

BOSNA I HERCEGOVINA
Konkurencijsko vijeće



БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
Конкуренијски савјет

ZAKLJUČAK
o zahtjevu za preispitivanje Rješenja broj: 02-26-2-028-145-II/11

Sarajevo
novembar 2012. godine



Broj: 02-26-2-028-175-II/11
Sarajevo, 06.11.2012. godine

Na osnovu člana 25. stav (1) tačka d) i člana 42. stav 2), a u vezi sa članom 43. stav (5) Zakona o konkurenciji ("Službeni glasnik BiH", br. 48/05, 76/07 i 80/09), odlučujući po Zahtjevu za preispitivanje Rješenja zaprimljenim dana 17.09.2012. godine pod brojem: 02-26-2-028-154-II/11, od privrednog subjekta Apatinska pivara Apatin d.o.o. Trg oslobođenja 5., 25260 Apatin, Republika Srbija, zastupanog putem ovlaštenih lica Nenada Stankovića, Tomaža Ježa 5/15, 11000 Beograd, Republika Srbija i Miloša Androvića, Bulevar Oslobođenja 104, 11000 Beograd, Republika Srbija, Konkurencijsko vijeće na 46. (četrdesetšestoj) sjednici održanoj dana 06.11.2012.godine, donijelo je

ZAKLJUČAK
o zahtjevu za preispitivanje rješenja

1. Odbija se Zahtjev za preispitivanje Rješenja Konkurencijskog vijeća broj: 02-26-2-028-145-II/11 od 04.09.2012. godine kao neosnovan.
2. Ovaj Zaključak bit će objavljen u Službenom glasniku BiH, Službenim glasilima entiteta i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine.

O b r a z l o ž e n j e

Konkurencijsko vijeće je dana 17.09.2012. godine pod brojem: 02-26-2-028-154-II/11 zaprimilo Zahtjev za preispitivanjem rješenja u smislu člana 43. stav (5) Zakona o konkurenciji (u daljem tekstu: Zakon) podnesen od strane privrednog subjekta Apatinska pivara Apatin d.o.o. Trg oslobođenja 5., 25260 Apatin, Republika Srbija (u daljem tekstu: Apatinska pivara ili Podnosilac zahtjeva), kojim se traži preispitivanje Rješenja Konkurencijskog vijeća broj: 02-26-2-028-145-II/11 od 04.09.2012 godine (u daljem tekstu: Rješenje) iz razloga što se desila stvarna promjena u činjenicama na kojim je Rješenje zasnovano, a koje su od značajnog utjecaja na tržišnu konkurenciju.

U Zahtjevu za preispitivanje Rješenja, privredni subjekt Apatinska pivara, uglavnom, navodi:

- da je Rješenje Konkurencijskog vijeća broj 02-26-2-028-145-II/11 zasnovano na nepotpunim, netačnim i neistinitim informacijama koje su dovele do odluke po kojoj je Apatinska pivara ograničila konkurenciju povredom člana 4. stav (1) tačka a) i d) Zakona o konkurenciji u 2008., 2009. i 2010. godini;
- da se Konkurencijsko vijeće u predmetnom Rješenju poziva na pravni okvir navodeći da je prilikom donošenja Rješenja korištena praksa Evropskog suda i Evropske komisije, a da pri

tome ni u kom dijelu Rješenja nije utvrđena kauza između utvrđenih činjenica i njihove primjene na pozvane interpretativne pravne instrumente;

- da je predmetno Rješenje utemeljeno na Uredbi EK 2790/1999 koja nije na snazi od 1. juna 2010. godine kada je stupila na snagu Uredba EK 330/2010, što, kako se navodi u Zahtjevu, znači da prilikom odlučivanja nisu primjenjivani propisi koji su na snazi;
- da se iz samog obrazloženja Rješenja ne može zaključiti kakve je sve informacije i dokaze koristilo Konkurencijsko vijeće budući da se sadržaj pojedinih dokaza ne može utvrditi jer ga Konkurencijsko vijeće ne navodi, a u toku postupka predstavnicima Apatinske pivare nije dozvoljen uvid u sve dokumente;
- da je Apatinska pivara zaprimila cijelu dokumentaciju suprotne strane tek neposredno prije donošenja Rješenja, odnosno da je podneske suprotne strane primila neposredno prije posljednje usmene rasprave;
- da se iz predmetnog Rješenja ne može utvrditi na osnovu kojih dokaza i činjenica je Konkurencijsko vijeće utvrdilo da poslovanje Apatinske pivare proizvodi „značajan efekat na relevantnom tržištu”, odnosno kako Konkurencijsko vijeće u konkretnom slučaju utvrđuje postojanje značajnog efekta na relevantnom tržištu;
- da Konkurencijsko vijeće nije ni na koji način utvrdilo koji su to čak i potencijalni značajni efekti nastali kao navodna povreda Zakona o konkurenciji u 2008. godini budući da je privredni subjekt Dejan komerc izrazio apsolutnu zainteresovanost za nastavak saradnje i u 2012. godini što Konkurencijsko vijeće nije imalo u vidu; Dejan komerc je u periodu od 2008. do 2010. godine uspješno poslovao u skladu sa ugovorom sa Apatinskom pivarom, kao i svi drugi kupci, što, prema navodima iz Zahtjeva, dokazuje da bilo kakvi efekti nezakonitih akata i radnji iz 2008. do 2010. godine nisu nastupili;
- da Konkurencijsko vijeće navodi da je iz ugovora koje je Apatinska pivara zaključila sa distributerima utvrđeno da se isti kupuju sa ciljem plasmana na tržištu Bosne i Hercegovine. Podnosiocu zahtjeva, prema navodima u Zahtjevu, nije jasno na osnovu kojih dokaza je Konkurencijsko vijeće ovo utvrdilo budući da u ugovorima doslovno stoji da „kupac kupuje proizvode radi dalje prodaje na tržištu BH”;
- da je Rješenje Konkurencijskog vijeće nerazumljivo i nejasno, kao i ocjena dokaza iz navodno utvrđenog činjeničnog stanja;
- da utvrđeno činjenično stanje, pod tačkom 8. Rješenja, ne sadrži ništa drugo do podataka koje je Apatinska pivara pružila Konkurencijskom vijeću u smislu čega se je Apatinska pivara više puta izjasnila da u svakom slučaju nastoji da svoju mrežu distributera proširi sa ciljem povećanja prodaje, izgradnje svog brenda i dostupnosti krajnjim kupcima na cijeloj teritoriji BiH te je u tom smislu jasno i poslovno opravdano da se u zavisnosti od logističke, tehničke i finansijske spremnosti kupaca utvrđuju, a u saradnji sa kupcima i očekivanom prodajom, ugovaraju količine na godišnjem nivou. U tom smislu Podnosilac zahtjeva ističe da mu nije jasan zaključak Konkurencijskog vijeća da to može utjecati na odobravanje rabata koji su linearni količinski i jednaki za sve, osim ukoliko Konkurencijsko vijeće smatra da se sa svakim kupcem moraju ugovarati apsolutno iste količine i nametati kupcima bez obzira na mogućnosti ostvarenja. Primjenom predmetnog zahtjeva Konkurencijskog vijeća kupci koji su manjeg tehničkog, administrativnog, finansijskog i logističkog kapaciteta bi trpjeli značajnu štetu i nestali sa tržišta, a na štetu i Apatinske pivare i krajnjih kupaca;

- da je Apatinska pivara jasno odredila svoju rabatnu politiku u godinama koje su predmet postupka u svom podnesku od 27. februara 2012. godine i ponovo u podnesku od 20. avgusta 2012. godine. U smislu navoda da je u odgovoru *"nekih kupaca navedeno da plan prodaje određuje Apatinska pivara"*, Apatinska pivara u Zahtjevu navodi da nije u mogućnosti da utvrdi smisao predmetnog, odnosno da li se radi o inicijalnom zahtjevu budući da je predmetno izvučeno iz konteksta odgovora pojedinačnog distributera, a koji odgovori nisu bili dostupni Apatinskoj pivari. S tim u vezi, Konkurencijsko vijeće ne ističe i brojne druge distributere koji su naveli da nije bilo *"utvrđivanja sa strane Apatinske pivare"* već da su količine bile sporazumno utvrđivane dok je jasno Konkurencijsko vijeće propustio da utvrdi razloge zaključenja sporazuma od strane kupaca koji su inicijalno smatrali da su isti štetni za njih, a ako je to i bio slučaj;
- da Konkurencijsko vijeće navodi da Apatinska pivara ima "selektivnu distributivnu mrežu" i da nije utvrdila transparentne kriterijume za način izbora kupca (dobavljača) te stoga ni kriterijume za prestanak saradnje. Konkurencijsko vijeće dalje navodi da dugoročna poslovna saradnja može imati određene posljedice i nesigurnost u poslovanju drugih kupaca, a *"što može proizvesti negativne efekte na relevantnom tržištu BiH kao i poslovanje privrednog subjekta Apatinske pivare"*. U Zahtjevu se ističe da Apatinska pivara niti u jednom trenutku nije donijela odluku o formiranju sistema selektivne distribucije niti bi to za prirodu samog proizvoda, tj. piva, bilo adekvatno i prihvatljivo rješenje budući da se ne radi o proizvodu specifične namjene, da ne zahtjeva posebno čuvanje i upravljanje. Također, sistem selektivne distribucije zahtjeva i utvrđivanje ograničenja kupcu da proizvod koji je predmet kupoprodaje ne može biti u prometu sa drugim kupcima, van utvrđene selektivne distributivne mreže, dok su *"svi kupci Apatinske pivare apsolutno slobodni da proizvod čiji su vlasnici i koji su preuzeli fco. fabrika Apatin prodaju bilo kom kupcu u veleprodaji i/ili maloprodaji"*;
- da je pogrešno utvrđeno činjenično stanje od strane Konkurencijskog vijeća budući da za postojanje sistema selektivne distribucije nedostaje njegov osnovni element tj. ograničavanje prava u daljoj prodaji van sistema selektivne distribucije koje ograničenje ne postoji ni *de iure* ni *de facto* u predmetnom slučaju, a što je možda propust radi primjene Uredbe 2790/1999 koja je stavljena van snage u junu 2010. godine. U tom smislu, prema Podnosiocu zahtjeva, i sam Dejan komerc je za sve vrijeme poslovanja sa Apatinskom pivarom prodavao proizvode Apatinske pivare neselektivno i kupcima na tržištu veleprodaje, kao i maloprodaje po vlastitom izboru, a što je jasno i iz faktura koje je Dejan komerc dostavio nakon održane druge usmene rasprave. Dalje, Apatinska pivara nije *"prekinula poslovanje"*, kako to Konkurencijsko vijeće navodi, već nije produžila poslovanje i u narednoj godini, iz legitimnih poslovnih razloga, a po isteku ugovora za 2011. godinu;
- da Konkurencijsko vijeće u svom Rješenju, iako se radi o "osjetljivim tržištima" i iako su dokazi bili predmet ocjene i analize gotovo godinu dana, utvrđuje "nelogičnost" u poslovnom odnosu Apatinske pivare sa svojim kupcima na način da kupci imaju različite rokove odloženog plaćanja. Apatinska pivara je na ove navode i zahtjeve Konkurencijskog vijeća da svi kupci moraju imati apsolutno jednake rokove plaćanja i kreditni limit već odgovorila usmeno i pisano, što Konkurencijsko vijeće nije navelo u predmetnom Rješenju, ali istovremeno ističe da je predmetno slobodna odluka učesnika na tržištu, a naročito učesnika koji nema ni približno dominantan položaj i koji ne kontroliše prodaju svog proizvoda budući da robu kupci nabavljaju, plaćaju i preuzimaju fizički u Apatinu, Republika Srbija i njome slobodno raspolažu na teritoriji BiH;
- da Apatinskoj pivari nije jasan zahtjev Konkurencijskog vijeća da ima "posebnu odgovornost prema svim kupcima" te da bi izrada kriterijuma bila na korist krajnjim

potrošačima obzirom da Konkurencijsko vijeće, prema navodima Podnosioca zahtjeva, nije ni u jednom dijelu utvrdilo postojanje bilo kakvih posljedica ili negativnih efekata postojeće poslovne prakse Apatinske pivare u periodu od 2008. do 2010. godine na tržištu distribucije njenih proizvoda u BiH niti bilo kakve negativne posljedice za krajnje potrošače. Prodajna cijena je tako utvrđivana na osnovu tržišnih kretanja i mogućnosti povećanja prometa, dok je Apatinska pivara ulagala u razvoj proizvodnje i palete proizvoda, promociju svojih proizvoda, a sve upravo u interesu krajnjih potrošača;

- da se izreka Rješenja protivriječi obrazloženju, odnosno da se u tački 1. Rješenja Konkurencijskog vijeća navodi da je Apatinska pivara odredbama člana 2. stav 1. Aneksa 1, odredbom člana 5 i odredbom člana 2. Aneksa 2. Kupoprodajnih ugovora za 2008., 2009. i 2010. godinu, broj 008 BiH - 71/2008, zaključenog dana 24.12.2007. godine, broj 06- 71/2009, dana 18.12.2008. godine, broj 02-71/2010, zaključen dana 26.01.2010. godine sa privrednim subjektom Dejan komerc d.o.o, Ozrenskih srpskih brigada 38A, 74000 Doboj, kao i odredbama člana 2. stav (1) Aneksa 1, odredbom člana 5. i odredbom člana 2. Aneksa 2 ostalih zaključenih ugovora sa distributerima na teritoriji Bosne i Hercegovine ograničili 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 iste u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju, u smislu člana 4. stav (1) tačka a) i d) Zakona o konkurenciji. Odavde slijedi da Konkurencijsko vijeće upućuje na član 5. *Aneksa 2 Kupoprodajnih ugovora*, dok iz obrazloženja odluke na strani 24. proizlazi da se radi o članu 5. *Kupoprodajnog ugovora*.
- da Apatinskoj pivari nije jasno na osnovu kojih dokaza je Konkurencijsko vijeće utvrdilo da Apatinska pivara nameće minimalne cijene kupcima, jer Konkurencijsko vijeće nije dokazalo da ugovorne odredbe koje su citirane imaju za cilj i posljedicu spriječavanje, ograničavanje ili narušavanje konkurencije. Zakon u članu 4. stav (1) predviđa da ovakve odredbe moraju (kumulativno) imati i cilj (namjeru) i posljedicu, a Konkurencijsko vijeće nije dokazalo ni da je ograničavanje konkurencije bilo cilj, niti da su postupci Apatinske pivare i navedene ugovorne odredbe imale bilo kakve posljedice na tržištu. Samim tim, tvrdnje koje je Konkurencijsko vijeće iznijelo zasnovane su na nepotpunim i netačnim informacijama;
- da Konkurencijsko vijeće zasniva svoju odluku i na neistinitom dokazu, odnosno e-mailu Dragana Beronje, koji je citiran na strani 24. Rješenja. Apatinska pivara, kako se navodi u Zahtjevu, ne spori da elektronska pošta može i mora biti korištena kao dokaz. Prigovor Apatinske pivare je, prema navodima u Zahtjevu, pogrešno naveden u samom Rješenju. Prigovor jeste da Konkurencijsko vijeće nije učinilo ništa niti je stranka koja je podnijela e-mail učinila bilo šta kako bi potvrdila autentičnost elektronskog dokumenta ponuđenog u štampanom formatu; Konkurencijsko vijeće je odlučilo da je sam ispis elektronske komunikacije dovoljan dokaz, a potvrdu toga bazira isključivo na iskazu navodno primaoca koji je i podnosilac zahtjeva u samom postupku i o čijim se pravima i odlučuje.
- da Konkurencijsko vijeće na str. 24. Rješenja navodi “*samo kao primjer*” dva kupca koja su istakla u svojim *povjerljivim* odgovorima Konkurencijskom vijeću da im je Apatinska pivara utvrđivala cijenu u daljoj prodaji. Ipak, i pored *navođenja dva od ukupno samo jednog primjera* takvog kupca (kako se navodi u tački 5. Rješenja samo je kupac Maks Sandra izjavila takvo što) apsolutno je nejasno i zašto Konkurencijsko vijeće u svojim postupcima utvrđivanja činjeničnog stanja, ocjene dokaza i analize duže od godinu dana nije utvrdila i koje je to cijene Maks Sandra d.o.o. imala prema svojim kupcima te jasno utvrdila i odnos između te i izlazne cijene drugih kupaca koji su jasno istakli da samostalno formiraju svoje cijene prema kupcima;

- da je netačan, štetan i kontradiktoran navod na strani 24. Rješenja, posljednji pasus, da je isto potvrdio i privredni subjekt Nikolić d.o.o. iz Teslića, budući da na strani 14. prvi pasus, kada je u pitanju izjašnjenje, Nikolić d.o.o. doslovce piše da „*Plan prodaje određuje privredni subjekt Apatinska pivara, a da isti određuje cijene samostalno nezavisno od dobavljača*“. Ova rečenica, prema navodima u Zahtjevu, se ni na koji način i ni pod kojim uslovima ne može smatrati potvrdom da Apatinska pivara svojim kupcima određuje cijene u daljoj prodaji, pa se i zaključak Konkurencijskog vijeća može smatrati kao zaključak zasnovan na nepotpunoj, netačnoj, a možda čak i lažnoj informaciji;
- da se na strani 25. Rešenja nalazi tvrdnja Konkurencijskog vijeća da Apatinska pivara ima obavezu da izradi i primijeni „preciznije“ kriterije za zaključivanje kupoprodajnih ugovora. Nejasno je, prema navodima u Zahtjevu, na osnovu kojih činjenica, dokaza i propisa (članova Zakona o konkurenciji) Konkurencijsko vijeće dolazi do ovakvog zaključka i šta se tačno podrazumijeva pod terminom „precizniji kriterijumi“, odnosno, u odnosu na šta i koga kriterijumi treba da budu precizniji;
- da se u Rješenju nalazi niz dokaza čije se postojanje navodi, ali se ne navodi sadržaj istih i zbog čega su ti dokazi bitni za odlučivanje, kao što su podnesci Uprave za indirektno oporezivanje BiH, Udruženja pivara BiH, dopisi Spoljnotrgovinske komore BiH, izvještaji Federalnog zavoda za statistiku, Agencije za statistiku BiH, Republičkog zavoda za statistiku RS, odgovor Agencije za posredničke i finansijske usluge, itd;
- da Konkurencijsko vijeće u svom obrazloženju ne navodi da li je i koje navode sa usmenih rasprava koje su održane uzelo u obzir prilikom odlučivanja, a naročito da li je prilikom odlučivanja u obzir uzelo i primjedbe koje je na zapisnik i u vezi sa zapisnikom dala Apatinska pivara, pa se iz obrazloženja može jedino zaključiti da navodi sa usmenih rasprava nisu uzeti u obzir prilikom odlučivanja, što dalje znači da je odluka donijeta uz nepotpuno utvrđeno činjenično stanje.

Članom 43. stav (5) Zakona propisano je da Konkurencijsko vijeće može na zahtjev stranke ili po službenoj dužnosti ponovo preispitati rješenje u slučajevima: gdje je bila stvarna promjena u činjenicama na kojima je bilo zasnovano to rješenje, a od značajnog su uticaja na tržišnu konkurenciju, ili gdje stranke u postupku djeluju u suprotnosti s obavezama koje je utvrdilo Konkurencijsko vijeće, ili gdje je rješenje zasnovano na nepotpunim, netačnim ili lažnim informacijama koje su dale stranke u postupku.

Konkurencijsko vijeće je ocijenilo da okolnosti koje privredni subjekt Apatinska pivara navodi ne mogu biti prihvaćene kao razlog za preispitivanje Rješenja, jer sam Zakon propisuje da se preispitivanje rješenja može izvršiti ako je došlo do stvarne promjene u činjenicama na kojima je bilo zasnovano rješenje, te također propisuje i da iste moraju biti od značajnog utjecaja na tržišnu konkurenciju. Pri tome Zakon ovdje podrazumijeva činjenice koje su utvrđene u postupku pred Konkurencijskim vijećem i na osnovu kojih je donesena odluka. Iz samih navoda privrednog subjekta Apatinska pivara očito je da su sve činjenice koje navodi kao razlog za preispitivanje Rješenja bile poznate i razmatrane u toku postupka pred Konkurencijskim vijećem.

Nadalje, očigledno je da Podnosilac zahtjeva u navedenom Zahtjevu ne iznosi nove činjenice već interpretira činjenice koje su već razmatrane tokom postupka.

Iz navedenog proizilazi da navedene okolnosti ne predstavljaju stvarnu promjenu u činjenicama na kojima je bilo zasnovano Rješenje u smislu člana 43. stav (5) Zakona, već mogu eventualno biti razlog za pokretanje upravnog spora, što je i Podnosilac zahtjeva i učinio jer je iste navode naveo i u tužbi kojom je pred Sudom BiH, a u skladu sa Zakonom o upravnim sporovima BiH,

pokrenuo protiv rješenja Konkurencijskog vijeća, broj: 02-26-2-028-145-II/11 od 04.09.2012. godine.

Imajući u vidu navedeno, Konkurencijsko vijeće je odlučilo kao u dispozitivu.

Pouka o pravnom lijeku

Protiv ovoga Zaključka nije dopuštena žalba.

Nezadovoljna strana može pokrenuti upravni spor pred Sudom Bosne i Hercegovine u roku od 30 dana od dana prijema, odnosno objavljivanja ovoga Zaključka.

Predsjednica

Gordana Živković

Dostavljeno:

- **privredni subjekt Apatinska pivara**
- **u spis**
- **a/a**