

Na temelju članka 7., članka 27. stavka 1., članka 29. stavka 1. i članka 35. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja ("Narodne novine", broj 48/95, 52/97 i 89/98) u upravnom postupku ocjene dva ugovora pod nazivom "Ovlaštenje za ekskluzivno pravo punjenja" koje je poduzetnik Lura pića d.o.o., sa sjedištem u Zagrebu, Ulica grada Vukovara 271 (dalje: Lura pića d.o.o.), sklopio 1. lipnja 2001. s poduzetnikom Pepsi Co Inc., sa sjedištem u 700 Anderson Hill Road, Purchase, Država New York, 10577, Sjedinjene Američke Države (dalje: Pepsi Co Inc.), odnosno s poduzetnikom Seven-Up International, sa sjedištem u Clarendon House, Church Street, Hamilton 5-33, Bermuda (dalje: Seven- Up International), ravnatelj Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja po službenoj dužnosti donosi sljedeće

RJEŠENJE

1. U ugovoru pod nazivom "Ovlaštenje za ekskluzivno pravo punjenja", sklopljenog 1. lipnja 2001., između poduzetnika Lura pića d.o.o. i poduzetnika Pepsi Co Inc. utvrđuju se ništavim slijedeće odredbe i to:

a) Članak 1. točka c) u cijelosti koji glasi:

" Punitelj prihvaća ovo Ovlaštenje u skladu s u njemu sadržanim uvjetima, te će puniti, prodavati, distribuirati Pića samo za konačnu preprodaju potrošačima na Teritoriju, time da Punitelj razumije i suglasan je da Punitelj neće ni pod kojim okolnostima, izravno ili neizravno, prodavati ili distribuirati Pića potrošačima izvan svog teritorija kad zna ili je trebao znati da su Pića kupljena za preprodaju ili distribuciju izvan Teritorija."

b) Članak 20. točka b) u cijelosti koji glasi:

" u slučaju da Punitelj prodaje, otprema ili distribuira Pića izvan Teritorija ili distribuira, otprema ili prodaje Pića na Teritoriju bilo kojoj pravnoj osobi koja prodaje pretprodaje ili distribuira izvan Teritorija, Punitelj će biti odgovoran za isplatu Društvu iznosa jednakog US\$2.00 po sanduku za svaki prodani, otpremljen, prekrčan ili distribuiran sanduk izvan Teritorija."

2. U ugovoru pod nazivom "Ovlaštenje za ekskluzivno pravo punjenja" sklopljenog, 1. lipnja 2001., između poduzetnika Lura pića d.o.o. i poduzetnika Seven- Up International utvrđuju se ništavim slijedeće odredbe i to:

a) Članak 1. točka c) u cijelosti koji glasi:

"Punitelj prihvaća ovo Ovlaštenje u skladu s u njemu sadržanim uvjetima, te će puniti, prodavati i distribuirati Pića sam za konačnu preprodaju potrošačima na Teritoriju, time da Punitelj razumije i suglasan je da Punitelj neće ni pod kojim okolnostima, izravno ili neizravno, prodavati ili distribuirati Piće potrošačima izvan svog Teritorija kad zna ili je trebao znati da je Piće kupljeno za preprodaju ili distribuciju izvan Teritorija."

b) Članak 20. točka b) u cijelosti koji glasi:

" U slučaju da Punitelj prodaje, otprema ili distribuira Pića izvan Teritorija ili distribuira, otprema ili prodaje Pića na Teritoriju bilo kojoj pravnoj osobi koja prodaje, pretovaruje ili distribuira izvan Teritorija, Punitelj će biti odgovoran za isplatu Društvu iznosa jednakog US\$2.00 po sanduku za svaki prodani, otpremljen, prekrcan ili distribuiran sanduk izvan Teritorija."

3. Nalaže se poduzetniku Lura pića d.o.o. da odredbe članaka koje su utvrđene ništavim u točki 1. i točki 2. ove izreke briše i u roku od trideset (30) dana od dana dostave ovog rješenja Agenciji za zaštitu tržišnog natjecanja dostavi dokaz o izvršenju ovog naloga.

4. Obvezuje se poduzetnik Lura pića d.o.o. da za slučaj ugovaranja novih odredbi u Ugovorima iz točke 1. i točke 2. ove izreke, Agenciji za zaštitu tržišnog natjecanja na ponovnu ocjenu u roku od trideset (30) dana od dana sklapanja, dostavi nove Ugovore ili anekse istih.

5. Poduzetnik Lura pića d.o.o. obveznik je plaćanja upravne pristojbe u iznosu od 55.000,00 kuna. Upravna pristojba se uplaćuje u korist Državnog proračuna Republike Hrvatske u roku od osam (8) dana od dana dostave ovog rješenja.

6. Ovo rješenje bit će objavljeno u "Narodnim novinama".

Obrazloženje

I. Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja (dalje: Agencija) raspolagala je saznanjima iz kojih je proizlazilo da je poduzetnik Lura pića d.o.o. sklopio ugovor s inozemnim poduzetnikom Pepsi Co Inc., temeljem kojeg se poduzetniku Lura pića d.o.o. daje ekskluzivno pravo punjenja, prodaje i distribucije bezalkoholnih pića robnih marki Pepsi, Pepsi Max i Mirinda za područje Republike Hrvatske, izuzev istočnog dijela.

Slijedom iznijetog, ravnatelj Agencije je 13. svibnja 2002., sukladno članku 33. stavku 2. ZZTN, pokrenuo po službenoj dužnosti postupak u ovom predmetu, odnosno pozvao poduzetnika Lura pića d.o.o. na dostavu rečenog ugovora.

Riječ je o ugovoru koji spada u grupu ugovora iz članka 11. stavka 1. ZZTN, kojeg ugovorne strane temeljem članka 12. ZZTN, moraju obvezno dostaviti Agenciji na ocjenu sukladnosti njegovih odredbi s odredbama ZZTN, i to u roku od trideset (30) dana od dana sklapanja.

Poduzetnik Lura pića d.o.o., zastupan po direktoru Marijanu Kosu, dostavio je podneskom od 28. svibnja 2002. predmetni Ugovor sa pripadajućim prilogima koji čine jedinstvenu pravnu cjelinu.

Ujedno je dostavljen i ugovor koji je poduzetnik Lura pića d.o.o. sklopio 1. lipnja 2001. s poduzetnikom Seven- Up International.

Uvidom u odredbe predmetnih Ugovora utvrđeno je da je riječ o dva ugovora sklopljenih istoga dana, tj. 1. lipnja 2001., pod istim nazivom "Ovlaštenje za ekskluzivno pravo punjenja", između poduzetnika Lura pića d.o.o. i poduzetnika Pepsi Co Inc., odnosno poduzetnika Seven- Up International.

Rečenim ugovorima poduzetniku Lura pića d.o.o. daje se ekskluzivno pravo punjenja, prodaje i distribucije pića pod zaštitnim znakom Pepsi, Pepsi Max i Mirinda (ugovor s Pepsi Co Inc.) odnosno pića pod zaštitnim znakom Seven -Up (ugovor sa Seven- Up International) i to isključivo unutar teritorija Republike Hrvatske, osim područja grada Osijeka.

Uvidom u predmetne Ugovore i pripadajuće priloge ugovora označene kao prilog A,B,C,D i E, odnosno u Pismu o ispunjenju franšize, te u Sporazumu o suradničkom marketingu i reklamiranju koji zajedno čine jedinstvenu pravnu cjelinu, Agencija je utvrdila da je u konkretnom slučaju riječ o ugovorima koji imaju obilježja karakteristična za više ugovora iz članka 11. stavka 1. ZZTN, i to ugovora o franchisingu, odnosno ugovora o isključivoj distribuciji te da sadrže identične odredbe.

Poduzetnik Lura d.o.o. sklopio je predmetne Ugovore na razdoblje od pet (5) godina koje se može automatski produljiti za daljnjih pet (5) godina.

S obzirom da je u konkretnom slučaju riječ o pravima i obvezama stranaka koje se temelje na istome činjeničnom stanju i na istoj pravnoj osnovi, te da je za ocjenu oba ugovora stvarno nadležna ova Agencija, 18. listopada 2002., pod poslovnim brojem, klasa: UP/I 030-02/2001-01/58, urbroj: 580-02-02-21-5, sukladno odredbi članka 127. stavka 1. i 3 Zakona o općem upravnom postupku ("Narodne novine", broj 53/91 i 103/96) donesen je zaključak o spajanju postupaka, te se nadalje vodio jedinstveni postupak ocjene oba predmetna ugovora pod rečenim brojem klase.

II. Postupak ocjene predmetnih Ugovora proveden je radi utvrđivanja sukladnosti istih s odredbama ZZTN, odnosno radi utvrđivanja je li u ovom slučaju riječ o zabranjenom sporazumu iz članka 7. stavka 1. ZZTN.

Budući da je tržišno natjecanje u Republici Hrvatskoj uređeno ZZTN odnosno Pravilnikom o načinu vođenja upisnika o koncentracijama ("Narodne novine", broj: 30/97) te da nema podzakonskih akata kojima se detaljno uređuje način ocjene tzv. vertikalnih sporazuma, u konkretnom slučaju ugovora s elementima sporazuma o franchisingu odnosno isključivoj distribuciji, Agencija je u postupku primjenjivala kriterije i standarde komparativnog prava Europske unije o ocjeni vertikalnih sporazuma, a koji su bili na snazi u vrijeme sklapanja predmetnih ugovora.

Agencija primjenu ovih pravila temelji na odredbi članka 70. stavka 2. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Europske zajednice i njihovih država članica i Republike Hrvatske, sklopljenog 29. listopada 2001. ("Narodne novine"- Međunarodni sporazumi, broj 14/01; dalje: SSP) odnosno Privremenog sporazuma sklopljenog istog dana koji je stupio na snagu 1. siječnja 2002, kojim je uređeno da će se svako

ponašanje suprotno pravilima tržišnog natjecanja ocjenjivati na temelju kriterija koji proizlaze iz primjene pravila o tržišnom natjecanju u Zajednici, posebice članaka 81., 82., 86. i 87. Ugovora o osnivanju Europske zajednice i instrumenata za tumačenje koje su usvojile njezine institucije.

Sukladno gore navedenom, Agencija je pored ZZTN koristila kriterije i standarde Uredbe komisije (EZ) broj 2790/1999 od 22. prosinca 1999. o primjeni članka 81(3) Ugovora na kategorije vertikalnih sporazuma i usklađeno djelovanje (dalje: Uredba).

Naime, vertikalnim sporazumima smatraju se sporazumi ili usklađeno djelovanje između dviju ili više ugovornih strana, od kojih svaka radi ispunjenja svrhe ugovora djeluje na različitoj razini proizvodnog ili distribucijskog lanca, te kojima se određuju uvjeti pod kojim ugovorne strane mogu kupovati, prodavati ili preprodavati određene robe ili usluge (npr. ugovor o isključivoj distribuciji, ugovor o selektivnoj distribuciji, ugovor o isključivoj kupnji i ugovor o franchisingu).

Slijedom toga, a primjenjujući sve navedene kriterije, Agencija je odredbe članka 1. točka c) i članka 20. točka b) u oba predmetna ugovora navedena u točki 1. i točki 2. izreke ovog rješenja, ocijenila kao odredbe iz članka 7. stavka 1. točka 2. ZZTN kojima se ograničava tržišno natjecanje.

Naime, smatrala je da je riječ o ugovornim odredbama kojima se među poduzetnicima dijeli tržište s obzirom na teritorij i s obzirom na grupu kupaca kao što je navedeno u odredbi članka 7. stavka 1. točka 2. ZZTN, te su takve odredbe ex lege ništave sukladno odredbi članka 7. stavka 2. ZZTN.

Odredba članka 1. točka c) ugovora navedenih u točki 1. i 2. izreke ovog rješenja, uređuje da će punitelj (Lura pića d.o.o.) puniti, prodavati, distribuirati pića samo za konačnu preprodaju potrošačima na teritoriju, time da punitelj razumije i suglasan je da neće ni pod kojim okolnostima, izravno ili neizravno, prodavati ili distribuirati pića potrošačima izvan svog teritorija kad zna ili je trebao znati da su pića kupljena za preprodaju ili distribuciju izvan teritorija.

Pored navedenog, odredba članka 20. točka b) u ugovorima navedenim u točki 1. i 2. izreke ovog rješenja, uređuje uvođenje ugovorne kazne za slučaj da punitelj (Lura pića d.o.o.) prekrši navedenu odredbu članka 1. točka c).

Naime, dioba tržišta na način da se distributerima zabranjuje i neizravna (tzv. pasivna) prodaja ili distribucija pića potrošačima izvan ugovorenog područja isključive distribucije dovodi do stvaranja apsolutne teritorijalne zaštite pojedinih distributera, što predstavlja osobito težak oblik ograničavanja slobodnog tržišnog natjecanja.

Ovako formulirane odredbe ugovora mogu dovesti do podjele tržišta među distributerima, pogotovo uzevši u obzir činjenicu da u Republici Hrvatskoj, na teritoriju grada Osijeka postoji i drugi distributer ugovorenih proizvoda.

Ovako postupanje može imati za posljedicu stvaranje monopolističkog položaja za isključivog distributera i to s obzirom na dodijeljeno područje isključive distribucije, a

čime se krajnji kupci mogu dovesti u nepovoljan položaj jer nemaju alternativni izbor nabave proizvoda izvan teritorija određenog ugovorom. Osim toga, apsolutna teritorijalna zaštita omogućuje isključivom distributeru prodaju robe pod diskriminativnim uvjetima, uključivši i prekomjerno visoke cijene.

Agencija također u posebnom postupku pod poslovnim brojem, klasa:UP/I 030-02/2002-01/99 ocjenjuje sukladnost odredbi ugovora tog distributera s poduzetnicima Pepsi Co. Inc. i Seven- Up International.

U konkretnom slučaju riječ je o teškom ograničenju slobodnog tržišnog natjecanja, koje je zabranjeno samo po sebi (per se), odnosno o određenoj vrsti teritorijalne zaštite (i to pasivne) koji sporazumi ne smiju sadržavati bez obzira na tržišni udjel poduzetnika.

Stoga se Agencija nije upuštala u detaljne analize tržišnog položaja poduzetnika potpisnika sporazuma sukladno članku 8. ZZTN, pa takve sporazume nije mogla izuzeti niti u smislu članka 9. odnosno 10. ZZTN.

Međutim, u smislu odredaba ZZTN i komparativnog prava Europske unije dopušteno je dobavljaču u konkretnom slučaju poduzetnicima Pepsi Co Inc. i Seven- Up International da distributera (poduzetnika Lura pića d.o.o.) ugovorno ograničava samo u odnosu na aktivnu promociju prodaje ugovorenog proizvoda izvan ugovorenog teritorija.

Slijedom iznijetoga, u nastavku se obrazlaže pojam tzv. aktivne (dopušteno ugovorno ograničenje), odnosno pasivne prodaje (zabranjeno ugovorno ograničenje).

Aktivnom prodajom se smatra aktivno pristupanje pojedinim kupcima ili određenoj grupi kupaca koji se nalaze na isključivom teritoriju drugog distributera (npr. posjećivanje, poštom, oglašavanjem putem medija ili drugih sredstava javnog priopćavanja ciljanih isključivo na te kupce ili grupu kupaca na tom teritoriju). Također aktivnom prodajom se smatra i slanje elektronske pošte koja se šalje pojedinim kupcima ili određenim grupama kupaca koji se nalaze na isključivom teritoriju drugog distributera.

Aktivna prodaja je također i osnivanje podružnice ili skladišta na isključivom teritoriju drugog distributera.

Pasivnom prodajom se smatra ispunjavanje pojedinačnih zahtjeva kupaca, uključujući dostavu robe ili usluga.

Pasivna prodaja je ujedno i općenito reklamiranje ili oglašavanje u medijima ili na Internetu. Činjenica da takvo oglašavanje dopire izvan nečijeg teritorija ili određene grupe kupaca, rezultat je tehnologije odnosno jednostavnosti pristupa, te je stoga ono dopušteno, jer se smatra razumnim načinom pristupanja tim kupcima ili grupama kupaca.

Također, ako kupac samoinicijativno posjeti web stranicu distributera, te uspostavi kontakt koji dovede do konačne prodaje i dostave, tada se i to smatra pasivnom prodajom.

Iz svega navedenog, a nakon uvida u sadržaj spornih odredbi predmetnih ugovora proizlazi da je u konkretnom slučaju ugovorena i neizravna odnosno pasivna teritorijalna zaštita distributera (poduzetnika Lura pića d.o.o.).

III. Razmatrajući ovaj predmet, Savjet za zaštitu tržišnog natjecanja kao savjetodavno tijelo Agencije, sukladno ovlastima iz članka 30. stavka 2. točka 1. ZZTN, (dalje: Savjet) je na 61. sjednici održanoj 27. lipnja 2002. i na 64. sjednici održanoj 22. listopada 2002., ocjenjivao sukladnost odredbi predmetnih ugovora s odredbama ZZTN.

Između dvije sjednice Savjeta podneskom od 9. listopada 2002., poduzetnik Lura pića d.o.o. se pisano očitovao o razlozima ugovaranja odredbi navedenih u točki 1. i točki 2. izreke ovog rješenja.

U rečenom očitovanju u bitnom je istaknuto da se pojam ekskluzivnosti odnosi samo na proizvodnju dok se u dijelu koji se odnosi na distribuciju i prodaju, navedena prava trebaju tumačiti kao obveza na sustezanje od aktivne prodaje drugog distributera na "teritoriju" druge punionice, dok se "pasivna prodaja" ni na koji način ne onemogućava.

Pored navedenog poduzetnik Lura pića d.o.o. se pisano očitovao da je voljan izmijeniti odredbe članka 1. točka c) i članka 20. točka b) predmetnih ugovora ako Agencija unatoč njegovom tumačenju ocijeni iste spornim u bilo kojem dijelu.

Uvidom u predmetne ugovore i pisano očitovanje poduzetnika Lura pića d.o.o. Savjet je na 64. sjednici od 22. listopada 2002., sukladno odredbi članka 30. stavka 2. točka 1. i stavka 3. ZZTN donio zaključak da se odredbe članka 1. točka c) i članka 20. točka b) predmetnih ugovora navedenih u točki 1. i 2. izreke ovog rješenja utvrde ništavim, sukladno članku 7. stavku 1. točki 2. i stavku 2. ZZTN.

Ovo iz razloga jer je navednim odredbama predmetnih ugovora iz točke 1. i 2. izreke ovog rješenja ugovorena i pasivna teritorijalna zaštita što je per se zabranjeno u pravu konkurencije, kao što je i propisano člankom 7. stavkom 1. točkom 2. ZZTN. Stoga su navedene odredbe ex lege ništave sukladno članku 7. stavku 2. ZZTN.

IV. Budući da su odredbe predmetnih ugovora iz točke 1. i točke 2. izreke ovog rješenja utvrđene ništavim, sukladno odredbi članka 35. stavka 2. ZZTN, nalaže se poduzetniku Lura pića d.o.o. da ništave odredbe briše i u roku od trideset (30) dana od dostave ovog rješenja Agenciji dostavi dokaz o izvršenju navedenog naloga.

Slijedom navedenoga, odlučeno je kao u točki 3. izreke ovog rješenja.

Pored navedenog, za slučaj da poduzetnik Lura pića d.o.o. sklopi nove anekse predmetnih ugovora ili sklopi nove ugovore, obavezan je iste dostaviti Agenciji na ocjenu sukladnosti njihovih odredbi s odredbama ZZTN, i to u roku od trideset (30) dana od dana sklapanja.

Slijedom iznijetoga, odlučeno je kao u točki 4. izreke ovog rješenja.

Budući da je ovo rješenje konačno u upravnom postupku, nepostupanje po ovom rješenju imat će za posljedicu poduzimanje radnji radi primjene odredbe članka 40. stavka 1. točke 1. i 4. ZZTN na ugovorne strane, te primjene odredbe članka 40. stavka 2. ZZTN na njihove odgovorne osobe.

V. U skladu s odredbom članka 14. tarifni broj 106. točka 3. i tarifni broj 107. točka 2. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim pritojbama ("Narodne novine", broj: 131/97), a u svezi s odredbom članka 2. stavka 1. Zakona o upravnim pritojbama ("Narodne novine", broj: 8/96) poduzetnik Lura pića d.o.o. je obveznik plaćanja upravne pritojbe u ukupnom iznosu od 55.000,00 kuna, i to:

a) Upravna pritojba na prijavu ocjene sporazuma poduzetnika (tarifni broj 106. točka 3. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim pritojbama) iznosi 5.000,00 kuna.

b) Upravna pritojba za rješenje o ocjeni sporazuma poduzetnika iz članka 10 i 11. ZZTN u iznosu od dva (2) posto od procijenjene vrijednosti sporazuma, sukladno članku 1. stavku 2. Uredbe o izmjeni tarife Zakona o upravnim pritojbama, iznosi 50.000,00 kuna.

Slijedom toga, valjalo je odlučiti kao u točki 5. izreke ovog rješenja.

Navedeni iznos upravne pritojbe uplaćuje se u korist Državnog proračuna na broj: 1001005-1863000160, u "poziv na broj odobrenja" upisati u pretpolje model "24", a u polje podatak prvi 5002-MB poduzetnika. Iznos upravne pritojbe poduzetnik Lura pića d.o.o., dužan je uplatiti u roku od osam (8) dana od dostave ovog rješenja, a dokaz o izvršenju uplate dužan je dostaviti Agenciji u roku od osam (8) dana od dana plaćanja iste. U protivnom, Agencija će po proteku ovog roka, nadležnoj Poreznoj upravi podnijeti zahtjev za prisilnu naplatu upravne pritojbe od rečenog pritojbenog obveznika.

V. Prema odredbi članka 37a. ZZTN, Agencija rješenja donesena prema odredbama članka 35. i članka 36. rečenog zakona objavljuje u "Narodnim novinama".

Slijedom toga, odlučeno je kao u točki 6. izreke ovog rješenja.

Uputa o pravnom lijeku

Ovo rješenje konačno je u upravnom postupku. Protiv ovog rješenja žalba nije dopuštena ali nezadovoljna stranka može pokrenuti upravni spor pred Upravnim sudom Republike Hrvatske u roku od trideset (30) dana od dostave ovog rješenja.

Ravnatelj

Voditelj postupka

mr. sc. Hrvoje Momčinović

Katarina Kunce Kern