

Opr. št. ZSV 1206/2009-2424		3
REPUBLIKA SLOVENIJA		
MINISTRSTVO ZA GOSPODARSTVO		
Prejeto	11.03.2010	Vredn.:
		Priloge:
Sig. znak:	Številka zadeve:	
	306-55/2006-28	

## SODBA

### V IMENU LJUDSTVA

Okrajno sodišče v Ljubljani je po okrajni sodnici Tatjani Polak v zadevi o prekršku zoper kršitelja pravno osebo Poslovni sistem Mercator d.d., Dunajska cesta 107, 1000 Ljubljana, ki ga zastopa Odvetniška družba Tratnik, Sočan in Bogataj, Miklošičeva 30, 1000 Ljubljana, zaradi prekrška po členu 53/1 Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence (ZPOmK) in odgovorno osebo pravne osebe [redacted] ki jo zagovarja Odvetniška družba Tratnik, Sočan in Bogataj, Miklošičeva 30, 1000 Ljubljana, zaradi prekrška po členu 53/3 ZPOmK po zahtevi zagovornika kršiteljev za sodno varstvo z dne 25.03.2009. zoper odločbo o prekršku Urada RS za varstvo konkurence, Kotnikova 28/I, Ljubljana z dne 13.03.2009, št. 306-55/2006/24, Odl. 2/2009

### r a z s o d i l o:

#### I.

Zahtevi za sodno varstvo vlagatelja Odvetniške družbe Tratnik, Sočan in Bogataj o.p. d.n.o., zagovornika kršiteljev, **se zavrneta.**

#### II.

Odločba o prekršku se po uradni dolžnosti v delu izreka spremeni tako, da glasi:

1) je kršila drugi odstavek 12. člena ZPOmK, ker je njena odgovorna oseba [redacted], predsednik uprave in njen zakoniti zastopnik storil prekršek po tretjem odstavku 53. člena ZPOmK, s tem da Uradu za varstvo konkurence RS najkasneje v roku teden dni po sklenitvi pogodbe – imenovane Predpogodba št. 1 z dne 12.07.2005, na podlagi katere naj bi z nakupom v pogodbi naštetega premoženja (nepremičnin s poslovnimi prostori, zalog trgovskega blaga) prevzemov delavcev in poslovnih deležev ter z bodočim dogovorjenim poslovnim sodelovanjem prišlo do koncentracije podjetij Era, Trgovina z živilskimi in neživilskimi izdelki, d.d. Velenje in podjetja Poslovni sistem Mercator, v imenu družbe ni prijavil nameravane koncentracije podjetij,

2) je kršil drugi odstavek 12. člena ZPOmK, ker kot predsednik uprave pravne osebe Poslovni sistem Mercator d.d., Uradu za varstvo konkurence RS in njen zakoniti zastopnik najkasneje v roku teden dni po sklenitvi pogodbe – imenovane Predpogodba št. 1 z dne 12.07.2005, na podlagi katere naj bi z nakupom v pogodbi naštetega premoženja (nepremičnin s poslovnimi prostori, zalog trgovskega blaga) prevzemov delavcev in poslovnih deležev ter z bodočim dogovorjenim poslovnim sodelovanjem prišlo do koncentracije podjetij Era, Trgovina z živilskimi in neživilskimi

izdelki, d.d. Velenje in podjetja Poslovni sistem Mercator, v imenu družbe ni prijavil nameravane koncentracije podjetij, ter s tem storil prekršek po prvem odstavku 53. člena ZPOmK.

Stroški postopka po zahtevi za sodno varstvo na podlagi 2. odstavka 147. člena ZP-1 bremenijo proračun.

### **O b r a z l o ž i t e v :**

Urad za varstvo konkurence (v nadaljevanju UVK) je zoper pravno osebo Mercator, d.d. in njeno odgovorno osebo [REDACTED], dne 27.06.2008 izdal odločbo o prekršku zaradi kršitve 2. odstavka 12. člena ZPOmK in posledično storitve prekrška, pravna oseba po prvem odstavku 53. člena ZPOmK, odgovorna oseba pa po tretjem odstavku 53. člena ZPOmK.

Vlagatelj v zahtevi za sodno varstvo navaja, da je potrebno določbo drugega odstavka 12. člena ZPOmK razlagati v skladu z namenom zakona, in sicer, da rok za priglasitev koncentracije ne prične teči s trenutkom, ko je prišlo do soglasja volj pogodbenih strank oziroma s trenutkom, ko je bila sklenjena predpogodba številka 1, temveč šele s trenutkom, ko je bil izpolnjen odložni pogoj, pod katerim je bila predpogodba sklenjena. Namen navedene zakonske določbe je v tem, da je obveščen o koncentraciji nemudoma za tem, ko je nastopilo dejstvo, ki ima zagotovo za posledico nastop koncentracije. V obdobju visečnosti samega odloženega pogoja predpogodba ni učinkovala in bi se v primeru, če se pogoj ne bi izpolnil, štela za razdrto in tako ne bi imela pravnih učinkov. V nadaljevanju navaja, da pa to niti ni relevantno, saj pravna oseba ni bila dolžna priglasiti navedbene predpogodbe iz razloga, ker drugi odstavek 12. člena ZPOmK pričetek teka roka za priglasitev koncentracije povsem jasno veže na sklenitev pogodbe, ne pa na sklenitev predpogodbe, kot je to bilo v tem konkretnem primeru. Nepravilno je stališče prekrškovnega organa, da naj bi navedena predpogodba po vsebini predstavljala glavno pogodbo, ker naj bi se z njo stranki dogovorili o vseh bistvenih sestavinah pogodbe o predmetu in kupnini. Stranki sta s predpogodbo dogovorili bistvene sestavine glavne pogodbe, vendar to ne pomeni, da sta s tem sklenili že samo glavno pogodbo, temveč nasprotno. Predpogodba celo veže samo v primeru, če vsebuje bistvene sestavine glavne pogodbe (tretji odstavek 33. člena OZ). Bistveno za predpogodbo v nasprotju s stališčem prekrškovnega organa ni to, da še ne vsebuje vseh bistvenih sestavin glavne pogodbe, temveč to, da se stranki dogovorita, da bosta glavno pogodbo sklenili kasneje, pri čemer pa prav vse bistvene sestavine te glavne pogodbe dogovorita že s samo predpogodbo. Sklenitev glavne pogodbe je izrecno dogovorjena v 3. oziroma 9. točki predpogodbe (dogovorili sta se, da bosta sklenili več prodajnih pogodb za nepremičnine ter za to določili tudi rok), v drugem odstavku 10. točke (dogovorili sta se za sklenitev pogodb o prenosu pravic iz pogodb o lizingu), v 13. točki (dogovorili sta se za sklenitev pogodb o prodaji zalog), v točkah od 18. do 23. (dogovorili sta se za sklenitev pogodb o prevzemu delavcev), v točkah od 24. do 28. (dogovorili sta se za sklenitev pogodb o prenosu poslovnega deleža) ter tudi v točkah od 29. do 34. (dogovorili sta se za sklenitev pogodb o poslovnem sodelovanju). Celotno, če ne bi bilo tako, pa je po prepričanju zagovornikov potrebno postopek ustaviti iz razloga, ker gre le za prekršek neznatnega pomena. Pravna oseba koncentracijo je priglasila, UVK pa je v postopku na podlagi te priglasitve izdal odločbo, s katero priglašeni koncentraciji ni nasprotoval, tako da niso nastale nikakršne škodljive posledice take zamude. Že pred samo priglasitvijo koncentracije je UVK po uradni dolžnosti v okviru izvajanja nadzora nad uporabo določb ZPOmK od obdolžene pravne osebe zahteval posredovanje nekaterih podatkov v zvezi z nameravano koncentracijo. Zato je bil UVK za nameravano koncentracijo že seznanjen, saj je obdolžena pravna oseba z njim sodelovala in omogočila pridobitev vseh podatkov. Prav tako tudi sodelovanje obdolžene pravne osebe in njena kooperativnost kaže na to, da tudi, če bi šlo za prekršek, bi bil le-ta storjen v takih okoliščinah, ki ga delajo posebej lahkega in gre iz tega razloga

nedvomno za dejanje majhnega pomena.

Zagovornik je vložil ločeno zahtevo za sodno varstvo za odgovorno osebo [REDACTED], ki pa je vsebinsko povsem enaka kot je zahteva za sodno varstvo vložena za pravno osebo.

### **Zahtevi za sodno varstvo se zavrmeta.**

Sodišče je pri presoji izpodbijane odločitve prekrškovnega organa najprej po uradni dolžnosti ugotavljalo ali so podane kršitve po 62.a členu Zakona o prekršku in pri tem ugotovilo, da je izrek odločbe nerazumljiv. V okviru 1. točke izreka namreč ni konkretizirana odgovornost pravne osebe za prekršek, saj niso opredeljena dejstva v okviru katerih je mogoča ugotovitev odgovornosti za prekršek pravne osebe, ki jih določa 13. in 14. člen ZP-1 v povezavi z Zakonom o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja (ZOPOKD), saj ne samo, da nista konkretizirana formalni in materialni pogoj odgovornosti pravne osebe, ki ju določa 4. člen ZOPOKD, ampak ni niti poimensko navedena oseba – storilec na katero se veže odgovornost pravne osebe (naveden je le izraz „odgovorna oseba“).

Enako pomanjkljivost je zaslediti tudi pri opisu dejanja, ki se očita odgovorni osebe, saj je prav tako le prepisan pogoj njene odgovornosti po drugem odstavku 15. člena Zakona o prekrških (ZP-1) „opustil dolžno nadzorstvo“ nad zakonitostjo poslovanja družbe, ne da bi bila navedena dejstva v čem ali nad kom je opustil dolžno nadzorstvo, saj je „pojem zakonitost poslovanja“ preveč širok in ne opredeljuje vloge odgovorne osebe v okviru opustitve dolžnosti, ki se mu očita.

Iz celotne dokumentacije je sicer razvidno, da je prekrškovni organ, kot storilca na katerega je vezal odgovornost pravne osebe, smatral njenega predsednika uprave (npr. že v obvestilu o prekršku z dne 22.6.2007, Zgodovinski izpis iz sodnega registra), saj je zoper oba vodil enotni postopek ter izdal eno odločbo o prekršku.

Glede na to, da je odgovornost pravne osebe za prekršek akcesorna, je potrebno najprej ugotoviti ali obstajajo pogoji za odgovornost za prekršek storilca oz. v konkretnem primeru v ZP-1 imenovane odgovorne osebe. ZP-1 v 15. členu določa, da je odgovorna oseba odgovorna za tisti prekršek, ki ga stori pri opravljanju poslov, za katere je pooblaščen pri pravni osebi, in če je bil storjen z njenim dejanjem ali z opustitvijo dolžnega nadzorstva. Predsedniku uprave je očitano, da je prekršek storil z opustitvijo dolžnega nadzorstva nad poslovanjem družbe. Zakonitost poslovanja združenja je širok in nedoločen pojem, ki bi moral biti konkretiziran. ZP-1 v 15. členu sicer res ne določa nad čim, kom ali kako bi morala odgovorna oseba opustiti dolžno nadzorstvo, določa pa storilca prekrška, ki je lahko le tista oseba, ki ga stori pri opravljanju poslov, to je oseba, ki nosi določena pooblastila, med katere pa že po zakonu spadajo osebe v vodstvenih in nadzornih organih (ZGD, ..).

Zakon o prekrških in ZOPOKD se sicer pri opredelitvi osebe na katero se veže odgovornost pravne osebe v samem izrazoslovju ne pokrivata. ZOPOKD je bolj natančno kot ZP-1 predvidel vsebino opustitve dolžnega nadzorstva, ki je storjeno, če je storilec opustil dolžno nadzorstvo nad njemu podrejenimi delavci. Medtem, ko je storilec iz 1. in 2. točke 4. člena ZOPOKD lahko kdor koli v pravni osebi (vodstveni ali nadzorni organi so na njega vplivali..), pa je storilec iz 4. točke določen – vodstveni ali nadzorni organ. Kadar je kaznivo dejanje/prekršek storil vodstveni organ, po teoriji lahko gre za smiselno uporabo 1. točke 4. člena ali pa se uporabi četrti odstavek 5. člena ZOPOKD „če v pravni osebi razen storilca ni drugega organa, ki bi lahko vodil ali nadziral storilca, odgovarja pravna oseba za storjeno kaznivo dejanje v mejah storilčeve krivde“.

Ne samo iz izreka, ampak niti iz obrazložitve odločbe niti iz spisovne dokumentacije ne izhajajo dejstva ali dokazi, ki bi kazali na opustitev dolžnega nadzorstva odgovorne osebe – predsednika

uprave nad njim podrejenimi delavci. Glede na to, da je iz notarskega zapisa tako imenovane Predpogodbe št. 1 razvidno, da je pravno osebo pri podpisu osebno zastopal [REDACTED] ki je pogodbo tudi podpisal, kakor tudi glede na to, da je osebno podpisal tudi vlogo UVK zaradi priglasitve koncentracije, in ker niti zagovornik v vloženi zahtevi za sodno varstvo ne navaja nobenih novih ali izpodbojnih dejstev v zvezi s prispevkom odgovorne osebe, sodišče ugotavlja, da je pravilen očitek odgovorni osebi, da je očitani prekršek storil z aktivnim (storil) in ne pasivnim dejanjem (opustitev), ker kot predsednik uprave, ki je skladno z zakonom dolžan ravnati s skrbnostjo dobrega gospodarstvenika, pri tem pa mora nedvomno paziti, da družba posluje zakonito, v imenu družbe ni poskrbel za pravočasno priglasitev nameravane koncentracije.

Zagovornik v imenu kršiteljev pravne in odgovorne osebe v vloženi zahtevi za sodno varstvo izpodbija, da je prišlo do kršitve 12. člena ZPOmK iz razloga, ker dolžnost priglasitve koncentracije sploh še ni nastala, saj pogodbeni stranki nista sklenili pogodbo, ampak šele predpogodbo. Sodišče se s tem ne strinja. Ne glede na pravni naslov dejanj, je za nastanek obveznosti pomembno, da so nastale okoliščine, ki pomenijo koncentracijo podjetij. V 2. odstavku 11. člena ZPOmK določa, da gre za koncentracijo, ko pride do združitve dveh ali več predhodno neodvisnih podjetij ali ko ena ali več podjetij bodisi z nakupom vrednostnih papirjev ali premoženja, s pogodbo ali na kakršenkoli drug način pridobi neposreden ali posreden nadzor drugega podjetja. Zagovornik dejstvo, da je s tako imenovano Predpogodbo št. 1 bila dogovorjena koncentracija ne izpodbija, izpodbija le dejstvo, da je ta predpogodba pomenila „pogodbo“ v smislu kot jo določa ZPOmK. Pri tem pa prezre dejstvo, da je Poslovni sistem Mercator v priglasitvi UVK z dne 10.11.2005 na 3. strani kot akt s katerim naj bi prišlo do koncentracije podjetij navedel „Predpogodbo št. 1“ z dne 12.07.2005, kjer v nadaljevanju navaja, da bosta pogodbeni stranki z izvedbo citirane „predpogodbe“ sklenili posamezne prodajne pogodbe za vsako konkretno nepremičnino,...

Da je šlo dejansko za sklenitev glavne pogodbe in ne predpogodbe pa je razvidno tudi iz njene vsebine (in ne samo iz dejstva, da sta se stranki dogovorili o predmetu in kupnini). Stranki se v tej pogodbi nista dogovorili, da pomeni ta akt predpogodbo v smislu 33. člena Obligacijskega zakonika (v nadaljevanju OZ) in da z njo prevzemata obveznost, da bo kasneje sklenjena glavna pogodba z enako vsebino, ampak se v njej že dogovorita o izvršilnih dejanjih, to je prenosu, zaradi česar bo potrebno za izvedbo skleniti posamezne pogodbe. V t. im. predpogodbi št. 1. sta se stranki ob njeni sklenitvi v celoti dogovorili o nameravanem nakupu - prodaji nepremičnin, skladišč, trgovskih objektov, vstop v pogodbene odnose, prevzemu delavcev, ..., za vse to določili višino kupnine, in se ob tem dogovorili, da bosta za izvedbo nameravanega prenosa dejavnosti, sklenili za vsako posamezno nepremičnino, ... posebno pogodbo zaradi ureditve vseh obveznosti (vpis v zemljiško knjigo, sklenitev pogodb o delovnih razmerjih, itd.). Da je bil dejanski namen te „predpogodbe“ sklenitev posla in ne le predhodno dogovarjanje, kaže tudi dejstvo, da sta stranki dogovorili aro, katere namen je takojšnja utrditev pogodbenih obveznosti. Ara v smislu 64. člena OZ je namreč znamenje, da je pogodba sklenjena. Če bi šlo le za predpogodbo, sodišče ne dvomi, da ara ne bi bila dogovorjena, še posebej glede na to, da sta se stranki dogovorili za aro v višini kar 2.000.000.000,00 SIT kar je pomenilo 14% procentov dogovorjenega celotnega zneska kupnine.

Sodišče se nadalje ne strinja s trditvijo zagovornika, da obveznost priglasitve v času en teden po sklenitvi predpogodbe ni nastala, ker je bila sklenjena pod odložnim pogojem (če bo posel odobrila skupščina družbe Era).

Vrhovno sodišče RS je v judikatu – sodbi IV Ips 32/07 zapisalo, da je za presojo pravočasnosti priglasitve pomemben datum sklenitve pogodbe in ne kdaj je posel zaključen in ali ima pogodba sestavine, potrebne za vpis v sodni register, ter v sodbi IV Ips 12/2006, da rok za priglasitev nameravane koncentracije UVK teče od dne sklenitve pogodbe, sklenjene pod odložnim pogojem. V drugem odstavku 12. člena ZPOmK je jasno določeno, da morajo udeleženci koncentracijo

priglasiti najpozneje en teden po sklenitvi pogodbe, objavi javne ponudbe ali pridobitvi kontrolnega interesa, pri čemer rok za priglasitev začne teči s prvim od teh dogodkov. Pomembno je tudi dejstvo, da je koncentracijo potrebno prijaviti tudi v primeru javne ponudbe, čeprav je tudi ta lahko objavljena pod pogojem, da bo dosežen prag uspešnosti. Ter nenazadnje tudi to, da določba prvega odstavka 53. člena govori o priglasitvi nameravane in ne že izvršene koncentracije. OZ v 59. členu določa, da pogodba učinkuje od dneva sklenitve, razen če iz zakona, narave posla ali volje strank ne izhaja kaj drugega, kar pomeni, da je pod odložnim pogojem sklenjena pogodba, dejansko že sklenjena, le učinkuje po izpolnitvi dogovorjenega pogoja. Da sta pogodbeni stranki ob pripravi oz. podpisu pogodbe šteli, da je pogodba dejansko sklenjena z dnem podpisa obeh predsednikov uprav, pa izhaja tudi iz XLI in XLII člena „predpogodbe“, kjer sta se pogodbeni stranki dogovorili, da se pogodba, zaradi neizpolnitve odložnega pogoja razdre (razdre pa se lahko le sklenjena pogodba).

Zagovornik uveljavlja tudi izpodbojni razlog zaradi izrečenih sankcij, saj meni, da gre za prekršek majhnega pomena, glede na to, da je kršitelj koncentracijo prijavil takoj po izpolnitvi odložnega pogoja. Sodišče se s tem ne more strinjati. ZP-1 v 6.a členu določa, da se šteje za prekršek neznatnega pomena prekršek, ki je bil storjen v okoliščinah, ki ga delajo posebno lahkega in pri katerem ni nastala oziroma ne bo nastala škodljiva posledica. Da očitani prekršek ne spada med lažje prekrške izhaja že iz višine zagrožene sankcije, ki je med najvišjimi za prekrške sploh. Zato bi morale biti okoliščine, ki bi ga delale posebej lahkega resnično izjemne okoliščine, ki pa v konkretnem primeru nikakor niso podane. Že sam zagovornik navaja, da je postopek zoper pogodbeni stranki že predhodno pričel UVK sam, kar pomeni, da koncentracija ni bila priglašena zato, ker bi stranki upoštevali zakon, ampak ker sta bili zaradi izvajanja postopka primorani to storiti. Dejstvo, da niso nastale nobene škodljive posledice, pa se po teoriji ne razlaga samo v smislu nastanka konkretnih posledic, ampak se nanaša tudi na nastanek abstraktne posledice, ki je v tem primeru nastala s samo kršitvijo zakona, to je da po preteku z zakonom določenega roka nameravana koncentracija ni bila priglašena.

Glede na navedeno je sodišče zahtevi za sodno varstvo na podlagi 1. odstavka 62. člena ZP-1 zavrnilo.

Stroški postopka po zahtevi za sodno varstvo na podlagi 2. odstavka 147. člena ZP-1 bremenijo proračun.

**PRAVNI POUK:** Zoper to sodbo ni pritožbe.

Okrajno sodišče v Ljubljani

dne 07.01.2010

Okrajna sodnica:

Tatjana Polak, l.r.

Ta prepis je soglasen z izvornikom  
Prepis pristojne sodne osebe





OKRAJNO SODIŠČE V LJUBLJANI  
Oddelek za prekrške  
Mala ulica 3, 1000 Ljubljana

# VROČILNICA

Št. in vsebina pošiljke	Naslovník ime in priimek oziroma naziv, kraj, ulica in številka	Datum prejema in podpis prejemnika	Podpis vročevalca
št. ZSV 1206 / kol. 242 SOJBA in SPIS	URAD RS ZA VARSTVO KONKURENCE KOTNIKOVA 28 LJUBLJANA	11. 1. 2010 Bčepun 	