



Република Србија
УПРАВНИ СУД
17 У. 2427/13
30.01.2014. године
Београд

У ИМЕ НАРОДА

Управни суд, у већу састављеном од судија: Душице Маринковић, председника већа, Биљане Шундерић и Радојке Маринковић, чланова већа, са судским саветником Снежаном Вујачић, као записничарем, одлучујући у управном спору по тужби тужиоца „S. В.- С. к.м.“ д.о.о., Б., ..., кога заступају пуномоћници Драган Карановић, Дејан Николић, Милош Вучковић, Растко Петаковић и Бојан Вучковић, адвокати из заједничке адвокатске канцеларије „Карановић – Николић адвокати“, Београд, Ул. Лепеничка број 7, против решења Комисије за заштиту конкуренције Републике Србије број 5/0-01-73/08-59 од 26.12.2008.године, у поступку злоупотребе доминантног положаја, у нејавној седници већа одржаној дана 30.01.2014.године, донео је

ПРЕСУДУ

Тужба **СЕ УВАЖАВА И ПОНИШТАВА** решење Комисије за заштиту конкуренције Републике Србије број 5/0-01-73/08-59 од 26.12.2008.године.

Образложење

Оспореним решењем, у ставу првом утврђено је да тужилац има доминантан положај на утврђеном релевантном тржишту пружања услуге дистрибуције телевизијских програма путем DTH технологије националним, покрајинском и емитерима за регион Београда, на територији Републике Србије. Ставом два утврђено је да је тужилац злоупотребио доминантан положај на утврђеном релевантном тржишту закључивањем уговора са националним, покрајинским и емитерима за регион Београда и то: ТВ Пинк, ТВ Авала, ТВ Фокс, ТВ Кошава и Хепи ТВ, Супер ТВ, ТВ Метрополис,

Ентер ТВ, Сос канал и ТВ Студио Б, којима се утврђује искључиво право дистрибуције телевизијских програма путем DTH технологије што је за последицу имало спречавање и ограничавање конкуренције на утврђеном релевантном тржишту, односно ограничавање тржишта и техничког развоја на штету потрошача. У ставу трећем диспозитива оспореног решења наложено је тужиоцу да са емитерима из става два диспозитива, са којима је закључио уговоре којима се утврђује искључиво право дистрибуције телевизијских програма путем DTH технологије, закључи Анекс уговора којим ће се извршити измена уговора, тако што ће се утврдити да право на дистрибуцију телевизијског програма путем DTH технологије није искључиво и брисати одредба уговора којом се, у случају отказа уговора од стране емитера, искључује његово право да у одређеном периоду од дана ступања на снагу отказа уговора закључи исти или сличан уговор са трећим лицима и на било који начин дозволи трећим лицима дистрибуцију свог телевизијског програма преко сателита, у року од 15 дана од дана пријема овог решења, док је у ставу четвртом диспозитива истог решења, наложено тужиоцу да Комисији за заштиту конкуренције достави доказ о извршењу налога из става трећег овог диспозитива, са роком од 5 дана од дана извршења овог решења.

У тужби, која је достављена Врховном суду Србије у Београду дана 18.02.2009.године, тужилац, преко пуномоћника, оспорава законитост решења туженог органа са свих законом прописаних разлога. У том смислу истиче да оспорено решење није донето у законом прописаном року, као ни у разумном року. Истиче да је Комисија оспорено решење донела по протеку рока од 6 месеци, чиме је повредила одредбу члана 66. став 1. тачка 2. Закона о заштити конкуренције. Да супротно одредбама чл. 9. и 133. став 3. Закона о општем управном поступку које се примењују сагласно члану 52. Закона о заштити конкуренције, није омогућила тужиоцу да се изјасни о свим чињеницама и околностима од значаја за доношење решења, као и то да је чињенично стање погрешно и непотпуно утврђено, а из утврђених чињеница изведени неправилни закључци како у погледу релевантног тржишта, тако и у погледу тужиочевог доминантног положаја на тржишту и злоупотребе истог. Истиче такође, да је Комисија у поступку који је претходио доношењу оспореног решења пропустила да изведе доказ вештачењем, иако се ради о поступку који се односи на такозвану DTH платформу путем које тужилац омогућава пренос ТВ сигнала од емитера (ТВ станица) до крајњих корисника (гледалаца), путем сателитских комуникација, чије разумевање захтева нарочита стручна знања којима Комисија не располаже. Комисија се једино, у циљу расветљавања одређених чињеница, обратила Републичкој радиодифузној

агенцији и Републичкој агенцији за телекомуникације, али је таквим поступањем ускратила тужиоцу право да поставља питања у вези са датим стручним налазом. Надаље указује на противуречне дописе ТВ Метрополис и њихов различит садржај, па у том смислу истиче да како су сазнања до којих је Комисија дошла на основу тих дописа, пре свега првог дописа, била једини разлог за покретање поступка против тужиоца, а како је основаност тих сазнања доведена у питање још на самом почетку поступка накнадним дописима другачије садржине, било је за очекивати да се околности у вези са предметним дописима посебно расветле и извођењем других доказа – саслушањем сведока, усменом расправом и сл. Указује такође на противречност доказа у списима у погледу несагласности изјаве ТВ Метрополис и дописа Републичке радио-дифузне агенције, са констатацијом Комисије да 20% од укупног броја корисника услуге дистрибуције ТВ програма путем DTH технологије чине корисници са подручја Београда, високо урбанизованог подручја и наводи решења по којима се са аспекта корисника, пружање услуге примењује у ситуацијама у којима није могуће пружање кабловске дистрибуције. Наводи да је Комисија погрешно утврдила и чињеницу да је услуга дистрибуције ТВ програма путем DTH технологије јединствена и незаменљива, јер се из дописа РРА може закључити супротно да су дистрибуција програма путем кабловске мреже и путем DTH технологије само различити видови јединствене услуге. Због погрешног закључка о незаменљивости услуге DTH, погрешно је утврђено релевантно тржиште услуга, а при томе је цењена само заменљивост DTH услуге кабловском мрежом, а не и осталим начинима дистрибуције ТВ програма. Указује да нису утврђивани супститути услузи и да је донет произвољан закључак при утврђивању да најчешће не долази до преклапања ова два начина дистрибуције, а које чињенице су од битног утицаја за одређивање релевантног тржишта у складу са чланом 6. Закона о заштити конкуренције и Уредбом о критеријумима за утврђивање релевантног тржишта. Истиче да су неправилно изведени и закључци тужене, у смислу да тужилац има доминантан положај на релевантном тржишту управо зато што је правилно дефинисање релевантног тржишта предуслов за утврђивање чињенице постојања доминантног положаја, у смислу чл. 16. Закона о заштити конкуренције. Наводи да је Комисија пропустила да примени „тест малог, али значајног и трајнијег повећања цена од стране претпостављеног монополисте“, без чега није могла да утврди релативно тржиште и да је нејасно одредила да ли су корисници услуга емитери или трајни потрошачи, а ако није познато коме се нека услуга пружа такво тржиште није ни подобно за утврђивање. Сматра да релативно географско тржиште такође није правилно утврђено, поготову што по налажењу Комисије, не постоји заменљивост кабловске и DTH дистрибуције, па је требало утврдити

географско подручје где постоји могућност замене, као и оно географско подручје где та могућност не постоји. Истиче да Комисија није правилно утврдила тужиочев доминантан положај на тржишту јер није ни утврђивала да ли тужилац може да послује независно од других учесника на тржишту, нити да ли може да доноси пословне одлуке не водећи рачуна у пословним одлукама других учесника на тржишту, у смислу одредбе члана 16. став 1. Закона о заштити конкуренције, а у смислу одредаба истог члана ст. 2. до 5. није утврђивала тржишни удео тужиоца, због чега није ни могла извести закључак о доминантном положају. Надаље указује да је Комисија, као злоупотребу доминантног положаја, описала понашање тужиоца у погледу закључивања уговора са ексклузивним правом дистрибуције у оквиру DTH платформе и да таквим уговорима тужилац ограничава тржиште, јер други дистрибутери не могу да закључе сличне уговоре што је нетачно и произвољно јер је ексклузивност у областима ауторског садржаја допуштена и законита, те да ексклузивност DTH платформе не узрокује сама по себи ограничавање тржишта, будући да су сви остали модели искључени из клаузуле ексклузивности, да ексклузивност као концепт омогућава већу покривеност сигналом, бољу доступност производа и боље услуге за крајње потрошаче, те да је уговорена ексклузивност у складу са основним принципима тржишне утакмице, при чему није утврђено да је тужилац био доминантан на тржишту када је извршио наводну радњу злоупотребе. Такође истиче да мере које је Комисија изрекла тужиоцу је правно немогуће спровести јер сваки уговор представља двострани правни посао за чије је закључење потребна сагласност обе уговорне стране. Како би предложеним анексима били измењени постојећи уговори, то би сами анекси у правном смислу били нови уговори, због чега би као и код свих осталих двостраних уговора за њихово закључење била неопходна сагласност воља обе уговорне стране, са којих разлога тужилац, као само једна уговорна страна у предметним уговорним односима, не би могао да изврши радњу закључења уговора, односно анекса уговора. Како са наведених разлога налази да је оспореним решењем повређен закон на штету тужиоца предлаже да суд тужбу уважи и поништи оспорено решење.

У свом одговору на тужбу, коју је 20.03.2009.године тужени доставио Врховном суду Србије, тужени орган је остао у свему при разлозима датим у образложењу оспореног решења. Детаљно се изјашњавајући на поједине наводе тужбе тужени је предложио да се тужба одбије као неоснована.

Управном суду су дана 01.01.2010.године, на основу члана 89. и 90. став 1.

Закона о уређењу судова („Службени гласник РС“, бр. 116/08 и 104/09), уступљени предмети Врховног суда Србије и окружних судова у којима до 31.12.2009.године није донета коначна одлука, међу којима и предмет тужиоца заведен код Врховног суда Србије под бројем У.1168/09, а за који је надлежан Управни суд, сагласно члану 29. став 1. истог закона.

Решавајући овај управни спор на основу чињеница утврђених у управном поступку, у смислу члана 38. став 1. Закона о управним споровима („Службени лист СРЈ“, број 46/96), који се у овом случају примењује према одредби члана 77. став 1. Закона о управним споровима („Службени гласник РС“, број 111/09), и испитујући законитост оспореног решења у границама захтева из тужбе у складу са чланом 39. став 1. истог закона, Управни суд је, оценом навода тужбе, одговора на тужбу и списка предмета ове управне ствари, нашао да је тужба неоснована па је исту одбио пресудом 11 У.7256/10 (2009) од 07.07.2011.године.

Врховни касациони суд је одлучујући по захтеву „S.B.-C.k.m.“ д.о.о. Б. за преиспитивање пресуде Управног суда 11 У.7256/10 (2009) од 07.07.2011.године, донео пресуду Узп 458/11 од 26.12.2012.године, којом се захтев подносиоца захтева уважава и укида пресуда Управног суда 11 У.7256/10 (2009) од 07.07.2011.године и предмет враћа Управном суду на поновно одлучивање.

У образложењу пресуде Врховног касационог суда изнета је оцена да су основани наводи захтева да је Управни суд битно повредио правила поступка и то повредом права подносиоца на правично суђење, односно на образложену судску одлуку и ефикасан правни лек, јер је у образложењу те пресуде у потпуности прихватио разлоге оспореног решења који се тужбом детаљно оспоравају и у погледу чињеничног стања и у погледу примене материјалног права. У том смислу Врховни касациони суд је нашао да је наводима за преиспитивање пресуде, а који су били и наводи истицани у тужби против оспореног решења, подносилац захтева довео у сумњу правилност спроведеног поступка и законитост оспореног решења па у вези са тим и правилност одлуке Управног суда. У том смислу Врховни касациони суд налази да је у проведеном управно-судском поступку, Управни суд био дужан, а што није учинио, да пажљиво оцени наводе тужбе који су се пре свега односили на навод тужиоца да Комисија за заштиту конкуренције није у смислу члана 6. Закона о заштити конкуренције правилно утврдила шта представља релевантно тржиште; да је погрешно

утврдила да је услуга дистрибуције ТВ програма путем DTH технологије посебна и незамењива; да се из дописа РРА може закључити да су дистрибуција програма путем кабловске мреже и путем DTH технологије само различити видови јединствене услуге; да је због погрешног закључка о незамењивости услуге DTH технологијом погрешно утврђено релевантно тржиште услуга, при чему је цењена само замењивост DTH услуге кабловском мрежом а не и осталим начинима дистрибуције ТВ програма; да се из оспореног решења не може закључити да ли су корисници услуга емитери са којима су закључени уговори о дистрибуцији или крајњи потрошачи тих услуга, те да ако није познато коме се нека услуга пружа такво тржиште није подобно утврђивању. Поред наведених навода тужбе, Врховни касациони суд је утврдио да у поступку пред Управним судом нису оцењени ни наводи којима је оспоравана правилност утврђивања релевантног географског тржишта. Да у истом поступку нису оцењени ни наводи тужбе који се односе на неправилну примену Уредбе о критеријумима за утврђивање релевантног тржишта, која је донета управо ради спровођења Закона о заштити конкуренције. Са свих напред наведених разлога, Врховни касациони суд је нашао да су побијаном пресудом Управног суда повређена правила поступка која су од утицаја на решење ове правне ствари па је на основу члана 55. став 3. Закона о управним споровима донео одлуку као у диспозитиву пресуде Узп 458/11 од 26.12.2012.године.

Након добијања наведене пресуде Врховног касационог суда, Управни суд је исту доставио туженом са налогом за давање одговора на тужбу и доставу списка.

У одговору на тужбу тужени је, имајући у виду и оцене Врховног касационог суда дао детаљне разлоге у вези са одлуком из оспореног решења. Наводи одговора односили су се пре свега на наводе тужиоца којима се указивало на повреде правила управног поступка, указујући у том смислу да протеком рока од 6 месеци тужена није повредила законски – преклузивни рок; да је одуговлачењу поступка допринео и сам тужилац тражећи честа одлагања за поједине радње; као и то да нису основани наводи у вези са повредом одредбе члана 133. Закона о општем управном поступку јер је тужиоцу све време омогућено учешће у поступку при чему му је и посебним поднеском од 03.12.2008.године, достављен позив да се изјасни на све чињенице које су утврђене у поступку пред туженом, а коју могућност тужилац није искористио. Оспорава тачност тврдње тужиоца да је тужена нестручна да правилно процењује захтеве DTH платформе и могућност њене заменљивости истичући да је Комисија у више наврата тражила и добијала одређене податке у вези са DTH

технологијом од надлежних регулаторних тела које несумњиво познају материју чијим се регулисањем баве и у том смислу поседују потребно стручно знање. Оспоравају значај дописа ТВ Метрополис-а, на које се тужилац позива, означавајући их као сумљиве и контрадикторне, па у том смислу кажу да ти дописи нису ни узети у обзир као докази нити је на њима засновано оспорено решење, са којих разлога тим решењем нису посебно ни образлагани. Даље, детаљно образлаже зашто прихвата допис РРА као доказ да се ради о незаменљивој услузи и зашто је Уредбу о критеријумима за утврђивање релевантног тржишта применио на начин како је изнето у образложењу оспореног решења, закључујући да је Комисија након спроведеног поступка несумњиво утврдила да предметна услуга по својим особинама нема супститут, односно већ код првог – основног параметра утврђено је да је супституција тражње немогућа, при чему тужена није могла да разматра заменљивост са IPTV технологијом, јер она у моменту покретања и вођења поступка није била присутна на релевантном тржишту. У наставку детаљно образлаже зашто сматра да тужилац има доминантан положај, којим радњама је извршена злоупотреба положаја и на који начин је то у поступку утврђено. На крају напомиње да се ради о тржишту у развоју, односно релативно новој технологији на територији Републике Србије, због чега је потребно обезбедити равноправне услове не само за постојеће него и за нове учеснике. Како са наведених и других њима у вези разлога ближе означених у одговору на тужбу налази да је оспорено решење правилно и на закону засновано предлаже да суд тужбу одбије као неосновану.

Поступајући у извршењу пресуде Врховног касационог суда, оценом навода тужбе, одговора на тужбу и списка предмета ове управне ствари, Управни суд је нашао да је тужба основана.

Наиме, из образложења оспореног решења произлази да је тужена, а након спроведеног поступка покренутог по службеној дужности, несумњиво утврдила да је тужилац, користећи се својим доминантним положајем на тржишту, злоупотребио тај положај средствима која спречавају нормалну конкуренцију, јер је друге – постојеће и потенцијалне учеснике на тржишту онемогућио да закључују уговоре о емитовању ТВ програма путем DTH технологије, на тај начин што је уговорио ексклузивитет емитовања са телевизијама, са којих разлога му је правилно наложено да предузме мере наведене у ставу трећем оспореног решења, а којима се успоставља конкуренција на релевантном тржишту и отклањају штетне последице доминантног положаја. Из образложења такође произлази да је тужена, на основу

изведених доказа, а поготово прибављених дописа РРА и РАТЕЛ-а, као тела стручних у области телекомуникација, правилно утврдила да је услуга дистрибуције ДТН технологијом посебна, односно незаменљива дистрибуцијом путем кабловске мреже, те да се из дописа РРА јасно може закључити да РРА изједначава обе услуге дистрибуције само утолико што и једну и другу сматра затвореном дистрибуцијом за одређени број корисника. Доминантан положај тужиоца на утврђеном релевантном тржишту утврђен је на основу садржаја пакета који му омогућава да буде једини учесник на овом тржишту са јединственом понудом која укључује и телевизије – емитере са националном фреквенцијом, покрајинског и емитере за територију града Београда, а који положај је тужилац, уговарањем ексклузивитета емитовања злоупотребио. Код напред утврђеног тужена је, позивајући се на одредбе чл. 16. став 1. и чл. 18. тачка 2. Закона о заштити конкуренције донела одлуку као у диспозитиву оспореног решења.

Међутим, основано се по оцени суда, наводима тужбе доводи у сумњу чињенично стање утврђено у управном поступку и законитост оспореног решења. Наиме, увидом у списе предмета суд је утврдио да је у поступку који је претходио доношењу оспореног решења тужена у више наврата позивала тужиоца да узме учешће у поступку или да достави тражене изјаве (позиви од 07.02.2008; 24.03.2008; 27.03.2008; 04.04.2008; 03.12.2008.), у вези са којим позивима се тужилац, у одређеном броју случајева одазивао и по истима поступао (у списима се налази Записник о давању изјаве овлашћеног заступника тужиоца пред туженом од 24.04.2008.године), а у одређеним случајевима тражио је одлагање за поступања, односно продужетак рокова о чему у списима такође постоје докази. У вези са позивом тужене од 03.12.2008.године, којим се тужилац позива да се изјасни о чињеницама које су утврђене у поступку пред Комисијом, постоји одговор тужиоца од 11.12.2008.године у коме се изјашњава да нису у могућности да се изјасне на чињенице изнете у допису тужене због суштинских и формалних пропуста учињених током поступка. Код напред наведеног, суд налази да су неосновани наводи тужбе да тужиоцу није омогућено учешће у поступку и дата прилика да се изјасни о доказима којима је тужена располагала и околностима које су, по оцени тужиоца, од утицаја на донету одлуку, те да у том смислу није учињена повреда члана 9. а у вези са чланом 133. Закона о општем управном поступку, на коју повреду тужилац указује.

Међутим, увидом у оспорено решење, списе предмета и доказе на које се тужена позива, суд је утврдио да се, имајући у виду значај правилног утврђивања релевантног тржишта производа, тужена обратила РРА и РАТЕЛУ са захтевом за достављање података

који се односе на дефинисање дистрибуције ТВ програма путем DTH технологије, и који докази су коришћени ради утврђивања релевантног тржишта и утврђивања замењивости услуге дистрибуције ТВ програма путем ове технологије и путем кабловске дистрибутивне мреже. Из доказа који се у списима налазе (допис РРА-У-1148/08 од 16.06.2008; допис РАТЕЛ-а од 26.12.2007. и допис РАТЕЛ-а број 1-03-345-376 од 02.07.2008.године), не произлази јасан и недвосмислен закључак тужене да је услуга коју тужилац пружа незаменљива, при чему није оцењена ни примедба тужиоца да приликом утврђивања релевантног тржишта производа дистрибуције ТВ програма није разматрана заменљивост услуга дистрибуције ТВ програма путем неколико различитих али потенцијално заменљивих дистрибутивних система и то: кабловске мреже, класичним сателитским путем, путем DTH технологије и сл. Осим тога, разлози које у вези са тим наводима даје тужена нису довољни и не упућују-несумњиво, на решење какво је дато у диспозитиву одлуке. Ово стога што се из наведених дописа, а на које се тужена позива у образложењу оспореног решења, не може поуздано утврдити да се у конкретном случају ради о незаменљивој услузи која чињеница је од битног утицаја на правилно одређивање релевантног тржишта, па у вези са тим и правилно примењених критеријума за утврђивање постојања доминантног положаја. Других доказа у вези са наведеним у списима нема, на основу чега суд закључује да је уведеном поступку повређена одредба члана 8. а у вези са чланом 192. став 1. Закона о општем управном поступку, у погледу правилно утврђеног чињеничног стања и одредба члана 199. став 2. истог закона, у погледу садржаја образложења оспореног решења. Осим наведеног, у образложењу оспореног решења нису дати ни јасни разлози у вези са тврдњом тужене да је тужилац својим радњама, описаним у образложењу оспореног решења – у погледу закључивања предметних уговора, злоупотребио доминантан положај на тржишту. Ово стога што се у списима налази допис ТВ МЕТРОПОЛИС од 04.10.2007.године, заведен код тужене 09.10.2007.године, на који се тужена позива у образложењу свог решења као доказ на основу кога се дошло до уверења да постоји могућност да је тужилац извршио радњу злоупотребе доминантног положаја. Али се, у списима налазе и дописи пуномоћника истог правног лица од 02.04.2008.године и допис – изјава ректора MEGATREND универзитета (универзитет који је оснивач ТВ МЕТРОПОЛИС-а) од 16.04.2008.године, са супротним садржајем, који у образложењу оспореног решења нису оцењени нити је у образложењу тог решења наведено зашто нису од утицаја на одлуку тужене. Поред наведеног, у списима предмета налазе се и одговори других емитера-телевизија, из којих произлази да им је одлучујући разлог за закључивање уговора са тужиоцем био интерес да покрију већу територију, да омогуће бољи

квалитет и продуже сарадњу која траје дужи период и одвија се без проблема, уз указивање да у досадашњој пракси није било проблема ни при склапању оваквих аранжмана са другим оператерима на територијама где С.. не обавља дистрибуцију свог програма („НЕРРІ TV, од 05.08.2008.године и допис Супер ТВ од 29.07.2008.године).

Одговоре на нека од ових питања тужена је изнела у својим одговорима на тужбу, али то није од утицаја на другачију одлуку о овом предмету, с обзиром да се одговором на тужбу не могу допуњавати разлози из оспореног решења нити отклањати недостаци решења чија се законитост испитује у управном спору.

Код напред наведеног, суд налази да су у проведеном поступку учињене повреде правила поступка на које је указано овом пресудом, те да чињенично стање није правилно и поуздано утврђено, са којих разлога, за сада, суд није у могућности да оцени правилност примене материјалног права и у вези са тим правилност донете одлуке.

Са напред наведених разлога, налазећи да је оспореним решењем повређен закон на штету тужиоца, Управни суд је одлучио као у диспозитиву пресуде на основу одредбе члана 41. став 2. у вези са чланом 38. став 2. Закона о управним споровима (“Службени лист СРЈ”, број 46/96).

ПРЕСУЂЕНО У УПРАВНОМ СУДУ
дана 30.01.2014.године, 17 У. 2427/13

Записничар,
Снежана Вујачић,с.р.

Председник већа – судија,
Душица Маринковић,с.р.

За тачност отправка
Управитељ писарнице
Дејан Ђурић

ОИ