

Komentari Hrvatskog Telekoma d.d. u 2. krugu javne rasprave o Analizi tržišta pristupa javnoj komunikacijskoj mreži na fiksnoj lokaciji za privatne i poslovne korisnike

22. kolovoza 2014. godine

Hrvatska regulatorna agencija za mrežne djelatnosti (dalje u tekstu: HAKOM) je dana 30. srpnja 2014. godine otvorila 2. krug javne rasprave o Analizi tržišta pristupa javnoj komunikacijskoj mreži na fiksnoj lokaciji za privatne i poslovne korisnike (dalje u tekstu: Analiza). U okviru 2. kruga javne rasprave HAKOM u bitnome predlaže, uz Hrvatski Telekom d.d. (dalje u tekstu: HT) i Iskon Internet d.d. (dalje u tekstu: Iskon), odrediti također i operatora OT-Optima Telekom d.d. (dalje u tekstu: Optima) operatorom sa značajnom tržišnom snagom na predmetnom mjerodavnom tržištu i odrediti mu regulatornu obvezu nadzora maloprodajnih cijena usluga.

HT u nastavku iznosi svoje komentare u ovoj javnoj raspravi.

HT je svjestan složenosti situacije cjelokupnog tržišta elektroničkih komunikacija u Hrvatskoj, gospodarske krize koja je pogodila i ovaj sektor te stoga i pojačane odgovornosti HAKOM-a, kao nadležnog regulatora, međutim HT smatra kako nisu ispunjeni uvjeti za proširenje statusa operatora sa značajnom tržišnom snagom s HT-a i Iskona ujedno i na Optimu.

Analizom se predlaže odrediti HT operatorom sa značajnom tržišnom snagom. Ovaj prijedlog se obrazlaže HT-ovim visokim tržišnim udjelom kao i postojanjem drugih čimbenika na strani HT-a koji opravdavaju HT-ov položaj operatora sa značajnom tržišnom snagom. Analizom se Iskon i Optima također predlažu odrediti operatorima sa značajnom tržišnom snagom, i to po osnovi da se radi o povezanim društvima HT-a. Drugim riječima, HAKOM Analizom predlaže utvrditi da se HT, Iskon i Optima imaju smatrati jednim gospodarskim subjektom, što opravdava utvrđivanje i Iskona i Optime operatorima sa značajnom tržišnom snagom.

U dijelu Optime, HAKOM konkretno navodi da je „*Nesporno [je] da su dopuštanjem uvjetne koncentracije HT-a i Optime od strane AZTN-a te dovršetkom postupka predstečajne nagodbe i preuzimanjem upravljačkih prava stvoreni uvjeti za njihovo sinkronizirano djelovanje na predmetnom tržištu.*“.

Mjere koje je Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja (dalje u tekstu: AZTN) odredila HT-u i Optimi u okviru rješenja o uvjetnom dopuštanju koncentracije ovih dvaju društava dokazuju da se u slučaju Optime ne radi o operatoru koji se, temeljem članka 55. stavak 1. Zakona o elektroničkim komunikacijama (dalje u tekstu: ZEK) i pravila tržišnog natjecanja kojih se HAKOM obavezan pridržavati¹, može odrediti operatorom sa značajnom tržišnom snagom.

Sukladno članku 55. stavak 1. ZEK-a, *smatra se da operator ima značajnu tržišnu snagu ako pojedinačno, ili kao operator pod kontrolom drugog operatora, ili zajedno s drugim operatorima, ima položaj koji odgovara vladajućem položaju, što znači da se nalazi u takvom gospodarskom položaju koji mu omogućuje da se u značajnoj mjeri ponaša neovisno o konkurenciji, korisnicima usluga i potrošačima.* HAKOM u Analizi zaključuje da je Optima pod kontrolom HT-a, pa da time Optima i HT čine jedan gospodarski subjekt koji se nalazi u položaju koji mu omogućuje sinkronizirano djelovanje na tržištu, odnosno ponašanje neovisno o tržišnim okolnostima.

HT i Optima ne mogu se smatrati jednim gospodarskim subjektom, pa time niti operatorima koji se nalaze jedan pod kontrolom drugog u smislu značenja članka 55. stavak 1. ZEK-a, budući da nisu zadovoljene pretpostavke koje se za takav zaključak traže sukladno uspostavljenj praksi Europskog suda pravde.

¹ Sukladno Smjernicama Europske komisije o analizi tržišta i procjeni značajne tržišne snage prema Regulatornom okviru Zajednice za elektroničke komunikacijske mreže i usluge (2002/C 165/03), „*Prema regulatornom okviru, tržišta će biti definirana i značajna tržišna snaga procijenjena korištenjem iste metodologije kao pravo tržišnog natjecanja.*“, paragraf 24.

Iz prakse Europskog suda pravde proizlaze sljedeće pretpostavke za postojanje jednog gospodarskog subjekta u slučaju više povezanih poduzetnika:

- *“Parker and its fully owned subsidiaries form a single economic unit within which the subsidiaries do not enjoy real autonomy in determining their course of action in the market, but carry out the instructions issued to them by the parent company controlling them...”* – predmet C-73/95, Viho Europe protiv Europske komisije,
- *“As AEG has not disputed that it was in a position to exert a decisive influence on the distribution and pricing policy of its subsidiaries, consideration must still be given to the question whether it actually made use of this power.”*, predmet 107/82, AEG Telefunken protiv Europske komisije.

Također, pojedini autori detaljno razrađuju doktrinu jednog gospodarskog subjekta:

- *„Bodies within the same corporate group are treated as a single undertaking if those bodies form a an economic unit within which the subsidiary has no real freedom to determine its course of action on the market, and if the agreements or practices are concerned merely with the internal allocation of tasks as between the undertakings.”*, “EC Competition Law”, Alison Jones and Brenda Sufrin, Oxford, 2001.

Proizlazi da je za zaključak da se dva društva trebaju smatrati jednim gospodarskim subjektom nužno dokazati i obrazložiti da društvo koje se nalazi pod određenim oblikom kontrole od strane drugog društva nema autonomiju glede svog postupanja na tržištu, odnosno glede svoje poslovne i cjenovne politike. Naime, sukladno uspostavljenoj praksi Europskog suda pravde², samo u slučaju kada je jedno društvo u stopostotnom vlasništvu drugog društva moguće je primijeniti presumpciju da su dva društva u položaju jednog gospodarskog subjekta. Međutim, u slučajevima kada se ne radi o takvom odnosu gdje je jedno društvo u stopostotnom vlasništvu drugog društva, zaključak o jednom gospodarskom subjektu moguće je donijeti isključivo uz dokaze da jedno društvo ima takav utjecaj na drugo društvo koje društvu pod kontrolom onemogućuje autonomnu poslovnu politiku, neovisnu od poslovne politike društva koje ima određeni oblik kontrole.

HAKOM u Analizi iznosi zaključak da su HT i Optima jedan gospodarski subjekt bez da obrazlaže temeljem kojih činjenica i okolnosti zaključuje da predmetni oblik kontrole Optime od strane HT-a znači stvaranje jednog gospodarskog subjekta koji će sinkronizirano djelovati na tržištu. S obzirom da Optima nije u vlasništvu, a pogotovo ne stopostotnom vlasništvu, HT-a, slijedom čega nije moguće primijeniti presumpciju jedinstvenog gospodarskog subjekta, HAKOM bi nužno u okviru analize tržišta morao obrazložiti temeljem kojih činjenica i okolnosti izvodi zaključak da bi se HT i Optima trebali smatrati jednim gospodarskim subjektom.

Imajući u vidu gore navedeno kao i uvjete preuzimanja kontrole HT-a nad Optimom koji su propisani od AZTN-a, jasno je da se HT i Optima ne nalaze u takvom odnosu koji bi im omogućavao sinkronizirano djelovanje na tržištu i ponašanje neovisno o konkurenciji, korisnicima usluga i potrošačima, već upravo suprotno.

Sukladno uvjetima koncentracije propisanim od strane AZTN-a i podložnima provjeri od strane neovisnih revizora najmanje svakih šest mjeseci, predviđeni su, primjerice:

- zabrana protoka poslovno osjetljivih informacija između HT-a i Optime, poglavito između HT-ovih poslovnih jedinica i Optime;
- zaposlenici Optime ne odgovaraju nikome izvan Optime i sve poticajne naknade odnose se na poslovne rezultate Optime u skladu s poslovnim planovima Optime;

² Predmet T-190/06 Total SA i Elf Aquitaine protiv Europske komisije

- članovi Uprave Optime koje imenuje HT ne obavljaju nikakve funkcije u HT-u, a članovi Nadzornog odbora Optime koje imenuje HT ne dolaze iz HT-ove Poslovne jedinice za privatne korisnike, HT-ove Poslovne jedinice za poslovno korisnike poslovnim jedinicama HT-a niti iz Iskona;
- obveza članova Uprave i Nadzornog odbora Optime da Optimu vode neovisno i u najboljem interesu Optime.

Iz navedenih mjera jasno je da je koncentracija HT-a i Optime odobrena pod uvjetom da se osigura nastavak autonomnog, od strane HT-a neovisnog poslovanja Optime. Zabrana protoka informacija, zaposlenika i odgovornosti između Optime i HT-ovih poslovnih jedinica upravo postoji kako bi se onemogućio utjecaj HT-ove poslovne politike, tržišne i cjenovne strategije na Optimu i njezino poslovanje, odnosno upravo radi onemogućavanja sinkroniziranog djelovanja HT-a i Optime na tržištu, neovisno o konkurenciji, korisnicima usluga i potrošačima.

Time što HAKOM u Analizi zaključuje da su HT i Optima predmetnom koncentracijom postali jedan gospodarski subjekt koji će djelovati sinkronizirano na tržištima elektroničkih komunikacija, zanemaruju se mjere određene od strane AZTN-a ili se otvara pretpostavka povrede tih mjera. S obzirom da će koncentracija opstati isključivo uz poštivanje strogih uvjeta odvojenosti poslovanja HT-a i Optime, za vrijeme njezinog trajanja neće i ne smije postojati odlučni utjecaj HT-a na poslovanje i djelovanje Optime na tržištima elektroničkih komunikacija. Stoga zaključak HAKOM-a kako i Optima treba biti utvrđena operatorom sa značajnom tržišnom snagom budući da će se Optima zajedno s HT-om moći ponašati neovisno o tržišnim uvjetima, nije utemeljen niti poduprijet konkretnim obrazloženim dokazima.

Nadalje, neovisno pravnoj utemeljenosti određivanja Optime operatorom sa značajnom tržišnom snagom, u okviru analize mjerodavnog tržišta nužno bi bilo potrebno razmotriti trenutnu cjelokupnu financijsku i ekonomsku poziciju Optime kao i sam cilj uvjetno dopuštene i vremenski ograničene koncentracije.

HT-u nije poznato bi li regulatorne obveze nametnute Optimi mogle za posljedicu imati i izmjenu sadržaja i uvjeta već prihvaćenog Plana financijskog restrukturiranja čime bi se taj plan *de facto* izmijenio do mjere u kojoj ne bi više predstavljao plan za koji je glasala većina vjerovnika Optime. Predloženi poslovni plan osim financijskog uključuje i operativno/korporativno restrukturiranje Optime, a među mjerama koje se navode su i mjere restrukturiranja poslovnih procesa direktno vezanih uz pružanje elektroničkih komunikacijskih usluga. U planu se također navodi i cjenovno repositioniranje osnovnih paketa usluga. Ova mjera je osobito važna jer omogućava Optimi da ostvari zadane financijske parametre poslovnog plana. Sposobnost i mogućnost Optime da samostalno kreira cjenovnu politiku i marketinšku strategiju je od ključne važnosti za ostvarenje poslovnog plana, a time i ispunjenje svih ciljeva restrukturiranja Optime.

Drugim riječima, predmetna koncentracija je upravo odobrena radi očuvanja postojeće razine tržišnog natjecanja uz preduvjet da se poslovanja HT-a i Optime odvijaju neovisno jedan o drugome. Svaka dodatna regulacija Optime, koja polazi od (pogrešne) pretpostavke da HT ima kontrolu nad Optimom u smislu mogućnosti prenošenja svoje značajne tržišne snage na Optimu, u suprotnosti je s okvirom u kojem je koncentracija odobrena te bi stoga imala znatne štetne posljedice na uspješnu provedbu predstečajne nagodbe, a time i na sam daljnji razvoj tržišta.

Slijedom navedenog, HT smatra kako bi bilo kakvo poduzimanje mjera u cilju reguliranja Optime i njezinog poslovanja primjenom ZEK-a bilo pogrešno i neopravdano. Osnovni cilj predmetne koncentracije jest postizanje uspješnog restrukturiranja Optime kako bi se omogućilo podmirenje potraživanja Optiminih vjerovnika od kojih je HT među najznačajnijima. S obzirom na to, koncentracija je vremenski ograničena te neće rezultirati HT-ovim trajnim stjecanjem i držanjem kontrole nad Optimom. Stjecanje kontrole nad Optimom je tek privremenog karaktera te, s obzirom da osigurava autonomiju Optime, isto neće imati negativnih posljedica na tržišno natjecanje.