

**Sud Bosne i Hercegovine**
Суд Босне и Херцеговине

Broj: S1 3 U 011221 12 U
Sarajevo, 04.06.2014.godine

Sud Bosne i Hercegovine u Sarajevu, u vijeću za upravne sporove, sastavljenom od sudija Ljiljane Lalović kao predsjednika vijeća, Esada Fejzagića i Jadranke Brenjo kao članova vijeća, uz sudjelovanje Razije Behlulović kao zapisničara, u upravnom sporu tužitelja APATINSKA PIVARA d.o.o. Apatin, Republika Srbija, ulica Trg oslobođenja broj 5, koga zastupaju Sead Miljković i Dina Duraković-Morankić, advokati iz Sarajeva, protiv rješenja broj: 02-26-2-028-145-II/11 od 04.09.2012.godine, tuženog Konkurencijskog vijeća Bosne i Hercegovine, u upravnoj stvari ocjene narušavanja tržišne konkurencije na relevantnom tržištu, na nejavnoj sjednici održanoj dana 04.06.2014. godine, donio je sljedeću:

P R E S U D U

Tužba se odbija.

O b r a z l o ž e n j e:

Rješenjem Konkurencijskog vijeća BiH, broj: 02-26-2-028-145-II/11 od 04.09.2012.godine, koje je konačno u upravnom postupku, u stavu 1. dispozitiva utvrđeno je da je privredni subjekt Apatinska pivara Apatin d.o.o. Trg oslobođenja broj 5, Apatin, Republika Srbija, odredbama člana 2. stav 1. Aneksa 1, te člana 5. i 2. Aneksa 2 Kupoprodajnih ugovora zaključenih za 2008., 2009. i 2010.godinu, broj: 008 BiH-71/2008 od 24.12.2007.godine, broj: 06-71/2009 od 18.12.2008.godine i broj: 02-71/2010.godine od 26.01.2010.godine sa privrednim subjektom Dejan komerc d.o.o. Ozrenskih srpskih brigada 38 A, Doboj, kao i odredbama člana 2. stav 1. Aneksa 1, te člana 5. i 2. Aneksa 2 ostalih zaključenih ugovora sa distributerima na teritoriji Bosne i Hercegovine (Tabela 9-11) ograničio konkurenciju direktno ili indirektno utvrđivanjem kupovnih i prodajnih cijena ili bilo kojih drugih trgovinskih uslova i primjenom različitih uslova za istovjetne transakcije s drugim privrednim subjektima, dovodeći ih u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju, u smislu člana 4. stav 1. tačka a) i d) Zakona o konkurenciji, zbog čega su navedene odredbe kupoprodajnih ugovora oglašene ništavim (ex lege) u smislu člana 4. stav 2. Zakona o konkurenciji i tužitelju je zbog povrede zakona izrečena novčana kazna u iznosu od 265.000,00 KM koju je dužan platiti u roku od 8 dana od dana prijema rješenja pod prijetnjom prinudne naplate uz obračun zatezne kamate u skladu sa zakonom.

Blagovremeno podnesenom tužbom tužitelj je osporio konačni upravni akt tuženog zbog toga što je u aktu nepravilno primjenjen Zakon o konkurenciji BH, kao i

Zakon o upravnom postupku BH, te propisi zasnovani na zakonu, što je rješenje donijela nenadležna institucija i u postupku pred Konkurencijskim vijećem nije postupljeno po pravilima postupka, a činjenično stanje nije potpuno i pravilno utvrđeno te što je iz utvrđenih činjenica izveden je nepravilan zaključak u pogledu činjeničnog stanja, a tuženi je rješavajući po slobodnoj ocjeni, prekoračio granice ovlaštenja koja su mu data pravnim propisima i suprotno cilju kojim je to ovlaštenje dato.

Pogrešnu primjeni zakona tužitelj nalazi u tome što je osporeno rješenje donijeto uz učešće člana Konkurencijskog Vijeća Gordane Živković čije je izuzeće zahtjevao dana 04.09.2012.godine, što je suprotno odredbama ZUP koje predviđaju da službena osoba za koju je stranka zahtjeva izuzeće, ne može sve do donošenja zaključka o tom zahtjevu obavljati nikakve radnje u postupku. Umjesto da postupi na način predviđen članom 37. Zakona o upravnom postupku imenovana je istog dana 04.09.2012.godine očigledno učestvovala o radu Konkurencijskog vijeća, što potvrđuje i Zahtjev za izjašnjenje br. 02-26-2-028-148-II/11 od 06.09.2012.godine. Činjenica da je u donošenju odluke učestvovao član Konkurencijskog vijeća za kojeg je podnijet zahtjev za izuzeće samo po sebi predstavlja dokaz da je Rješenje donijeto suprotno zahtjevu i razlog je za poništaj istog. Dalje navodi da Konkurencijsko vijeće nije u dispozitivu odlučilo o predmetu postupka u cijelosti, odnosno nije odlučilo o svim zahtjevima u postupku, čime je izvršena povreda člana 199. ZUP-a, iz razloga što je Konkurencijsko vijeće postupak vodilo radi utvrđivanja navodnih povreda Zakona o konkurenciji, i to članova 4. i 10. Zakona za period od 2008.-2011.godine. Međutim, u dispozitivu osporenog rješenja Vijeće nije odlučilo o tome da li je ugovorima koje je tužitelj zaključio sa svojim distributerima za 2011.godinu učinjena povreda zakona, iako je na strani 27. svog obrazloženja naveo da je prilikom određivanja kazne imao u vidu činjenicu da sporne odredbe Kupoprodajnog ugovora za 2011.godinu, koji je sklopljen između tužitelja i podnosioca zahtjeva, kao i ostali kupoprodajni ugovori koje je u 2011.godini tužitelj zaključio sa ostalim distributerima na teritoriji BH, ne sadrže sporne odredbe u vezi sa formiranjem cijena. Bez obzira što u ovom dijelu nije donijeta odluka negativna po tužitelja, tužitelj ima pravni interes da se i o ovom dijelu zahtjeva odluči, budući da je o istom vođen postupak, jer je tužitelj bio prinuđen da iznosi svoju odbranu, čime je povređeno pravilo o teretu dokazivanja predviđeno Zakonom o konkurenciji. Osim navedenog, ističe da je stav 1. dispozitiva nejasan, nerazumljiv i kontradiktoran, kako samo po sebi tako i u odnosu na navode iz obrazloženja, jer nije jasno da li se gore navedeni dio dispozitiva odnosi na član 5. osnovnog ugovora ili član 5. Aneksa 2, pa se ne može utvrditi da li je tužitelj izvršio navodnu povredu zakona zbog toga što je Aneks zaključio u određenom broju primjeraka ili što je ugovorom predviđeno da kupac samostalno formira svoje cijene. Daljim navodima tužbe citiraju se sporne odredbe ugovora (član 5. ugovora i član 5. Aneksa 2) za svaku godinu na koju se te odredbe odnose. Navodi se da je nejasno šta znače navodi : „ostalih zaključenih ugovora sa distributerima na teritoriji BiH“ (tabela 9-11), jer tužitelj nije zaključio ni jedan ugovor na teritoriji BiH, već sa pravnim licima iz BiH, a imajući u vidu da dispozitiv, shodno članu 199. ZUP-a mora biti određen, to bi u njemu trebalo navesti sve ugovore i distributera sa kojima su ugovori zaključeni za koje Konkurencijsko vijeće smatra da sadrže sporne odredbe. Ovako, definisanje neodređenog broja ugovora kojima su odredbe ništavne i koji su zaključeni sa neodređenim brojem distributera i uz to pozivanje na nekakvu tabelu, stvara pravnu nesigurnost, kako u odnosu na učesnike postupka, tako i na treća lica. Iz ovog stava dispozitiva ne može se utvrditi ni da li su distributeri na koje se ovaj stav odnosi učesnici u zabranjenom sporazumu ili ne, što je suštinski bitno. Nejasno je da li je konkurencija ograničena direktno ili indirektno (alternativna ne postoji, dakle Konkurencijsko Vijeće je moglo da utvrdi da je konkurencija ograničena: direktno,

indirektno ili i direktno i indirektno. Konkurencijsko Vijeće ni u jednom trenutku nije utvrdilo da je ograničavanje konkurencije bio cilj prilikom zaključivanja ugovora, a postojanje cilja je bitan element zabranjenog sporazuma, zbog čega je očigledno da tuženi nije mogao donijeti odluku iz stava 1. dispozitiva rješenja. U prilog tome govori konstatacija iz obrazloženja: "što može proizvesti negativne efekte ne relevantnom tržištu BiH". Dakle, Konkurencijsko vijeće je propustilo da utvrdi postojanje bilo kakve posljedice, a ona je morala nastupiti najkasnije do kraja 2012. godine za ugovore koji su izvršeni u 2008., 2009. i 2010. godini. Daljim navodima osporava se odluka tuženog u dijelu u kojem je određeno da, ukoliko tužitelj ne izvrši plaćanje novčane kazne, ista će se naplatiti od povezanih društava subjekta Starbev Netherlands BV, Schipol Boulevard 285/B, Kraljevina Holandija, u Bosni i Hercegovini, navodeći da je Konkurencijsko vijeće na ovaj način faktički odlučilo da će, u slučaju da tužitelj ne izvrši plaćanje kazne, istu naplati od Starbev d.o.o. Banja Luka, Braće Potkonjaka br.10, Republika Srpska. Drugačije rečeno, pravno lice koje nije učestvovalo u ovom postupku, koje nije imalo prilike da se na bilo koji navod bilo koje stranke izjasni, će biti izloženo kažnjavanju, što je u potpunosti protivno Zakonu o konkurenciji. Drugačija situacija bi bila da je Konkurencijsko Vijeće vodilo postupak protiv lica koje je povezano sa tužiteljem uslijed toga što tužitelj nije pravno lice registrovano u BH, u kom slučaju bi kažnjavanje tog lica moglo da ima smisla. Ovako se tužitelj i Starbev d.o.o. koji nisu direktno povezani, jer Apatinska pivara d.o.o. Apatin nema kapital u Starbev d.o.o. nalaze u situaciji da plaćaju kaznu za navedene povrede Zakona o konkurenciji i to kao pravno lice koje nije registrovano u BiH i ne posluje u BiH, odnosno, kao pravno lice iz BiH koje nije učestvovalo u postupku.

Tužbenim navodima nadalje se osporava nadležnost Konkurencijskog vijeća iz razloga što postupak nije mogao da bude vođen protiv lica koje ima sjedište u drugoj državi (Republici Srbiji), navodeći da je tužitelj privredno društvo registrovano po propisima Republike Srbije i obavlja djelatnost na teritoriji Republike Srbije, sa isključivom djelatnošću proizvodnje i prodaje piva. Navodi se da u periodu na koji se tužba odnosi tužitelj nije direktno učestvovao u prometu proizvodima Apatinske pivare na teritoriji BiH, već su direktni učesnici na tržištu bili isključivo kupci (distributeri) tužitelja koji su proizvode kupovali i preuzimali u Republici Srbiji, proizvodno mjesto Apatin (prema ugovornoj klauzuli fco.fabrika prodavca) i dalje distribuciju istih vršili na teritoriji BiH. Ovo dalje znači da od trenutka preuzimanja predmetne robe tužitelj nije njen vlasnik, već je prenos vlasništva izvršen u momentu preuzimanja na teritoriji Srbije, a bez dalje kontrole poslovanja kupca od strane tužitelja na teritoriji BiH. Takođe, odlukom da se postupak vodi protiv tužitelja Konkurencijsko vijeće je postupilo suprotno članu 2. stav 3. Zakona kojim je utvrđena jurisdikcija vijeća na privredne subjekte sa sjedištem i prebivalištem u inostranstvu ako njihovo djelovanje proizvodi značajan efekat na tržištu BiH ili na značajnijem dijelu tržišta. U postupku ni u jednom trenutku nije utvrđeno niti je sačinjena bilo kakva analiza na osnovu koje bi se moglo zaključiti da prometovanje ili pak neprometovanje piva koje proizvodi tužitelj može da utiče na uslove konkurencije između postojećih učesnika na vertikalno povezanom tržištu distribucije piva, a naročito da li bi moglo proizvesti značajne efekte na tržištu BiH i kakve.

Povredu pravila tužitelj postupka obrazlaže time što je prilikom prikupljanja podataka od trećih lica postupljeno protivno međunarodnim ugovorima o pravnoj pomoći koje BiH ima sa Hrvatskom, odnosno Srbijom i Crnom Gorom. Tako je tuženi podatke od Zagrebačke pivovarne a.d. tražio dopisom koji je upućen običnom poštom umjesto preko nadležnog ministarstva pravde, kako je to navedeno u Sporazumu

između BiH i Republike Hrvatske o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima. Učinjena je i povreda člana 36. Zakona o konkurenciji kojim propisano da je teret dokazivanja na stranci koja je podnijela zahtjev za pokretanje postupka. Ni u jednom trenutku u toku postupka Dejan Komerc d.o.o. nije snosio teret dokazivanja, već je isti potpuno nelogično i protivno zakonu bio na tužitelju koji je u najvećem dijelu bio prinuđen da dokazuje negativne činjenice, odnosno da nije preduzimao radnje i ugovarao uslove koji bi na bilo koji način ograničili konkurenciju u BH, a koje se nikada, jer se radi o negativnim uslovima, ne dokazuju. Zbog toga je i nejasno kako je tuženi došao do zaključka da je tužitelj rizik poslovanja prebacio na kupce u BiH i na koji način to može uticati na ostvarivanje ugovorenih godišnjih/mjesečnih planova kupca, time i isplaćivanja rabata, odnosno ukupnih poslovnih rezultata, kako je to navedeno na kraju strane 25. i početku strane 26. obrazloženja, te koji su značajni efekti nastupili na tržištu BH uslijed toga.

Nepotpuno i nepravilno utvrđeno činjenično stanje postoji iz razloga što je Konkurencijsko Vijeće nezakonito odbilo zahtjev tužitelja da mu se omogući uvid u spis (bez obzira što netačno u obrazloženju rješenja navodi da je Apatinska pivara izvršila uvid), ali ne navodi da je uvid izvršen samo u one spise gdje je Konkurencijsko vijeće za to izdalo dozvolu i koji su prevashodno podnesci samog tužitelja, te navodi da su dokazi pribavljeni suprotno pravilima, zbog čega je očigledno da su ovi postupci Konkurencijskog vijeća doveli do toga da je odluka donijeta na osnovu nepotpunog i pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja. Na ovo ukazuje i činjenica da u obrazloženju rješenja nisu dati navodi sa dvije usmene rasprave koje su održane dana 24.05.2012.godine i 09.08.2012.godine na kojima su raspravljane stvari od važnosti za donošenje odluke i u okviru kojih je tužitelj dao primjedbe na način rada tuženog. Tuženi u obrazloženju rješenja ne navodi sadržaj dokaza, a poslovnom tajnom na koju se tuženi poziva se ne može smatrati bilo koji podatak stariji od godinu dana. Navodi da je dokumentaciju suprotne strane primio neposredno prije donošenja rješenja tj., prije posljednje usmene rasprave čime je u bitnom narušeno pravo tužitelja na odbranu i pravo uvida u sve dokaze. Bez ikakvih dokaza tuženi navodi da tužitelj ima „selektivnu distributivnu mrežu“ i da nije utvrdio transparentne kriterije načina izbora kupca (dobavljača) te stoga ni kriterije za prestanak saradnje, ulazeći još dublje u sferu privatnog poslovanja nezavisnog učesnika na tržištu, navodeći da prekidanje dugoročne poslovne saradnje može imati određene posljedice i nesigurnost u poslovanju drugih kupaca, te ističe da tužitelj ni u jednom trenutku nije donio odluku o forimiranju cijena selektivne distribucije. Svi kupci tužitelja su bili apsolutno slobodni da proizvode čiji su vlasnici prodaju bilo kojem kupcu u veleprodaji i maloprodaji. Nejasno je i na osnovu kojih je dokaza tuženi utvrdio da tužitelj nameće minimalne cijene kupcima i time postupa suprotno članu 4. stav 1. pod a) Zakona o konkurenciji, jer ni na koji način nije dokazao da ugovorne odredbe koje citira imaju za posledicu ograničavanje konkurencije. Ukazuje da je odluka tuženog zasnovana na lažnom dokazu tj. navodnom mailu Dragana Beronje, koji se navodi na str. 24. rješenja. U tom smislu nije sporno da elektronska pošta može biti korištena kao dokaz, ali ističe da stranka koja je kao dokaz predložila navedeni mail nije učinila bilo šta kako bi potvrdila njegovu autentičnost, s obzirom da je ovaj dokaz osporen od strane tužitelja, te navodi da se u spisu predmeta nalazi čitav niz dokaza čije se postojanje navodi, ali se ne navodi njihov sadržaj, kao u slučaju podnesaka UIO, Udruženja pivara BiH, dopisa Spoljnotrgovinske komore BiH, te ostalih dokaza koje se u tužbi navode.

Konačno, tužbom se ukazuje da je Konkurencijsko vijeće postupalo izvan svoje nadležnosti koja je propisana zakonom, jer je osporenim aktom kaznila privrednog subjekta iz republike Srbije, koji nije mogao biti učesnik u postupku, te privrednog

subjekta Starbev d.o.o. Banja Luka koji je po ocjeni tuženog pravno lice posredno povezano sa tužiteljem, koje nije učestvovalo u postupku, pa samim tim nije mogla biti donesena odluka u odnosu na njega. Iz ovog razloga smatra da je tuženi prekorao ovlaštenja koja ima po zakonu i da je postupio suprotno cilju kojim su mu ta ovlaštenja data. Postavlja zahtjev za odlaganje izvršenja rješenja do konačne sudske odluke navodeći da bi plaćanjem novčane kazne za tužitelja nastali takvi poremećaji u poslovanju i bila bi mu nanijeta šteta koja bi teško mogla da se otkloni, a u slučaju da sam ne plati novčanu kaznu izvršenje bi se provelo na imovini privrednog društva Starbev d.o.o. Banja Luka, koje nema proizvodnju, nema velike prihode i ima veliki broj zaposlenih (ukupan prihod ovog privrednog subjekta u 2011.godini je bio 529.767 KM).

Dopunom tužbe od 09.10.2012.godine tužitelj obavještava Sud da mu je dana 02.10.2012.godine omogućen uvid u spis broj 02-26-2-028-II/11, tj. tek po okončanju postupka u kojem je učestvovao i tom prilikom mu je omogućen uvid u čitav niz dokumenata koje se navode u rješenju, koje tokom postupka nije mogao pregledati. Nejasno je zbog čega je Konkurencijsko vijeće postupilo na ovakav način, odnosno zbog čega je tužitelju uskratilo uvid u pojedine dokumente u toku postupka, jedino što je očigledno da je ovakvim postupkom Konkurencijsko vijeće tužitelja onemogućilo da raspravlja pred vijećem, zbog čega je rješenje donijeto uz bitne povrede odredbi Zakona o upravnom postupku. Ovo je posebno nerazumljivo imajući u vidu da je Konkurencijsko vijeće postupilo ne samo suprotno ZUP-u, već je povredio prava stranaka koja tužitelju pripadaju po propisima EU, da nije poštovano pravo na odbranu stranke u smislu čl. 27. EC Regulative 1/2003 od 16.decembra 2002.godine. Konkurencijsko vijeće nije zasnovalo svoju odluku isključivo na temelju činjenica i dokaza o kojima je upoznala stranku protiv koje se postupak vodio, niti omogućila tužitelju da iznese dodatne činjenice i dokaze u vezi sa tim. Istovremeno, Regulativa 1/2003 obezbjeđuje potpuno pravo na odbranu te dostupnost svim spisima predmeta, a naročito ukoliko ne nose oznaku poslovne tajne što je očigledno bio slučaj sa svim dokumentima na kojima je utuženo rješenje vijeća zasnovano i koji su sada dostupni tužitelju. Dodatno, Konkurencijsko vijeće nije primijenilo ni Odluku EU Komisije o pravu na dostupnost dokumenata u toku postupaka, gdje se u članu 2. tačke 10. jasno navodi da se stranci mora obezbijediti dostupnost dokumentacije i mogućnost da se očituje na njene navode. Daljim navodima dopune tužbe, tužitelj se detaljno očitovao u pogledu dokaza za koje je saznao, odnosno imao pravo uvida tek po okončanju postupka pred Konkurencijskim vijećem, a radi se o dopisu kojeg je Nikolić d.o.o. poslao tuženom dana 10.08.2012.godine i dopisa kojeg je tuženom uputila Maks Sandra d.o.o., koji je po tužitelju očigledno subjektivan i zlonameran, pa je kao takav u najmanju ruku morao biti dodatno provjeren. Sam dopis sadrži podatke koji dovode u pitanje njegovu vjerodostojnost, naročito imajući i u vidu da pod tačkom 6. dopisa, Maks Sandra d.o.o. iznosi paušalnu tvrdnju da je tužitelj određivao maloprodajne cijene, te da je zbog navodnog nepoštovanja cijena obustavljala rabate distributerima u 2008.godini. Pošto je ovo jedini (pri tome i bivši) distributer koji ovakve tvrdnje iznosi, Konkurencijsko vijeće je trebalo da provjeri ovu činjenicu, odnosno kada je, na koji način i čime tužitelj određivao maloprodajne cijene, odnosno kojim je to distributerima, kada i u kom iznosu tužitelj uskratio rabate. Tim prije što je Jeftović Company d.o.o. iz Bileće, odgovarajući na upit od 24.07.2012.godine, ovu činjenicu razjasnio u svom dopisu od 31.07.2012.godine, odnosno decidno je naveo da rabat nije ostvaren zbog toga što nije ostvaren ugovoreni plan prodaje. Konačno, o tome kakve je pravne prirode „obavještenje“ koje je Maks Sandra d.o.o. poslala Konkurencijskom vijeću najbolje govori posljednja rečenica, gdje ovaj privredni subjekt, koji već dvije godine ne posluje sa tužiteljem, „zahtjeva“ da se svim distributerima Apatinske pivare odobri isti rabat, koji je odobren privrednom subjektu

Kriška d.o.o. Uvidom u dokumentaciju koja tužitelju postala dostupna tek pošto se na istu više nije mogao izjašnjavati, još su potvrđene tvrdnje tužitelja koje su iznijete u tužbi, uključujući i povredu međunarodnih bilateralnih ugovora kod dostavljanja Zagrebačkoj pivovarni a.d. Zagreb, Republika Hrvatska i Trebjesa a.d. Nikšić, Republika Crna Gora. Ukazuje se i na pogrešnu primjenu prakse Evropskih sudova i Evropske Komisije i materijalnog prava, jer je tuženi u analizi utvrđenih činjenica i dokaza imao u vidu pogrešnu Uredbu o grupnom izuzeću vertikalnih sporazuma od zabrane, tj. regulativu 2790/1999, umjesto da je primjenio Regulativu 330/201, kao i očiglednu neprimjenu osnovne Regulative 1/2003 koja reguliše samo postupanje nacionalnih tijela za zaštitu konkurencije, a čiju praksu Konkurencijsko vijeće opredjeljeno slijedi. Ukazuje se na praksu Evropskog suda pravde u predmetu Societe Technique Miniere u istoj pravnoj situaciji, te ističe da je Konkurencijsko vijeće moralo utvrditi postojanje elemenata značajnog ograničenja, sprečavanja i narušavanja konkurencije, te imati u vidu praksu i primjer Holandske komisije za zaštitu konkurencije u predmetu Heineken, dok su od strane tuženog prihvaćene primjedbe podnosioca zahtjeva koji se pozivao na odluke Evropskih sudova u predmetu Michelin I i II, koje se tiču nezakonitosti rabatne politike.

Tužitelj je drugom dopunom tužbe od 27.11.2012.godine ukazao na odredbu člana 43. stav 7. Zakona o konkurenciji kojom je određeno da Konkurencijsko vijeće može u svrhu ocjene datog slučaja koristiti praksu Evropskog suda i odluke Evropske komisije, te je u tom smislu ukazao na Uputstvo Evropske komisije o primjeni člana 81. 3. Sporazuma, koji se odnosi na ograničavanje konkurencije koji propisuje da nije dovoljno samo utvrditi da je cilj sporazuma ograničavanje konkurencije u konkretnom slučaju. Vijeće je i pored toga, a u skladu sa članom 4. Zakona o konkurenciji, moralo utvrditi i da je takav sporazum narušio konkurenciju, dakle, Vijeće mora u svakom konkretnom slučaju utvrditi da li su ispunjeni kumulativno postavljeni uslovi za primjenu citiranog člana koji se odnose na utvrđivanje postojanja cilja i posljedice. Smatra da Konkurencijsko vijeće nije ispitalo postojanje ni jednog od navedenih uslova. Daljim navodima ukazuje se na teret dokazivanja iz člana 36. Zakona o konkurenciji, te ponovo detaljno obrazlaže razloge zbog kojih smatra da je činjenično stanje pogrešno utvrđeno, a u odnosu na utvrđivanje kupovnih i prodajnih cijena, na koji zaključak upućuje činjenica da su određeni dokazi pogrešno cijenjeni (str. 24. osporenog rješenja gdje se navodi da je u odgovoru nekih distributera potvrđeno da se radi o određivanju minimalnih cijena). Iz ovog razloga se stiče dojam da je poklonjena vjera samo jednom u odnosu na 10 drugih distributera koji su jasno potvrdili da potpuno samostalno utvrđuju prodajne cijene. Ostali navodi dopune se tiču osporavanja dokaza i to e-mail poruke, koji navodi su isticani u tužbi i dato je detaljno obrazloženje istih. Tužitelj obrazlaže način na koji se kupcima odobrava rabat, detaljno opisuje sistem rabata koji je primjenjen i koji je vezan za plan prodaje za koji smatra da je jasan, transparentan i na isti način primjenjivan za sve distributere, zbog čega smatra da nema mjesta primjeni člana 4. stav 1. e) Zakona o konkurenciji, odnosno da tužitelj ni na koji način nije primjenjivao različite uslove za identične transakcije prema različitim privrednim subjektima. Konačno, ukazuje na povredu člana 134. Zakona o upravnom postupku, a razlozi za ovu povredu su sadržajno identični navodima iz ranije dopune tužbe i tiču se postupanja Konkurencijskog vijeća suprotno zakonu, jer nije omogućilo tužitelju uvid u kompletnu dokumentaciju spisa predmeta, s obzirom da je tuženi uskratio uvid i upoznavanje sa onim dokazima koji su tužitelju bili bitni (kao npr. Izjave distributera), a koji su bez valjanog obrazloženja označeni kao poslovna tajna. Ovo je posebno nejasno kada se ima u vidu da su se izjave distributera ticale samo tumačenja odredbi kupoprodajnog ugovora, niti jedna izjava se nije pozivala ni na kakve činjenice, dokumente ili podake koji bi se eventualno mogli smatrati

poslovnom tajnom u smislu člana 38. Zakona o konkurenciji. Ovaj propust je imao za posljedicu još jednu povredu, jer je osporeno rješenje doneseno prije nego što je stranci omogućeno da se izjasni o svim činjenicama i okolnostima na kojima se zasniva pobijano rješenje (član 134. ZUP-a). Iz svih razloga koje je naveo u tužbi, kao i dopunama tužbe, predlaže da sud u postupku donošenja odluke posebno cijeneći relevantnu regulativu i praksu Evropske komisije i Evropskog suda pravde utvrdi da je rješenje tuženog nezakonito, zasnovano na ozbiljnim propustima koji su prethodili donošenju rješenja, pogrešnoj primjeni relevantnih zakona, te konačno predlaže da sud uvaži razloge tužbe i dopune iste, osporeno rješenje poništi u pobijanom dijelu i sam rješi ovu upravnu stvar u smislu člana 34. stav 3. Zakona o upravnim sporovima ili da predmet vrati Konkurencijskom vijeću na ponovno rješavanje u smislu člana 34. stav 2. istog Zakona.

U odgovoru na tužbu tuženi je predložio da se tužba odbije kao neosnovana.

Sud je ispitao zakonitost pobijanog rješenja u granicama odredbe člana 35. Zakona o upravnim sporovima BiH (Službeni glasnik BiH broj: 19/02 do 74/10), pa je odlučio kao u izreci iz sljedećih razloga:

Prema obrazloženju osporenog konačnog rješenja, tuženo Konkurencijsko vijeće je dana 06.12.2011. godine, zaprimilo zahtjev privrednog subjekta Preduzeće za spoljnu i unutrašnju trgovinu i usluge Dejan komerc d.o.o. Doboj za pokretanje postupka u smislu člana 28. Zakona o konkurenciji, protiv tužitelja, privrednog subjekta Apatinske pivare d.o.o. Apatin, Republika Srbija, radi utvrđivanja postojanja zloupotrebe dominantnog položaja iz člana 10. stav 2. tačka a), c) i d) Zakona o konkurenciji BiH. Tuženo, Konkurencijsko vijeće je ocijenilo da bez provođenja postupka nije moguće utvrditi postojanje povrede Zakona o konkurenciji na koje je zahtjevom ukazano, pa je donijelo Zaključak o pokretanju postupka broj: 02-26-2-028-9-II/11 od 08.02.2012. godine. U toku postupka podnosilac zahtjeva je dana 17.02.2012.godine Konkurencijskom vijeću dostavio zahtjev za proširenje postupka radi utvrđivanja postojanja zabranjenog sporazuma iz člana 4. stav 1. tačka a), d) i e) Zakona, nakon čega je tuženi dana 14.03.2012.godine donio zaključak o proširenju zaključka o pokretanju postupka broj: 02-26-2-028-29-II/11. Tokom postupka rješavanja zahtjeva, Konkurencijsko vijeće je primijenilo odredbe Zakona o konkurenciji (Službeni glasnik BiH broj: 48/05, 76/07 i 80/09) i Odluke o utvrđivanju relevantnog tržišta (Službeni glasnik BiH broj:18/06). Kako je privredni subjekt Preduzeće za spoljnu i unutrašnju trgovinu i usluge Dejan komerc d.o.o. Doboj podnio zahtjev, jer smatra da je tužitelj zaključio zabranjeni sporazum iz člana 4. stav 1. tačka a), c) i d) Zakona o konkurenciji, a s obzirom da je odredbama zaključenih kupoprodajnih ugovora, privredne subjekte doveo u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju i zloupotrijebio dominantan položaj na način propisan članom 10. stav 2. tačke a), c) i d) Zakona, tuženo Konkurencijsko vijeće je u skladu sa članom 3. Zakona i članom 4. i 5. Odluke o utvrđivanju relevantnog tržišta, kao relevantno tržište, utvrdilo tržište prodaje i distribucije piva na veliko, dok je u smislu predmetne koncentracije, utvrđeno relevantno tržište u geografskom smislu, tržište Bosne i Hercegovine, budući da privredni subjekti, odnosno distributeri proizvoda privrednog subjekta Apatinske pivare djeluju na cijeloj teritoriji Bosne i Hercegovine. Nadalje, imajući u vidu da se u konkretnom slučaju radilo o postupku u kojem su učestvovala stranke sa suprotnim interesima, Konkurencijsko vijeće je u skladu sa članom 39. Zakona zakazalo usmenu raspravu na kojoj su se zastupnici stranaka izjasnili o činjenicama i okolnostima na kojima temelje zahtjev, koja je održana dana 24.05.2012.godine. Kako su u toku postupka stranke dostavile dodatnu

dokumentaciju, radi izjašnjenja i ostavljanja strankama dovoljno vremena u tom pravcu, zakazana je druga usmena rasprava za dan 09.08.2012.godine, koja je na zahtjev tužitelja odgođena i održana je konačno dana 15.08.2012.godine, na kojoj su se zastupnici stranaka izjasnili o činjenicama i okolnostima koje su bitne za donošenje odluke, te je izvršen uvid u dokaze koji su pribavljeni u toku postupka, a koji su detaljno navedeni na strani 12.-14. obrazloženja osporenog rješenja, nakon čega je strankama ostavljen dodatni rok za izjašnjenje koje je od strane podnositelja zahtjeva dostavljeno blagovremeno i to dana 21.08.2012.godine. Na osnovu izvedenih dokaza Konkurencijsko vijeće je dana 04.09.2012.godine donijelo osporeni akt kojim je konačno utvrđeno da je tužitelj, privredni subjekt Apatinska pivara Apatin d.o.o. Trg oslobođenja broj 5, Apatin, Republika Srbija, odredbama Kupoprodajnih ugovora koji su zaključeni u periodu 2008.-2010.godine zaključio zabranjeni sporazum iz člana 4. stav 1. tačka a) i d) Zakona o konkurenciji.

Polazeći od utvrđenog činjeničnog stanja u upravnom postupku, te propisa koji su primjenjeni u postupku rješavanja konkretne upravne stvari, ovaj Sud je utvrdio da se osporeni konačni upravni akt Konkurencijskog vijeća BiH zasniva na potpuno i pravilno utvrđenom činjeničnom stanju i pravilnoj primjeni Zakona o konkurenciji (Službeni glasnik BiH broj: 48/05, 76/07 i 80/09), pri čemu od strane Konkurencijskog vijeća nisu učinjene povrede koje bi bile od uticaja na zakonitost i pravilnost rješenja donesenog u postupku pred Konkurencijskim vijećem. Osporeni akt, prema stanju spisa predmeta, je donesen nakon potpuno i pravilno utvrđenog činjeničnog stanja i pravilne primjene materijalnog prava, pa su neosnovani prigovori tužitelja sadržani u tužbi i dopunama tužbe koje je ovo Vijeće cijenilo, a kojima se ukazuje da su u postupku koji je prethodio donošenju osporenog rješenja tuženog, počinjene bitne povrede pravila postupka, kao i da je nepravilno primijenjeno materijalno pravo. Konkurencijsko vijeće je za svoju odluku dalo pravilne i jasne razloge koje u cijelosti prihvata i vijeće za upravne sporove ovog suda, iz sljedećih razloga:

Zakonom o konkurenciji uređuju se pravila, mjere i postupci zaštite tržišne konkurencije, nadležnosti i način rada Konkurencijskog vijeća na zaštiti i promociji tržišne konkurencije u Bosni i Hercegovini. U skladu sa članom 3. stav 1. ovog zakona, relevantno tržište određuje se kao tržište određenih proizvoda koji su predmet obavljanja djelatnosti privrednih subjekata na određenom geografskom području, a prema stavu 2. istog člana, relevantno tržište proizvoda obuhvata sve proizvode koje potrošači i/ili korisnici smatraju međusobno zamjenjivim, pod prihvatljivim uslovima, imajući u vidu naročito njihove bitne karakteristike, kvalitet, uobičajenu namjenu, način upotrebe, uslove prodaje i cijene, dok prema stavu 3. istog člana, relevantno geografsko tržište obuhvata cjelokupan ili značajan dio teritorije Bosne i Hercegovine na kojem privredni subjekti djeluju u prodaji i /ili kupovini relevantnog proizvoda pod jednakim ili dovoljno ujednačenim uslovima i koji to tržište bitno razlikuju od uslova konkurencije na susjednim geografskim tržištima. Prema stavu 5. istog člana, Konkurencijsko vijeće će podzakonskim aktom propisati bliže kriterije i način utvrđivanja relevantnog tržišta. Zakonom su uređena i pitanja zabranjene konkurencije, tako što su prema članu 4. stav 1. tačka a) i d) ovog Zakona, zabranjeni sporazumi, ugovori, pojedine odredbe sporazuma ili ugovora, zajednička djelovanja, izričiti i prešutni dogovori privrednih subjekata, kao i odluke udruženja privrednih subjekata koji za cilj i posljedicu imaju sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišne konkurencije na relevantnom tržištu, a koji se odnose: prema tački a) istog člana na direktno ili indirektno utvrđivanje kupovnih i prodajnih cijena ili bilo kojih drugih trgovinskih uslova i prema tački d) istog člana, i na primjenu različitih uslova za identične transakcije s drugim privrednim subjektima,

dovodeći ih u nepovoljniji položaj u odnosu na konkurenciju. Također, prema članu 10. stav 1. ovog Zakona, zabranjena je svaka zloupotreba dominantnog položaja jednog ili više privrednih subjekata na relevantnom tržištu. Prema stavu 2. istog člana, zloupotreba dominantnog položaja posebno se odnosi na: a) direktno ili indirektno nametanje nelojalnih kupovnih i prodajnih cijena ili drugih trgovinskih uslova kojima se ograničava konkurencija; b) ograničavanje proizvodnje, tržišta ili tehničkog razvoja na štetu potrošača; c) primjenu različitih uslova za istu ili sličnu vrstu poslova s ostalim stranama, čime ih dovode u neravnopravan i nepovoljan konkurentski položaj, te, d) zaključivanje sporazuma kojima se uslovljava da druga strana prihvati dodatne obaveze koje po svojoj prirodi ili prema trgovinskom običaju nemaju veze s predmetom takvog sporazuma. Odlukom o utvrđivanju relevantnog tržišta utvrđuje se način, kriteriji i postupci za određivanje relevantnog tržišta, u smislu člana 3. Zakona o konkurenciji, kao osnovu za izračunavanje tržišnog udjela privrednih subjekata na tržištu, u provođenju odredbi Zakona. Članom 2. ove odluke, relevantno tržište se određuje kao tržište određenih proizvoda koji su predmetom obavljanja djelatnosti privrednih subjekata na određenom geografskom području, kao i da se relevantno tržište određuje posebno za svaki dati slučaj. Relevantno tržište proizvoda prema članu 4. ove Odluke, obuhvaća sve proizvode koje potrošači i/ili korisnici smatraju međusobno zamjenjivim, pod prihvatljivim uslovima, imajući u vidu naročito njihove bitne karakteristike, kvalitet, uobičajenu namjenu, način upotrebe, uslove prodaje i cijene, dok prema članu 5. odluke, relevantno geografsko tržište obuhvaća cjelokupan ili značajan dio teritorija Bosne i Hercegovine na kojem privredni subjekti djeluju u prodaji i/ili kupovini relevantnog proizvoda pod jednakim ili dovoljno ujednačenim uslovima i koji to tržište bitno razlikuju od uslova tržišne konkurencije na susjednim zemljopisnim tržištima.

U konkretnom slučaju privredni subjekt Preduzeće za spoljnu i unutrašnju trgovinu i usluge Dejan komerc d.o.o. Doboj je podnio zahtjev Konkurencijskom vijeću kako bi se utvrdilo da kupoprodajni ugovor kojeg je zaključio sa tužiteljem Apatinskom pivarom d.o.o. Apatin, kao i ostali ugovori koje je Apatinska pivara d.o.o. Apatin, Republika Srbija, zaključila sa različitim distributerima na teritoriji Bosne i Hercegovine radi plasmana svojih proizvoda na tržištu BiH predstavlja zabranjeni sporazum iz člana 4. stav 1. tačka a), c) i d) Zakona o konkurenciji. Iz stanja spisa proizilazi da je tužitelj sa podnosiocem zahtjeva privrednim subjektom Dejan komerc d.o.o. Doboj zaključio tri ugovora, i to za 2008., 2009. i 2010. godinu, broj: 008 BiH-71/2008 od 24.12.2007. godine, broj: 06-71/2009 od 18.12.2008. godine i broj: 02-71/2010. godine od 26.01.2010. godine. Takođe, u postupku je utvrđeno da je u istom periodu tužitelj zaključio određeni broj ugovora sa privrednim subjektima tj. distributerima na teritoriji Bosne i Hercegovine (tabela 8-11 u kojoj je dat detaljan prikaz zaključenih ugovora sa označavanjem privrednih subjekata, navođenjem broja ugovora i ugovorenih količina isporuke, str. 18., 19. i 20. obrazloženja osporenog rješenja). Predmet navedenih ugovora su uslovi pod kojima prodavac- Apatinska pivara d.o.o. Apatin prodaje, a kupac kupuje proizvode prodavca radi dalje prodaje na tržištu, koji se, prema tački 2. Ugovora, mogu mjenjati zavisno od tržišne politike prodavca, a sve eventualne izmjene će, prema odredbama navedenih ugovora, biti uređene posebnim Aneksima ugovora. Shodno navedenim ugovorima Apatinska pivara d.o.o. Apatin je u periodu 2008.-2011. godine plasirala svoje proizvode na tržište Bosne i Hercegovine putem kupaca (distributera) koji su većinom registrovani na području Republike Srpske, zaključivanjem tipskih, jednogodišnjih kupoprodajnih ugovora. Iz sadržaja zaključenih ugovora proizilazi da je članom 5. osnovnog Ugovora i članom 2. Aneksa 2, ugovoreno da će kupac prilikom formiranja svojih cijena biti obavezan da u obzir uzme uslove prodaje prodavca i da svoje prodajne cijene (uključujući i prodajne cijene za

kompenzaciju) održava na nivou ne nižim od prodajnih cijena prodavca. Takođe, iz ugovora koji su zaključeni za 2008., 2009. i 2010. godinu je evidentno da je tužitelj svim distributerima odobrio rabat, prema rabatnoj skali koja je sastavni dio Aneksa zaključenih ugovora, a u zavisnosti od količina kupljenog piva, tako da je odobren logistički rabat od 2 % (član 3. pod a)), rabat na asortiman od 1 % (član 3. pod b)), kumulativni količinski rabat po rabatnoj skali koja je sastavni dio Aneksa 2. (član 3. pod c)), te konačno rabat za rast prodaje od 1% za ostvarenje 100 % mjesečnog cilja i dodatnih 1 % za ostvarenje 105 % od mjesečnog cilja (član 3. pod d)). Cijene proizvoda koji su predmet ugovora tužitelj, je prema podacima spisa, utvrdio Odlukom o deviznom cjenovniku piva za tržište Republike Srpske i Federacije BiH u spornom periodu, koje su izražene u Eurima.

Kod ovako utvrđenog činjeničnog stanja Konkurencijsko vijeće je zaključilo da je tužitelj sa privrednim subjektom Dejan komerc d.o.o. Banja Luka, odredbama naprijed navedenih kupoprodajnih ugovora koje se odnose na direktno ili indirektno utvrđivanje kupovnih i prodajnih cijena, zaključio zabranjeni sporazum i time ograničio tržišnu konkurenciju (član 4. stav 1. tačka a) Zakona o konkurenciji). Pravilan je ovaj zaključak tuženog, jer ovakve odredbe ugovora kojim se kupcima (dobavljačima) nameću minimalne cijene i kojim se nameću obaveze da se prilikom formiranja svojih cijena pridržavaju uslova prodaje koje je postavio prodavac, shodno pravilnoj ocjeni Konkurencijskog vijeća, odnose se i mogu biti podvedene pod definiciju zabranjenog ugovora ili sporazuma (koji je definiran članom 4. stav 1. Zakona o konkurenciji), a iz razloga što je tužitelj ugovaranjem takvih odredbi zabranio kupcima slobodno formiranje cijena na nivou ispod njegove prodajne cijene uz prijetnju oduzimanja rabata i raskida kupoprodajnog ugovora.

I prema standardnima Evropske unije - Uredba komisije (EZ) br. 2790/1999. od 22. prosinca 1999. o primjeni članka 81. (3) Ugovora na kategorije vertikalnih sporazuma i usklađeno djelovanje, zabranjeni su verikalni ugovori koji za cilj imaju ograničavanje prava kupcu da slobodno određuje vlastite prodajne cijene proizvoda, što ne isključuje mogućnost nametanja maksimalnih prodajnih cijena ili preporuke prodajne cijene pod uslovom da nije riječ o fiksnim ili **minimalnim prodajnim cijenama koje su rezultat izvršenog pritiska ili ponuđenog poticaja od bilo koje stranke**, zbog čega se istaknuti prigovori prema kojima Konkurencijsko vijeće nije primijenilo pravnu praksu Evropskih sudova i pravne Regulative EU, kao neosnovani odbijaju.

Pravilan je zaključak Konkurencijskog vijeća o postojanju zabranjenog sporazuma i po osnovu tačke d) istog člana Zakona, jer tužitelj nije utvrdio transparentne kriterije u pogledu načina izbora kupca, kao i kriterije u pogledu prestanka saradnje sa kupcima i dobavljačima, na što ukazuje činjenica da je tužitelj odredio različite rokove odgođenog plaćanja koji se kreću 15-30 dana, ali ne prate ugovorene količine prodaje piva. Na ovaj zaključak upućuje i činjenica da je tužitelj prema različitim kupcima za identične transakcije održivao i različite uslove, što nije osporeno od strane tužitelja, uz dato obrazloženje da je Kriška d.o.o. Bijeljina najveći distributer i dugogodišnji poslovni partner, a valuta od 30 dana privrednom subjektu Duvan promet d.o.o. Banja Luka je odobrena isključivo zbog snadbjevanja velikih kupaca maloprodajnih objekata.

U odnosu na zahtjev tužitelja koji se odnosi na zloupotrebu dominantnog položaja od strane tužitelja, iz spisa predmeta proizilazi da je Konkurencijsko vijeće utvrdilo da podnosilac zahtjeva nije dokazao kršenje člana 10. stav 2. tačka a), c) i d)

podnositelja zahtjeva zatražio da dostavi dodatnu dokumentaciju za one tvrdnje iznesene u toku postupka koje nije potkrijepio adekvatnim dokazima.

Konačno nisu osnovani navodi kojima se osporava nadležnost Konkurencijskog vijeća, iz razloga što je odredbom člana 2. i 3. Zakona o konkurenciji propisano da se Zakon o konkurenciji primjenjuje i na privredne subjekte sa sjedištem i prebivalištem u inostranstvu, ako njihovo djelovanje proizvodi značajan efekat na tržištu Bosne i Hercegovine ili na značajnijem dijelu tržišta. Kako je i pojašnjeno u osporenom rješenju, Konkurencijsko vijeće je analizom relevantnog tržišta zaključilo da Apatinska pivara s obzirom na količinu uvezenih i plasiranih proizvoda na tržištu BiH proizvodi značajan efekat. Analiza relevantnog tržišta pokazala je da prosječni tržišni udio privrednog subjekta Apatinska pivara u periodu 2008.-2012.gdine je bio 25 %, dok je istovremeno grupacija Star bev Netherlands na tržištu distribucije i prodaje piva na veliko u Bosni i Hercegovini ostvarila 30,23 % tržišnog udjela. Nadalje, analizom relevantnog tržišta prema podacima dostavljenim od strane Uprave za indirektno oporezivanje BiH u ukupnoj količini uvezenog piva u spornom periodu Apatinska pivara, odnosno privredni subjekt Starbev je učestvovao sa približno 50 % uvezene količine. Iz navedenih podataka je jasan značajan efekat koji djelovanje Apatinske pivare ima na tržištu Bosne i Hercegovine iako je ona registrovana na teritoriji Republike Srbije. Uvidom u kupoprodajne ugovore zaključene između tužitelja i distributera je utvrđeno da se proizvodi Apatinske pivare kupuju s ciljem plasmana na tržištu Bosne i hercegovine. Apatinska pivara d.o.o. u svom podnesku broj: 02-26-2-026-45-II/11 od 04.06.2012.godine dostavljenom Konkurencijskom vijeću eksplicitno navodi da privredni subjekt Starbev d.o.o. obavlja usluge marketniga i promocije za Apatinsku pivaru d.o.o. na teritoriji Bosne i Hercegovine, što pokazuje da nisu tačne tvrdnje tužitelja da Apatinska pivara djeluje samo na teritoriju Republike Srbije, s obzirom da je očigledno da njihovo povezano društvo u njihovo ime obavlja usluge marketniga i promocije na teritoriji Bosne i Hercegovine. Ukoliko bi se prihvatili navodi Apatinske pivare da Konkurencijsko vijeće ne može voditi postupak jer su oni registrovani na teritoriji Republike Srbije, to bi značilo da bi bilo koji privredni subjekt koji se bavi distribucijom određenih proizvoda na teritoriji Bosne i Hercegovine mogao izbjegavati odredbe Zakona o konkurenciji ukoliko bi registrovao sjedište izvan teritorije BiH, iako ugovorno saraduje sa distributerima na teritoriji BiH.

Navodi kojim se osporava e-mail poruka kao dokazno sredstvo nisu osnovani. Kako je tuženi dao obrazloženje ovih navoda (str. 24. sporenog rješenja) pozivajući se na relevantne odredbe zakona (član 150. stav 2. ZUP-a), Vijeće dato obrazloženje u cijelosti prihvata i ove navode neće posebno obrazlagati.

Imajući u vidu izloženo, ovaj sud nalazi da se osporeno rješenje zasniva na pravilno utvrđenom činjeničnom stanju, pravilnoj primjeni pravila postupka koji je prethodio donošenju konačnog upravnog akta i pravilnoj primjeni zakona, za šta je tuženi organ dao valjano obrazloženje, iz kojih razloga je tužba tužitelja neosnovana, pa je primjenom člana 37. stav 1. i 2. Zakona o upravnim sporovima odlučeno kao u dispozitivu presude.

ZAPISNIČAR:
Razija Behlulović



Sud Bosne i Hercegovine, Sarajevo, ul. Kraljice Jelene br. 88
Telefon: ++ 387 33 707 100, 707 596, 707 597; Fax: ++ 387 33 707 321