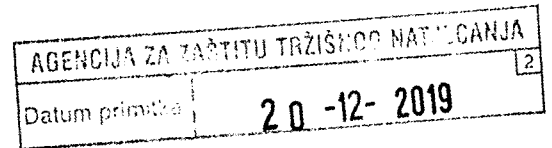




REPUBLIKA HRVATSKA
VISOKI UPRAVNI SUD REPUBLIKE HRVATSKE
Z A G R E B
Frankopanska 16



Poslovni broj: UsII-192/19-5



U I M E R E P U B L I K E H R V A T S K E

P R E S U D A

Visoki upravni sud Republike Hrvatske u vijeću sastavljenom od sudaca toga suda Ljiljane Karlovčan-Đurović, predsjednice vijeća, Lidije Rostaš i dr. sc. Sanje Otočan, članica vijeća, te višeg sudskog savjetnika Srđana Papića, zapisničara, u upravnom sporu tužitelja iz Zagreba,= ; kojeg zastupa Odvjetničko društvo protiv tuženika Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja, Zagreb, Savska cesta 41, radi tržišnog natjecanja, na sjednici vijeća održanoj 14. studenog 2019.

presudio je

Odbija se tužbeni zahtjev za poništenje rješenja Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja, klasa: UP/I-034-03/18-02/018, urbroj: 580-11/41-2019-002 od 29. siječnja 2019.

Odbija se zahtjev tužitelja za naknadu troškova upravnog spora.

Obrazloženje

Tužena Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja je rješenjem od 29. siječnja 2019. odbacila inicijativu tužitelja, jer ne postoje uvjeti za pokretanje postupka po službenoj dužnosti u smislu članka 17. stavka 6. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja („Narodne novine“ 79/09. i 80/13. – dalje: ZZTN), budući da nisu kumulativno ispunjeni uvjeti iz članka 17. stavka 1. ZZTN-a.

Tužitelj u upravnoj tužbi izlaže kronologiju postupka navodi da nije točan navod tužene da BAT Hrvatska ima određena prava u društvu Roberto Plus d.o.o. ali da nije stekao kontrolu nad Roberto Plus d.o.o. iz razloga da je Sporazum o namirenju tražbina od 8. prosinca 2014. koji je sklopljen između tužitelja i BAT Hrvatska imao za svrhu osiguranja potraživanja. Ističe da nije točan navod tužene da temeljem 1% udjela u temeljnom kapitalu poduzetnika Roberto Plus i Smoking nije moguće ostvariti kontrolu i prevladavajući utjecaj u smislu članka 15. ZZTN-a dok imenovanjem još jednog člana uprave u poduzetnicima Roberto Plus i Smoking pored člana uprave tih poduzetnika N.P., nije postavljeno više od polovine članova uprave navedenih poduzetnika od strane BAT Hrvatska. Poziva se na odredbu članka 4. stavka 1. točke 4. ZZTN-a. Ističe da tužena ne navodi koje je iznose utvrdila kao iznose prihoda, i ako ih je utvrdila, kako ih je utvrdila te obrazlaže svoju odluku na način da ističe da BAT Investments putem povezanog društva BAT Hrvatska u Republici Hrvatskoj nije ostvario zakonski prag od 100.000.000.00 kn. Što se tiče drugog uvjeta u odnosu na drugog sudionika koncentracije TDR i povezana društva, to jest društva u odnosu na koja su mu pod kontrolom, također ispunjeni i drugi uvjeti. Adris grupa u objavi za medije

je navela da je u 2014. godini TDR ostvario ukupni prihod u iznosu od _____ kn. Tužitelj je u inicijativi naveo da je TDR u 2014. godini na mjerodavnom tržištu prodaja duhanskih proizvoda na teritoriju RH iznosila _____ kn, a da je prihod od povezanih osoba iznosio _____ kn dakle tužitelj je uz svoju inicijativu dostavio podatke o prihodima sudionika koncentracije iz kojih je razvidno da su ostvareni zakonski uvjeti za obvezno podnošenje prijave o namjeravanoj koncentraciji. Ističe da definicija prihoda nije sadržana u ZZTN-u već se kod utvrđivanja iste imaju primijeniti računovodstveni propisi i standardi financijskog izvještavanja. Tužitelj ukazuje na pravno mišljenje profesora doktora Siniše Petrovića koje je priloženo uz inicijativu, a kojom je kroz analizu relevantnih računovodstvenih propisa i standarda utvrđeno da se kod izračuna prihoda prema propisima RH ne može isključiti trošarina. Iz osporenog rješenja nije vidljiva visina prihoda kod sudionika koncentracije koju je tužena utvrdila, niti način na koji ju je tužena utvrdila. Iz napadanog rješenja ipak je vidljiva pogrešna primjena materijalnog prava od strane tužene koja smatra da kod izračuna visine prihoda iz istih treba isključiti iznos trošarine kao ostale poreze koji su izravno povezani s prihodima. Plaćanje trošarine nije izravno povezano sa ostvarenjem prihoda jer u slučaju nemogućnosti prodaje duhanskih proizvoda trošarinski obveznik nema pravo na povrat istih i bez obzira na učinjeni izdatak neće ostvariti prihod. Suprotno netočnom zaključku tužene sudionici koncentracije kao pravne osobe koje trguju duhanskih proizvodima ne prikupljaju od svojih kupaca trošarinu u ime i za račun državnog proračuna već su oni sami obveznici plaćanja trošarine čiji trošak u konačnici prevaljaju na svoje kupce kroz cijenu svojih artikala. Ovu činjenicu potvrđuje i postupanje samog društva BAT Hrvatska d.o.o. koji je u javno objavljenim financijskim izvještajima za sve godine koje prethode 2014. svoje prihod uvijek iskazivao na način da je isti uključivao trošarinu. Tužitelj smatra da je u konkretnom slučaju povezivanja poduzetnika BAT Hrvatska d.o.o. i poduzetnika TDR d.o.o. isključena trošarina iz prihoda samo kako bi se izbjegla obveza prijave koncentracije i provedba postupka kojom se utvrđuje njena dopuštenost, jer je očito da bi ista bila ocijenjena kao nedopuštena. Što se tiče povreda postupovnih odredbi Zakona o tržišnom natjecanju i Zakona o općem upravnom postupku tužitelj smatra da tužena nije utvrdio, prilikom ocjene dopuštenosti koncentracije učinke na tržišno natjecanje te moguće zapreke pristupu tržištu, a osobito u slučajevima kada se koncentracijom stvara novi ili jača postojeći vladajući položaj sudionika koncentracije. Isto tako smatra da obrazloženje nije sukladno odredbi članka 98. stavka 5. Zakona o općem upravnom postupku („Narodne novine“ 47/09.). Smatra da je tužena prilikom donošenja napadanog rješenja počinila bitnu povredu odredaba postupka u smislu članka 67. stavak 1. ZZTN-a te predlaže da se usvoji tužba, preinači rješenje odnosno poništi rješenje Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja i predmet vrati na ponovni postupak, te traži trošak za sastav tužbe plus PDV, ukupno _____ kn.

Tužena u odgovoru na tužbu ostaje u cijelosti kod razloga navedenih u obrazloženju osporenog rješenja. U odnosu na navode tužitelja citira odredbe ZZTN-a koje uređuju navedenu problematiku te činjenice i okolnosti i vremenski slijed postupanja AZTN-a u konkretnom slučaju u odnosu na odredbe ZZTN-a. Ističe da je odredbom članka 19. stavka 1. ZZTN-a propisano da su svaku prijavu namjere provedbe koncentracije poduzetnika iz članka 15. ZZTN-a sudionici koncentracije obvezni prijaviti Agenciji za zaštitu tržišnog natjecanja kada se ispune uvjete iz članka 17. ZZTN-a. To iz razloga jer je člankom 17. stavkom 6. ZZTN-a propisano kako tužena ocjenjuje dopuštenost samo onih koncentracija koje podliježu obvezi prijave namjere provedbe koncentracije. Vezano uz navedene odredbe ZZTN-a tužena skreće pozornost kako iz uvodne odredbe tijela ugovora o prijenosu poslovnog udjela u društvu TDR d.o.o. koju tužitelj dostavlja na stranici 4/16 predmetne tužbe jasno razvidno da

ugovorne strane suglasno utvrđuju da su kupoprodajna cijena i ostali uvjeti u vezi prijenosa i prodaje poslovnog udjela definiran ugovorom o kupoprodaji poslovnog udjela od 30. svibnja 2015. sklopljenog između prenositelja i kupca, te da je kupac obavijestio prenositelja dopunskim pismom od 30. rujna 2015. da je pravo kupca na stjecanje poslovnog udjela ustupljeno i preneseno na stjecatelja te da su sukladno navedenom prenositelj i stjecatelj sklopili predmetni ugovor o prijenosu poslovnog udjela u društvu TDR d.o.o. Slijedom navedenog tužena kao i u dijelu obrazloženja pobijanog rješenja u odnosu na navedenu problematiku navodi kako je 1. travnja 2015. tužena zaprimila upit odvjetnika vezan uz primjenu članka 74. ZZTN-a i nastanak obveze prijave namjere provedbe koncentracije u smislu članka 17. ZZTN-a na što je tužena odgovorila 13. travnja 2015. prije sklapanja ugovora o kupoprodaji poslovnog udjela od 30. svibnja 2015. Isto tako tužena ističe da se prijava namjere koncentracije podnosi na ocjenu nakon zaključenja ugovora kojim se stječe kontrola ili prevladavajući utjecaj nad poduzetnikom ili dijelom poduzetnika, odnosno nakon objave javne ponude, a prije provedbe koncentracije provedba prijavljene koncentracije dopuštena je tek po isteku roka iz članka 22. stavak 1. ZZTN-a rok od 30 dana za ocjenu koncentracije na prvoj razini. Odnosno danom dostave rješenja tužene kojom se koncentracija ocjenjuje dopuštenom ili uvjetno dopuštenom u smislu članka 22. stavak 7. točka 1. i 2. ZZTN-a. Stoga je sasvim jasno da je tužena u odnosu na navedeno ispravno zaključila da je BAT stekao kontrolu nad TDR-om 30. rujna 2015. Međutim tužena ponovno ističe da u konkretnom slučaju nisu bili kumulativno ispunjeni uvjeti za nastanak obveze prijave koncentracije u smislu članka 17. stavka 1. ZZTN-a pa stoga nisu bili ispunjeni niti uvjeti za postupanje tužene.

Ističe da tužitelj i dalje inzistira na tome da su Roberto Plus i Smoking i druga povezana društva tužitelja suprotno svim razlozima obrazložena utvrđenju tužene iz osporenog rješenja te tužena upućuje na obrazloženje osporenog rješenja (str. 7. i 8.). Ističe da je sporazum o namirenju tražbine od 8. prosinca 2014. raskinut od strane BAT-a izjavom od 1. rujna 2015. Slijedom navedenog tužena je utvrdila da u konkretnom slučaju ne može biti riječ o povezanim poduzetnicima BAT Hrvatska u smislu članka 4. ZZNT-a, budući da članak 4. ZZNT-a propisuje da se poduzetnikom pod kontrolom drugog poduzetnika smatra poduzetnik u kojem drugi poduzetnik izravno ili neizravno ima više od polovine udjela ili dionica ili može ostvariti više od polovine glasačkih prava ili ima pravo na postavljanje više od polovine članova uprave ili nadzornog odbora ili odgovarajućeg tijela za upravljanje te vodenje poslova ili na drugi način ima pravo na upravljanje poslovanjem poduzetnika, te da se takvi poduzetnici smatraju jednim gospodarskim subjektom. Temeljem jednopostotnog udjela u temeljnom kapitalu poduzetnika Roberto Plus i Smoking nije moguće ostvariti kontrolu i prevladavajući utjecaj u smislu članka 15. ZZTN-a dok imenovanjem još jednog člana uprave u poduzetnicima Roberto Plus i Smoking pored člana uprave tih poduzetnika Nevena Perice nije postavljeno više od polovine članova uprave navedenih poduzetnika od strane BAT Hrvatska.

Slijedom navedenog, ukupne poslovne prihode navedenih poduzetnika Roberto Plus i Smoking ostvarene u 2014. se ne uračunavaju u smislu članka 17. stavka 3. ZZTN-a za utvrđivanje postojanje obveze prijave namjere provedbe koncentracije koje ocjenjuje AZTN u smislu članka 17. stavka 6. ZZTN-a. Osim toga tužena je utvrdila kako iz je očitovanja i dokumentacije vezanih u predmetu transakcije razvidno da se najveći dio duhanskih proizvoda koje BAT u 2014. prodaje u Republici Hrvatskoj proizvodi u tvornicama u Njemačkoj, te da se putem povezanog društva BAT Hrvatska uvoze u Republiku Hrvatsku radi distribucije putem ekskluzivnog distributera Roberto Plus. BAT Hrvatska se u Republici Hrvatskoj u 2014. nije bavio maloprodajom duhanskih proizvoda, već ima ekskluzivni ugovor

o distribuciji s Robertom Plus koji distribuira BAT-ove proizvode maloprodajnim mjestima u Republici Hrvatskoj. Slijedom toga, tužena je utvrdila kako su BAT Hrvatska i Roberto Plus u 2014. u poslovnom odnosu u kojem je Roberto Plus ekskluzivni distributer proizvoda BAT u Republici Hrvatskoj i slijedom navedenog jedini kupac proizvoda iz portfelja BAT grupe. Iz toga je razvidno da se Roberto Plus i Smoking ne mogu smatrati povezanim društvima poduzetnika BAT Hrvatska.

Za pogrešnu primjenu materijalnog prava tužitelj ističe kako je tužena u pobijanom rješenju navela da BAT putem svog povezanog društva u Republici Hrvatskoj nije ostvario više od 100.000.000,00 kuna, a da pri tome nije naveo koje iznose tužena utvrđuje kao iznose prihoda, i ako ih je utvrdila, kako ih je utvrdila. Tužena ističe kako je točan iznos naveden na stranici 4. obrazloženja pobijanog rješenja, ali je sukladno obvezi tužene iz članka 53. ZZTN-a o čuvanju poslovne tajne sakriven u primjerku rješenja za stranke. Međutim, isti se nalazi u integralnoj verziji pobijanog rješenja koja se prilaže spisu i koja je dostupna sudu. Tužena je utvrdila iznos iz kojeg proizlazi da nije kumulativno ispunjen uvjet za nastanak obveze prijave namjere provedbe koncentracije sukladno članka 17. stavku 1. ZZTN-a, budući da BAT putem svog povezanog društva u Republici Hrvatskoj nije ostvario više od 100.000.000,00 kuna kako je to propisano člankom 17. stavkom 1. točkom 2. ZZTN-a. Ističe da je u vezi rješenja koji je zaprimio tužitelj iz obrazloženja jasno razvidno koje dokaze je tužena prikupila radi utvrđivanja uvjeta iz članka 17. stavka 1. ZZTN-a, ali ih tužena ponovo navodi. Financijski izvještaj BAT Hrvatska za mjerodavnu 2014. iz koje je razvidna primjena međunarodnih financijskih standarda izvještavanja i nepostojanja povezanih društava BAT Hrvatska u Republici Hrvatskoj, te izjava ovlaštenog revizora koji je revidirao navedeno financijsko izvješće BAT Hrvatska za 2014. vezano uz način izvještavanja prema međunarodnim računovodstvenim standardima koje je dužan primjenjivati BAT Hrvatska i način prikaza trošarina u navedenom financijskom izvještaju prema međunarodnim računovodstvenim standardima. Pri tome tužena ističe da u konačnici bez obzira na to koju je visinu iznosa ukupnih poslovnih prihoda stjecatelja u predmetnoj koncentraciji ostvarenih u Republici Hrvatskoj u mjerodavnoj 2014. tužena utvrdila u konkretnom slučaju, i to pravilnom primjenom materijalnog propisa u odnosu na navedenu problematiku izvođenjem pravilnih zaključaka iz pravilno utvrđenog činjeničnog stanja, temeljem objektivnih dokaza u spisu predmeta. Navedeni iznos ukupnih poslovnih prihoda stjecatelja u predmetnoj koncentraciji ostvarenih u Republici Hrvatskoj u mjerodavnoj 2014., koji je utvrdila tužena i koji dokazuje kako ne ispunjava uvjete iz članka 17. stavka 1. točke 2. ZZTN-a koji mora biti kumulativno ispunjen sa uvjetom iz članka 17. stavkom 1. točkom 1. ZZTN-a da bi za sudionike nastala obveza prijave namjere provedbe koncentracije, utvrđeni iznos ukupnih poslovnih prihoda stjecatelja u predmetnoj koncentraciji ostvarenih u Republici Hrvatskoj u mjerodavnoj 2014. ne odgovara interesima tužitelja, budući da tužitelj kroz sve svoje tužbe u odnosu na ovaj predmet želi dokazati da je tužena pogodovala sudionicima koncentracije u konkretnom slučaju. Tužena ponovo argumentira iz kojeg razloga trošarine nisu i ne mogu biti poslovni prihod poduzetnika uz prikaz u financijskim izvješćima poduzetnika ovisi o primjeni standarda financijskog izvještavanja Hrvatskog ili pak međunarodnog, međutim definicija prihoda poduzetnika neovisno o tome je li riječ o Hrvatskih ili međunarodnim standardima financijskog izvješća izrekom utvrđuje da se u prihode poduzetnika, neovisno o tome knjiže li se oni kao neto ili bruto prihod, ovisno o tome koji se standardi primjenjuju, ne uključuje porez na dodanu vrijednost, te iznos posebnih poreza trošarina, kao i iznos ostalih poreza na proizvod, što potvrđuje i knjiženje trošarina u kontnom planu poduzetnika, kao i činjenice što trošarine predstavljaju prihod državnog proračuna, te stoga nikako ne mogu istovremeno biti i prihod poduzetnika.

Tuženik smatra da nije postupio suprotno zakonu, te da je rješenje obrazloženo i predlaže da se odbije tužbeni zahtjev, te zahtjev za naknadom troškova postupka.

Sukladno članku 6. Zakona o upravnim sporovima („Narodne novine“, 20/10., 143/12., 152/14., 94/16. i 29/17. – dalje: ZUS) odgovor na tužbu dostavljen je tužitelju.

Tužbeni zahtjev nije osnovan.

Iz spisa predmeta proizlazi da je navedeno rješenje doneseno u ponovljenom postupku povodom presudu ovoga Suda, poslovni broj: UsII-472/18 od 14. studenog 2018. kojom je tužbeni zahtjev tužitelja usvojen i naloženo je tuženoj da u roku od 30 dana donese rješenje o inicijativi tužitelja. Visoki upravni sud je navedenu presudu donio u izvršenju odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj: U-III-2301/17, kojom je Ustavni sud Republike Hrvatske ukinuo ranije rješenje Visokog upravnog suda Republike Hrvatske i vratio predmet Visokom upravnom sudu Republike Hrvatske na ponovni postupak, smatrajući da su ZZTN-om podnositelju inicijative, tužitelju u ovom postupku, za pokretanje postupka ocjene dopuštenosti koncentracije poduzetnika, koji je u nadležnosti tužene neovisno o svojstvu stranke u postupku dana određena postupvna prava.

U ponovljenom postupku tužena je iscrpno obrazložila razloge zbog kojih smatra da ne postoje uvjeti za pokretanje postupka iz članka 17. stavka 6. ZZTN-a, budući da nisu kumulativno ispunjeni uvjeti iz članka 17. stavka 1. ZZTN-a. Tužena je detaljno i iscrpno odgovorila na sve prigovore tužitelja. Ovaj Sud u cijelosti prihvaća obrazloženje iz navedenog rješenja.

Iz osporenog rješenja jasno je razvidno da je tužena utvrdila visinu prihoda BAT-a u 2014. koja je mjerodavna u konkretnom slučaju u smislu članka 17. stavka 1. točke 1. i 2. ZZTN-a na svjetskom tržištu i u Republici Hrvatskoj. Nadalje, kolika je visina navedenih prihoda u mjerodavnoj 2014., a na temelju toga da nije ispunjen uvjet iz članka 17. stavka 1. točke 2. ZZTN-a u odnosu na stjecatelja u predmetnoj koncentraciji i da posljedično tome nisu kumulativno ispunjeni uvjeti iz članak 17. stavka 1. ZZTN-a za nastanak obveze prijave namjere provedbe koncentracije. Naime, odredbom članka 17. stavka 1. ZZTN-a propisano je da su sudionici koncentracije obvezni prijaviti svaku namjeru provedbe koncentracije ako su kumulativno ostvareni sljedeći uvjeti:

1. ukupan godišnji konsolidirani prihod svih poduzetnika sudionika koncentracije ostvaren prodajom robe i/ili usluga (dalje ukupan prihod) na svjetskom tržištu iznosi najmanje jednu milijardu kuna sukladno financijskim izvješćima za financijsku godinu koja je prethodila koncentraciji, ako najmanje jedan sudionik koncentracije ima sjedište i/ili podružnicu u Republici Hrvatskoj i

2. ukupni prihod svakog od najmanje dva sudionika koncentracije u Republici Hrvatskoj sukladno financijskim izvještajima iznosi najmanje 100.000.000,00 kuna u financijskog godini koja je prethodila koncentraciji.

U konkretnom slučaju pri izračunavanju prihodovnih pragova u smislu članka 17. stavka 1. ZZTN-a i izračunavanju uzimaju se u obzir isključivo prihodi sudionika koncentracije ostvarenih prodajom robe i/ili usluga, odnosno njihovi poslovni prihodi temeljem financijskih izvještaja za financijsku godinu koja je prethodila koncentraciji.

Tužena je detaljno obrazložila iz kojih razloga trošarina nije uključena u izračun prihodovnog praga nastanak obveze prijave namjere provedbe koncentracije. Isto tako je u konkretnom slučaju ocjenom svih činjenica i okolnosti utvrđeno da se poduzetnici Roberto Plus i Smoking ne mogu smatrati povezanim društvima poduzetnika BAT Hrvatska u smislu članka 4. ZZTN-a, budući da na temelju sporazuma o namirenju tražbine od 8. prosinca 2014. koji je sklopljen između _____ i BAT Hrvatska, u odnosu na poduzetnike Roberto Plus i Smoking, BAT Hrvatska nije stekla kontrolu ili prevladavajući utjecaj nad

poduzetnicima Roberto Plus i Smoking u smislu članka 15. ZZTN-a, te stoga nije bilo potrebno uzeti u obzir prilikom utvrđivanja uvjeta za nastanak obveze prijave namjere provedbe koncentracije u smislu članka 17. stavka 3. ZZTN-a.

Kako je na temelju provedenog dokaznog postupka utvrđeno da nisu kumulativno ispunjeni uvjeti za nastavak obveze prijave namjere provedbe koncentracije u smislu članka 17. stavka 1. ZZTN-a, budući da ukupni prihod svakog od najmanje dva sudionika koncentracije u Republici Hrvatskoj, sukladno financijskim izvještajima u 2014. ne iznosi najmanje 100.000.000,00 kuna u financijskoj godini koja je prethodila koncentraciji, te je stoga pravilno zaključeno da tužena u ovom predmetu ne može ocjenjivati dopuštenost koncentracije u smislu članka 17. stavka 6. ZZTN-a.

S obzirom na sve navedeno trebalo je temeljem odredbe članak 57. stavka 1. ZUS-a odlučiti kao u izreci presude.

Odluka o troškovima temelji se na odredbi članka 79. ZUS-a.

U Zagrebu 14. studenog 2019.

Predsjednica vijeća:
Ljiljana Karlović-Đurović, v.r.

Za točnost otpavka - ovlašten službenik

