

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

Broj: S1 3 U 038507 21 Uvp
Sarajevo, 23.02.2022. godine

Sud Bosne i Hercegovine u Sarajevu, u apelacionom upravnom vijeću, sastavljenom od sudija Srete Crnjaka, kao predsjednika vijeća, Vesne Trifunović i Dinke Bešlagić-Čovrk kao članova vijeća, uz sudjelovanje Mirsade Lučkin kao zapisničara, u upravnom sporu tužitelja „Telemach“ d.o.o. Sarajevo sa sjedištemu Sarajevu ul. Džemala Bijedića br. 216 zastupanom po punomoćnicima, Nihadu Sijerčiću, Amini Đugum, Lejli Popara i Alenu Graciću advokatima iz Sarajeva ul. Fra Anđela Zvizovića br. 1, protiv upravnog akta-obavještenja broj UP-05-26-1-036-83/18 od 24.09.2020. godine tuženog Konkurencijskog vijeća Bosne i Hercegovine, u upravnoj stvari prijave koncentracije na tržištu, odlučujući o zahtjevu tuženog Konkurencijskog vijeća Bosne i Hercegovine i zainteresovanog lica Mtel a.d. Banja Luka za preipitivanje sudske odluke-presude vijeća za upravne sporove Suda Bosne i Hercegovine broj S1 3 U 038507 21 U od 15.07.2021. godine, na nejavnoj sjednici održanoj dana 23.02.2022. godine, donio je

P R E S U D U

Zahtjevi za preispitivanje se uvažavaju, preinačava odluka vijeća za upravne sporove Suda Bosne i Hercegovine broj S1 3 U 038507 21 U od 15.07.2021. godine tako da se tužba ODBIJA.

Tužilac je dužan zainteresovanom licu Mtel a.d. Banja Luka nadoknaditi troškove upravnog spora u iznosu od 1.077,50 KM u roku od 30 dana po prijemu presude.

O b r a z l o ž e n j e

Presudom vijeća za upravne sporove Suda Bosne i Hercegovine broj i datum navedeni u uvodu, uvažena je tužba i poništen osporavani akt UP-05-26-1-036-83/18 od 24.09.2020. godine, tužitelju je priznat status stranke u postupku pred Konkurencijskim vijećem BiH u upravnoj stvari po prijavi koncentracije broj UP-05-026-1-036-1-18 od 16.10.2018. godine podnosioca privrednog subjekta Mtel a.d. Banja Luka nad privrednim subjektom Blicnet d.o.o. Banja Luka.

Utvrđeno je da presuda zamjenjuje konačni upravni akt tuženog, tuženi je obavezan da tužitelju nadoknadi troškove postupak u iznosu od 380,80 KM u roku od 15 dana i konstatovano da će presuda biti u ovjerenom prepisu objavljena u „Službenom glasniku BiH“.

Preispitivanje ove odluke zahtjevaju tuženi Konkurencijsko vijeće Bosne i Hercegovine i zainteresovano lice Mtel a.d. Banja Luka, blagovremeno podnesenim zahtjevom.

Tužena predlaže da se zahtjev uvaži, presuda ukine i predmet dostavi upravom vijeću na ponovno rješavanje ili da se zahtjev uvaži predmetna presuda preinači na način da se tužitelju odbije zahtjev za priznavanja statusa stranke. U zahtjevu se ukazuje na tok upravnog postupka provedenog po prijavi koncentracije, ističe da je zaključkom od 20.12.2018. godine ispitivan pravni interes tužitelja i odbijen zahtjev za priznavanje statusa stranke u postupku prijave koncentracije jer je utvrđeno da ne postoje dokazi o narušavanju prava i pravnih interesa tužitelja. Tužitelj nije bio stranka u upravnom postupku niti se odlučivalo o njegovim pravima i obavezama, a na nastupanje štetnih posljedica paušalno ukazuje. U postupku odobravanja predmetne koncentracije tužena je cijenila komentare koje je dao tužitelj na Obavještenje o dostavljenoj prijavi koncentracije. Tužena nije utvrdila postojanje pojedinačnog pravnog interesa tužitelja za odobravanje statusa stranke, niti po traženom osnovu tužitelju to pravo pripada jer bi u protivnom to pravo imali svi učesnici na relevantnom tržištu i svaki pojedini potrošač. Kako je presudom Suda Bosne i Hercegovine poništen zaključak tužene o odbijanju dodjele tužitelju statusa stranke i predmet vraćen tuženoj na ponovno rješavanje, ponovo je razmotren prijedlog, ali kako nisu ispunjeni zakonski uslovi iz člana 24 stav 2 Zakona o konkurenciji isti nije usvojen, o čemu je tužitelj obavješten aktom broj UP-05-26-1-036-83/18 od 24.09.2020. godine. Kako je ova obavjest predmet poništavanja u konkretnom upravnom sporu tužena ukazuje da su stranke u postupku po prijavi koncentracije propisane članom 16 Zakona o konkurenciji, a prema članu 26, ako ovaj zakon nije drugačije propisao, primjenjuju se odredbe Zakona o upravnom postupku. Stoga ukazuje da je upravno vijeće donoseći odluku čije se preispitivanje zahtijeva pogrešno primjenio član 41 ZUP-a jer je pitanje učesnika koncentracije regulisano odredbama lex specialis. Predmet Zakona o konkurenciji nije zaštita konkurenata od međusobnog takmičenja na tržištu nego je to tržišna konkurencija kao takva, što predstavlja javni interes koji štiti tužena. U tom smislu tužena je u skladu sa članom 17 i 18 u vezi sa članom 13 Zakona o konkurenciji utvrdila sve relevantne činjenice i detaljno analizirala, na osnovu raspoloživih podataka, efekte koncentracije koji za posljedicu mogu imati značajni narušavanje tržišne konkurencije. Da se tužitelju ne može dodijeliti status stranke potvrđuje i pravni stav izražen u presudi Suda BiH broj S 1 3 U 031923 19 Uvp 2 od 11.12.2019.godine. Odlučujući o dodjeli tužitelju statusa stranke tužena se u skladu sa članom 43 stav 7 Zakona o konkurenciji služila praksom nadležnih institucija Evropske unije, te je izvršila uvid u presudu Evropskog suda pravde broj T-3/93 u kojoj nije dodijeljen status stranke Air Franse u postupku koncentracije British Airways/Dan Air. Tužitelj nije dokazao da njegov interes proizilazi iz materijalnih propisa, niti postojanje pravnog interesa na zakonu zasnovanom jer je ukazivao jedino na njegov ekonomski interes da ne ojača njegov konkurent. Presuda čije se preispitivanje zahtijeva ne sadrži obrazloženje u pogledu pravnog interesa tužitelja da bude stranka u postupku, niti na osnovu kojih dokaza tužitelja je sud ove zaključke izveo.

Zainteresovano lice Mtel a.d. Banja Luka preispitivanje presude zahtijeva zbog povrede pravila postupka i povrede zakona Bosne i Hercegovine. Predlaže da se zahtjev uvaži i presuda preinači tako što će se tužba odbiti ili da se zahtjev uvaži,

presuda ukinе i predmat vrati upravnom vijeću na ponovno rješavanje. Kao povrede pravila postupka navodi da je presudom povrijeđeno pravo na obrazloženu odluku, a time i pravo na pravično suđenje. Ukazuje da osporavana presuda suštinski ne sadrži obrazloženje nego citira navode iz presude broj S 1 3 U 0311556 19 U od 21.07.2020.godine. Nadalje, u presudi su odlučujuće činjenice okarakterisane kao nesporne i opštepoznate, a da se vijeće nije upustilo u ocjenu tužiteljevih navoda. Tužitelj i podnosilac zahtjeva konkurenti su na pojedinim tržištima proizvoda u BiH, ali zaključak o direktnom konkurentnom odnosu ne može se izvesti bez odgovarajuće analize relevantnih tržišta i odnosa Mtela, Blicneta i tužitelja. Direktni konkurentni odnos nije osnov za priznanje statusa stranke u postupku ocjene koncentracije. U odluci je izostalo obrazloženje na osnovu kojih dokaza je vijeće zaključilo da bi odluka o priznanju koncentracije rezultirala očitom prednošću direktnog konkurenta i u čemu se ona ogleda i zašto je relevantna za priznanje statusa stranke u konkretnom slučaju. Iz presude vijeća za upravne sporove ostalo je nejasno da li se očita prednost odnosi na sve neposredne konkurente na relevantnom tržištu ili samo na tužitelja, što sve ukazuje da je paušalan zaključak o očitj prednosti. Sljedeći razlog za davanje tužitelju statusa stranke je zaključak suda da bi odobravanjem predmetne koncentracije nespore za tužitelja nastupila šteta, a da na ove okolnosti tužitelj nije ponudio ni jedan dokaz. Zahtjev osporava zaključak iz presude da u konkurentnom slučaju postoji dovoljno razloga koji opravdavaju pravni interes tužitelja jer upravno vijeće nije navelo koji podaci postupka su poslužili kao osnov za presuđenje, što potvrđuje da je propušteno izvršiti ocjenu dokaza. Presuda se pogrešno upućuje na domaću i međunarodnu praksu bez navođena odluka, pri čemu ni tužilac u tužbi nije naveo praksu Evropskog suda koja se odnosi na dodjelu statusa zainteresovanog lica. Praksa Evropske komisije načelno zainteresovanim licima dozvoljava učešće u postupku jer konsultuje zainteresovana lica u skladu sa Uredbom o koncentraciji, ali im ne dozvoljava status stranke. Uredba broj 4064/89 pravi jasnu razliku stranka u postupku i trećih lica koja imaju pravo da se izjasne u postupku ocjene koncentracije, a čiji stavovi nisu obavezujući za Evropsku komisiju prema predmetu Gencor LTd. V Commission. Dakle, praksa institucija Evropske unije ne poznaje priznanje statusa stranke licu koje nije učesnik u koncentraciji, dok presuda Suda BiH broj S 1 3 U 031923 19 Uvp 2 od 11.12.2019.godine i S 1 3 U 034866 21 Uvp 2 od 19.05.2021.godine ukazuje da treća lica ne mogu biti stranke u postupku koncentracije. Time je presuda čije se preispitivanje zahtijeva suprotna ranije zauzetom pravnom stavu u presudi donesenoj po vanrednom pravnom lijeku. Nadalje, zahtjev ukazuje da je tužbu trebalo odbaciti jer poništava obavještenje tužene koje nema karakter konačnog upravnog akta pa time nisu ispunjeni uslovi iz člana 8 stav 1 Zakona o upravnom sporu za sudskom zaštitom. Smatra da, u skladu sa sudskom praksom na koju se poziva, obavještenje predstavlja materijalni akt uprave i ne predstavlja postupanje protivno nalogu suda, da ima informativni karakter, čime je i presuda protivna zakonu i kao takva mora se ukinuti. Smatra da se u istoj pravnoj stvari već vodi postupak, pa se tužba treba odbaciti supsidijarnom primjenom parničnih odredbi jer je tužlac dana 27.10.2020. godine podnio tužbu kojom je zahtijevao donošenje presude koja zamjenjuje konačni upravni akt tuženog na osnovu identičnog tužbenih zahtjeva. Tužitelj se ne može smatrati strankom u postupku. Tužitelj nije bio lišen prava da učestvuje u postupku prijave koncentracije jer je tužena kod odlučivanja o koncentraciji, vršeći analizu relevantnih tržišta, cijenila tržišne udjele učesnika koncentracije i glavnih konkurenata na relevantnom tržištu, imajući u vidu i primjedbe trećih lica među kojima i tužitelja. Upravno vijeće prilikom

odlučivanja nije primjenilo relevantne odredbe Zakona o konkurenciji koji izričito ne propisuje ko se smatra strankom u postupku, ali u članu 35 pravi razliku između stranka i drugih pravnih i fizičkih lica. Slična pravna rješenja imaju i zakonodavstva iz okruženja i to, Zakon o zaštiti konkurencije Republike Srbije, Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja Republike Hrvatske i Zakon o zaštiti konkurencije Crne Gore. Upravno vijeće uopšte nije razmatralo postojanje pravnog interesa tužitelja za učešće u postupku po predmetnoj konkurenciji, za koje nema osnova ni u odlukama Suda pravde Evropske unije na koje ukazuje, niti u činjenicama o uticaju koncentracije na tužiteljevo poslovanje na drugačiji način u odnosu na ostale učesnike. Konačno ukazuje da presuda ima precedentski karakter jer prvi put u postupku koncentracije omogućava licu koje nije učesnik koncentracije da kao stranka učestvuje u postupku.

U izjašnjenju na podneseni zahtjev tužene, tužitelj je istakao da je izjavljen od neovlaštenog lica jer nije potpisan od Predsjednika tužene, pa je time nedopušten. Nadalje ukazuje i na neosnovanost navoda iz zahtjeva tužene, budući da ne postoje odredbe *lex specialis* koje isključuju primjenu člana 41 ZUP-a koje je osnov da tužitelj učestvuje u postupku radi zaštite svojih prava ili pravnih interesa, uz isticanje da tužena netačno prikazuje praksu Evropske komisije i sudova.

Izjašnjavajući se na zahtjev zainteresovanog lica Mtel a.d. tužitelj je ukazao na neosnovanost prigovora litispedencije i neosnovanost tvrdnje da predmetna obavjest nema karakter konačnog upravnog akta. Povono ističući razloge za priznanje statusa stranke i postojanje pravnog interesa, ukazuje da upravno vijeće koje je donijelo odluku čije se preispitivanje zahtjeva nije ovlašteno da preispituje zaključke iz ranije donesene odluke koji su obavezujući za tuženu jer je ovlašteno samo da ispituje da li je tužena postupila po obavezujućim pravnim stavovima. Tužitelj je predložio da se izjavljeni zahtjevi za vanredno preispitivanje odluke odbiju i tužena, kao i zainteresovano lice obavežu da nadoknade troškove sačinjavanje odgovora na zahtjev.

Tuženi je u odgovoru na zahtjev zainteresovanog lica, Mtel a.d. ponovio razloge istaknute u svom zahtjevu i prijedlog da se zahtjev uvaži.

Zainteresovano lice Mtel izjašnjavajući se na zahtjev za vanredno preispitivanje tuženog istaklo je da je saglasan sa navodima tužene, te je uz ponovno isticanje razloga za ukidanje predmetne presude, predložio uvažavanje zahtjeva.

Zainteresovano lice Blicnet u odgovoru na zahtjeva Mtela ukazalo je na povrede pravila postupka koji su predhodili donošenju osporavane odluke, povredi zakonskih odredbi, istaklo prigovor litispedencije i osporilo da obavjest ima karakter konačnog upravnog akta. Navodeći razloge zbog kojih se tužitelj ne može smatrati strankom u postupku predložio je da se uvaži zahtjev za preispitivanje sudske odluke.

Zahtjevi za preispitivanje sudske odluke su dozvoljeni, izjavljeni od ovlaštenog lica i osnovani.

Naime, zahtjevi su dozvoljeni jer su podneseni protiv presude upravnog vijeća Suda Bosne i Hercegovine broj S1 3 U 038507 21 od 15.07.2021. godine koja je

konačna odluke u smislu odredbe člana 49 stav 1 Zakona u pravnim sporovima BiH (Sl. glasnik BiH br. 19/02 sa izmjenama).

Zahtjev tužene za vanredno preispitivanje nije potpisao predsjednik Konkurencijskog vijeća koji je prema odredbi člana 24 stav 3 tačka e) Zakona o konkurenciji (Sl. glasnik BiH br.48/05, 76/07 i 80/09) ovlašten da zastupa i predstavlja Konkurencijsko vijeće. Međutim tuženi je, na zahtjev suda, dostavio ovlaštenje koje je po broju protokola i datumu donošenja predhodilo vremenu podnošenja zahtjeva i kojim se ovlašćuje potpisnik zahtjeva za obavljanje svih poslova iz nadležnosti predsjednika komisije. Time je zahtjev podnesen od ovlaštenog lica pa je neosnovan prijedlog tužitelja da se zahtjev tužene odbaci.

Ispitujući pobijanu odluku u granicama zahtjeva, shodno članu 53 Zakona o upravnim sporovima BiH, apelaciono upravno vijeće je cijenilo pravilnost i zakonitost pobijane presude upravnog vijeća kojom je tužba uvažena.

Po mišljenju apelacionog upravnog vijeća, vijeće za upravne sporove Suda Bosne i Hercegovine kod odlučivanja da dodijeli tužitelju status stranke pogrešno je primijenilo član 62 i 63 Zakona o upravnim sporovima. Ovo je posljedica propusta u ocjeni činjenica utvrđenih u upravnom postupku radi preispitivanja ispunjavanja uslova za učestvovanje u postupku primjenom člana 41 Zakona o upravnom postupku, ocjene karaktera postupka u kome se zahtjeva svojstvo stranke primjenom odredbi *lex specialis*, odredbi koje na novou Evropske unije regulišu ovu oblast, te standarda iz referentnih odluka međunarodnih sudova za utvrđivanje postojanja pravnog interesa. Konačno upravno vijeće je, pozivajući se na odredbu člana 34 stav 3 Zakona o upravnim sporovima BiH, donio predmetnu odluku nalazeći da tužena nije postupila po presudi, a da pri tome nije dao razloge za utvrđenje činjeničnog stanja na osnovu kojeg je riješio upravni spor i ako je bio dužan po navedenoj odredbi.

Iz stanja spisa proizlazi da je tužena dana 16.10.2018. godine pod brojem UP-05-26-1-036-1/18 zaprimila prijavu koncentracije privrednog subjekta Mtel a.d. Banja Luka koji je namjeravao steći pojedinačnu kontrolu nad privrednim subjektom Blicnet d.o.o. Banja Luka.

Tužena je provela postupak ocjene prijavljene koncentracije i donijela rješenje broj Up-05-26-1-036-20/18 od 20.12.2018. godine kojim je ocijenila dopuštenu koncentraciju i u obrazloženju cijnila analizu relevantnog tržišta i očitovanja trećih strana na obavještenje o prijavljenog koncentraciji pet privrednih subjekata, među kojima i tužiteljevo očitovanje.

Navedeno rješenje o dopuštenoj koncentraciji osporavao je tužitelj u upravnom sporu, ali je njegova tužba odbačena rješenjem Suda Bosne i Hercegovine broj S 1 3 U 031923 19 U od 18.10.2019. godine sa obrazloženjem da nije bio učesnik u postupku koncentracije zbog čega nije aktivno legitimisan za pokretanje upravnog spora. Tužitelj je podnio i zahtjev za obnovu postupka okončanog rješenjem broj S 1 3 U 03192319 U od 18.10.2019. godine, koji je odbačen odlukom Suda BiH broj S 1 3 U 031923 19 Uvl od 04.02.2020. godine sa obrazloženjem da je tužba podnesena od strane neovlaštenog lica, da je očigledno da se konačnim aktom nisu dirala prava tužitelja, pa time nisu ispunjeni svi zakonom predviđeni uslovi za

ponavljanje postupka. Protiv oba navedena rješenja tužitelj je podnio zahtjev za vanredno presipitivanje koji je odbijen presudama isti broj od 11.12.2019. godine i od 10.04.2020. godine.

Tužitelj je Žalbenom vijeću pri Vijeću Ministara BiH podnio i prijedlog da po pravu nadzora poništi i ukine rješenje tužene broj UP-05-26-1-036-20/18 od 20.12.2018. godine o dopuštenoj koncentraciji, a koji zahtjev je obačen zbog nenadležnosti. Tužba tužitelja za poništenje zaključka o odbacivanju zahtjeva odbijena je odlukom Suda Bosne i Hercegovine broj S 1 3 U 035039 21 U od 16.09.2021. godine, a zahtjev za vanredno preispitivanje ove odluke odbijen je presudom apelacionog upravnog vijeća isti broj od 19.11.2021. godine.

Tokom postupka po prijavi koncentracije tužitelj je, istovremeno sa očitovanjem na Obavještenje o prijavljenoj koncentraciji, podnio zahtjev za priznanje statusa stranke u postupku pred Konkurencijskim vijećem BiH po prijavi koncentracije broj UP-05-26-1-036-1/18 od 16.10.2018. godine. Ovaj zahtjev Konkurencijsko vijeće je odbilo zaključkom broj UP-05-26-1-036-17/18 od 20.12.2018. godine sa obrazloženjem da Konkurencijsko vijeće ne štiti pojedinačne interese podnosioca zahtjeva nego javni interes. Iz obrazloženja zaključka proizilazi da je zasnovano na utvrđenju da nema osnova za udovoljavanje zahtjevu primjenom člana 41 ZUS-a i člana 27 stav 3 tačka a) i člana 33 Zakona o konkurencije jer nije konkretizovan pravni interes za učešće u postupku koncentracije, te da nije dostavljen ni jedan dokaz za tvrdnje iz kojih proizilazi narušavanja prava i interesa podnosioca.

Protiv navedenog zaključka tužitelj je podnio tužbu koja je uvažena presudom vijeća za upravne sporove Suda BiH broj S 1 3 U 31556 19 U od 21.07.2020. godine koja je osporeni zaključak poništila i predmet vratila tuženoj na ponovno odlučivanje. U obrazloženju odluke ukazano je na odredbu člana 41 ZUP-a prema kojoj svojstvo stranke pripada svakoj trećoj osobi čije bi pravo ili pravni interes mogli biti ugroženi donošenjem upravnog akta bez njenog učešća u postupku. Vijeće je izrazilo pravni stav da je tužitelj obrazložio razloge zbog kojih smatra da bi donošenje negativne odluke i nepriznavanje statusa stranke moglo izazvati poremećaj na tržištu i imati negativan uticaj na konkurenciju i potrošače. Stoga vijeće smatra da postoji dovoljno razloga koji opravdavaju pravni interes tužitelja za učešće u postupku, da tužna osnovano pobija zaključak tužene jer je nesporan i jasno prepoznatljiv direktni konkurentni odnos, da bi odluka o odobrenju koncentracije rezultirala očiglednom prednošću direktnog konkurenta i eventualnom štetom za tužitelja. Na osnovu ovih navoda vijeće je zaključilo da je opravdano omogućiti tužitelju učešće u predmetnom postupku radi zaštite njegovih prava i pravnih interesa, na što upućuje praksa domaćih i evropskih sudova, kao i Evropske komisije i Evropskog suda za ljudska prava na koja se tužitelj pozvao.

U ponovnom postupku tužena je tužitelju uputila akt br. UP-05-26-1-036-83/18 od 24.09.2020. godine da je postupajući po obavezujućoj sudskoj odluci razmatrala zahtjev za priznanje statusa stranke, ali da isti nije usvojen jer prilikom razmatranja i glasanja nisu ispunjeni uslovi propisani u članu 24 stav 2 Zakona o konkurenciji.

Navedenu obavjest tužitelj pobija u konkretnom upravnom sporu i traži da se pred sudom tužitelju prizna status stranke u predmetnoj postupku koncentracije i da

presuda zamijeni konačni upravni akt. Upravno vijeće je tužbu uvažilo, a iz obrazloženja presude proizilazi da je poništen osporavani akt tužene broj UP-05-26-1-036-83/18 od 24.09.2020. godine na osnovu zaključka upravnog vijeća da se radi o konačnom upravnom aktu koji je donijela tužena u okviru svoje nadležnosti. Nadalje, proizilazi da je tužitelju sud priznao status stranke u postupku pred Konkurencijskim vijećem BiH u upravnoj stvari po prijavi koncentracije broj UP-05-026-1-036-1-18 od 16.10.2018. godine podnosioca privrednog subjekta Mtel a.d. Banja Luka nad privrednim subjektom Blicnet d.o.o. Banja Luka, primjenom odredbe člana 62 i 63 Zakona o upravnim sporovima BiH u vezi sa članom 34 stav 3 ZUS-a, na osnovu utvrđenja da je tužena nakon poništenja konačnog upravnog akta donijela novu odluku suprotnu pravnom shvatanju iz ranije odluke koji je u presudi u cjelosti citiran.

Suprotno navodima iz zahtjeva, apelaciono upravno vijeće smatra pravilnim utvrđenje upravnog vijeća iz predmetne presude da se osporavana obavjest tuženog ima smatrati konačnim upravnim aktom. Prema sadržaju obavještenje ne predstavlja materijalni akt tužene sa informacijom o određenim činjenicama ili pravnim aktima, nego sadrži izričitu izjavu da zahtjev tužitelja za dodjeljivanje statusa stranke nije usvojen sa navođenjem razloga za takvu odluku. Dakle, obavještenje se odnosi na odluku o nekom pravu tužitelja čije ostvarivanje je tražio pred tuženom, o kome je tužena odlučila u okviru svojih ovlaštenja, čime obavještenje i prema zaključku ovog vijeća, ima karakter upravnog akta u smislu člana 8 i 4 Zakona o upravnom sporu.

Neprihvatljivi su navodi zahtjeva kojim se osporava presuda upravnog vijeća u dijelu odluke o neosnovanosti prigovora litispedencije, budući da je upravno vijeće, cijeneći stanje spisa, pravilno zaključilo da se nakon donošenja presude broj S 13 U 31556 19 U od 21.07.2020. godine u ponovnom postupku vodi samo konkrenti upravni spor, dok je u drugom pokrenutom upravnom sporu tužba odbačena.

U cilju ocjene pravilnosti i zakonitosti odluke upravnog vijeća o poništenju obavještenja o neusvajanju zahtjeva tužitelja za dodjelu statusa stranke i odluke da se ovaj status dodijeli sud odlukom koja zamjenjuje konačni upravni akt, apelaciono upravno vijeće prije svega je raspravilo karakter upravnog postupka u kome tužitelj traži status stranke.

Tužitelj je podnio zahtjev za dodjeljivanje statusa stranke u postupku koncentracije propisan članom 12 Zakona o konkurenciji, koji u odredbi člana 16 kao učesnike koncentracije propisuje privredne subjekte koji kupovinom dionica vrše spajanje ili pripajanje, stiču kontrolu većinskim pravom glasa ili vrše zajednička ulaganja na dugoročnoj osnovi. Prema citiranoj odredbi učesnici postupka koncentracije su privredni subjekti Mtel a.d. Banja Luka i Blicnet d.o.o. Banja Luka.

U postupku koncentracije koji je provodila tužena po zahtjevu navedenih privrednih subjekta tužitelju je omogućeno učešće nakon objavljivanja podataka iz prijave koncentracije u dnevnim novinama tako što se tužitelj zajedno sa još četiri privredna subjekta očitovao o koncentraciji. Iz stanja spisa proizilazi da je tužena cijenila data očitovanja privrednih subjekta što potvrđuje odluka o dozvoljenoj koncentraciji broj Up-05-26-1-036-20/18 od 20.12.2018. godine, dok je odbijen zahtjev tužitelja za dodjeljivanje statusa stranke u postupku koncentracije.

Odredba člana 43 stav 7 Zakona o konkurenciji propisuje obavezu tuženom da se u svrhu ocjene datog slučaja može koristiti sudskom praksom Evropskog suda pravde i odlukama Evropske komisije i stoga ovo vijeće za pravilnost odlučivanja u ovom sporu smatra nužim ukazati na slijedeće:

Kontrola koncentracije između privrednika regulisana je Uredbom Vijeća Evrope broj 139/2004 od 20.01.2004. godine koju je Bosna i Hercegovina dužna primjenjivati stupanjem na snagu Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju sa Evropskom unijom. Član 18 stav 3 Uredbe propisuje pravo Komisije ukoliko smatra potrebnim da sasluša i druga pravna lica koja pokažu dovoljno interesa.

Tumačenje položaja trećih, zainteresovanih strana, u postupku koncentracije i njihovog pravnog interesa dato je u presudi Prvostepenog suda Evropske zajednice u predmetu T-102/96 Gencor LTD protiv Komisije Evropske zajednice. U navedenoj presudi pod tačkom 143 izražen je pravni stav da u skladu sa članom 18 Uredbe preduzetnici, treće osobe, koje nisu stranke u koncentraciji treba smatrati strankama izravno zainteresovanim za odluku Komisije ukoliko imaju dovoljan interes, ukoliko im odluka koju Komisija namjerava usvojiti nanosi štetu, te imaju ista procesna prava kao i stranke koncentracije. Ukoliko odluka Komisije nije takve prirode da bi negativno uticala na preduzetnika koji nije stranka koncentracije ti bi preduzetnici imali pravo biti saslušani u mjeri u kojoj mogu dokazati postojanje dovoljnog interesa kako je navedeno tačkom 144 presude koja navodi da je ovaj pravni stav u skladu sa praksom Suda i Prvostepenog suda.

Time referentna praksa praksa Evropskog suda pravde, koju je tužena bila dužna primjenjivati, učešće trećih lica u koncentraciji uslovljava položajem izravno zainteresovane strane koja taj status stiče dokazivanjem tog interesa i mogućom štetom koja mora nastati usvajanjem odluke o koncentraciji. Ovakvo tumačenje uslova za ostvarivanja prava trećih lica za učešće u postupku koncentracije zasniva se na istim elementima na kojima se zasniva i pravni interes lica da učestvuje u upravnom postupku radi zaštite svojih prava ili pravnih interesa propisan odredbom člana 41 Zakona o upravnom postupku (Sl glasnik BiH 29/02 sa izmjenama).

Dakle, nesumnjivo proizilazi pravo tužitelja da ukoliko dokaže postojanje pravnog interesa da u postupku koncentracije može učestvovati kao stranka, što je kao pravni stav izraženo i u odluci upravnog vijeća Suda Bosne i Hercegovine koja je predhodila postupku koji je okončan obavješću o neusvajanju zahtjeva. Izraženi pravni stav prihvatilo je i upravno vijeće u presudi koja je predmet preispitivanja, nalazeći pravni interes u samom činjenici postojanju direktnog i prepoznatljivog konkurentnog odnosa između tužitelja i učesnika koncentracije, činjenici da bi odluka o odobravanju koncentracije rezultirala očitom prednošću konkurenta i eventualnom štetom za tužitelja, što opravdava učešće tužitelja u postupku radi zaštite njegovih prava i pravnih interesa. Pri tome obrazloženje presude upravnog vijeća, izuzimajući prihvatanje tužiteljevih navoda, ne daje odgovor na osnovu kojih dokaza su utvrđeni razlozi koji na ukazani način opravdavaju postojanje pravnog interesa, uz paušalno pozivanje na domaću i međunarodnu sudsku praksu.

Zakon o konkurenciji prema odredbi člana 1 uređuje postupak zaštite tržišne konkurencije sprječavanjem zabranjenje konkurencije, zloupotrebe dominantnog

položaja i onemogućava zabranjenu koncentraciju. Cilj navedenog zakona nije međusobna zaštita između privrednih subjekata, nego zaštita tržišta proizvodnje, prodaje roba i pružanja usluga na cijeloj teritoriji BiH kako je propisano u članu 2 stav 1. Stoga sama činjenica da je tužitelj direktni konkurent na tržištu usluga sa učesnicima koncentracije ne potvrđuje postojanje pravnog interesa za učešće u postupku koncentracije.

Prema zaključku apelacionog upravnog vijeća za ocjenu postojanja pravnog interesa potrebno je primjeniti takozvani „Plaumann standard“ koji se pihvatila praksa Evropskog suda pravde i Evropska komisija. Naime, radi se o pravnom stavu izraženom u odluci Suda Evropske unije u predmetu 25/62 Plaumann&Co protiv Komisije Evropske zajednice prema kome pojedinac može pokrenuti postupak za poništenje odluke koja je upućena drugoj osobi, ukoliko ga se neposredno i lično tiče. Nadalje, navodi da lica kojima odluka nije upućena mogu tvrditi da ih se odluka lično tiče samo ako ta odluka utiče na njih zbog određenih osobina koje su im svojstvene ili zbog neke činjenične situacije koja ih razlikuje od bilo koje druge osobe, izdvajajući ih usljed toga pojedinačno, poput lica kojima je odluka upućena.

Da bi neki pravni stav izražen u sudskoj odluci bio primjenjiv kod odlučivanja mora se odnositi na činjenično stanje utvrđeno, konkretno, u upravnom postupku.

Iz predmeta spisa proizilazi da je tužena donoseći odluku broj UP-05-26-1-036-20/18 od 20.12.2018. godine kojom je ocijenila koncentraciju dopuštenom, pod tačkom 5.1. obrazloženja izvršila analizu tržišta BiH određivši ga kao relevantno geografsko tržište i to svih davaoca usluga, pa tako i tužitelja i učesnika koncentracije.

U pogledu usluga fiksne telefonije utvrđen je udio 6 relevantnih operatera, sa udelima na tržištu-BiH Telecom 38,19%, privredni subjekt Mtel prije koncentracije 32,31% i nakon koncentracije 35,61%, dok tužitelj ovu uslugu ne pruža.

Na tržištu mobilne telefonije od 7 privrednih subjekta BH Telecom učestvuje sa 46,55 %, Mtel prije koncentracije sa 38,73% i nakon koncentracije sa 38,87%, dok tužitelj uslugu mobilne telefonije ne pruža.

U pogledu pružanja usluga interneta od 12 referentnih operatera učešće na tržištu ima BH Telecom od 29,50%, Telekom grupa u kojoj je Mtel 21,50% prije koncentracije i 26,58 % nakon koncentracije, dok tužitelj učestvuje sa 15,38%.

Na tržištu distribucije radio i TV programa od 12 referentnih operatera tužitelj na tržištu učestvuje sa 37,10%, BH Telecom od 21,27%, Telekom grupa u kojoj je Mtel sa 9,07% prije koncentracije i 15,64 % nakon koncentracije.

Proizilazi da na tržištu Bosne i Hercegovine privredni subjekt Mtel ni prije, ni poslije odobrene koncentracije nije imao dominantan položaj prema udjelima na tržištu prikazanim za sve četiri vrste usluga koje pruža. Egzaktni podaci o učešću pružaoca usluga na tržištu BiH, pokazuju da predmetna koncentracija neće dovesti do poremećaja na tržištu jer za tri vrste usluga najveći udio ima BH Telecom, a u četvrtoj tužitelj, kakvo stanje je bilo i prije odobrene koncentracije.

Nadalje, od 4 vrste usluga koje pružaju učesnici koncentracije tužitelj ne učestvuje u pružanju dvije usluge (fiksna i mobilna telefonija) pa se odluka o koncentraciji ne odnosi na tužitelja i time su izostala prava koja u ovom dijelu tužitelj treba da štiti. Kao posljedica koncentracije je povećanje na tržištu udjela učesnika koncentracije od 11,2% za uslugu interneta i 6,57% za uslugu distribucije radio i TV programa, ali koje im nije donijelo prednost na tržišti. Kada se cijeni da ove usluge pruža po 12 privrednih subjekata, proizilazi da predmetna koncentracija ne utiče isključivo na tužitelja, ne razlikuje ga od drugih privrednih subjekata koji se bave pružanjem ove dvije usluga na tržištu BiH.

Činjenice koje proizilaze iz spisa ukazuju da je upravno vijeće odlučujući u sporu pune jurisdikcije proizvoljno izvelo zaključak da bi odluka o odobravanju koncentracije rezultirala očitom prednošću konkurenta i eventualnom štetom za tužitelja. Za takve zaključke, ne samo da su izostali razlozi utvrđenja, nego su zaključci u suprotnosti sa stanjem koje proizilazi iz činjenica utvrđenih u upravnom postupku, pa je odluka upravnog vijeća donesena protivno odredbi člana 34 stav 3 ZUS-a BiH.

Cijeneci pravo na učešće u svojstvu stranke iz člana 41 ZUP-a, te ukazani standard koji se primjenjuje u praksi Evropskog suda pravde, ne proizilazi pravni interes koji opravdava da se tužitelju dodijeli status stranke. Prije svega tužitelj ne pruža dvije od četiri usluge koje pružaju učesnici koncentracije pa nema prava koja u tom dijelu treba štiti, niti za koncentraciju povodom ovih usluga za tužitelja može nastupiti bilo kakva šteta. U pogledu usluge interneta nakon koncentracije povećan je udjel učesnika u odnosu na tužitelja, ali ova situacija se ne tiče samo tužitelja zbog specifičnih njegovih osobina ili okolnosti koje se samo njega tiču, nego se odnosi i na preostalih 9 privrednih subjekata koji pružaju istu uslugu. I konačno u pogledu usluge distribucije radio i TV programa tužitelj je toliko dominantniji od učesnika i nakon koncentracije da povećanje udjela ne ostavljaju mogućnost nastupanje bilo kakve štete za tužitelja, niti tužitelj, osim činjenice da je došlo do spajanja udjela konkurenata, pružio bilo kakva dokaz o mogućoj šteti za njega na zajedničkom tržištu usluga.

Apelaciono upravno vijeće je na osnovu ovih navoda izvelo zaključak da iz stanja upravnog spisa ne proizilazi postojanje pravnog interesa, po osnovama koje je obrazložio u odluci, za dodjeljivanje tužitelju statusa stranke. Upravno vijeće je odlučujući u sporu pune jurisdikcije cijeno pravni stav izražen u predhodnoj sudskoj odluci o okolnostima u kojima je opravdano tužitelju dodijeliti status stranke. Međutim, propustilo je da utvrdi da iz stanja spisa proizilazi ostvarenje ovih okolnosti i da obrazloži na osnovu kojih činjenica su ove okolnosti utvrđenje.

Na ovaj propust upravnog vijaća osnovano ukazuju navodi zahtjeva tužene i zainteresovanog lica, što je bio razlog da apelaciono vijeće zahtjeve usvoji.

Utvrdivši izostanak pravnog interesa tužitelja za dodjelu statusa stranke u postupku koncentracije, proizilazi da se tužbom neosnovano zahtijeva poništenje obavještenja o odbijanju zahtjeva, niti su se stekli uslovi da sud donesne odluku

umjesto tužene o dodjeli statusa stranke jer za to nisu ostvareni uslovi propisani odredbama upravnog postupka i standardima koje primjenjuje Evropski sud pravde.

Kod ovakvog stanja stvari apelaciono upravno vijeće ovog suda nalazi da je zahtjev tužitelja za preispitivanje pobijane presude osnovan, pa se isti uvažava na osnovu odredbe člana 54 stav 2 Zakona o upravnim sporovima Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, broj 19/02) i odluku upravnog vijeća preinačava tako da se tužba odbija.

Sud je, postupajući prema odredbi člana 61. st. 1. i 2. Zakona o upravnim sporovima Bosne i Hercegovine zainteresovanoj stranci dosudio troškove koji su joj nastali povodom učešća u upravnom sporu u iznosu od 1.077,50 KM. Troškovi se sastoje od naknade za sastav angažovanom advokatu za sastav odgovora na tužbu u smislu tar.br.3. Tarifi o nagradama i naknadi troškova za rad advokata („Službeni glasnik RS“ broj 68/05) u iznosu od od 877,50 KM (300 bod.X2=600KM+25%+PDV) i sudske takse na zahtjev za vanredno presipitivanje od 200,00 KM.

Zapisničar
Mirsada Lučkin

