Република Србија
КОМИСИЈА ЗА ЗАШТИТУ
КОНКУРЕНЦИЈЕ
Број: 5/0-02-43/2011
Веза: број 5/0-02-607/2010-3
Датум: 24.01.2011. година
Б е о г р а д

На основу чл. 22. ст. 2., чл. 57. и чл. 68. ст. 1. тач. 1. Закона о заштити конкуренције („Службени гласник РС“, бр. 51/09), члана 192. Закона о општем управном поступку („Службени лист СРЈ“, бр. 33/97 и 31/01 и „Службени гласник РС“, број 30/2010) и чл. 3. и 4. Уредбе о критеријумима за одређивање висине износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције и процесног пенала, начину и роковима њиховог плаћања и условима за одређивање тих мера („Службени гласник РС“, бр. 50/2010), у поступку покренутом по службеној дужности против Акционарског друштва „Млекара“ из Суботице, ул. Толминска бр. 10. које заступа директор Душан Грујић, и Акционарског друштва Индустрија млека и млечних производа „Имлек“ из Београда, Падинска Скела, ул. Индустријско насеље б.б., које заступа директор Слободан Петровић, а преко заједничких пуномоћника адвоката Милице Суботић, Жарка С. Боровчанина и свих других адвокати из ОАД Јанковић, Поповић & Митић, Чарли Чаплина 37, из Београда, одлучујући о мери заштите конкуренције, Савет Комисије за заштиту конкуренције на 14. седници одржаној 24.01.2011. године, доноси

РЕШЕЊЕ

I ОДРЕЂУЈЕ СЕ МЕРА ЗАШТИТЕ КОНКУРЕНЦИЈЕ Акционарском друштву „Млекара“ са седиштем у Суботици, ул. Толминска бр. 10, уписаном у Агенцији за привредне регистре Републике Србије под матичним бројем 08057036, као и Акционарском друштву Индустрија млека и млечних производа „Имлек“ са седиштем у Београду, Падинска Скела, ул. Индустријско насеље б.б., уписаном у Агенцији за привредне регистре Републике Србије под матичним бројем 07042701, у облику обавезе плаћања новчаног износа у висини 1,92% од укупног годишњег прихода оствареног у 2006. години, због злоупотребе доминантног положаја на релевантном тржишту откупа сировог млека од стране млекара на територији Републике Србије наметањем неправедних услова пословања и применом неједнаких услова пословања на исте послове са различитим учесницима на

тржишту, утврђене правноснажним решењем Комисије за заштиту конкуренције бр. 5/0-02-135/09-18 од 22.05.2009. године.

II ОБАВЕЗУЈЕ СЕ Акционарско друштво „Млекара“ са седиштем у Суботици, ул. Толминска бр. 10, да изврши одређену меру заштите конкуренције из става I изреке, тако што ће уплатити новчани износ у висини од 1,92% од укупног годишњег прихода оствареног у 2006. години, и то 51.262.576,00 РСД (словима: педесетједан милион двесташездесетдве хиљаде петстоседамдесетшест динара) у корист буџета Републике Србије, са позивом на број предмета.

III ОБАВЕЗУЈЕ СЕ Акционарско друштво Индустрија млека и млечних производа „Имлек“ са седиштем у Београду, Падинска Скела, ул. Индустријско насеље б.б., да изврши одређену меру заштите конкуренције из става I изреке, тако што ће уплатити новчани износ у висини 1,92% од укупног годишњег прихода оствареног у 2006. години, и то 254.885.759,00 РСД (словима: двестапедесетчетири милиона осамстоосамдесетпет хиљада седамстопедесетдевет динара) у корист буџета Републике Србије, са позивом на број предмета.

IV УТВРЂУЈЕ СЕ РОК од четири месеци за извршење обавезе из става II и III изреке од дана пријема овог решења, под претњом принудног извршења.

Образложење

Пресудом Управног суда број 15 У бр. 10130/10 од 22.10.2010. године одбијена је тужба Индустрије млека и млечних производа „Имлек Београд“ и Акционарског друштва „Млекара Суботица“, (у даљем тексту: „млекаре-чланице DANUBE FOODS GROUP“) и потврђено решење Комисије за заштиту конкуренције (у даљем тексту: Комисија) бр. 5/0-02-135/09-18 од 22.05.2009. године.

Решењем Комисије за заштиту конкуренције бр. 5/0-02-135/09-18 од 22.05.2009. године, утврђена је злоупотреба доминантног положаја на тржишту откупа сировог млека од стране млекара на територији Републике Србије наметањем неправедних услова пословања и применом неједнаких услова пословања на исте послове са различитим учесницима на тржишту.

Комисија за заштиту конкуренције је покренула по службеној дужности управни поступак ради одређивања управне мере сходно чл. 57. Закона о заштити конкуренције („Службени гласник РС“, бр. 51/09, у даљем тексту: Закон). Поступак је покренут према чл. 114. ст. 1. и чл. 115. ст. 1. Закона о општем управном поступку („Службени лист СРЈ“, бр. 33/97 и 31/01 и „Службени гласник РС“, број 30/2010, у даљем тексту: ЗУП), достављањем странкама у поступку Обавештења са позивом на изјашњење број 5/0-02-607/2010-1 и број 5/0-02-607/2010-2 дана 20. 12. 2010. године.

Комисија је млекарама-чланицама DANUBE FOODS GROUP наложила да се изјасне на њено обавештење од 20.12.2010. године, чиме је омогућено њихово учешће у поступку у складу са чланом 9, а у вези члана 132. ЗУП-а.

Млекаре-чланице DANUBE FOODS GROUP у одговору од 29.12.2010. године, истичу: немогућност покретања поступка за изрицање управне мере у оквиру окончаног и завршеног основног поступка против Имлека и Млекаре Суботица, као супротно одредби члана 74. важећег Закона, који, како учесници у поступку наводе, „забрањује“ примену тог закона на поступке који су започети по одредбама ранијег Закона; исто представља грубу повреду општеприхваћеног, а истовремено и уставног начела забране ретроактивне примене права; немогућност вођења посебног, додатног, односно допунског испитног поступка за одређивање такве мере у смислу члана 38. став 3. важећег Закона, који прописује да поступак испитивања повреде укључује и изрицање управне мере; немогућност изрицања мере након истека рока од 3 године од дана када је извршена радња повреде, јер би како то тврде учесници у поступку то било у супротности са чланом 68. став 3. важећег Закона. У даљем тексту јасно стављају до знања да су након утврђених повреда конкуренције очекивали покретање прекршајног поступка, али са друге стране, истичу да је одлука Комисије да започне један овакав поступак незаконита, а изрицање управне мере би представљало још грубље кршење закона, основних правних принципа и потпуно игнорисање законских и уставних начела, а тиме и апсолутно ништав правни акт. Најзад истичу да обавештење Комисије од 06.12.2010. године: не испуњава потребне захтеве са становишта права ЕУ; није дато довољно времена млекари да се изјасни; не садржи никакве чињеничне ни законске критеријуме на основу којих би могло доћи до изрицања новчане казне, како је то наведено у приложеном мишљењу холандске адвокатске канцеларије De Brauw Blackstone Westbroek N.V. од 27.12.2010. године

Млекаре-чланице DANUBE FOODS GROUP у одговору од 29.12.2010. године не оспоравају стицање релевантног прихода у висини наведеној у обавештењу Комисије .

Комисија је након што је размотрила све околности конкретног случаја, као и наводе из одговора учесника, одлучила као у диспозитиву предметног решења.

Оцењујући могућност покретања поступка и примене управних мера у конкретној ситуацији, на основу правноснажног решења Савета Комисије донетог по претходном Закону, Савет Комисије је заузео правни став према коме је у оваквој чињенично и правној ситуацији нужно покретање поступка за изрицање управних мера из члана 68. у вези члана 57. став 1. Закона.

Поступак је започет по раније важећем Закону о заштити конкуренције („Сл.гласник РС“ 79/05, у даљем тексту: претходни Закон), те је примена његових одредаба неспорна. У складу са одредбама претходног, односно раније важећег Закона констатована је повреда, док је утврђивање прекршајне одговорности било немогуће спровести услед непостојања регулаторних и институционалних предуслова. Међутим, такође је неспорно да се поступак по утврђеној повреди

мора окончати, што значи да исти никако не може бити обустављен или прекинут услед наводне правне празнине.

Наиме, полазећи од циља Закона, и поверених послова из члана 21. став 1. тачка 2. Закона, Комисија има дужност да поступак заштите конкуренције реализује до краја. С обзиром да сврха и циљ Закона нису само у утврђивању радње повреде конкуренције, односно у конкретном случају злоупотребе доминантног положаја на тржишту, већ и у примени прекршајних мера, односно управних мера заштите конкуренције, то овај поступак није у супротности са чланом 74. Закона. Ради се заправо о примени једино могућег скупа правних норми на конкретан случај, због објективне и, од воље Комисије независно наступеле околности, да је услед регулаторних измена примена прекршајне одговорности искључена.

У прилог напред изнетог става, говори опште прихваћено начело правне сигурности у казненом праву, које је имплементирано и у Уставу Републике Србије, да се казна одређује према пропису који је важио у време кад је дело учињено, изузев кад је каснији пропис повољнији за учиниоца. Имајући у виду да је по својој правној природи мера заштите конкуренције из члана 68. Закона управно казнена мера, Комисија налази да се у конкретном случају, у погледу санкције, има применити нови Закон, с обзиром да је повољнији за учиниоца, нарочито из следећих разлога: злоупотребе доминантног положаја на релевантном тржишту не представља прекршај, што подразумева, између осталог да одговорно лице није прекршајно одговорно; прописана је само горња граница (10%) код одмеравања новчаног износа мере заштите конкуренције, док је претходним Законом била одређена и доња граница од 1% за одмеравање висине новчане казне; није прописана обавеза изрицања заштитне мере у облику одузимања предмета и забране вршења одређених послова, што би било обавезно у случају примене претходног Закона према чл. 73.; Комисија не може одредити рок за наплату мере заштите у краћем трајању од три месеца, док би по претходном Закону тај рок био општи рок од 8 дана када прекршајно решење постаје извршно.

У прилог оваквог становишта стоји и став прекршајног суда. Наиме, по поднетим захтевима за вођење прекршајног поступка према другим учесницима на тржишту у идентичним правним ситуацијама, прекршајни судови су у својим одлукама, као што је пресуда Вишег прекршајног суда у Београду 15-ПРЖ-бр.7115/10, од 09.03.2010. године или решење Прекршајног суда у Београду, 100 ПР. бр. 397030/10 од 23.09.2010. године, нашли да Закон представља блажи пропис за учиниоце. У наведеној одлуци Вишег прекршајног суда у Београду се чак експлицитно утврђује да треба применити, као повољнији за учиниоца каснији пропис, односно Закон о заштити конкуренције (Сл.гласник РС“ 51/09) којим радња повреде конкуренције није прописана као прекршај, С обзиром да је Закон о заштити о конкуренције (Сл.гласник РС“ 79/05), по коме је и донето правноснажно решење од 22. маја 2009. године, предвиђао прекршајне мере према учесницима на тржишту, а имајући у виду да Закон такве мере не предвиђа, правно није могуће утврдити прекршајну одговорност на страни наведених странака.

Супротно гледиште да је забрањено покретање поступка за изрицање управних мера , значило би да понашања учесника на тржишту која представљају неспорно утврђену радњу повреде конкуренције, остају без правне санкције, у ком случају би решења Комисије представљала само констатацију (декларативну одлуку), што је супротно циљу и сврси Закона .

Такође није сметња да се поступак изрицања управних мера спроведе након правоснажно окончаног поступка којим је утврђена повреда конкуренције, јер смисао одредбе члана 38. ст. 3. Закона је у томе да се управна мера мора изрећи (обавезност изрицања управне мере као последица утврђене повреде), а небитно је у ком временском периоду је покренут поступак.

У вези са истакнутим приговором немогућности изрицања мере након истека рока од 3 године од дана када је извршена радња повреде, јер би, како то тврде учесници у поступку, то било у супротности са чланом 68. став 3. Закона, мора се поћи од чињенице да се по претходном Закону управна мера изрицала по правоснажности утврђене повреде (застарелост није ни била предвиђена јер се изрицала мера „забране“ а не „новчана“ мера), а по садашњем Закону је саставни део решења којим се утврђује повреда (члан 38. ст. 3. Закона), те се не ради ни о каквој ретроактивној примени садашњег Закона на ситуације које нису биле предвиђене у предходном Закону, већ се ради о примени повољнијег закона за странку (члан 6 ст. 3 ЗУП-а), при чему овакво правно схватање није у супротности са одредбом члана 74. Закона. Застарелост није наступила јер није протекао рок од 3 године од извршења последње радње која се везује за дан доношења решења Комисије из 2009 године.

Из наведеног одговора учесника такође произлази да правна сигурност учесника у поступку (у погледу очекиване санкције), која се тиче самог покретања и вођења поступка изрицања одговарајућих законских санкција (казна за прекршај или управна мера), није угрожена, јер се као извесно, према наводима самих учесника, очекује да ће уследити покретање поступка изрицања одговарајућих санкција (став 1 и 2 поменутог поднеска). Дакле, чињеница да се Комисија определила за покретање поступка изрицања управних мера блажих по учиниоца, ни на који начин не угрожава права учесника и то не само у погледу правне сигурности, већ и у погледу законитости и једнакости поступања у поступку. Управо супротно: сви ови принципи били би грубо погажени уколико би само ови учесници остали без очекиваних (како су то и сами навели) санкција за своје недозвољено понашање.

Наиме, само утврђивање злоупотребе доминантног положаја, односно радње која представља повреду конкуренције, без изрицања мере заштите конкуренције, представљало би потпуно обесмишљавање примене Закона. У том смислу, Комисија посебно истиче значај узрочно-последичне везе која мора да постоји између радње која представља повреду конкуренције и мере, чија сврха односно циљ није и никако не може бити само изрицање мере учеснику на тржишту који је радњу извршио, већ се њен значај мора посматрати у контексту утицаја на остале учеснике на тржишту, али и на подизање свести о значају права конкуренције, као и на осигуравање ефикасности конкуренције.

Савет Комисије посебно истиче и значај начела заштите права грађана и заштите јавног интереса, утврђеног чланом 6. Закона о општем управном поступку, којим је прецизно прописана обавеза органа, односно организације која води управни поступак да штити јавни интерес. Под јавним интересом се треба и мора разумети квалификовани облик општег интереса чијим се остваривањем задовољавају одређене виталне потребе друштва као целине или појединих његових знатних делова. Према оцени Савета Комисије, у конкретном случају, ради се управо и о задовољавању виталне потребе друштва, да се прописи доследно спроводе и да надлежни државни органи, односно организације каква је и Комисија, примене сва, на закону заснована правна средства, како би се испунио циљ Закона, односно обезбедила заштита конкуренције. Не може се никако претпоставити да је законодавац имао намеру да одустане од принципа законитости у том смислу да није предвидео никакву санкцију за учињена дела у прелазном периоду, односно у започетим, а неокончаним поступцима, до почетка примене Закона.

Неосновани су наводи учесника да обавештење Комисије од 06.12.2010. године, не испуњава потребне захтеве са становишта права ЕУ, да није дато довољно времена млекари да се изјасни, да обавештење не садржи никакве чињеничне ни законске критеријуме на основу којих би могло доћи до изрицања новчане казне, јер су ови наводи у супротности са стањем у списима.

Савет Комисије је приликом утврђивања висине износа мере заштите конкуренције, имао у виду чињеницу да млекаре-чланице DANUBE FOODS GROUP нису оспориле податке које је Комисија доставила у поднеску од 20.12.2011. године, а који се односе на остварени годишњи приход исказан као пословни приход у финансијским извештајима. Сходно томе, Комисија је закључила да су тачни и неспорни званични и јавно доступни подаци који се односе на висину прихода млекара-чланица DANUBE FOODS GROUP, до којих је Комисија дошла у току поступка.

Наиме, став Комисије јесте да се у конкретном случају морају имати у виду пословни приходи (као део укупног годишњег прихода друштва) који су ова друштва остварила на тржиштима на којима обављају своје целокупне активности. Овакво становиште превасходно је опредељено чињеницом да на тржишту откупа сировог млека, које је у поступку Комисије бр. 5/0-02-135/09 дефинисано као релевантно тржиште, млекаре наступају као купци сировог млека од примарних произвођача, ради његове даље прераде, а не за његов промет/продају другим откупљивачима. Познато је да млекаре обављају делатност прераде откупљеног сировог млека у млеко и млечне производе ради њихове продаје, што сугерише закључак да су истовремено активне на неколико различитих тржишта производа и то на тржишту набавке (откупа) сировог млека као сировине коју користе у производњи читавог асортимана својих производа, као првом, те на тржишту продаје различитих врста млечних производа као другом тржишту на коме ова друштва остварују приход. На првом од наведених тржишта млекаре се појављују у функцији купца и њихова активност на том тржишту заправо не генерише никакав приход друштва. Стога се као релевантни приходи друштва морају узети у обзир приходи остварени продајом различитих врста млека и млечних производа,

произведених од откупљеног сировог млека (према финансијским извештајима овај приход се назива „пословни приход“, а у билансу успеха друштва означен је АОП 201).

Утврђујући висину износа мере, Комисија је пошла од следећег:

Имајући у виду да је у децембру 2007. године уписана статусна промена спајања уз припајање АД ИМЛЕК као друштва стицаоца и АД Новосадска млекара, као друштва које услед статусне промене престаје да постоји без ликвидације, то се код одређивања мере заштите конкуренције ИМЛЕКУ, узимају у обзир и финансијски показатељи за АД Новосадска млекара, остварени у релевантном периоду.

Према званичним и јавно доступним подацима, садржаним у финансијским извештајима за 2006. годину, који су друштва, странке у поступку, доставила Народној банци Србије и која су објављена на њиховим интернет странама, остварени приходи у 2006. години, исказани у билансу стања као пословни приход износили су за Имлек 10.249.337.000,00 РСД, за Новосадску млекару 2.623.681.000,00 РС, односно укупно 12.873.018.000,00 РСД, а за Млекару Суботица 2.589.019.000,00 РСД, а остварени укупни годишњи приходи , у смислу члана 7. Закона, садржани у истим извештајима износе у 2006. години, за ИМЛЕК у висини 10.554.699.000,00 РСД а за Новосадску млекару у висини 2.697.250.000,00 РСД, односно укупно 13.251.949.000,00 РСД, а за Млекару Суботица 2.669.837.000,00 РСД.

У поступку утврђивања висине износа мере заштите конкуренције, Комисија је применила одредбе чл. 57. ст. 2. и чл. 68. став 1. тачка 1. Закона и члана 3. Уредбе о критеријумима за одређивање висине износа мере, који важе за оба учесника.

Према тежини, последицама и трајању повреде конкуренције, Комисија је заузела становиште да утврђена радња злоупотребе сама по себи представља тешку повреду, на шта указује пракса, као и смернице за утврђивање висине износа, националних тела за заштиту конкуренције у ЕУ. Повреда је трајала најмање три године, односно несумњиво је утврђено да је повреда започела најкасније у априлу 2005. године, и трајала најмање до 01.03.2008. године (када је објављен Ценовник по мери наложеној од стране Комисије). Радње су предузимане према великом броју продаваца – примарних произвођача на територији целе државе, што је све утврђено у правноснажно окончаном поступку утврђивања злоупотребе доминантог положаја.

По налажењу Комисије следеће околности су утврђене као олакшавајуће: учесник раније није предузимао истоврсна понашања која претстављају повреду конкуренције (није било поврата), као ни подстрекавања других учесника на тржишту на вршење радњи које за циљ или последицу имају или могу да имају значајно ограничавање, нарушавање или спречавање конкуренције; радње које представљају повреду конкуренције је обуставио и као што је својим радњама у битној мери отклонио настале последице повреде конкуренције пре

правоснажности решења; млекаре-чланице DANUBE FOODS GROUP су добровољно сарађивале са Комисијом у циљу бржег, ефикаснијег и економичнијег окончања поступка утвђивања злоупотребе; као и протек времена од учињене повреде до дана покретања овог поступка за одређивање мере заштите конкуренције.

Комисија се приликом одмеравања висине изречене мере придржавала како аналитичког тако и синтетичког метода вршећи одмеравање висине изречене мере, на основу свеукупне оцене свих околности и то како олакшавајућих, тако и отежавајућих, па изречена мера представља правичну и логичну резултанту свих околности, имајући при том увек у виду сврху изрицања ових мера.

При утврђивању висине износа мере заштите конкуренције, увидом у списе предмета Комисије 5/0-02-135/09-18, и у складу са. 57. ст. 2. и 68. став 1. тачка 1. Закона и чл. 3. Уредбе о критеријумима за одређивање висине износа мере, Комисија је закључила да наведене околности односно критеријуми важе за обе млекаре чланице. Чланом 68. ст. 1. Закона, прописано је да се мера заштите конкуренције одређује у процентуалном износу у односу на укупни годишњи приход учесника на тржишту, са законским максимумом до 10%. С обзиром да млекаре-чланице DANUBE FOODS GROUP представљају повезане учеснике на тржишту који се у смислу Закона сматрају једним учесником на тржишту, Комисија је одредила меру у истом проценту у односу на обе млекаре. Међутим, појам повезаних учесника на тржишту који се у смислу Закона сматрају једним учесником на тржишту, је материјалноправне природе, а не процесноправне природе у смислу ЗУП-а, из чега произлази да су Имлек и Млекара Суботица две а не једна странка у поступку. Осим тога, ова друштва представљају два правна лица, која имају све елементе односно испуњавају све услове из Закона о привредним друштвима као посебни правни субјективитети. Као такви имају и различите укупне годишње приходе. Ако би Комисија одредила меру процентуално у односу на годишњи приход, а при том не би номинално одредила новчани износ који терети свако од ових друштава, могло би се доћи у ситуацију да један од ових повезаних учесника плати на име мере износ већи од процентуално одређеног износа. Осим тога, чл. 57. ст. 6. Закона прописано је да „за мере одређене против облика удруживања учесника на тржишту, солидарно одговарају сви удружени учесници, који могу заједнички, односно појединачно да плате обавезу, у случају да облик удруживања није у могућности да изврши плаћање или не поседује сопствена средства.“ Из ове цитиране одредбе произлази закључак да је солидарна одговорност у погледу плаћања, изузетак, а не правило. У конкретном случају нису испуњени услови из ове одредбе Закона, из ког разлога је Комисија у другом и трећем ставу изреке одредила номинално новчане износе који терете сваку странку појединачно. У прилог овоме говори и одредба чл. 57. ст. 6. Закона, из које произлази да се принудна наплата спроводи у односу на странку, а како је појам повезаних ученика који се сматрају једним учесником на тржишту, појам материјалноправне природе, а не процесноправне, тако да ова повезана друштва представљају две а не једну странку у поступку. Даље, иако је мера заштите конкуренције сходно чл. 57. ст. 1. Закона врста управне мере, она по својој

суштини представља санкцију за учесника на тржишту, односно има казнени карактер.

Примењујући критеријум тежине, последица и трајања повреде конкуренције, а узимајући у обзир утврђене олакшавајуће околности, Савет Комисије је утврдио меру заштите конкуренције у висини од 1,92% од укупно оствареног прихода у 2006. години, што износи за Имлек 254.885.759 РСД, а за Млекару Суботица 51.262.576 РСД. (Напомињемо да ови новчани износи истовремено представљају 1,98% од остварених пословних прихода млекара-чланица DANUBE FOODS GROUP).

На основу члана 57. ст. 1, 2. и 3, члана 68. став 1. тачка 1. Закона, одлучено је као у ставу I, II и III диспозитива овог решења.

Рок за поступање по налогу утврђен у ставу IV диспозитива, одређен је на основу члана 68. став 2. Закона, и члана 4. Уредбе о критеријумима за одређивање висине износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције и процесног пенала, начину и роковима њиховог плаћања и условима за одређивање тих мера.

П р е д с е д а в а ј у ћ и С а в е т а

Весна Јанковић, Председник Комисије

Поука о правном леку:

Ово решење је коначно у управном поступку.
Против овог решења није дозвољена жалба, али се може покренути управни спор тужбом која се подноси Управном суду, у року од 30 дана од дана пријема решења.