

Klasa: UP/I 034-03/2016-01/021
Urbroj: 580-10/76-2017-027
Zagreb, 24. veljača 2017.

Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja na temelju članka 31., članka 38. stavaka 5. i 9. te članka 58. stavka 1. točke 15. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (Narodne novine, broj 79/09 i 80/13), postupajući po inicijativi gospodina Nevena Perice iz Zagreba, Bakarska 17, zastupanog po odvjetničkom društvu [...] iz Z., za pokretanje postupka utvrđivanja zlouporabe vladajućeg položaja protiv poduzetnika British American Tobacco Investments (Central & Eastern Europe) Limited, sa sjedištem u Londonu, Globe House, 1 Water Street te posredno protiv poduzetnika BAT Hrvatska d.o.o., sa sjedištem u Zagrebu, Ivana Lučića 2/a, zastupanog po opunomoćeniku B.Š., odvjetniku iz odvjetničkog društva [...] iz Z., na temelju odluke Vijeća za zaštitu tržišnog natjecanja, u sastavu: Mladen Cerovac, mag. iur., predsjednik Vijeća, Vesna Patrlj, dipl. iur., zamjenica predsjednika Vijeća, Denis Matić, dipl. iur., mr. sc. Ljiljana Pavlic i mr. sc. Tatjana Peroković, članovi Vijeća, sa sjednice 7/2017., održane 24. veljače 2017., donosi sljedeće

RJEŠENJE

Inicijativa se odbacuje jer ne postoje uvjeti za pokretanje postupka po službenoj dužnosti.

Obrazloženje

1. Inicijativa za pokretanje postupka

Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja (dalje: Agencija) zaprimila je 26. kolovoza 2016., sukladno članku 37. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (Narodne novine, broj 79/09 i 80/13; dalje: ZZTN), inicijativu gospodina Nevena Perice iz Zagreba, Bakarska 17, zastupanog po odvjetničkom društvu [...] iz Z. (dalje: podnositelj inicijative), za pokretanje postupka utvrđivanja zlouporabe vladajućeg položaja protiv poduzetnika British American Tobacco Investments (Central & Eastern Europe) Limited, sa sjedištem u Londonu, Globe House, 1 Water Street (dalje: BAT Investments) te posredno protiv poduzetnika BAT Hrvatska d.o.o., sa sjedištem u Zagrebu, Ivana Lučića 2/a (dalje: BAT).

Dio naprijed navedenog podneska koji se odnosi na problematiku koncentracije predmet je postupka klase: 034-08/2016-01/076.

Vezano za utvrđivanje zlouporabe vladajućeg položaja, podnositelj inicijative, u bitnome, navodi kako BAT ima vladajući položaj na tržištu proizvodnje te na tržištu distribucije i prodaje duhanskih proizvoda. Nadalje navodi kako je BAT na temelju [...] stekao kontrolu nad poduzetnikom Roberto plus d.o.o., sa sjedištem u Zagrebu, Velikopoljska 42 (dalje: Roberto plus). Pri tome isti objašnjava kako je riječ o poduzetniku koji je do rujna 2015. bio ekskluzivni distributer BAT-ovih proizvoda za teritorij Republike Hrvatske.

Ujedno dodaje da je poduzetnik Smoking d.o.o., sa sjedištem u Zagrebu, Rabusova 17 (dalje: Smoking) bio najveći kupac BAT-ovih proizvoda na temelju ugovornog odnosa s poduzetnikom Roberto plus, odnosno treći po veličini u maloprodaji duhanskih proizvoda u Republici Hrvatskoj.

Po sklapanju predmetnog Sporazuma, prema navodima podnositelja inicijative, BAT poduzima niz radnji koje su bile usmjerene na slabljenje poslovne pozicije Roberta plus i suštinsko onemogućavanje njegovog poslovanja, poput ostavke člana uprave kojeg je imenovao BAT (onemogućavanje poslovanja), utjecaja na donošenje odluke da BAT isporuči i naplati veću količinu proizvoda Robertu plus kao distributeru, pokretanja postupka prisilne naplate protivno duhu Sporazuma itd. Navedeno podnositelj inicijative povezuje s činjenicom da je BAT preuzeo svog dotadašnjeg konkurenta na tržištu - poduzetnika TDR d.o.o., sa sjedištem u Rovinju, Obala V. Nazora 1 (dalje: TDR) te činjenicom da je BAT ušao u članstvo poduzetnika koji se bave distribucijom (poduzetnici Tisak i iNovine), a koji su konkurenti Roberta plus. Ujedno naglašava da je BAT, bez prethodnog proglašenja obveza dospjelim, dana 1. rujna 2015. blokirao poslovne račune Roberta plus i Smokinga te je predstavnik BAT-a u upravi dao ostavku, čime je ostvarena blokada u upravljanju navedenim poduzetnicima. Slijedom navedenoga, podnositelj inicijative izvodi zaključak da je odbijanjem poslovanja postojećim klijentima došlo do zlouporabe vladajućeg položaja od strane BAT-a.

U prilog navedenome, podnositelj inicijative dostavio je sljedeće: [...].

2. Prethodno ispitivanje stanja na mjerodavnom tržištu

Kako bi se utvrdile sve činjenične i pravne okolnosti u svrhu utvrđivanja ima li u konkretnom slučaju uvjeta za pokretanje postupka utvrđivanja sprječavanja, ograničavanja ili narušavanja tržišnog natjecanja, sukladno odredbi članka 39. ZZTN-a, a primjenom članka 13. ZZTN-a, Agencija je tijekom prethodnog ispitivanja stanja na mjerodavnom tržištu, dopisima od 16. rujna 2016., 20. listopada 2016., 21. studenoga 2016., 2. prosinca 2016., 12. siječnja 2017., 18. siječnja 2017. i 20. siječnja 2017., zatražila dostavu očitovanja, podataka i potrebne dokumentacije od BAT-a te dodatno očitovanje od podnositelja inicijative.

2.1. Očitovanje BAT-a

Podnoscima zaprimljenim 10. studenoga 2016. i 7. veljače 2017. BAT je udovoljio traženju Agencije te se, u bitnome, očitovao kako slijedi.

Preliminarno BAT smatra kako su činjenice, zaključci i tvrdnje koje su autoru mišljenja prof. dr. sc. Siniši Petroviću predočeni neosnovani, netočni i izvedeni samo za potrebe podnošenja predmetne inicijative. Pri tome naglašava da je uvaženi profesor u uvodu mišljenja jasno odredio kako je riječ o „ograničenoj analizi“ budući da se zasniva isključivo na podacima koje su autoru mišljenja dostavile ovlaštene osobe Roberta plus.

Vežano za Sporazum o distribuciji, BAT navodi kako je isti raskinut zbog kršenja obveze distributera, odnosno nepodmirenog duga za primljenu, a neplaćenu robu u iznosu od [...] kuna. Pri tome navodi kako je navod podnositelja inicijative da je prije raskida rečenog ugovora BAT bio dužan dug učiniti dospjelim i omogućiti Robertu plus dodatan rok za ispunjenje suprotan odredbama članaka 361. stavka 1. i 363. Zakona o obveznim odnosima. Navedeno objašnjava na način da navedeni iznos predstavlja svotu koja odgovara vrijednosti BAT-ove robe koju je Roberto plus preuzeo, prodao krajnjim potrošačima i koju nikada nije platio. U prilog rečenome, BAT navodi činjenicu da su sklapanjem [...] poduzetnik Roberto plus i podnositelj inicijative eksplicitno priznali dug. Ujedno dodaje kako je o valjanosti BAT-ove odluke o raskidu predmetnog Sporazuma odlučeno i u okviru sudskih postupaka koje je protiv njega pokrenuo podnositelj inicijative, odnosno s njim povezana društva.

Također, BAT dodaje kako podnositelj inicijative neosnovano povezuje [...] s raskidom Sporazuma o distribuciji budući da je člankom 6.1. [...] izričito određeno da sklapanje tog Sporazuma ne utječe na pravo raskida Sporazuma o distribuciji sklopljenog između BAT-a i Roberto plus. Osim toga, BAT naglašava da je Sporazum raskinut zbog povreda obveza koje je preuzeo podnositelj inicijative, sukladno članku 5.2. Sporazuma.

U odnosu na BAT Investments, BAT naglašava da je isti stekao udjele u TDR-u u listopadu 2015., dok je Sporazum o distribuciji raskinut 1. rujna 2015. S tim u svezi navodi da do okončanja prijenosa poslovnih udjela u društvu TDR, odnosno u vrijeme raskida rečenog Sporazuma, BAT Investments nije ni u formalnom ni u sadržajnom smislu imao nikakav utjecaj niti kontrolu nad upravljanjem i poslovanjem TDR-a.

Tvrđnju podnositelja inicijative kako je ostavkom jednog člana uprave društva Roberto plus provocirana blokada poslovanja navedenog poduzetnika BAT smatra paušalnom. Takav stav crpi iz pravne teorije prema kojoj u opisanoj situaciji preostali član Uprave ima pravo donositi odluke vezane za poslovanje društva, odnosno za donošenje odluke o imenovanju novog člana Uprave treba najviše osam dana koliko je potrebno za sazivanje skupštine društva. S tim u svezi BAT smatra kako se ostavka pojedinog člana ne može izvoditi iz nečijeg vladajućeg položaja niti bi se time vladajući položaj mogao zlouporabiti.

Vezano za isporuku robe tijekom kolovoza 2015. odnosno pred raskid Sporazuma o distribuciji, BAT navodi kako je bila riječ o isporuci uobičajene mjesečne količine robe, što ne koincidira s raskidom Sporazuma o distribuciji. Usporedbe radi BAT je dostavio podatke o isporukama robe poduzetniku Roberto plus za lipanj, srpanj i kolovoz 2015.

BAT navodi kako je aktivirao sredstvo osiguranja i pokrenuo ovršne postupke protiv poduzetnika Roberto plus radi naplate svoje tražbine, a ne radi financijskog iscrpljivanja dužnika.

Pored navedenoga, BAT navodi da su proizvodi iz njegovog asortimana i dalje dostupni svakom poduzetniku koji za to iskaže interes, pod pretpostavkom da taj poduzetnik uredno ispunjava svoje obveze. Pri tome dodaje kako Roberto plus i Smoking, od listopada 2015., nisu iskazali interes za kupnju proizvoda iz BAT-ovog asortimana radi daljnje prodaje. Ujedno naglašava da su tvrdnje podnositelja inicijative da BAT kontrolira izvore nabave neosnovane i to stoga što je riječ o proizvodu za koji na mjerodavnom tržištu postoji cijeli niz zamjenjivih proizvoda, a u 2016. konkurentski zamjenjivi proizvodi dostupni su od strane međunarodno integriranih društava koji su globalni konkurenti grupi BAT.

Zaključno, isti navodi kako raskid Sporazuma o distribuciji nije imao protutržišne učinke niti je imao za posljedicu istiskivanje konkurentskih proizvoda s tržišta Republike Hrvatske, nijedan od konkurenata nije izbačen niti je izašao s tržišta Republike Hrvatske, nikome nisu postavljene prepreke za ponovni ulazak na tržište te izbor potrošačima nije sužen.

Slijedom navedenoga, BAT smatra kako u konkretnom slučaju nije riječ o zlouporabi vladajućeg položaja te predlaže donošenje odluke da ne postoje uvjeti za pokretanje postupka utvrđivanja zlouporabe vladajućeg položaja.

U prilog naprijed navedenome BAT je dostavio sljedeće: [...].

2.2. Dodatno očitovanje podnositelja inicijative

Nakon što je Agencija odobrila dodatni rok za dostavu očitovanja i dokumentacije, podnositelj inicijative podneskom zaprimljenim 22. prosinca 2016. i 31. siječnja 2017. udovoljio je traženju Agencije te se, u bitnome, očitovao kako slijedi.

Podnositelj inicijative ukazuje na činjenicu da je BAT pod stopostotnom kontrolom poduzetnika BAT Investments Ltd. S tim u svezi navodi kako postoje jasne pravne, ekonomske i organizacijske veze između društva majke i društva kćeri, odnosno poduzetnika pod kontrolom drugog poduzetnika, stoga ih smatra jednim gospodarskim subjektom sukladno članku 4. ZZTN-a.

Nadalje, podnositelj inicijative navodi da je uvidom u javne registre razvidno da je BAT Investments Ltd. kao stjecatelj Ugovorom o prijenosu poslovnog udjela u društvu TDR od dana 30. rujna 2016. od prenositelja Adris Grupa d.d. stekao 1 poslovni udjel koji predstavlja 100% temeljnog kapitala društva TDR.

Pored navedenoga, podnositelj inicijative ukazuje na članak 2. Ugovora o prijenosu poslovnog udjela u društvu TDR koji propisuje kako ugovorne strane suglasno utvrđuju da su kupoprodajna cijena i ostali uvjeti u svezi prijenosa i prodaje poslovnog udjela definirani Ugovorom o kupoprodaji poslovnog udjela od 30. svibnja 2015. sklopljenom između prenositelja i društva Weston Investments Company Limited, Globe House, 4 Temple Place, London WC2R 2PG (dalje: Weston). Vezano na navedeno, objašnjava da poduzetnik BAT Investments Ltd drži 100% udjela u društvu Weston, isto kao i u društvu BAT. Stoga smatra poduzetnika Weston istim gospodarskim subjektom kao i BAT i BAT Investments, odnosno smatra da je najkasnije 30. svibnja 2015. BAT Investments stekao kontrolu nad poduzetnikom TDR.

Također, podnositelj inicijative naglašava kako pravno mišljenje prof. dr. sc. Siniše Petrovića obiluje pravnim analizama koje se zasnivaju ne samo na podacima koje su mu dostupnim učinile ovlaštene osobe Roberta plus, već i na podacima koji su dostupni u javnim registrima i medijima.

Podnositelj inicijative iznosi činjenice koje smatra bitnima za razumijevanje odnosa između, s jedne strane, njega i društava u njegovom vlasništvu i, s druge strane, BAT-a i to:

- poslovna suradnja između poduzetnika Roberto plus i BAT i/ili povezanih društava počinje krajem 2004. kada se sklapa poslovna suradnja između Roberta plus i BAT STC Netherland (BAT Smoking Tobacco Cigars), odnosno tvornice Royal Theodorus Niemeyer, Groningen u vlasništvu BAT-a;
- dana 28. studenoga 2005. BAT i Roberto plus sklapaju BAT Standard Distribution Agreement o distribuciji duhanskih proizvoda;
- dana 2. ožujka 2006. BAT i Roberto plus sklapaju Distribution Agreement o distribuciji raznih duhanskih proizvoda i cigareta, na rok od 5 godina, a koji je stupio na snagu 2. ožujka 2006.;
- dana 1. svibnja 2009. BAT i Roberto plus sklapaju Anex I Sporazuma o distribuciji kojim se mijenjaju rabati;
- dana 18. veljače 2011. BAT i Roberto plus sklapaju Anex II Sporazuma o distribuciji kojim mijenjaju odredbe Sporazuma i Anexa I koje se odnose na trajanje ugovora te kojim se utvrđuje da Sporazuma o distribuciji stupa na snagu 18. veljače 2011. i traje fiksno 5 godina (tj. do 18. veljače 2016.), a može se produljiti za još jedno razdoblje od 5 godina.

Ujedno dodaje kako je postojanje duga bila uobičajena i očekivana stavka u predmetnom ugovornom odnosu jer je između stranaka postignut usmeni dogovor po kojemu Roberto plus sredstva dobivena prodajom proizvoda nije trebao odmah koristiti isključivo za plaćanje računa već ulagati u širenje distributivno-maloprodajne mreže te na tržište plasirati što više proizvoda i tako na tržištu Republike Hrvatske proizvodno i tržišno konkurirati glavnom takmacu TDR-u.

Vezano na navedeno, navodi da je u razdoblju od 2011. do 2014. BAT uz povećanje maloprodajne mreže preko Smokinga inzistirao i na povećanju broja zaposlenih komercijalnih

predstavnik, zamjenskih komercijalnih predstavnika i unaprjeđivača prodaje, unajmljivanja većih i skupljih skladišta, a sve s ciljem povećanja prodaje i tržišnog udjela u Republici Hrvatskoj, pri tome ne mareći za trošak nametnut društvima Roberto plus i Smoking koji se financirao robnim kreditom BAT-a. Nadalje navodi da je znatan dio duga za 2012. i 2013. nastao iz razloga što je krajem tih godina BAT poduzetniku Roberto plus „utrpao“ nepotrebno velike količine robe, a sve radi ostvarivanja godišnjih bonusa odgovornih osoba BAT-a. U odnosu na opisano, podnositelj inicijative tvrdi da je tako prikazan veliki promet BAT-a i klastera u Budimpešti i Pragu prema društvu Roberto plus kao glavnom distributeru, iako je BAT odobrio Robertu plus da se dug vrati iz poslovanja kada se „bude moglo“, odnosno kad se dovrši proširenje maloprodajne mreže. Pri tome ističe da sva roba nije niti isporučena Robertu plus u trenutku izdavanja računa, već se navedena roba nalazila na skladištu BAT-a, odnosno dio plaćene robe još se i danas nalazi na izdvojenom skladištu BAT-a i ona je još uvijek nedostupna Robertu plus.

Podnositelj inicijative navodi da je Roberto plus pristao na takav način poslovanja jer nije htio ugroziti dotadašnji poslovni odnos s BAT-om. S tim u svezi naglašava kako dug prema BAT-u nikada nije bio otegotna okolnost u međusobnim odnosima budući da BAT nikada nije Robertu plus uputio opomenu na podmirenje bilo kojeg dijela duga, nikada nije izjavio opomenu pred raskid bilo kojeg ugovora niti ikada utužio bilo koje dospjelo potraživanje niti je ikada obustavio isporuku robe tijekom dvanaest godina poslovne suradnje.

Nadalje objašnjava da je BAT u razdoblju do 2014. ostvarivao kontrolu nad poslovanjem poduzetnika Roberto plus i Smoking na način da je imao snagu nametnuti nova zapošljavanja radi navodnog unapređenja prodaje, promijeniti dotadašnji način međusobnog plaćanja putem factoringa, utvrditi ciljeve poslovanja u vidu daljnjeg širenja maloprodajne mreže itd., a čega je rečeni poduzetnik bio svjestan te zbog toga nije inzistirao na podmirenju obveza za isporučenu robu po dospelju, već je [...] sklopljen [...] između Nevena Perice kao vlasnika grupe od deset povezanih trgovačkih društava (od kojih su samo Roberto plus i Smoking imali poslovne veze s BAT-om) i BAT-a za razdoblje od pet godina. [...]

Podnositelj inicijative naglašava kako je isticanje duga kao razlog za raskid Sporazuma o distribuciji sklopljenog dana 2. ožujka 2011. paušalno i netočno s obzirom na sljedeće činjenice:

- na dan potpisa Sporazuma o namirenju tražbina ukupan je dug iznosio [...] eura, dok je nedospjeli dug iznosio [...] eura, odnosno [...] kune više nego na dan raskida Sporazuma;
- u trenutku raskida Sporazuma o distribuciji Roberto plus je imao pretplatu od [...] kuna za robu isporučenu tijekom 2015.;
- ukupno financijsko poslovanje podnositelja inicijative i s njim povezanih društava vodile su osobe postavljene od strane BAT-a;
- podnositelj inicijative nikada nije mogao poduzeti niti jednu isplatu, narudžbu ili bilo koju drugu radnju bez suglasnosti BAT-a;
- BAT je u cijelosti kontrolirao i vodio poslovanje podnositelja inicijative i s njim povezanih društava;
- BAT je Robertu plus tri dana prije samog raskida ugovora isporučio robu u vrijednosti od [...] kuna, a koju robu je prethodno naručio [...] tj. osoba koja je postavljena od strane BAT-a;
- [...], BAT raskida predmetni Sporazum nakon samo 8 mjeseci te na taj način čini dospjelim sve iznose;
- BAT je imao uvid u financijski položaj i poslovanje svih društava podnositelja inicijative i njegove osobne imovine te je bio svjestan da se ovrhom na navedenim društvima predmetni dug ne može naplatiti niti polovično, već jedino kroz poslovanje prema ugovorenom planu otplate u petogodišnjem razdoblju;
- BAT je bio svjestan prilikom potpisivanja Sporazuma da podnositelj inicijative i društva u njegovom vlasništvu nisu u mogućnosti ishoditi bankarsku garanciju u visini iznosa

duga, a u prilog istinitosti navedenog podnositelj inicijative ističe kako ga BAT niti jednom nije pozvao na dostavu predmetne bankarske garancije.

Podnositelj inicijative naglašava kako je pravi razlog raskida sklopljenih sporazuma namjera BAT-a da uništi glavnog distributera Roberto plus na tržištu Republike Hrvatske, kao i maloprodajni lanac Smoking koji u velikoj većini prodaje BAT-u konkurentske proizvode, s obzirom na to da je u vrijeme raskida rečenih ugovora BAT Investments već ostvario kontrolu u poduzetniku TDR. Navedeno nadalje objašnjava time da preuzimanjem TDR-a BAT-u više nije potrebna distribucijska mreža Roberta plus i maloprodajna mreža Smokinga budući da je kupnjom TDR-a BAT stekao i maloprodajnu mrežu u vidu lanaca Tisak i iNovine te distributera Adista d.o.o. koji je u stopostotnom vlasništvu TDR-a.

Zaključno, podnositelj inicijative navodi da je eliminacijom naprijed navedenih poduzetnika BAT suzio izbor potrošačima koji su do tada kroz kioske Daily News imali dostupne sve proizvode svih proizvođača prisutnih na tržištu Republike Hrvatske te da je opisanim postupanjem BAT dobio dodatnu prednost pred ostalim konkurentima koji su izgubili pristup mjerodavnom tržištu koji su ranije imali kroz asortiman Daily News.

Slijedom navedenoga, podnositelj inicijative naglašava da se ekonomska bit postupaka BAT-a odražava kroz zlouporabu vladajućeg položaja s protutržišnim učinkom istiskivanja konkurentskih proizvoda s tržišta Republike Hrvatske te postavljanjem dodatnih prepreka za ponovni ulazak na tržište i sužavanje izbora potrošačima.

U prilog navedenome, podnositelj inicijative dostavio je sljedeće: [...].

3. Činjenice utvrđene tijekom prethodnog utvrđivanja stanja na mjerodavnom tržištu

3.1. Pravni subjekt - BAT Hrvatska d.o.o.

BAT Hrvatska d.o.o. za trgovinu i usluge, sa sjedištem u Zagrebu, Ivana Lučića 2/a, osnovan je 14. listopada 2004. i upisan u registar Trgovačkog suda u Zagrebu pod matičnim brojem subjekta upisa: 110004221.

Jedini osnivač i stopostotni vlasnik rečenog poduzetnika jest poduzetnik British American Tobacco Investments (Central & Eastern Europe) Limited, Velika Britanija i Sj. Irska, GB-WC2R 3LA London, 1 Water street, Globe House, s registarskim brojem društva 02898824 (dalje: BAT Investments), a preko kojega je isti dio grupe British American Tobacco Plc. (dalje: BAT Grupa) osnovane 1902. godine. BAT Grupa jedna je od svjetski vodećih multinacionalnih kompanija prisutnih na 200 tržišta na području Amerike, Azije, Europe, Afrike i to prodajom više od 200 svojih robnih marki cigareta koje proizvodi, poput onih globalnih: Dunhill, Kent, Lucky Strike, Pall Mall i Rothmans te onih vodećih međunarodnih: Vogue, Peter Stuyvesant i State Express 555, odnosno prodajom cigara i sitno rezanog duhana za upotrebu.

BAT je registriran za obavljanje niza djelatnosti, od kojih je za potrebe predmetne upravne stvari važno istaknuti kupnju i prodaju robe. Iz Financijskog izvještaja i godišnjeg izvješća za godinu koja je završila 31. prosinca 2015. za poduzetnika BAT, razvidno je kako je osnovna aktivnost tog poduzetnika prodaja cigareta i ostalih duhanskih proizvoda članica BAT Grupe na domaćem tržištu.

BAT je akvizicijom BAT Investmentsa od 30. rujna 2015. posredno povezan s vodećim neovisnim proizvođačem cigareta na regionalnom tržištu, poduzetnikom TDR d.o.o., sa sjedištem u Rovinju, Obala V. Nazora 1. Kupovinom TDR-a, u BAT Grupu ulaze odnosno s BAT-om su povezani i svi oni poduzetnici koji su u vlasništvu TDR-a, a to su: Hrvatski duhani d.d., Istragrafika d.d., Adista d.o.o., TDR Rovita Ljubljana d.o.o., TDR Beograd d.o.o., TDR Skopje d.o.o., TDR Priština d.o.o., TDR Sarajevo d.o.o., TDR Podgorica d.o.o., TDR Germany

d.o.o., TDR Parsian Company Iran, Adista BH d.o.o., Veletabak d.o.o. Novi Sad. Na opisani način BAT je povezan ne samo s poduzetnikom koji se bavi proizvodnjom cigareta (TDR), već i s poduzetnicima koji se bave uzgojem duhana (Hrvatski duhani d.o.o.), proizvodnjom komercijalne kartonske ambalaže (Istragrafika d.d.), distribucijom proizvoda na teritoriju Republike Hrvatske, Bosne i Hercegovine i Srbije (Adista d.o.o., Adista BH d.o.o., Veletabak d.o.o. Novi Sad) te maloprodajom cigareta (kiosci: Tisak i iNovine).

3.2. Primijenjeni propisi

Agencija je u provedbi predmetnog upravnog postupka primijenila odredbe ZZTN-a, Uredbe o načinu utvrđivanja mjerodavnog tržišta (Narodne novine, broj 9/11; dalje: Uredba o mjerodavnom tržištu) te odredbe Zakona o općem upravnom postupku (Narodne novine, broj 47/09; dalje: ZUP), sukladno članku 3. stavku 1. ZUP-a i članku 35. stavka 1. ZZTN-a.

Također, Agencija je podredno na odgovarajući način primjenjivala kriterije iz pravne stečevine Europske unije (dalje: EU) koja služi kao interpretativni instrument za primjenu odredbi ZZTN-a, a osobito u slučaju pravnih praznina ili dvojbi pri tumačenju propisa, u skladu s člankom 1. Ugovora o pristupanju Republike Hrvatske Europskoj uniji (Narodne novine - Međunarodni ugovori, broj 2/12), a kako je to propisano člankom 74. ZZTN-a.

Stoga je Agencija, izvršila uvid u kriterije iz pravne stečevine EU-a, i to u: Priopćenje Komisije - Uputu o provedbenim prioritetima Komisije u primjeni članka 82. Ugovora o EZ-u na postupanje poduzetnika u vladajućem položaju koja za posljedicu mogu imati zlouporabu u smislu isključivanja konkurenata s tržišta (Tekst od važnosti za Europski gospodarski prostor) od 24. veljače 2009. (Službeni list C 045; dalje: Priopćenje Komisije) a koji služe kao interpretativni instrument i za primjenu hrvatskih propisa (točka 81. i 82. Priopćenja Komisije). Navedeno priopćenje objavljeno je u prijevodu na hrvatski jezik na službenim internetskim stranicama Agencije, www.aztn.hr, i dostupno je na internetskim stranicama Komisije.

Uvjeti poslovanja duhanske industrije u Republici Hrvatskoj uređeni su - :

- Zakonom o duhanu (Narodne novine, broj 69/99 i 14/14),
- Zakonom o ograničavanju uporabe duhanskih proizvoda (Narodne novine, broj 125/08, 55/09, 119/09 i 94/13),
- Zakonom o posebnom porezu na duhanske proizvode (Narodne novine, broj 136/02, 95/04, 152/08 i 38/09),
- Zakonom o trošarinama (Narodne novine, broj 22/13, 23/13, 81/13, 100/15, 120/15 i 115/16),
- Uredbom o visini trošarina na cigarete (Narodne novine, broj 109/16),
- Pravilnikom o obradi duhana, proizvodnji i markama duhanskih proizvoda (Narodne novine, broj 69/06).

3.3. Mjerodavno tržište

Mjerodavno tržište, u smislu članka 7. ZZTN-a, određuje se kao tržište određene robe i/ili usluga koje su predmet obavljanja djelatnosti poduzetnika na određenom zemljopisnom području.

Sukladno članku 3. stavku 2. Uredbe o mjerodavnom tržištu, svrha utvrđivanja mjerodavnog tržišta određivanje je robe i/ili usluga s kojima se poduzetnici tržišno natječu te zemljopisnog područja na kojem se natječu.

Mjerodavno tržište, sukladno odredbi članka 4. Uredbe o mjerodavnom tržištu, utvrđuje se na način da se utvrdi njegova proizvodna dimenzija (mjerodavno tržište u proizvodnom smislu) i zemljopisna dimenzija (mjerodavno tržište u zemljopisnom smislu).

Prema članku 5. Uredbe o mjerodavnom tržištu, mjerodavno tržište u proizvodnom smislu obuhvaća sve proizvode za koje potrošači smatraju da su međusobno zamjenjivi s obzirom na njihove bitne značajke, cijenu ili način uporabe, odnosno navike potrošača.

Pri utvrđivanju mjerodavnog tržišta, prema članku 8. stavku 1. Uredbe o mjerodavnom tržištu, polazi se od kriterija zamjenjivosti potražnje za određenim proizvodom, odnosno o zamjenjivosti ponude za određenim proizvodom, a po potrebi i od kriterija postojanja potencijalnih konkurenata, odnosno zapreka pristupa tržištu. Sukladno stavku 2. istog članka Uredbe, primjenjujući prethodno navedene kriterije mjerodavno tržište određuje se s ciljem utvrđivanja i razlikovanja segmenata tržišta određenih proizvoda na kojem se poduzetnici međusobno natječu.

U konkretnom slučaju mogu se razlikovati barem tri razine tržišta. Prvo je tržište proizvodnje i uvoza cigareta. Na navedenoj razini djeluju TDR, kao jedini proizvođač cigareta u Republici Hrvatskoj, te uvoznici cigareta među kojima se ističu hrvatske podružnice četiri svjetska multinacionalna poduzetnika - Philip Morris Zagreb d.o.o. (dalje: Philip Morris Zagreb), BAT, Imperial Tobacco Zagreb d.o.o. (Imperial Tobacco Zagreb) i JT International Zagreb d.o.o. (dalje: JT International Zagreb). S obzirom na to da je BAT Investments stopostotni vlasnik poduzetnika BAT i TDR, može se reći da BAT grupa nije samo uvoznik već i proizvođač cigareta u Republici Hrvatskoj.

Proizvođači i uvoznici stavljaju u promet cigarete na tržište Republike Hrvatske tako što ih prodaju poduzetnicima distributerima koji se bave distribucijom proizvoda na hrvatskom tržištu. Stoga se ovo tržište na kojem djeluju proizvođači i uvoznici može označiti kao tržište proizvodnje i prodaje cigareta.

Druga razina tržišta je ona na kojoj djeluju klasični distributeri, poduzetnici koji kupuju cigarete od proizvođača i uvoznika i preprodaju ih (distribuiraju) trgovcima na malo. Na ovoj razini djeluju brojne hrvatske tvrtke koje, između ostaloga, distribuiraju i cigarete. Među njima valja spomenuti poduzetnike Tisak d.d. (dalje: Tisak), Adista d.o.o. (dalje: Adista), Orbico d.o.o. (dalje: Orbico), Logista d.o.o. (dalje: Logista), Roberto plus, Legenda promet d.o.o. (dalje: Legenda promet) te Fibis d.o.o. (dalje: Fibis). Tržište na kojem djeluju distributeri može se označiti kao tržište distribucije (preprodaje) cigareta.

Na trećoj razini tržišta djeluju brojni trgovci na malo koji prodaju cigarete krajnjim potrošačima. Među njima valja istaknuti brojne lance marketa, poput Konzuma, Bille, Interspara, Plodina, Lidla, Kauflanda i drugih regionalnih lanaca marketa, kao i lance benzinskih crpki, poput Ine, Tifona, Crodusa, te lance kioska, poput Tiska, iNovina, Smokinga i drugih. Tržište na kojem djeluju trgovci koji cigarete prodaju krajnjim potrošačima može se označiti kao tržište maloprodaje cigareta.

Iz inicijative g. Nevena Perice razvidno je da se isti žali na raskid Sporazuma o distribuciji od 1. rujna 2015. čime BAT kao dobavljač prestaje poslovati s Robertom plus i na taj način, prema njegovom mišljenju, rečeni poduzetnik zlouporabljuje vladajući položaj na tržištu proizvodnje te na tržištu distribucije i prodaje duhanskih proizvoda, na koje je stupio kupnjom TDR-a i njegovih ovisnih društava.

BAT je kupnjom TDR-a putem društva majke BAT Investments postao vertikalno integriran poduzetnik koji djeluje na sva tri gore označena tržišta. Naime, kao dio BAT Grupe prisutan je na tržištu proizvodnje i prodaje cigareta, dok je kao poduzetnik koji uvozi i potom prodaje cigarete distributerima prisutan i na tržištu distribucije cigareta jer su s njime povezani poduzetnici Adista i Tisak te je zaključno prisutan i na tržištu maloprodaje cigareta budući da je povezan s poduzetnikom iNovine.

Međutim, kako je BAT raskinuo Sporazum o distribuciji s poduzetnikom Roberto plus, iz čega potencijalno proizlazi da prvi odbija poslovati s potonjim kao dobavljač cigareta neophodnih za posao distribucije, otuda je za potrebe rješavanja ovoga slučaja relevantno tržište na kojem djeluje BAT kao dobavljač Robertu plus.

Slijedom navedenoga, za potrebe ovog predmeta kao mjerodavno tržište u proizvodnom smislu određeno je tržište proizvodnje i prodaje cigareta.

Sukladno odredbi članka 6. Uredbe o mjerodavnom tržištu, mjerodavno tržište u zemljopisnom smislu obuhvaća zemljopisno područje na kojem poduzetnici sudjeluju u ponudi ili nabavi proizvoda.

Mjerodavnim tržištem u zemljopisnom smislu određen je teritorij Republike Hrvatske, s obzirom na to da poduzetnik BAT i s njime povezani poduzetnik TDR sudjeluju u prodaji cigareta na cjelokupnom teritoriju Republike Hrvatske, odnosno njihovi proizvodi stavljaju se u promet na cjelokupnom teritoriju Republike Hrvatske.

Osim BAT-a i s njime povezanog poduzetnika TDR, na navedenom mjerodavnom tržištu djeluju, između ostalih, i poduzetnici Philip Morris Zagreb, Imperial Tobacco Zagreb i JT International Zagreb.

3.4. Kriteriji za utvrđivanje indicija o zlouporabi vladajućeg položaja odbijanjem poslovanja

Sukladno propisima o zaštiti tržišnog natjecanja, da bi bila riječ o sprječavanju, ograničavanju ili narušavanju tržišnog natjecanja zlouporabom vladajućeg položaja moraju istodobno biti ispunjena dva kumulativna uvjeta i to: da se konkretan poduzetnik nalazi u vladajućem položaju na mjerodavnom tržištu u smislu članka 12. ZZTN-a te da taj vladajući položaj zlouporabljuje na neki od načina navedenih u članku 13. ZZTN-a.

U odnosu na navedeno, a vezano za konstataciju podnositelja inicijative iznesenu, bez ikakve analize konkurentske strukture tržišta, u točki 3.1. njegovog podneska „Analiza položaja BAT-a na mjerodavnom tržištu“, da BAT ima vladajući položaj na tržištu proizvodnje duhanskih proizvoda i na tržištu distribucije i prodaje, Agencija je utvrdila kako se BAT, u trenutku raskida Sporazuma o distribuciji s Robertom plus, nije nalazio u vladajućem položaju na mjerodavnom tržištu s obzirom na tržišni udjel od [0-5]% na tržištu distribucije i prodaje cigareta.

Također, Agencija naglašava kako je za zlouporabu vladajućeg položaja odbijanjem poslovanja uz vladajući položaj nužno ispunjenje dolje navedenih uvjeta:

- odbijanje opskrbom odnosi se na proizvod ili uslugu koja je objektivno neophodna za učinkovito tržišno natjecanje na silaznom tržištu,
- vjerojatno je da će odbijanje opskrbom za posljedicu imati ukidanje učinkovitog tržišnog natjecanja na silaznom tržištu, i
- odbijanje opskrbom će vjerojatno imati za posljedicu nanošenje štete potrošačima.

Međutim, neovisno o tome jesu li kumulativno ispunjena sva tri navedena kriterija, poduzetnici u vladajućem položaju, kako bi dokazali da, primjerice, odbijanje poslovanja s poduzetnikom ne predstavlja zlouporabu vladajućeg položaja, mogu u svoju obranu ponuditi objektivno opravdanje. Naime, iz [...] nesporna je činjenica da je dugovanje Roberta plus i Smokinga prema BAT-u iznosilo [...] eura. Jedna je od temeljnih obveza svakako plaćanje robe dobavljaču. Pravo na naplatu tražbine aktiviranjem instrumenata osiguranja plaćanja ne može se osporiti nikome. U suprotnom, ako bi distributeru bilo dopušteno gomilanje dugova to bi moglo dovesti do neodrživosti sustava distribucije i bilo bi protivno interesima potrošača.

S obzirom na nespornu činjenicu da BAT ima potraživanja od Roberta plus i s njime povezanog poduzetnika Smoking te da isti ima pravo na naplatu navedene tražbine, utvrđeno je da nema indicija za pokretanje postupka utvrđivanja zlorabom vladajućeg položaja protiv BAT-a.

U tom smislu, Agencija nije niti utvrđivala položaj BAT-a na mjerodavnom tržištu nakon preuzimanja TDR-a, u smislu članka 12. ZZTN-a jer to u konkretnom slučaju ne bi moglo dovesti do drugačije odluke, s obzirom da je Sporazum o distribuciji raskinut 1. rujna 2015. prije preuzimanja TDR-a, a nisu niti zadovoljeni uvjeti za odbijanje poslovanja temeljem Priopćenja Komisije.

Također, s obzirom na navedeno, Agencija je zaključila kako je bespotrebno posebno dokazivanje direktne uključenosti društva majke u predmetnu problematiku odnosno odgovornost društva majke za postupanje BAT-a.

4. Odluka Vijeća za zaštitu tržišnog natjecanja

Na temelju dostavljene dokumentacije i utvrđenog činjeničnog stanja tijekom prethodnog ispitivanja stanja na mjerodavnom tržištu, Vijeće za zaštitu tržišnog natjecanja (dalje: Vijeće), sukladno ovlastima iz članka 27. i članka 31. ZZTN-a, na sjednici 7/2017., održanoj 24. veljače 2017., razmatralo je navedeni predmet te je donijelo odluku da se inicijativa gospodina Nevena Perice, u smislu članka 38. stavaka 5. i 9. ZZTN-a, odbaci jer ne postoje uvjeti za pokretanje postupka Agencije po službenoj dužnosti radi utvrđivanja sprječavanja, ograničavanja ili narušavanja tržišnog natjecanja zlorabom vladajućeg položaja protiv poduzetnika BAT, u smislu članka 39. ZZTN-a, a primjenom članka 13. ZZTN-a.

Vijeće svoju odluku obrazlaže kako slijedi.

Sukladno propisima o zaštiti tržišnog natjecanja, da bi bila riječ o sprječavanju, ograničavanju ili narušavanju tržišnog natjecanja zlorabom vladajućeg položaja moraju istodobno biti ispunjena dva kumulativna uvjeta i to: da se konkretni poduzetnik nalazi u vladajućem položaju na mjerodavnom tržištu u smislu članka 12. ZZTN-a te da taj vladajući položaj zlorabuje na neki od načina navedenih u članku 13. ZZTN-a.

U trenutku raskida Sporazuma o distribuciji s Robertom plus BAT se nije nalazio u vladajućem položaju na mjerodavnom tržištu s obzirom na tržišni udjel od [...] % na tržištu distribucije i prodaje cigareta, a čak i u situaciji da se nalazio u vladajućem položaju njegovo ponašanje ne bi bilo u suprotnosti s propisima o zaštiti tržišnog natjecanja, jer nisu kumulativno zadovoljeni kriteriji za utvrđenje odbijanja poslovanja, a ponudio je i objektivno opravdanje.

U konkretnom slučaju postoje neupitni dokazi, a koje potvrđuje i sam podnositelj inicijative, primjerice [...], da BAT ima potraživanja prema podnositelju inicijative tj. poduzetnicima u njegovom vlasništvu, između ostalih prema Robertu plus i Smokingu. Sukladno propisima o zaštiti tržišnog natjecanja te kriterijima iz pravne stečevine Europske unije, postupanje BAT-a stoga je moguće objektivno opravdati, budući da je na opisani način branio svoje poslovne interese i mjere koje je poduzeo razmjerne su i odgovarajuće za zaštitu istih.

S obzirom na naprijed navedeno utvrđenje kako nisu kumulativno ispunjene pretpostavke za utvrđivanje zlorabom vladajućeg položaja, u konkretnom slučaju nema uvjeta za pokretanje postupka protiv BAT-a.

Slijedom navedenog, Agencija je na temelju odluke Vijeća, a primjenom članka 38. stavka 5. ZZTN-a, odlučila kao u izreci ovoga rješenja.

Uputa o pravnom lijeku

Protiv ovog rješenja nije dopuštena žalba, ali podnositelj inicijative može tužbom pokrenuti upravni spor pred Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske u roku od trideset (30) dana od dana dostave ovoga rješenja.

Predsjednik Vijeća
za zaštitu tržišnog natjecanja

Mladen Cerovac, mag. iur.

Napomena:

Sukladno članku 53. ZZTN, podaci koji predstavljaju poslovnu tajnu izuzeti su od objavljivanja te su u tekstu navedeni podaci označeni [...], odnosno koriste se postoci u rasponu.