

BOSNA I HERCEGOVINA
Konkurencijsko vijeće



БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
Конкуренијски савјет

ЗАКЉУЧАК
о захтјеву за преиспитивање Рјешења број: 02-26-2-028-145-П/11

Сарајево
новембар 2012. године



Број: 02-26-2-028-175-II/11
Сарајево, 06.11.2012. године

На основу члана 25. став (1) тачка д) и члана 42. став 2), а у вези са чланом 43. став (5) Закона о конкуренцији ("Службене новине БиХ", бр. 48/05, 76/07 и 80/09), одлучујући по Захтјеву за преиспитивање Рјешења за примљеним дана 17.09.2012. године под бројем: 02-26-2-028-154-II/11, од привредног субјекта Апатинска пивара Апатин д.о.о. Трг ослобођења 5., 25260 Апатин, Република Србија, заступаног путем овлашћених лица Ненада Станковића, Томажа Јежа 5/15, 11000 Београд, Република Србија и Милоша Андравића, Булевар Ослобођења 104, 11000 Београд, Република Србија, Конкуренијски савјет на 46. (четрдесетшестој) сједници одржаној дана 06.11.2012.године, донио је

ЗАКЉУЧАК
о захтјеву за преиспитивање рјешења

1. Одбија се Захтјев за преиспитивање Рјешења Конкуренијског савјета број: 02-26-2-028-145-II/11 од 04.09.2012. године као неоснован.
2. Овај Закључак бит ће објављен у Службеним новинама БиХ, Службеним новинама ентитета и Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине.

Образложење

Конкуренијски савјет је дана 17.09.2012. године под бројем: 02-26-2-028-154-II/11 за примио Захтјев за преиспитивањем рјешења у смислу члана 43. став (5) Закона о конкуренцији (у даљем тексту: Закон) поднесен од стране привредног субјекта Апатинска пивара Апатин д.о.о. Трг ослобођења 5., 25260 Апатин, Република Србија (у даљем тексту: Апатинска пивара или Подносилац захтјева), којим се тражи преиспитивање Рјешења Конкуренијског савјета број: 02-26-2-028-145-II/11 од 04.09.2012 године (у даљем тексту: Рјешење) из разлога што се десила стварна промјена у чињеницама на којим је Рјешење засновано, а које су од значајног утицаја на тржишну конкуренцију.

У Захтјеву за преиспитивање Рјешења, привредни субјект Апатинска пивара, углавном, наводи:

- да је Рјешење Конкуренијског савјета број 02-26-2-028-145-III/11 засновано на непотпуним, нетачним и неистинитим информацијама које су довеле до одлуке по којој је Апатинска пивара ограничила конкуренцију повредом члана 4. став (1) тачка а) и д) Закона о конкуренцији у 2008., 2009. и 2010. години;
- да се Конкуренијски савјет у предметном Рјешењу позива на правни оквир наводећи да је приликом доношења Рјешења кориштена пракса Европског суда и

Европске комисије, а да при томе ни у ком дијелу Рјешења није утврђена кауза између утврђених чињеница и њихове примјене на позване интерпретативне правне инструменте;

- да је предметно Рјешење засновано на Уредби ЕК 2790/1999 која није на снази од 1. јуна 2010. године када је ступила на снагу Уредба ЕК 330/2010, што, како се наводи у Захтјеву, значи да приликом одлучивања нису примјењивани прописи који су на снази;
- да се из самог образложења Рјешења не може закључити какве је све информације и доказе користио Конкуренцијски савјет будући да се садржај појединих доказа не може утврдити јер га Конкуренцијски савјет не наводи, а у току поступка представницима Апатинске пиваре није дозвољен увид у све документе;
- да је Апатинска пивара запримила цијелу документацију супротне стране тек непосредно прије доношења Рјешења, односно да је поднеске супротне стране примила непосредно прије посљедње усмене расправе;
- да се из предметног Рјешења не може утврдити на основу којих доказа и чињеница је Конкуренцијски савјет утврдио да пословање Апатинске пиваре производи „*значајан ефекат на релевантном тржишту*“, односно како Конкуренцијски савјет у конкретном случају утврђује постојање значајног ефекта на релевантном тржишту;
- да Конкуренцијски савјет није ни на који начин утврдило који су то чак и потенцијални значајни ефекти настали као наводна повреда Закона о конкуренцији у 2008. години будући да је привредни субјект Дејан комерц изразио апсолутну заинтересованост за наставак сарадње и у 2012. години што Конкуренцијски савјет није имао у виду; Дејан комерц је у периоду од 2008. до 2010. године успјешно пословао у складу са уговором са Апатинском пиваром, као и сви други купци, што, према наводима из Захтјева, доказује да било какви ефекти незаконитих аката и радњи из 2008. до 2010. године нису наступили;
- да Конкуренцијски савјет наводи да је из уговора које је Апатинска пивара закључила са дистрибутерима утврђено да се исти купују са циљем пласмана на тржишту Босне и Херцеговине. Подносиоцу захтјева, према наводима у Захтјеву, није јасно на основу којих доказа је Конкуренцијски савјет то утврдио будући да у уговорима дословно стоји да „*купац купује производе ради даље продаје на тржишту БХ*“;
- да је Рјешење Конкуренцијског савјета неразумљиво и нејасно, као и оцјена доказа из наводно утврђеног чињеничног стања;
- да утврђено чињенично стање, под тачком 8. Рјешења, не садржи ништа друго до података које је Апатинска пивара пружила Конкуренцијском савјету у смислу чега се је Апатинска пивара више пута изјаснила да у сваком случају настоји да своју мрежу дистрибутера прошири са циљем повећања продаје, изградње свог бренда и доступности крајњим купцима на цијелој територији БиХ те је у том смислу јасно и пословно оправдано да се у зависности од логистичке, техничке и финансијске спремности купаца утврђују, а у сарадњи са купцима и очекиваном продајом, уговарају количине на годишњем нивоу. У том смислу Подносилац захтјева истиче да му није јасан закључак Конкуренцијског савјета да то може утицати на одобравање рабата који су линеарни количински и једнаки за све, осим уколико Конкуренцијски савјет сматра да се са сваким купцем морају уговорати апсолутно

исте количине и наметати купцима без обзира на могућности остварења. Примјеном предметног захтјева Конкурenciјског савјета купци који су мањег техничког, административног, финансијског и логистичког капацитета би трпјели значајну штету и нестали са тржишта, а на штету и Апатинске пиваре и крајњих купаца;

- да је Апатинска пивара јасно одредила своју рабатну политику у годинама које су предмет поступка у свом поднеску од 27. фебруара 2012. године и поново у поднеску од 20. августа 2012. године. У смислу навода да је у одговору *"неких купаца наведено да план продаје одређује Апатинска пивара"*, Апатинска пивара у Захтјеву наводи да није у могућности да утврди смисао предметног, односно да ли се ради о иницијалном захтјеву будући да је предметно извучено из контекста одговора појединачног дистрибутера, а који одговори нису били доступни Апатинској пивари. С тим у вези, Конкурenciјски савјет не истиче и бројне друге дистрибутере који су навели да није било *"утврђивања са стране Апатинске пиваре"* већ да су количине биле споразумно утврђиване док је јасно Конкурenciјски савјет пропустио да утврди разлоге закључења споразума од стране купаца који су иницијално сматрали да су исти штетни за њих, а ако је то и био случај;
- да Конкурenciјски савјет наводи да Апатинска пивара има "селективну дистрибутивну мрежу" и да није утврдила транспарентне критеријуме за начин избора купца (добављача) те стога ни критеријуме за престанак сарадње. Конкурenciјски савјет даље наводи да дугорочна пословна сарадња може имати одређене посљедице и несигурност у пословању других купаца, а *"што може произвести негативне ефекте на релевантном тржишту БиХ као и пословање привредног субјекта Апатинске пиваре"*. У Захтјеву се истиче да Апатинска пивара нити у једном тренутку није донијела одлуку о формирању система селективне дистрибуције нити би то за природу самог производа, тј. пива, било адекватно и прихватљиво рјешење будући да се не ради о производу специфичне намјене, да не захтјева посебно чување и управљање. Такођер, систем селективне дистрибуције захтјева и утврђивање ограничења купцу да производ који је предмет купопродаје не може бити у промету са другим купцима, ван утврђене селективне дистрибутивне мреже, док су *"сви купци Апатинске пиваре апсолутно слободни да производ чији су власници и који су преузели фцо. фабрика Апатин продају било ком купцу у велепродаји и/или малопродаји"*;
- да је погрешно утврђено чињенично стање од стране Конкурenciјског савјета будући да за постојање система селективне дистрибуције недостаје његов основни елемент тј. ограничавање права у даљој продаји ван система селективне дистрибуције које ограничење не постоји ни *де ууре* ни *де факто* у предметном случају, а што је можда пропуст ради примјене Уредбе 2790/1999 која је стављена ван снаге у јуну 2010. године. У том смислу, према Подносиоцу захтјева, и сам Дејан комерц је за све вријеме пословања са Апатинском пиваром продавао производе Апатинске пиваре неселективно и купцима на тржишту велепродаје, као и малопродаје по властитом избору, а што је јасно и из фактура које је Дејан корнере доставио након одржане друге усмене расправе. Даље, Апатинска пивара није *"прекинула пословање"*, како то Конкурenciјски савјет наводи, већ није продужила пословање и у наредној години, из легитимних пословних разлога, а по истеку уговора за 2011. годину;
- да Конкурenciјски савјет у свом Рјешењу, иако се ради о "осјетљивим тржиштима" и иако су докази били предмет оцјене и анализе готово годину дана, утврђује "нелогичност" у пословном односу Апатинске пиваре са својим купцима на начин да купци имају различите рокове одложеног плаћања. Апатинска пивара је на ове наводе и захтјеве Конкурenciјског савјета да сви купци морају имати апсолутно

једнаке рокове плаћања и кредитни лимит већ одговорила усмено и писано, што Конкурентијски савјет није навео у предметном Рјешењу, али истовремено истиче да је предметно слободна одлука учесника на тржишту, а нарочито учесника који нема ни приближно доминантан положај и који не контролише продају свог производа будући да робу купци набављају, плаћају и преузимају физички у Апатину, Република Србија и њоме слободно располажу на територији БиХ;

- да Апатинској пивари није јасан захтјев Конкурентијског савјета да има "посебну одговорност према свим купцима" те да би израда критеријума била на корист крајњим потрошачима обзиром да Конкурентијски савјет, према наводима Подносиоца захтјева, није ни у једном дијелу утврдио постојање било каквих посљедица или негативних ефеката постојеће пословне праксе Апатинске пиваре у периоду од 2008. до 2010. године на тржишту дистрибуције њених производа у БиХ нити било какве негативне посљедице за крајње потрошаче. Продајна цијена је тако утврђивана на основу тржишних кретања и могућности повећања промета, док је Апатинска пивара улагала у развој производње и палете производа, промоцију својих производа, а све управо у интересу крајњих потрошача;
- да се изрека Рјешења противријечи образложењу, односно да се у тачки 1. Рјешења Конкурентијског савјета наводи да је Апатинска пивара одредбама члана 2. став 1. Анекса 1, одредбом члана 5. и одредбом члана 2. Анекса 2. Купопродајних уговора за 2008., 2009. и 2010. годину, број 008 БиХ - 71/2008, закљученог дана 24.12.2007. године, број 06- 71/2009, дана 18.12.2008. године, број 02-71/2010, закључен дана 26.01.2010. године са привредним субјектом Дејан комерц д.о.о, Озренских српских бригада 38А, 74000 Добој, као и одредбама члана 2. став (1) Анекса 1, одредбом члана 5. и одредбом члана 2. Анекса 2 осталих закључених уговора са дистрибутерима на територији Босне и Херцеговине ограничили конкуренцију директно или индиректно утврђивањем куповних и продајних цијена или било којих других трговинских услова и примјеном различитих услова за истовјетне трансакције с другим привредним субјектима, доводећи исте у неповољан положај у односу на конкуренцију, у смислу члана 4. став (1) тачка а) и д) Закона о конкуренцији. Одавде слиједи да Конкурентијски савјет упућује на члан 5. *Анекса 2 Купопродајних уговора*, док из образложења одлуке на страни 24. произлази да се ради о члану 5. *Купопродајног уговора*.
- да Апатинској пивари није јасно на основу којих доказа је Конкурентијски савјет утврдио да Апатинска пивара намеће минималне цијене купцима, јер Конкурентијски савјет није доказао да уговорне одредбе које су цитиране имају за циљ и посљедицу спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције. Закон у члану 4. став (1) предвиђа да овакве одредбе морају (кумулятивно) имати и циљ (намјеру) и посљедицу, а Конкурентијски савјет није доказао ни да је ограничавање конкуренције било циљ, нити да су поступци Апатинске пиваре и наведене уговорне одредбе имале било какве посљедице на тржишту. Самим тим, тврдње које је Конкурентијски савјет изнијело засноване су на непотпуним и нетачним информацијама;
- да Конкурентијски савјет заснива своју одлуку и на неистинитом доказу, односно i-мејл Драгана Бороње, који је цитиран на страни 24. Рјешења. Апатинска пивара, како се наводи у Захтјеву, не спори да електронска пошта може и мора бити кориштена као доказ. Приговор Апатинске пиваре је, према наводима у Захтјеву, погрешно наведен у самом Рјешењу. Приговор јесте да Конкурентијски савјет није учинио ништа, нити је странка која је поднијела i-мејл учинила било шта како би потврдила аутентичност електронског документа понуђеног у штампаном формату;

Конкурентијски савјет је одлучило да је сам испис електронске комуникације довољан доказ, а потврду тога базира искључиво на исказу наводно примаоца који је и подносилац захтјева у самом поступку и о чијим се правима и одлучује.

- да Конкурентијско савјет на стр. 24. Рјешења наводи *“само као примјер”* два купца која су истакла у својим *повјерљивим* одговорима Конкурентијском савјету да им је Апатинска пивара утврђивала цијену у даљој продаји. Ипак, и поред *навођења два од укупно само једног примјера* таквог купца (како се наводи у тачки 5. Рјешења само је купац Макс Сандра изјавила такво што) апсолутно је нејасно и зашто Конкурентијски савјет у својим поступцима утврђивања чињеничног стања, оцјене доказа и анализе дуже од годину дана није утврдио и које је то цијене Макс Сандра д.о.о. имала према својим купцима те јасно утврдио и однос између те и излазне цијене других купаца који су јасно истакли да самостално формирају своје цијене према купцима;
- да је нетачан, штетан и контрадикторан навод на страни 24. Рјешења, последњи пасус, да је исто потврдио и привредни субјект Николић д.о.о. из Теслића, будући да на страни 14. први пасус, када је у питању изјашњење, Николић д.о.о. дословце пише да *„План продаје одређује привредни субјект Апатинска пивара, а да исти одређује цијене самостално независно од добављача”*. Ова реченица, према наводима у Захтјеву, се ни на који начин и ни под којим условима не може сматрати потврдом да Апатинска пивара својим купцима одређује цијене у даљој продаји, па се и закључак Конкурентијског савјета може сматрати као закључак заснован на непотпуној, нетачној, а можда чак и лажној информацији;
- да се на страни 25. Решења налази тврдња Конкурентијског савјета да Апатинска пивара има обавезу да изради и примијени „прецизније” критерије за закључивање купопродајних уговора. Нејасно је, према наводима у Захтјеву, на основу којих чињеница, доказа и прописа (чланова Закона о конкуренцији) Конкурентијски савјет долази до оваквог закључка и шта се тачно подразумијева под термином „прецизнији критеријуми”, односно, у односу на шта и кога критеријуми треба да буду прецизнији;
- да се у Рјешењу налази низ доказа чије се постојање наводи, али се не наводи садржај истих и због чега су ти докази битни за одлучивање, као што су поднесци Управе за индиректно опорезивање БиХ, Удружења пивара БиХ, дописи Спољнотрговинске коморе БиХ, извјештаји Федералног завода за статистику, Агенције за статистику БиХ, Републичког завода за статистику РС, одговор Агенције за посредничке и финансијске услуге, итд;
- да Конкурентијски савјет у свом образложењу не наводи да ли је и које наводе са усмених расправа које су одржане узело у обзир приликом одлучивања, а нарочито да ли је приликом одлучивања у обзир узело и примједбе које је на записник и у вези са записником дала Апатинска пивара, па се из образложења може једино закључити да наводи са усмених расправа нису узети у обзир приликом одлучивања, што даље значи да је одлука донијета уз непотпуно утврђено чињенично стање.

Чланом 43. став (5) Закона прописано је да Конкурентијски савјет може на захтјев странке или по службеној дужности поново преиспитати рјешење у случајевима: гдје је била стварна промјена у чињеницама на којима је било засновано то рјешење, а од значајног су утицаја на тржишну конкуренцију, или гдје странке у поступку дјелују у супротности с обавезама које је утврдио Конкурентијски савјет, или гдје је рјешење

засновано на непотпуним, нетачним или лажним информацијама које су дале странке у поступку.

Конкурентијски савјет је оцијенио да околности које привредни субјект Апатинска пивара наводи не могу бити прихваћене као разлог за преиспитивање Рјешења, јер сам Закон прописује да се преиспитивање рјешења може извршити ако је дошло до стварне промјене у чињеницама на којима је било засновано рјешење, те такођер прописује и да исте морају бити од значајног утјецаја на тржишну конкуренцију. При томе Закон овдје подразумијева чињенице које су утврђене у поступку пред Конкурентијским савјетом и на основу којих је донесена одлука. Из самих навода привредног субјекта Апатинска пивара очито је да су све чињенице које наводи као разлог за преиспитивање Рјешења биле познате и разматране у току поступка пред Конкурентијским савјетом.

Надаље, очигледно је да Подносилац захтјева у наведеном Захтјеву не износи нове чињенице већ интерпретира чињенице које су већ разматране током поступка.

Из наведеног произилази да наведене околности не представљају стварну промјену у чињеницама на којима је било засновано Рјешење у смислу члана 43. став (5) Закона, већ могу евентуално бити разлог за покретање управног спора, што је и Подносилац захтјева и учинио јер је исте наводе навео и у тужби којом је пред Судом БиХ, а у складу са Законом о управним споровима БиХ, покренуо против рјешења Конкурентијског савјета, број: 02-26-2-028-145-П/11 од 04.09.2012. године.

Имајући у виду наведено, Конкурентијски савјет је одлучило као у диспозитиву.

Поука о правном лијеку

Против овога Закључка није допуштена жалба.

Незадовољна страна може покренути управни спор пред Судом Босне и Херцеговине у року од 30 дана од дана пријема, односно објављивања овога Закључка.

Предсједница

Гордана Живковић

Достављено:

- **привредни субјект Апатинска пивара**
- **у спис**
- **а/а**