



REPUBLIKA HRVATSKA
UPRAVNI SUD U ZAGREBU
Avenija Dubrovnik 6 i 8



UP/I 030-02/11-01/026
437-06/41-2012-049

Poslovni broj: Usl-1045/12-8

AGENCIJA ZA ZAŠTITU TRŽIŠNOG NATJECANJA
Z A G R E B

Primljeno:	01-10-2012	Org. jed.
Reg. broj:	UP/I 030-02/11-01/026	
Uradni broj:	437-06/41-2012-049	11. Pam. Vrij.

U IME REPUBLIKE HRVATSKE

PRESUDA

Upravni sud u Zagrebu, u vijeću sastavljenom od sudaca toga suda Tamare Bogdanović, predsjednice vijeća, Ivana Levaka i Željke Zrilić Ježek, članova vijeća te Mirele Gašpert Bertić, zapisničarke, u upravnom sporu tužitelja JT International Zagreb d.o.o., Zagreb, Radnička cesta 34, kojeg zastupaju opunomoćenici Damir Topić, Saša Divjak i Emir Bahtijarević, odvjetnici Odvjetničkog društva Divjak, Topić & Bahtijarević u Zagrebu, Ivana Lučića 2a/18, protiv tuženice Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja, Zagreb, Savska cesta 41, radi tržišnog natjecanja, nakon usmene i javne rasprave, 11. rujna 2012.,

presudio je

Odbija se zahtjev za poništavanje zaključka tuženice Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja, Klasa: UP/I 030-02/2011-01/026, Urbroj: 580-06/42-2012-035 od 12. siječnja 2012. i za naknadu troška upravnog spora u iznosu od 5.000,00 kn.

Obrazloženje

Osporavanim zaključkom tuženice Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja, Klasa: UP/I 030-02/2011-01/026, Urbroj: 580-06/42-2012-035 od 12. siječnja 2012. odbačena je inicijativa tuženika, jer ne postoje uvjeti za pokretanje postupka po službenoj dužnosti.

Tužitelj u tužbi pobija zakonitost osporavanog zaključka i traži održavanje rasprave, te utvrđivanje narušavanja tržišnog natjecanja zlouporabom vladajućeg položaja TDR vezano za TDR –ove nezakonite ugovore s nekim od najvećih maloprodajnih lanaca u RH kojima se zabranjuje tim maloprodavateljima da prodaju JTI-eve proizvode, nezakonite odredbe TDR –ovih tipskih ugovora prije 2011. i iz 2011., TDR-ove nezakonite usmene ponude i ugovore s maloprodavateljima, kojima se nude poticaji u zamjenu za odbijanje poslovanja s konkurentima, koje navode je tuženik potkrijepio dokazima u svojoj inicijativi od 7. lipnja 2011., a jedino tuženica sukladno svojim istražnim ovlastima može izvesti dokaze kojima bi bilo utvrđeno postojanje određenih zlouporabnih radnji, a posebno TDR-ovih usmenih dogovora s maloprodavateljima kojima osigurava isključenje konkurenata s tržišta. Posebno je trebalo uzeti u obzir da su TDR –ovi ugovori s kupcima prijašnjim odlukama tuženice bili ocjenjeni zlouporabnima u čitavom razdoblju od 1999. do kraja 2010., a što je razvidno iz tuženikovih odluka UP/I 030-02/2006-01/082, UP/I 030-02/2000-01/04 i UP/I 030-02/2011-01/003 i da je pored tuženikove inicijative zaprimljeno još tri inicijative za pokretanje postupka protiv TDR-a, i to od Udruge trgovaca Međimurja, Divne Trstenjak, vlasnice trgovačkog obrta BUBA, Smoking d.o.o. i Kaerotrade d.o.o., drugu inicijativu od BAT Hrvatska d.o.o. i treću od poduzetnika Victa d.o.o., te je unatoč navedenim okolnostima

tuženica bez otvaranja postupka protiv TDR-a odbacila sve četiri inicijative. U odjeljku IV.II. obrazloženja pobijanog zaključka navodi se kako je TDR-ova prodajna politika koja je u primjeni od 1. siječnja 2011. već ocjenjivana po inicijativi Udruge trgovaca Međimurja, a tužitelj ni na koji način nije sudjelovao u navedenom postupku, no tuženica prema načelu ne bis in idem ne može ponovo odlučivati o istom, te tužitelj ističe da se ne radi o istoj stvari među istim strankama u kojoj postoji pravomoćan upravni akt. Tuženica je umjesto da obrazloži osporavani zaključak, tužitelju dostavila zaključak o odbacivanju navedene Inicijative u čiji spis tužitelj nema pravo uvida, jer nije bio stranka u tom postupku, pa ne može provjeriti istinitost navoda tuženice u tom predmetu. Neosnovana je tvrdnja tuženice da ne postoje dostatne indicije da je TDR svojom prodajnom politikom u 2011. imao namjeru kršiti propise o zaštiti tržišnog natjecanja niti da bi nova prodajna politika dovela do negativnih učinaka na tržišno natjecanje na mjerodavnom tržištu. Tuženica navodi kako je u zasebnom predmetu klasa 031-02/2010-01/160 na zahtjev TDR-a tuženica ocjenjivala nacрте TDR-ovih prijedloga tipskih ugovora za 2011. i to Ugovora o prodaji duhanskih proizvoda i Ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora, te je tek na izmijenjene tekstove ugovora nakon uvažanih primjedaba tuženice, tuženica dala pozitivno mišljenje na nacрте tipskih ugovora, iako tuženica nije ovlaštena unaprijed dati pozitivno mišljenje na nacрт TDR-ove prodajne politike, niti navedeno može ekskulpirati TDR za njegove protutržišne tipske ugovore i komercijalne prakse u 2011. Navedeni predmet nije javno dostupan, te TDR-ov kupac nema mogućnosti provjeriti je li ponudeni ugovor doista onaj na koji je tuženica dala pozitivno mišljenje. Nedostavljanje tuženici na ocjenu Aneksa s ograničavajućim odredbama, kao i potpisivanje ograničavajućih ugovora s kupcima prije dobivanja mišljenja, ukazuje na to da je TDR-ova namjera bila koristiti tuženikovo mišljenje kao paravan za kupce i javnost općenito, a potajno s kupcima imati sklopljene drugačije ugovore. Tuženica je u predmetu po inicijativi Malih trgovaca utvrdila da su TDR-ovi ugovori u 2011. sadržavali ograničenja tržišnog natjecanja, ali je TDR samostalno uklonio sve ograničavajuće odredbe, pri čemu je tek 12. svibnja 2011. dostavio tuženiku nacрт Aneksa br. 3. kojim je stavljen izvan snage ograničavajući Aneks br. 1. Ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora, a tek 18. kolovoza 2011. podnesak kojim obavještava tuženicu da su Aneksi broj 3. i potpisani s kupcima. Iz toga proizlazi da je TDR barem u prvih 8,5 mjeseci 2011. imao na snazi ograničavajuće ugovore, što se u pravu tržišnog natjecanja ne može smatrati kratkim razdobljem. Smatra da se opadanje TDR-ovog tržišnog udjela u 2011. godini, uz istovremeni rast tržišnih udjela konkurencije ne može tumačiti kao izostanak negativnih učinaka TDR-ove prodajne politike na tržišno natjecanje, jer TDR i danas uvjerljivo drži vladajući položaj na tržištu sa 60-70% tržišnog udjela, te nije poznato kakvo bi bilo stanje da je na mjerodavnom tržištu u proteklih najmanje 11 godina vladalo nesputano i slobodno tržišno natjecanje. Pri tome treba posebno uzeti u obzir članak 3.1. Aneksa ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora, koja TDR daje pravo da jednostrano mijenja kupčevu naknadu u slučaju promjene uvjeta poslovanja i/ili obujma međusobne suradnje koji imaju utjecaja na ukupne neto financijske primitke ugovornih strana u poslovanju s TDR-ovim proizvođačima. Ističe da navedena odredba predstavlja zabranjeno ograničenje tržišnog natjecanja bez potrebe da doista i bude primijenjena u praksi, jer je očito da TDR-ovo pravo da po slobodnoj ocjeni jednostrano smanjuje kupčevu naknadu može biti korišteno za discipliniranje nekooperativnih kupaca. Prema informacijama koje tužitelji prodajni predstavnici dobivaju od nekih prodavatelja radi se o tome da TDR inzistira da kupci koji s njime sklope ugovor o zakupu prodajno-skladišnog prostora u ponudi uopće ne drže neke ili sve konkurentske cigarete. Podnesci Mercatora i TDR-a koji su priloženi spisu predmeta u inicijativi Malih trgovaca upućuje na slijedeće činjenice da je aneks broj 2. Ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora broj 8818 sklopljen tek 02. siječnja 2012., pa je nejasno kako tuženica u osporavanom zaključku može navoditi da je TDR uskladio svoje tipske ugovore s

primjedbama tuženice kada je u trenutku donošenja rješenja 12. siječnja 2012. imao dokaz da TDR takvo usklađenje nije proveo s Mercatorom, jer je navedeni Aneks broj 2. tuženici dostavljen tek 23. siječnja 2012. Time se opravdano dovodi u pitanje TDR-ova provedba usklađenja i s ostalim, prvenstveno manjim kupcima. Stoga tužitelj predlaže da sud izvrši uvid u cjelokupni spis predmeta tuženice po inicijativi Malih trgovaca te utvrdi je li TDR doista dostavio u spis anekse ugovora sa svim svojim kupcima. Tuženica utvrđuje kako se maksimalni udjel prodajnog prostora koji TDR može zakupiti mora ograničiti i na tržišni udjel TDR-a u godini koja je prethodila sklapanju ugovora, a pri tom tuženica navodi kako to ne smije biti više od 80% u 2011. godini a sama tuženica u tablicama na str. 8 osporavanog zaključka navodi kako TDR-ov tržišni udio u 2009. i 2010. godini iznosi 70-80% pa TDR u 2011. godini ne bi mogao zakupljivati 80% prodajnog prostora, nego bi maksimalna površina zakupa trebala biti ograničena na niži postotak od 80%, pa iz navedenog proizlazi da su zaključci tuženice u tom pogledu potpuno proturječni. Iz odluke Europske komisije od 22. lipnja 2005. razvidno je da je Coca-Cola zakupljivanjem mjesta na policama za svoj cjelokupni asortiman koristeći svoje najpopularnije brendove osigurala mjesta na polici i za svoje manje popularne brendove, iz tog razloga Coca-Coli nije dozvoljeno da zajedno ugovara prostor na policama za svoj cjelokupni asortiman proizvoda. Također naknada koja se daje za mjesto na policama za Coca-Coline manje popularne brendove ne smije ni na koji način biti vezana za prodaju ili mjesto na policama najpopularniji cola i/ili naranča brendova, a s druge strane ugovorne obveze vezano za prostor na policama koje nameće TDR izričito se odnose na cijeli TDR-ov asortiman proizvoda. Ispravnom primjenom europske prakse iz predmeta Coca-Cola TDR bi bio dužan zasebno ugovarati mjesto na policama za svoje popularnije i manje popularne brendove, te bi za svoje najpopularnije brendove morao ograničiti maksimalne obveze vezano za prostor na policama na 95% prošlogodišnjeg udjela na tržištu prema AC Nielsenu. Tuženica u osporavanom zaključku navodi kako iz predmeta Coca-Cola proizlazi da je vladajući poduzetnik u obvezi ostaviti najmanje 20% prodajnog prostora kupcu da ga koristi prema vlastitom izboru, ali se ovo odnosi samo na hladnjake za pića koje Coca-Cola nudi svojim kupcima. Iz osporavanog zaključka ne proizlazi da je tuženica provela bilo kakav dokaz na okolnost je li TDR doista i izmijenio svoje ugovore o zakupu prodajno-skladišnog prostora u skladu sa smanjenjem svog tržišnog udjela iako je navedeni zaključak donesen nakon što je TDR već bio dužan uskladiti svoje ugovore o zakupu za 2012. godinu. Smatra da je tuženica bila dužna provesti takav dokaz jer bi propust TDR-a da aneksima ugovora s kupcima umanjuje postotak zakupljenog prodajnog prostora sukladno smanjenju svog tržišnog udjela predstavljao jasnu i nedvojbeno povredu pravila o tržišnom natjecanju. Tim više što je TDR u prošlosti u više navrata zlorabio svoj vladajući položaj na tržištu. Stoga tužitelj predlaže da se službenim putem zatraži od TDR-a dokaz da su sa svim kupcima sklopljene izmjene ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora kojima TDR u 2012. smanjuje svoj zakupljeni prodajni prostor sukladno svom tržišnom udjelu u 2011. prema AC Nielsenu, te od reprezentativnog uzorka TDR-ovih kupaca zatražiti podatke o tome jesu li zaista potpisane takve izmjene i provode li se u praksi. Tužitelj napominje da je prema podacima koje dobiva od AC Nielsena TDR-ov količinski tržišni udjel u 2011. iznosio 72,8% te tužitelj u tužbi prilaže navedeno izvješće. Tuženica je prilikom analize stanja na tržištu propustila uzeti u obzir postotak prodajnih mjesta na kojima su prisutni proizvodi tužitelja i ostalih TDR-ovih tržišnih takmaca, koji pokazatelj je puno značajniji od razmatranja kretanja tržišnih udjela TDR-a i njegovih konkurenata. Tužitelj je istaknuo kako je uspio postići prisutnost svojih proizvoda na ukupno 3253 maloprodajnih mjesta, što prema tužiteljevim procjenama iznosi tek oko 20% ukupnog broja prodajnih mjesta koja drže cigarete u RH te tužitelj ni danas nije prisutan u ponudi Konzuma, Tiska ni Mercatora koji predstavljaju najveće trgovce u RH, a nema za to razumnog objašnjenja, jer su tužiteljevi brendovi cigareta među najpopularnijima u svijetu, iako je rabat koji tužitelj i ostali konkurenti nude

maloprodavateljima višestruko viši od onog koji nudi TDR. Upravo je to najznačajniji negativni učinak TDR-ovih zlouporabnih praksi. Tužitelj ne vidi niti jedan razlog zbog kojeg bi Konzum i Tisak radi započinjanja poslovanja s tužiteljem bili primorani raskinuti poslovni odnos s TDR-om, koji ne može prijetiti raskidanjem ugovora u slučaju da njegovi kupci odluče poslovati s konkurencijom. Tuženica je neopravdano na ovu okolnost propustila saslušati direktora tužitelja Sinišu Trbojevića i djelatnika Paula Maudsleya, Olesije Lopate i Lane Galić, pa je jasno da je činjenično stanje ostalo nepotpuno utvrđeno te tužitelj u tužbi predlaže provesti dokaz saslušanja navedenih svjedoka, a Paula Maudsleya i Olesije Lopate uz prisutnost sudskog tumača za engleski jezik. Tužitelj navodi da je pobijani zaključak nezakonit i u dijelu upute o pravnom lijeku, jer Upravni sud Republike Hrvatske ne postoji, već postoji više prvostupajskih upravnih sudova i Visoki upravni sud Republike Hrvatske.

Tužitelj predlaže sudu da poništi osporavani zaključak, da naloži tuženici da u roku od 30 dana donese zaključak kojim se protiv TDR-a d.o.o. Rovinj, Obala Vladimira Nazora 1 pokreće postupak utvrđivanja narušavanja tržišnog natjecanja zlouporabom vladajućeg položaja različitim praksama i ugovorima s maloprodavateljima cigareta s ciljem zatvaranja tržišta svojim konkurentima poduzetim u razdoblju od 1. siječnja 2011. nadalje te od tuženice traži naknadu troška postupka u roku od osam dana pod prijetnjom ovrhe.

Tuženica u odgovoru na tužbu u cijelosti ostaje kod navoda danih u obrazloženju osporavanog rješenja, te smatra da je zaključak donesen pravilnom primjenom Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja, pravilnom primjenom Uredbe o načinu i kriterijima utvrđivanja mjerodavnog tržišta i u skladu s člankom 70. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između evropskih zajednica i njihovih država članica i Republike Hrvatske. Po zaprimanju inicijative za pokretanje postupka provedeno je prethodno ispitivanje stanja na tržištu distribucije (trgovine) cigaretama u Republici Hrvatskoj, kako bi se utvrdilo postoje li pretpostavke za donošenje zaključka o pokretanju postupka kojim bi se po službenoj dužnosti pokrenuo postupak utvrđivanja zlouporabe vladajućeg položaja protiv TDR-a u smislu članka 13. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja. Tuženica je zatražila očitovanja, podatke i dokumentaciju od tužitelja, od TDR-a i ostalih poduzetnika kao što su Inovine, Tisak, Konzum, Agrokor, Ultra Gross i Mercator-H, te je tuženica utvrdila kako ne postoje dostatne indicije koje bi ukazivale da TDR zlouporabljuje svoj vladajući položaj na mjerodavnom tržištu te je u osporavanom zaključku odgovoreno na svaki pojedinačni navod tužitelja iz inicijative. Posebno ističe da je Mercator-H ugovor o prodaji duhanskih proizvoda N/R potpisao s TDR-om 31. prosinca 2010., Aneks broj 1. Ugovoru 20. siječnja 2011., Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora 8. veljače 2011., koji Ugovor je u cijelosti bio sukladan propisima o zaštiti tržišnog natjecanja, a nakon toga 23. veljače 2011. TDR s Mercatorom-H sklapa Aneks broj 1. Ugovoru o zakupu koji je sadržavao odredbu članka 3.1. s elementima jednostranosti koja bi mogla biti sporna da je primijenjena u praksi, ali je radi usklađivanja TDR ponudio na potpis Mercatoru-H Aneks broj 2. dana 1. srpnja 2011. koji Aneks je Mercator-H potpisao tek 2. siječnja 2012., što znači da je navedena činjenica bila odraz slobodne volje Mercatora-H, a ne da bi TDR na navedeni način zlouporabio svoj vladajući položaj na mjerodavnom tržištu. Prilikom uvida u spis tuženica je tužitelju u smislu članka 47. stavka 5. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja omogućila uvid i u tu dokumentaciju, u dijelu koji ne predstavlja poslovnu tajnu u smislu članka 53. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja, o čemu u spisu postoji službena zabilješka. U odnosu na tvrdnju tužitelja da je tuženica propustila provesti dokazni postupak u predmetu povodom inicijative tužitelja protiv TDR-a, unatoč tome da je tuženica, u razdoblju od 1999. do 2010. u dva predmeta utvrdila postojanje zlouporabe vladajućeg položaja tog poduzetnika, tuženica ističe da je rješenjem od 28. prosinca 2006. objavljenim u Narodnim novinama broj 18/07. utvrđeno da su poduzetnici ADRIS GRUPA i Ronhill d.o.o. (sada TDR) narušili tržišno natjecanje monopolističkim djelovanjem, odnosno zlouporabu vladajućeg položaja sklapanjem zabranjenih sporazuma na način opisan u točkama I-V izreke

tog rješenja, koje rješenje je potvrdio i Upravni sud Republike Hrvatske presudom broj Us-1702/2007 od 24. ožujka 2010., a koja je objavljena u Narodnim novinama broj 71/10., i da je rješenjem od 16. lipnja 2011. utvrđena zlouporaba vladajućeg položaja poduzetnika ADRIS GRUPE d.d. i TDR d.o.o. u razdoblju od 15. kolovoza 2004. do 31. prosinca 2010., koje je objavljeno u Narodnim novinama broj 103/11., a kojim je utvrđeno da su poduzetnici pod kontrolom ADRIS GRUPE donošenjem općih uvjeta koji se odnose na poslovanje s njihovim kupcima koji su bili na snazi od 15. kolovoza 2004. do 31. prosinca 2010. spriječili, ograničili tržišno natjecanje zlouporabom vladajućeg položaja u smislu članka 16. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja, a posebno imajući u vidu da je navedenim rješenjem od 28. prosinca 2006. bilo zabranjeno svako buduće postupanje kojima bi poduzetnici ADRIS GRUPE i Ronhill d.o.o (sada TDR) mogli narušiti tržišno natjecanje, te se u ovom predmetu i dalje čeka presuda nadležnog upravnog suda. U oba slučaja tuženica je podnijela optužne prijedloge nadležnom prekršajnom sudu protiv ADRIS GRUPE i TDR-a radi njihovog kažnjavanja za prekršaj u smislu odredaba tada važećeg Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja, pa nije sporno da kada su objektivni dokazi ukazivali na postojanje zlouporabe vladajućeg položaja, tuženica navedeno i utvrdila bez obzira o kojem je poduzetniku riječ. U odnosu na navode tužitelja o postupanju u prodajnoj politici TDR-a koja je bila u primjeni do kraja 2010. godine, tuženik je riješio po službenoj dužnosti donoseći već ranije spominjano rješenje od 16. lipnja 2011. Vezano uz sporne odredbe iz Ugovora o prodaji duhanskih proizvoda, Ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora i Aneksa broj 2. koji su u primjeni od 1. siječnja 2011. tuženica je navedene odredbe detaljno analizirala u predmetu povodom inicijative Udruge trgovaca Međimurja u kojem predmetu je 13. listopada 2011. donesen zaključak za odbacivanje navedene inicijative, pa su u tom predmetu detaljno analizirane iste sporne odredbe nakon čega je utvrđeno da nema dostatnih indicija za pokretanje postupka prema službenoj dužnosti vezano uz prodajnu politiku TDR-a, koja je u primjeni od 1. siječnja 2011. i na koji zaključak u zakonskom roku nije podnesena tužba, te je dostavljen tužitelju u privitku osporavanog zaključka, te je sve obrazloženo i na stranicama 15, 16 i 17 osporavanog zaključka, te jedino nije ponovno u cijelosti citiran sadržaj svih navedenih odredbi. Netočan je navod tužitelja da tuženica nije bila ovlaštena davati mišljenje o prodajnoj politici TDR-a, a što je sve obrazloženo na stranici 16 i 17 obrazloženja osporavanog zaključka tuženika. Ističe da je sukladno članku 30. točki 8. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja propisano da Vijeće za zaštitu tržišnog natjecanja u upravljanju radom tuženice osobito utvrđuje pravila i mjere za zaštitu tržišnog natjecanja, mjere za otklanjanje narušavanja tržišnog natjecanja i druge mjere za unapređenje prava i politike tržišnog natjecanja na području Republike Hrvatske, pa su navedene ovlasti tuženice nesporne. Uputa o pravnom lijeku je striktna formulacija iz članka 67. stavka 1. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja koji je donesen 24. lipnja 2009., a stupio je na snagu 1. listopada 2010., dakle prije stupanja na snagu sada važećeg Zakona o upravnim sporovima, koji je na snazi od 1. siječnja 2012., ali je Upravni sud po službenoj dužnosti ionako dužan voditi računa o svojoj nadležnosti za postupanje po tužbi, urednosti tužbe i o postojanju pretpostavki za vođenje spora. U odnosu na tvrdnje tužitelja da je TDR barem u 8,5 mjeseci 2011. imao na snazi ograničavajuće ugovore što se ne može smatrati kratkim razdobljem, tuženica navodi da su ugovori stupili na snagu 1. siječnja 2011., da je tuženica od TDR-a 18. kolovoza 2011. zaprimila podnesak kojim TDR obavještava tuženicu da je završen proces potpisivanja Aneksa broj 3. Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora s kupcima kojim je u cijelosti stavljan van snage Aneks broj 1. navedenog ugovora. Stoga tuženica smatra da je riječ o odredbama ugovora koje zbog kratkog vremena u kojem su bile na snazi nisu prouzročile negativne učinke na tržišno natjecanje, a što dokazuje tržišni udjel tužitelja koji je značajno narastao u to vrijeme te predstavlja najizravniji dokaz da navedeni ugovori nisu prouzročili negativne učinke na tržišno natjecanje. Izuzetak je upravo slučaj poduzetnika Mercatora-H

koji je 8. veljače 2011. s TDR-om sklopio Ugovor o zakupu koji je već bio usklađen s propisima o zaštiti tržišnog natjecanja, pa stoga u njegovom slučaju nije bilo potrebe za sklapanjem Aneksa broj 3. Ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora, jer je odredba članka 3.1. koja je mogla biti sporna izmijenjena već Aneksom broj 2. navedenog Ugovora. Iz navedenog primjera proizlazi da se radi o još kraćem razdoblju trajanja kada je samo jedna odredba koja je mogla biti sporna bila na snazi, ali nikada nije ni bila primijenjena u praksi. Stoga tuženica smatra da su odredbe koje bi mogle dovesti do ograničavajućih učinaka na mjerodavnom tržištu otklonjene u najkraćem mogućem roku, odnosno do 23. ožujka 2011. te u slučaju Mercatora-H do sredine kolovoza 2011. a radi se o sklopljenim ugovorima s više od 1400 poduzetnika. U odnosu na tvrdnje tužitelja da je realno pretpostaviti da bi stanje na tržištu i tržišni udjeli TDR-ove konkurencije bili znatno drugačiji da nije bilo TDR-ove kontinuirane zlouporabe vladajućeg položaja kroz proteklih najmanje 11 godina, tuženica ističe da je njezina zakonska obveza bila utvrditi postojanje zlouporabe i poduzeti mjere za sankcioniranje takve zlouporabe, što je i učinjeno podizanjem optužnog prijedloga nadležnom prekršajnom sudu te široke zakonske ovlasti tuženice nisu propisane radi vođenja postupaka u slučaju kada nema dostatnih indicija o narušavanju tržišnog natjecanja, a tržišni udjeli TDR-a i njegovih konkurenata i trendovi njihova kretanja detaljno analizirani na stranicama 11, 12 i 13 obrazloženja osporavanog zaključka. Naime, iako je tužitelj na mjerodavno tržište ušao tek u travnju 2010. do kraja te godine ostvario je tržišni udjel veći od 1%, a u prvih 10 mjeseci 2011. tržišni udjel je porastao za više od 200%, dakle iznos prodaje se utrostručio u odnosu na prethodnu 2010. godinu. Stoga tuženica smatra nesporno utvrđenim da učinci desetmjesечne primjene nove TDR-ove rabatne politike nisu dovele do zatvaranja tržišta za TDR-ove konkurente putem osiguravanja postojećeg TDR-ovog tržišnog udjela i tržišne snage koja konstantno slabi i to ubrzanim tempom, dok tržišna snaga njegovih konkurenata na mjerodavnom tržištu raste. Vezano uz navod tužitelja da ukoliko je tuženica utvrdila da je TDR-ov tržišni udio u 2010. godini iznosio manje od 80%, tada TDR u 2011. nikako ne bi mogao zakupljivati 80% prodajnog prostora, tuženica ističe da stav Europske komisije u predmetu Coca-Cola treba tumačiti na način da aranžmani poduzetnika u vladajućem položaju vezano uz zakup površine namijenjene izlaganju i prodaji proizvoda u načelu trebaju biti u korelaciji s njegovim tržišnim udjelom, s time da je zabranjeno bilo kakvo uvjetovanje putem najpopularnijih brendova kako bi se osigurala bolja pozicija za one manje popularne zabranjena, pa je tuženica na predložene nacрте ugovora o prodaji duhanskih proizvoda i nacрте ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora dala pozitivno mišljenje, jer TDR-ovo ograničavanje maksimalno mogućeg zakupa ostavlja konkurentima najmanje 20% prostora čime je omogućen daljnji rast TDR-ovih konkurenata na mjerodavnom tržištu te je tuženica postigla da se u novoj prodajnoj politici TDR-a koja je u primjeni od 1. siječnja 2011. da se jasno odvoje pravni poslovi vezani uz prodaju cigareta iz asortimana TDR-a i pravni poslovi zakupa prodajno-skladišnog prostora, da se ograniči trajanje ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora sukladno propisima o zaštiti tržišnog natjecanja na 3 godine, da se ukine isplata rabata vjernosti i da se time osigura dovoljan prostor za rast i širenje konkurenata TDR-a na mjerodavnom tržištu. Na osnovi toga što su rezultati provedenog prethodnog ispitivanja stanja na mjerodavnom tržištu, jasno ukazali da primjena TDR-ove nove prodajne politike koja je na snazi od 1. siječnja 2011. nije dovela do učinaka istiskivanja niti do zapreke daljnjeg širenja konkurenata na tržištu zaključno sa 30. listopada 2011. tuženica nije smatrala potrebnim ispitati određeni broj svjedoka predloženih od strane tužitelja o postojanju TDR-ovih zabranjenih usmenih sporazuma s kupcima, niti provjeriti zašto tužitelj nije uspostavio suradnju s Agrokorum, odnosno Tiskom i Konzumom, Ultra Grossom i Mercatorom-H. Analiza je pokazala da više od 2000 kupaca koji su s TDR-om sklopili ugovore o prodaji duhanskih proizvoda uopće nisu sklopili s TDR-om ugovor o zakupu prodajno-skladišnog prostora te da stoga konkurenti imaju na raspolaganju tržište s više od

2000 kupaca koji su zainteresirani za ostvarenje poslovne suradnje s TDR-ovim konkurentima u segmentu zakupa prodajno-skladišnog prostora i ostvarivanju poslovne suradnje. Tuženica upozorava da je sudu dostavljena preslika pobijanog zaključka koji sadrži pune podatke, a koji predstavljaju poslovnu tajnu poduzetnika u smislu članka 53. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja te se moli u tom smislu postupati s dostavljenim podacima.

Predlaže sudu da odbije tužbeni zahtjev.

Tužbeni zahtjev nije osnovan.

Sud je održao usmenu i javnu raspravu u prisutnosti opunomoćenice tužitelja i opunomoćenice tuženika, koji nisu zatražili isključenje javnosti s rasprave zbog tajnosti podataka, već je tuženica samo zatražila da se s posebnom pažnjom postupi s podacima spisa koji predstavljaju poslovnu tajnu, te je na održanom ročištu strankama dana mogućnost da se izjasne o svim činjenicama i pravnim pitanjima koja su predmet ovog upravnog spora sukladno odredbi članka 6. Zakona o upravnim sporovima (Narodne novine, broj: 20/10.).

Opunomoćenica tužitelja na ročištu je istakla da je prema uputama Agencije, TDR Agenciji predao novi tekst ugovora na koji je Agencija dala svoju suglasnost smatrajući da su novim tekstom ugovora otklonjene ranije utvrđene nepravilnosti u ugovorima. Agencija je ocjenjujući inicijativu tužitelja neosnovanom poklonila vjeru tvrdnjama TDR-a da je sklopio Anexe sa svim poslovnim partnerima kojima je postupio na način da se uskladio sa Zakonom o tržišnom natjecanju i pravilima tržišne utakmice, te je tim Ugovorima udio zakupljenih površina smanjen ispod 80% što ne znači da je TDR sve to i učinio, samo zato što to tvrdi. Smatra da za poduzetnika koji niz godina krši pravila tržišne utakmice nije realno očekivati da bi sama izrada novih ugovora otklonila raniju nelojalnu praksu i svijest kadra da bi se morao ponašati u skladu sa propisima o zaštiti tržišnog natjecanja, te bi Agencija prihvaćajući inicijativu dobila tek priliku istražiti navedenu situaciju na terenu. Neosnovano je poklonjena vjera i navodima poduzetnika koji samim svojim položajem ovise o TDR-u ili su pod njegovom kontrolom, te je stoga realno očekivati da takvi poduzetnici nikada neće ići protiv poduzetnika s vladajućim položajem na tržištu, te iz njihovih iskaza neće biti moguće utvrditi bilo kakvo nezakonito ponašanje, te je stoga Agenciji i dana široka ovlast da sama istražuje neovisno o prikupljenim iskazima poslovnih partnera, jer se kod prijedloga za inicijativu ne treba očekivati da predlagatelj prikupi konkretne dokaze, kada mu je do tih dokaza gotovo nemoguće doći, jer se radi o trećim osobama, te bi upravo Agencija to trebala učiniti.

Opunomoćenica tužitelja ostala je kod prijedloga iz tužbe da se službenim putem zatraži očitovanje TDR-ovih kupaca koji su sklopili ugovor sa TDR-om o tome koje konkurentske brendove cigareta drže u prodaji, te da dostave sklopljene Ugovore sa konkurentskim proizvođačima TDR-u, jer nepokretanje postupka prema inicijativi tužitelja i ostalim triju podnesenim inicijativama, ne doprinosi promjeni stanja na tržištu, te je i danas stanje nepromijenjeno.

Predala je u spis e-mail korespondenciju iz koje proizlazi da je zaključivanje ugovora sa Ultra Grossom onemogućeno tužitelju zato što je Ultra Gross obnovio ekskluzivu s TDR-om, a koja je zabranjena prema propisima o tržišnom natjecanju, te je primjerak istog uručen i tuženici.

Opunomoćenica tuženice ostala je kod odgovora na tužbu, te istakla da su tužbeni navodi u cijelosti neosnovani i sadrže niz opasnih konstrukcija koje ničim nisu dokazane kako niti u upravnom postupku pred Agencijom tako niti u ovom izlaganju pred sudom. U tužbi se radi o netočnom interpretiranju pravne osnove, jer se u postupku ne radi o ocjeni sporazuma već o ocjeni postoji li zlouporaba vladajućeg položaja TDR-a na tržištu, koju je sam tužitelj inicirao pred Agencijom. Samim time dolazi i do netočne interpretacije vrste postupka opunomoćenice tužitelja i ovlaštenja Agencije da u postupku koji je proveden po inicijativi tužitelja ocijeni sve sporazume koje su kupci sklapali sa TDR-om, jer je u inicijativi traženo da Agencija ocijeni da li je TDR svojim ponašanjem spriječio pristup tržištu tužitelju nakon

njegovog ulaženja na hrvatsko tržište u travnju 2010. Sama činjenica da je Agencija ranije vodila postupke protiv TDR-a ili bilo kojeg drugog poduzetnika ne smije prejudicirati postupanja nadležnog tijela u naknadno pokrenutim postupcima.

Na dokazni prijedlog tužitelja, opunomoćenica tuženika se očitovala da takav dokazni prijedlog ne bi pridonosio dokazivanju činjeničnog stanja u ovom predmetu, jer se u ovom postupku utvrđuje je li TDR zlorabio vladajući položaj na tržištu.

Opunomoćenica tužitelja obrazložila je da njihov prijedlog nije usmjeren na ocjenu sklopljenih sporazuma TDR-a i njihovih kupaca, i TDR-ovih konkurenata i kupaca već bi takvi usmeni ili pisani sporazumi trebali pomoći Agenciji da utvrdi pravo stanje na tržištu tj. na prodajnim policama npr. ima li Konzum na policama i konkurentskih cigareta i u kojoj količini, te postoje li zlorabe vladajućeg položaja TDR-a.

Opunomoćenica tuženika istakla je da je u ovom postupku utvrđeno da je u Ugovorima TDR-a s kupcima bio ostavljen tada traženi udjel od 20% za bilo koje druge konkurentske proizvođače cigareta, pri čemu se radi o poduzetničkoj slobodi hoće li u tom postotku biti zastupljen samo jedan konkurentski proizvođač, više njih ili svi konkurentski proizvođači.

Sud je saslušao zaposlenika tuženice [REDACTED] kao stručne osobe tuženice, koja je sudjelovala u ovom upravnom postupku, iako se opunomoćenica tužitelja protivila provođenju saslušanja. Zaposlenik tuženice, iskazao je da se protivi provođenju dokaznog prijedloga tužitelja iz razloga što TDR svoje ponašanje na tržištu definira kroz ugovore sklopljene sa distributerima, trgovcima na mjerodavnom tržištu trgovinc cigareta u RH, a iz navedenog proizlazi da ukoliko sprječava ulazak na tržište drugim konkurentima to bi moralo biti vidljivo iz ugovora sklopljenim sa svojim distributerima kupcima, te pri tome nije od utjecaja činjenica sa kojim konkurentskim proizvođačima su navedeni distributeri sklopili ugovore.

Sud je odbio provesti dokazni prijedlog tužitelja da se službenim putem zatraži očitovanje TDR-ovih kupaca koji su sklopili ugovor sa TDR-om o tome koje konkurentske brendove cigareta drže u prodaji, te da dostave sklopljene Ugovore s konkurentskim proizvođačima TDR-a, kao nesvrshodan, jer tužitelj ničim nije osporio činjenicu da je analiza tuženice pokazala da više od 2000 kupaca koji su s TDR-om sklopili ugovore o prodaji duhanskih proizvoda uopće nisu sklopili s TDR-om ugovor o zakupu prodajno-skladišnog prostora, te da stoga tužitelj i svi ostali konkurenti TDR-a imaju na raspolaganju tržište s više od 2000 kupaca koji su zainteresirani za ostvarenje poslovne suradnje s TDR-ovim konkurentima u segmentu zakupa prodajno-skladišnog prostora i ostvarivanju poslovne suradnje.

Opunomoćenica tužitelja ostala je kod dokaznog prijedloga iz tužbe da se zatraži od TDR-a dokaz da je sa svim svojim kupcima sklopio izmjene ugovora o zakupu prodajnog skladišnog prostora kojim TDR u 2012. smanjuje svoj zakupljeni prodajni prostor sukladno svom tržišnom udjelu u 2011. prema AC Nielsenu i da se kupci TDR-a očituju provode li se takve izmjene u praksi, obzirom da tužitelj ima informaciju da se izmjene ugovora o zakupu u stvarnosti ne provode i da udjel zakupljenog prostora stvarno nije smanjen.

Opunomoćenica tuženice očitovala se da je inicijativa podnesena 07. lipnja 2011. i da je činjenično stanje utvrđivano sukladno tome za mjerodavnu godinu 2010. i pri tome je utvrđivano je li JTI i drugim konkurentima sprečavao pristup tržištu u omjeru 80:20% što se prema pravu tržišnog natjecanja i stavu Europske komisije, koji Agencija primjenjuje smatra dovoljnim postotkom za ulazak na tržište.

Zaposlenik tuženika koji je prisutan na ročištu i koji je sudjelovao u upravnom postupku očitovao se da se u ugovoru o zakupu maksimalno dozvoljeni udjel zakupljene police za svaku godinu određuje prema udjelu iz prethodne godine. U 2011. ugovora taj udjel je sukladno ugovoru TDR-a mogao iznositi maksimalno 80%, te je pri takvom udjelu

Agencija za prvih 10 mjeseci 2011. provela detaljnu analizu koja je pokazala da takav omjer od 80% ne dovodi do narušavanja tržišnog natjecanja.

Sud je odbio provesti dokazni prijedlog tužitelja da se zatraži od TDR-a dokaz da je sa svim svojim kupcima sklopio izmjene ugovora o zakupu prodajnog skladišnog prostora kojim TDR u 2012. smanjuje svoj zakupljeni prodajni prostor sukladno svom tržišnom udjelu u 2011. prema AC Nielsenu i da se kupci TDR-a očituju provode li se takve izmjene u praksi, kao nesvrshodan, jer se prijedlog odnosi na činjenice nastale nakon pokretanja inicijative i nakon donošenja osporavanog zaključka. Naime, sud u ovom predmetu upravnog spora ocjenjuje zakonitost osporavanog zaključka, te pravilo presuđene stvari može vrijediti samo za vremensko razdoblje u odnosu na koje je donesen osporavani zaključak, a obzirom da prema ustaljenoj upravno-sudskoj praksi odluka javnopravnog tijela kojom je odbijen ili odbačen zahtjev stranke stječe samo formalnu, a ne i materijalnu pravomoćnost, te stoga stranka u upravnom postupku za neko drugo vremensko razdoblje ili prema nekoj drugoj pravnoj osnovi uvijek može ponoviti svoj zahtjev ili u konkretnom slučaju inicijativu za pokretanje postupka. Ukoliko bi sud utvrđivao činjenično stanje nastalo nakon osporavanog rješenja, povrijedio bi pravo stranke da u slučaju negativnog rješenja može ponoviti svoj zahtjev.

Ocjenjujući zakonitost osporavanog rješenja, sud je izvršio uvid u sudski spis predmeta i spis tuženika dostavljenog u odgovoru na tužbu.

Odredbom članka 13. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (Narodne novine, broj: 79/09.) propisano je da je zabranjena svaka zlouporaba vladajućeg položaja jednog ili više poduzetnika na mjerodavnom tržištu, a osobito:

1. izravno ili neizravno nametanje nepravednih kupovnih ili prodajnih cijena, odnosno drugih nepravednih trgovinskih uvjeta,
2. ograničavanje proizvodnje, tržišta ili tehnološkog razvitka na štetu potrošača,
3. primjena nejednakih uvjeta na istovrsne poslove s drugim poduzetnicima, čime ih se dovodi u nepovoljniji položaj u odnosu na konkurenciju,
4. uvjetovanje sklapanja ugovora pristankom drugih ugovornih strana na dodatne obveze, koje po svojoj prirodi ili običajima u trgovini nisu u izravnoj vezi s predmetom tih ugovora.

Odredbom članka 32. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja propisano je da stručna služba Agencije obavlja upravne i stručne poslove zaštite tržišnog natjecanja, a osobito:

1. vodi prethodno ispitivanje stanja na mjerodavnom tržištu radi utvrđivanja postojanja dostatnih indicija za pokretanje postupka u smislu članka 39. ovoga Zakona te u tu svrhu

a) prikuplja podatke i obavijesti od pravnih ili fizičkih osoba, strukovnih ili gospodarskih interesnih udruga, odnosno komora poduzetnika, udruga potrošača, tijela državne uprave, te tijela jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave koji imaju određena saznanja koja su bitna za ispitivanje tržišta i utvrđivanje stanja na tržištu, neovisno o konkretnim postupcima koje Agencija vodi,

b) prikuplja podatke i obavijesti od pravnih ili fizičkih osoba, strukovnih ili gospodarskih interesnih udruga, odnosno komora poduzetnika, udruga potrošača, tijela državne uprave, te tijela jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave koji imaju određena saznanja koja su bitna za utvrđivanje stanja na pojedinim tržištima, te prije donošenja zaključka o pokretanju postupka u svakom pojedinom slučaju nastoji postići ponovnu uspostavu tržišnog natjecanja na mjerodavnom tržištu, ako je to u javnom interesu, i nije riječ o značajnom narušavanju tržišnog natjecanja.

Odredbom članka 37. stavka 1. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja propisano je da inicijativu za pokretanje postupka koji je u nadležnosti Agencije, u obliku pisanog zahtjeva, prijedloga, obavijesti, prigovora ili drugog podneska može podnijeti svaka pravna ili fizička osoba, strukovna ili gospodarska interesna udruga, odnosno komora poduzetnika, udruga

potrošača, Vlada Republike Hrvatske, središnja tijela državne uprave te tijela jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave.

Stavkom 2. navedenog članka Zakona propisano je da inicijativa iz stavka 1. ovoga članka sadrži:

1. naziv i sjedište pravne osobe, odnosno ime i prezime i prebivalište fizičke osobe podnositelja inicijative,

2. podatke pomoću kojih se može nedvojbeno i jasno odrediti protiv koga se podnosi inicijativa,

3. opis činjeničnog stanja, prakse ili okolnosti koje su razlog za podnošenje inicijative,

4. isprave, dokumente i druge dokaze kojima podnositelj inicijative raspolaže, a kojima se potkrepljuju navodi iz točke 3. ovoga stavka.

Stavkom 3. navedenog članka Zakona propisano je da ako inicijativa iz stavka 1. ovoga članka sadrži podatke koje podnositelj smatra poslovnom tajnom, obavezan je to naznačiti te navesti pravnu osnovu.

Stavkom 4. navedenog članka Zakona propisano je da podnositelj inicijative može pisanim putem zatražiti od Agencije dostavu Obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku iz članka 48. ovoga Zakona u skraćenom obliku, i može zatražiti saslušanje u postupku u svojstvu svjedoka. U tom slučaju, Agencija će udovoljiti zahtjevu podnositelja.

Odredbom članka 38. stavka 5. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja propisano je da ako Agencija na temelju inicijative iz članka 37. ovoga Zakona tijekom prethodnog ispitivanja stanja na mjerodavnom tržištu u smislu članka 32. točke 1. a) i b) utvrdi da nema uvjeta za pokretanje postupka u smislu odredaba ovoga Zakona, dužna je nakon utvrđenja stanja na mjerodavnom tržištu, a najkasnije u roku od 10 mjeseci od dana zaprimanja inicijative za pokretanje postupka, o tome donijeti zaključak i isti dostaviti podnositelju inicijative iz članka 37. ovoga Zakona.

Prema podacima spisa predmeta, tuženica je 7. lipnja 2011. zaprimila inicijativu tužitelja za pokretanje postupka utvrđivanja narušavanja tržišnog natjecanja zlouporabom vladajućeg položaja protiv poduzetnika TDR d.o.o. iz Rovinja, Obala V. Nazora 1 na mjerodavnom tržištu trgovine cigaretama u Republici Hrvatskoj, koja se prema mišljenju tužitelja očituje u različitim zabranjenim praksama koje se provode u cilju nezakonitog zatvaranja mjerodavnog tržišta trgovine cigaretama u Republici Hrvatskoj za tužitelja i ostale konkurente, te je kao dokaz o navedenom tužitelj tuženici dostavio pregled neuspjelih pregovora sa trgovcima na malo kao što su Inovine d.d., Tisak d.d., Konzum d.d., Mercator-H d.o.o. i Ultra Gross d.o.o., te više novinskih članaka objavljenih na ovu temu. Iz obrazloženja osporavanog zaključka razvidno je da je, obzirom na datum zaprimanja inicijative tužitelja, kao mjerodavna godina uzeta 2010., dok je radi praćenja trenda analizirano razdoblje od 2006. do 2009., te prvih 10 mjeseci 2011., te da je vladajući položaj TDR utvrđen u odnosu na broj prodanih jedinica proizvoda. Podaci o stanju i kretanju na tržištu ukazuju da se visoki udjel TDR koji je u 2006. iznosio 80-90% u 2009. smanjio na 70-80% u korist glavnog konkurenta Philip Morrisa Zagreb čiji udjel na tržištu je u 2009. narastao na 20-30%, te da je od početka 2011. TDR počeo primjenjivati novu prodajnu politiku, te je u prvih 10 mjeseci 2011. u odnosu na 2010. pao za 10-20%.

Uvidom u rješenje tuženice klasa: UP/I 030-02/2006-01/082, ur. broj: 580-02-11-41-359 od 16. lipnja 2011. (Narodne novine, broj: 103/11), Sud je utvrdio da je za razdoblje od 15. kolovoza 2004. do 31. prosinca 2010. utvrđena zlouporaba vladajućeg položaja poduzetnika Adris grupa d.d. i TDR d.o.o. na mjerodavnom tržištu distribucije odnosno trgovine cigaretama na teritoriju Republike Hrvatske, pa tužitelj u podnesenoj inicijativi ne može tražiti od tuženice da ponovo utvrdi ono što je već utvrđeno navedenim rješenjem u odnosu na TDR d.o.o.

U odnosu na razdoblje od početka 2011. do listopada 2011., sud je ocijenio da se tuženica ne može pozvati na načelo ne bis in idem jer je donesen zaključak o nepokretanju postupka protiv TDR d.o.o. od 1. siječnja 2011. na temelju inicijative drugih poduzetnika, jer se radi o odbijanju inicijative, koji zaključak može steći samo formalnu, a ne i materijalnu pravomoćnost, ali se može pozivati na dokaze provedene u tom postupku, obzirom da se radi o istom poduzetniku i istim spornim odredbama ugovora sa kupcima u prodajnoj politici TDR d.o.o.

U obrazloženju osporavanog rješenja tuženica navodi da je tijekom prethodnog ispitivanja stanja na mjerodavnom tržištu u navedenom predmetu pod poslovnim brojem Klase: UP/I 030-02/2011-01/003 izvršila analizu ugovora o prodaji duhanskim proizvodima, Ugovora o zakupu prodajno – skladišnog prostora i pripadajućih Aneksa navedenim ugovorima koje je TDR sklapao s kupcima u razdoblju od listopada 2010. do kolovoza 2011., prikupila podatke na mjerodavnom tržištu, te ispitala sve činjenice i okolnosti na koje su upućivali podnositelji inicijative, te je na temelju navedenog, utvrđeno da nema dostatnih indicija da je novom prodajnom politikom koja je u primjeni od 01. siječnja 2011. TDR imao namjeru zlouporabiti vladajući položaj na mjerodavnom tržištu trgovine cigaretama u Republici Hrvatskoj. Tuženica je posebno cijenila činjenicu da je TDR samoinicijativno odlučio promijeniti svoju prodajnu politiku, te je u dopisu zaprimljenom kod tuženice 28. rujna 2010. tuženici dostavio nacрте prijedloga Ugovora o prodaji duhanskih proizvoda i Ugovora o zakupu prodajno – skladišnog prostora, te zatražio mišljenje tuženice na navedene nacрте Ugovora. Tuženica je iznimno dala mišljenje na navedene Ugovore s ciljem da se što ranije uspostavi učinkovito tržišno natjecanje na mjerodavnom tržištu, obzirom na ranije utvrđene nepravilnosti u odnosu na razdoblje do 01. siječnja 2011. Za prvo dostavljene nacрте Ugovora tuženica je ocijenila da sadržaj određene odredbe koje bi mogle dovesti do narušavanja tržišnog natjecanja na mjerodavnom tržištu, te je prema primjedbama tuženice TDR izvršio izmjene i/ili dopune navedenih nacрта Ugovora koje je dostavio 13. i 16. prosinca 2010. tuženici na uvid, koja je 23. prosinca 2010. na izmijenjene nacрте Ugovora dala pozitivno mišljenje. Kako je TDR sa značajnim dijelom svojih poslovnih partnera već sklopio navedene Ugovore prije danog mišljenja tuženice s početkom primjene Ugovora od 01. siječnja 2011., izmjena tih Ugovora bila je moguća jedino sklapanjem Aneksa navedenim Ugovorima. Aneksom broj 1. Ugovoru o prodaji duhanskih proizvoda izmijenjene su odredbe koje su se odnosile na cijene, uvjete prodaje novih proizvoda i međusobno izvješćivanje po čemu je TDR tuženici dostavio dokaze podnescima od 01. i 23. ožujka 2011., osim u slučaju kada je radi usklađivanja TDR ponudio na potpis Mercatoru-H Aneks broj 2. dana 1. srpnja 2011. koji Aneks je Mercator-H potpisao tek 2. siječnja 2012., ali što znači da je navedena činjenica bila odraz slobodne volje Mercatora-H, a ne da bi TDR na navedeni način zloupotrijebio svoj vladajući položaj na mjerodavnom tržištu.

Aneksom broj 2. Ugovora o zakupu prodajno – skladišnog prostora brisane su odredbe članka 2.1., 2.4. i 5.2. Ugovora koje su uređivale obveze za zakupodavca i trajanje Ugovora, a izmijenjen je članak 2.3. koji je postao članak 2.2. i na koji je tuženica dala pozitivno mišljenje.

Aneks broj 3. je prema mišljenju tuženice također u skladu s propisima o zaštiti tržišnog natjecanja, te je TDR podneskom od 18. kolovoza 2011. izvijestio tuženicu da je dovršio i postupak potpisivanja Aneksa broj 3. sa svim poslovnim partnerima s kojima je do tada imao sklopljen Aneks broj 1. Ugovora o zakupu, te dostavio popis trgovaca i preslike Aneksa broj 3. Ugovora o zakupu prodajno – skladišnog prostora u kategoriji specijalisti. Iz navedenog proizlazi da je TDR u fazi prethodnog ispitivanja stanja na mjerodavnom tržištu izmijenio sve sporne odredbe Ugovora, te je TDR započelo potpisivati navedene Anekse sa svojim kupcima 20. siječnja 2011., dakle prije podnošenja predmetne inicijative pa je tuženica, obzirom da je u tom razdoblju nastavljen pad tržišnog udjela TDR-a ocijenila da

razdoblje u kojem je trajalo potpisivanje navedenih Aneksa nije dovelo do negativnih učinaka na tržišno natjecanje na mjerodavnom tržištu. Prema izvješću AC Nielsen TDR je u prosincu 2007. imao tržišni udjel od [REDACTED] u prosincu 2010. [REDACTED] a u travnju 2011. [REDACTED], te je iz navedenih podataka razvidno da nova prodajna politika TDR-a ne osigurava očuvanje njegovog tržišnog udjela, a što znači da tržišni udjel konkurenata rastao i u razdoblju od početka 2011. Podnositelj inicijative ušao je u travnju 2010. i do kraja godine ostvario je tržišni udjel od [REDACTED] a u prvih 10 mjeseci 2011. [REDACTED] na temelju koje činjenice je tuženica utvrdila da učinci desetomjesečne primjene nove TDR-ove prodajne politike nisu doveli do zatvaranje tržišta za TDR-ove konkurente.

Tuženica je u fazi prethodnog ispitivanja stanja na mjerodavnom tržištu utvrdila da na hrvatskom tržištu više od 4000 do 5000 poduzetnika na više od 12 000 do 13 000 prodajnih mjesta drži u asortimanu i prodaje cigarete i druge duhanske proizvode, te TDR-ova maloprodajne mreža od oko 350 kioska Inovina nije prijeko potrebna da bi bilo koji konkurent mogao ostvariti prodaju cigareta na hrvatskom tržištu, jer je pravo svakog poduzetnika pa i onog koji je u vladajućem položaju izabrati s kim će poslovati. Poticaj i motivacija za poduzetnika u vladajućem položaju da investira u učinkovite objekte, resurse i sadržaje bio bi umanjeno ukoliko bi njegovi konkurenti, tek na zahtjev mogli dijeliti koristi od njegovih ulaganja. Slučaj eliminacije ili značajnog smanjenja tržišnog natjecanja na štetu potrošača postojao bi tamo gdje je pristup objektu, resursu ili postrojenju preduvjet za natjecanje na mjerodavnom tržištu dobara ili usluga za koje postoji ograničen stupanj zamjenjivosti. Tuženica je ocijenila da je time što se Ugovorom o zakupu prodajno – skladišnog prostora kupac obvezao da će maksimalni zakup biti u korelaciji s TDR-ovim tržišnim udjelom na nacionalnoj razini u godini koja prethodi godini sklapanja Ugovora te će se maksimum u slijedećoj godini regulirati Aneksom u odnosu na ostvareni tržišni udjel u prethodnoj godini postupilo u skladu sa mišljenjem Europske komisije od 22. lipnja 2005. danom u predmetu COMP/A.39.116/B2 – Coca-cola. Time što više nema ciljnih udjela za svakog kupca koji se izračunavaju u odnosu na sve ni najveći dio njihove potrebe za cigaretama ovisno o količini prodanih cigareta TDR-a, pri čemu nema dodatnog rabata, te je naknada za zakup fiksna i ovisi o površini i atraktivnosti zakupljenog prostora, tuženica zaključuje da opstojnost niti jednog trgovca na tržištu ne ovisi u značajnoj mjeri o profitabilnosti u poslu prodaje cigareta već od širine ukupnog asortimana svakog trgovca. Iz navedenih Aneksa ugovora proizlazi da će u 2012. maksimalni prostora za zakup od strane TDR-a biti smanjen obzirom da je njegov tržišni udjel pao u odnosu na udjel u 2010. Tuženica osobito važnom smatra činjenicu da u ovom trenutku Tisak posluje sa tri distributera cigareta i to sa TDR-om, Philip Morrisom i BAT-om, Konzum sa TDR-om i Philip Morrisom te da su navedeni poduzetnici izjavili kako im nije financijski isplativo započeti poslovni odnos s tužiteljem, a Ultra Gross u 2010. sa TDR-om i Philip Morrisom, a u 2011. se odlučio za poslovanje s tužiteljem, dok je Mercator – H odbio sklopiti ugovor o prodaji cigareta s tužiteljem jer je bio uvjetovan sklapanjem dodatnog ugovora u marketinškim aktivnostima vezanim uz tužiteljeve cigarete.

Prema ocjeni suda, tužitelj u podnesenoj inicijativi nije predočio isprave, dokumente i druge dokaze kojima raspolaže, a koji bi potkrepljivali opis činjeničnog stanja, prakse i okolnosti koje su razlog za podnošenje inicijative sukladno članku 37. stavku 2. točki 3. i 4. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja. Naime, iz odredbe članka 13. stavka 1. točke 3. proizlazi da je podnositelj inicijative za pokretanje postupka koji je u nadležnosti tuženice trebao dati indicije i druge dokaze da TDR kao poduzetnik s vladajućim položajem na mjerodavnom tržištu primjenjuje nejednake uvjete na istovrsne poslove s drugim poduzetnicima, čime ih se dovodi u nepovoljniji položaju u odnosu na konkurenciju, a iz točke 4. navedenog članka Zakona da sklapanje Ugovora uvjetuje pristankom drugih ugovornih strana na dodatne

obveze, koje po svojoj prirodi ili običajima u trgovini nisu u izravnoj vezi s predmetom tih Ugovora.

Tužitelj je uz tužbu priložio korespondenciju s raznim distributerima, iz koje sud nije mogao utvrditi drugo osim da se radi o poduzetničkoj slobodi s kojim poduzetnikom će biti sklopljeni ugovori o distribuciji i prodaji cigareta, a na ročištu tužitelj je priložio e-mail korespondenciju sa Komercijalom TP Varaždin od 05. travnja 2012. iz koje je razvidno da za 2012. nije prihvaćen prijedlog sastanka s tužiteljem iz razloga obnavljanja eksluzive s TDR-om, što sud također nije ocijenio kao dokazom koji upućuje na zlouporabu vladajućeg položaja TDR-a na mjerodavnom tržištu. Prema mišljenju suda, ocjena svih sporazuma koje su kupci sklapali s TDR-om, a koji su sklopljeni slobodnom voljom ugovornih strana, ne bi mogla dovesti do zaključka da je TDR zloupotrijebio vladajući položaj na mjerodavnom tržištu imajući u vidu činjenicu stalnog opadanja tržišnog udjela TDR-a u odnosu na njegove konkurente prema podacima AC Nieslena, koju činjenicu ni tužitelj ne osporava, a naročito obzirom da je navedenim ugovorima TDR-a sa kupcima na volju kupaca ostavljen udio od 20% za bilo koje druge konkurentske proizvođače cigareta. Tužitelj paušalno navodi da ima informaciju da se izmjene Ugovora o zakupu u stvarnosti ne provode i da udjel zakupljenog prostora nije stvarno smanjen, međutim navedenu informaciju ne potkrepljuje nijednim konkretnim dokazom, već navođenjem izjava anonimnih dojavitelja. Sud nije smatrao svrsishodnim saslušati kao svjedoke predložene zaposlenike tužitelja, jer su svi stavovi, te dokazi i indicije na kojima tužitelj temelji svoju inicijativu izneseni u samoj inicijativi i u tužbi protiv osporavanog zaključka. U odnosu na tužbeni prigovor da osporavani zaključak sadrži pogrešnu uputu o pravnom lijeku, a obzirom da Zakonom o općem upravnom postupku (Narodne novine, broj:47/09.) nisu propisane apsolutno bitne povrede postupka zbog kojih bi se upravni akt uvijek morao poništiti, sud smatra da navedeni nedostatak osporavanog zaključka u konkretnom slučaju nije doveo do negativnih pravnih posljedica, jer je tužitelj sam pravilno u zakonskom roku i pred nadležnim sudom podnio tužbu protiv osporavanog zaključka.

Tužitelju se napominje da je u ovom postupku ocjenjivano postojanje zlouporabe vladajućeg položaja TDR-a na vladajućem tržištu u odnosu na razdoblje od siječnja 2011. do listopada 2011., te je osporavani zaključak o odbacivanju inicijative donesen 12. siječnja 2012., pa nema nikakve zapreke da tužitelj za isto ili naredno vrijeme nakon listopada 2011., ukoliko prikupi relevantne dokaze i indicije za postojanje zlouporabe vladajućeg položaja TDR-a na mjerodavnom tržištu u smislu članka 13. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja, ponovno podnese inicijativu za pokretanje postupka u nadležnosti tuženice radi utvrđivanja navedene zlouporabe.

Tuženici se napominje da se sukladno članku 59. stavku 3. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja, presude suda objavljuju na internet stranici Agencije.

Stoga je sud na temelju članka 57. stavka 2. Zakona o upravnim sporovima (Narodne novine, broj: 20/10.) odbio tužbeni zahtjev kao neosnovan iz drugih razloga.

U Zagrebu, 11. rujna 2012.

Predsjednica vijeća:
Tamara Bogdanović, v.r.

DNA:

1. Odvjetničko društvo Divjak, Topić & Bahtijarević, 10 000 Zagreb, Ivana Lučića 2a/18
2. Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja, Zagreb, Savska cesta 41, sa spisom tužbenih dokumenata
3. U spis

