Ул. Св. Кирил и Методиј бр. 54 (6 ти кат), 1000 Скопје
Тел (02) 3298 666 Факс (02) 3296 466 www.kzk.gov.mk e-mail: kzk@kzk.gov.mk

ПП.Бр: 09-6/1

Комисијата за одлучување по прекршок при Комисијата за заштита на конкуренцијата составена од Чедомир Краљевски - претседател, Благој Чурлинов и Насер Жарку - членови, врз основа на член 28 став (2), член 30 став (1) и член 45 став (1) точка 1) од Законот за заштита на конкуренцијата („Службен весник на Република Македонија" бр. 145/10, 136/11, 41/14 и 53/16), постапувајќи по барањето за поведување на прекршочна постапка ПП бр.09-12/1 од 14.02.2017 година, поднесено од Друштво за сервисирање, трговија и услуги Нико Фон ДООЕЛ Скопје, со седиште на Бул. Јане Сандански бр.79 А-1/21, Скопје, застапувано од управител Никола Настески, преку полномошник Весна Трајчева, адвокат од Скопје против Македонски Телеком АД Скопје, со седиште на ул. 13 Ноември бр.6, 1000 Скопје, Република Македонија, застапувано од полномошник адвокат Татјана Поповски Булоски, Адвокатско друштво Поленак од Скопје, а заради утврдување на сторен прекршок од член 59 став (1) точка 1) од Законот за заштита на конкуренцијата, на седницата одржана на 11.01.2018 година, го донесе следното

Р Е Ш Е Н И Е

1. Се утврдува дека Македонски Телеком АД Скопје, со седиште на ул. 13 Ноември бр.6, 1000 Скопје, Република Македонија, ххх[1] застапувано од полномошник адвокат Татјана Поповски Булоски, Адвокатско друштво Поленак од Скопје, во периодот од 13.10.2009 година до 29.02.2016 година, искористувајќи ист траен однос, исти прилики или други слични околности го условувал склучувањето на Договорите за трговско застапување со Нико Фон, на начин што во Договорот за трговско застапување кој МТ ги склучил со Нико Фон на ден 13.10.2009 година заведен кај МТ под бр. 07-12732/1 од ден 24.09.2009 година и кај Нико Фон под бр. 39-09 од 13.10.2009 година, во Договорот за трговско застапување склучен на ден 09.10.2012 година заведен кај МТ под бр. 09-14837/1 од ден 08.10.2012 година и кај Нико Фон под бр. 0039/12 од ден 09.10.2012 година, а продолжен со Анекс кон договорот бр.14 заведен кај МТ под бр. 09-153533/1 од ден 30.07.2015 година и кај Нико Фон под бр. 00171/2015 од 14.09.2015 година, кои се применувал заклучно до ден 29.02.2016 година, на Нико Фон во три наврати му наметнувал прифаќање на дополнителни обврски и тоа:

- во член 3.5 ст. 3 каде е пропишано дека„ Продажбата на артиклите и услугите специфицирани во Пописот на производи ќе се врши исклучиво во согласност со важечкиот Ценовник и Попис на артикли утврдуван и доставуван од страна на ТММК, согласно утврденото во овој Договор и Анекс 6 кон Договорот" и

- во член 9 ст. 5, каде е пропишано дека „Застапникот е обврзан да ги продава артиклите по малопродажните цени дефинирани од страна на ТММК"

одредби со кои директно се фиксираат малопродажните цени на производите предмет на договорот што претставуваат ограничување на способноста на купувачот да одреди своја продажна цена и кои не смеат да бидат содржани во вертикалниот договор согласно член 5 став (1) точка а) од Уредбата за групно изземање на одредени видови вертикални договори,

и

- во членот 6 каде е утврдена обврска за забрана на конкуренција со која Нико Фон и неговите под-договорни партнери се обврзани од својата сопствена понуда на производи, во сите продажни места, да ги исклучат оние производи и опрема кои по вид, модел и марка се исти со производите и опремата која по основ на договорот Нико Фон ја продава за ТММК, што

[1] Податоците претставуваат деловна тајна

Ул. Св. Кирил и Методиј бр. 54 (6 ти кат), 1000 Скопје
Тел (02) 3298 666 Факс (02) 3296 466 www.kzk.gov.mk e-mail: kzk@kzk.gov.mk

претставуваат обврски кои не смеат да бидат содржани во вертикалниот договор согласно член 6 став (1) точка в) од Уредбата за групно изземање на одредени видови вертикални договори.

кои по својата природа или согласно со трговските обичаи не се во врска со предметот на договорот што претставува повеќекратно остварување на прекршок од член 59 став (1) точка 1) а во врска со член 7 став (1) точка 2) и 5) од Законот за заштита на конкуренцијата и член 28 став (1) од Законот за прекршоците („Службен весник на РМ" бр.124/15). **Забранетите одредбите од Договорот согласно член 7 став (2) од ЗЗК,** се ништовни, за што на сторителот Македонски Телеком АД Скопје, му се изрекува **санкција - глоба во износ од 1.801.194,оо денари, што претставува приближно xxx %** од вредноста на вкупниот годишен приход на Македонски Телеком АД Скопје остварен во 2016 година како последна деловна година, за која претпријатието има составена годишна сметка.

2. Глобата од точка 1) од ова решение сторителот на прекршокот е должен да ја плати во рок од 30 дена од денот на правосилноста на решението на трансакциска сметка на налогопримач: 100-0000000630-95, уплатна сметка: 840xxx207337 - глоби за сторени прекршоци од областа во надлежност на Комисијата за заштита на конкуренцијата, со приходна шифра 722139 и програма 00, налогопримач - Министерство за финансии, банка на примач – НБРМ и до Комисијата за одлучување по прекршок при Комисијата за заштита на конкуренцијата да достави доказ/примерок од извршената уплата на глобата во рок од 15 дена од извршената уплата. Неплатената глоба или ненавремено платената глоба, ќе се наплати по присилен пат. Тужбата го одлага извршувањето на решението.

О б р а з л о ж е н и е

До КОП од страна на Друштво за сервисирање, трговија и услуги Нико Фон ДООЕЛ Скопје (во понатамошниот текст: Нико Фон), преку полномошник Весна Трајчева, адвокат од Скопје, поднесено е барање за поведување на прекршочна постапка ПП бр.09-12/1 од 14.02.2017 година против Македонски Телеком АД Скопје (во понатамошниот текст: МТ) во кое се наведува дека МТ сторил прекршок од член 59 став (1) точка 1) во врска со член 7 од Законот за заштита на конкуренцијата (во понатамошниот текст: ЗЗК).

Во барањето за поведување на прекршочна постапка се наведува дека Нико Фон и МТ на ден 13.10.2009 година склучиле Договор за трговско застапување заведен кај МТ под бр. 07-12732/1 од ден 24.09.2009 година и кај Нико Фон под бр. 39-09 од 13.10.2009 година. Идентичен Договор за трговско застапување е склучен помеѓу договорните страни и на ден 09.10.2012 година заведен кај МТ под бр. 09-14837/1 од ден 08.10.2012 година и кај Нико Фон под бр. 0039/12 од ден 09.10.2012 година. По истекот на овој договор, истиот со Анекс кон договорот бр.14 заведен кај МТ под бр. 09-153533/1 од ден 30.07.2015 година и кај Нико Фон под бр. 00171/2015 од 14.09.2015 година е продолжен заклучно до ден 29.02.2016 година.

Во наведените договори МТ вметнал одредби со кои ги фиксирал малопродажните цени на производите и услугите, го ограничил пазарот и наметнал договорни обврски кои не се во корелација со предметот на договор, сето ова на штета на потрошувачите со што сторил повреда на одредбите на ЗЗК.

КОП постапувајќи по предметното барање, со Заклучок ПП бр.09-12/2 од 23.02.2017 година поведе прекршочна постапка против МТ.

---

[2] Се наведува ознаката на општината согласно Списокот на општини со ознаки во Република Македонија, кој е составен дел на Упатството за начинот на евидентирање, распоредување и поврат на јавните приходи (Службен весник на Р.М. бр.8/06)

Ул. Св. Кирил и Методиј бр. 54 (6 ти кат), 1000 Скопје
Тел (02) 3298 666 Факс (02) 3296 466 www.kzk.gov.mk e-mail: kzk@kzk.gov.mk

МТ со допис бр.10-73795/2 од 28.02.2017 година (Наш ПП бр.09-12/3 од 28.02.2017 година) побара од КОП продолжување на рокот за доставување на податоците побарани со Заклучокот за поведување на прекршочната постапка.

КОП со допис ПП бр.09-12/4 од 01.03.2017 година го продолжи рокот за доставување на податоците од страна на МТ.

МТ со допис бр.10-73795/4 од 20.03.2017 година (Наш ПП бр.09-12/5 од 20.03.2017 година) се произнесе по заклучокот за поведување на прекршочна постапка и ги достави податоците кои беа побарани со истиот.

КОП со допис ПП бр.09-12/6 од 23.03.2017 година го достави до МТ барањето за поведување на прекршочна постапка поднесено од Нико Фон против МТ.

Нико Фон со допис ПП бр.09-12/7 од 11.05.2017 година достави дополнување на барањето за поведување на прекршочна постапка.

КОП со допис ПП бр.09-12/8 од 15.06.2017 година до МТ и Нико Фон достави Прелиминарно известување за дотогаш утврдена фактичка состојба.

МТ со допис бр.10-73795/6 од 21.06.2017 година (Наш ПП бр.09-12/9 од 28.06.2017 година и ПП бр.09-12/11 од 29.06.2017 година) побара од КОП продолжување на рокот за произнесување по Прелиминарното известување за дотогаш утврдена фактичка состојба.

КОП со допис ПП бр.09-12/10 од 28.06.2017 година на МТ му го продолжи рокот за произнесување по Прелиминарното известување за дотогаш утврдена фактичка состојба.

КОП со Заклучок ПП бр.09-12/12 од 13.07.2017 година од МТ побара доставување на дополнителни податоци.

МТ со допис бр.10-73795/9 од 14.07.2017 година (Наш ПП бр.09-12/13 од 14.07.2017 година) побара од КОП продолжување на рокот за доставување на податоците побарани со Заклучокот ПП бр.09-12/12 од 13.07.2017 година.

КОП со допис ПП бр.09-12/14 од 18.07.2017 година не го продолжи рокот за доставување на податоците од страна на МТ, поради непостоење на оправдани причини за истото.

МТ со допис ПП бр.09-12/15 од 19.07.2017 година преку полномошник адвокат Татјана Поповски Булоски, Адвокатско друштво Поленак од Скопје, до КОП достави произнесување по Прелиминарното известување за дотогаш утврдена фактичка состојба.

МТ со допис ПП бр.09-12/16 од 20.07.2017 година до КОП достави Оценка на издржаноста на становиштата и аргументацијата во произнесувањето по по Прелиминарното известување за дотогаш утврдена фактичка состојба на КОП изработено од страна на проф.д-р Јадранка Дабовиќ Анастасовска, редовен професор на Правниот факултет Јустинијан Први во Скопје, раководител на катедрата за облигационо право и професор по конкурентско и потрошувачко право при истиот факултет.

МТ со допис ПП бр.09-12/17 од 26.07.2017 година до КОП ги достави податоците побарани со Заклучокот ПП бр.09-12/12 од 13.07.2017 година.

Претседателот на КОП со Заклучок ПП бр.09-12/18 од 28.07.2017 година на МТ му одобри вршење на увид во списите од предметот.

МТ со допис ПП бр.09-12/19 од 31.07.2017 година до КОП со молба побара презакажување на увидот.

МТ со допис ПП бр.09-12/20 од 31.07.2017 година до КОП достави уплатници за платена такса за увид во списите и за препис или фотокопија на списите во предметот.

Претседателот на КОП со допис ПП бр.09-12/21 од 31.07.2017 година ја прифати молбата на МТ и го презакажа увидот во списите.

Ул. Св. Кирил и Методиј бр. 54 (6 ти кат), 1000 Скопје
Тел (02) 3298 666 Факс (02) 3296 466 www.kzk.gov.mk e-mail: kzk@kzk.gov.mk

Со допис ПП бр.09-12/22 од 17.08.2017 година КОП до МТ го достави Дополнување на барање за поведување на прекршочна постапка побарани со допис на МТ ПП бр.09-12/15 од 19.07.2017 година.

Со допис ПП бр.09-12/23 од 17.08.2017 година КОП од МТ побара доставување на доверлива и недоверлива верзија на дописи.

Со допис ПП бр.09-12/24 и ПП бр.09-12/25 од 18.08.2017 година МТ до КОП достави доверлива и недоверлива верзија на дописи.

Со заклучок ПП бр.09-12/26 од 04.10.2017 година КОП од Нико Фон побара доставување на дополнителни податоци и објаснување.

Нико Фон со допис ПП бр.09-12/27 од 12.10.2017 година до КОП ги достави бараните податоци и објаснување.

КОП со Заклучок ПП бр.09-12/28 од 19.10.2017 година од МТ побара доставување на дополнителни податоци.

МТ со допис ПП бр.09-12/29 од 27.10.2017 година побара од КОП продолжување на рокот за доставување на податоците побарани со Заклучокот ПП бр.09-12/29 од 19.10.2017 година.

КОП со допис ПП бр.09-12/30 од 31.10.2017 година на МТ му го продолжи рокот за доставување на податоците побарани со Заклучокот ПП бр.09-12/29 од 19.10.2017 година.

МТ со допис ПП бр.09-12/31 од 13.11.2017 година (доверлива верзија) и ПП бр.09-12/32 од 13.11.2017 година (недоверлива верзија) до КОП ги достави податоците побарани со Заклучокот ПП бр.09-12/29 од 19.10.2017 година.

КОП со допис ПП бр.09-12/33 од 22.11.2017 година до МТ и Нико Фон достави Конечно известување за утврдена фактичка состојба.

МТ со допис ПП бр.09-12/34 од 04.12.2017 година до КОП достави произнесување по Конечното известување за утврдена фактичка состојба.

По прибавувањето на потребните податоци од значење за правилно одлучување во прекршочната постапка, КОП ја утврди следната фактичка состојба:

Нико Фон е друштво за сервисирање, трговија и услуги, основано во 1998 година, кое започнува соработка со Т-Мобиле Македонија АД Скопје почнувајќи од 2005 година како овластен дистрибутер на неговите производи и услуги.

МТ е правен следбеник на Т-Мобиле Македонија АД Скопје, бидејќи на ден 25.06.2015 година е спроведена постапка врз основа на која Т-Мобиле Македонија АД Скопје престанува да постои, а сите дејствија, активности и деловни соработки ги презема друштвото МТ, кое во оваа постапка се јавува како правно лице против кое се поведува прекршочната постапка.

Правниот претходник на МТ, Т-Мобиле Македонија АД Скопје бил прв мобилен комуникациски оператор во Република Македонија, кој до 2003 година бил единствен оператор на пазарот, до доаѓањето на Космофон АД Скопје, како и ВИП во 2007 година, како трет мобилен оператор.

Продажбата на производи и услуги од своето портфолио, Т-Мобиле Македонија АД Скопје ја реализирал преку сопствени продажни места, како и продажни места на свои партнери и нивните под-договорни партнери.

Т-Мобиле Македонија АД Скопје и Нико Фон на ден 13.10.2009 година склучиле Договор за трговско застапување заведен кај Т-Мобиле Македонија АД Скопје под бр. 07-12732/1 од ден 24.09.2009 година и кај Нико Фон под бр. 39-09 од 13.10.2009 година. Идентичен Договор за трговско застапување е склучен помеѓу договорните страни и на ден 09.10.2012 година заведен кај Т-Мобиле Македонија АД Скопје под бр. 09-14837/1 од ден 08.10.2012 година и кај Нико Фон под бр. 0039/12 од ден 09.10.2012 година. По истекот

Ул. Св. Кирил и Методиј бр. 54 (6 ти кат), 1000 Скопје
Тел (02) 3298 666 Факс (02) 3296 466 www.kzk.gov.mk e-mail: kzk@kzk.gov.mk

на овој договор, истиот со Анекс кон договорот бр.14 заведен кај МТ под бр. 09-153533/1 од ден 30.07.2015 година и кај Нико Фон под бр. 00171/2015 од 14.09.2015 година е продолжен заклучно до ден 29.02.2016 година.

Во барањето за поведување на прекршочна постапка Нико Фон наведува дека организирањето на продажната мрежа претставува значаен сегмент во ланецот на успешната работа на еден мобилен оператор, бидејќи без развиена и професионално етаблирана продажна мрежа, без оглед дали станува збор за сопствена или преку други правни субјекти, тешко е да се очекува брзо продирање на пазарот на секој нов мобилен оператор. Токму тоа Т-Мобиле Македонија АД Скопје умешно го користел изминатите години, при влезот на новите мобилни оператори, со што им го отежнувал развојот на пазарот, а сето тоа на штета на крајните корисници, бидејќи со таквите бариери, Т-Мобиле Македонија АД Скопје можел подолг период да ги ужива благодетите од развиената продажна мрежа, а со самото тоа да нуди поскапи производи и услуги на своите корисници од оние на конкурентите кои влегувале на овој пазар. Ова се темели на фактот што со влегувањето на ВИП оператор во 2007 година, се почувствувала вистинска конкуренција на овој пазар и од аспект на цена и од аспект на квалитетот на услугите кои ги нуделе мобилните опертори.

Горенаведените договори, како што наведува подносителот на барањето, се атхезиони договори (договори за пристап) и за истите Нико Фон воопшто не бил во ситуација да избере дали сака нешто да менува или не.

Иако договорите склучени помеѓу Нико Фон и МТ се насловени како договори за трговско застапување кое нешто го тврди и МТ. Нико Фон во своето барање тврди и доставува објаснување дека иако се насловени како договори за трговско застапување, истите по својата содржина и природа всушност претставуваат вертикални договори за дистрибуција во смисла на ЗЗК.

Имено, согласно Законот за облигациони односи, со договорот за трговско застапување застапникот се обврзува дека за време на траењето на договорот ќе преговара со трети лица за склучување договори во име и за сметка на налогодавачот и, ако е така договорено, ќе склучува договори со трети лица во име и за сметка на налогодавачот, а налогодавачот се обврзува да му плати на застапникот, за секој договор кој го склучил или е склучен со неговото дејствување, одреден надоместок (провизија).

По своите карактеристики, договорот за трговско застапување спаѓа во двострано обврзувачки, именувани, комутативни и товарни договори. Трговскиот застапник договорите ги склучува од името и за сметка на застапуваниот и секогаш истапува од името и за сметка на застапуваниот.

За разлика од овие договори, вертикалните договорите за дистрибуција се договори склучени помеѓу претпријатијата, кои дејствуваат на различни нивоа на производство, односно дистрибуција на пазарот и со кои договори се утврдуваат условите под кои договорните страни може да купуваат, продаваат или препродаваат производи и услуги кои се предмет на договорот. Во ЗЗК член 5 став (1) алинеа 14 дадена е дефиниција за вертикален договор каде е пропишано дека „Вертикален договор е договор меѓу претпријатија, одлуки на здруженија на претпријатија или усогласено однесување меѓу овие лица кои дејствуваат на различни нивоа на производство односно дистрибуција на пазарот“.

Согласно Европското право од областа на заштита на конкуренцијата Договорот за застапување е дефиниран во Насоките за вертикални договори на Европската Комисија а објавени во Службен весник Ц130, 19.05.2010 година, на кои им претходеа Насоките за вертикални договори донесени од Европската Комисија а објавени во Службен весник Ц291, 13.10.2000 година. Насоките за вертикални договори на Европската Комисија се целосно превземени во Насоките за вертикални ограничувања

Ул. Св. Кирил и Методиј бр. 54 (6 ти кат), 1000 Скопје
Тел (02) 3298 666 Факс (02) 3296 466 www.kzk.gov.mk e-mail: kzk@kzk.gov.mk

на Комисијата за заштита на конкуренцијата од 28.12.2015 година. Во Насоките за вертикални ограничувања се наведени детални критериуми според кои треба да се цени дали еден договор е де факто договор за застапување или не, и истите не се во колизија со одредбите кои се однесуваат на договорите за трговско застапување од ЗОО.

Па така за Договорот за застапување пропишано е дека:
„Застапник е правно или физичко лице на кое му е дадено правото да преговара и/или да склучува договори во интерес односно претставник на друго лице (ополномоштувачот), било во свое име или во име на ополномоштувачот за:
— купување на стоки или услуги од ополномоштувачот или
— продажба на стоки или услуги обезбедени од страна на ополномоштувачот...

Одлучувачкиот фактор за определување на тоа дали договорот за застапување подлежи на примена на членот *7 став (1) од ЗЗК* е финансиски или трговски ризик предизвикан од застапникот во врска со активностите за кои бил назначен за застапник од страна на ополномоштувачот. Во оваа смисла, не е важно дали застапникот делува во име на еден или на неколку ополномоштувачи. За оценувањето не е важно ниту тоа што страните или националното законодавство го утврдуваат договорот.

Постојат три вида финансиски или трговски ризици кои треба да бидат земени предвид при определување на тоа дали на договорот за застапување ќе се примени *членот 7 став (1) од ЗЗК*.

Прво, постојат ризици специфични за договорот кои се директно поврзани со договорите склучени и/или договорени од застапникот во интерес на ополномоштувачот, како на пример финансирање на залихи.

Второ, постојат ризици поврзани со инвестиции кои се специфични за пазарот. Тоа се инвестиции потребни за видот на активноста за која застапникот бил назначен од ополномоштувачот, односно такви како што се потребни за да му се овозможи на застапникот да склучува и/или да преговара за овој вид договор. Таквите инвестиции обично се сметаат за неповратни, што значи дека при напуштање на тоа конкретно поле на активност, инвестицијата не може да се користи за други активности или да биде продадена без значителни загуби.

Трето, постојат ризици поврзани со други активности на истиот пазар на стоки, до степен до кој ополномоштувачот бара од застапникот да преземе такви активности, но не како застапник во име на ополномоштувачот, туку на сопствен ризик.

За целите на примена на *член 7 став (1) од ЗЗК*, договорот ќе се смета како договор за застапување ако застапникот не презема некакви или презема само незначителни ризици поврзани со договори кои се склучени и/или за кои застапникот преговарал во интерес на ополномоштувачот, ризици поврзани со инвестиции специфични за пазарот за ова поле на активност и ризици поврзани со други активности кои ги бара ополномоштувачот на ист пазар на производи. Сепак, ризиците кои обично се поврзани со активностите за обезбедување на услуги од застапникот, како што е на пример ризикот за застапникот од тоа неговите приходи да зависат од неговиот успех како застапник или од вкупните инвестиции на пример за просториите или за персоналот, не се од суштинско значење за ова оценување.

Затоа, за целите на примена на *член 7 став (1) од ЗЗК*, одреден договор обично ќе се смета за договор за застапување кога сопственоста на договорните стоки, купени или продадени не се пренесува на застапникот или кога застапникот не ги набавува сам договорните услуги и кога застапникот:

Ул. Св. Кирил и Методиј бр. 54 (6 ти кат), 1000 Скопје
Тел (02) 3298 666 Факс (02) 3296 466 www.kzk.gov.mk e-mail: kzk@kzk.gov.mk

(а) не придонесува за трошоците поврзани со набавката/купувањето на договорните стоки или услуги, вклучувајќи ги и трошоците за транспорт на стоките. Тоа не му пречи на застапникот да врши транспортни услуги, под услов трошоците да се покриени од ополномоштувачот;

(б) не одржува за своја сметка и на сопствен ризик резерви на договорните стоки, вклучувајќи ги и трошоците за финансирање на резервите и трошоците за загуба на резервите, и може да ги врати непродадените стоки на ополномоштувачот без камата, освен ако застапникот сноси одговорност за вина (на пример при непочитување на разумните мерки за безбедност чија цел е спречување на загуба на резервите);

(в) не презема одговорност во однос на трети страни за штети предизвикани од продаден производ (одговорност за производот), освен ако како застапник тој е одговорен во овој поглед;

(г) не сноси одговорност за неисполнување на договорот од страна на корисниците, со исклучок на загубата на провизии како застапник, освен кога претставникот сноси одговорност за вина (на пример при непочитување на разумните мерки за безбедност или мерки за спречување на кражба или непочитување на разумни мерки за пријавување на кражба пред ополномоштувачот или полицијата или за известување на ополномоштувачот за сите потребни информации за финансиската сигурност на корисниците до кои тој има пристап);

(д) не е директно или индиректно обврзан да инвестира во зголемување на продажбата, што претставува придонес на средства во буџетот за рекламирање на ополномоштувачот;

(ѓ) не прави посебни инвестиции на пазарот за опрема, простории или обука на персоналот, како на пример инвестиции за цистерни за чување на бензин, кога станува збор за трговија на мало со бензин или за специјален софтвер за продажба на полиси за осигурување, кога станува збор за осигурителни агенти, освен ако трошоците не се целосно покриени од страна на ополномоштувачот;

(е) не презема други активности во рамките на истиот пазар на производи кои се бара од ополномоштувачот, освен ако тие активности не се целосно надоместени од ополномоштувачот.

Овој список не е конечен. Сепак, **кога застапникот презема еден или повеќе од ризиците или трошоците** наведени погоре, **договорот** помеѓу застапникот и ополномоштувачот **нема да биде дефиниран како договор за трговско застапување.** Прашањето за ризикот треба да се оценува врз основа на секој случај поединечно, земајќи ја предвид пред сѐ реалната економска ситуација, а не правната форма. Од практични причини, анализа на ризикот може да започне со оцена на ризиците кои се специфични за договорот. Ако ризиците специфични за договорот ги преземе застапникот, ќе биде доволно да се заклучи дека застапникот е независен дистрибутер. Спротивно на тоа, ако застапникот не презема ризици специфични за договорот, тогаш ќе биде неопходно да се продолжи со вршење на анализата, оценувајќи ги ризиците поврзани со инвестициите специфични за пазарот. На крајот, ако застапникот не презема какви било ризици, специфични за договорот и ризици поврзани со инвестициите специфични за пазарот, ризиците поврзани со другите потребни активности на истиот пазар може ќе треба да се разгледаат.

Кога застапникот презема еден или повеќе соодветни ризици договорот помеѓу застапникот и ополномоштувачот не претставува договор за застапување. Во овој случај, застапникот ќе се смета за независно претпријатие, а договорот помеѓу застапникот и ополномоштувачот ќе биде предмет на *член 7 став (1) од Законот* како секој друг вертикален договор.“

Ул. Св. Кирил и Методиј бр. 54 (6 ти кат), 1000 Скопје
Тел (02) 3298 666 Факс (02) 3296 466 www.kzk.gov.mk e-mail: kzk@kzk.gov.mk

КОП во Прелиминарното известување за дотогаш утврдена фактичка состојба утврди дека Нико Фон со договорите склучени со МТ, бил овластен да продава производи и услуги на МТ и притоа да склучува при-пејд и пост-пејд договори за користење на мобилни телкомуникациски услуги со крајните корисници, во име и за сметка на МТ. Нико Фон во своите продажни места и во продажните места на своите под-договорни партнери, кои партнери претходно задолжително му ги одобрувал МТ, вршел продажба на ваучери за користење на мобилни телекомуникациски услуги за при-пејд корисници (хартиени и електронски), како и продажба на дополнителна опрема за мобилни телефонски уреди. Со овие договори Нико Фон преземал значителен финансиски и трговски ризик од причини што активно купувал производи на ополномоштувачот (МТ), инвестирал во продажни места, персонал, негова обука, маркетинг активности, купувал сервер и софтвер за да може да врши надополнување со електронски ваучери, плаќал за таквото одржување на надворешни фирми и сл. Нико Фон согласно членот 8 од договорот обезбедувал банкарска гаранција заради финансиско обезбедување на неплатениот долг кон МТ, ако има таков. МТ немал обврска да доставува било какви производи до Нико Фон, доколку износот на неплатените фактури кон МТ стигнел до нивото на износот опфатен со банкарската гаранција. Ова значи дека значителен финансиски и трговски ризик за купенатите производи и опрема го преземал Нико Фон.

Со овој наод на КОП не се согласи МТ во своето произнесување по Прелиминарното известување за дотогаш утврдена фактичка состојба, при што ги наведе своите аргументи. Врз основа на тврдењата на МТ, КОП побара дополнителни податоци и објаснувања од страна на Нико Фон. Притоа, КОП побара податоци за тоа дали Нико Фон купувал производи и услуги (артикли, опрема и услуги) од МТ со точно наведување на тоа кои производи и услуги (артикли, опрема и услуги) ги купувал од МТ, а кои производи и услуги (артикли, опрема и услуги) не ги купувал односно му биле давани без да ги купи (авансно) доколку такви има, дали Нико Фон имал трошок околу складирање и чување на артиклите и опремата на МТ, дали на Нико Фон му биле откупени/вратени од страна на МТ купените артикли и опрема, дали Нико Фон купувал компјутерска опрема, софтвер и сл., за што е дадена банкарската гаранција, дали Нико Фон имал маркетиншки активности, дали самиот ги организирал или заедно со МТ, дали Нико Фон организирал, спроведувал обуки, конференции на свој трошок, дали Нико Фон инвестирал во продажни места?

Врз основа на добиените податоци и објаснување од страна на Нико Фон, КОП го утврди следното:

Нико Фон од МТ ги купувал следните производи: Сим картички за припејд мобилни телекомуникациски услуги, (со исклучок на СИМ картичките за постпејд мобилни телекомуникациски услуги кои ги добивал бесплатно од МТ) мобилни телефонски уреди кои биле вклучени во припејд и пост пејд пакетите за мобилни телекомуникациски услуги, Хартиени ваучери и Е-Ваучери за мобилни телекомуникациски услуги. Наведените производи Нико Фон целосно му ги плаќал на МТ при набавката. Авансно или на консигнација од МТ, Нико Фон не набавувал производи.

Електронските ваучери за мобилни телекомуникациски услуги биле купувани однапред на профактура, складирани во виртуелен магацин (ризикот за наплатата, носењето на фактурите, одржувањето и набавката на серверот, набавката на софтверот за е-ваучерите бил на Нико Фон).

Купените производи од МТ после одреден период, Нико Фон доколку не ги продал на крајни корисници и сакал да ги врати назад на МТ, само 20 % му биле враќани од страна на МТ, а 80 % му останувале како стара залиха при што Нико Фон остварувал големи загуби.

Ул. Св. Кирил и Методиј бр. 54 (6 ти кат), 1000 Скопје
Тел (02) 3298 666 Факс (02) 3296 466 www.kzk.gov.mk e-mail: kzk@kzk.gov.mk

По престанување на важност на договорот со МТ, Нико Фон имал ненаплатени ваучери во вкупен износ од 14.950.000.00 денари. Во овој контекст Нико Фон наведува дека купувал сервер за е-ваучерите, хардверот и софтверот за продажба и го плаќал одржувањето и осигурувањето, (200 лаптопа, 100 ПС компјутери и 500 ГПС апаратчиња).

Исто така, Нико Фон вршел услуги на крајните потрошувачи на мобилни телекомуникациски услуги за МТ од типот: портирање на број, објаснување каде да ја уплатат сметката, која тарифа ја имаат и сл., а за тоа не добивал било каков надомест од МТ.

Нико Фон исто така имал трошок за закуп или купување на сопствени продавници, за комуналии, чување на производите, за магацини, поголеми дуќани со магацин и осигурање на истите. Исто така, Нико Фон имал трошоци за набавка на 10 товарни возила.

Нико Фон имал трошок за ангажирање на вработени и нивна обука, притоа наведувајќи дека организирал обуки и конференции на сопствените продавачи и на продавачите на под договорените партнери – суб дилери. Нико Фон организирал и имал трошок за маркетинг активности. Трошокот за организирање на тие активности, во најголем дел бил поделен со МТ, на кое нешто укажува и самиот МТ.

Банкарска гаранција Нико Фон ја давал исклучиво за производите купени на фактура од МТ и тоа за СИМ картици за мобилни телекомуникациски услуги, мобилни телефонски уреди кои биле вклучени во постпејд пакети или во припејд пакети, хартиени ваучери и е-ваучери за мобилни телекомуникациски услуги. Банкарската гаранција служела за потребите на МТ, дека Нико Фон ќе ги плаќа редовно набавените производи и услуги.

Нико Фон имал трошок за опремување на продажните места со исклучок на имиџ елементите на МТ (во дел од имиџ елементите Нико Фон имал удел во купувањето). Нико Фон во континуитет инвестирал во продажните места. На почетокот го купувал брендираниот намештај од МТ, на начин што Нико Фон му плаќал на МТ 50 % од цената на намештајот, која цена ја утврдувал МТ, а која според Нико Фон била многу висока.

Според Нико Фон истиот имал 300.000.00 евра инвестиција.

xxx

Врз основа на наведение податоци и објаснувања КОП утврди дека Нико Фон како застапник на МТ врз основа на склучените договори преземал повеќе значителени финансиски и трговски ризици како што се: активно купување на производи од ополномоштувачот МТ (Сим картички за припејд мобилни телекомуникациски услуги на МТ, телефонски уреди кои биле вклучувани во при пејд и пост пејд пакетите за мобилни телекомуникациски услуги на МТ, Хартиени ваучери и Е-Ваучери за припејд мобилни телекомуникациски услуги на МТ), инвестирал во продажни места, персонал, обука на персоналот, маркетинг активности, купувал сервер и софтвер за да може да врши надополнување со електронски ваучери, плаќал за нивно одржување на надворешни фирми, обезбедувал банкарска гаранција заради финансиско обезбедување на неплатениот долг кон МТ, целокупниот ризик за купената опрема го преземал Нико Фон, од што произлегува дека Договорите кои МТ ги склучил со Нико Фон не претставуваат Договори за застапување, туку **вертикални договори** согласно член 5 став (1) алинеа 14 од Законот за заштита на конкуренцијата.

Во прилог на тоа дека се работи за вертикални договори е и одредбата од член 9 став 6 од договорите, каде е утврдено дека Нико Фон ги купува при пеид пакетите, пост пеид пакетите, ваучерите, телефоните, дополнителната опрема од МТ и ги продава под свое име, и издава сметка до корисникот под свое име.

Ул. Св. Кирил и Методиј бр. 54 (6 ти кат), 1000 Скопје
Тел (02) 3298 666 Факс (02) 3296 466 www.kzk.gov.mk e-mail: kzk@kzk.gov.mk

Во конктретниот случај Нико Фон како застапник на МТ се јавувал само при склучувањето на постпејд договорите за мобилни телекомуникациски услуги на МТ, кои ги склучувал со крајните корисници во име и за сметка на МТ и за чие склучување, однапред на МТ не му плаќал никаков надомест.

Оттука, Нико Фон претставува независно претпријатие кое е дистрибутер на: Сим картички за припејд мобилни телекомуникациски услуги, мобилни телефонски уреди кои биле вклучени во припејд и пост пејд пакетите за мобилни телекомуникациски услуги, Хартиени ваучери и Е-Ваучери за мобилни телекомуникациски услуги, а договорите помеѓу Нико Фон и МТ кои се однесуваат на делот на дистрибуција на: Сим картички за припејд мобилни телекомуникациски услуги, мобилни телефонски уреди кои биле вклучени во припејд и пост пејд пакетите за мобилни телекомуникациски услуги, Хартиени ваучери и Е-Ваучери за мобилни телекомуникациски услуги, кои производи Нико Фон целосно му ги плаќал на МТ при набавката, се опфатени со член 7 став (1) од ЗЗК па оттука истите се разгледуваат и анализираат како и секој друг вертикален договор.

Согласно член 7 став (1) од ЗЗК: „забранети се сите договори склучени меѓу претпријатија, одлуки на здруженија на претпријатија и усогласено однесување чија цел или последица е нарушување на конкуренцијата, а особено оние кои го условуваат склучувањето на договорите со прифаќање од другите договорни страни дополнителни обврски, што по својата природа или согласно со трговските обичаи не се во врска со предметот на договорот“.

При примената на член 7 став (1) од ЗЗК, се прави разлика помеѓу договори кои за своја цел имаат ограничување на конкуренцијата и договори кај кои ограничување на конкуренцијата се јавува како последица од договорот.

Оттука, договорите и поединечните договорни одредби се забранети со член 7 став (1) од ЗЗК само ако имаат како своја цел или последица ограничување на конкуренцијата.

Разликувањето помеѓу ограничувања како цел и ограничувања како последица е важно.

Во моментот кога ќе се утврди дека еден договор има за своја цел ограничување на конкуренцијата, нема веќе потреба да се утврдуваат и конкретните ефекти (последици) на тој договор врз конкуренцијата. Со други зборови, при примената на член 7 став (1) од ЗЗК, кога договорот има како своја цел ограничување на конкуренцијата, не е потребно да се докажува постоење и на анти-конкурентски ефекти (последици).

Договори, одлуки и договорена практика кои како цел имаат ограничување на конкуренцијата се такви договори, одлуки и договорена практика кои по својата природа имаат потенцијал за ограничување на конкуренцијата. Ова се ограничувања кои имаат толку висок потенцијал за негативни ефекти врз конкуренцијата што при примената на член 7 став (1) од ЗЗК, не е неопходно истовремено да се демонстрира и постоењето на негативни ефекти на пазарот.

Неисцрпни насоки за тоа што претставува ограничување според целта може да се најдат во Уредбите за групно изземање донесени согласно ЗЗК. Ограничувањата кои се на 'црната листа' во Уредбите за групно изземање, односно се идентификуваат како тешки ограничувања, претставуваат ограничувања според цел.

Дополнително, член 3 став (1) од Уредбата за групно изземање на одредени видови вертикални договори (Службен Весник на РМ бр. 42/12) е јасно уредено дека *Вертикалните договори се изземени од примена на одредбите од членот 7 став (1) од Законот доколку ги исполнуваат условите уредени со оваа уредба, а согласно член 7 став (3) и член 9 став (1) точка 2) од Законот.* Исто така согласно член 5 став (1) алинеја а) од истата Уредба, групното

РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА
КОМИСИЈА ЗА ЗАШТИТА НА КОНКУРЕНЦИЈАТА
КОМИСИЈА ЗА ОДЛУЧУВАЊЕ ПО ПРЕКРШОК
Ул. Св. Кирил и Методиј бр. 54 (6 ти кат), 1000 Скопје
Тел (02) 3298 666 Факс (02) 3296 466 www.kzk.gov.mk e-mail: kzk@kzk.gov.mk

изземање од член 3 од Уредбата нема да се применува за вертикални договори кои, директно или индиректно, сами или во комбинација со други фактори под контрола на договорните страни, имаат за цел ограничувањето на способноста на купувачот да одреди своја продажна цена, без влијание на можноста снабдувачот да наметне максимална продажна цена или да препорача продажна цена, под услов истата да не доведува до настанување на фиксна или минимална продажна цена како резултат на притисок или стимулации понудени од страна на било која од договорните страни.

Применливост на член 7 став (1) од ЗЗК во однос на договорите за застапување.

Во случај на договори за застапување, како што е дефинирано во Насоките, функцијата на застапникот за продажба или купување претставува дел од активностите на ополномоштувачот. Бидејќи ополномоштувачот ги презема трговските и финансиските ризици поврзани со продажбата и купувањето на договорните стоки и услуги, сите обврски наметнати на застапникот во врска со договорите кои се склучени и/или договорени во името на ополномоштувачот не се опфатени со *член 7 став (1) од ЗЗК*. Следниве обврски од страна на застапникот обично ќе се сметаат за интегрален дел од некој договор за трговско застапување, бидејќи секоја од нив е поврзана со можноста на ополномоштувачот да го утврди полето на дејствување на застапникот во врска со договорните стоки или услуги, што е од суштинско значење ако ополномоштувачот ги преземе ризиците и поради тоа биде во можност да ја одредува трговската стратегија:

(а) ограничување на територијата на која застапникот може да ги продава овие стоки или услуги;

(б) ограничување на потрошувачите на кои застапникот може да ги продава овие стоки или услуги;

(в) цените и условите под кои застапникот треба да ги продава или купува овие стоки или услуги.

Освен водечките услови за продажба или купување на договорните стоки или услуги од застапникот во име на ополномоштувачот, договорите за застапување често содржат одредби кои се однесуваат на односите помеѓу застапникот и ополномоштувачот. Особено, тие можат да содржат одредба која го спречува ополномоштувачот да назначи друг застапник за одреден вид трансакција, клиент или територија (одредби за екслузивност во застапувањето) и/или одредба за спречување на застапникот да дејствува како застапник или дистрибутер на претпријатија кои му се конкуренти на ополномоштувачот (одредби за/обврски за една марка). Бидејќи застапникот е претпријатие одделено од ополномоштувачот, одредбите кои се однесуваат на односите помеѓу застапникот и ополномоштувачот може да го прекршат *член 7 став (1) од ЗЗК*.

Во член 3 став (1) од Уредбата за групно изземање на одредени видови вертикални договори („Службен весник на Република Македонија" бр. 42/12) е јасно уредено дека *Вертикалните договори се изземени од примена на одредбите од членот 7 став (1) од ЗЗК доколку ги исполнуваат условите уредени со оваа уредба, а согласно член 7 став (3) и член 9 став (1) точка 2) од истиот Закон.*

Согласно член 5 став (1) точка а) од истата Уредба, групното изземање од член 3 од оваа Уредба нема да се применува за вертикални договори кои, директно или индиректно, сами или во комбинација со други фактори под контрола на договорните страни, **имаат за цел ограничувањето на способноста на купувачот да одреди своја продажна цена**, без влијание на можноста снабдувачот да наметне максимална продажна цена или да препорача продажна цена, под услов истата да не доведува до настанување на фиксна или минимална продажна цена како резултат на притисок или стимулации понудени од страна на било која од договорните страни.

Ул. Св. Кирил и Методиј бр. 54 (6 ти кат), 1000 Скопје
Тел (02) 3298 666 Факс (02) 3296 466 www.kzk.gov.mk e-mail: kzk@kzk.gov.mk

Во Насоки за вертикални ограничувања во дел III точка 3 поблиску се објаснети ограничувањата кои не смеат да ги содржат вертикалните договори (строги ограничувања) согласно Уредбата за групно изземање на одредени видови вертикални договори, при што во пасусот 45 од истите е наведено дека „строгото ограничување утврдено во член 5 став (1) точка а) од Уредбата за групно изземање на одредени видови вертикални договори се однесува на одржување на препродажни цени (ОПЦ), односно на договори или усогласено однесување кои имаат директна или индиректна цел воспоставување на фиксна или минимална препродажна цена или фиксно или минимално ниво на цените што треба да се почитува од страна на купувачот. Во случај на договорни одредби или на усогласено однесување кои директно ја утврдуваат препродажната цена, ограничувањето е јасно дефинирано“.

Во пасус 46 од Насоките е наведено дека „Во случај на договори за застапување, принципалот обично ја одредува продажната цена, бидејќи застапникот не станува сопственик на стоката. Сепак, кога таков договор не може да се смета како договор за застапување за целите на примена на *член 7 став (1) од ЗЗК*, обврската што не му дозволува или што го ограничува застапникот да ја подели со клиентот својата провизија, било фиксна или променлива, се смета за строго ограничување во смисла на член 5 став (1) точка а) од Уредбата за групно изземање на одредени видови вертикални договори. За да избегне вклучување на такво строго ограничување во договорот, застапникот треба да може да ја намали ефективната цена која клиентот ја плаќа без да ги намали приходите за принципалот.“

Од анализа на Договорите за застапување склучени помеѓу МТ и Нико Фон КОП утврди дека во член 2 се наведени овластувањата што Нико Фон ги имал како застапник на МТ. Притоа тој работел на неексклузивна основа, односно МТ имал и други дистрибутери на своите производи и услуги на територијата на РМ.

Во член 2 став 5 од Договорот е наведено дека Нико Фон може да ангажира и под-договорни партнери за вршење на работите на трговско застапување, но само со претходно писмено одобрување од страна на МТ. Притоа и покрај одобрувањето од МТ, Нико Фон е целосно и директно одговорен пред МТ за вршење на работите на трговско застапување од неговите под-договорни партнери, како самиот Нико Фон да ги вршел овие работи.

Дополнително, во членот 4 од договорот се пропишани санкциите за Нико Фон и неговите под-договорни партнери, поради неисполнување на договорните обврски.

Во член 3.5 став 3 од Договорот е наведено дека цит. „Продажбата на артиклите и услугите специфицирани во Пописот на производи се врши исклучиво во согласност со важечкиот Ценовник и Попис на артикли утврдуван и доставуван од страна на ТММК, согласно утврденото во овој Договор и Анекс 6 кон Договорот.“

Во член 9 ст. 5 од договорот, е наведено дека „Застапникот е обврзан да ги продава артиклите по малопродажните цени дефинирани од страна на ТММК“.

КОП од прибавените податоци утврди дека Нико Фон од МТ ги купувал следните производи: Сим картички за припејд мобилни телекомуникациски услуги, мобилни телефонски уреди кои биле вклучени во припејд и пост пејд пакетите за мобилни телекомуникациски услуги, Хартиени ваучери и Е-Ваучери за мобилни телекомуникациски услуги.

Со оглед на фактот дека КОП договорот за застапување го квалификува како договор за вертикална дистрибуција согласно горенаведеното, Нико Фон се јавува како дистрибутер на наведените производи.

Ул. Св. Кирил и Методиј бр. 54 (6 ти кат), 1000 Скопје
Тел (02) 3298 666 Факс (02) 3296 466 www.kzk.gov.mk e-mail: kzk@kzk.gov.mk

Во конкретниот случај при одлучување во предметната постапка за КОП релевантно е делувањето на МТ и Нико Фон при дистрибуција на пост пејд СИМ картички и договори за мобилни телекомуникациски услуги, дистрибуција на СИМ картички за при пејд мобилни телекомуникациски услуги, дистрибуција на мобилни телефонски уреди и дистрибуција на при пејд ваучери за мобилни телекомуникациски услуги.

Од наведените одредби од Член 3.5 став 3 и Член 9 став 5 од Договорите, јасно произлегува дека малопродажната цена на наведените производи ја определувал МТ. Од ценовниците кои Нико Фон ги достави во постапката, а кои му биле испраќани по електронска пошта на Нико Фон, КОП утврди дека МТ ја определувал малопродажната цена, како и начинот на продажба на мобилните тефонски уреди (имено Нико Фон мобилните телефонски уреди можел да ги продава само како дел од припејд и пост пејд пакетите за мобилни телекомуникациски услуги на МТ). КОП исто така утврди дека Нико Фон немал било каква слобода при одредување на малопродажните цени. Кога МТ ќе одлучел да ја промени цената на производите кои Нико Фон ги набавувал од МТ, истиот бил задолжуван да направи попис на непродадените производи кои ги имал на залиха во неговите и субдилерските продавници. Потоа, во зависност дали ќе била намалена или зголемена цената, добивале книжно одобрување или задолжување.

Постпејд пакетот за мобилни телекомуникациски услуги на МТ бил составен од мобилен телефонски уред кој Нико Фон го купувал по целосна продажна цена од МТ однапред на профактура, а на крајните потрошувачи во зависност од тоа за кој постпејд пакет ќе се одлучел крајниот корисник им продавал на крајните корисници по цени кои однапред согласно Ценовникот му биле определени од МТ (овие цени биле пониски од цената која претходно Нико Фон ја платил на МТ за телефонскиот уред). По реализираната продажба, разликата во цена (меѓу повисоката набавна и пониската продажна по која Нико Фон го продавал уредот зависно од пакетот) на Нико Фон му била исплаќана (враќана) од МТ дополнително, при што добивал и провизија согласно Анекс 10 од Договорот.

При пејд пакетот за мобилни телекомуникациски услуги на МТ бил составен од мобилен телефонски уред и сим картица и истиот Нико Фон го купувал однапред од МТ на профактура. Нико Фон во доставените податоци наведува еден пример како се вршела дистрибуцијата на мобилниот телефонскиот апарат ЛГ 2200 во припејд пакет: набавна цена по која Нико Фон го купувал уредот од МТ била 1600 ден.. Нико Фон морал да го продава овој уред на своите суб дилери по цена од 1700 ден.. додека малопродажната цена по која морал да го продава овој уред (на крајниот корисник кој сакал да купи припејд пакет на МТ) била 2000 денари. Нико Фон не смеел да го продава пакетот по цена различна од онаа која однапред му била определена со Ценовникот од страна на МТ.

Е-ваучери за мобилни комуникациски услуги на МТ исто така биле купувани однапред од страна на Нико Фон на профактура и продавани по однапред определени цени од страна на МТ.

Горенаведените одредби од договорот согласно кои МТ ги определува малопродажните цени на производите и тоа: Сим картички за припејд мобилни телекомуникациски услуги, мобилни телефонски уреди кои биле вклучени во припејд и пост пејд пакетите за мобилни телекомуникациски услуги, Хартиени ваучери и Е-Ваучери за мобилни телекомуникациски услуги, а кои Нико Фон ги купувал заради нивна дистрибуција, се спротивни на ЗЗК. Имено, истите ја ограничуваат способноста на купувачот (дистрибутерот) да одреди своја продажна цена кон своите купувачи, крајни корисници.

<u>Практично, МТ му наметнува на дистрибутерот по која цена тој да ги продава производите на своите крајни купувачи што значи дека дистрибутерот неможе самостојно да си ја одреди цената по која ќе ги препродава истите</u>

Ул. Св. Кирил и Методиј бр. 54 (6 ти кат), 1000 Скопје
Тел (02) 3298 666 Факс (02) 3296 466 www.kzk.gov.mk e-mail: kzk@kzk.gov.mk

производи на пазарот, што во услови на пазарна економија значи ограничување на конкуренцијата. Со ова се оневозможува дистрибутерот доколку работи ефикасно да ги намали цените по кои ги продава предметните производи на своите купувачи, односно е оневозможен да понуди пониски цени и како резултат на тоа крајните потрошувачи може да плаќаат повисоки цени.

Од горенаведеното јасно произлегува дека спорните одредби претставуваат ограничувања кое не смеат да бидат содржани во вертикалните договори и истите претставуваат одредби кои имаат за цел нарушување на конкуренцијата.

Во текот на постапката **КОП утврди дека во членот 6 став (2) од Договорот е утврдена обврската за забраната на конкуренција на Нико Фон**.

Обврската за забрана на конкуренцијата подразбира дека Нико Фон и неговите под-договорни партнери се обврзани од својата сопствена понуда на производи, во сите продажни места, да ги исклучат оние производи и опрема кои по вид, модел и марка се исти со производите и опремата која по основ на договорот Нико Фон ја купувал од МТ.

Согласно член 6 став (1) точка в) Уредбата за групно изземање на одредени видови вертикални договори - Групното изземање од член 3 од оваа Уредба не се применува на **обврските содржани во вертикалните договори и тоа:**
в) било каква директна или индиректна обврска поради која членовите на системот на селективна дистрибуција не смеат да продаваат точно определени марки на производи на конкурентски снабдувачи.

Со оглед на фактот дека Нико Фон ги продавал производите и услугите на МТ, (порано и на Т-Мобиле), врз основа на претходно утврдени критериуми од страна на МТ, кои критериуми Нико Фон и останатите дистрибутери биле должни да ги исполнуваат, и во исто време не смееле да внесат друг дистрибутер во системот на дистрибуција, односно друг под-договорен партнер, доколку претходно истиот не биде одобрен од страна на МТ, овие договори се дефинираат како **договори за систем за селективна дистрибуција**.

Во однос на забраната за конкуренција Нико Фон наведува дека мобилните телефонски уреди од марки и модели кои ги купувал од МТ не смеел да ги набавува на пазарот од други снабдувачи (увозници, застапници, снабдувачи) и да ги продава како дистрибутер во своите продавници по цена која тој самиот ќе ја определел. Така на пример, доколку Нико Фон купел од МТ мобилен телефонски уред ЛГ 2200, кој бил обврзан да го продава на пример во припејд пакет на МТ по цена која му ја одредувал МТ, не смеел да купи таква марка и модел (ЛГ 2200) на уред на пр. од увозникот на ЛГ во Македонија и да го продава уредот на крајни потрошувачи по цени кои сам ке ги утврди и без купување на припејд пакет од страна на крајниот потрошувач.

Дополнително, на Нико Фон не му било дозволено од МТ да купува и продава мобилни телефонски уреди од марката на Apple. Односно иако МТ не му продавал на Нико Фон мобилни телефонски уреди од наведената марка (Apple), МТ не му дозволувал на Нико Фон да ги купи мобилни телефонски уреди од оваа марка ниту од други дистрибутери, односно Нико Фон во своите продажни места несмеел воопшто да има мобилни телефонски уреди од оваа марка.

Нико Фон исто така наведува дека доколку набавел мобилни телефонски уреди од иста марка и модел како тие што ги набавувал од МТ или од марката Apple од друг добавувач, вработени од МТ доаѓале во контрола, им се заканувале ако не ги отстранат од продажното место дека ќе им го раскинат договорот. Со ова МТ го ограничувал пазарот и остварувал

Ул. Св. Кирил и Методиј бр. 54 (6 ти кат), 1000 Скопје
Тел (02) 3298 666 Факс (02) 3296 466 www.kzk.gov.mk e-mail: kzk@kzk.gov.mk

огромни профити, особено продавајќи производи од марката на Apple исклучиво со продажба на истите од страна на МТ.

Понатаму Нико Фон наведува дека во услови кога целокупниот ризик од купените производи е на страна на Нико Фон (член 9 ст. 4 „*ТММК не е обврзан да ги откупи назад артиклите на Застапникот.*"), нејасно е зошто МТ наметнува договорни услови со кои се ограничува конкуренцијата на пазарот на мобилни комуникациски производи и услуги и се наметнуваат обврски кои по својата природа или согласно трговските обичаи не се во врска со предметот на договорот.

Оттука, КОП утврди дека обврската за забрана на конкуренција содржана во членот 6 став (2) од договорот со која Нико Фон и неговите под-договорни партнери се обврзани од својата сопствена понуда на производи, во сите продажни места, да ги исклучат оние производи кои по вид, модел и марка се исти со производите и опремата која по основ на договорот Нико Фон ја продава за МТ, како и мобилните телефонски уреди од марката на Apple претставува обврска која не смеат да ја содржат вертикалните договори, согласно член 6 став 1 точка (в) од Уредбата за групно изземање на одредени видови вертикални договори каде е утврдено дека групното изземање од член 3 од наведената уредба не се применува на обврските содржани во вертикалните договори ако содржат било каква директна или индиректна обврска поради која членовите на системот на селективна дистрибуција не смеат да продаваат точно определени марки на производи на конкурентски снабдувачи.

Во Насоките за вертикални ограничувања на Комисијата за заштита на конкуренцијата, во дел III точка 5 поблиску се објаснети обврските кои не смеат да ги содржат вертикалните договори согласно Уредбата за групно изземање на одредени видови вертикални договори, при што во пасусот 66 од истите е наведено дека:

66. Третиот исклучок од групното изземање е предвидено во член 6 став (1) точка в) од Уредбата и се однесува на *секоја директна или индиректна обврска поради која членовите на системот на селективна дистрибуција не смеат да продаваат точно определени марки на производи на конкурентски снабдувачи*. Уредбата ја опфаќа комбинацијата на селективна дистрибуција со обврската за неконкурирање, што општо ги обврзува трговците да не препродаваат конкурентски марки. Сепак, доколку *снабдувачот* ги спречува назначените трговци, директно или индиректно, да купуваат производи наменети за препродажба од конкретни конкурентски *снабдувачи*, таквата обврска не е изземена со уредбата. Целта на исклучувањето на оваа обврска е да се избегне ситуација во која одреден број на *снабдувачи* користат исти продажни места за селективна дистрибуција, попречуваат даден конкретен конкурент или неколку конкретни конкуренти да ги користат овие продажни места за дистрибуција на нивните производи (затварање на пристапот на конкурентен *снабдувачот*, што би било еден вид на колективен бојкот).

Согласно член 7 став (3) од ЗЗК ваквите одредби може да бидат изземени од забраната од член 7 став (1) од ЗЗК само доколку придонесуваат за унапредување на производството или дистрибуцијата на стоките или услугите или промовирање на техничкиот или економскиот развој, под услов од тоа да имаат сразмерна корист и потрошувачите, а кои што:

1) не им наметнуваат на засегнатите претпријатијата ограничувања кои што не се неопходни за постигнувањето на тие цели и

2) не им овозможуваат на тие претпријатија елиминирање на конкуренцијата во значителен обем за стоките или услугите кои се во прашање.

КОП ги ценеше наводите на МТ изнесени во произнесувањето по Прелиминарното и конечното известување каде МТ во однос на исполнетоста на четирите кумулативни услови од член 7 став (3) од ЗЗК ги наведува следните аргумент:

Ул. Св. Кирил и Методиј бр. 54 (6 ти кат), 1000 Скопје
Тел (02) 3298 666 Факс (02) 3296 466 www.kzk.gov.mk e-mail: kzk@kzk.gov.mk

1) Договорот придонесува за унапредување на производството или дистрибуцијата на стоките или услугите или промовирање на техничкиот или економскиот развој, бидејќи договорот овозможи пласман на производите и услугите на МТ преку продажните места на Нико Фон. Поголемиот број на продажни места им овозможува на крајните корисници полесен пристап до електронските комуникациски услуги на МТ понудени под исти услови и цени;
2) Договорот обезбедува сразмерна корист на потрошувачите бидејќи договорот овозможи електронските комуникациски услуги на МТ, од кои дел се и услуги на универзална услуга, да бидат лесно и брзо достапи за потрошувачите во најголем дел од населените места во Република Македонија и по цени кои се исти на сите продажни места без разлика на локацијата;
3) Договорот не им наметува на засегнатите претпријатија ограничувања што не се неопходни за постигнување на тие цели имајќи ја предвид целта да се обезбеди пласман на производите и услугите на МТ и еднаков пристап до истите под еднакви услови за потрошувачите, условите од договорот не наметнуваат ограничувања што не се неопходни за постигнување на тие цели;
4) Договорот не им овозможува на тие претпријатија елиминирање на конкуренцијата во значителен обем на стоките или услугите кои се во прашање, бидејќи во периодот на важење на Договорот, нема елиминирање на конкуренцијата на пазарот на електронски комуникациски услуги, туку напротив се бележи развој и раст на овој пазар и динамична конкуренција во периодот кој е предмет на разгледување (видно од анализите на пазарите на овие услуги извршени од страна на АЕК за спорниот период, кои се јавно достапни на интернет страницата на АЕК). Воедно, на пазарот во Македонија постојат огромен број на субјекти кои се занимаваат со продажба на мобилни телефонски апарати и галантерија за истите, па, оттука, не може да стане збор за елиминација на конкуренцијата во поглед на продажбата на истите.

Во март 2012 година Комисијата за заштита на конкуренцијата донесе Насоки за примена на член 7 став (3) од ЗЗК. Наведените насоки воспоставуваат аналитичка рамка за примената на членот 7 став (3) од ЗЗК.

Во ставот 31 од Насоките е појаснето дека примената на правилото на исклучок утврдено со членот 7 став (3) од ЗЗК е предмет на четири кумулативни услови, два позитивни и два негативни:

(а) Договорот мора да придонесува за унапредување на производството или дистрибуцијата на добрата или да придонесе кон промовирање на техничкиот или економскиот развој.

(б) Потрошувачите мора да имаат сразмерна корист од поволностите кои произлегуваат од договорот.

(в) Ограничувањата мора да бидат неопходни за постигнување на овие цели, и конечно

(г) Договорот не смее да им овозможи на страните да ја елиминираат конкуренцијата во значителен обем за производите кои се во прашање.

Во став 34 од Насоките е наведено дека: Имајќи во предвид дека овие четири услови се кумулативни, не е потребно да се испитаат какви било дополнителни услови откако ќе се утврди дека еден од условите дефинирани со членот 7 став (3) од Законот не е исполнет. Во поединечни случаи може да е соодветно да се земат предвид четирите услови по различен редослед.

Во конкретниот случај не е исполнет третиот услов, односно условот договорот да не им наметува на засегнатите претпријатија ограничувања што

Ул. Св. Кирил и Методиј бр. 54 (6 ти кат), 1000 Скопје
Тел (02) 3298 666 Факс (02) 3296 466 www.kzk.gov.mk e-mail: kzk@kzk.gov.mk

не се неопходни за постигнување на тие цели. Имено, целта која ја наведува МТ обезбедување на пласман на производите и услугите на МТ и еднаков пристап до истите под еднакви услови за потрошувачите можела да се постигне и без ограничувањата во Договорот, бидејќи потрошувачите ќе можеле да ги набават производите и услугите на МТ и по пониска цена (без спорното ограничување: фиксирање на препродажни цени), ќе можеле на едно место да набават услуги и од други мобилни телекомуникациски уреди (без спорното ограничување: обврска за неконкурирање) и на едно место ќе имале поширок избор на мобилни телекомуникациски уреди кои сакале да ги набават само како уреди без купување на дополнителни припејд или постпејд мобилни телекомуникациски услуги (без спорното ограничување: забрана за конкуренција).

Имајќи го предвид горенаведеното, КОП остана на ставот изнесен во Прелиминарното и конечното известување за утврдена фактичка состојба дека ваквите одредби не ги исполнуваат четирите кумулативни услови утврдени во член 7 став (3) од ЗЗК. Напротив, овие одредби им наметнуваат на засегнатите претпријатија ограничувања и обврски кои претставуваат едни од најтешките повреди на правото на заштита на конкуренцијата, одредби кои сами по себе се ништовни.

Врз основа на горенаведено, КОП утврди дека МТ во периодот од 13.10.2009 година до 29.02.2016 година, искористувајќи ист траен однос, исти прилики или други слични околности го условувал склучувањето на Договорите за трговско застапување со Нико Фон, на начин што во Договорот за трговско застапување кој МТ ги склучил со Нико Фон на ден 13.10.2009 година заведен кај МТ под бр. 07-12732/1 од ден 24.09.2009 година и кај Нико Фон под бр. 39-09 од 13.10.2009 година, во Договорот за трговско застапување склучен на ден 09.10.2012 година заведен кај МТ под бр. 09-14837/1 од ден 08.10.2012 година и кај Нико Фон под бр. 0039/12 од ден 09.10.2012 година, а продолжен со Анекс кон договорот бр.14 заведен кај МТ под бр. 09-153533/1 од ден 30.07.2015 година и кај Нико Фон под бр. 00171/2015 од 14.09.2015 година кој се применувал заклучно до ден 29.02.2016 година, на Нико Фон во три наврати му наметнувал прифаќање на дополнителни обврски и тоа:

- во член 3.5 ст. 3 каде е пропишано дека„ Продажбата на артиклите и услугите специфицирани во Пописот на производи ќе се врши исклучиво во согласност со важечкиот Ценовник и Попис на артикли утврдуван и доставуван од страна на ТММК, согласно утврденото во овој Договор и Анекс 6 кон Договорот“ и

- во член 9 ст. 5, каде е пропишано дека „Застапникот е обврзан да ги продава артиклите по малопродажните цени дефинирани од страна на ТММК“

одредби со кои директно се фиксираат малопродажните цени на производите предмет на договорот што претставуваат ограничување на способноста на купувачот да одреди своја продажна цена и кои не смее да биде содржано во вертикалниот договор согласно член 5 став (1) точка а) од Уредбата за групно изземање на одредени видови вертикални договори.

и

- во членот 6 каде е утврдена обврска за забрана на конкуренција со која Нико Фон и неговите под-договорни партнери се обврзани од својата сопствена понуда на производи, во сите продажни места, да ги исклучат оние производи и опрема кои по вид, модел и марка се исти со производите и опремата која по основ на договорот Нико Фон ја продава за ТММК, што претставуваат обврски кои не смеат да бидат содржани во вертикалниот договор согласно член 6 став (1) точка в) од Уредбата за групно изземање на одредени видови вертикални договори.

Ул. Св. Кирил и Методиј бр. 54 (6 ти кат), 1000 Скопје
Тел (02) 3298 666 Факс (02) 3296 466 www.kzk.gov.mk e-mail: kzk@kzk.gov.mk

кои по својата природа или согласно со трговските обичаи не се во врска со предметот на договорот **што претставува повеќекратно остварување на прекршок од член 59 став (1) точка 1) а во врска со член 7 став (1) точка 2) и 5) од Законот за заштита на конкуренцијата и член 28 став (1) од Законот за прекршоците („Службен весник на РМ“ бр.124/15).**

Забранетите одредбите од Договорот согласно член 7 став (2) од ЗЗК, **се ништовни**.

Согласно 59 став (1) точка 1) од ЗЗК, КОП на претпријатието, односно здружението на претпријатија, со решение ќе му изрече глоба во износ до 10% од вредноста на вкупниот годишен приход остварен во последната деловна година, изразена во апсолутен и номинален износ за која претпријатието или здружението на претпријатија има составена годишна сметка ако склучи забранет договор или на друг начин учествува во договор, одлука или усогласено однесување.

Согласно член 64 став (1) од ЗЗК при одмерување на глобата КОП во предвид ги зема: тежината на прекршокот, времетраењето на прекршокот, степенот на нарушеност на конкуренцијата и последиците предизвикани со прекршокот.

Согласно член 64 став (2) од ЗЗК КОП, при одмерување на глобата, најпрво определува основен износ на глобата, а потоа истиот го прилагодува, земајќи ги предвид олеснителните или отежнителните околности.

Согласно член 64 став (3) од ЗЗК основниот износ на глобата по правило изнесува најмногу до 30% од приходот на сторителот на прекршокот остварен од дејноста која се врши на релевантниот пазар на кој е сторен прекршокот во последната целосна деловна година во која сторителот на прекршокот учествувал во истиот. Вака определениот износ се множи со бројот на годините во кои траел прекршокот.

Согласно горенаведените законски одредби при определување на износот на глобата која треба да се изрече на МТ, КОП тргнува од висината на вкупните приходи кои ги остварил МТ во 2015 година при дистрибуција на сим картички за припејд мобилни телекомуникациски услуги (односно приходи од вредносен пакет со вклучен ваучер и телефон), мобилни телефонски уреди кои биле вклучени во припејд и пост пејд пакетите за мобилни телекомуникациски услуги, хартиени ваучери и Е-Ваучери за мобилни телекомуникациски услуги, на територијата на Република Македонија, а кои приходи изнесуваат xxx денари.

Имајќи ги во предвид тежината на прекршокот, степенот на нарушеност на конкуренцијата и последиците предизвикани од прекршокот, како и приговорите од сторителот дадени во произнесувањето по Конечното известување за утврдена фактичка состојба по однос на висината на глобата, КОП основниот износ на глобата го утврдува во висина од xxx %, па оттука основниот износ на глобата изнесува xxx денари, прекршокот траел xxx години па оттука износот на глоба кој треба да му се изрече на МТ изнесува 1.801.194,oo денари.

Вкупно остварените приходи на МТ во 2016 година, како последна деловна година за која МТ има составена годишна сметка изнесуваат xxx денари.
Утврдената глоба од 1.801.194,oo денари претставува xxx % од вредноста на вкупниот годишен приход на МТ остварен во 2016 година како последна деловна година, за која претпријатието има составена годишна сметка.

Заради сето горе наведено се одлучи како во диспозитивот на ова решение.

Правна поука: Против ова решение може да се поднесе тужба за поведување на управен спор пред надлежен суд во рок од осум (8) дена од

Ул. Св. Кирил и Методиј бр. 54 (6 ти кат), 1000 Скопје
Тел (02) 3298 666 Факс (02) 3296 466 www.kzk.gov.mk e-mail: kzk@kzk.gov.mk

денот на приемот на ова решение. Тужбата го одлага извршувањето на решението.

Претседател
Чедомир Краљевски