

KLASA: UP/I 034-03/2016-01/021
URBROJ: 580-10/76-2018-033
Zagreb, 8. lipnja 2018.

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“, br. 79/09 i 80/13), postupajući po inicijativi g. Nevena Perice iz Zagreba, Bakarska 17, zastupanog po odvjetničkom društvu [...], sa sjedištem u 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 [...], odvjetniku iz odvjetničkog društva [...], sa sjedištem u Z., na temelju odluke Vijeća za zaštitu tržišnog natjecanja, u sastavu: Mladen Cerovac, mag. iur., predsjednik Vijeća, Vesna Patrlj, dipl. iur., zamjenica predsjednika Vijeća i mr. sc. Tatjana Peroković, članovi Vijeća, sa sjednice 10/2018., održane 8. lipnja 2018., postupajući po presudi Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, pod poslovnim brojem: UsII-69/17-5, od 26. travnja 2018., donosi sljedeće

RJEŠENJE

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

Obrazloženje

Rješenjem Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja (dalje: Agencija), KLASA: UP/I 034-03/2016-01/021, URBROJ: 580-10/76-2017-027, od 24. veljače 2017., na temelju članka 31., članka 38. stavaka 5. i 9. te članka 58. stavka 1. točke 15. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja („Narodne novine“, br. 79/09 i 80/13; dalje: ZZTN), odbačena je inicijativa g. Nevena Perice iz Zagreba, Bakarska 17, zastupanog po odvjetničkom društvu [...], sa sjedištem u Z. (dalje: podnositelj inicijative ili Neven Perica), 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), u smislu članka 39. ZZTN-a, a primjenom članka 13. ZZTN-a.

Presudom Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, pod poslovnim brojem: UsII-69/17-5, od 26. travnja 2018., navedeno je rješenje Agencije poništeno i predmet je vraćen Agenciji na ponovni postupak.

Iz obrazloženja navedene presude Visokog upravnog suda Republike Hrvatske proizlazi kako iz osporenog rješenja Agencije nije moguće zaključiti je li ona utvrđivala vladajući položaja BAT-a ili nije. Stoga je ocjena suda da Agencija u obrazloženju pobijanog rješenja nije na nedvojben način navela razloge zbog kojih je odlučila da nema uvjeta za pokretanje postupka,

čime je počinila bitnu povredu odredbi o postupku u smislu članka 67. stavka 1. točke 2. ZZTN-a.

Slijedom navedenoga, razvidno je kako Visoki upravni sud Republike Hrvatske kao razlog poništavanja predmetnog rješenja Agencije te nedostatak koji u istome treba otkloniti navodi nejasno i nedovoljno elaborirano obrazloženje tog rješenja, pri čemu nije dao uputu na koji način te nedostatke treba otkloniti u ponovnom postupku rješavanja iste upravne stvari, odnosno nije dao uputu o tome da je činjenično stanje potrebno dodatno utvrditi.

Stoga je Agencija, sukladno članku 81. stavku 2. Zakona o upravnim sporovima („Narodne novine“, br. 20/10 i 143/12), pridržavajući se pravnog shvaćanja i primjedbi Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, nakon ponovnog razmatranja predmeta i na temelju utvrđenog činjeničnog stanja, izradila novo rješenje.

1. Inicijativa za pokretanje postupka

Agencija je 26. kolovoza 2016., sukladno članku 37. ZZTN-a, zaprimila inicijativu g. Nevena Perice za pokretanje postupka utvrđivanja zlouporabe vladajućeg položaja protiv poduzetnika BAT Investments te posredno protiv poduzetnika BAT, u kojoj, 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 [...] zaključenog s g. Nevenom Pericom (dalje: Sporazum) 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

Podnescima 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. S.P. 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.

Vezano za Ugovor 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 Sporazuma, odnosno sporazumima kojima su podnositelj inicijative i s njim povezana društva založili svoju imovinu kao osiguranje vraćanja duga, poduzetnik Roberto plus i podnositelj inicijative eksplicitno priznali dug. Ujedno dodaje kako je o valjanosti BAT-ove odluke o raskidu predmetnog Ugovora 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 Sporazum s raskidom Ugovora o distribuciji budući da je člankom 6.1. otplatnog plana koji čini dio predmetnog Sporazuma izričito određeno da sklapanje tog Sporazuma ne utječe na pravo raskida Ugovora o distribuciji sklopljenog između BAT-a i Roberta plus. Osim toga, BAT naglašava da je Ugovor raskinut zbog povreda obveza koje je preuzeo podnositelj inicijative, sukladno članku 5.2. Ugovora.

U odnosu na BAT Investments, BAT naglašava da je isti stekao udjele u TDR-u u listopadu 2015., dok je Ugovor 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.

Tvrdnju 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 Ugovora o distribuciji, BAT navodi kako je bila riječ o isporuci uobičajene mjesečne količine robe, što ne koincidira s raskidom Ugovora 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, BAT navodi kako raskid Ugovora 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 udovoljio je traženju Agencije podnescima zaprimljenim 22. prosinca 2016. i 31. siječnja 2017. 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 [...] od prenositelja Adris Grupa d.d. stekao [...] poslovni udjel koji predstavlja [...] temeljnog kapitala društva TDR.

Pored navedenoga, podnositelj inicijative ukazuje na članak 2. [...]. Vezano na navedeno, objašnjava da poduzetnik BAT Investments Ltd drži [...] 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. S.P. 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 [...] BAT i Roberto plus sklapaju [...] o distribuciji duhanskih proizvoda;
- dana [...] BAT i Roberto plus sklapaju [...];
- dana [...] BAT i Roberto plus sklapaju [...];
- dana [...] BAT i Roberto plus sklapaju [...].

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 predstavnika, 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 „utrpa“ 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 ona 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 dospelje 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 dospijeću, već je dana [...] sklopljen Sporazum 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 [...]. Ujedno dodaje kako je cilj predmetnog Sporazuma bio da se dotadašnje dospelje dugovanje reprogramira kroz razdoblje [...], a buduće isporuke robe podmiruju redovno sukladno odredbama Ugovora o distribuciji. Također, navodi da, kao osiguranje za povrat i kontrolu povrata navedenog duga, podnositelj inicijative ustupa BAT-u [0-5]% udjela u svim društvima u svom vlasništvu (Roberto plus, Smoking, ODL Firm d.o.o., Raul d.o.o., Grano d.o.o., Rea Corporation d.o.o., Kuhinja d.o.o., Kristofer d.o.o., Crveni krug d.o.o., Dišpet d.o.o.) i daje mu zalog na preostalih [...] % udjela koje mu ostaju u vlasništvu te pristaje da BAT u svim navedenim društvima imenuje svog člana uprave bez kojeg trenutni član uprave ne može donijeti niti jednu odluku niti potpisati bilo koji dokument.

Podnositelj inicijative naglašava kako je isticanje duga kao razlog za raskid Ugovora o distribuciji sklopljenog dana [...] paušalno i netočno s obzirom na sljedeće činjenice:

- na dan potpisa Sporazuma ukupan je dug iznosio [...] eura, dok je nedospjeli dug iznosio [...] eura, odnosno [...] kune više nego na dan raskida Ugovora;
- u trenutku raskida Ugovora 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 g. A. P. tj. osoba koja je postavljena od strane BAT-a;
- suprotno cilju Sporazuma kojim je predviđena otplata istog duga u roku od [...], BAT raskida predmetni Sporazum nakon samo [...] 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“, br. 9/11; dalje: Uredba o mjerodavnom tržištu) te odredbe Zakona o općem upravnom postupku („Narodne novine“, br. 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“, br. 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.

U skladu s navedenim, Agencija je izvršila uvid i u primjere iz poredbene prakse, i to u presude Suda Europske unije u predmetima: Hilti AG protiv Europske komisije (C-53/92 P, ECLI:EU:C:1994:77) i Hoffmann-La Roche i Co. AG protiv Komisije Europskih zajednica (C-

85/76, ECLI:EU:C:1979:36, točke 41. i 59.). Presude su dostupne na internetskoj stranici <http://curia.europa.eu/>.

Također, izvršen je uvid i u sljedeće propise kojima se uređuju uvjeti poslovanja duhanske industrije u Republici Hrvatskoj:

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

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.

S obzirom na to da je BAT raskinuo Ugovor o distribuciji s poduzetnikom Roberto plus, iz navedenog potencijalno proizlazi da prvi odbija poslovati s potonjim kao dobavljač cigareta neophodnih za posao distribucije.

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 sudjeluje u prodaji cigareta na cjelokupnom teritoriju Republike Hrvatske, odnosno njegovi proizvodi stavljaju se u promet na cjelokupnom teritoriju Republike Hrvatske.

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

Uz proizvodnu i zemljopisnu, pri utvrđivanju mjerodavnog tržišta valja voditi računa i o njegovoj vremenskoj dimenziji.

S tim u svezi, podnositelj inicijative kao sukus svog problema naveo je raskid Ugovora o distribuciji koji je bio na snazi između BAT-a i Roberta plus, a do kojega je došlo 1. rujna 2015., kojim se zloroporabljuje vladajući položaj BAT-a i to na način da je BAT raskidom suradnje s Robertom plus istoga izbacio s tržišta distribucije cigareta, a Smoking s tržišta maloprodaje cigareta.

Slijedom navedenog, kao mjerodavno razdoblje promatra se trenutak raskida naprijed navedenog Ugovora o distribuciji, točnije 1. rujna 2015.

3.4. Položaj BAT-a na mjerodavnom tržištu

Sukladno propisima o zaštiti tržišnog natjecanja, da bi bila riječ o sprječavanju, ograničavanju ili narušavanju tržišnog natjecanja zloroporabom 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 zloroporabljuje na neki od načina navedenih u članku 13. ZZTN-a.

U odnosu na navedeno, Agencija je utvrdila kako se BAT u trenutku raskida Ugovora o distribuciji s Robertom plus - rujnu 2015., a prema podacima koje je dostavio sam podnositelj inicijative, nije nalazio u vladajućem položaju na mjerodavnom tržištu proizvodnje i prodaje cigareta u Republici Hrvatskoj, s obzirom na tržišni udjel od svega [0-5]%. Ako se promatra cijela godina 2015., BAT-ov tržišni udjel iznosi [0-5]%. Navedeni se podaci temelje na analizi tržišta proizvodnje i prodaje cigareta u Republici Hrvatskoj koju je proveo AC Nielsen, jedna od najuglednijih tvrtki za istraživanje tržišta u svijetu, stoga ih je Agencija u konkretnom slučaju uvažila kao vjerodostojan pokazatelj BAT-ove tržišne snage.

Tablica 1. Tržišni udjeli na tržištu proizvodnje i prodaje cigareta u 2015.

[...]

Izvor: podnesak podnositelja inicijative zaprimljen 22. prosinca 2016.
Obrada: AZTN

Tablica 2. Tržišni udjeli na tržištu proizvodnje i prodaje cigareta u 2015., po mjesecima

[...]

Izvor: podnesak podnositelja inicijative zaprimljen 22. prosinca 2016.
Obrada: AZTN

Naime, sukladno članku 12. ZZTN-a stavku 1. ZZTN-a, pretpostavlja se da je poduzetnik u vladajućem položaju ako se zbog svoje tržišne snage može ponašati na mjerodavnom tržištu u značajnoj mjeri neovisno o svojim stvarnim ili mogućim konkurentima, potrošačima, kupcima ili dobavljačima, a osobito ako: nema značajnih konkurenata na mjerodavnom tržištu; i/ili ima značajnu tržišnu snagu na mjerodavnom tržištu u odnosu na stvarne ili moguće konkurente, a osobito s obzirom na:

- tržišni udjel i položaj te vrijeme kroz koje ga ostvaruje, i/ili
- financijsku snagu, i/ili
- prednosti u pristupu izvorima nabave ili tržištu, i/ili
- povezanost s drugim poduzetnicima, i/ili
- pravne ili činjenične zapreke pristupa drugih poduzetnika tržištu, i/ili
- sposobnost nametanja tržišnih uvjeta s obzirom na njegovu ponudu ili potražnju, i/ili
- sposobnost isključivanja konkurenata s tržišta usmjeravanjem na druge poduzetnike.

Stavkom 2. određeno je da poduzetnik čiji tržišni udjel na mjerodavnom tržištu iznosi više od 40 posto može biti u vladajućem položaju.

Sukladno članku 13. stavku 2. Uredbe o mjerodavnom tržištu, tržišni udjel izračunava se na temelju vrijednosti proizvodnje i/ili prodaje (izražene u kunama) ili na temelju obujma (količina) proizvodnje i/ili prodaje (izražene u broju komada ili drugim mjernim jedinicama).

Tržišni udjeli predstavljaju korisnu prvu indikaciju o strukturi tržišta i relativnoj snazi različitih poduzetnika koji djeluju na mjerodavnom tržištu.

Sud EU konzistentno tijekom posljednjih 25 godina drži stav da su visoki tržišni udjeli te visoka razlika udjela u odnosu na najjačeg konkurenta sami po sebi dovoljni za utvrđenje postojanja vladajućeg položaja. Naime, u presudi Suda EU u predmetu *Hoffmann-La Roche Co. AG*, Sud je naveo „*da iako značaj tržišnih udjela može varirati od tržišta do tržišta, može se legitimno zauzeti stajalište da je vrlo visok udio sam po sebi, osim u posebnim okolnostima, dokaz postojanja vladajućeg položaja.*“

Udjel od preko 70% općenito se smatra kao snažan dokaz vladajućeg položaja. U predmetu *Hoffmann-La Roche* ispitivan je poduzetnik s udjelima od 70% do 90% na tržištima nekoliko vitamina, što je smatrano tako visokim udjelima da oni dokazuju postojanje vladajućeg položaja.

U predmetu *Hilti AG*, Opći je sud podržao stajalište Komisije da su tržišni udjeli između 70% i 80% tako visoki da ne zahtijevaju daljnje dokaze za utvrđenje vladajućeg položaja.

Suprotno navedenom, *argumentum a contrario*, može se zaključiti kako su niski tržišni udjeli dobar pokazatelj nepostojanja značajne tržišne snage.

S obzirom na to da je BAT u trenutku raskida Ugovora o distribuciji s Robertom plus na mjerodavnom tržištu proizvodnje i prodaje cigareta u Republici Hrvatskoj ostvarivao udjel u visini od [0-5]%, odnosno taj je udjel iznosio [0-5]% na razini cijele godine, utvrđeno je kako se nije nalazio u vladajućem položaju na mjerodavnom tržištu.

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 10/2018., održanoj 8. lipnja 2018., postupajući po presudi visokog upravnog suda Republike Hrvatske, pod poslovnim brojem: UsII-69/17-5, od 26. travnja 2018., ponovno je razmatralo navedeni predmet te je donijelo odluku da se inicijativa g. 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 zlouporabom vladajućeg položaja protiv poduzetnika BAT, u smislu članka 39. ZZTN-a, a primjenom članka 13. ZZTN-a.

Vijeće svoju odluku obrazlaže kako slijedi.

Podnositelj inicijative kao sukus svog problema naveo je raskid Ugovora o distribuciji koji je bio na snazi između BAT-a i Roberta plus, a do kojega je došlo 1. rujna 2015., čime je BAT, prema njegovom mišljenju, zloupotrijebio vladajući položaj jer je poduzetnika Roberto plus izbacio s tržišta distribucije cigareta, a poduzetnika Smoking s tržišta maloprodaje cigareta.

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 konkretni poduzetnik nalazi u vladajućem položaju na mjerodavnom tržištu u smislu članka 12. ZZTN-a te da taj vladajući položaj zloupotrijebi na neki od načina navedenih u članku 13. ZZTN-a.

BAT je u trenutku raskida Ugovora o distribuciji s Robertom plus - rujnu 2015. na mjerodavnom tržištu proizvodnje i prodaje cigareta u Republici Hrvatskoj ostvarivao udjel u visini od [0-5]%, dok je na razini cijele 2015. godine ostvarivao udjel od [0-5]%. Stoga je utvrđeno kako se BAT nije nalazio u vladajućem položaju na predmetnom mjerodavnom tržištu, u smislu članka 12. ZZTN-a.

S obzirom na naprijed navedeno, budući da nije utvrđeno postojanje jedne od dviju kumulativnih pretpostavki za utvrđivanje zloupotrijeba vladajućeg položaja BAT-a - vladajućeg položaja, taj poduzetnik nije niti mogao počinuti zloupotrijebom vladajućeg položaja u smislu članka 13. ZZTN-a. Stoga 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.