

Klasa: UP/I 030-02/2011-01/003
Urbroj: 580-02-2011-41-038
Zagreb, 13. listopada 2011.

Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja temeljem članka 31., članka 38. stavaka 5. i 7. te članka 58. stavka 2. točke 5. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja («Narodne novine», broj 79/2009), temeljem inicijative Udruge trgovaca Međimurja, sa sjedištem u Čakovcu, Park R. Krokepa 1, Divne Trstenjak vlasnice trgovačkog obrta BUBA, sa sjedištem u Zagrebu, Aleja Blaža Jurišića 69, SMOKING d.o.o., sa sjedištem u Zagrebu, Velikopoljska 12 i KAEROTRADE d.o.o., sa sjedištem u Zagrebu, Vodnikova 10, svi zastupani po punomoćniku, odvjetniku [...] iz Zagreba, [...] protiv poduzetnika TDR d.o.o., sa sjedištem u Rovinju, Obala Vladimira Nazora 1, zastupanog po predsjedniku Uprave Davoru Tomaškoviću, temeljem odluke Vijeća za zaštitu tržišnog natjecanja u sastavu: mr.sc. Olgica Spevec, predsjednica Vijeća, Mladen Cerovac, mag.iur., zamjenik predsjednice Vijeća, Milivoj Maršić, dipl.oec., Vesna Patrlj, dipl.iur. i dr.sc. Mirna Pavletić-Župić, članovi Vijeća, sa 86. sjednice, održane 13. listopada 2011., donosi sljedeći

ZAKLJUČAK

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

Obrazloženje

I. Inicijativa za pokretanje postupka

Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja (dalje: Agencija) zaprimila je 24. siječnja 2011. inicijativu Udruge trgovaca Međimurja, sa sjedištem u Čakovcu, Park R. Krokepa 1, Divne Trstenjak vlasnice trgovačkog obrta BUBA, sa sjedištem u Zagrebu, Aleja Blaža Jurišića 69, SMOKING d.o.o., sa sjedištem u Zagrebu, Velikopoljska 12 i KAEROTRADE d.o.o., sa sjedištem u Zagrebu, Vodnikova 10, svi zastupani po punomoćniku, odvjetniku [...] iz Zagreba, [...] (dalje: podnositelji), kojom se u bitnome od Agencije traži pokretanje postupka po službenoj dužnosti radi utvrđivanja zlouporabe vladajućeg položaja protiv poduzetnika TDR d.o.o., sa sjedištem u Rovinju, Obala Vladimira Nazora 1, zastupanog po predsjedniku Uprave Davoru Tomaškoviću (dalje: TDR). Inicijativa je podnesena na temelju članka 37. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (Narodne novine, broj 79/09; dalje: ZZTN), vezano uz primjenu članka 38. stavka 3. i članka 39., a radi utvrđenja povrede članka 13. ZZTN-a.

Podnositelji su u inicijativi predložili u bitnome da Agencija po službenoj dužnosti protiv TDR-a pokrene postupak utvrđivanja zlouporabe vladajućeg položaja i da nakon provedbe postupka donese rješenje kojim se utvrđuje zlouporaba vladajućeg položaja TDR-a i kojim se utvrđuju ništetnima svi pojedinačni ugovori poduzetnika TDR sklopljeni s kupcima cigareta i duhanskih prerađevina koji su na snazi u vrijeme donošenja rješenja.

Zatraženo je od Agencije i donošenje privremene mjere kojom bi se na šest mjeseci od njenog donošenja, uz mogućnost produljenja, zabranila primjena nove prodajne politike TDR-a te bi se za vrijeme važenja privremene mjere, naložilo TDR-u da odnose s kupcima uredi na način kako je to bilo uređeno ugovorima koji su bili na snazi do 31. prosinca 2010.

Temeljem navedene inicijative Agencija je, u smislu članka 32. točke 1. b) ZZTN-a, provela prethodno ispitivanje stanja na mjerodavnom tržištu kako bi utvrdila ima li u konkretnom slučaju dostatnih indicija za pokretanje postupka utvrđivanja zlorabe vladajućeg položaja protiv TDR-a, po službenoj dužnosti, u smislu članka 39. ZZTN-a, a primjenom članaka 12. i 13. ZZTN-a.

Tijekom prethodnog ispitivanja stanja na mjerodavnom tržištu, Agencija je prikupila očitovanja, podatke i dokumentaciju od podnositelja, od poduzetnika TDR protiv kojeg je navedena inicijativa podnesena, te konkurenata TDR-a na mjerodavnom tržištu distribucije (trgovine cigaretama) u Republici Hrvatskoj vezano uz podatak o količini prodanih cigareta za razdoblje od siječnja do svibnja 2011., temeljem kojeg je izračunat tržišni udjel TDR-a u navedenom razdoblju.

Podnositelji u podnesku, koji je Agencija zaprimila 24. siječnja 2011., navode da im je krajem 2010. godine TDR dostavio prijedloge novih ugovora kojima bi se od 1. siječnja 2011. uredili među ugovornim stranama novi uvjeti pod kojima bi podnositelji kupovali od TDR-a cigarete i druge duhanske proizvode radi njihove prodaje krajnjim korisnicima. Podnositeljima i drugim malim trgovcima, prema njihovim navodima, dostavljeni su od strane TDR-a:

- a) Ugovor o prodaji duhanskih proizvoda,
- b) Ugovor o zakupu prodajno-skladišnog prostora,
- c) Aneks br. 1 Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora.

Prema navodima podnositelja, TDR je prethodno jednostrano raskinuo ugovore kojima su bili uređeni poslovni odnosi tog poduzetnika s malim trgovcima do 31. prosinca 2010. godine.

Navedene prijedloge novih ugovora TDR je podnositeljima dostavio krajem 2010. godine, ali su ih podnositelji odbili potpisati.

Postupanje TDR-a temeljeno na novoj prodajnoj politici u primjeni od 1. siječnja 2011. godine podnositelji inicijative smatraju zlorabom vladajućeg položaja u smislu članka 13. točke 1. i 4. ZZTN-a i to: izravnim ili neizravnim nametanjem nepravednih prodajnih cijena odnosno drugih nepravednih trgovinskih uvjeta, te uvjetovanjem 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.

Navedeno su u bitnome obrazložili stajalištem da Ugovor o prodaji duhanskih proizvoda i Ugovor o zakupu prodajno-skladišnog prostora s pripadajućim Aneksom br. 1 Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora samo formalno predstavljaju odvojene pravne poslove. Stav je podnositelja da spomenuti ugovori predstavljaju jedinstvenu pravnu cjelinu osmišljenu radi zlorabe vladajućeg položaja TDR-a.

Ugovor o zakupu prodajno-skladišnog prostora s pripadajućim Aneksom br. 1 Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora podnositelji smatraju dijelom Ugovora o prodaji duhanskih proizvoda, odnosno smatraju da se Ugovorom o zakupu prodajno-skladišnog prostora pravo kupaca na isplatu naknade kojom mogu ostvariti određenu zaradu u poslu kupnje i prodaje proizvoda TDR-a, uvjetuje obvezom uspostave i održavanja točno određenog udjela prodaje proizvoda TDR-a u prodajnom portfelju kupaca. Taj udjel prema Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora mora biti jednak udjelu TDR-a u prodaji duhanskih proizvoda na tržištu Republike Hrvatske u prethodnoj godini, a koji je u 2010.

godini iznosio oko [70-80] posto. Iznos koji je člankom 3.1. Ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora označen kao zakupnina zapravo je, prema mišljenju podnositelja, dodatni rabat koji se dodatno, na minimalni rabat određen Ugovorom o prodaji duhanskih proizvoda, isplaćuje kupcima samo ako u svom asortimanu trajno održavaju udjel prodaje proizvoda TDR-a od najmanje [70-80] posto.

Prema mišljenju podnositelja, navedeni se udjel u zakupu prodajno-skladišnog prostora ne odnosi na izloženost proizvoda TDR-a na prodajnom mjestu kupca ili samo na prodajni dio zakupljenog prostora. Ovakvim su Ugovorom o zakupu prodajno-skladišnog prostora, stav je podnositelja, kupci dovedeni u situaciju da taj isti omjer proizvoda TDR-a održavaju i u svom skladišnom prostoru, pa se na navedeni način osigurava da proizvodi TDR-a budu prodavani u omjeru kojeg odredi TDR, neovisno o stvarnom stanju na tržištu i potrebama krajnjih korisnika duhanskih proizvoda.

Sklapanje navedenih ugovora, drže podnositelji, nametnuto je (odnosno pokušalo se nametnuti, s obzirom na činjenicu da su podnositelji inicijative odbili potpisati navedene ugovore) zlouporabom vladajućeg položaja TDR-a. Za očekivati je, stav je podnositelja, da će kupci zbog potražnje za proizvodima TDR-a na mjerodavnom tržištu imati potrebu za kupnjom tih proizvoda. Kupnja i prodaja proizvoda TDR-a, pod uvjetima određenim Ugovorom o prodaji duhanskih proizvoda, gotovo je potpuno neisplativa. Tek sklapanjem Ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora s pripadajućim Aneksom br. 1 Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora, kupci ostvaruju pravo na rabat koji kupnju i daljnju prodaju proizvoda TDR-a čini u određenoj mjeri isplativoj. Takvu mogućnost TDR, međutim, uvjetuje obvezom kupaca da u svakom trenutku u svojim poslovnim prostorima (kako u prodajnom, tako i u skladišnom dijelu) drži najmanje [70-80] posto proizvoda TDR-a. Pri tome pravo na isplatu naknade (rabata) nije vezano za apsolutnu količinu proizvoda koje kupci kupe od TDR-a, zaključuju podnositelji.

Slijedom navedenoga, podnositelji smatraju da je u konkretnom slučaju riječ o loše prikrivenom obliku naknade za lojalnost (engl. naziv: loyalty fee), odnosno o plaćanju određene naknade kupcima u zamjenu za prisilno održavanje omjera u kojem TDR želi zadržati svoje proizvode u asortimanu kupaca, odnosno upravo ono što je TDR ranije nastojao postići uvođenjem kategorija tzv. „ciljanih udjela u ugovorima“, koje je Agencija već utvrdila u predmetu klase: UP/I 030-02/2000-01/04 koji je okončala rješenjem od 28. prosinca 2006. koje je pravomoćno i koje je objavljeno u „Narodnim novinama“, broj 18/2007.

Stoga su podnositelji odredbe članka 3.3. i članka 5.4. Ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora i pripadajući Aneks br. 1 Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora označili suprotnima ZZTN-u.

Pored navedenoga, podnositelji su slijedeće odredbe Ugovora o prodaji duhanskih proizvoda označili suprotnima ZZTN-u: odredbu Ugovora o prodaji duhanskih proizvoda kojom je uređeno pravo kupaca na rabat od 6 posto na neto cijenu proizvoda TDR-a.

Prema stavu podnositelja Ugovorom o prodaji duhanskih proizvoda rabat je kupcima smanjen za više od 50 posto od dotadašnjeg rabata. Taj je rabat sada niži za gotovo 70 posto od prosječnog rabata kojega kupcima odobravaju konkurenti TDR-a na tržištu Republike Hrvatske jer su stope rabata koje bez ikakvih dodatnih uvjeta, kako to navode podnositelji, kupcima odobravaju konkurenti TDR-a na mjerodavnom tržištu slijedeće:

- BAT: prosječni rabat od 18 posto na neto cijenu proizvoda,
- PMI: prosječni rabat od 18 posto na neto cijenu proizvoda,
- JTI: prosječni rabat od 17 posto na neto cijenu proizvoda,
- IMP: prosječni rabat od 22 posto na neto cijenu proizvoda.

Podnositelji navode da se istovremeno uz rabat od 6 posto na proizvođačku cijenu, koji se odobrava kupcima koji djelatnost obavljaju na kioscima (tzv. specijalisti), kupcima koji prodaju proizvode TDR-a na benzinskim stanicama odobrava rabat od 7 posto, a malim trgovcima mješovitom robom (mini marketi) 8 posto. A upravo trgovci na kioscima, mišljenje je podnositelja, predstavljaju specijalizirana prodajna mjesta za prodaju duhanskih proizvoda u kojima se realizira oko 35-40 posto ukupnog prometa duhanskim proizvodima na teritoriju Republike Hrvatske. Pri tome podnositelji napominju kako su mali trgovci duhanskih proizvoda jedini preostali sustav prodajnih mjesta kojega TDR nije organizacijski ili funkcionalno preuzeo ili nad njim preuzeo faktički značajni utjecaj.

Da se selekcija doista vrši po kriterijima koji nisu tržišni, podnositelji smatraju da je razvidno i iz uvjeta pod kojim TDR prodaje robu kupcima koji djelatnost obavljaju na kioscima (tzv. specijalisti) a koji su pod vlasničkim ili funkcionalnim utjecajem TDR-a, ističući pri tome poduzetnike Tisak d.d., iNovine d.d. i Slobodnu Dalmaciju trgovinu d.o.o.

Slijedom navedenoga, podnositelji inicijative smatraju da TDR, nametanjem Ugovora o prodaji duhanskih proizvoda kojime se kupcima odobrava rabat višestruko niži od prosjeka tržišno održivog rabata, a kupci selektiraju po stopama odobrenih rabata prema kriterijima koji nisu tržišni, zlouporabljuje vladajući položaj nametanjem nepravednih kupovnih cijena u smislu odredbe članka 13. točke 1. ZZTN-a.

Na zahtjev Agencije, TDR je u privitku podneska klase: UP/I 030-02/2011-01/003, urbroja: 371-02-2011-68-010, zaprimljenog u Agenciji 1. ožujka 2011., dostavio izvještaj o ukupnom broju sklopljenih ugovora s kupcima, ugovore s kupcima s kojima je TDR sklopio Aneks br. 1. Ugovoru o prodaji duhanskih proizvoda N/R i SME, te Aneks br. 1 Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora.

Navedenim se podneskom TDR u bitnome očitovao kako u cijelosti nisu točni navodi podnositelja inicijative. Istaknuo je da uzrok smanjenja rabata temeljem Ugovora o prodaji duhanskih proizvoda leži u smanjenju poreznog opterećenja za konkurentske proizvode što je uzrokovalo pad njegovog tržišnog udjela. Daljnje ograničavanje promocije i potrošnje duhanskih proizvoda, smatra TDR, rezultira smanjenjem ukupnog tržišta, odnosno kupovinom jeftinijih proizvoda od strane krajnjih potrošača, te istovremenim značajnim povećanjem cijene zakupa koje nude konkurenti TDR-a, što TDR-u otežava prisutnost na policama i stoga zahtijeva veća ulaganja tog poduzetnika u odnosu na taj dio poslovanja. TDR je naveo da je bio svjestan rizika koji za njegovo poslovanje nosi smanjenje rabata, odnosno da neki od dugogodišnjih poslovnih partnera tog poduzetnika, uslijed smanjenja rabata, neće nastaviti poslovnu suradnju s TDR-om. Smanjenje rabata za prodaju proizvoda TDR-a obuhvatilo je na jednak način sve trgovce, uključujući i one u kojima TDR i/ili Adris grupa imaju udjele, poduzetnike iNovine d.d. i Tisak d.d. U svojoj novoj prodajnoj politici TDR je rabate za prodaju cigareta utvrdio sukladno kategorizaciji kupaca prema prodajnim kanalima i količini prodanih pušačkih jedinica, što je smatra TDR, jasan i objektivni kriterij u odnosu na sve kupce.

TDR je, kako to dalje navodi u spomenutom podnesku., u sklopu nove prodajne politike krajem 2010. godine ponudio sklapanje novih ugovora ukupnom broju od [...] trgovaca u Republici Hrvatskoj koji se mogu označiti kao mali trgovci. Bila je riječ o prijedlogu teksta ugovora u kojima su neke odredbe naknadno u cijelosti brisane ili izmijenjene aneksima. Sukladno mišljenju Agencije u predmetu klase: 031-02/2010-01/160, od 23. prosinca 2010. TDR je žurno načinio odgovarajuće izmjene ponuđenih ugovora, koji u trenutku kada su dostavljeni kupcima nisu u cijelosti bili usklađeni s mišljenjem Agencije, putem aneksa čije je potpisivanje s kupcima u tijeku.

Zaključno, TDR je u navedenom podnesku istaknuo kako njegova nova prodajna politika nije niti u kojem slučaju nametnuta zlouporabom vladajućeg položaja tog poduzetnika s obzirom

na činjenicu da trgovci, odnosno njegovi kupci, ni na koji način nisu uvjetovani sklopiti predmetne ugovore s TDR-om, da je njihov izbor hoće li s TDR-om sklopiti samo Ugovor o prodaji duhanskih proizvoda ili i Ugovor o zakupu prodajno-skladišnog prostora, te da sklapanje Ugovora o prodaji duhanskih proizvoda TDR niti na koji način ne uvjetuje sklapanjem Ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora ili obrnuto. Također, kupci koji ne žele biti u ugovornom odnosu s TDR-om mogu njegove proizvode kupovati temeljem narudžbe.

Na zahtjev Agencije, TDR je podneskom od 23. ožujka 2011. dostavio Agenciji popis trgovaca s kojima su sklopljeni Ugovori i prateći Aneksi ugovora temeljem prijedloga iz prosinca 2010. i popis trgovaca te Ugovore i prateće Anekse ugovora s prilogima sklopljene s trgovcima u kategoriji specijalisti.

Tijekom prethodnog ispitivanja stanja na mjerodavnom tržištu u ovom predmetu, TDR je u više navrata, a zaključno na dan 18. kolovoza 2011., Agenciji dostavio popis kupaca koji djelatnost obavljaju na kioscima (tzv. specijalisti), a kojima je TDR ponudio sklapanje ugovora temeljem svoje nove prodajne politike koja je u primjeni od 1. siječnja 2011., a vezano uz koju je Agencija dala mišljenje 23. prosinca 2010. u predmetu klase: 031-02/2010-01/160, te Ugovore temeljem kojih od 1. siječnja 2011. TDR posluje sa svojim poslovnim partnerima koji djelatnost obavljaju na kioscima (tzv. specijalisti) u trgovini cigareta iz njegovog asortimana, te Anekse kojima su navedeni Ugovori izmijenjeni i/ili dopunjeni počevši od listopada 2010. godine, pa zaključno do kolovoza 2011. godine, kada je TDR podneskom klase: UP/I 030-02/2011-01/003, urbroja: 383-02-2011-41-037, koji je Agencija zaprimila 18. kolovoza 2011., Agenciju obavijestio kako je postupak potpisivanja posljednjeg izmijenjenog Aneksa ugovora s kupcima završen.

Podnositelji su 25. ožujka 2011. na zahtjev Agencije, dostavili podnesak klase: UP/I 002/2011-01/003, urbroja: 383-02-2011-41-15, kojime su se u bitnome očitovali kako ostaju pri svim svojim navodima iz podnesene inicijative, te su pri tome osobito naglasili kako nisu točne tvrdnje TDR-a da je, zbog uzroka ekonomske naravi, bio prisiljen smanjiti rabat koji isplaćuje trgovcima temeljem Ugovora o prodaji duhanskih proizvoda.

Navod TDR-a da je u tijeku postupak izmjene ugovora i to baš u dijelovima na koje oni ukazuju, smatraju podnositelji najjasnijim mogućim priznanjem kako je u konkretnom slučaju riječ o ugovorima koji su u suprotnosti s ZZTN-om. Pokušaj izmjene ugovora od strane TDR-a, stav je podnositelja, nema utjecaj na pitanje odgovornosti za postupanje na tržištu kojime se ograničavalo tržišno natjecanje.

Tijekom prethodnog ispitivanja stanja na mjerodavnom tržištu u ovom predmetu, Agencija je zaprimila i podnesak Ureda Predsjednice Vlade Republike Hrvatske i podnesak Ureda Predsjednika Republike Hrvatske, kojima su navedena tijela izvijestila Agenciju da su im se podnositelji inicijative obratili za pomoć, te zatražili od Agencije da sukladno svojoj nadležnosti donese odluku u ovom predmetu i o tome izvijesti navedena tijela.

II. Mjerodavno tržište i vladajući položaj na mjerodavnom tržištu

Mjerodavno tržište, u smislu članka 7. ZZTN i članka 3. stavka 1. Uredbe o načinu i kriterijima utvrđivanja mjerodavnog tržišta („Narodne novine“, broj 9/2011; dalje: Uredba o mjerodavnom tržištu) određeno je kao tržište određenih proizvoda koji su predmet obavljanja djelatnosti poduzetnika na određenom zemljopisnom području.

Sukladno članku 3. stavku 2. Uredbe o mjerodavnom tržištu svrha utvrđivanja mjerodavnog tržišta je određivanje proizvoda s kojima se poduzetnici tržišno natječu te zemljopisnog područja na kojem se natječu.

Stoga se, sukladno članku 4. stavku 1. Uredbe o mjerodavnom tržištu, mjerodavno tržište utvrđuje na način da se utvrdi njegova proizvodna dimenzija (mjerodavno tržište u proizvodnom smislu) i zemljopisna dimenzija (mjerodavno tržište u zemljopisnom smislu). Člankom 4. stavkom 2. Uredbe o mjerodavnom tržištu propisano je da se mjerodavno tržište utvrđuje posebno za svaki konkretni slučaj.

Sukladno 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 (zamjenski proizvodi odnosno supstituti).

Pri tom su zamjenski proizvodi odnosno supstituti oni proizvodi koji ispunjavaju istu ili sličnu funkciju kao i proizvodi tržišnog takmaca. Mjerodavno tržište u proizvodnoj dimenziji čine proizvodi koji su međusobno zamjenjivi u pogledu udovoljavanja određenoj potrebi čime ispunjavaju istu funkciju i stoga nisu u dostatnoj mjeri međusobno zamjenjivi s drugim proizvodima.

Sukladno članku 7. stavku 1. Uredbe o mjerodavnom tržištu, pri utvrđivanju mjerodavnog tržišta polazi se od kriterija zamjenjivosti potražnje za određenim proizvodom odnosno od zamjenjivosti ponude za određenim proizvodom, a po potrebi i od kriterija postojanja potencijalnih tržišnih takmaca odnosno zapreka pristupa tržištu.

Agencija je sukladno članku 5. Uredbe o mjerodavnom tržištu kao mjerodavno tržište u proizvodnom smislu utvrdila tržište distribucije (trgovine) cigaretama.

Sukladno članku 6. stavku 1. Uredbe o mjerodavnom tržištu, mjerodavno tržište u zemljopisnom smislu obuhvaća cjelokupan ili dio teritorija Republike Hrvatske, na kojem se tržišni takmaci natječu u prodaji i/ili nabavi proizvoda pod jednakim ili dovoljno ujednačenim uvjetima koji to tržište bitno razlikuje od susjednih tržišta.

S obzirom na činjenicu da je TDR s poduzetnicima koji imaju sjedište na teritoriju Republike Hrvatske, uključujući i poduzetnike koji su podnositelji inicijative u ovom predmetu, sklapao sporazume koji su imali učinke na cjelokupnom teritoriju Republike Hrvatske, Agencija je mjerodavnim tržištem u zemljopisnom smislu utvrdila cjelokupan teritorij Republike Hrvatske, sukladno članku 6. Uredbe o mjerodavnom tržištu.

Budući da je predmetna inicijativa podnesena 24. siječnja 2011., mjerodavnom godinom u konkretnom slučaju utvrđena je 2010. godina, dok su radi praćenja trenda analizirane 2008. i 2009. te prvih pet mjeseci 2011. godine. 2009. godina važna je zbog činjenice da su u toj godini izjednačene trošarine za sve skupine cigareta: A, B i C.

U Republici Hrvatskoj distribucija cigareta odvija se u nekoliko razina. TDR je jedini proizvođač cigareta u Republici Hrvatskoj. Preostale cigarete raspoložive na hrvatskom tržištu su cigarete inozemnih multinacionalnih kompanija koje na domaće tržište dopijevaju putem uvoza. Prema podacima Carinske uprave u posljednjih pet godina u Republiku Hrvatsku cigarete uvoze uglavnom slijedeći poduzetnici: [...] d.o.o., [...] d.o.o., [...] d.o.o., [...] d.o.o., [...] d.o.o., [...] d.o.o., te hrvatske podružnice četiri svjetskih multinacionalnih cigaretnih kompanija - Philip Morris Zagreb d.o.o., BAT Hrvatska d.o.o., Imperial Tobacco Zagreb d.o.o., JT International Zagreb d.o.o.

Kanal nulte razine distribucije podrazumijeva izravnu opskrbu krajnjeg potrošača od strane proizvođača/uvoznika, bez korištenja usluga posrednika. Prema Agenciji raspoloživim podacima ovakav način distribucije jedino koristi TDR d.o.o. Naime, poduzetnik Inovine d.d. je poduzetnik pod kontrolom TDR-a u smislu članka 4. stavka 1. ZZTN. Navedeni poduzetnici se, stoga mogu smatrati jednim gospodarskim subjektom, sukladno članku 4. stavku 2.

ZZTN-a. S obzirom na činjenicu da se Inovine d.d. bave maloprodajom cigareta u kioscima, a budući da su TDR i Inovine jedan gospodarski subjekt u smislu članka 4. ZZTN-a, može se smatrati da TDR koristi nulti kanal distribucije, odnosno da cigarete prodaje krajnjim potrošačima izravno bez posrednika. Međutim, ovakvim načinom distribucije TDR d.o.o. distribuira relativno male količine svojih cigareta (mali udjel Inovina u maloprodaji cigareta na hrvatskom tržištu).

Dakle, TDR i njegovi izravni konkurenti na mjerodavnom tržištu uglavnom ne razvijaju vlastitu maloprodajnu mrežu već koriste tuđe distributivne/maloprodajne kapacitete.

Kanal prve razine distribucije prisutan je kada proizvođač/uvoznik cigareta prodaje cigarete trgovcu na malo, koji u svojim prodajnim objektima cigarete prodaje krajnjem potrošaču. TDR d.o.o. putem svojeg povezanog društva Adista d.o.o. prodaje svoje cigarete trgovcima na malo, a potom trgovci na malo prodaju cigarete krajnjem potrošaču.

Kanal druge razine postoji u slučajevima kada se između proizvođača/uvoznika i krajnjeg potrošača nalaze dva posrednika. To je slučaj kada proizvođač/uvoznik prodaje cigarete trgovcima na veliko, koji zatim prodaju cigarete trgovcima na malo, a potomji krajnjim potrošačima.

Kanal treće razine postoji u slučajevima kada se u distribucijskom lancu između proizvođača/uvoznika i krajnjeg potrošača nalaze tri posrednika. Proizvođač/uvoznik prodaje ili ustupa cigarete trgovcu na veliko koji potom prodaje cigarete drugim trgovcima na veliko, koji zatim cigarete prodaju trgovcima na malo putem kojih cigarete postaju dostupne krajnjim potrošačima.

TDR distribuira cigarete na hrvatskom tržištu i putem kanala druge i treće razine. Distribuciju TDR-ovih cigareta osim povezanog poduzetnika Adista, vrše i poduzetnici Tisak d.d. i Atlantic trade d.o.o.

Poduzetnik Orbico d.o.o. distribuira cigarete iz asortimana Philip Morrisa, Legenda promet d.o.o. distribuira cigarete poduzetnika Imperial Tobacco Zagreb, a Roberto plus d.o.o. distribuira cigarete poduzetnika BAT Hrvatska. Cigarete iz asortimana poduzetnika JT International Zagreb od 2010. godine distribuiraju sljedeći poduzetnici: Logista d.o.o., Roberto plus i Fibis d.o.o.

Sukladno članku 13. stavku 2. Uredbe o mjerodavnom tržištu, tržišni udjel se izračunava 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).

Vladajući položaj TDR-a, u smislu članka 12. ZZTN-a, utvrđen je u odnosu na broj prodanih jedinica proizvoda. Utvrđivanje tržišnih udjela prema broju prodanih jedinica proizvoda smatra se konzervativnim pristupom, a koji se primjenjuje u slučajevima kada ga zbog određenih posebnosti proizvoda nije moguće računati prema vrijednosti prodaje. Navedeno je uzrokovano značajnom razlikom u cijeni proizvoda, u konkretnom slučaju cigareta, jer su proizvodi, odnosno cigarete iz tzv. high segmenta značajno skuplje od proizvoda, odnosno cigareta tzv. low segmenta.

Tržišni udjel TDR-a i njegovih konkurenata na mjerodavnom tržištu distribucije (trgovine) cigaretama prikazan je u tablici 1. i 2.

Tablica 1. Struktura mjerodavnog tržišta trgovine cigaretama iskazana u komadima za 2008. i 2009. godinu

Poduzetnik	2008.		2009.	
	Prodaja u komadima	% tržišnih udjela	Prodaja u komadima	% tržišnih udjela
TDR (Ronhill)	[...]	[80-90]	[...]	[70-80]
Philip Morris Zagreb	[...]	[10-20]	[...]	[20-30]
BAT Hrvatska	[...]	[0-5]	[...]	[0-5]
Imperial Tobacco Zagreb	[...]	[0-5]	[...]	[0-5]
Ostali uvoz	[...]	[0-5]	[...]	[0-5]
Sveukupno	[...]	100,00	[...]	100,00

Izvor: podnesci poduzetnika Obrada: Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja

Tablica 2. Struktura mjerodavnog tržišta trgovine cigaretama iskazana u komadima za 2010. i za razdoblje od siječnja do svibnja 2011.

Poduzetnik	2010. godina		Siječanj – svibanj 2011. godine	
	Prodaja u komadima	% tržišnih udjela	Prodaja u komadima	% tržišnih udjela
TDR (Ronhill)	[...]	[70-80]	[...]	[60-70]
Philip Morris Zagreb	[...]	[20-30]	[...]	[20-30]
BAT Hrvatska	[...]	[0-5]	[...]	[0-5]
Imperial Tobacco Zagreb	[...]	[0-5]	[...]	[0-5]
JT International Zagreb	[...]	[0-5]	[...]	[0-5]
Ostali uvoz	[...]	[0-5]	[...]	[0-5]
Sveukupno	[...]	100	[...]	100,00

Izvor: podnesci poduzetnika. Obrada: Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja

U 2010. godini TDR-ov tržišni udjel ([70-80]%) bio je gotovo [...] puta veći od tržišnog udjela najjačeg konkurenta Philip Morris Zagreb ([20-30]%). Pri tome, pojedinačni tržišni udio preostala tri konkurenta nije prelazio [0-5] posto, odnosno njihov zajednički tržišni udjel iznosio je u 2010. godini [0-5] posto.

U prvih pet mjeseci 2011. godine TDR-ov tržišni udjel ([60-70]%) je bio gotovo [...] puta veći ([...] puta) od tržišnog udjela najjačeg konkurenta Philip Morris Zagreb ([20-30]%).

Pri tome, tržišni udjel TDR-a tijekom cjelokupnog promatranog razdoblja konstantno pada. U 2009. u odnosu na 2008. godinu TDR-ov tržišni udjel je pao za [0-5] postotnih poena odnosno za [5-10] %, dok je u 2010. u odnosu na 2009. godinu pao za [5-10] postotnih poena, odnosno za [5-10]%. Međutim, u samo prvih pet mjeseci 2011. TDR-ov tržišni udjel je u odnosu na 2010. godinu dodatno pao za [5-10] postotna poena odnosno za [5-10] %. Slijedom navedenoga, osim što konstantno pada, TDR-ov tržišni udjel pada ubrzano, poglavito od 2009. godine kada su izjednačene trošarine, te u 2011. godini kada je uvedena nova prodajna politika TDR-a.

Pri tome, tržišni udjeli TDR-ovih konkurenata konstantno su rasli i to u uvjetima kada ukupno tržište opada. Primjerice, tržišni udjel Philip Morrisa je u 2009. u odnosu na 2008. godinu porastao za [20-30] %, u 2010. u odnosu na 2009. godinu za [10-20] %, te u prvih pet mjeseci 2011. u odnosu na 2010. godinu za [10-20] %.

Tržišni udjel BAT-a je u 2009. u odnosu na 2008. godinu porastao za [10-20] %, u 2010. u odnosu na 2009. godinu za [20-30] %, te u prvih pet mjeseci 2011. u odnosu na 2010. godinu za [50-60] %.

Tržišni udjel Imperial Tobacco-a je u 2009. u odnosu na 2008. godinu porastao za [20-30] %, u 2010. u odnosu na 2009. godinu za [70-80] %, te u prvih pet mjeseci 2011. u odnosu na 2010. godinu za [120-130] %.

Tržišni udjel JTI-a koji je na tržište ušao tek u travnju 2010. te u 2010. godini ostvario udjel od [0-5] posto, porastao je u prvih pet mjeseci 2011. godine za [200-210] %. Drugim riječima JTI je za samo pet mjeseci više nego utrostručio svoj tržišni udjel.

Slijedom navedenoga, utvrđeno je da su krajnji potrošači u promatranim godinama supstituirali dio potrošnje TDR-ovih cigareta konkurentskim cigaretama.

III. Ugovori koje je TDR sklapao sa svojim poslovnim partnerima

III.1. Ugovor o prodaji duhanskih proizvoda

Uvidom u SME Ugovor o prodaji duhanskih proizvoda (dalje: SME Ugovor) kojeg je TDR ponudio na potpis trgovcu specijalisti i kojeg su podnositelji odbili potpisati te dostavili Agenciji u privitku inicijative u ovoj upravnoj stvari, te njegovom usporedbom sa nacrtom SME Ugovora kojeg je Agencija u mišljenju od 23. prosinca 2010. ocijenila da nije u suprotnosti sa ZZTN-om, utvrđeno je da isti ne odgovara u cijelosti nacrtu SME Ugovora o kojem se navedenim mišljenjem očitovala Agencija.

- a) Članak 3.8. nacrtu SME Ugovora o kojem se mišljenjem od 23. prosinca 2010. očitovala Agencija kako nije u suprotnosti sa ZZTN-om glasi:

„Kupac se obvezuje u asortiman ponude uvrstiti svaki novi TDR-ov proizvod u roku od 15 dana od dana obavijesti TDR-a o plasiranju novog proizvoda i držati ga u asortimanu po svim svojim prodajnim mjestima minimalno 3 mjeseca od plasiranja, u količinama koje odredi kupac.“

Članak 3.8. SME Ugovora kojeg je TDR krajem 2010. godine ponudio na potpis određenom malom ili srednjem kupcu specijalisti glasi:

„Kupac se obvezuje u asortiman ponude uvrstiti svaki novi TDR-ov proizvod u roku od 15 dana od dana obavijesti TDR-a o plasiranju novog proizvoda i držati ga u asortimanu po svim svojim prodajnim mjestima minimalno 3 mjeseca od plasiranja.“

U odnosu na navedeno Agencija je jasno izrazila stav da je isključivo kupac (trgovac) taj koji određuje u kojim količinama će držati TDR-ov novi proizvod koji TDR tek uvršćuje u svoj asortiman ponude. Naime, kada se novi proizvod stavlja na tržište potražnja za tim proizvodom ne postoji, odnosno ista se u tom razdoblju formira. Stoga ukoliko bi TDR, koji je u vladajućem položaju, nametao kupcima obvezu držanja na zalih velikih i nerealnih količina novog proizvoda koje je nemoguće prodati, to bi moglo odvratiti i obeshrabriti konkretnog kupca da dobavlja cigarete TDR-ovih konkurenata prvenstveno zbog svojeg utjecaja na financijske i skladišne kapacitete kupca. U slučaju primjene navedene odredbe na prethodno opisani način moglo bi doći do zapreka za ulazak i/ili širenje stvarnih i potencijalnih TDR-ovih konkurenata na tržište.

- b) Članak 2. nacrtu SME Ugovora o kojem se mišljenjem od 23. prosinca 2010. očitovala Agencija kako nije u suprotnosti sa ZZTN-om glasi:

„TDR će Kupcu prodavati Proizvode po cijenama na osnovu važećeg cjenika, koji se nalazi u Prilogu 1. ovog Ugovora.“

U Prilogu 1. nacrtu SME Ugovora nalazio se cjenik s popisom proizvoda u obliku tablice koja sadrži nazive proizvoda, odnosno popis svih TDR-ovih cigareta, neto cijenu i maloprodajnu cijenu svake od cigareta.

Članak 2. SME Ugovora kojeg je TDR krajem 2010. godine ponudio na potpis određenom malom ili srednjem kupcu specijalisti glasi:

„TDR će Kupcu prodavati Proizvode po cijenama na osnovu važećeg cjenika.“

Agencija je zahtijevala da TDR, uz SME Ugovor, priloži cjenik s popisom proizvoda. Cjenik s popisom proizvoda između ostalog sadrži i neto cijenu za svaki TDR-ov proizvod koja predstavlja osnovicu za obračun svih vrsta popusta/rabata iz SME Ugovora. Izostavljanjem cjenika s popisom proizvoda kao priloga uz SME Ugovor može imati za posljedicu netransparentni obračun rabata kojeg TDR odobrava kupcu na računu–otpremnici, prilikom svake kupnje proizvoda, budući da bez cjenika, odnosno podatka o neto cijeni proizvoda Kupac ne zna na koliki iznos rabata ima pravo, te mu TDR može zaračunati na fakturi/otpremnici manji iznos rabata.

- c) Članak 7.7. nacrtu SME Ugovora o kojem se mišljenjem od 23. prosinca 2010. očitovala Agencija kako nije u suprotnosti sa ZZTN-om glasi:

„Utvrđuje se da je prilikom potpisivanja ovog Ugovora, Kupac sukladno kategorizaciji kupaca koju određuje TDR, svrstan u kategoriju _____.“

Pri tome je u Prilogu 1. Odluke o izmjeni prodajne politike naveden sljedeći *Pregled osnovnih popusta/rabata sukladno kategorizaciji kupaca.*

<i>Količina prodanih pušačkih jedinica u prethodnoj godini</i>	<i>Manje od 100.000.000 pušačkih jedinica</i>	<i>Više od 100.000.000 pušačkih jedinica</i>
<i>Prodajni kanal</i>		
<i>Trgovine</i>	<i>[...]%</i>	<i>[...]%</i>
<i>Specijalisti</i>	<i>[...]%</i>	<i>[...]%</i>
<i>Benzinske postaje</i>	<i>[...]%</i>	<i>[...]%</i>

Članak 7.7. SME Ugovora kojeg je TDR krajem 2010. godine ponudio na potpis određenom malom ili srednjem kupcu specijalisti glasi:

*„Utvrđuje se da je prilikom potpisivanja ovog Ugovora, Kupac sukladno kategorizaciji kupaca koju određuje TDR, svrstan u kategoriju **SME 3.**“*

Navedena odredba kojom je TDR svrstao konkretnog kupca u kategoriju SME 3 predstavlja primjenu nacrtu Odluke o izmjeni prodajne politike kojeg je TDR Agenciji dostavio podneskom od 24. rujna 2010. i koju je Agencija ocijenila neprihvatljivom. Naime, taj nacrt Odluke o izmjeni prodajne politike sadržavao je Prilog 1. čiji sadržaj se prikazuje nastavno:

Pregled regija u RH

Tržište RH na kojem se prodaju Proizvodi dijeli se na slijedeće regije:

1. Zagreb A – Grad Zagreb i uža okolica:
2. Zagreb B – šira okolica:
3. Slavonija
4. Dalmacija
5. Istra i Kvarner

Pregled osnovnih popusta/rabata sukladno kategorizaciji kupaca

N kupci: - u prethodnoj godini ostvarili prodaju Proizvoda u visini od [...] % i više ukupne prodaje RH;

- obavljaju djelatnost prodaje na malo duhanskih proizvoda u 4 ili više regija,

R1 kupci: - u prethodnoj godini ostvarili prodaju Proizvoda u visini od [...] % i više ukupne prodaje na svojim regijama,

- obavljaju djelatnost prodaje na malo duhanskih proizvoda u manje od 4 regije,

R2 kupci: - u prethodnoj godini ostvarili prodaju Proizvoda u visini od [...] % do [...] % ukupne prodaje na svojim regijama,

d) obavljaju djelatnost prodaje na malo duhanskih proizvoda u manje od 4 regije,

SME 1, 2 i 3 kupci: - u prethodnoj godini ostvarili prodaju proizvoda u visini manjoj od [...] % ukupne prodaje svoje regije.

Kategorija Kupca	N kupci i R1 kupci		R2 kupci		SME		
	Manje od 200	200 i više	Manje od 200	200 i više	1	2	3
Broj prodajnih mjesta							
Prodajni kanal							
Trgovine	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Specijalisti	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Benzinske postaje	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Navedena kategorizacija Agenciji je bila neprihvatljiva budući da kupci ne mogu pouzdano i u svakom trenutku znati kojoj kategoriji pripadaju s obzirom na to da razvrstavanje u pojedinu kategoriju ovisi prvenstveno o udjelu prodaje pojedinog kupca u ukupno ostvarenoj prodaji TDR-ovih proizvoda, bilo na razini RH ili na razini pojedinih regija. Kupac pouzdano zna koliko je u prethodnoj godini prodao TDR-ovih proizvoda, ali ne zna kolika je ukupna ostvarena prodaja TDR-ovih proizvoda na razini RH ili pojedinih regija pa ne može pouzdano znati kojoj kategoriji kupaca pripada. Ukoliko kupac ne zna točno kojoj kategoriji pripada, onda niti ne zna na koju stopu rabata ima pravo.

Agencija je stoga zatražila brisanje kategorizacije kupaca prema pojedinim regijama te je TDR napravio novu kategorizaciju kupaca po kojoj se kupci, odnosno njihovo pravo na odgovarajuću stopu rabata razlikuju isključivo po prodajnom kanalu kojem pripadaju i po fiksnoj količini prodanih cigareta (manje ili više od 100.000.000 prodanih pušačkih jedinica).

Slijedom navedenoga, Agencija je utvrdila da je TDR, kako je to i sam TDR naveo u svojim podnescima tijekom prethodnog ispitivanja stanja na mjerodavnom tržištu u ovom predmetu,

kupcima krajem 2010. godine na potpis ponudio Ugovor o prodaji duhanskih proizvoda, verziju SME Ugovora za koju je Agencija u predmetu klase: 031-031-02/2010-01/160, a na zahtjev TDR-a, utvrdila da sadrži odredbe koje mogu dovesti do narušavanja tržišnog natjecanja na mjerodavnom tržištu i koje je TDR bio dužan izmijeniti ukoliko želi da njegova nova prodajna politika počevši od 1. siječnja 2011. bude u skladu s propisima o zaštiti tržišnog natjecanja.

III.2. Aneks br. 1 Ugovoru o prodaji duhanskih proizvoda

TDR d.o.o. je tako i postupio, odnosno Aneksom br. 1 Ugovoru o prodaji duhanskih proizvoda izmijenjene su prethodno označene odredbe Ugovora o prodaji duhanskih proizvoda koje su se odnosile na cijene, uvjete prodaje novih proizvoda i međusobno izvješćivanje, odnosno izmijenjeni su članci 2., 3.8. i 7.6. Ugovora o prodaji duhanskih proizvoda, na način sukladan Ugovoru o prodaji duhanskih proizvoda o kojem je Agencija dala pozitivno mišljenje. TDR je već u siječnju pristupio sklapanju spomenutog aneksa sa svojim kupcima, o čemu je izvijestio Agenciju i dostavio dokaze o tome podnescima od 1. ožujka 2011. i 23. ožujka 2011.

III.3. Ugovor o zakupu prodajno-skladišnog prostora

Uvidom u Ugovor o zakupu prodajno-skladišnog prostora (dalje: Ugovor o zakupu) kojeg je TDR krajem 2010. ponudio određenom trgovcu specijalisti i kojeg su podnositelji inicijative dostavili Agenciji, te njegovom usporedbom s nacrtom Ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora o kojem se mišljenjem od 23. prosinca 2010. očitovala Agencija kako nije u suprotnosti sa ZZTN-om utvrđeno je da isti ne odgovara u cijelosti Ugovoru o zakupu o kojem se mišljenjem očitovala Agencija

- a) Članak 2.1. Ugovora o zakupu kojeg je TDR ponudio određenom trgovcu specijalisti i kojeg su podnositelji inicijative dostavili Agenciji glasi:

„Utvrdjuje se da je Zakupodavac:

- registriran za djelatnost trgovine na malo,*
- vrši prodaju putem kanala prodaje Specijalisti, te raspolaže sa -- vlastitih prodajnih mjesta na kojima obavlja prodaju Proizvoda.“*

Na sastanku održanom 10. prosinca 2010. u prostorijama Agencije s predstavnicima TDR-a je usuglašena potreba brisanja ove odredbe jer je ona nepotrebna budući da članak 2.2. Ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora uređuje koja se točno prodajna mjesta daju u zakup. Također, usuglašeno je da je potrebno brisati odredbe 2.4. i 5.2. Ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora jer bi takve odredbe u slučaju njihove primjene mogle imati za posljedicu povredu propisa o zaštiti tržišnog natjecanja. Navedene odredbe 2.4. i 5.2. Ugovora o zakupu koje je trebalo brisati glasile su:

„2.4. Ugovorne strane suglasne su da ukoliko Zakupodavac poveća prodajno skladišni prostor otvaranjem novih prodajnih mjesta, Zakupodavac se obvezuje TDR-u, pod istim uvjetima kao i za postojeća prodajna mjesta, ponuditi u zakup razmjerni dio novog prostora. Svaku izmjenju površine prostora u zakupu ugovorne strane regulirat će aneksom ovome ugovoru.“

„5.2. Ugovor se može produžiti za naredno razdoblje. U slučaju davanja u zakup prodajno-skladišnog prostora iz članka 1.1. nakon isteka ovog Ugovora, Zakupodavac se obvezuje isto prethodno ponuditi TDR-u.“

TDR je podneskom od 13. prosinca 2010. dostavio Agenciji izmijenjenu verziju nacrtu Ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora u kojoj su izbrisani navedeni članci 2.1., 2.4. i 5.2.

Iz Ugovora o zakupu kojeg je TDR ponudio određenom trgovcu specijalisti i kojeg su podnositelji inicijative dostavili Agenciji, nije izbrisan citirani članak 2.1., niti su izbrisani članci 2.4. i 5.2. Naime, u Ugovoru o zakupu ponuđenom određenom trgovcu specijalisti ostale su neizbrisane spomenute odredbe, odnosno odredba 2.4. je samo izmijenjena:

2.4. Ugovorne strane suglasne su da ukoliko Zakupodavac poveća prodajno-skladišni prostor otvaranjem novih prodajnih mjesta, ponudit će TDR-u u zakup razmjerni dio novog prostora. Svaku izmjenju površine prostora u zakupu ugovorne strane regulirat će aneksom ovome ugovoru.

5.2. Ugovor se može produžiti za naredno razdoblje. U slučaju davanja u zakup prodajno-skladišnog prostora iz članka 1.1. nakon isteka ovog Ugovora, Zakupodavac se obvezuje isto prethodno ponuditi TDR-u.

b) U članku 2.3. posljednja rečenica u stavku 2. trebala je glasiti:

„Kao mjerodavan pokazatelj udjela u prodaji vrijedit će podaci dobiveni od društva AC Nielsen d.o.o. Zagreb, koje će TDR dostaviti Zakupodavcu na njegov zahtjev.“

U Ugovoru o zakupu kojeg je TDR ponudio određenom trgovcu specijalisti i kojeg su podnositelji inicijative dostavili Agenciji, posljednja rečenica u članku 2.3. stavak 2. glasi:

„Kao mjerodavan pokazatelj udjela u prodaji vrijedit će podaci dobiveni od društva AC Nielsen d.o.o. Zagreb.“

TDR je izostavio obvezu dostavljanja Zakupodavcu, na njegov zahtjev, podataka o udjelu prodaje duhanskih proizvoda TDR-a na hrvatskom tržištu ostvarenom u godini koja prethodi godini potpisivanja Ugovora o zakupu.

Ugovor o zakupu prodajno-skladišnog prostora sklapa se na određeno vrijeme, ali nije razvidan rok na koji se isti sklapa. Stoga je Agencija inzistirala da TDR navedeno trajanje Ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora ograniči na razdoblje od tri godine.

Podnositelji inicijative su Agenciji dostavili i Aneks br. 1 Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora kojeg je TDR krajem 2010. ponudio određenom zakupodavcu na potpis.

Aneksom br. 1 Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora (dalje: Aneks broj 1) mijenja se i dopunjuje osnovni Ugovor o zakupu prodajno-skladišnog prostora. Aneksom broj 1 se površina zakupljenog prostora na prodajnim mjestima iz osnovnog Ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora dopunjuje na maksimalno dozvoljenu površinu na mjestima navedenim u Prilogu 1. Aneksa.

Članak 2. Aneksa broj 1 uređuje da su strane suglasne da se površina zakupljenog prostora na prodajnim mjestima iz Osnovnog ugovora dopuni u površini i na mjestima navedenim u Prilogu 1. Aneksa.

Člankom 3.1. Aneksa broj 1 uređuje se da su strane suglasne da se za vrijeme trajanja ovog Aneksa ukupna naknada iz članka 3. ovog Aneksa može mijenjati u nastupu slučaja iz članka 2.1. ovog Aneksa, sukladno odredbama članka 3.7. Osnovnog ugovora o zakupu, kao

i u slučaju promjene uvjeta poslovanja i/ili obima međusobne suradnje koji imaju utjecaja na ukupne financijske neto primitke ugovornih strana u poslovanju s Proizvodima.

Navedena Odredba članka 3.1. omogućuje TDR-u smanjivanje iznosa zakupnine u slučaju kada dođe do promjene uvjeta poslovanja i/ili obima međusobne suradnje koji imaju utjecaja na ukupne financijske neto primitke ugovornih strana u poslovanju s cigaretama TDR-a. Kako proizlazi iz teksta navedene odredbe TDR u slučaju lošijih rezultata poslovanja ostvarenih na tržištu trgovine cigaretama može smanjiti iznos zakupnine na štetu Zakupodavca. Dakle, ovom odredbom TDR-u dana je mogućnost da rizik od neuspjeha koji nosi posao proizvodnje i prodaje cigareta na mjerodavnom tržištu prevale na Zakupodavca tako što mu može jednostrano, bez njegovog pristanka, smanjiti zakupninu iako je možda Zakupodavac uredno izvršio sve svoje obveze uređene Ugovorom o zakupu prodajno-skladišnog prostora.

Agencija je utvrdila da je TDR, kako je to i sam TDR naveo u svojim podnescima tijekom prethodnog ispitivanja stanja na mjerodavnom tržištu u ovom predmetu, kupcima na potpis ponudio Ugovor o zakupu prodajno skladišnog prostora za koji je Agencija u predmetu klase: 031-02/2010-01/160, a na zahtjev TDR d.o.o., utvrdila da sadrži tri odredbe koje bi mogle biti sporne i koje je TDR bio dužan izmijeniti. Također, prethodno opisani Aneks br. 1. Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora sadržavao je opisanu odredbu (članak 3.1.) koja bi da je primijenjena u praksi na prethodno opisani način mogla imati za posljedicu narušavanje tržišnog natjecanja.

TDR d.o.o. je Aneksom br. 2 Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora brisao prethodno citirane odredbe članka 2.1. 2.4. i 5.2. Ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora koje su uređivale obveze zakupodavca i trajanje ugovora a izmijenjen je članak 2.3., koji postaje članak 2.2. i to na način sukladan Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora o kojem je Agencija dala pozitivno mišljenje. TDR je već počevši od siječnja 2011. pristupio sklapanju Aneksa br. 2. Ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora sa svojim kupcima, o čemu je izvijestio Agenciju i dostavio dokaze o tome podnescima od 1. ožujka 2011. i 23. ožujka 2011.

Također, TDR je 12. svibnja 2011. Agenciji u ovom predmetu dostavio podnesak kojime je dostavio nacrt Aneksa br. 3. Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora čijim stupanjem na snagu prestaje vrijediti prethodno navedeni Aneks br.1. Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora. Spomenuti Aneks br. 3 ne sadrži odredbe koje bi mogle narušiti tržišno natjecanje, odnosno nije u suprotnosti s propisima o zaštiti tržišnog natjecanja. Dana 27. lipnja 2011. TDR je Agenciji dostavio i podnesak kojime je Agenciju obavijestio da je pristupio potpisivanju Aneksa br. 3. Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora sa svim poslovnim partnerima s kojima je u ovoj vrsti poslovnog odnosa. Nastavno, istim je dopisom TDR Agenciju izvijestio i o tome da će, nakon potpisa svih Aneksa br. 3 Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora, Agenciji dostaviti iste na uvid.

Dana 18. kolovoza 2011. TDR je Agenciji dostavio podnesak kojime je izvijestio Agenciju da je postupak potpisivanja spomenutog Aneksa br. 3 s poslovnim partnerima dovršen te je stoga u prilogu dostavio i popis trgovaca te sve preslike Aneksa br. 3 Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora u kategoriji Specijalisti.

IV. Utvrđene činjenice

Slijedom svega navedenoga, Agencija je tijekom prethodnog ispitivanja stanja na mjerodavnom tržištu u predmetnoj upravnoj stvari nesporno utvrdila da je novom prodajnom

politikom od 1. siječnja 2011. poslovni odnos TDR-a i njegovih kupaca bio uređen sljedećim ugovorima:

- Ugovorom o prodaji duhanskih proizvoda (N/R – nacionalni/regionalni kupci),
- Ugovorom o prodaji duhanskih proizvoda (SME – mali i srednji kupci), izmijenjenim zbog usklađenja sa primjedbama Agencije Aneksom br. 1. Ugovoru o prodaji duhanskih proizvoda,
- Ugovorom o zakupu prodajno-skladišnog prostora i Aneksima br. 1., 2. i 3. Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora.

Uvidom i usporedbom dokumentacije (Ugovora i pratećih aneksa Ugovora) dostavljene kako od strane podnositelja predmetne inicijative tako i od TDR-a tijekom prethodnog ispitivanja stanja na mjerodavnom tržištu u predmetnoj upravnoj stvari utvrđeno je da je TDR svim svojim poslovnim partnerima kategorije specijalisti ponudio na potpis tekst Ugovora o prodaji i Ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora (nacрте), koje je Agencija 22. studenoga 2010. zaprimila u predmetu ocjene nove prodajne politike TDR-a, klase: 031-02/2010-01/160 i na koje je nacрте Ugovora imala određene primjedbe. TDR je stoga izvršio izmjene i/ili dopune navedenih nacрте Ugovora i iste u navedenom predmetu dostavio 13. i 16. prosinca 2010. Agenciji na mišljenje. Agencija je na konačni tekst nacрте Ugovora 23. prosinca 2010. dala pozitivno mišljenje.

S obzirom na to da su u međuvremenu neki od poslovnih partnera TDR-a kategorije specijalisti već krajem 2010. potpisali ponuđeni Ugovor o prodaji duhanskih proizvoda i Ugovor o zakupu prodajno-skladišnog prostora na koje je Agencija imala primjedbe, te Aneks br. 1 Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora koji je sadržavao odredbu članka 3.1. s elementima jednostranosti., TDR je s tim poslovnim partnerima žurno krenuo u potpis Aneksa kojime su navedeni, već sklopljeni Ugovori usklađeni s onima o kojima se Agencija, na zahtjev TDR, u predmetu klase: 031-02/2010-01/160, svojim mišljenjem od 23. prosinca 2010. očitovala da nisu u suprotnosti s odredbama ZZTN.

Kako je već prethodno navedeno, TDR je o tome Agenciji tijekom prethodnog ispitivanja stanja na tržištu dostavio i dokaze podnescima od 1. ožujka 2011., 23. ožujka 2011., 27. lipnja 2011. i 18. kolovoza 2011.

Člankom 49. ZZTN propisano je da stranka u postupku nakon pokretanja postupka sukladno članku 39. ZZTN, a najkasnije prije dostave Obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku iz članka 48. ZZTN, može Agenciji predložiti preuzimanje obveze izvršenja određenih mjera i uvjeta, te rokove u kojima će to učiniti, kako bi se otklonili negativni učinci njezinog postupanja ili propuštanja postupanja na tržišno natjecanje.

TDR je prije formalnog pokretanja postupka u ovom predmetu, odnosno u fazi prethodnog ispitivanja stanja na mjerodavnom tržištu povodom predmetne inicijative, izmijenio sve prethodno navedene odredbe ugovora koje bi mogle biti sporne. Štoviše, Aneks br. 1 Ugovoru o prodaji duhanskih proizvoda kojima su izmijenjene prethodno označene odredbe članaka 2., 3.8. i 7.6. Ugovora o prodaji duhanskih proizvoda i Aneks br. 2. Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora kojim su brisane odredbe članka 2.1., 2.4. i 5.2. Ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora i izmijenjen članak 2.3., TDR je započeo potpisivati sa svojim kupcima 20. siječnja 2011., dakle prije podnošenja predmetne inicijative.

Navedeno je važno, posebno s obzirom na činjenicu da je TDR u predmetu klase: 031-02/2010-01/160, naziva: Mišljenje o prijedlogu nove prodajne politike i o nacртima Ugovora o prodaji duhanskih proizvoda N/R i SME i nacрту Ugovora o zakupu prodajno skladišnog prostora poduzetnika TDR, samovoljno predložio i Agenciji podnio na ocjenu prijedloge Odluka o novoj prodajnoj politici i politici zakupa TDR-a, te prijedloge Ugovora o prodaji duhanskih proizvoda N/R i SME i Ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora, za koje je nakon usklađenja sa ZZTN-om dobio pozitivno mišljenje Agencije od 23. prosinca 2010.,

ali je navedenim mišljenjem ujedno bio i upozoren od strane Agencije da snosi punu odgovornost za primjenu nove prodajne politike, odnosno za eventualne negativne posljedice (učinke) njene primjene.

Slijedom navedenoga, Agencija je u posjedu svih važećih Ugovora s poslovnim partnerima tipa specijalisti (Ugovor o prodaji duhanskih proizvoda, Aneksa br. 1 Ugovoru o prodaji duhanskih proizvoda, Ugovor o zakupu prodajno-skladišnog prostora, Aneksa br. 2. Ugovoru o zakupu prodajno- skladišnog prostora, i Aneksa br. 3 Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora).

Temeljem Ugovora o prodaji duhanskih proizvoda TDR kategorizira kupce i odobrava popuste/rabate na sljedeći način:

Tablica 3. Pregled popusta/rabata sukladno kategorizaciji kupaca

Količina prodanih pušačkih jedinica u prethodnoj godini	Manje od 100.000.000 pušačkih jedinica	Više od 100.000.000 pušačkih jedinica
Prodajni kanal		
Trgovine	[...]%	[...]%
Specijalisti	[...]%	[...]%
Benzinske postaje	[...]%	[...]%

Kategorizacija kupaca dio je uobičajene poslovne prakse, te se kao i primjenjivanje rabatne politike koristi kao sredstvo cjenovnog natjecanja konkurenata te privlačenja kupaca njihovim proizvodima. Pri tome je poduzetnik u vladajućem položaju dužan kategorizaciju kupaca, kao i sustav rabata, utemeljiti na ekonomski opravdanim kriterijima, odnosno mora ih temeljiti na troškovnom principu.

S obzirom na činjenicu da je maloprodajna cijena duhanskih proizvoda u Republici Hrvatskoj fiksno određena zbog načina obračuna trošarina sukladno zakonu i na nju ne mogu utjecati trgovci na malo duhanskim proizvodima, rabat koji TDR nudi svojim kupcima izravno određuje kupovnu cijenu po kojoj trgovci na malo kupuju TDR-ove duhanske proizvode.

Ono što čini opravdanu, odnosno dopuštenu razliku u cijeni jedinice proizvoda je razlika u troškovima prodaje, primjerice različita količina proizvoda koju kupuje kupac u svakoj pojedinoj transakciji ili njegov „status velikog kupca“ određenog proizvoda. Sama TDR-ova kategorizacija kupaca na nacionalne, regionalne i SME kupce ukazuje na to da ne kupuju svi kupci jednake količine proizvoda, a što nadalje dokazuje kategorizacija navedenih kupaca na one koji kupuju manje od 100.000.000 pušačkih jedinica i one koji kupuju više od 100.000.000 pušačkih jedinica.

Opravdanu, odnosno dopuštenu razliku u cijeni jedinice proizvoda predstavlja nadalje činjenica da prodavatelj na području prodaje ima organiziranu vlastitu mrežu distribucije. Naime, nekoliko tisuća poduzetnika-kupaca nabavlja duhanske proizvode od TDR-a i prodaje ih na malo na hrvatskom tržištu. Pri tome se tih nekoliko tisuća kupaca razlikuju po veličini, budući da su vlasnici od jednog pa do nekoliko stotina prodajnih mjesta širom Republike Hrvatske, pa sukladno tome i kupuju različite količine duhanskih proizvoda po jednoj transakciji. Navedene razlike zasigurno utječu na različitost troškova koje TDR trpi u poslovanju s kupcima - trgovcima na malo i to prvenstveno na različitost troškova distribucije duhanskih proizvoda.

Osim razlika u troškovima, razlika u prodajnoj cijeni proizvoda dopuštena je, odnosno opravdana i gotovinskim plaćanjem ili plaćanjem unaprijed.

Dakle, elementi kao što su kategorizacija kupaca i utvrđivanje visine osnovnih i dodatnih rabata, u slučaju poduzetnika u vladajućem položaju, moraju imati ekonomski opravdano uporište, odnosno moraju se temeljiti na troškovno opravdanom principu, te njihov učinak ne smije biti usmjeren na istiskivanje postojećih konkurenata niti na onemogućavanje ulaska novima, kao niti imati diskriminirajući učinak na tržišno natjecanje na nižem tržištu (što se odnosi na kupce), otežavajući na taj način mogućnost nabave proizvoda ako ne postoje alternativni izvori nabave. Pri tome, primjena nejednakih uvjeta od strane poduzetnika koji je u vladajućem položaju prema kupcima koji međusobno nisu niti potencijalni konkurenti, neće se smatrati zlouporabom, a poduzetnik u vladajućem položaju može prema njima određivati različite cijene i druge poslovne uvjete.

Uzimajući navedene parametre u obzir Agencija je prilikom ocjene nove prodajne politike TDR-a, čiji je sastavni dio u tablici 3. prikazana kategorizacija kupaca i visina dodijeljenih rabata, krenula od pretpostavke da TDR ima pravo na kategorizaciju kupaca i da se u tablici 3. prikazana kategorizacija ne može unaprijed smatrati zlouporabom vladajućeg položaja.

Utvrđivanje zlouporabe vladajućeg položaja se ne vrši ex ante odnosno unaprijed. Zlouporaba vladajućeg položaja se ocjenjuje ex post. Iz navedenih razloga Agencija je ocijenila da nova prodajna politika TDR-a, uključujući i rabatnu politiku, nije protivna ZZTN-u, ali je istovremeno jasno upozorila TDR da se pozitivno mišljenje Agencije odnosi na tekst dokumenata dostavljenih od strane TDR-a i njihovu sukladnost s ZZTN, te da TDR i Adris grupa snose punu odgovornost za njihovu primjenu, odnosno za eventualne negativne posljedice (učinke) primjene navedenih ugovora na tržištu, pa navedeni ugovori mogu biti predmet ocjene Agencije ukoliko njihov učinak bude protivan propisima o zaštiti tržišnog natjecanja.

Slijedom navedenoga, Agencija je utvrdila da kategorizacija kupaca i primjena različitih stopa rabata unaprijed, odnosno ex ante, ne znači primjenu nejednakih uvjeta od strane TDR-a (primjena nejednakih rabata), odnosno da se „*kupci selektiraju po stopama odobrenih rabata prema kriterijima koji nisu tržišni.*“ Agencija je stoga analizirala je li TDR prema kupcima s kojima je vlasnički povezan (Tisak, Inovine) primijenio prodajnu politiku koju je odobrila Agencija, odnosno primjenjuje li TDR odobrenu politiku jednako prema svim kupcima.

Agencija je dopisom od 7. ožujka 2011. zatražila od TDR-a preslike svih ugovora i pratećih aneksa sklopljenih s kupcima u kategoriji specijalisti, neovisno o tome je li riječ o N/R ili SME kupcima. Tisak, iNovine i Slobodna Dalmacija-trgovina, na koje ukazuju podnositelji inicijative naime pripadaju kategoriji specijalisti.

TDR je podneskom od 18. ožujka 2011. i 30. ožujka 2011. dostavio preslike zatraženih ugovora za kategoriju specijalisti uključujući i preslike ugovora sklopljenih s iNovinama, Tiskom i Slobodna Dalmacija-trgovinom, uz naznaku da neki od kupaca još nisu vratili potpisane ugovore te da će ih TDR stoga naknadno, po zaprimanju, dostaviti Agenciji.

Agencija je izvršila uvid u ugovore koje je TDR sklopio s iNovinama, Tiskom i Slobodna Dalmacija-trgovinom. Ugovori o prodaji duhanskih proizvoda i Ugovori o zakupu prodajno-skladišnog prostora usklađeni su s tekstom Ugovora o kojima je Agencija mišljenjem od 23. prosinca 2010. utvrdila da nisu u suprotnosti sa ZZTN-om.

Sa sva tri promatrana kupca TDR je sklopio i Aneks br. 1 Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora, kojim je zakupio dodatnu prodajno-skladišnu površinu koja je povećana za [...] posto, te kod navedenih kupaca iznosi maksimalnih [...] posto ukupne površine namijenjene prodaji i skladištenju duhanskih proizvoda. Aneks br. 1 Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora je istovjetan onome dostavljenom od strane podnositelja inicijative. Spomenuti Aneks broj 1. prestao je vrijediti stupanjem na snagu Aneksa br. 3. Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora, a preslike sklopljenih Aneksa br. 3 sa

svojim kupcima TDR je Agenciji dostavio na uvid u privitku podneska TDR-a od 18. kolovoza 2011.

Temeljem Ugovora o prodaji navedenim kupcima odobren je rabat od [...] posto. Rabat od [...] posto se prema prodajnoj politici koju je odobrila Agencija odobrava specijalistima koji godišnje prodaju više od sto milijuna (100.000.000) pušačkih jedinica. Oni specijalisti koji ostvare prodaju manju od sto milijuna komada cigareta ostvaruju rabat od [...] posto.

Prema podacima iz sljedeće tablice razvidno je da navedeni kupci ispunjavaju kriterij za dobivanje rabata po stopi od [...] posto.

Prema podacima iz tablice 3. razvidno je da su tijekom 2010. godine prodaju cigareta veću od 100.000.000 komada mogli ostvariti sljedeći kupci: [...], [...], [...], [...], te eventualno [...] i [...].

Slijedom navedenog, Agencija je utvrdila da TDR primjenjuje odobrenu prodajnu politiku na jednak način prema Inovinama, Tisku i Slobodnoj Dalmaciji u odnosu na ostale trgovce koji distribuiraju cigarete TDR-a, te da stoga nisu utemeljeni navodi podnositelja da TDR primjenjuje nejednake uvjete u odnosu na promatrane poduzetnike prema kriterijima koji nisu tržišni.

Novom prodajnom politikom TDR je u potpunosti odvojio pravne poslove prodaje duhanskih proizvoda od zakupa prodajno-skladišnog prostora, a koji su do primjene nove prodajne politike bili povezani putem načina obračuna naknade.

Kao naknadu za kupnju i daljnju prodaju TDR-ovih cigareta, TDR kupcima odobrava popust/rabat u određenom postotku od neto cijene proizvoda. Pri tome, pravo na rabat nije uvjetovano nikakvim kvantitativnim obvezama kupca kao što su, primjerice, minimalno potrebne kupljene količine u apsolutnom iznosu ili relativnom iznosu – minimalni postotak ukupnih potreba kupca za TDR-ovim cigaretama kako bi se ostvarilo pravo na rabat. Pravo na rabat je neuvjetovano, budući da se rabat dodjeljuje za svaku kupljenu jedinicu TDR-ovih proizvoda. Što je veća kupljena količina proizvoda time je i veći ostvareni iznos rabata, tako da je ukupna financijska korist kupca povezana s ostvarenom količinom kupljenih TDR-ovih proizvoda.

S druge strane, kao naknadu za davanje TDR-u u zakup prodajno skladišnog prostora, TDR se obvezuje zakupodavcu platiti određeni fiksni iznos – zakupninu za pojedinu godinu važenja Ugovora o zakupu prodajno skladišnog prostora. Visina naknade je predmet pregovora između TDR-a i Zakupodavca. Iznos naknade za zakup ne ovisi o kupljenim količinama TDR-ovih proizvoda. Isti ovisi o ukupno zakupljenom prostoru, koji ne smije biti veći od 80 posto u 2011. te atraktivnost lokacije kupca kod kojeg se prostor zakupljuje, a ne o prodaji cigareta iz asortimana TDR-a.

Upravo zbog činjenice da je TDR poduzetnik u vladajućem položaju i da raspolaže sa značajnom tržišnom snagom Ugovorom o zakupu prodajno skladišnog prostora je uređeno da maksimalni udio zakupljene površine ne može biti viši od udjela prodaje duhanskih proizvoda TDR-a na hrvatskom tržištu ostvarenom u godini koja prethodi godini potpisivanja ovog Ugovora. Na taj način se sprječava mogućnost da njegovi proizvodi budu na prodajnim mjestima kupaca prodavani neovisno o stvarnom stanju na tržištu i potrebama krajnjih korisnika duhanskih proizvoda.

Novim Ugovorom o zakupu prodajno-skladišnog prostora u potpunosti je pravno odvojen posao zakupa prodajno-skladišnog prostora od posla prodaje duhanskih proizvoda. To stoga što se naknada za zakup ugovara fiksno za cijelo razdoblje trajanja Ugovora o zakupu i što visina naknade nije u korelaciji s prodanim količinama TDR-ovih proizvoda. Sada povećanje prodanih količina TDR-ovih cigareta ne dovodi do višeg iznosa zakupnine niti do poticanja lojalnosti.

Slijedom navedenoga, naknada iz Ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora ne predstavlja dodatni naknadni rabat osnovnom rabatu iz Ugovora o prodaji duhanskih proizvoda, a posao zakupa je pravno odvojen od posla prodaje.

Obveza Zakupodavca glede zakupa prodajnog, a isto tako i skladišnog prostora, vezana je samo za omjer izloženih cigareta na prodajnom prostoru - polici, a nikako ne za omjer prodanih cigareta sa prodajnog prostora – police. Zakupodavac nije, ako je TDR zakupio primjerice 80 posto neke police ili stalka koji predstavljaju mjesto prodaje cigareta, u obvezi postići 80 postotni udjel prodaje TDR-ovih cigareta u ukupnoj prodaji cigareta.

Agencija je utvrdila da iz Ugovora o zakupu prodajno skladišnog prostora ne proizlazi obveza zakupodavca da trajno održava udjel prodaje proizvoda TDR-a od najmanje [70-80] posto, već samo izloženost proizvoda na polici odnosno prodajnom mjestu. Ukoliko TDR obveze Zakupodavca tumači drugačije i zbog toga uskraćuje isplatu naknade za zakup, za rješavanje takvog potencijalnog spora glede tumačenja ugovorenih prava i obveza nadležan je Trgovački sud.

Općenito promatrano malusi kao naknada štete za neizvršenje ugovornih obveza nisu zabranjeni, već u većini slučajeva čine sastavni dio svakog kupoprodajnog ugovora. Svaki Ugovor o kupoprodaji uobičajeno sadrži odredbe kojima je uređeno da ona ugovorna strana koja pretrpi štetu uslijed neizvršenja obveza druge ugovorne strane ima pravo na naknadu štete u određenom ugovorenom iznosu.

Članci 3.3. i 5.4. Ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora upravo predstavljaju takve odredbe. Malus ili ugovorna kazna, osim što osiguravaju naknadu štete onoj ugovornoj strani koja ju je pretrpjela, imaju i preventivnu ulogu u smislu da mehanizam ugovorne kazne upravo tjera sve ugovorne strane da ispune svoje ugovorne obveze na koje su potpisom ugovora pristale. Pri tom, Agencija je temeljem detaljne analize utvrdila da u konkretnom slučaju obveza održavanja omjera izloženosti cigareta na prodajnom mjestu ne potiče na isključivu ili gotovo isključivu kupnju odnosno na lojalnost TDR-u, a što bi bilo u suprotnosti sa ZZTN-om.

Slijedom navedenog, malus ili ugovornu kaznu kojom se regulira naknada štete iz Ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora nije u suprotnosti s propisima o zaštiti tržišnog natjecanja. Pri tome, Agencija nije ulazila u ocjenu je li ugovorna kazna iz Ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora previsoka ili preniska, već jesu li ugovorne obveze na čije ispunjenje ugovorna kazna „primorava“ ugovorne strane, protivne ZZTN-u. Sama visina, odnosno razmjernost ugovorne kazne je, kao što i sami podnositelji inicijative ispravno navode, pitanje Zakona o obveznim odnosima i eventualnog spora pred nadležnim Trgovačkim sudom.

Analizom cjelokupno zaprimljene dokumentacije vezane uz novu prodajnu politiku TDR-a utvrđena je kao neupitna činjenica da je TDR počevši od 1. siječnja 2011. promijenio prodajnu politiku koju primjenjuje prema kupcima svojih proizvoda – trgovcima na malo duhanskim proizvodima na način da je u Ugovoru o prodaji duhanskih proizvoda iznos rabata, koji zapravo predstavlja cijenu pružanja usluge distribucije duhanskih proizvoda, smanjio sa [...] posto od proizvođačke cijene na [...] posto od proizvođačke cijene.

Podnositelji inicijative smatraju da je kupnja i prodaja proizvoda TDR-a pod uvjetima određenim osnovnim Ugovorom o prodaji duhanskih proizvoda gotovo potpuno neisplativa i da tek sklapanjem Ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora s pripadajućim aneksom, kupci ostvaruju pravo na rabat koji kupnju i daljnju prodaju proizvoda TDR-a čini u određenoj mjeri isplativoj. U maloprodaji duhanskih proizvoda TDR-ove su cigarete (osobito brandovi Ronhill i Walter Wolf) još uvijek značajan input.

Tablica 4. Rabat, kupovna i prodajna cijena kutijice Ronhilla koju primjenjuju trgovci na malo

1	2	3	4	5
Stopa rabata	Proizvođačka (neto) cijena	Iznos rabata (2 x 1)	Maloprodajna cijena	Kupovna cijena (4 – 3)
[...]%	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]%	[...]	[...]	[...]	[...]

Maloprodajna cijena duhanskih proizvoda na hrvatskom tržištu administrativno je određena na način da ju odobrava Ministarstvo financija, a svi trgovci moraju je primjenjivati. Slijedom navedenoga, za trgovce na malo duhanskim proizvodima, koji iste prodaju krajnjim potrošačima, maloprodajna cijena je zadana veličina. Stoga, rabat odobren od strane TDR-a i njegovih konkurenata određuje visinu marže koju mogu ostvariti trgovci na malo u poslu prodaje duhanskih proizvoda, kao i visinu kupovne cijene po kojoj trgovci na malo kupuju duhanske proizvode. Kupovna cijena po kojoj trgovci na malo nabavljaju duhanske proizvode određuje se na način da se od administrativno određene maloprodajne cijene oduzme odobreni rabat.

U tom slučaju, ukoliko bi TDR želio uspješno primijeniti strategiju „isključujućeg“ djelovanja na razini maloprodaje duhanskih proizvoda, to bi značilo da zbog potrebe široke dostupnosti cigareta mora razviti vrlo široku i razgranatu vlastitu maloprodajnu mrežu od petnaestak tisuća prodajnih mjesta, što je praktično nemoguće. Naime, TDR-ovu vlastitu maloprodajnu mrežu čine maloprodajni kapaciteti INOVINA koje su se u 2006. godini sastojali od ukupno 341 maloprodajnih objekata. Ostatak prodaje na malo TDR-ovih proizvoda obavlja, kao što je već navedeno i obrazloženo, veliki broj trgovačkih društava čiji većinski vlasnik nije TDR. Prodaju duhanskih proizvoda obavljaju u svoje ime i za svoj račun.

S druge strane, činjenica je da konkurenti TDR-a na mjerodavnom tržištu Republike Hrvatske odobravaju sljedeće stope rabata:

- e) BAT: prosječni rabat od 18 posto na neto cijenu proizvoda,
- f) PMI: prosječni rabat od 18 posto na neto cijenu proizvoda,
- g) JTI: prosječni rabat od 17 posto na neto cijenu proizvoda,
- h) IMP: prosječni rabat od 22 posto na neto cijenu proizvoda,

dok TDR istovremeno odobrava rabat od [...] posto na proizvođačku (neto cijenu proizvoda).

Na primjeru po dva poduzetnika iz svakog od tri prodajna kanala – specijalisti, trgovina, benzinska postaja analiziran je utjecaj marže ostvarene od prodaje TDR-ovih cigareta na ostvarenje ukupne marže.

Utjecaj, odnosno udjel marže ostvarene od prodaje TDR-ovih cigareta u visini ukupno ostvarene marže kod kanala trgovina i benzinska postaja je izrazito mali i ne prelazi [0-5] posto.

Kod kanala specijalisti udjel marže od prodaje TDR-ovih cigareta u ukupno ostvarenoj marži iznosio je u slučaju Tiska [10-15]% i u slučaju Slobodne Dalmacije-trgovine [10-15] posto. Navedeno upućuje na zaključak da čak i kod specijalista (uglavnom kiosci) koji su na u najvećoj mjeri specijalizirani za prodaju duhanskih proizvoda, prodaja TDR-ovih cigareta nema velik utjecaj na ostvarenje marže i profita. U slučaju Tiska i Slobodne Dalmacije-trgovine gotovo [80-90]% marže ostvaruje se od prodaje drugih proizvoda, stoga se može zaključiti da opstanak trgovaca specijalista (kiosci) ne ovisi isključivo o profitabilnosti ostvarenoj iz prodaje cigareta, već i o marži i profitu ostvarenom od prodaje ostalih proizvoda u toj kategoriji maloprodajnih mjesta.

Ukupna potražnja za cigaretama na tržištu Republike Hrvatske opada iz godine u godinu. Pri tome opada potražnja i prodaja cigareta TDR-a, dok istovremeno raste potražnja i prodaja cigareta svih TDR-ovih konkurenata. Navedeno ukazuje na činjenicu da potrošači cigareta kontinuirano prelaze s potrošnje TDR-ovih cigareta na potrošnju konkurentskih cigareta. To otvara mogućnost trgovcima na malo da barem jedan dio prodaje TDR-ovih cigareta nadomjeste povećanom prodajom konkurentskih cigareta i time nadoknade eventualni gubitak prihoda prouzročen smanjivanjem rabata, budući da TDR-ovi konkurenti nude značajno veći rabat. Dakle, zamjena makar i malog dijela prodaje TDR-ovih cigareta prodajom konkurentskih cigareta može značajno nadoknaditi eventualni gubitak prihoda uslijed TDR-ovog smanjenja rabata, jer je rabat konkurenata u prosjeku [...] puta veći ([...] % u odnosu na 18%).

Trgovac je, uslijed postojanja učinkovite konkurencije na mjerodavnom tržištu, kompenzaciju gubitka prihoda uslijed TDR-ovog smanjenja rabata, u mogućnosti ostvariti povećanom prodajom konkurentskih cigareta.

TDR je ponudio sklapanje Ugovora o prodaji cigareta ukupnom broju od [...] poduzetnika, od čega su [...] kupaca nacionalne veličine, [...] kupca regionalne veličine, [...] kupaca su poduzetnici male ili srednje veličine, a [...] kupaca su HORECA kupci.

Od ukupnog broja kupaca kojima je ponuđen Ugovor o prodaji cigareta, njih [...] je odbilo potpisati ugovor i time se obvezati na prodaju TDR-ovih cigareta.

Međutim, preostali broj kupaca je unatoč smanjenju rabata sa [...] % na [...], [...] % ili [...] % posto potpisao Ugovor o prodaji cigareta.

Od ukupno [...] kupaca koji su s TDR-om sklopili Ugovor o prodaji cigareta, TDR je [...] kupaca ponudio i sklapanje Ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora.

Ugovor o zakupu prodajno-skladišnog prostora nije ponuđen cijelokupnom segmentu HORECA kupaca, [...] nacionalnom i [...] regionalna kupca, te [...] SME kupaca.

Od ukupno [...] kupaca kojima je ponuđeno sklapanje Ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora njih [...] je s TDR-om sklopilo navedeni Ugovor. Od [...] kupca koji su sklopili Ugovor o zakupu prodajno-skladišnog prostora, njih [...] je potpisalo i Aneks broj 1. Ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora, koji je izmijenjen, kao što je već prethodno detaljno objašnjeno, Aneksom br. 3. Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora.

Dakle, preostalih [...] od ukupno [...] kupaca sa TDR-om ima sklopljeno samo Ugovor o prodaji cigareta.

Tablica 5. Pregled broja zaključenih ugovora o prodaji duhanskih proizvoda

Segment	Ponuđeno	Potpisano	% od ponuđenog broja
Nacionalni kupci	[...]	[...]	[90-100]
Regionalni kupci	[...]	[...]	[90-100]
SME kupci	[...]	[...]	[80-90]
Horeca	[...]	[...]	[90-100]
UKUPNO	[...]	[...]	[80-90]

Izvor: podnesak TDR-a od 21. veljače 2011. Obrada: Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja

Tablica 6. Pregled broja zaključenih ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora

Segment	Ugovor o zakupu prodajno-skladišnog prostora			Aneks ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora	
	Ponuđeno	Potpisano	% od ponuđenog broja	Potpisano	% od potpisanih ugovora o zakupu
Nacionalni kupci	[...]	[...]	[50-60]	[...]	[90-100]
Regionalni kupci	[...]	[...]	[60-70]	[...]	[90-100]
SME kupci	[...]	[...]	[60-70]	[...]	[80-90]
UKUPNO	[...]	[...]	[60-70]	[...]	[80-90]

Izvor: podnesak TDR-a od 21. veljače 2011. godine Obrada: Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja

Na temelju navedenih podataka razvidno je da je TDR nudio kupcima na potpis dva ugovora - ugovor o prodaji i ugovor o zakupu i da su kupci mogli odabrati hoće li uopće potpisati ijedan ugovor, hoće li potpisati samo jedan ugovor (ugovor o prodaji duhanskih proizvoda), ili će potpisati oba ugovora, te u konačnici hoće li u slučaju potpisana oba ugovora potpisati još i Aneks broj 1. Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnoga prostora koji je izmijenjen Aneksom br. 3. Oni kupci koji su smatrali da nije u njihovom interesu potpisati neki od ponuđenih ugovora imali su mogućnost odbiti sklapanje tih ugovora, što je određeni broj kupaca (prikazan u gornjim tablicama) i učinio.

Dakle, nedvojbeno je utvrđena činjenica da je [...] od [...] poduzetnika potpisalo Ugovor o prodaji duhanskih proizvoda s TDR-om i time se suglasilo sa smanjenjem rabata s 12,5% na [...]%, [...] % ili [...] % ukazuje na to da [80-90] % poduzetnika nisu smatrali da je nova nabavna cijena TDR-ovih cigareta nepravedno visoka.

V. Odluka Vijeća za zaštitu tržišnog natjecanja

Na temelju dostavljene dokumentacije i utvrđenog činjeničnog stanja u ovom predmetu, Vijeće za zaštitu tržišnog natjecanja (dalje: Vijeće) je sukladno ovlastima iz članka 27. i članka 31. ZZTN-a, na 86. sjednici, održanoj 13. listopada 2011., razmatralo navedeni predmet te je donijelo odluku da se predmetna inicijativa u smislu članka 38. stavaka 5. i 7. ZZTN-a odbaci jer ne postoje uvjeti za pokretanje postupka utvrđivanja zlouporabe vladajućeg položaja protiv poduzetnika TDR po službenoj dužnosti u smislu članka 39. ZZN-a, a primjenom članka 13. ZZTN-a.

Odluku o odbacivanju inicijative Vijeće temelji na slijedećim razlozima:

Agencija je nakon zaprimanja predmetne inicijative provela temeljito i detaljno prethodno ispitivanje stanja na mjerodavnom tržištu. Pri tom je izvršila analizu Ugovora o prodaji duhanskih proizvoda, Ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora i pripadajućih Aneksa navedenim ugovorima koje je TDR sklapao sa kupcima u razdoblju od listopada 2010. do kolovoza 2011., prikupila podatke o stanju na mjerodavnom tržištu u dužem razdoblju, te nizom drugih naprijed opisanih radnji ispitala sve činjenice i okolnosti na koje upućuje podnositelj inicijative. Stoga je temeljem navedenoga, utvrđeno da nema dostatnih indicija da je novom prodajnom politikom koja je u primjeni od 1. siječnja 2011. godine TDR imao namjeru zlouporabiti vladajući položaj na mjerodavnom tržištu trgovine cigaretama u Republici Hrvatskoj, niti da je njeno relativno kratko razdoblje primjene moglo imati negativne učinke na tržišno natjecanje na tom tržištu, u smislu članka 13. točke 1. i 4. ZZTN-a.

TDR se nesporno u smislu članka 12. ZZTN nalazi u vladajućem položaju na mjerodavnom tržištu distribucije (trgovine) cigaretama u Republici Hrvatskoj u 2010. godini i u prvih pet

mjeseci 2011. godine, budući da mu je tržišni udjel i dalje visok ([60-70] %) te višestruko veći od udjela najjačeg konkurenta – Philip Morrisa ([20-30] %).

Na mjerodavnom tržištu distribucije (trgovine) cigareta u Republici Hrvatskoj prisutni su u 2010. i 2011. godini, pored TDR-a, svi konkurenti koji se natječu na svjetskoj razini proizvodnje i trgovine cigareta. To su Philip Morris Zagreb, BAT Hrvatska, Imperial Tobacco Zagreb, i JTI Zagreb koji je tijekom 2010. godine ušao na mjerodavno tržište, čime je dodatno pojačan konkurentski pritisak, prije svega na TDR, kao vodećeg poduzetnika na tržištu.

Navedeno je razvidno i iz tržišnog udjela TDR-a, koji unatoč činjenici da je taj poduzetnik još uvijek u vladajućem položaju, konstantno pada, a tržišni udjeli njegovih konkurenata konstantno rastu. TDR-ov tržišni udjel je u 2010. u odnosu na 2009. godinu pao za [5-10]% dok je u prvih pet mjeseci 2011. u odnosu na 2010. godinu pao za čak [5-10]%.

Nadalje, utvrđeno je da TDR-ovu važeću prodajnu politiku sačinjavaju sljedeći ugovori:

- Ugovor o prodaji duhanskih proizvoda,
- Aneks br. 1. Ugovoru o prodaji duhanskih proizvoda (kojim se izmjenjuje i dopunjuje Ugovor o prodaji duhanskih proizvoda),
- Ugovor o zakupu prodajno-skladišnog prostora,
- Aneks br. 2. Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora (kojim se izmjenjuje i dopunjuje Ugovor o zakupu prodajno-skladišnog prostora)
- Aneks br. 3. Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora (kojim prestaje vrijediti Aneks br. 1. Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora).

TDR je samoinicijativno odlučio promijeniti svoju prodajnu politiku krajem 2010. godine s početkom njene primjene od 1. siječnja 2011. godine. Stoga je TDR dopisom kojeg je Agencija zaprimila 28. rujna 2010. godine, u predmetu klase: 031-02/2010-01/160, dostavio Agenciji nacrt prijedloga Ugovora o prodaji duhanskih proizvoda i Ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora, te zatražio mišljenje Agencije na navedene nacrt Ugovora. Agencija u pravilu ne daje mišljenja na ugovore između poduzetnika. Međutim, kako je bila riječ o poduzetniku za kojeg je bilo dostatnih indicija da se na mjerodavnom tržištu u trenutku zaprimanja novih nacrta Ugovora ponaša protivno propisima o zaštiti tržišnog natjecanja (a što je u konačnici i utvrđeno u predmetu klase: UP/I 030-02/2006-01/082, rješenjem Agencije od 16. lipnja 2011., koje je konačno i izvršno i koje je objavljeno u „Narodnim novinama“, br. 103/2011, a kojim je utvrđeno da su ADRIS GRUPA d.d. i TDR d.o.o., koji je pod kontrolom ADRIS GRUPE d.d., u razdoblju od 15. kolovoza 2004. do 31. prosinca 2010. ograničili tržišno natjecanje zlouporabom vladajućeg položaja na mjerodavnom tržištu distribucije (trgovine) cigaretama na teritoriju Republike Hrvatske, u smislu članka 16. stavka 1. i stavka 2. točke 3. i 4. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja („Narodne novine“, broj 122/2003), Agencija je iznimno dala 23. prosinca 2010. mišljenje. Navedeno mišljenje u predmetu klase: 031-02/2010-01/160 na predložene nacrt ugovora o prodaji duhanskih proizvoda i nacrt ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora, Agencija je dala isključivo s ciljem što ranije ponovne uspostave učinkovitog tržišnog natjecanja na predmetnom mjerodavnom tržištu.

Agencija je za prvo dostavljene nacrt ugovora o prodaji duhanskih proizvoda i ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora ocijenila da sadrže određene odredbe koje bi mogle biti sporne, odnosno koje bi mogle dovesti do narušavanja tržišnog natjecanja na mjerodavnom tržištu, te je TDR-u uputila primjedbe na te odredbe. TDR je stoga izvršio izmjene i/ili dopune navedenih nacrta Ugovora i iste u navedenom predmetu dostavio 13. i 16. prosinca 2010. Agenciji na uvid. Agencija je na konačni tekst nacrta Ugovora 23. prosinca 2010. dala pozitivno mišljenje.

Međutim, kako je TDR, sa značajnim dijelom svojih poslovnih partnera već krajem 2010. prije dostave mišljenja Agencije, sklopio navedene ugovore s početkom njihove primjene od

1. siječnja 2011., izmjena tih ugovora bila je moguća jedino sklapanjem aneksa navedenim ugovorima. Slijedom navedenoga, a uzimajući u obzir primjedbe iznesene od strane Agencije, TDR je ugovor o prodaji duhanskih proizvoda i ugovor o zakupu prodajno-skladišnog prostora uskladio u cijelosti s propisima o zaštiti tržišnog natjecanja putem sklapanja Aneksa br. 1. Ugovoru o prodaji duhanskih proizvoda i Aneksa br. 2. Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora.

Budući da je iz dokumentacije zaprimljene u ovom predmetu bilo razvidno da je TDR paralelno s ugovorom o zakupu prodajno-skladišnog prostora sklapao i Aneks br. 1. navedenome ugovoru koji je sadržavao odredbu članka 3.1. s elementima jednostranosti koja bi mogla biti sporna da je primijenjena u praksi, TDR je tijekom prethodnog ispitivanja stanja na mjerodavnom tržištu u ovom predmetu dostavio Agenciji nacrt prijedloga Aneksa br. 3. Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora koji je ponudio svojim kupcima na sklapanje, a kojim je uređeno da njegovim stupanjem na snagu prestaje vrijediti u cijelosti Aneks br. 1. Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora. Spomenuti Aneks br. 3 ne sadrži odredbe protivne propisima o zaštiti tržišnog natjecanja. Također, TDR je Agenciji tijekom prethodnog ispitivanja stanja na mjerodavnom tržištu u više navrata (1. i 23. ožujka 2011.) dostavio dokaze o tome da je svoju novu prodajnu politiku u cijelosti uskladio s propisima o zaštiti tržišnog natjecanja, odnosno dostavio je Agenciji na uvid sve važeće ugovore i anekse ugovora. O posljednjim izmjenama izvijestio je Agenciju podneskom od 18. kolovoza 2011. kojime je upoznao Agenciju da je dovršio i postupak potpisivanja Aneksa br. 3. Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora sa svim poslovnim partnerima s kojima je do tada imao sklopljen Aneks br. 1. Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora, te dostavio popis trgovaca i preslike Aneksa br. 3. Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora u kategoriji specijalisti.

Na taj način TDR je prije formalnog pokretanja postupka u ovom predmetu, odnosno u fazi prethodnog ispitivanja stanja na mjerodavnom tržištu povodom predmetne inicijative, izmijenio sve prethodno navedene odredbe ugovora koje bi mogle biti sporne, što ukazuje na namjeru TDR-a da s novom prodajnom politikom koju primjenjuje od 1. siječnja 2011. svoje postupanje na mjerodavnom tržištu uskladi s propisima o zaštiti tržišnog natjecanja. Štoviše, Aneks br. 1 Ugovoru o prodaji duhanskih proizvoda kojima su izmijenjene odredbe Ugovora o prodaji duhanskih proizvoda i Aneks br. 2. Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora kojim su izmijenjene odredbe Ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora, TDR je započeo potpisivati sa svojim kupcima 20. siječnja 2011., dakle prije podnošenja predmetne inicijative.

Stoga ne postoje dostatne indicije da je TDR imao namjeru novom prodajnom politikom kršiti propise o zaštiti tržišnog natjecanja, niti postoje dostatne indicije da je primjena nove prodajne politike počevši od 1. siječnja 2011. dovela do negativnih učinaka na tržišno natjecanje na mjerodavnom tržištu. Potonje osobito iz razloga što su odredbe na koje je uputio podnositelj inicijative bile na snazi vrlo kratko i nisu mogle dovesti do narušavanja tržišnog natjecanja. Upravo suprotno, u tom je razdoblju nastavljen pad tržišnog udjela TDR-a, što je ekonomski nedvojben pokazatelj slabljenja njegove tržišne snage na mjerodavnom tržištu.

Naime, tržišni udjel TDR-a u 2008. iznosio je [80-90]%, a udjel konkurenata iznosio je posljedično [10-20]%, što znači da je odnos između tržišnog udjela TDR-a i njegovih konkurenata bio otprilike [...] prema 1. U 2009. godini tržišni udjel TDR-a iznosio je [70-80]%, a udjel konkurenata [20-30]%, tako da je odnos između tržišnog udjela TDR-a i njegovih konkurenata bio oko [...] prema 1. Udjel TDR-a u 2010. iznosio je [70-80]%, a udjel konkurenata iznosio je posljedično [20-30]%, što znači da se odnos između tržišnog udjela TDR-a i njegovih konkurenata promijenio na [...] prema 1. U samo prvih pet mjeseci 2011. TDR-ov tržišni udjel je u odnosu na 2010. godinu dodatno pao za [5-10] postotna poena,

odnosno za [5-10] posto i iznosio je [60-70]%. Slijedom navedenoga, osim što konstantno pada, TDR-ov tržišni udjel pada ubrzano, poglavito od 2009. godine kada su izjednačene trošarine, te u 2011. godini kada je uvedena nova prodajna politika TDR-a. Dakle, odnos tržišnog udjela TDR-a i njegovih konkurenata sveo se u 2011. godini na [...] prema 1.

Podaci s kojima raspolaže Agencija pokazuju kako je udjel marže od prodaje cigareta u ukupno ostvarenoj marži trgovaca nizak kod sva tri kanala prodaje (trgovine, benzinske postaje, specijalisti) tako da opstojnost niti jednog trgovca na tržištu zasigurno ne ovisi u značajnoj mjeri o uspješnosti i profitabilnosti u poslu prodaje cigareta, već od širine ukupnog asortimana svakog trgovca.

Analiza ugovora koju je provela Agencija ukazuje na činjenicu da su pravni poslovi prodaje i marketinga cigareta temeljem Ugovora o prodaji duhanskih proizvoda i Ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora u potpunosti odvojeni pravni poslovi. Nema više ciljnih udjela za svakog kupca koji se izračunavaju u odnosu na sve ili najveći dio njihove potrebe za cigaretama, odnosno naknada za distribuciju cigareta isključivo ovisi o količini prodanih cigareta TDR-a, pri čemu nema dodatnog rabata, koji bi se obračunavao retroaktivno, ovisno o lojalnosti određenog kupca TDR-u, dok je naknada za zakup prodajno-skladišnog prostora fiksna i ovisi o površini zakupljenog prostora, te atraktivnosti lokacije prostora koji se zakupljuje, a ni u kojem slučaju nije ovisna o količini prodaje cigareta iz asortimana tog poduzetnika.

Da TDR s trgovcima ulazi u poslovne odnose posebno kada se radi o prodaji cigareta TDR-a bez istodobnog sklapanja ugovora o zakupu prodajno-skladišnog prostora utvrđeno je temeljem prethodnog istraživanja tržišta. Naime, više od [...] trgovaca je potpisalo samo Ugovor o prodaji duhanskih proizvoda s TDR-om, unatoč tome što je TDR rabat od prodaje cigareta smanjio. Istodobno, kako je povećana prisutnost konkurencije na ovom tržištu, trgovci koji iz bilo kojeg razloga ne žele poslovati s TDR-om, mogu svoje poslovanje preusmjeriti na TDR-ove tržišne takmace.

Također, prethodno ispitivanje tržišta koje je provela Agencija pokazalo je da za nabavu cigareta iz asortimana TDR-a nije potrebno potpisati Ugovor o prodaji duhanskih proizvoda, te da je iste moguće nabaviti od TDR-a putem narudžbenice ili pak od nekog od distributera TDR, primjerice od Adiste ili Tiska.

Nadalje, sukladno novoj prodajnoj politici i ugovorima koje nudi TDR maksimalni prostor koji TDR može zakupiti na bilo kojem prodajnom mjestu izračunava se temeljem udjela TDR-a u ukupnoj prodaji cigareta u godini prije sklapanja ugovora. Stoga će u 2012. godini pak maksimalni prostor za zakup od strane TDR-a biti smanjen s obzirom na činjenicu da je njegov tržišni udjel za prvih pet mjeseci 2011. značajno pao u odnosu na udjel u 2010. godini. Za koliko će TDR morati smanjiti zakupljenu površinu kod onih Zakupodavaca kod kojih je za sada ona maksimalna, pokazat će, odnosno mjerodavni su podaci AC Nielsena o tržišnim udjelima TDR-a u prodaji cigareta u Republici Hrvatskoj u 2011. godini. Naime, temeljem članka 2.2. Aneksa br. 2. Ugovoru o zakupu prodajno-skladišnog prostora određeno je da će kao mjerodavan pokazatelj tržišnog udjela TDR-a vrijediti podaci dobiveni od društva AC Nielsen d.o.o. Zagreb, koje će TDR dostaviti Zakupodavcu na njegov zahtjev.

S obzirom na činjenicu da nema uvjeta za pokretanje postupka u ovom predmetu, nema niti uvjeta za donošenje privremene mjere u smislu članka 51. stavka 1. ZZTN-a. Štoviše, privremena mjera koju zahtijeva podnositelj inicijative, odnosno način uređenja ugovornih odnosa između TDR-a i njegovih kupaca koji bi značio vraćanje na prodajnu politiku odnosno poslovanje TDR-a do 31. prosinca 2010., Agencija je rješenjem od 16. lipnja 2011. godine utvrdila zlouporabom vladajućeg položaja tog poduzetnika. Slijedom svega navedenog, Agencija je temeljem odluke Vijeća, odlučila kao u izreci ovoga zaključka.

Uputa o pravnom lijeku

Protiv ovog zaključka nije dopuštena žalba, ali nezadovoljna stranka može tužbom pokrenuti upravni spor pred Upravnim sudom Republike Hrvatske u roku od trideset (30) dana od dana dostave ovoga zaključka.

Predsjednica Vijeća
za zaštitu tržišnog natjecanja

mr.sc. Olgica Spevec

Napomena:

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