prethodne regulacije, RATEL je – istina, ne početkom godine, ali neosporno tokom godine – sačinio, ili barem dopunio prethodnu analizu maloprodajnog tržišta distribucije medijskih sadržaja, a ovu novu analizu prikazao u izveštaju o analizi, koji je predmet ovog mišljenja SBB-a.

Nova se analiza iz 2012. godine i izveštaj o analizi tek neznatno razlikuju od prethodnih izveštaja i analize; razlika se u osnovnom sastoji od dopune numeričkih i grafičkih prikaza analize podacima za 2011. godinu, te dopuni spiska propisa EU, koje RATEL koristi kao (supsidijarne) izvore prava, odnosno smernice za postupanje. Sam pristup problemu, kao i sve manjkavosti metodološkog pristupa problemu, pogrešna primena materijalnog prava, povrede u postupku, sa pravnog i sa logičkog i metodološkog aspekta ostale su neizmenjene.

Otuda, u prilogu ovog mišljenja SBB dostavlja svoje izjašnjenje dato 12.10.2011. godine, koje je u celosti primenjivo i na ovogodišnji izveštaj RATEL-a, s tim da svoje prošlogodišnje izjašnjenje SBB ovde dodatno obrazlaže, ali i dopunjuje u svetlu podataka za 2011. godinu, a u delu i za 2012. godinu (u meri u kojoj su dostupni), a iz kojih podataka, posebno imajući u vidu da bi analiza morala biti dinamička, tj. u odnosu na faktor vremena, se može videti da je trend promena na tržištu takav, da ne govori u prilog niti samoj analizi RATEL-a, a još manje izveštaju o analizi.

SBB, dakle, u celosti ostaje kod iznetih navoda iz izjašnjenja od 12.10.2011. godine, a uz tamo navedeno, ovde izlaže niže iznete primedbe i razloge za primedbe.



## II PROCESNO-PRAVNI NEDOSTACI

Izveštaj o analizi maloprodajnog tržišta distribucije medijskih sadržaja koji je predmet ovog mišljenja, datiran sa oktobrom 2012. godine, u formalnom smislu predstavlja upravni akt – ili bar nacrt upravnog akta - kojim se predlaže da drugi, ranije donet upravni akt – rešenje broj 1 – 02 – 3491 – 568/11 41 od 29.11.2011. godine – ostaje i dalje na snazi, pri čemu se ovaj puta ne navodi eksplicitno u kom roku će se izvršiti nova analiza tržišta radi ocene opravdanosti tog akta (rešenja), koji individualnom – pojedinačnom - i prethodnom (*ex ante*) regulacijom suštinski zadire u pitanja tržišta i to na način, koji ograničava inače dozvoljenu (pa i poželjnu) tržišnu utakmicu, putem nametanja jednom od učesnika nejednakih i nepravednih uslova poslovanja.

Budući da, s jedne strane, princip zadiranja u fer tržišnu utakmicu od strane regulatornih tela predstavlja i mora da predstavlja restriktivan izuzetak, propuštanje da se eksplicitno odredi vremenski period ponovne ocene celishodnosti rešenja broj 1 – 02 – 3491 – 568/11 41 od 29.11.2011. godine, predstavlja značajan procesno-pravni nedostatak, sa materijalno-pravnim konsekvencama. Ovo bez obzira na ograničenje iz samog Zakona o elektronskim komunikacijama, koje se navodi u referatu izveštaja, s obzirom na to, da je trogodišnji rok previše dug, kada je reč o tržištima koja su podložna brzim promenama, posebno u situaciji u kojoj će u kratkom roku doći do veoma značajnih promena usled promena tehnologije distribucije medijskih sadržaja (digitalizacija zemaljske televizije).

S druge strane, iako u suštini upravni akt ili predlog akta, izveštaj u formalnom smislu ne zadovoljava uslove koje mora ispunjavati svaki pojedinačni akt, posebno upravni, kojim se nekom licu (koje se po pravilu naziva strankom) nameću obaveze ili se tom licu produžava važenje nametnutih obaveza.

No pored toga, sam izveštaj ne poseduje odgovarajuću i obaveznu formu akta kojim se bilo nameću ili pak produžava važnost već ranije nametnutim obavezama, pa stoga čak i ako bi se tretirao kao predlog akta, zahvaćen je bitnim formalno pravnim i procesnim nedostacima.

Na posletku, pitanje da li se radi o nekom aktu opšteg značaja ili pojedinačnom za posledicu ima sledeće: Ukoliko se uzme da je u pitanju opšti akt, tada je potrebno da se pre donošenja zahteva saglasnost nadležnog ministarstva o ustavnosti i zakonitosti akta. Ukoliko je u pitanju pojedinačni akt, RATEL bi trebalo da – istina, po sopstvenoj diskrecionoj oceni, ali ne i slobodnoj oceni – da pribavi mišljenje Komisije za zaštitu konkurencije, a u svakom slučaju da pozove zainteresovane strane (zainteresovane strane nisu isto što i širi krug lica, te po pravilu ovde neće biti moguće pozivanje javnim pozivom) da se o predlogu izjasne. U bilo kom slučaju, RATEL očigledno i to na više načina nije postupio u skladu sa odredbama Zakona o elektronskim komunikacijama, koje je obavezan da primenjuje.

### **III OPŠTE METODOLOŠKE I PRIMEDBE U VEZI SA ČINJENICAMA I ČINJENIČNIM STANJEM**

Izveštaj o analizi maloprodajnog tržišta distribucije medijskih sadržaja, odnosno sama analiza tržišta, izvršena je u cilju sprovođenja odluke RATEL-a o određivanju relevantnih tržišta podložnih prethodnoj regulaciji, kojom je odlukom maloprodajno tržište distribucije medijskih sadržaja određeno kao tržište podložno prethodnoj regulaciji.

Odluku o određivanju relevantnih tržišta podložnih prethodnoj regulaciji, RATEL je doneo na osnovu zakonskih ovlašćenja, pri čemu se tvrdi, da je odluka zasnovana na direktivama i regulativama, odnosno na smernicama i preporukama EU, koje su uzete kao smernice za postupanje, odnosno izvor načela, temeljem kojih je RATEL navedeno tržište determinisao i definisao kao podložno prethodnoj regulaciji.

Kako je već je više puta izneto u različitim prilikama i uz uvažavanje nužnosti primene evropskih načela, mora se naglasiti da smernice i preporuke EU ne predviđaju, niti navode maloprodajno tržište distribucije medijskih sadržaja kao tržište podložno prethodnoj kontroli.

Ovde ponovo ukazujemo na izjašnjenje SBB-a od 12.10.2011. godine, stranice 16-18, koje dostavljamo u prilogu.

Svakako, nije sporno da RATEL ima ovlašćenja da svojom odlukom odredi relevantna tržišta podložna prethodnoj regulaciji, a potpuno je jasno i to, da niti smernice, a ni preporuke EU nisu sa aspekta domaćeg prava obavezujući propisi (uz određene izuzetke). Ipak, stav RATEL-a, da je evropsko iskustvo i praksa regulatornih tela neprimenjiva zbog, kako se navodi, različitog tretmana distribucije medijskih sadržaja, a bez daljeg obrazlaganja o kakvom se to različitom tretmanu radi, čini se neprihvatljivim. Ovo posebno sa razloga, što se slovom Zakona određivanje relevantnih tržišta podložnih prethodnoj regulaciji ima izvršiti uz primenu odgovarajućih preporuka EU.

Budući da je primedba, da relevantni propisi EU ne predviđaju maloprodajno tržište distribucije medijskih sadržaja kao relevantno tržište podložno prethodnoj kontroli, dosta značajna iz više razloga, kao što su pitanje svrhe i cilja instituta „učesnika sa značajnom tržišnom snagom“, pitanje odnosa podzakonskih akata regulatornih tela i opšte proklamovane i Ustavom zajemčene slobode tržišta i drugi razlozi, RATEL u uvodnom delu izveštaja tvrdi, da propisi i praksa EU dopuštaju da se kao relevantno tržište podložno prethodnoj kontroli odredi i drugo tržište, koje propisima i praksom EU nije kao takvo određeno, ukoliko se na osnovu testa 3 kriterijuma utvrdi postojanje visokih i trajnih strukturnih, pravnih ili regulatornih barijera za ulazak na tržište, postojanje takvih karakteristika tržišta, usled kojih se tržište neće kretati u pravcu uspostavljanja konkurencije tokom vremena i da uz sve to, na tržištu u odsustvu prethodne regulacije, odnosno kontrole, samo mere iz oblasti zaštite konkurencije nisu dovoljno efikasne da bi se tržišni nedostaci ograničili.



Sasvim načelno bi se – možda – moglo reći da propisi i praksa EU dopuštaju i gore navedeno tumačenje, naravno pod uslovom i jedino ako je tumačenje dato u duhu i smislu propisa EU i u granicama svrhe i cilja propisa. Teško da bilo kakvi propisi (pravne regule), makar i EU, dopuštaju njihovu primenu *praeter legem* ili *contra legem*, odnosno mimo i protiv zakona. Osim toga, dati kriterijumi, koji se imaju primeniti u testu 3 kriterijuma, imaju svrhu da definišu neko relevantno tržište kao tržište podložno prethodnoj kontroli, dok sama analiza tržišta, kako to i RATEL navodi, obuhvata više koraka, konkretnije 4 koraka, od kojih je tek prvi korak definisanje relevantnih tržišta. Dakle, test 3 kriterijuma, koji se u izveštaju koristi kao u suštini ključni dokaz za navode RATEL-a u odnosu na SBB i oglašavanje SBB-a operatorom sa značajnom tržišnom snagom, namenjen je samo za prvi korak kod analize, odnosno definisanje koja su to relevantna tržišta (geografska i tržišta usluga/proizvoda), koja bi mogla – tek mogla - biti određena kao podložna prethodnoj regulaciji.

Kako će niže biti pokazano, RATEL nije valjano sproveo test 3 kriterijuma, a pored toga je testu dao mnogo veći značaj i domet od onoga, koji po pravilima struke i propisima i praksi EU, taj test ima.

U tom kontekstu, čini se da je i ovaj izveštaj o analizi iz 2012. godine, kao i prethodni iz 2011. godine, suštinski sačinjen samo sa svrhom, da se na svaki način opravda ne samo odluka o određivanju relevantnih tržišta, već pre svega rešenje o određivanju SBB-a za operatora sa značajnom tržišnom snagom.

Jedino tako, naime, mogu se razumeti metodološke greške i u najvećem delu pogrešan pristup RATEL-a utvrđivanju činjeničnog stanja, tj. činjenica neophodnih za pravnu kvalifikaciju, a time i primenu prava prilikom oglašavanja SBB-a za operatora za značajnom tržišnom snagom, kao i pravne posledice (mere odnosno obaveze SBB-a određene rešenjem RATEL-a), koje se izriču.

### **III – A POGREŠNO UTVRĐENO RELEVANTNO TRŽIŠTE**

Zakonom o elektronskim komunikacijama, i to odredbom člana 62. Zakona, predviđeno je da RATEL, kada na osnovu prethodne analize tržišta utvrdi nepostojanje delotvorne konkurencije na relevantnom tržištu, određuje rešenjem operatora koji na tom tržištu ima značajnu tržišnu snagu, te tom operatoru određuje najmanje jednu obavezu iz člana 63. Zakona.

Takođe, odredbom člana 59. Zakona, predviđeno je da je prethodnoj regulaciji podložno tržište na kome postoje strukturne, regulatorne i druge trajnije prepreke, koje onemogućavaju ulazak novih konkurenata, na kome nije moguće obezbediti razvoj delotvorne konkurencije bez prethodne regulacije i na kome se uočeni nedostaci ne mogu otkloniti propisima o zaštiti konkurencije.

Odredbom člana 61. Zakona predviđeno je da operator ima značajnu tržišnu snagu na relevantnom tržištu, ako ima dominantan položaj ili položaj koji mu omogućava da se u značajnoj meri ponaša nezavisno od konkurenata, pretplatnika i



potrošača, pri čemu se posebno cene okolnosti navedene u stavu 2. člana 61. Zakona.

Polazeći od navedenog zakonskog okvira, RATEL je u izveštaju dao pregled analize maloprodajnog tržišta distribucije medijskih sadržaja, u svemu kao i u prethodnom izveštaju iz 2011. godine. Na ovaj način RATEL je u osnovi ponovio iste greške, koje je učinio prilikom prethodne analize.

Što se relevantnog tržišta tiče i načina određivanja tog tržišta, kao relevantnog geografskog tržišta i relevantnog tržišta usluga, primenjena osnovna načela nisu po sebi posebno sporna. Naime, osnovna načela za određivanje relevantnog tržišta data su propisima o zaštiti konkurencije, odnosno Zakonom o zaštiti konkurencije i Uredbom o bližim kriterijumima za određivanje relevantnog tržišta. Tako je članom 6. Zakona o zaštiti konkurencije predviđeno, da je relevantno tržište takvo tržište, koje obuhvata relevantno tržište proizvoda na relevantnom geografskom tržištu, a relevantno tržište proizvoda predstavlja skup robe, odnosno usluga, koje potrošači i drugi korisnici smatraju zamenljivim u pogledu njihovog svojstva, uobičajene namene i cene. Relevantno geografsko tržište predstavlja teritoriju na kojoj učesnici na tržištu učestvuju u ponudi ili potražnji i na kojoj postoje isti ili slični uslovi konkurencije koji se bitno razlikuju od uslova na susednim teritorijama.

Sporan je način primene ovih kriterijuma, kao i način određenja relevantnog tržišta i uslova da se relevantno tržište oglasi podložnim prethodnoj kontroli.

Dodatno, Zakon o elektronskim komunikacijama ne pravi razlike u smislu tehnologije distribucije medijskih sadržaja, odnosno ne razdvaja optička ili druga sredstva od radio sredstava. Stoga je i RATEL trebalo da dosledno primeni tehnološku neutralnost u smislu konkretnog sredstva distribucije, umesto što je unapred proizvoljno ograničio administrativnim metodima sam obim pojma relevantnog tržišta, ograničavajući ga na distribuciju putem kablovskih mreža, IPTV i DTH.

Sam Zakon polazi od tehnološke neutralnosti načina distribucije. Pa ipak, u izveštaju RATEL-a tehnološka neutralnost nije dosledna, pa bi se čak moglo reći i da je prećutno eliminisana.

Nejasno je sa kojih se razloga isključuje iz analize distribucija putem radio-difuzne mreže, posebno imajući u vidu da bi ovaj način distribucije medijskih sadržaja *ipso iure* morao biti obuhvaćen, jer proističe iz zakonske definicije pojma, a po obimu je značajan. Naročito je ovo sporno imajući u vidu mogućnost supstitucije, budući da je supstitucija distribucijom radio-difuznom mrežom realno moguća i veoma značajna.

U kontekstu iznetog je potpuno nejasno zašto RATEL toliko insistira na ograničenjima na strani supstitucije tražnje i supstitucije ponude, čak i da su tačna (što inače nisu). O načinu određivanja relevantnog tržišta proizvoda Zakon o elektronskim komunikacijama nema nijednu odredbu. Zato se na ovu oblast moraju – pa to RATEL i čini, ili barem prikazuje kao da čini - primenjivati pravila Zakona o

zaštiti konkurencije i njegovih pratećih propisa. Ta pravila kažu da ako su ograničenja na supstituciji tražnje i supstituciji ponude bitna, tada ne postoji zamenljivost proizvoda i zbog toga ne postoji jedan jedinstven relevantan proizvod. Umesto jednog proizvoda postoji više užih definicija relevantnog proizvoda kod kojih ne postoje navedena ograničenja. Ako, pak, ta ograničenja nisu bitna, pa se izvodi zaključak da postoji jedan relevantan proizvod, analiza navedenih ograničenja je irelevantna. Ne može se u isto vreme govoriti o brojnim ograničenjima na strani supstitucije tražnje i supstitucije ponude, a da se ipak tvrdi da postoji samo jedan jedini relevantni proizvod.

Budući da RATEL zaključuje da postoji jedan jedini relevantni proizvod, cela priča o ograničenjima na strani supstitucije ponude i supstitucije tražnje je irelevantna sa stanovišta definicije relevantnog tržišta proizvoda. Ona je irelevantna i sa stanovišta primene člana 59. Zakona o elektronskim komunikacijama koji određuje pod kojim uslovima neko tržište proizvoda podleže *ex ante* regulaciji. To je sasvim logično. Prvo mora da se odredi relevantno tržište proizvoda, a potom se odlučuje da li je takvo tržište podložno prethodnoj regulaciji ili nije. Kriterijumi za određivanje relevantnog proizvoda nisu i ne mogu biti isti kao kriterijumi za odlučivanje da li neko relevantno tržište proizvoda podleže prethodnoj regulaciji.

Ako se tržište distribucije medijskih sadržaja posmatra samo kroz aspekt sredstva distribucije, zbog tehnološki neutralnog stava Zakona o elektronskim komunikacijama – onda izveštaj nije potpun, pa nije ni valjan, jer zanemaruje sredstvo sa učešćem od oko 50% u ukupnoj distribuciji medijskih sadržaja.

Naime, ukupan broj korisnika usluga distribucije medijskog sadržaja je, po podacima RATEL-a, oko 1.331.000, pa imajući u vidu daje prema popisu iz 2011. godine broj domaćinstava u Srbiji oko 2.447.000, te da nisu svi korisnici domaćinstva, jasno je da značajan broj potrošača i dalje koristi distribuciju putem radio-difuzne mreže, što ovaj vid distribucije čini itekako relevantnim u smislu mogućnosti supstitucije.

Dodatan dokaz za ovo jeste činjenica da prema podacima za 2011 i 2012 godinu, još uvek je gledanost televizija nacionalne frekvencije veća putem zemaljske radio difuzije, nego putem tehnologija posmatranih od strane RATEL-a u izveštaju (KDS, IPTV, DTH).

Tabela 1: Gledanost nacionalnih televizija u 2011. god. prema broju gledalaca

	RTS 1	PINK	PRVA	B92	RTS 2	AVALA	Happy/Happy K	UKUPNO
KDS/DTH	156.179	123.456	99.161	50.499	26.820	22.410	11.607	490.132
ATT	194.900	179.654	125.159	62.013	35.409	26.898	23.763	647.796
UKUPNO	351.079	303.110	224.320	112.512	62.230	49.308	35.369	1.137.928

Tabela 2: Gledanost nacionalnih televizija zaključno sa okt. 2012. god. prema broju gledalaca

	RTS 1	PINK	PRVA	B92	RTS 2	AVALA	Happy/Happy K	UKUPNO
KDS/DTH								
ATT	156.226	114.825	113.499	57.805	24.055	16.884	13.926	497.220
UKUPNO	183.798	164.552	115.490	60.592	27.936	20.103	25.677	598.148
	340.024	279.377	228.989	118.397	51.991	36.987	39.604	1.095.369

Kako iz iznetog sledi, a imajući u vidu definiciju pojma relevantnog tržišta, da bi se tržište nekog proizvoda, odnosno usluge – konkretno usluge distribucije medijskih sadržaja – razdvojilo od drugih tržišta, tržišta drugih usluga (što upravo znači definisati ili odrediti tržište proizvoda), mora se utvrditi da li je taj proizvod/usluga zamenljiv, tačnije, da li ga potrošači smatraju zamenljivim u pogledu uobičajenog svojstva, namene i cene (supstitucija tražnje), a postojanje supstitucije tražnje procenjuje se na osnovu kriterijuma procene mogućnosti opredeljenja kupaca za kupovinu zamenskog proizvoda

To znači da je RATEL, sasvim pogrešno, administrativnim, veštačkim i proizvoljnim sužavanjem pojma, izbacio sredstvo distribucije koje je pojedinačno najviše zastupljeno u distribuciji (distribucija radio difuzijom), iako je očigledno da između sredstava – posebno između kablovske mreže i radio difuzije ili IPTV i radio difuzije – postoji jasna mogućnost supstitucije. Moglo bi se reći, ako se relevantno tržište posmatra na način iz izveštaja RATELA da je glavna karakteristika upravo u tome, što radio difuzija može supstituisati bilo koje od ostalih analiziranih sredstava.

Pored toga što, kako je već ranije izneto, u datom kontekstu sva razmatranja o navodnim ograničenjima supstitucije na strani tražnje gube smisao, ovako sužen pristup ima i druge konsekvence.

Posledica jasne greške u metodološkom pristupu oglada se u pogrešnoj oceni parametara, koji se koriste kod testa 3 kriterijuma, pa time i do potpuno pogrešnih rezultata testa i svega što iz testa sledi. Svakako, jedna od posledica jeste i u tome, što je tržišna snaga učesnika pogrešno procenjena, a ova pogrešna procena ima značajne implikacije.

Naravno, mora se napomenuti da sam procenat učešća ništa ne znači sam po sebi. Da bi se dosledno ocenio značaj procentualnog tržišnog učešća nekog od učesnika, ovde operatora, potrebno bi bilo dokazati (test malog, ali značajnog povećanja cena), da upravo na osnovu i zbog svog učešća operator ostvaruje neopravdanu dobit, tzv. monopolsku dobit, a ovaj test nije sproveden.

Zbog svega navedenog, a posebno zato, što je RATEL analizu vršio polazeći od pretpostavke da SBB jeste operator sa značajnom tržišnom snagom, iako bi to

morao biti zaključak analize, razlozi i argumentacija izveštaja u značajnoj meri su manjkavi.

### **III – B GREŠKE U TESTU 3 KRITERIJUMA**

U samom se izveštaju navodi, da je test 3 kriterijuma jedan i to prvi od 4 koraka u postupku analize tržišta. Preduslov samoj analizi, podrazumeva se, jeste pravilno definisano relevantno tržište, što je u konkretnom slučaju sporno.

Nadalje, sam test mora biti zasnovan na dinamičkoj analizi relevantnog tržišta, što znači na metodološki i sa aspekta struke valjano izvršenoj i potpuno obrazloženoj proceni budućeg razvoja relevantnog tržišta. Ovde je, dakle, reč o analizi koja ima za cilj između ostalog i da odgovori na pitanja o trendovima tržišnih kretanja, obuhvatajući pretpostavljene tehnološke promene, pretpostavljene socio-ekonomske promene i druge i njihov uticaj na samo relevantno tržište, kako god da je određeno, odnosno na kvalitet odnosa među učesnicima, s jedne i položaj korisnika usluga, s druge strane.

U pitanju je, dakle, naučno zasnovana procena budućeg stanja, u kojoj se podaci o prethodnom stanju uzimaju samo kao jedan od faktora od značaja za utvrđivanje trenda promena.

Test 3 kriterijuma ima za cilj da na osnovu gore opisane dinamičke analize odgovori na pitanja o trenutnoj i očekivanoj elastičnosti tržišta i to tako što procenjuje nekoliko uslova, u slučaju čijeg kumulativnog postojanja se tržište smatra neelastičnim i slabo konkurentnim, i to do mere da je neophodno regulisati tržište putem prethodne kontrole, budući da bi samo naknadna kontrola po propisima o zaštiti konkurencije bila neefikasna i nedovoljna za otklanjanje tržišnih nedostataka.

Uslovi koji kumulativno moraju biti ispunjeni da bi se smatralo podložnim prethodnoj regulaciji su:

- Postojanje ulaznih barijera i to: (i) postojanje strukturnih, kao i (ii) postojanje regulatornih, a uz to i (iii) drugih trajnijih prepreka, a sve ovo ukoliko postojanje svih navedenih prepreka ima za posledicu onemogućavanje ulaska novih konkurenata na tržište;
- Nemogućnost da se – kod ispunjenosti prvog uslova u pogledu barijera – obezbedi delotvorna konkurencija bez prethodne regulacije, kao i
- Da pri svemu tome (barijere + nemogućnost konkurencije) nedostaci ne mogu biti otklonjeni samo primenom propisa iz oblasti zaštite konkurencije.

U izveštaju se svaki od uslova koji moraju biti kumulativno ispunjeni (i to zapravo dvostruko kumulativno, budući da kod postojanja uslova „barijere ulasku“ moraju postojati sve navedene barijere i strukturne i regulatorne, a uz to i druge trajnije) obrazlaže zasebno, pa se tako u izveštaju navodi da strukturne barijere postoje i da se ogledaju u tome, što se distribucija vrši putem kablovskih mreža, IPTV i DTH sistema, pa bi svaki potencijalni novi učesnik koji ne poseduje sopstvenu

mrežu (a ne može da je poseduje, ako je novi učesnik)

trpeo prepreku u vidu troškova izgradnje mreže i potrebnog vremena za izgradnju.

Naravno, ovakav je zaključak višestruko nepravilan. Pre svega, kako je već navedeno, posmatrano tržište distribucije može se posmatrati jedino u odnosu na sredstvo, a najšire zastupljeno sredstvo u procentu korisnika (radio difuzija) se ne uzima u obzir. Uz to, u praksi se pokazalo, da izgradnja mreže nije ni vremenski niti drugačije toliko zahtevna da bi se mogla smatrati (kada bi to čak i bilo metodološki korektno) takvom preprekom koja onemogućava ulazak drugih učesnika na tržište.

Pored toga, čak i da relevantno tržište posmatramo na tako ograničen način, kako se to čini u izveštaju, trošak izgradnje mreže ne može se smatrati ulaznom barijerom. O ovome je već detaljno obrazloženo u izjašnjenju SBB-a od 12.10.2011. godine, a na ovom mestu naglašavamo samo to, da je logička besmislica smatrati barijerom i to strukturnom barijerom, nešto što je suštinski tehnički uslov za vršenje delatnosti, koji je jednak za sve učesnike na tržištu, odnosno postoji podjednako za sve učesnike (naravno, tzv. stari učesnici su taj trošak već pretrpeli, a novi će ga tek trpeti).

Kada bi bilo tako, kako RATEL tvrdi, onda u svakoj ekonomskoj delatnosti postoje visoke barijere i sve delatnosti bi trebalo podvrgnuti prethodnoj regulativi, a ne samo telekomunikacije i to samo u delu definisanom kao „maloprodajno tržište distribucije medijskih sadržaja“. Očigledno je da je ovakav stav apsurdan. Zato u primeni pravila o zaštiti konkurencije postoji drugi princip. Postoje visoke barijere za ulazak u neku granu samo ako novo preduzeće mora da plati daleko veće troškove za otvaranje novih kapaciteta nego što je to platilo postojeće preduzeće. Sama po sebi visina troškova nije ograničenje konkurencije jer ona zavisi od prirode delatnosti. Visina troškova je, naravno, važna za bavljenje privredom, ali ne i za ograničenje konkurencije. Tu su bitni relativni troškovi, odnosno troškovi novog preduzeća u odnosu na troškove postojećih preduzeća.

Dodatno, a kako je i ranije isticano, u praksi se dokazalo da gradnja infrastrukture nije uopšte sama po sebi značajna prepreka, jer postoje učesnici na tržištu, koji su u veoma kratkom roku uspeli da postavе optičku distributivnu mrežu, kao što je primer sa „NUBA“. Posledično time se obara i pretpostavka o kontroli nad infrastrukturom, čiji se obim ne može lako replicirati, koji se u narednom koraku koristi od strane RATEL-a u cilju dokazivanja uslova za oglašenje SBB-a operatorom sa značajnom tržišnom snagom.

Budući da navedeni uslov nije ispunjen, odnosno da barijere ne postoje, svakom daljem testu bi morao biti kraj. Ovo tim pre, što i sam izveštaj navodi da drugih barijera nema – podsećamo, uslov postojanja barijera smatra se ispunjenim u slučaju postojanja svih (i strukturnih i regulatornih i drugih trajnijih) barijera.

Naravno o posledici koja takođe mora postojati (da usled barijera novi konkurenti ne mogu ući na tržište) nema praktično nikakvog obrazloženja, a posebno ne takvog koje bi obuhvatalo slučaj (tzv. case study) nameravanog ali barijerama sprečenog konkurenta.

Na sličan način, RATEL je „analizirao“ i postojanje drugih uslova – uostalom, na praktično istovetan način, primenjen u izveštaju od 2011. godine. Da nekim slučajem posledice na samo tržište, učesnike na tržištu, a pre svih na potrošače i korisnike usluga nisu tako značajne, ova bi „analiza“ bila nevažna. Posledice su, međutim isuviše značajne, da bi se preko tzv. analize moglo ćutke preći.

RATEL, tako, kod ocene o postojanju karakteristika tržišta usled kojih se tržište neće kretati u pravcu uspostavljanja konkurencije procenjuje da li će tokom vremena barijere (koje, kako je pokazano, ni ne postoje) nestati.

Pored toga što za ocenu trendova kretanja na tržištu nema nikakvih obrazloženja, niti je vremenski faktor suštinski uzet u obzir, RATEL – naravno – zaključuje u svom izveštaju da barijere neće nestati.

Moguće je da razlog za ovakvu procenu budućih kretanja u razvoju tržišta leži u tome, što je sasvim logično, da barijere neće nestati, imajući u vidu da iste ne samo da ne postoje (pa ne mogu ni nestati) nego i to, da ako se kao barijera kvalifikuje osnovni tehnički uslov delatnosti (naravno, delatnosti suženog obima po shvatanju i potrebama RATEL-a), onda takva barijera ni ne može nestati.

Uzgred, mora se napomenuti da se u oceni o postojanju navodnih strukturnih barijera nazire i razlog veštačkog sužavanja relevantnog tržišta prilikom njegovog određivanja, jer je iz definicije izbačeno sredstvo, koje na strani učesnika zahteva minimalan trošak ulaska.

Nadalje, u izveštaju se ne daju nikakvi razlozi o ispunjenosti uslova nemogućnosti obezbeđenja delotvorne konkurencije na relevantnom tržištu bez prethodne regulacije. Pitanje je, kako je taj zaključak i iz kojih premisa izveden? Koja je to procenjena dinamika razvoja i kretanja na tržištu i zašto se procenjuje da kod takvih trendova neće biti moguće, ukoliko prethodne regulacije ne bude, obezbediti delotvornu konkurenciju? Sve su to pitanja na koja izveštaj ne daje drugi odgovor, osim nekoliko opštih fraza.

Iako je – logički, metodološki i pravno gledajući – test morao biti okončan već utvrđenjem da nisu ispunjeni SVI preduslovi postojanja barijera, a svakako ceneći potpuno besmislen i nelogičan pristup oceni drugog od 3 kriterijuma, pitanje je, da li se i na koji način može pobijati stav izveštaja o ispunjenosti trećeg uslova, koji je i inače dosta fluidan.

Naime, zaista je teško – posebno u konkretnom slučaju – upuštati se u pitanja delotvornosti naknadne (*ex post*) kontrole, odnosno dovoljnosti mera iz oblasti zaštite konkurencije za otklanjanje nedostataka na relevantnom tržištu. Posebno, na ovo je pitanje teško odgovoriti u konkretnom slučaju, jer navodni nedostaci na tržištu su nepostojeći, fiktivni i u domenu imaginacije.

Svakako, prilično je zanimljiv stav, da Komisija za zaštitu konkurencije nije sposobna da vrši poslove, radi kojih je osnovana. Jer, u izveštaju se indirektno ovo navodi kada se tvrdi da naknadna kontrola ne bi bila delotvorna. Na žalost za ovu se,

dosta neobičnu tvrdnju, ne daju nikakvi razlozi, tako da nužno ostaje u domenu nagađanja.

Ipak, iz sasvim hipotetičkog razmatranja, tj. polazeći od jedinog razloga neophodnosti *ex ante* kontrole koji se u izveštaju navodi (a to je da jedino kontinuiranim praćenjem odabranog učesnika na tržištu - onog naravno, sa „značajnom tržišnom snagom“ - mogu, tvrdi se, biti sprečeni nepopravljivi negativni efekti, koji istina ne postoje, niti ima osnovanih pretpostavki da će ikada nastati, ali, na hipotetičkom nivou bi možda mogli nastati), može se izvesti jasan zaključak o postojanju nepoverenja u koncept tržišta i tržišne utakmice, što je veoma zabrinjavajuće.

Ovo je obrazloženje toliko neozbiljno da ga ne vredi dodatno komentarisati, pa u tom smislu upućujemo na stav iznet u izjašnjenju od 12.10.2011. godine. Možda valja napomenuti samo to, da datom argumentacijom RATEL, kao ipak značajna državna agencija namerno zaboravlja, da su regulatorne intervencije državnih tela na tržište načelno nedopuštene i da se čak i iznimno dozvoljene intervencije imaju posmatrati (uslovi za intervenciju) krajnje restriktivno.

Kako je već izneto, prethodnom (*ex ante*) regulacijom suštinski se zadire u pitanja tržišta i to na način, koji ograničava inače dozvoljenu (pa i poželjnu) tržišnu utakmicu, putem nametanja jednom od učesnika nejednakih i nepravednih uslova poslovanja.

Budući da je nametanje - pa makar i od strane države jednom od učesnika - nepravednih uslova poslovanja i to putem prethodne kontrole suštinski u suprotnosti sa svim principima prava i pojmom tržišta, kao takvim, ove suštinski nasilne intervencije moraju se primenjivati samo izuzetno i pod veoma strogo kontrolisanim uslovima – što se u izveštaju RATEL-a potpuno zanemaruje.

I inače, mora se naglasiti, intervencija na tržište mora biti intervencija prema konkurenciji, a ne konkurentima, kako je to i naglašeno u izjašnjenju od 12.10.2011. godine. Svrha intervencije nije da uništi učesnika, ma kakva da mu je tržišna snaga, već da zaštiti ili ojača ili poboljša konkurenciju.

RATEL pogrešno zaključuje da su kumulativno ispunjena sva tri uslova koja kvalifikuju relevantno tržište distribucije medijskih sadržaja za prethodnu kontrolu. Nasuprot tome, SBB je pokazao i dokazao da nijedan od navedena tri kriterijuma nije ispunjen. Naravno, bilo bi dovoljno i da samo jedan od ova tri kriterijuma ne bude ispunjen, pa da se odbaci prethodna kontrola relevantnog tržišta. Zbog toga tvrdimo da tržište distribucije medijskih sadržaja mora biti tretirano kao slobodno tržište, na kome će se u narednom periodu realizovati značajan tehnološki napredak.

Budući da oglašavanjem SBB-a za operatora sa značajnom tržišnom snagom štetu trpi i samo tržište, pre svih potrošači/korisnici, a naravno i SBB, pri čemu nije uopšte jasno na koji način takvo postupanje štiti, jača ili čini konkurenciju kvalitetnijom, jasno je da je i ovaj izveštaj datiran sa oktobrom 2012. godine, podjednako kao i prethodni, a naravno i rešenje o oglašavanju SBB operatorom sa

značajnim tržišnom snagom, nema nikakvog valjanog osnova bilo u činjenicama ili u pravu.

#### **IV PRIMENA KRITERIJUMA ZA ODREĐIVANJE OPERATORA SA ZNAČAJNOM TRŽIŠNOM SNAGOM**

U izveštaju RATEL-a se nakon (pogrešnog) definisanja relevantnog tržišta o čemu je prethodno bilo reči, te nakon metodološki, logički i pravno pogrešno sprovedenog testa 3 kriterijuma, dalje razmatraju uslovi iz člana 61. Zakona o elektronskim komunikacijama. Podsećamo, reč je o okolnostima, za koje Zakon navodi da će naročito biti uzeti u obzir prilikom utvrđivanja pojedinačne značajne tržišne snage.

U znatnom delu na ove okolnosti je već dato izjašnjenje prethodno, budući da su neke od tih okolnosti bile uzete u obzir i prilikom ocene o postojanju prepreka za ulazak na tržište, odnosno prilikom određivanja samog relevantnog tržišta.

**Veličina operatora** u izveštaju se izvodi iz veličine tržišnog učešća, i to u odnosu na broj korisnika, o čemu je već bilo reči. Ovde valja ponoviti samo to, da veličina sama po sebi nije toliko bitna, ukoliko se ne zloupotrebljava, o čemu nema, niti može biti razloga.

O značaju veličine, odnosno neophodnosti sprovođenja testa malog ali značajnog povećanja cena (test monopolskog povećanja cena), već smo govorili. Ipak, mora se dodati i to, da prema članu 73 Smernica Evropske komisije „tržišna snage se suštinski meri u odnosu na sposobnost učesnika na tržištu da podiže cene time što će ograničavati svoju ponudu bez većih gubitaka u prihodima ili prodaji“. SBB niti je ograničavao svoju ponudu, niti je povećavao svoje cene u odnosu na konkurente. **To je ključni ekonomski dokaz da SBB nema značajno tržišno učešće u smislu Zakona o elektronskim komunikacijama.**

Naime, ekonomski test o postojanju značajne tržišne snage je vrlo jednostavan i on se indirektno spominje u članu 68. Zakona, koji kaže da značajna tržišna snaga omogućava operatoru da na štetu krajnjih korisnika zaračunava neopravdano visoke ili niske cene. U tržišnoj privredi kada neko ima značajno tržišno učešće on to upotrebljava da bi na trajnijoj osnovi zaradio monopolski profit. Postojanje monopolskog profita je test za odluku tome da li je neki od operatora operator sa značajnom tržišnom snagom. To je ujedno i dokaz – ili indicija - o postojanju štete za krajnje korisnike koji plaćaju više cene nego što bi morali da plaćaju da postoji delotvorna konkurencija. Monopolski profit u slučaju SBB ne postoji.

Od preostalih jedanaest zakonskih kriterijuma za određivanje značajne tržišne snage, RATEL je primenio osam. Šest kriterijuma – slaba pregovaračka snaga kupaca, diverzifikacija usluga, ekonomija obima, ekonomija opsega, razvijenost mreže i postojanje potencijalnih konkurenata – RATEL je vezao za tržišno učešće SBB – odnosno nije ih dokazivao ili obrazlagao, rukovodeći se time da je dovoljno utvrditi da SBB ima određeni procenat tržišnog učešća mereno prema broju



korisnika. Stoga se ne može uzeti da ovi kriterijumi ukazuju na postojanje okolnosti, koje bi SBB činile operatorom sa značajnom tržišnom snagom.

Kontrola nad infrastrukturom i tehnološka prednost su okolnosti koje se po prirodi stvari ne odnose, niti se mogu odnositi na način na koji se izveštajem implicira, na SBB. Naime, kako je na primeru NUBE u praksi pokazano, kontrola nad infrastrukturom u obimu koji je nemoguće lako replicirati kao razlog ne stoji. Ne ulazeći ovde u dodatna razmatranja, kako se ima tumačiti izraz „lako replicirati“, dovoljno je reći da infrastruktura o kojoj je reč nije baš takvih karakteristika, koji bi repliciranje činili „teškim“.

Svakako da prednost ne postoji, bar ne na tako uopšten način, kada su u pitanju najveći i konkurenti sa najbržim rastom učešća, kao što je Telekom, čija infrastruktura i pristup korisnicima u broju koji odgovara procentu od 43% domaćinstava u Srbiji sam po sebi – dakle i bez vremenske dimenzije najbržeg porasta – predstavlja takvu prednost, koju ni jedan operator ne može imati.

Nizak nivo pregovaračke moći kupaca takođe je jedan od onih kriterijuma, koji u današnje vreme i na ovom geografskom tržištu nema takav značaj, kakav bi mogao imati u razvijenim ekonomijama. Pored toga, ovaj je kriterijum uvek relativan, odnosno ceni se u odnosu na operatore koji nemaju (pretpostavljenu) značajnu tržišnu snagu, tj. procenjuje se da li je pregovaračka snaga jednog operatora prema kupcima bitno jača nego što prema istim kupcima imaju ostali učesnici na relevantnom tržištu. Očigledno je da u slučaju SBB ovaj uslov nije ispunjen.

U daljem razmatranju SBB-u se „na teret“ stavljaju i okolnosti, koje bi se ipak pre svega odnosile na neke druge operatore, a ne na SBB (diversifikacija putem IPTV i slično). Navedeni razlog jasno ukazuje na određenu nameru da se unapred doneta odluka po svaku cenu opravda.

Možda i najzanimljivija jeste okolnost koja se odnosi na nedostatak potencijalne konkurencije. Ovakav zaključak izveštaja direktno je u suprotnosti sa drugim izveštajem RATEL-a, u kome se navodi da – primera radi – Telekom ima najbrži rast i da je u nekim aspektima taj rast čak 137% godišnje!

Tako se barem tvrdi u pregledu tržišta komunikacija u Srbiji za 2011 godinu, koji predstavlja zvanični izveštaj samog RATEL-a. Iako se pregled može naći na internet stranici [www.ratel.rs](http://www.ratel.rs), u prilogu dostavljamo relevantan deo pregleda.

Iz svega iznetog, ali i iz navoda, činjenica i dokaza sadržanih u izjašnjenju SBB-a od 12.10.2011. godine, sasvim jasno sledi da je predmetni izveštaj RATEL-a u svemu – ili barem u najvećem delu – manjkav i da je sačinjen jedino i isključivo sa namerom da opravda unapred donetu odluku o značajnoj tržišnoj snazi SBB-a.

Shodno tako očigledno postavljenom cilju i svrsi izveštaja, ne čudi da RATEL nalazi da uslovi nisu izmenjeni i da stoga nema mesta ukidanju (ili izmeni) rešenja broj 1 – 02 – 3491 – 568/11 41 od 29.11.2011. godine, iako su tim rešenjem potpuno suprotno cilju zakona SBB-u kao operatoru sa značajnom tržišnom snagom

nametnute obaveze, od kojih neke nisu ni predviđene kao obaveze koje se mogu odrediti operatoru sa značajnom tržišnom snagom, pa čak i obaveze koje su u osnovi bespredmetne, poput obaveze „zabrane ometanja ulaska na tržište“.

Na osnovu svega iznetog, SBB predlaže da RATEL preispita sopstveni izveštaj, te da prihvati i prizna da okonosti na osnovu kojih je SBB oglašen za operatora sa značajnom tržišnom snagom nikada nisu ni postojale, a i ako jesu, da više ne postoje, te da shodno tome odluči o stavljanju van snage rešenja broj 1 – 02 – 3491 – 568/11 41 od 29.11.2011. godine.

Za  
SERBIA BROADBAND -  
SRPSKE KABLOVSKE MREŽE d.o.o. Beograd

*D. Pilipović - Chaffey*

Dragica Pilipović-Chaffey, direktor