

IZVIRNIK

Opr. št. ZSV 1103/2009-2424 -4

S O D B A

V I M E N U L J U D S T V A

Okrajno sodišče v Ljubljani je po okrajni sodnici Tatjani Polak v zadevi o prekršku zoper kršiteljico pravno osebo VIPA d.d., Kidričeva ulica 19, 5000 Nova Gorica in odgovorno osebo [REDACTED] prekrška po 1. odstavku 53. člena Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence (ZPOmK), po zahtevi vlagateljev za sodno varstvo z dne 05.03.1009 zoper odločbo o prekršku Urada RS za varstvo konkurence, Kotnikova 28/I, Ljubljana z dne 20.02.2009, št. 306-89/2007/22, Odl. 1/2009

r a z s o d i l o:

Zahtevi za sodno varstvo kršiteljev se ugotovi in se odločba o prekršku spremeni tako, da se postopek o prekršku zoper

1) pravno osebo Vipa, družba za finančno poslovanje, d.d., Kidričeva ulica 19, 5000 Nova Gorica, zaradi prekrška po 1. odstavku 53. člena ZPOmK, ker je njen direktor [REDACTED] kot zakoniti zastopnik podjetja, Uradu za varstvo konkurence v imenu družbe prepozno dne 23.01.2007 prijavil koncentracijo družb Vipa, družba za finančno poslovanje in razvoj d.d., Kidričeva ulica 19, 5000 Nova Gorica in Mlinotest, Živilska industrija, d.d., Tovarniška cesta 14, Ajdovščina, ki bi morala biti prijavljena v roku enega tedna po pridobitvi kontrolnega interesa nad družbo Mlinotest d.d. dne 27.12.2006 s pridobitvijo skupaj 67,67% deleža na kapitalu (42,67% neposredno in 25,09% posredno z deležem njene odvisne družbe Vipe Holding), to je najkasneje do vključno 03.01.2007 in s tem kršila 2. odstavek 12. člena ZPOmK;

2) zoper odgovorno osebo pravne osebe iz prejšnjega odstavka [REDACTED] zaradi prekrška po 3. odstavku v zvezi s 1. odstavkom 53. člena ZPOmK, ker je kot njen direktor in zakoniti zastopnik Uradu za varstvo konkurence v imenu družbe prepozno dne 23.01.2007 prijavil koncentracijo družb Vipa, družba za finančno poslovanje in razvoj d.d., Kidričeva ulica 19, 5000 Nova Gorica in Mlinotest, Živilska industrija, d.d., Tovarniška cesta 14, Ajdovščina, ki bi morala biti prijavljena v roku enega tedna po pridobitvi kontrolnega interesa nad družbo Mlinotest d.d. dne 27.12.2006 s pridobitvijo skupaj 67,67% deleža na kapitalu (42,67% neposredno in 25,09% posredno z deležem njene odvisne družbe Vipe Holding), to je najkasneje do vključno 03.01.2007 in s tem kršila 2. odstavek 12. člena ZPOmK;

na podlagi 9. točke 1. odstavka 136. člena ZP-1 ustavi.

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

Obrazložitev:

Urad za varstvo konkurence je dne 20.02.2009 izdal odločbo o prekršku

1) zoper pravno osebo Vipa, družba za finančno poslovanje, d.d, zaradi prekrška po 1. odstavku 53. člena ZPOmK, ker naj bi njena odgovorna oseba, ki je bila dolžna ravnati v imenu pravne osebe, opustila dolžno nadzorstvo nad zakonitostjo ravnanja podrejenih delavcev s tem, da koncentracija družb Vipa, družba za finančno poslovanje in razvoj d.d., Kidričeva ulica 19, 5000 Nova Gorica in Mlinotest, Živilska industrija, d.d., Tovarniška cesta 14, Ajdovščina ni bila priglašena Uradu do dne 03.01.2007, to je najkasneje en teden po pridobitvi kontrolnega interesa na družbo Mlinotest d.d. dne 27.12.2006 na podlagi katerega je prišlo do koncentracije, nato pa je le-ta bila priglašena prepozno in sicer dne 23.01.2007 in s tem kršila 2. odstavek 12. člena ZPOmK;

2) zoper odgovorno osebo [redacted] zaradi prekrška po 3. odstavku v zvezi s 1. odstavkom 53. člena ZPOmK, ker je kot direktor družbe Vipa d.d. in njen zakoniti zastopnik ter kot tak zadolžen za nadzor nad zakonitostjo poslovanja družbe opustil dolžno nadzorstvo s tem, da koncentracija družb Vipa d.d. in Mlinotest ni bila priglašena Uradu do dne 03.01.2007, to je najkasneje en teden po pridobitvi kontrolnega interesa nad družbo Mlinotest d.d. dne 27.12.2006 na podlagi katerega je prišlo do koncentracije, nato pa je le-ta bila priglašena prepozno in sicer dne 23.01.2007 ter s tem kršil 2. odstavek 12. člena ZPOmK ter pravni osebi izrekel globo v višini 25.000,00 eurov, odgovorni osebi pa globo v višini 2.500,00 eurov.

Zoper izdano odločbo sta kršitelja vložila zahtevo za sodno varstvo v kateri uvodoma pojasnjujeta okoliščine prevzema družbe Mlinotest d.d. (v nadaljevanju Mlinotest). Jeseni 2006 je bila Vipa d.d. (v nadaljevanju Vipa) največji delničar Vipe Holding d.d. (47,64 % vseh delnic), hkrati je bila Vipa Holding d.d. (v nadaljevanju Vipa Holding) največji delničar Vipe d.d. (31,57 % vseh delnic) in največji delničar Mlinotesta (25,09 % vseh delnic), Vipa d.d. je imela v Mlinotestu 9,05 % lastnih delnic, Mlinotest pa je imel v lasti 8,53 % vseh delnic Vipe. V avgustu 2006 so (Vipa) objavili namero in kasneje prevzemno ponudbo za nakup vseh delnic družbe Vipa Holding. Septembra 2006 sta nad družbo Mlinotest d.d. vzporedno potekali dve prevzemni ponudbi, to je Pekarne Blatnik in Žito d.d. Obe ponudbi sta se neuspešno iztekli dne 04.12.2006. Ker je uprava Vipe ugotovila, da bo v primeru uspešnosti prevzemne ponudbe za delnice Vipe Holding, le-ta izgubila svoj vpliv v največji strateški naložbi - Mlinotestu, se je odločila zaščititi naložbo tako, da je ob izteku prevzemnih ponudb Pekarne Blatnik d.o.o. in Žita d.d. večjim delničarjem Mlinotesta d.d. ponudila višjo ceno od tedaj najvišje prevzemne ponudbe in s tem zaščitila naložbo Vipe Holdinga v Mlinotestu, ki so jo največji delničarji sprejeli. S tem trenutkom pa je nastopila ex-lege sankcija iz 63. člena ZPre-1, s katero so bile Vipi in Vipi Holdingu odvzete vse glasovalne pravice v družbi Mlinotest d.d., saj je nov Zakon o prevzemih (ZPre-1) določal, da se v primeru kršitev po ZPre-1 kršitelju odvzamejo vse glasovalne pravice, ne samo presežek, tako bi Vipa izgubila vse glasovalne pravice na prihodnjih skupščinah Vipe Holding ne glede na kapitalski delež, ki ga je kontrolirala.

Dne 14.12.2006 je Vipa Agenciji za trg vrednostnih papirjev (v nadaljevanju ATVP) obširno pojasnila razloge, ki so jo vodili do nakupa delnic Mlinotesta d.d. in da z upravo Vipe Holdinga trenutno ni mogoče vzpostaviti kontakta. Uprava Vipe Holding d.d. je dne 09.01.2007 objavila sklic 4. skupščine družbe za dne 12.02.2007, na katero je med drugim uvrstila točki o soglasju

skupščine k morebitni prodaji vseh delnic Vipe in Mlinotesta tretji osebi. To je bil datum, ki je presegal skrajni rok, ki ga je ZPre-1 predpisoval za objavo prevzemne ponudbe za vse delnice Mlinotesta. Glede na to je uprava Vipe dne 12.01.2008 upravo Vipe Holding pisno obvestila o nameri objave prevzemne ponudbe za delnice družbe Mlinotest in jo pozvala k sklenitvi dogovora glede na dejstvo, da se Vipa in Vipa Holding v kontekstu prevzemne zakonodaje obravnavata kot enoten pravni subjekt. Ker jih je Vipa Holding dne 20.01.2007 obvestila, da ne namerava sodelovati z Vipo pri prevzemni ponudbi za delnice Mlinotesta in vztraja pri sklicani skupščini, je Vipa sama objavila prevzemno ponudbo za vse delnice Mlinotesta d.d., torej tudi za delnice v lasti Vipe Holding d.d.. Glede na to meni, da je uprava družbe Vipa ves čas delovala z nadstandardno skrbnostjo. Tako je do možnosti nastanka koncentracije obeh družb in Mlinotesta v smislu določb ZPOmK prišlo šele dne 26.01.2007, ko je ATVP Vipi d.d. dovolila objavo prevzemne ponudbe za delnice Mlinotesta d.d., oziroma dne 02.02.2007, ko je ATVP izdala odločbo o uspešnosti prevzemne ponudbe Vipe za delnice Vipe Holding d.d.. Prijava koncentracije bi v najslabšem primeru in v skladu z določbami 12. člena ZPOmK morala biti opravljena v tednu dni po 29.01.2007, to je objavi prevzemne ponudbe Vipe d.d. za nakup vseh delnic Mlinotesta d.d.. Do dejanske koncentracije družb Vipe d.d. in Mlinotesta d.d. je prišlo z izdajo odločbe ATVP o uspešnosti prevzemne ponudbe (01.03.2007).

V nadaljevanju kršitelja navajata, da dejansko in pravno z nakupom vrednostnih papirjev ni prišlo do koncentracije Vipe d.d. in Mlinotesta d.d., saj ji pridobljene delnice po zakonu niso omogočile niti neposrednega, še manj pa posrednega nadzora. Namreč po 63. členu ZPre-1 so bile Vipi odvzete vse glasovalne pravice iz vseh delnic družbe Mlinotest, ki jih je pridobila v nasprotju z določbami ZPre-1, dokler ni objavila prevzemne ponudbe. Od 04.12.2007 dalje vključno z dnem 27.12.2006, je dejanski nadzor nad Mlinotestom d.d. kljub neuspešni prevzemni ponudbi imela družba Žito d.d. prek njene odvisne družbe Pekarna Vrhnika d.d. Skladno z določbami ZGD-1 bi Pekarna Vrhnika lahko na katerikoli skupščini Mlinotesta zaradi določbe 63. člena ZPre-1 predčasno odpoklicala vse člane nadzornega sveta družbe Mlinotest d.d. in imenovala nove člane. Tak nadzor Pekarne Vrhnika d.o.o. nad Mlinotestom je trajal vse do 01.03.2007, ko je ATVP izdala odločbo o uspešnosti prevzemne ponudbe Vipe za nakup delnic Mlinotesta. UVK pri odločanju o prekršku očitno ni upošteval določb drugih predpisov, ki poleg določb ZPOmK urejajo nadzor nad podjetjem in s tem nastanek koncentracije, niti zaradi tega ni popolno ugotovil dejanskega stanja.

Nadalje kršitelja očitata, da UVK sploh ni uvedel postopka o prekršku zoper [REDACTED] ampak je na njega le razširil uvedeni postopek zoper Vipo d.d. Poleg tega UVK ni raziskal okoliščin v katerih je [REDACTED] kot direktor deloval, saj odločba sploh nima dejanske podlage za ugotavljanje njegove odgovornosti. Nenazadnje UVK pri odločanju ni upošteval niti določb 26. člena ZP-1 in je storilcema odmeril sankcijo ne glede na morebitno olajševalne oziroma obteževalne okoliščine. Prav tako ni bilo upoštevano, da je UVK dne 31.01.2007 izdal odločbo (soglasje) o skladnosti priglašene koncentracije družb Vipa in Vipa Holding, kakor tudi soglasje k priglašeni koncentraciji družb Vipa in Mlinotest.

I.

Sodišče ob pregledu sodbe iz razlogov po 62.a členu ZP-1 po uradni dolžnosti ugotavlja, da je izrek sodbe nerazumljiv, saj dejstvo od kdaj teče rok za prijavo, ki ga naj bi kršitelja kršila, ni konkretizirano. Prekrškovni organ šele v obrazložitvi odločbe, kjer se sklicuje na upravni spis št. 306-15/2007, navaja, da je prva kršiteljica koncentracijo družb prijavila 23.01.2007 (kopija prijave in njena dopolnitev ter določbe UVK o dovoljenosti koncentracije so tudi v prekrškovnem spisu) in da je bilo ugotovljeno, da je obveznost prijave koncentracije nastala 27.12.2006, ko je prva kršiteljica z nakupom delnic dosegla 42,39% deleža na kapitalu Mlinotesta in hkrati skupaj s 25,09% deležem njene odvisne družbe Vipe Holding pridobila kontrolni interes. Sodišče ugotavlja, da je ta okoliščina razvidna iz tabele v dopolnitvi priglasitve, kjer pa je navedeno, da je družba na

podlagi transakcije dne 27.12.2007 pridobila skupno 42,67% (in ne 42,39 kot je navedeno v izreku) delež na kapitalu družbe Mlinotest. Glede na to dejstvo je tudi nepravilno v izreku odločbe naveden začetek roka, ki je lahko začel teči šele s prvim naslednjim dnevom, to je 28. 12.2006 (ob hkratnem upoštevanju posrednega deleža preko Vipe Holding) in se je iztekel 4. januarja 2007.

Sodišče nadalje tudi ugotavlja, da je izrek odločbe o prekršku nerazumljiv v delu, ki se nanaša na odgovornost pravne osebe, ki je lahko skladno z 2. odstavkom 13. člena ZP-1 odgovorna le za prekršek druge osebe (fizične osebe), če je v predpisu o prekršku tako določeno in skladno s 14. členom ZP-1, če obstajajo pogoji, ki so določeni v 4. členu Zakona o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja. Prekrškovni organ odgovornost pravne osebe v točki 1. izreka odločbe o prekršku veže na odgovorno osebo, ki jo ne imenuje (nedvomno pa je s tem mišljena odgovorna oseba, njen direktor, naveden v drugi točki izreka,) pri čemer navaja, da je do kršitve prišlo, ker je odgovorna oseba opustila dolžno nadzorstvo nad njemu podrejenimi delavci, ob tem pa za kakšno opustitev gre in katere podrejene delavce ni nadzorovala, ni konkretizirano. V 2. točki izreka se odgovorni osebi očita, da je prekršek storil kot direktor, ker je opustil dolžno nadzorstvo, opisano dejstvo pa prav tako ni konkretizirano. Izrek je v nasprotju tudi z razlogi navedenimi v obrazložitvi odločbe, kjer se odgovornost odgovorne osebe ne utemljuje z razlogom opustitve dolžnosti nad njemu podrejenimi delavci, ampak da je kot direktor, ki je odgovoren za zakonito poslovanje družbe, kamor sodi tudi pravilno in pravočasno izpolnjevanje obveznosti, ki jih nalaga zakonodaja, moral in mogel vedeti v kakšnem roku je potrebno priglasiti koncentracijo, pa tega ni storil oziroma ni pooblastil druge osebe, da to stori. Zato vsebinsko gre za očitek aktivnega in ne pasivnega ravnanja odgovorne osebe.

ZP-1 v 15. členu določa, da je odgovorna oseba odgovorna za prekršek, če je bilo dejanje storjeno z njenim dejanjem ali z opustitvijo dolžnega nadzorstva. Sodišče na podlagi listin v spisu ugotavlja, da je listino priglasitve koncentracije, kot tudi dopolnitev te, podpisal direktor družbe, [REDACTED]. Kljub navedbi kršitelja v zahtevi za sodno varstvo, da zoper njega postopek o prekršku sploh ni bil uveden, to ne drži, saj je iz spisa razvidno, da mu je prekrškovni organ poslal obvestilo o prekršku na domač naslov, kjer je bil tudi pozvan, da v roku 5 dni poda izjavo. Iz spisa je nadalje razvidno, da je kršitelj izjavo podal, v njej pa je navedel okoliščine, ki jih potem ponavlja tudi v zahtevi, ki pa se nanašajo le na okoliščine prevzema, dejstva, da ne bi bil odgovoren za navedena dejanja, pa v njej ne izpodbija. Glede na to, da je bil drugi kršitelj z očitanim prekrškom v obvestilu seznanjen, hkrati pa tudi poučen skladno z 2. odstavkom 55. člena ZP-1, dejstva, da ni storilec prekrška oziroma, da prekrškovni organ ni ugotavljal ali je storilec prekrška, v zahtevi za sodno varstvo ne more več uveljavljati.

Izhajajoč iz listin v spisu, sodišče enako kot prekrškovni organ ugotavlja, da je povsem pravilen sklep, da je nosilec obveznosti priglasitve koncentracije direktor družbe, to je drugi kršitelj, kot njen zakoniti zastopnik. To dejstvo izhaja iz zgodovinskega izpisa iz sodnega registra, kjer je naveden kot član uprave in direktor, da je to funkcijo tudi dejansko v konkretnem primeru opravljal, pa izhaja iz vseh listin, ki se nanašajo na priglasitev, kjer je tudi edini podpisan. Glede na navedeno je sklep prekrškovnega organa, da iz njegove funkcije izhaja dolžnost poznavanja predpisov, pravilen. Zato je drugemu kršitelju mogoče očitati, da je prekršek storil z opustitvijo aktivne dolžnosti, nikakor pa ne zaradi opustitve dolžnega nadzora nad njemu podrejenimi delavci, saj tak sklep na podlagi dejanskega stanja, ki ga je prekrškovni organ ugotovil, ni mogoč.

II.

Sodišče na podlagi v zahtevi za sodno varstvo izpodbijane pravilnosti odločitve prekrškovnega organa presoja, ali se šteje za nastanek obveznosti prijave koncentracije trenutek, ko je prva kršiteljica (Vipa d.d.) preseгла 50% delež glasovalnih pravic v Mlinotestu ali ko je objavila prevzemno ponudbo, oziroma ali se okoliščine prevzema lahko štejejo kot posebne olajševalne okoliščine. Tako ZPOmK kot ZPOmK-1 določata, da začne teči skrajni rok prijave koncentracije od prvega od treh taksativno določenih dogodkov: sklenitve pogodbe, objave javne ponudbe ali pridobitve kontrolnega interesa. Čeprav v času storitve prekrška veljavni ZPOmK dejstva, da je namen zakona prijava nameravane (in ne že izvršene) koncentracije ni imel dobesedno zapisanega, pa je Vrhovno sodišče RS v nekaj svojih sodbah, prav to okoliščino poudarilo kot ključno glede namena zakona, zato je bil rok določen v zakonu, določen kot skrajni rok prijave. Ta pomanjkljivost je bila v ZPOmK-1 odpravljena, saj je v 1. odstavku 43. člena določeno, da je potrebno koncentracijo prijaviti pred začetkom njenega izvrševanja, vendar najpozneje v roku 30 dni.

Na podlagi vseh listin v spisu in podrobne obrazložitve dogajanja ob prevzemu v zahtevi za sodno varstvo, sodišče sklepa, da se je morala uprava prve kršiteljice, z njenim direktorjem na čelu, za prevzem Vipe Holding odločiti tudi z namenom, da v bodočnosti prevzame družbo Mlinotest, seveda v pričakovanju da prevzemna ponudba konkurenčnih firm ne bo uspešna. Glede na to, da so istočasno potekale konkurenčne prevzemne ponudbe za isto podjetje, je bil seveda izid vnaprej neznan. Nadalje ni dvoma, da sta bili podjetji Vipa in Vipa Holding pravnoformalno od 8. decembra 2006, ko je Vipa pridobila vse delnice Vipe Holding, v razmerju gospodujočega in odvisnega podjetja v smislu 3. točke 3. člena ZPOmK-1 (enako ZPOmK), kakor tudi je zaradi tega odnosa veljala neizpodbitna domneva, da gospodujoče in odvisno podjetje delujeta usklajeno (glej zakon o prevzemih). Te z zakonom določene domneve, tako ni mogoče izpodbijati zaradi okoliščine, da se odvisno podjetje Vipa Holding (oziroma njena uprava), s prevzemom ni sprijaznilo, ampak je z razpisom skupščine želelo izid spremeniti, torej da kljub zakonski domnevi usklajenega delovanja, podjetji nista usklajeno delovali.

Stroga razlaga zakona, da nastane obveznost prijave koncentracije s trenutkom pridobitve kontrolnega interesa, kot prvega izmed dogodkov, je smiselna, če je ta dogodek časovno precej odmaknjen od naslednjega dogodka, to je objave prevzemne ponudbe ali sklenitve pogodbe, ali če je celo edini. V konkretnem primeru so si dogodki časovno sledili v razmaku nekaj tednov (prva navezna okoliščina pa je nastopila celo med novoletnimi prazniki), pri čemer je uprava prve kršiteljice nameravano koncentracijo prijavila še pred javno objavo prevzemne ponudbe sama in ne skupaj z njenim odvisnim podjetjem družbo Vipa Holding, kar ponovno kaže na takratno nesodelovanje odvisne družbe, kar je oteževalo in časovno zapletalo sam proces prevzema.

Da gre ob koncentraciji podjetij za zapletene pravne in ekonomske dogodke ni dvoma, kakor tudi da je zaradi zapletenosti in zahtevnosti potrebno daljše obdobje, ki omogoči strokovnim timom izpeljavo vseh obveznosti. Zaradi tega je tudi zakonodajalec moral v ZPOmK-1 rok prijave podaljšati na 30 dni (1. odstavek 43. člena). V konkretnem primeru sicer sedaj veljavnega zakona, kljub podaljšanem roku prijave koncentracije, ni mogoče šteti kot milejšega, saj so sedaj predpisane sankcije bistveno višje in zastaralni roki daljši.

Sodišče glede na prepletenost okoliščin konkretnega prevzema oz. koncentracije, ob dejstvu, da je bila koncentracija vseeno prijavljena ob nastopu druge navezne okoliščine (vendar znotraj sedaj določenega roka, kar vseeno ni mogoče zanemariti), UVK pa je ugotovil, da je priglašena koncentracija skladna s pravili konkurence, meni, da gre v konkretnem primeru za obstoj vseh okoliščin, ki utemeljujejo prekršek neznatnega pomena po 6.a členu ZP-1, zato je postopek o

prekršku zoper oba kršitelja na podlagi 9. točke 136. člena ZP-1 ustavilo.

Ker je bilo odločeno kršiteljema v korist, se na podlagi 2. odstavka 144. člena v zvezi s 3. odstavkom 59. člena ZP-1 sodna taksa ne določi.

PRAVNI POUK: Zoper to sodbo ni pritožbe.

Okrajno sodišče v Ljubljani
dne 27.12.2010

Okrajna sodnica svetnica:
Tatjana Polak


