



**JAVNA AGENCIJA REPUBLIKE SLOVENIJE
ZA VARSTVO KONKURENCE**

Dunajska 58, 1000 Ljubljana

T: 01 478 35 97

F: 01 478 36 08

E: gp.avk@gov.si

www.varstvo-konkurence.si

Številka: 3063-2/2017-40, Odl. 1/2019

Datum: 6. 2. 2019

ODLOČBA O PREKRŠKU

Javna agencija Republike Slovenije za varstvo konkurence, Dunajska cesta 58, 1000 Ljubljana (v nadaljevanju: Agencija, prekrškóvni organ), je v senatu pod predsedstvom Davida Vogrinca, ob sodelovanju Andreja Matvoza in Eve Murovec kot članov senata, po uradni dolžnosti, v skladu z 51. in 46. členom Zakona o prekrških¹ (v nadaljevanju: ZP-1) v povezavi z 12. in 12.s členom Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence² (v nadaljevanju: ZPOmK-1) v postopku o prekršku zoper kršiteljico pravno osebo [redacted] matična številka [redacted] in kršiteljico odgovorno osebo pravne osebe [redacted] ki ju zagovarjajo odvetniki iz Odvetniške družbe Fatur Meňard v Ljubljani, zaradi prekrška po prvi alineji 74. člena ZPOmK-1 oziroma prekrška po drugem odstavku 74. člena ZPOmK-1 v zvezi s prvo alinejo prvega odstavka 74. člena ZPOmK-1, na nejavni seji dne 6. 2. 2019

ODLOČILA:

Kršiteljici:

1. pravna oseba [redacted], matična številka [redacted] (v nadaljevanju: [redacted]), je odgovorna za prekršek,

ker odgovorna oseba pravne osebe [redacted] pri opravljanju dejavnosti pravne osebe [redacted], kot izvršni direktor in zakoniti zastopnik in kot tak odgovoren za zakonitost poslovanja pravne osebe, v imenu pravne osebe [redacted] skupaj z direktorjem podjetja [redacted] (v nadaljevanju: [redacted]) [redacted], Agenciji ni pravočasno prijavil koncentracije podjetij [redacted] in [redacted] (v nadaljevanju: [redacted]) do dne [redacted] to je najpozneje v roku 30 dni od spremembe družbene pogodbe podjetja [redacted] z dne [redacted], na podlagi katere je prišlo do koncentracije podjetij [redacted] in [redacted], nato pa je bila le-ta Agenciji priglášena prepozno, in sicer dne [redacted] s čimer je pravna oseba kršila določbo prvega odstavka 43. člena ZPOmK-1 in s tem storila prekršek po prvi alineji prvega odstavka 74. člena ZPOmK-1;

¹ Uradni list RS, št. 29/11-UPB, 21/13, 111/13, 74/14 – odl. US, 92/14 – odl. US, 32/16 in 15/17 – odl. US.

² Uradni list RS, št. 36/08, 40/09, 26/11, 87/11, 57/12, 39/13 –odločba US, 63/13-ZS-K, 33/14, 76/15 in 23/17.

2. odgovorna oseba pravne osebe [redacted] **EMŠO:** [redacted]
[redacted] zaposlen kot izvršilni direktor pri podjetju [redacted]
[redacted], je odgovorna za prekršek,

ker kot izvršni direktor in zakoniti zastopnik pravne osebe in kot tak odgovoren za zakonitost poslovanja pravne osebe, v imenu pravne osebe [redacted] skupaj z direktorjem podjetja [redacted] Agenciji ni pravočasno priglasil koncentracije podjetij [redacted]. In [redacted] do dne [redacted] to je najpozneje v roku 30 dni od spremembe družbene pogodbe podjetja [redacted] z dne 15. 3. 2017, na podlagi katere je prišlo do koncentracije podjetij [redacted] in [redacted], nato pa je bila le-ta Agenciji priglašena prepozno, in sicer dne [redacted] s čimer je odgovorna oseba kršila določbo prvega odstavka 43. člena ZPOmK-1 in s tem storila prekršek po drugem odstavku 74. člena ZPOmK-1 v zvezi s prvo alinejo prvega odstavka 74. člena ZPOmK-1.

Kršiteljicama pravni in odgovorni osebi se na podlagi prvega in drugega odstavka 74. člena ZPOmK-1 v zvezi s tretjim odstavkom 52. člena ZP-1 in 77. členom ZPOmK-1

izreče:

pravni osebi [redacted] **globa v višini 160.000 EUR,**

in

odgovorni osebi [redacted] **globa v višini 5.000 EUR.**

Kršiteljici pravna oseba in odgovorna oseba morata globo plačati v roku 3 (treh) mesecev od pravnomočnosti odločbe o prekršku na transakcijski račun prekrškovnega organa št. 01100-8450082671, sklic 11-16608-7120010-3063217.

Kršiteljica pravna oseba mora plačati sodno takso v višini 10.000 EUR v roku 3 (treh) mesecev od pravnomočnosti odločbe o prekršku na podračun št. 01100-8450082574, sklic 11-16608-7120087-3063217.

Kršiteljica odgovorna oseba mora plačati sodno takso v višini 500 EUR v roku 3 (treh) mesecev od pravnomočnosti odločbe o prekršku na podračun št. 01100-8450082574, sklic 11-16608-7120087-3063217.

O stroških postopka iz prvega odstavka 143. člena ZP-1, ki ob izdaji odločbe niso bili znani, bo odločeno s posebnim sklepom.

Kršiteljici pravna oseba in odgovorna oseba lahko po poteku roka za plačilo predlagata plačilo vsaka svoje globe in stroškov postopka v obrokih pri organu, pristojnem za prisilno izterjavo (FURS). Če kršiteljici pravna in odgovorna oseba v določenem roku globe in stroškov postopka ne bosta plačali, se bodo neplačana globa in stroški postopka izterjali prisilno. Če je ne bo mogoče izterjati niti prisilno, se bo globa, ki je bila izrečena kršiteljici odgovorni osebi, lahko v skladu z zakonom izvršila z nadomestnim zaporom. Če kršiteljica odgovorna, oseba zaradi premoženjskega stanja oziroma zmožnosti za plačilo, ki bi bila upravičena do redne brezplačne pravne pomoči po materialnem kriteriju, ki ureja brezplačno pravno pomoč, ne more plačati globe in stroškov postopka v višini najmanj 300 EUR, lahko najpozneje do poteka roka za plačilo vloži pri organu, ki je izdal odločbo, predlog, da se plačilo globe in stroškov postopka nadomesti z delom v splošno korist.

OBRAZLOŽITEV:

I. UVOD

1. Agencija je kot prekrškovni organ skladno z drugim odstavkom 51. člena ZP-1 začela postopek o prekršku, ker je ugotovila, da so podani zakonski pogoji za izvedbo postopka o prekršku zoper kršiteljici pravno osebo [REDACTED] in odgovorno osebo [REDACTED] ter kršiteljici pravno osebo [REDACTED] in odgovorno osebo [REDACTED]. Zaradi smotrnosti je Agencija postopek o prekršku zoper kršiteljico pravno osebo [REDACTED] in odgovorno osebo [REDACTED] s sklepom³ z dne 6. 12. 2018 izločila iz enotnega postopka in odločila, da se konča posebej.

2. Agencija je z obvestilom o prekršku z dne 14. 9. 2017⁴ pravno osebo [REDACTED] obvestila o obravnavanju prekrška zaradi suma storitve prekrška po prvi in drugi alineji prvega odstavka 74. člena oziroma po drugem odstavku 74. člena v zvezi s prvo in drugo alinejo prvega odstavka 74. člena ZPOmK-1. Ker je obvestilo pravni osebi vročila na napačen naslov, je dne 22. 9. 2017⁵ pravni osebi in odgovorni osebi pravne osebe [REDACTED] poslala novo obvestilo, da se kršiteljici izjavita o dejstvih in okoliščinah prekrška. Z obvestilom z dne 2. 8. 2018⁶ pa je Agencija dopolnila predmetni prekrškovni postopek.

3. Z navedenimi obvestili o prekršku je Agencija kršiteljici pravno in odgovorno osebo seznanila z njuni pravicami v postopku in možnostjo izjave o dejstvih in okoliščinah prekrška ter ju hkrati poučila, da tega nista dolžni storiti, niti odgovarjati na vprašanja, če pa se bosta izjavili ali odgovarjali, se nista dolžni izpovedati zoper sebe ali svoje bližnje ter da morata navesti vsa dejstva in dokaze v svojo korist, ker jih sicer v postopku o prekršku ne bosta mogli več uveljavljati. Kršiteljici sta v predpisanem roku po zagovorniku podali (skupni) pisni izjavi o dejstvih in okoliščinah prekrška⁷.

4. Dne 13. 12. 2018 je Agencija izdala odločbo o prekršku št. 3063-2/2017-35, ki ne vsebuje obrazložitve. Obe upravičenki do zahteve za sodno varstvo sta preko zagovornikov napovedali vložitev zahteve za sodno varstvo⁸.

II. IZJAVI KRŠITELJIC

5. Kršiteljica pravna oseba in kršiteljica odgovorna oseba pravne osebe sta zoper obvestilo z dne 2. 8. 2018 podali enotno izjavo⁹, v kateri sta se sklicevali na predhodno podane izjave¹⁰, kolikor ne nasprotujejo zadnji podani izjavi.

6. Kršiteljici uvodoma ugovarjata kršitev pravice do izjave, saj je 5 dnevni rok za podajo izjave o dejstvih in okoliščinah prekrška ustavno sporen, ker ne zagotavlja minimalnih ustavnih garancij, ki gredo fizičnim in pravnim osebam, zoper katere se vodijo takšni postopki.

7. V svojih izjavah v nadaljevanju kršiteljici zanikata storitev očitanih prekrškov, saj z njunim ravnanjem niso izpolnjeni zakonski znaki očitanih prekrškov, prav tako pa ni podana odgovornost za očitana dejanja, saj je prekrškovni organ napačno ugotovil dejansko stanje. Odgovorna oseba

³ Dokument št. 3063-2/2017-32.

⁴ Dokument št. 3063-2/2017-3.

⁵ Dokument št. 3063-2/2017-8.

⁶ Dokument št. 3063-2/2017-19.

⁷ Dokument št. 3063-2/2017-7, 3063-2/2017-10, 3063-2/2017-11 in 3063-2/2017-28.

⁸ Dokument št. 3063-2/2017-37.

⁹ Dokument št. 3063-2/2017-28.

¹⁰ Dokument št. 3063-2/2017-7, 3063-2/2017-10 in 3063-2/2017-11.

je pri svojih odločitvah in pri vodenju pravne osebe vedno upoštevala veljavne predpise ter ni nikoli zavestno ali namenoma ravnala v nasprotju z obveznostmi pri priglasitvi koncentracije. Kršiteljici Agenciji predlagata, da postopek o prekršku ustavi, saj do koncentracije ni prišlo dne 15. 3. 2017, ampak dne 23. 2. 2017, ko je podjetje [REDACTED] pridobilo izključno kontrolo nad podjetjem [REDACTED]. Vendar omenjena transakcija ni predstavljala koncentracije, ki bi jo bilo treba priglasiti, saj družba [REDACTED] na ta dan ni imela nobenega prometa oz. odvisne družbe in tako ni bil izpolnjen ekonomski pogoj za priglasitev koncentracije.

8. Nadalje navajata, da ni izkazano, da je bila koncentracija priglašena prepozno, saj tudi na dan, ki ga Agencija šteje za nastanek koncentracije, to je 15. 3. 2017, ni bil izpolnjen ekonomski pogoj, določen v prvem odstavku 42. člena ZPOmK-1. Letnega prometa podjetja [REDACTED], [REDACTED] (v nadaljevanju: [REDACTED]), namreč ne bi smeli prišteti k prometu prevzetega podjetja [REDACTED], saj podjetja [REDACTED] na dan 15. 3. 2017 ni bilo mogoče šteti za podjetje v skupini podjetja [REDACTED]. Že v samem upravnem postopku sta kršiteljici pojasnili, da je prišlo do več transakcij oz. pravnih poslov, povezanih z vstopom podjetja [REDACTED] v podjetje [REDACTED], katere sta vse razkrili Agenciji in zanje predložili vse relevantne listine in podatke.

9. V zvezi s presojo ekonomskega pogoja za priglasitev koncentracije kršiteljici opozarjata na Prečiščeno obvestilo Komisije o pravni pristojnosti v okviru Uredbe Sveta (ES) št. 139/2004 o nadzoru koncentracij podjetij¹¹ (v nadaljevanju: Obvestilo komisije o nadzoru koncentracij), ki v 129. členu navaja, da so s stališča določanja pristojnosti udeležena podjetja tista podjetja, ki sodelujejo v koncentraciji, tj. združitvi ali pridobitvi nadzora, kot je predvideno v členu 3(1). Posamični in skupni promet navedenih podjetij bo odločilen pri ugotavljanju doseganja pragov. V naslednjem členu pa nadaljuje, da se po opredelitvi udeleženih podjetij v določeni transakciji v skladu s pravili iz člena 5 izračuna njihov promet zaradi določitve pristojnosti. Člen 5(4) določa podrobna merila za ugotavljanje podjetij, katerih promet je mogoče pripisati udeležnemu podjetju zaradi različnih neposrednih in posrednih povezav z njim. Namen zakonodajalca je bil določiti konkretna pravila, ki jih je mogoče uporabiti za določitev pojma »skupina« zaradi pragov prometa v Uredbi o združitvah. Izraz »skupina« bo v naslednjih oddelkih uporabljen izključno za skupek podjetij, katerih odnosi z udeležnim podjetjem so zajeti v enem ali več pododstavkih člena 5(4) Uredbe o združitvah. Po tem členu se šteje, da kadar podjetje, udeleženo v koncentraciji, pripada skupini, se ne upošteva le promet udeleženega podjetja, temveč Uredba o združitvah zahteva, da se upošteva tudi promet tistih podjetij, s katerimi ima udeleženo podjetje povezave, ki zajemajo pravice ali možnosti vplivanja iz člena 5(4), da se ugotovi, ali so doseženi pragovi iz člena 1 Uredbe o združitvah. Cilj je zajeti celoten obseg gospodarskih virov, kombiniranih skozi poslovanje, ne glede na to, ali je gospodarske dejavnosti neposredno izvajalo udeleženo podjetje, ali pa so jih posredno izvajala podjetja, s katerimi ima udeleženo podjetje povezave, opisane v členu 5(4). Uredba o združitvah ne opredeljuje koncepta skupine na en sam abstrakten način. Namesto tega v členu 5(4)(b) opredeljuje določene pravice ali možnosti vplivanja. Če ima udeleženo podjetje (ne)posredno takšne povezave z drugimi podjetji, ta veljajo za del njegove skupine za izračun prometa po Uredbi o združitvah. Iz pravil in prakse EU na področju presoje koncentracij je torej mogoče zaključiti, da se obvladovanje podjetij presoja različno v primeru ugotavljanja izvajanja kontrole v podjetju z ugotavljanjem nastanka koncentracije in v primeru ugotavljanja obstoja pravice ali vpliva v podjetju, na podlagi katerih je mogoče ugotoviti, da podjetje sodi v skupino podjetij določenega podjetja pri presoji izpolnjevanja ekonomskih pogojev za priglasitev koncentracije.

10. Po mnenju kršiteljic tako v predmetni zadevi ne gre za enostavno in jasno pravno vprašanje, kar naj bi bilo razvidno iz spreminjajočega se stališča Agencije tako v upravnem kot prekrškovnem

¹¹ Uradni list EU št. C 95 z dne 16. 4. 2008.

postopku. Obvestilo o prekršku je po mnenju kršiteljic zavajajoče, pri tem pa naj bi bile ugotovitve glede dejanskega stanja (če se primerja upravno odločbo Agencije opr. št. [redacted] obvestilo o prekršku z dne 14. 9. 2017 oziroma 22. 9. 2017 ter obvestilo z dne 2. 8. 2018) s strani Agencije že trikrat spremenjene, pri čemer Agencija ne poda dejstev in okoliščin, na podlagi katerih ugotavlja, da naj bi podjetje [redacted] na dan 15. 3. 2017 obvladovalo še podjetji [redacted] (v nadaljevanju: [redacted]) in [redacted] zaradi česar naj bi se njun letni promet prištel k letnemu prometu [redacted] in bi bil posledično izpolnjen ekonomski pogoj za priglasitev koncentracije. S tem pa je po mnenju kršiteljic bila kršena pravica do izjave in obrambe obema kršiteljicama.

11. Glede obvladovanja podjetja [redacted] s strani podjetja [redacted] kršiteljici poudarjata, da je v obravnavanem primeru ključno vprašanje, ali podjetje [redacted] sploh izvaja izključno kontrolo v podjetju [redacted] – čeprav je družba [redacted] pridobila 51 % poslovni delež v podjetju [redacted], pa iz Družbene pogodbe podjetja [redacted] izhaja, da se npr. odločitve o sprejetju in spremembi strategije družbe sprejemajo s $\frac{3}{4}$ večino glasov vseh družbenikov, iz česar je mogoče sklepati, da družba [redacted] glede na dogovorjeno upravljanje v družbeni pogodbi in lastniško strukturo podjetja [redacted] sploh ne izvaja oziroma nima možnosti izvajati kontrole v družbi [redacted] kar tudi posledično pomeni, da podjetje [redacted] (skupaj s podjetjem [redacted]) ne more izvajati posredne kontrole (preko podjetja [redacted]) v podjetju [redacted]. Niti iz upravne odločbe niti iz Obvestila o prekršku pa po navedbah kršiteljic ni razvidno, katera dejstva in okoliščine ter dokaze šteje Agencija za relevantne v zvezi z ugotovitvijo, da naj bi družba [redacted] obvladovala podjetje [redacted].

12. Prav tako sta kršiteljici že poudarili, da podjetje [redacted] na dan 15. 3. 2017, ki ga Agencija šteje za dan nastanka koncentracije, nikakor ni obvladovalo ali moglo obvladovati podjetja [redacted] (preko podjetja [redacted]). Do trenutka dejanskega vstopa družbe [redacted] v družbo [redacted] (t.j. [redacted]), podjetje [redacted] (in preko njega podjetje [redacted]) ni imelo v lasti poslovnega deleža podjetja [redacted] niti ni imelo glasovalnih pravic ali drugih pravic, preko katerih bi imelo možnost vplivanja na upravljanje podjetja [redacted]. Zato pred [redacted] podjetje [redacted] po mnenju kršiteljic ni obvladovalo niti ni imelo možnosti obvladovati podjetja [redacted], kar tudi pomeni, da podjetje [redacted] ni spadalo v skupino podjetij podjetja [redacted]. Čeprav je bila pogodba, na podlagi katere je družba [redacted] postala 100 % lastnik družbe [redacted], sklenjena že 28. 2. 2017, pa s tem dnem še ni prišlo do prenosa poslovnega deleža, temveč je do prenosa lastništva poslovnega deleža na podjetje [redacted] prišlo šele dne [redacted]. Pogodba je bila namreč sklenjena pod odločnimi pogoji in je začela učinkovati šele po izpolnitvi vseh pogojev na datum izvršitve. Skladno z določbami pogodbe je prodajalec prenesel poslovni delež in kupec sprejel in prevzel poslovni delež šele na datum izvršitve, pri tem pa je bil dogovorjeno, da je poslovni delež prodan in prenesen na kupca z ekonomskim učinkom na datum izvršitve pogodbe v sodni in poslovni register AJPes. Družba [redacted] je dne [redacted] dejansko vstopila v družbo [redacted] kot edini družbenik in sprejela nov ustanovitveni akt družbe [redacted]. Ker podjetje [redacted] na dan 15. 3. 2017, ki ga Agencija šteje za datum nastanka koncentracije, ni imelo odvisnih družb, ampak le 51 % poslovni delež v podjetju [redacted] ni bil izpolnjen ekonomski pogoj za priglasitev koncentracije, saj podjetji nista ustvarili nobenega prometa v letu 2016.

13. Če pa prekrškovni organ vztraja pri svojih ugotovitvah, kršiteljici predlagata, da se postopek ustavi zaradi prekrška neznatnega pomena oziroma podrejeno ustavi postopek o prekršku in izreče opozorilo oziroma namesto globe izreče opomin, saj je bil očitni prekršek po njunem mnenju storjen v takšnih olajševalnih okoliščinah, ki delajo prekršek posebno lahkega. Zlasti je treba poudariti, da je v danem primeru problematična domnevna zamuda zgolj 7 dni, pri čemer je očitno, da gre pri presoji konkretne koncentracije in nastopa obveznosti priglasitve za zapleteno pravno in dejansko vprašanje, kar nenazadnje izhaja tudi iz stališč Agencije v zvezi s predmetno

koncentracijo, ki so se (kot že rečeno) tekom postopka večkrat spreminjala. Poleg tega je bila koncentracija priglašena samoiniciativno s strani domnevne kršiteljice, pri tem pa zaradi zamude ni nastala nobena škodljiva posledica. Po navedbah kršiteljic je šlo za vsebinsko gledano neproblematično koncentracijo, saj se dejavnosti v koncentraciji udeleženih podjetij niso horizontalno prekrivale, niti niso bile ugotovljene kakršnekoli vertikalne povezave med dejavnostmi v koncentraciji udeleženih podjetij in z njimi povezanih podjetij. Agencija je namreč v upravnem postopku izdala odločbo, v kateri pridobitvi skupne kontrole podjetij [redacted] in [redacted] nad podjetjem [redacted] ne nasprotuje in ugotavlja, da je koncentracija skladna s pravili konkurence. Nenazadnje tudi iz sodne prakse izhaja, da je bilo v podobnih primerih, kjer je bilo ugotovljeno celo več dni zamude s prigrasitvijo koncentracije, ugotovljeno, da gre za prekršek neznatnega pomena (kot v sodbi Okrajnega sodišča v Ljubljani ZSV 1103/2009 z dne 27. 12. 2010) oziroma da gre za posebno lahek prekršek (sodba Okrajnega sodišča v Ljubljani ZSV 2372/2013 z dne 1. 10. 2014).

14. Ne glede na to pa kršiteljicama po njunem mnenju ni mogoče očitati krivdne odgovornosti pri storitvi prekrška, saj sta bili glede na zapletenost transakcij in zaporedja statusnopravnih operacij in obilgacijskih pravnih poslov v dejanski zmoti glede vprašanja, katera okoliščina je bila v danem primeru odločilna za nastop obveznosti prigrasitve koncentracije, ali sta podjetji [redacted] in [redacted] predstavljali podjetji v skupini podjetja [redacted] in kateri izmed dogodkov je bil v danem primeru relevanten za začetek roka za prigrasitev koncentracije po določbah ZPOmK-1. Kršiteljici tako navajata, da sta upravičeno mislili, da pogoji za začetek tega roka iz prvega odstavka 43. člena ZPOmK-1 na dan 15. 3. 2017 niso bili izpolnjeni, saj je podjetje [redacted] obvladovalo podjetje [redacted] šele od dne [redacted] dalje. Upoštevajoč zapletenost okoliščin konkretne koncentracije in dejstva, da je bila koncentracija dejansko prijavljena znotraj 30 dnevnega roka od druge navezne okoliščine, je po navedbah kršiteljic jasno, da je podana opravičljiva dejanska zmoti, ki izključuje odgovornost za prekršek, zato ni mogoče dokazati, da sta domnevni kršiteljici storili prekršek naklepoma ali iz malomarnosti. Zaradi zapletenosti koncentracije in odsotnosti jasnih pravil o tem, kdaj nastopi obveznosti prigrasitve koncentracije v takšnih primerih več povezanih poslov kršiteljici glede na njune navedbe nista vedeli, da je njuno ravnanje v nasprotju z določbami ZPOmK-1 in sta bili posledično v pravni zmoti. Kršiteljica odgovorna oseba je po njenem mnenju kot skrben gospodarstvenik in zakoniti zastopnik ugledne gospodarske družbe ravnala z vso potrebno skrbnostjo in naredila vse, kar je bilo v njeni moči z namenom odprave vseh dvomov o skladnosti ravnanja domnevne kršiteljice v zvezi z obveznostmi prigrasitve koncentracije po ZPOmK-1.

15. Nadalje kršiteljica pravna oseba navaja, da bi višina globe, ki jo lahko izreče Agencija, pomenila hud udarec za tekočo likvidnost in v najhujšem primeru tudi ogrožitev poslovanja ter bi negativno vplivala na bodoče strateške odločitve, kot so predvsem investicije v rast in nadgradnjo storitev, ki jih nudijo podjetja v skupini. Pravne posledice, ki bi nastale v primeru izreka sankcije za očitani prekršek, bi za domnevno kršiteljico pomenile nastanek nepopravljive škode. Očitani prekršek je bil po njenih navedbah nedvomno storjen v okoliščinah, ki ga delajo neznatnega, saj sploh ni nastala oziroma ne bi nastala škodljiva posledica. Tudi opozorilo bi doseglo namen prekrškovnega postopka, hkrati pa ne bi predstavljalo obremenilne okoliščine pri poslovanju domnevne kršiteljice in z njo povezanih podjetij na trgu. Samo dejstvo, da je določena pravna oseba vpisana v evidenci odločb o prekrških, namreč pomeni izrazito negativno referenco za poslovanje na trgu, tako pri sklepanju neposrednih pogodb z naročniki kot tudi pri sodelovanju na javnih naročilih, pridobivanju koncesij ipd. Glede na dejavnost podjetij v skupini bi izrek globe v višini 10 % letnega prometa za pravno osebo oziroma globo med 5.000 in 10.000 EUR za odgovorno osebo imel za posledico tudi nastanek nepopravljive škode in bi hkrati pomenil prekomeren poseg v svobodno gospodarsko pobudo ter bi bil v očitnem nesorazmerju z naravo in težo očitnega prekrška. Agencija naj tako upošteva, da je bila koncentracija priglašena samoiniciativno ter da sta kršiteljici v postopku presoje koncentracije ves čas aktivno sodelovali

In posredovali vse podatke, pomembne za presojo koncentracije. Prav tako je bil interes priglasi telja, da bi Agencija čim prej odločila v zadevi, zato tudi ni izkazano, da bi domnevni kršiteljci pravna oseba in odgovorna oseba izvrševali ali nameravali izvrševati koncentracijo pred izdajo odločbe Agencije. Poleg že prej omenjenih okoliščin, naj Agencija upošteva, da gre pri očitane mu prekršku za enkratni dogodek, saj je kršiteljica pred Agencijo v vlogi priglasi telja nastopala že večkrat, pri čemer je vse koncentracije priglasi la pravočasno. Pri odgovorni osebi ni podan ne naklep ne malomarnost, saj pri očitanih prekrških ni izkazan ne namen prikrivanja koncentracije, doslej tudi odgovorna oseba ni bila nikoli obravnavana za istovrstni prekršek, pa tudi z očitanim prekrškom ni dosegla nikakršne premoženjskopravne koristi oziroma povzročila prepovedane posledice.

III. DEJANSKO STANJE

16. Prekrškovni organ je svojo odločitev sprejel na podlagi izjav kršiteljice pravne osebe in kršiteljice odgovorne osebe¹², vpogleda v upravna zadevo Agencije, ki se vodi pod opr. št. [redacted] ter ostale spisovne dokumentacije.

17. Iz upravnega spisa izhaja, da je Agencija dne [redacted] s strani podjetja [redacted] prejela priglasi tev koncentracije, ki naj bi nastala s pridobitvijo izključne kontrole podjetja [redacted] nad podjetjem [redacted], in s katero naj bi podjetji [redacted] in [redacted] posredno preko podjetij [redacted] in [redacted] pridobili kontrolo nad prevzetim podjetjem.

18. Agencija je v upravnem postopku ugotovila, da je dne 23. 2. 2017 s sklenitvijo Pogodbe o odstupu poslovnega deleža¹⁴ med podjetji [redacted], [redacted]¹⁵, kot prodajalcem, in podjetjema [redacted] in [redacted] kot kupcema, podjetje [redacted] postalo lastnik 75 % poslovnega deleža, podjetje [redacted] pa lastnik 25 % poslovnega deleža v podjetju [redacted].

19. Dne 28. 2. 2017 je podjetje [redacted] pridobilo 51 % poslovni delež podjetja [redacted] na podlagi sklepa skupščine o povečanju osnovnega kapitala podjetja [redacted] in sicer je podjetje [redacted] kot nov družbenik z denarnim vložkom 1,6 mio EUR prevzelo 51 % poslovni delež podjetja [redacted]. Preostala dva družbenika podjetja [redacted] sta [redacted] (24,5 % poslovni delež) in [redacted] ki ima dva poslovna deleža (10 % in 14,5 %). Dne 28. 2. 2017 so družbeniki zaradi vstopa novega družbenika sprejeli novo družbeno pogodbo podjetja [redacted]¹⁷.

20. Istega dne, to je 28. 2. 2017, je na podlagi Pogodbe o odsvojitvi in pridobitvi poslovnega deleža v podjetju [redacted] med podjetji [redacted] kot prodajalcem, in [redacted] kot kupcem, podjetje [redacted] pridobilo 100 % poslovni delež v podjetju [redacted]¹⁸.

21. Podjetji [redacted] in [redacted] sta 75 % oziroma 25 % delež v podjetju [redacted] pridobili že 23. 2. 2017, vendar je glede na takrat veljavno družbeno pogodbo, zlasti pa zaradi dejstva, da podjetje [redacted] v tistem trenutku ni imelo odvisnih podjetij, obveznost priglasi tve nastala dne 15. 3. 2017. Koncentracija je namreč nastala na podlagi spremembe

¹² Dokument opr.št. 3063-2/2017-7, 3063-2/2017-10, 3063-2/2017-11 in 3063-2/2017-28.

¹³ Določene dokumente upravnega spisa je prekrškovni organ vložil v spis tega prekrškovnega postopka (priloga dokumenta opr. št. 3063-2/2017-2).

¹⁴ Notarski zapis SV 256/2017 z dne 23. 2. 2017 (priloga dokumenta št. 3063-2/2012-7).

¹⁵ Sedaj: [redacted]

¹⁶ Podjetje [redacted]

¹⁷ Notarski zapisnik skupščine družbe št. SV-265/2017 z dne 28. 2. 2017 (priloga dokumenta št. 3063-2/2017-7).

¹⁸ Notarski zapis SV-264/2017 z dne 28. 2. 2017 (priloga dokumenta št. 3063-2/2017-7).

družbene pogodbe podjetja [REDACTED] ki jo je skupščina podjetja sprejela 15. 3. 2017¹⁹, na osnovi katere sta podjetji [REDACTED] in [REDACTED] pridobili možnost izvajanja skupne kontrole in odločilnega vpliva nad prevzetim podjetjem [REDACTED]. In sicer je bilo na skupščini odločeno, da skupščina odloča s soglasjem obeh družbenikov o imenovanju in odpoklicu direktorjev, investicijah, zaposlovanju in zadolževanju, finančni politiki in še nekaterih drugih pravicah. S tem je prišlo do spremembe izključne kontrole podjetja [REDACTED] v skupno s strani podjetij [REDACTED] in [REDACTED] nad podjetjem [REDACTED] ki je na dan nastanka koncentracije (15. 3. 2017) obvladovalo še podjetji [REDACTED] in (preko podjetja [REDACTED]).

22. Agencija je na podlagi ugotovljenega dejanskega stanja dne [REDACTED] izdala upravno odločbo št. [REDACTED], s katero je ugotovila, da je prišlo do koncentracije, podrejene določbam ZPOMK-1, in sicer sta podjetji [REDACTED] in [REDACTED] pridobili skupno kontrolo nad podjetjem [REDACTED] ter da je koncentracija skladna s pravili konkurence in ji Agencija ne nasprotuje. Z odločitvijo Agencije sta se očitno strinjali tudi stranki postopka, saj zoper navedeno odločbo v 30 dneh ni bil sprožen upravni spor in je tako postala 22. 8. 2017 pravnomočna²¹.

23. Po končanem upravnem postopku je Agencija v postopku o prekršku presojala, ali je nastopila obveznost priglasitve ter ali je bila le-ta pravočasna. Koncentracijo je namreč treba priglasiti, če sta izpolnjena pravni (določen v 10. členu ZPOMK-1) in ekonomski pogoj (določen v 42. členu ZPOMK-1). V skladu s petim odstavkom 43. člena ZPOMK-1 morajo koncentracijo, ki nastane z združitvijo ali pridobitvijo skupne kontrole, skupno priglasiti podjetja, ki se združujejo, ali podjetja, ki skupaj pridobijo kontrolo. V vseh drugih primerih mora koncentracijo priglasiti oseba ali podjetje, ki pridobi kontrolo nad celoto ali deli enega ali več podjetij. Po prvem odstavku 43. člena ZPOMK-1 je koncentracijo treba Agenciji priglasiti pred začetkom njenega izvrševanja, vendar najpozneje v 30 dneh od sklenitve pogodbe, objave javne ponudbe ali pridobitve kontrole. Rok začne teči s prvim od teh dogodkov.

24. Od 15. 3. 2017, ko je bila na skupščini podjetja [REDACTED] sprejeta nova družbena pogodba, je torej v skladu s prvim odstavkom 43. člena ZPOMK-1 začel teči rok za priglasitev koncentracije podjetij [REDACTED], [REDACTED] in [REDACTED] saj sta navedenega dne podjetji [REDACTED] in [REDACTED] pridobili možnost izvajanja skupne kontrole in odločilnega vpliva nad podjetjem [REDACTED]. Odgovorna oseba pravne osebe [REDACTED] je v imenu pravne osebe [REDACTED] dne [REDACTED] priglasil koncentracijo (sicer podjetja [REDACTED] nad podjetjem [REDACTED]), kar pa je prepozno – z zamudo 7 dni. S tem je pravna oseba [REDACTED] storila prekršek po prvi alineji prvega odstavka 74. člena ZPOMK-1 in odgovorna oseba [REDACTED] po drugem odstavku 74. člena ZPOMK-1 v zvezi s prvo alinejo prvega odstavka 74. člena ZPOMK-1.

IV. OPREDELITEV DO NAVEDB KRŠITELJIC, PODANIH V IZJAVAH

25. Agencija uvodoma zavrača očitke, da je bila kršiteljicama kršena pravica sodelovati v postopku. Z obvestilom o prekršku je Agencija namreč kršiteljici skladno z drugim odstavkom 55. člena ZP-1 seznanila z njunimi pravicami v postopku in možnostjo izjave o dejstvih in okoliščinah prekrška. Storilcu je v hitrem postopku o prekršku pravica do izjave o dejanskih in pravnih vidikih zadeve zagotovljena predvsem z možnostjo pisne izjave, ki sta jo v obravnavanem primeru

¹⁹ Notarsko potrdilo št. SV-324/2017 z dne 15. 3. 2017 (priloga dokumenta št. 3063-2/2017-7).

²⁰ Iz Družbene pogodbe družbe [REDACTED] z dne 28. 2. 2017 (SV-265/2017) izhaja, da podjetje [REDACTED] z 51 % poslovnim deležem lahko samostojno odloča o imenovanju in odpoklicu direktorjev, sprejemu letnega načrta, glavnih investicijah, zaposlovanju, zadolževanju dajanju posojil ipd.

²¹ Odločba je bila strankam vročena 20. 7. 2017.

pravna in odgovorna oseba izkoristili ter podali obsežne izjave o dejstvih in okoliščinah očitaneга jima prekrška. Poleg tega je bila kršiteljicama pravica do sodelovanja v postopku zagotovljena tudi dne 23. 8. 2018 z vpogledom v spisovno dokumentacijo prekrškovnega organa²². Petdnevni rok za odgovor na obvestilo, ki je določen v 55. členu ZP-1, pa je zakonsko določen, kar pomeni, da ga prekrškovni organ ne more podaljšati ne glede na to ali meni, da je to ustrezen rok za pripravo obrambe ali ne.

26. Kršiteljici v izjavi navajata, da je obvestilo o prekršku na številnih mestih nejasno in zavajajoče, pri čemer se sklicujeta na sodno prakso Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, da mora biti storitev prekrška v izreku odločbe o prekršku opredeljena na način, ki omogoča pravno vrednotenje dejanja ter uresničevanje storilčeve pravice do obrambe. Agencija ugovor zavrača, saj opredelitev prekrška v obvestilu (in tudi v izreku odločbe o prekršku), skladno s četrnim odstavkom 56. člena ZP-1, vsebuje vse zahtevane sestavine, torej tudi kratek opis dejanja, s katerim je storjen prekršek (kraj in čas storitve, način storitve ter odločilne okoliščine). Agencija je tako v izreku opisala izvršitveno dejanje z navedbo konkretnih okoliščin, ki ravnanje opredeljuje kot historični in dokazljiv dogodek ter ne odstopa od dosedanje prakse Agencije v podobnih primerih.

27. Glede ugovora, da prekrškovni organ ni navedel dejstev in dokazov, na katerih temelji očitek kršitve, Agencija odgovarja, da je v obvestilu navedla vsa dejstva ter obvestilu priložila odločbo opr. št. [REDACTED] z dne [REDACTED], ki je tako sestavni del obvestila. Agencija je v odločbi presodila, da je koncentracija skladna s pravili konkurenca ter da koncentraciji pridobitve skupne kontrole podjetij [REDACTED] in [REDACTED] nad podjetjem [REDACTED] ne nasprotuje. V 4. točki obrazložitve zgoraj navedene odločbe je Agencija zapisala, da je koncentracija nastala na podlagi spremembe družbene pogodbe podjetja [REDACTED] ki jo je skupščina podjetja sprejela 15. 3. 2017, in na osnovi katere sta podjetji [REDACTED] in [REDACTED] pridobili možnost izvajanja skupne kontrole nad prevzetim podjetjem [REDACTED] ki je od 28. 2. 2017 dalje izvajalo neposredno kontrolo nad podjetjem [REDACTED] in posredno, preko podjetja [REDACTED], tudi nad podjetjem [REDACTED]. Glede na to, da stranke postopka zoper odločitev Agencije niso vložile tožbe v upravnem sporu in je odločitev postala pravnomočna in dokončna, Agencija zaključuje, da so se stranke strinjale z dejanskim stanjem, ugotovljenim v nadzornem postopku.

28. Nadzorni postopek in prekrškovni postopek sta namreč med seboj dejansko neločljivo prepletena, saj ju vodi isti organ, nanašata se na ista dejanska stanja, dokazi iz nadzornega postopka pa so podlaga za prekrškovni postopek²³. Odločitve v nadzornem postopku predstavljajo najmanj pomemben strokovni vir pri sprejemanju odločitve v prekrškovnem postopku, saj se odločitev o prekršku opira na dejansko stanje, ugotovljeno v upravnem postopku. Tako Agencija tudi v prekrškovnem postopku ni spreminjala odločitev, sprejete v upravnem postopku, morebitne drugačne formulacije stavkov oziroma stilistični popravki pa ne pomenijo odstopanja od ugotovitev v upravnem postopku, kot to zatrjujeta kršiteljici.

29. Agencija le pripominja, da so (bili) zagovorniki kršiteljic pravne in odgovorne osebe pooblaščenici tudi v upravnem postopku [REDACTED] glede presoje koncentracije in so seznanjeni tako s predmetnim prekrškovnim postopkom kot tudi s povezanim upravnim postopkom. Odločitev Agencije pa temelji na enakih dokazih v obeh postopkih. Če pa se je tekom presoje koncentracije v nadzornem postopku spreminjalo stališče Agencije, je to (lahko) posledica dejstva, da je kršiteljica pravna oseba [REDACTED] prvotno priglasila koncentracijo podjetja [REDACTED] nad podjetjem [REDACTED], po razjasnitvi dejanskega stanja pa je Agencija ugotovila, da bi morali podjetji [REDACTED] in [REDACTED] skupaj priglasiti pridobitev

²² Dokument opr. št. 3063-2/2017-25.

²³ Odločba Ustavnega sodišča RS U-I-40/12 z dne 11. 4. 2013, tč. 37.

skupne kontrole nad podjetjem [REDACTED]. Nasprotno pa v postopku o prekršku Agencija ves čas vztraja pri navedbah, da je obveznost priglasitve začela teči s 15. 3. 2017 in tako trditve, da Agencija ves čas spreminja opis dejanskega stanja, ne drži.

30. Glede obveznosti priglasitve same koncentracije, je Agencija že zgoraj pojasnila, da je treba koncentracijo priglasiti, če sta izpolnjena pravni in ekonomski pogoj pred začetkom njenega izvrševanja, vendar najpozneje v 30 dneh od sklenitve pogodbe, objave javne ponudbe ali pridobitve kontrole, pri čemer začne teči rok s prvim od teh dogodkov. Agencija ob tem še poudarja, da je izpolnjevanje pravnega in ekonomskega pogoja ugotavljala že v upravni odločbi, ki je postala pravnomočna dne 22. 8. 2017, in kjer kršiteljica pravna oseba ugotovitvam Agencije v zvezi z izpolnjevanjem pogojev ni oporekala.

31. Kot to določa ZPOMK-1 v prvem odstavku 10. člena, gre za koncentracijo podjetij pri trajnejših spremembah kontrole nad podjetjem, in sicer: (i) pri združitvi dveh ali več predhodno neodvisnih podjetij ali delov podjetij; (ii) kadar ena ali več fizičnih oseb, ki že obvladuje najmanj eno podjetje, ali kadar eno ali več podjetij z nakupom vrednostnih papirjev ali premoženja, s pogodbo ali kako drugače pridobi neposredno ali posredno kontrolo nad celoto ali deli enega ali več podjetij; ali (iii) kadar dve ali več neodvisnih podjetij ustanovi skupno podjetje, ki opravlja vse funkcije samostojnega podjetja z daljšim trajanjem.

32. Koncentracijo mora priglasiti podjetje, ki pridobi kontrolo, pri čemer kontrolo nad podjetjem ali njegovim delom pomenijo pravice, pogodbe ali druga sredstva, ki ločeno ali skupaj in ob upoštevanju okoliščin ali predpisov omogočajo izvajanje odločilnega vpliva nad tem podjetjem ali delom podjetja, in sicer zlasti lastništvo ali pravice do uporabe celotnega ali dela premoženja podjetja ter pravice ali pogodbe, ki zagotavljajo odločilen vpliv na sestavo, glasovanje ali sklepe organov podjetja (drugi odstavek 10. člena ZPOMK-1).

33. Iz Obvestila komisije o nadzoru koncentracij izhaja, da izključna kontrola obstaja, če lahko samo eno podjetje izvaja odločilni vpliv nad drugim podjetjem, v primeru skupne kontrole pa imata dve ali več podjetij ali oseb možnost izvajanja odločilnega vpliva nad drugim podjetjem. Odločilni vpliv v tem smislu običajno pomeni moč preprečiti dejanja, ki določajo strateško gospodarsko obnašanje podjetja. Sledi torej, da morajo navedena podjetja ali osebe pri določanju gospodarske politike skupnega podjetja doseči skupni dogovor in sodelovati.

34. Odločitve, bistvene za strateško gospodarsko ravnanje podjetja, vključujejo odločitve o vprašanih, kot so finančni načrt, poslovni načrt, glavne investicije ali imenovanje višjega vodstva in presegajo odločitve, ki so običajne za zaščito pravic manjšinskih delničarjev (npr. odločitve o bistvu skupnega podjetja, kot so na primer spremembe statuta, povečanje ali zmanjšanje kapitala ali likvidacija)²⁴.

35. Pri skupnem nadzoru imata dve ali več podjetij ali oseb možnost izvajanja odločilnega vpliva nad drugim podjetjem. Odločilni vpliv v tem smislu običajno pomeni, moč preprečiti dejanja, ki določajo strateško gospodarsko obnašanje podjetja. Za razliko od izključnega nadzora, ki daje določenemu delničarju moč strateškega odločanja v podjetju, je za skupni nadzor značilna možnost, da pride do mrtve točke, ker imata dve ali več matičnih družb moč zavrniti predlagane strateške odločitve. Sledi torej, da morajo navedeni delničarji pri določanju gospodarske politike skupnega podjetja doseči skupni dogovor in sodelovati²⁵. V zadevi Bertelsmann/KRR/JV²⁶ je Komisija ugotovila obstoj skupne kontrole, ker je bilo, kljub različnim deležem podjetij

²⁴ Obvestilo komisije o nadzoru koncentracij, odstavek 66 in 67.

²⁵ Prečiščeno obvestilo Komisije o pravni pristojnosti v okviru Uredbe Sveta (ES) št. 139/2004 o nadzoru koncentracij podjetij (2008/C 95/01) z dne 16. 4. 2008.

²⁶ Zadeva M 5533, odločba Komisije z dne 8. 9. 2009.

(49:51 odstotkov), ugotovljeno, da imata dejansko enakovredne pravice glede sprejema strateških odločitev skupnega podjetja. Poleg pravice veta glede imenovanja vodstva skupnega podjetja s strani podjetja z manjšim deležem je Komisija kot bistveno ocenila dejstvo, da ima podjetje z manjšim deležem izkušnje pri opravljanju dejavnosti skupnega podjetja, zato bosta morali pri sprejemu strateških odločitev podjetji nujno sodelovati. Za ugotovitev skupne kontrole morajo imeti podjetja z manjšinskim deležem na primer pravico preprečiti odločitve o finančnem načrtu, sprejemu poslovnega načrta, večjih investicijah ali imenovanju višjega vodstva podjetja, pri čemer ni nujno, da podjetja te pravice dejansko izvršujejo, zadošča že, da imajo to možnost.

36. Kot izhaja iz notarskega potrdila SV-324/2017 z dne 15. 3. 2017, sta družbi [redacted] in [redacted] dne 15. 3. 2017 sprejeli družbeno pogodbo, po kateri skupščina odloča s soglasjem obeh družbenikov o imenovanju in odpoklicu direktorjev, investicijah, finančni politiki, itd. (13.1. točka), sicer pa ima pri odločanju na skupščini vsak družbenik število glasov sorazmerno njegovemu poslovnemu deležu (14. točka). Iz zapisanega torej sledi, da imata podjetji [redacted] in [redacted] skupno kontrolo na podjetjem [redacted], saj skupno sprejemata odločitve, bistvene za strateško gospodarsko ravnanje podjetja.

37. Kar se tiče spremembe iz izključnega v skupni nadzor, pa Agencija pojasnjuje, da zaradi spremembe v kakovosti nadzora za obe podjetji velja, da prevzemata nadzor. Namen določb ZPOmK-1 je namreč v tem, da reorganizacija podjetij ne povzroča trajne škode konkurenci. Zato ZPOmK-1 vsebuje predpise, ki veljajo le za tiste koncentracije, ki lahko bistveno ovirajo učinkovito konkurenco na trgu Republike Slovenije oziroma njenem znatnem trgu, in ki omogočajo učinkovit nadzor vseh koncentracij glede na njihov učinek na strukturo konkurence. Te določbe veljajo torej le za bistvene strukturne spremembe, ki vplivajo na trg Republike Slovenije ali njen znatni del. ZPOmK-1 je del zakonodajnega okvira, katerega namen je vzpostaviti sistem nadzora, s katerim se zagotavlja, da se konkurenca na notranjem trgu Republike Slovenije ne izkrivlja. Vsled zapisanemu je treba šteti, da je po spremembi nadzora, ki se izvaja nad obstoječim podjetjem, in sicer s predhodnega izključnega na skupni nadzor, nastala koncentracija, saj podjetje, ki izhaja iz te »transakcije« trajno opravlja vse funkcije samostojnega gospodarskega subjekta. Tako je reklo sodišče tudi v zadevi Austria Asphalt GmbH & Co OG proti Bundeskartellanwalt²⁷, da je ob upoštevanju ciljev, ki jih uresničuje Uredba Sveta št. 139/2004 o nadzoru koncentracij podjetij²⁸ (v nadaljevanju Uredba ES o združitvah), njen člen 3(4) razlagati tako, da je po spremembi vrste nadzora, ki se izvaja nad obstoječim podjetjem, in sicer s predhodnega izključnega na skupni nadzor, nastala koncentracija. Koncept koncentracije je torej primerno opredeliti tako, da zajema transakcije, ki povzročijo trajno spremembo nadzora udeleženih podjetij in posledično strukture trga. Do take spremembe strukture trga pa pride, le če pride do sprememb strukture nadzora nad podjetji, ki dejansko delujejo na trgu.

38. Na podlagi zapisanega Agencija zaključuje, da je s spremembo družbene pogodbe 15. 3. 2017 nastala obveznost prigrasitve, saj opisana pridobitev kontrole nad podjetjem pomeni koncentracijo v smislu druge alineje prvega odstavka 10. člena ZPOmK-1. In sicer gre za trajno spremembo kontrole nad podjetjem, saj, kot že rečeno, podjetji [redacted] in [redacted] skupno sprejemata odločitve, ki so bistvene za strateško gospodarsko ravnanje podjetja [redacted].

39. Glede ugovora kršiteljic, da podjetje [redacted] nima izključne kontrole nad podjetjem [redacted], pa Agencija pojasnjuje, da je že v obvestilu z dne 2. 8. 2018 navedla, da lahko podjetje [redacted] samostojno odloča o imenovanju in odpoklicu direktorjev, sprejemu letnega načrta, glavnih investicijah ipd. v podjetju [redacted].

²⁷ Sodba sodišča C-248/16 z dne 7. 9. 2017.

²⁸ Uradni list L 024 z dne 29. 1. 2004.

40. Agencija pojasnjuje, da se izključni nadzor pridobi, če lahko eno samo podjetje izvaja odločilen vpliv nad drugim podjetjem. Podjetje, ki izvaja izključni nadzor, ima lahko pristojnost določanja strateških poslovnih odločitev drugega podjetja. Ta se običajno doseže s pridobitvijo večine glasovalnih pravic v družbi, kar velja tudi v dotičnem primeru. Iz notarskega zapisnika skupščine [REDACTED] SV-265/2017 z dne 28. 2. 2017 namreč izhaja, da ima podjetje z večinskim deležem možnost sprejemati strateške odločitve v podjetju, saj zanje zadošča navadna večina (gre torej za pridobitev kontrole na pravni podlagi). Tako skupščina odloča z večino vseh družbenikov o imenovanju in odpoklicu direktorjev, sprejemu letnega poslovnega načrta, finančni politiki itd. (točka 13.1). Glede na navedeno Agencija ugotavlja, da je za sprejem odločitev, bistvenih za strateško gospodarsko ravnanje podjetja [REDACTED] odločilni glas večinskega družbenika, to je podjetja [REDACTED], ki je z 51 % poslovnim deležem pridobilo izključno kontrolo nad podjetjem [REDACTED].

41. Glede navedb, da je do koncentracije prišlo dne [REDACTED], ko je družba [REDACTED] vstopila v družbo [REDACTED] in kot edini družbenik sprejela ustanovitveni akt družbe [REDACTED], Agencija ugotavlja, da tudi to ne drži. Družba [REDACTED] je že pred sprejetjem akta o ustanovitvi enoosebne družbe z dne [REDACTED] predstavljala del skupine prevzetega podjetja [REDACTED], saj je podjetje [REDACTED] prek podjetja [REDACTED] že prej lahko izvrševalo odločilen vpliv na podjetje [REDACTED].

42. Agencija pojasnjuje, da je ZPOmK-1 v 3. točki 3. člena nedvoumen - »gospodujoče podjetje« je podjetje, ki ima neposredno ali posredno več kot polovico kapitalskih ali poslovnih deležev v drugem podjetju; večino glasovalnih pravic v drugem podjetju; pravico imenovati ali odpoklicati večino članov posloводства ali nadzornega sveta drugega podjetja ali pravico voditi posle drugega podjetja na podlagi podjetniške pogodbe ali drugega pravnega posla. »Odvisno podjetje« je po 4. točki 3. člena ZPOmK-1 podjetje, v katerem ima drugo podjetje prej našteje pravice ali vpliv. »Podjetja v skupini« so podjetja, ki so v sporazumu ali koncentraciji udeležena podjetja; njihova odvisna podjetja; njihova gospodujoča podjetja; odvisna podjetja podjetij iz prejšnje alineje in podjetja, v katerih ima eno ali več podjetij iz prejšnjih alinej skupaj ali skupaj z enim ali več drugimi podjetji pravice ali vpliv iz 3. točke 3. člena ZPOmK-1.

43. Da je podjetje [REDACTED] imelo odločilen vpliv nad podjetjem [REDACTED] že pred [REDACTED] je nesporno. Iz 5. člena pogodbe o odsvojitvi in pridobitvi poslovnega deleža [REDACTED] namreč izhajajo obveznosti prodajalca v vmesnem obdobju, ki se tako npr. obvezuje, da družba ne bo izvajala nobenih dejanj izven rednega poslovanja, ki bi bistveno vplivala na vrednost poslovnega deleža (5.1.2.), da v družbi ne bo prišlo do sprememb v poslovodstvu (5.1.5.), da družba ne bo prodala, prenesla ali kako drugače odvojila sredstev (5.1.10), da bo ohranila vso intelektualno lastnino v zvezi z naštetimi izdelki ali storitvami (5.1.11.), da družba ne bo opravila nobenih nakupov ali sklepala pogodb ali sprejemala zavez v vrednosti, ki presega 30.000 EUR (5.1.12.), da družba ne bo pridobila ali razpolagala s katerikoli osnovnimi sredstvi, katerih skupna knjigovodska vrednost bi presegala 30.000 EUR (5.1.13.), oz. se prodajalec zavezuje, da ne bo spremenil akta o ustanovitvi družbe (5.2.3.) ali odsvojil poslovni delež ali katerikoli njegov del ali opravil kakršnokoli drugo dejanje z enakim učinkom (5.2.4.).

44. Nenazadnje tudi iz sodne prakse izhaja, da je pravno pomemben trenutek sklenitve pogodbe, in ne veljavnost pogodbe, izvršitev pogodbe ali katerikoli drugi moment. Vrhovno sodišče RS je tako v sodbi IV lps 32/2007 z dne 15. 4. 2008 navedlo, da je v skladu s 15. členom Obligacijskega zakonika²⁹ (v nadaljevanju OZ) pogodba sklenjena takrat, ko se stranki dogovorita o njenih bistvenih sestavinah, torej v primeru konkretne prodajne pogodbe predvsem o predmetu pogodbe (poslovni delež) in kupnini. Če slednja ni določena v znesku, mora biti v pogodbi dovolj

²⁹ Pogodba je sestavni del notarskega zapisa SV-264/2017 z dne 28. 2. 2017 (priloga dokumenta št. 3063-2/2017-7).

³⁰ Uradni list RS, št. 83/2001, 32/2004, 28/2006 - odl. US, 40/2007, 64/2016 - odl. US, 20/2018.

podatkov, na podlagi katerih bi jo bilo mogoče dohčiti (prvi odstavek 442. člena OZ). Pogodba je sklenjena pod pogojem, če sta njen nastanek (odložni pogoj) ali prenehanje (razvezni pogoj) odvisna od negotovega dejstva (prvi odstavek 59. člena OZ). Čeprav OZ v tej določbi govori o nastanku pogodbe, ki je odvisen od pogoja, pa pogojno sklenjena pogodba dejansko obstoji že, ko je sklenjena (torej ko je doseženo soglasje volj pogodbenih strank), le njeno učinkovanje je odvisno od pogoja, kakor pravilno izraža drugi odstavek 59. člena OZ (prim. Cigoj, Komentar, str. 72). Če se pogoj izpolni, pogodba sklenjena pod odložnim pogojem po tej določbi učinkuje od trenutka sklenitve, razen če iz zakona, narave posla ali volje strank ne izhaja kaj drugega, kar pa kršiteljici ne zatrjujeta. To pomeni, da z izpolnitvijo pogoja lahko nastanejo ali prenehajo obveznosti oziroma drugi učinki v že obstoječem razmerju. Okoliščina, da sta stranki ob sklenitvi pogodbe dogovorili tudi odložne pogoje, torej na dejstvo, da je pogodba sklenjena, ne vpliva. Zato so neupoštevni tudi ugovori kršiteljici o tem, da je bila Pogodba o odsvojitvi in pridobitvi poslovnega deleža v družbi [redacted] sklenjena 28. 2. 2017 ob 13.00 uri, notarski zapisnik skupščine SV-265/2017 o vstopu novega družbenika, to je podjetja [redacted] v podjetje [redacted] in spremembi družbene pogodbe podjetja [redacted] pa 28. 2. 2017 ob 13.25 uri, saj je bil prekršek storjen 15. 3. 2017, to se pravi po 28. 2. 2017.

45. Iz zapisanega torej sledi, da je bil dne 15. 3. 2017 izpolnjen tudi ekonomski prag iz prvega odstavka 42. člena ZPOmK-1³¹ za presojo koncentracije, saj se promet podjetja [redacted] upošteva pri prometu prevzetega podjetja skupaj z drugimi podjetji v skupini v predhodnem poslovnem letu na trgu Republike Slovenije. V letu 2016 je namreč letni promet [redacted] na trgu Republike Slovenije znašal [redacted] EUR (promet med posameznimi podjetji v skupini ni vključen), podjetje [redacted] je imelo [redacted] prometa na slovenskem trgu, promet podjetja [redacted] pa je znašal [redacted], medtem ko podjetji [redacted] in [redacted] v letu 2016 na trgu Republike Slovenije nista ustvarili prihodkov iz prodaje³².

46. Od dne 15. 3. 2017, ko je bila na skupščini podjetja [redacted] sprejeta nova družbena pogodba, je torej v skladu s prvim odstavkom 43. člena ZPOmK-1 začel teči rok za priglasitev koncentracije podjetij [redacted], [redacted] in [redacted] ko sta podjetji [redacted] in [redacted] pridobili možnost izvajanja skupne kontrole in odločilnega vpliva nad podjetjem [redacted]. Odgovorna oseba pravne osebe [redacted] je v imenu pravne osebe [redacted] holding dne [redacted] priglasil koncentracijo (sicer podjetja [redacted] nad podjetjem [redacted]), kar pa je prepozno – z zamudo 7 dni.

47. Kršiteljici sta v izjavi navedli, da njun cilj nikoli ni bil omejevanje konkurence, niti si nista želeli izogniti dolžnosti priglasitve koncentracije. Zamuda pri priglasitvi se je zgodila zaradi zapletenosti pravnih poslov in transakcij. Prekrškovni organ pojasnjuje, da se kršiteljici ne moreta uspešno sklicevati na pravno zmoto, saj nepoznavanje prava bremeni tisto stranko, ki bi ga morala poznati. Po 31. členu Kazenskega zakonika³³ (v nadaljevanju: KZ-1), ki se skladno z 8. členom ZP-1 smiselno uporablja v postopku o prekršku in ureja institut pravne zmoti, storilec prekrška, ki iz upravičenih razlogov ni vedel, da je to dejanje v nasprotju s pravom, ni kriv. Vendar drugi odstavek istega člena nadaljuje, da ni upravičenih razlogov iz prvega odstavka 31. člena, če storilec ni vedel za pravna pravila, s katerimi bi se lahko seznanil pod enakimi pogoji kot drugi v širšem njegovem okolju ali pa je moral glede na svoje delo, vlogo ali siceršnji položaj poznati posebna

³¹ Prvi odstavek 42. člena ZPOmK-1 določa, da je priglasitev potrebna, če je skupni letni promet v koncentraciji udeleženih podjetij skupaj z drugimi podjetji v skupini v predhodnem poslovnem letu na trgu Republike Slovenije presegel 35 milijonov EUR in če je letni promet prevzetega podjetja skupaj z drugimi podjetji v skupini v predhodnem poslovnem letu na trgu Republike Slovenije presegel 1 milijon EUR ali je letni promet v primeru iz tretje alineje prvega odstavka 10. člena ZPOmK-1 vsaj dveh v koncentraciji udeleženih podjetij skupaj z drugimi podjetji v skupini v predhodnem poslovnem letu na trgu Republike Slovenije presegel 1 milijon EUR.

³² Odločba opr. št. [redacted], točka 17.

³³ Ur. l. RS, št. 55/2008, 66/2008 – popr., 39/2009, 55/2009 – odl. US, 91/2011, 54/2015, 38/2016, 27/2017.

pravna pravila. Na podlagi drugega odstavka 152. člena Ustave Republike Slovenije³⁴ se vsi državni predpisi objavljajo v državnem uradnem listu, dostopni pa so tudi preko Pravno-informacijskega sistema Republike Slovenije – PIS³⁵, ki omogoča brezplačen dostop do zakonodajnih in drugih javnih dokumentov državnih organov in nosilcev javnih pooblastil v Republiki Sloveniji ter dokumentov, ki jih izdajo institucije Evropske unije in Sveta Evrope. Na ta način je vsem omogočena seznanitev z vsemi veljavnimi predpisi in zato velja domneva, da so objavljeni splošni akti znani vsem. Dodatno pa prekrškovni organ navaja, da je bila obveznost priglasitve koncentracije uvedena že z Zakonom o preprečevanju omejevanja konkurence (ZPOmK) iz leta 1999, ZPOmK-1 pa je bil objavljen v Uradnem listu RS št. 36/2008 z dne 11. 4. 2008 in velja od 26. 4. 2008 dalje, tako da je bila navedena obveznost priglasitve koncentracije udeležencem na trgu dolgo poznana. S tem, ko je odgovorna oseba prevzela funkcijo direktorja pravne osebe, je nase prevzela tudi obveznost, da skrbi za zakonito poslovanje pravne osebe.

V. ODGOVORNOST KRŠITELJIC ZA PREKRŠEK

48. Po prvem odstavku 14. člena ZP-1 je pravna oseba odgovorna za prekršek, ki ga pri opravljanju njene dejavnosti storilec stori v njenem imenu ali za njen račun ali v njeno korist ali z njenimi sredstvi. Odgovorna oseba pa je tista oseba, ki je pooblaščenca opravljati delo v imenu, na račun, v korist ali s sredstvi pravne osebe, samostojnega podjetnika posameznika ali posameznika, ki samostojno opravlja dejavnost, državnega organa ali organa samoupravne lokalne skupnosti (prvi odstavek 15. člena ZP-1). Prvi odstavek 15.a člena ZP-1 nadaljuje, da je odgovorna oseba odgovorna za prekršek, ki ga stori s svojim dejanjem (storitvijo ali opustitvijo) pri opravljanju dejavnosti pravne osebe, samostojnega podjetnika posameznika ali posameznika, ki samostojno opravlja dejavnost, pri izvrševanju pooblastil državnega organa ali organa samoupravne lokalne skupnosti.

49. Iz rednega izpisa iz sodnega/poslovnega registra za kršiteljico pravno osebo [redacted] izhaja, da je v času storitve prekrška prepozne priglasitve funkcijo izvršnega direktorja pravne osebe opravljal [redacted], ki je pravno osebo zastopal samostojno in je bil kot tak odgovoren za zakonitost poslovanja pravne osebe. Zakon o gospodarskih družbah (v nadaljevanju: ZGD-1)³⁶ v prvem odstavku 515. člena določa, da ima družba enega ali več poslovodij (direktorjev), ki na lastno odgovornost vodijo posle družbe in jo zastopajo. Poslovodni organ je dolžan skrbeti za zakonitost poslovanja družbe, kamor sodi tudi pravilno in pravočasno izpolnjevanje obveznosti, ki mu jih kot poslovodnemu organu nalaga pozitivna zakonodaja.

50. Odgovorna oseba je z lastnim ravnanjem oziroma opustitvijo storila prekršek, ker do 14. 4. 2017 skupaj z direktorjem podjetja [redacted] ni priglasila koncentracije podjetij [redacted], [redacted] in podjetja [redacted] Agenciji. V tem primeru je odgovorna oseba pravne osebe [redacted] opustila dolžnostno ravnanje pri opravljanju svojega dela izvršnega direktorja, saj je opustila dolžno oziroma dolžnostno ravnanje kot zakoniti zastopnik pravne osebe, ki je dolžan spoštovati veljavno zakonodajo. Med funkcije izvršnega direktorja sodi tudi izpolnjevanje zakonskih obveznosti in skrb za zakonito poslovanje pravne osebe, kar pomeni da je kot tak dolžan poznati veljavno zakonodajo, ki predpisuje obveznost priglasitve koncentracije podjetij, ter odgovarja za delo, ki ga je dolžan opravljati v imenu ali za račun ali v korist ali s sredstvi pravne osebe.

³⁴ Ur. L. RS, št. 33/91-I, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 68/06 in 47/13.

³⁵ Spletna stran <http://www.plsrs.si/Pis.web/>.

³⁶ Ur. l. RS, št. 42/2006, 60/2006 - popr., 26/2007 - ZSDU-B, 33/2007 - ZSReg-B, 67/2007 - ZTFL, 10/2008, 68/2008, 42/2009, 33/2011, 91/2011, 100/2011 - skl. US, 32/2012, 57/2012, 44/2013 - odl. US, 82/2013, 55/2015, 15/2017.

51. V skladu z 9. členom ZP-1 je za prekršek odgovoren storilec, ki je prekršek storil iz malomarnosti ali z naklepom. Drugi odstavek istega člena nadaljuje, da predpis o prekršku lahko določi, da je storilec odgovoren samo, če je prekršek storil z naklepom. Glede naklepa in malomarnosti se v skladu z veljavnim 8. členom ZP-1 smiselno uporabljajo določbe KZ-1, ki v 25. členu določa, da je kaznivo dejanje storjeno z naklepom, če se je storilec zavedal svojega dejanja in ga je hotel storiti (direktni naklep), ali če se je zavedal, da lahko stori dejanje, pa je v to privolil (eventualni naklep). V skladu s 26. členom KZ-1 je kaznivo dejanje storjeno iz malomarnosti, če storilec ni ravnal s potrebno pazljivostjo, čeprav se je zavedal, da lahko stori dejanje, pa je lahko miselno mislil, da se to ne bo zgodilo ali da bo to lahko preprečil (zavestna malomarnost), ali če se ni zavedal, da lahko stori dejanje, pa bi se bil po okoliščinah in po svojih osebnih lastnostih tega moral in mogel zavedati (nezavestna malomarnost).

52. Glede na to, da je kršiteljica pravna oseba [REDACTED] podjetje s precejšnjimi izkušnjami v prevzemnih postopkih in prigrisitvah koncentracij pred Agencijo ter da je bila obravnava koncentracije sprožena na pobudo kršiteljice, Agencija zaključuje, da je prepozna prigrisitev posledica malomarnosti odgovorne osebe [REDACTED], ki kot izvršni direktor pravne osebe [REDACTED] skupaj z direktorjem pravne osebe [REDACTED] ni poskrbel za pravočasno prigrisitev koncentracije podjetja [REDACTED] Agenciji. [REDACTED] bi kot izvršni direktor moral in mogel vedeti, v kakšnem roku je treba prigrisiti koncentracijo Agenciji, pa tega ni storil, ali pa bi moral pooblastiti drugo osebo, da bi to pravočasno opravila namesto njega. [REDACTED] tako ni ravnal s potrebno pazljivostjo, s katero bi po okoliščinah in osebnih lastnostih moral kot izvršni direktor pravne osebe [REDACTED] ki razpolaga s posebnim znanjem in sposobnostmi, kamor sodi tudi pravočasno izpolnjevanje obveznosti. Odgovorna oseba tako ni ravnala s potrebno pazljivostjo oziroma s skrbnostjo dobrega gospodarstvenika.

53. Na podlagi zapisanega se kršiteljici ne moreta uspešno skilcevati tudi na dejansko zmoto, saj po tretjem odstavku 30. člena KZ-1, ki se skladno z 8. členom ZP-1 smiselno uporablja v postopku o prekršku, odgovornost storilca za prekršek, storjen iz malomarnosti, ne more biti izključena, če je bil v zmoti glede okoliščin, ki bi se jih v mejah potrebne pazljivosti moral in mogel zavedati.

VI. ODMERA GLOBE (SANKCIJA)

54. Kršiteljici navajata, da gre v obravnavanem primeru za prekršek neznatnega pomena, ker škodljive posledice niso nastale, poleg tega je to prvič, da sta obravnavani v prekrškovnem postopku in zato uvedba postopka ne bi bila smotna. Kršiteljici predlagata, da prekrškovni organ skladno s četrtim odstavkom 51. člena ZP-1 odloči, da ne bo izdal odločbe o prekršku in izreče opozorilo namesto sankcije oz. opomin namesto globe. Prekrškovni organ navaja, da kršiteljici nista izkazali razlogov oziroma okoliščin iz 136. člena ZP-1, ki se glede na določbo drugega odstavka 58. člena tega zakona smiselno uporablja tudi za prekrškovne organe pri vodenju hitrega postopka, ki bi Agenciji narekovali ustavitev postopka.

55. Glede same narave opozorila³⁷, katerega izrek predlagata kršiteljici v izjavah, Agencija pojasnjuje, da je ZP-1 uvedel institut opozorila predvsem za primere, če je bil storjen prekršek, za katerega bi bila sicer izrečena sankcija s plačilnim nalogom, saj s plačilnim nalogom ni mogoče izreči opomina, ker je za njegov izrek treba ugotavljati določene okoliščine in v obrazložitvi odločbe tudi utemeljiti njegov izrek. Institut opozorila je torej namenjen predvsem storilcem lažjih prekrškov ali v primeru dejavnega kesanja storilca. Da pa očitani prekršek ne spada med lažje prekrške, ampak gre za hujšo kršitev predpisov, izhaja že iz višine predpisane sankcije, ki je med

³⁷ Pooblaščen uradna oseba prekrškovnega organa lahko namesto izreka sankcije, kršitelja opozori, če je storjen prekršek neznatnega pomena in če pooblaščen uradna oseba oceni, da je glede na pomen dejanja opozorilo zadosten ukrep.

najvišjimi za prekrške in tako izraža oceno o abstraktni teži prekrška. Za najhujše prekrške, med katere po šestem odstavku 17. člena ZP-1 spadajo tudi prekrški s področja varstva konkurence, je zakonodajalec namreč predvidel globe višje od splošnega maksimuma. Peti odstavek 17. člena ZP-1 pa celo izrecno določa, da se za prekrške s področja varstva konkurence lahko za pravno osebo, samostojnega podjetnika posameznika ali posameznika, ki samostojno opravlja dejavnost, z zakonom predpiše globa v višini do deset odstotkov njihovega letnega prometa ali njihovega letnega prometa s podjetji v skupini v predhodnem poslovnem letu, kar nakazuje na resnost kršitve.

56. Tudi sklicevanje na odsotnost škodljivih posledic, ker do omejevanja konkurence ni prišlo, saj je ugotovila Agencija v upravnem postopku in odločila, da je koncentracija skladna s pravili konkurence, za postopek o prekršku ni bistveno. Ali je z obravnavano koncentracijo prišlo do bistvenega omejevanja učinkovite konkurence se ugotavlja v upravnem postopku presoje skladnosti koncentracije s pravili konkurence. Kršitve določb ZPOmK-1 pa so neodvisne od pozitivne odločitve o koncentraciji v nadzorstvenem postopku. Vsak prekršek pomeni napad na pravni red v obliki njegovega nespoštovanja, kar je mogoče označiti za neke vrste (posredno) prepovedano posledico (vsaj v obliki abstraktne nevarnosti za pravni red kot celoto). Četudi prekršek nima neposredne prepovedane posledice, to še ne pomeni, da ne more povzročiti nobene škodljive posledice. Škodljive posledice namreč zajemajo vso materialno in nematerialno škodo ter najrazličnejše nevšečnosti, ki jih povzroči storjeni prekršek v sferi različnih oseb oziroma na različnih področjih, in so lahko po obsegu in učinkih širše od neposredne prepovedane posledice. Samo dejstvo, da kršitev ni imela škodljivih vplivov na konkurenco, torej ne pomeni *per se* marginalizacije kršitve nepravčasne priglasitve koncentracije, saj se tako krši eno najpomembnejših načel sistema nadzora koncentracij, to je *ex ante* nadzor koncentracij in ukrepanje Agencije z morebitno prepovedjo koncentracij z namenom preprečitve nastanka kakršnekoli trajne in nepopravljive škode za konkurenco na trgu³⁸. Določbe ZPOmK-1 o obveznosti priglasitve koncentracije so zato izjemnega pomena za učinkovit nadzor. Nepravčasna priglasitev koncentracije pa krši eno izmed temeljnih načel nadzora koncentracij, to je predhodna kontrola koncentracij pred njenim izvrševanjem, in s tem onemogoča učinkovitost Agencije pri izvrševanju zakonskih določb o nadzoru koncentracij³⁹. Agencija zato smatra kršitev za resno, saj take kršitve spodkopavajo učinkovitost ZPOmK-1. Nenazadnje, je tudi zakonodajalec predvidel, da gre pri kršitvi določb o koncentraciji za resne kršitve, saj so globe predpisane v enakih odstotkih, kot za kršitve 6. in 9. člena ZPOmK-1. Odsotnost škodljivih vplivov na konkurenco zato ne vpliva na obstoj prekrška, temveč pomeni zgolj olajševalno okoliščino, ki se upošteva pri odmeri globe.

57. Na podlagi zapisanega prekrška prepozne priglasitve koncentracije ni mogoče šteti za prekršek neznatnega pomena po 6.a členu ZP-1⁴⁰ in tako niso izpolnjeni pogoji za izrek opozorila po prvem odstavku 53. člena ZP-1.

58. Kršiteljici pravna in odgovorna oseba sta Agenciji podredno predlagali izrek sankcije opominjevalne narave. Skladno s prvim odstavkom 21. člena ZP-1 sme prekrškovni organ izreči opomin za prekrške, storjene v takih olajševalnih okoliščinah, ki ga delajo posebno lahkega. Po drugem odstavku 21. člena ZP-1 pa se sme opomin izreči tudi, če je prekršek v tem, da ni bila izpolnjena predpisana obveznost, ali je bila s prekrškom povzročena škoda, storilec pa je pred izdajo odločbe oziroma sodbe o prekršku izpolnil predpisano obveznost oziroma popravil ali povrnil povzročeno škodo. V primeru težjih prekrškov, pri katerih gre za višjo stopnjo ogrožanja

³⁸ Podobno Evropska komisija v zadevi Altice/PT Portugal, opr. št. CASE M.7993 z dne 24. 4. 2018, paragraf 572.

³⁹ Podobno Evropska komisija v zadevi Electrabel/Compagnie Nationale du Rhone, opr. št. COMP/M.4994 z dne 10. 6. 2009, paragraf 193 in 194, in v zadevi Samsung/AST, opr. št. IV/M.920 z dne 18. 2. 1998, paragraf 21.

⁴⁰ Za prekršek neznatnega pomena se šteje prekršek, ki je bil storjen v okoliščinah, ki ga delajo posebno lahkega, in pri katerem ni nastala in oziroma ne bo nastala škodljiva posledica ali je ta neznatna.

oziroma kršitve zavarovane dobrine, mora biti izrek opomina še toliko bolj izjemen oziroma omejen na primere, v katerih so podane še posebej tehtne olajševalne okoliščine⁴¹. Pri oceni ustreznosti izreka opomina prekrškovni organ ali sodišče upoštevata seznam (primeroma) naštetih olajševalnih okoliščin iz drugega odstavka 26. člena ZP-1. Prvi odstavek 21. člena ZP-1 sicer izrecno pravi, da je posledica upoštevanja teh okoliščin ocena, vezana na težo prekrška - prekršek je ocenjen kot »posebno lahek«. Teža prekrška se prvenstveno ocenjuje po objektivnih okoliščinah (stopnja ogrožanja oziroma kršitve zavarovane dobrine in okoliščine, v katerih je bil izvršen prekršek, provociranost storilca prekrška, ovire za pravilno delovanje, razmere, ko je meja med pravilno uporabo prava in kršitvijo predpisa težko prepoznavna), če naj bi se izrazila v izbiri sankcije (kar je ocena primernosti izreka opomina), pa je pri oceni teže prekrška upravičeno upoštevati tudi subjektivne okoliščine, na primer stopnjo odgovornosti za prekršek, nagibe storilca, storilčevo prejšnje življenje. Tako bo za izrek opomina organ ugotavljal obstoj tako objektivnih kot subjektivnih olajševalnih okoliščin. Če bo ugotovil zgolj subjektivne olajševalne okoliščine, to ne bo upravičevalo izreka opomina, ampak bo to lahko razlog za na primer omilitve sankcije (izrek opomina ne pomeni omilitve sankcije po ZP-1) ali odpustitev sankcije.

59. V komentarju k 21. členu ZP-1 »določila o opominu« dr. Katja Filipčič (ZP-1 s komentarjem, GV Založba, Ljubljana, 2018) navaja, da bi bila v nasprotju z namenom opomina kot najmilejše sankcije že interpretacija, da je po drugem odstavku mogoče izreči opomin tudi za hujše prekrške, na kar je opozorilo tudi sodišče v svojih odločitvah⁴². V primeru nepriglasitve koncentracije gre za prekršek težje narave, saj iz tega prekrška izvirajo še vsi drugi prekrški (npr. kršitev 44. člena ZPOmK-1 – uresničevanje pravic in obveznosti, ki izhajajo iz koncentracije). V tem se kaže tudi večja teža prekrška. Čim daljši čas mine od sklenitve pogodbe, objave javne ponudbe ali pridobitve kontrole pa do prijave koncentracije v skladu s prvim odstavkom 42. člena ZPOmK-1, večja je možna zloraba in med drugim izvrševanja pravic ali obveznosti v nasprotju s prvim odstavkom 44. člena ZPOmK-1. Agencija je zato ocenila, da dejstvo, da sta kršiteljici zamudili s priglasitvijo (zgolj) za 7 dni, ne utemeljuje izreka opomina. Kršiteljici namreč nista bili v ničemer ovirani pri pravilnem delovanju, obveznosti pri gospodarskem poslovanju, ki sta jih prekršili, so določene že vrsto let, iz izjav pa izhaja, da sta kršiteljici v istovrstnih postopkih prijave koncentracije že večkrat sodelovali in sta tako seznanjeni s konkurenčnopravno zakonodajo. Iz sodne prakse tudi izhaja, da dejstvo, da v preteklosti podjetje ni bilo obravnavano za istovrstne kršitve, ne razbremeni podjetja⁴³.

60. Kršiteljici se v predlogu za izrek opomina sklicujeta na odločitev Okrajnega sodišča v Ljubljani v sodbi ZSV 2373/2013 z dne 1. 10. 2014 ter sodbi ZSV 1113/2009 z dne 27. 12. 2010. V zadevi ZSV 2373/2013 je sodišče spremenilo izpodbijano odločbo o prekršku o odločitvi o sankcijah tako, da je pravni in odgovorni osebi zaradi zamude priglasitve koncentracije izreklo opomin iz razloga izogibne pravne zmote. Sodišče je v obrazložitvi sodbe navedlo, da je prepričanje odgovorne osebe, da je njeno ravnanje dopustno, štel kot izogibno pravno zmoto, ki ne izključuje njene odgovornosti. Ker pa se sme po tretjem odstavku 31. člena KZ-1 storilec, ki je storil kaznivo dejanje (smiselno prekršek) v pravni zmoti, ki bi se ji lahko izognil, kaznovati mileje, je sodišče spremenilo odločitev o sankciji in kršiteljicama izreklo opomin. Ker pa se, kot je bilo pojasnjeno že zgoraj, kršiteljici v predmetni zadevi ne moreta uspešno sklicevati na pravno zmoto, odločitve sodišča v zadevi ZSV 2373/2013 Agencija ne more upoštevati.

61. V sodbi Okrajnega sodišča v Ljubljani ZSV 1113/2009 z dne 27. 12. 2010, pa je sodišče poudarilo, da je ocenilo, da gre za prekršek neznatnega pomena, ker je šlo v predmetni zadevi

⁴¹ Sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije IV Ips 61/2012 z dne 27. 11. 2012.

⁴² Primerjaj s sodbo Okrajnega sodišča v Ljubljani ZSV 197/2017 z dne 7. 1. 2019.

⁴³ Sodba 322/18 NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities z dne 9. 11. 1983, paragraf 107 in sodba Splošnega sodišča T-321/05 AstraZeneca AB and AstraZeneca plc v European Commission z dne 1. 7. 2010, paragraf 901.

za zapletene pravne in ekonomske dogodke (postopek prijave koncentracije je oteževalo nesodelovanje odvisnega podjetja Vipa Holding) ter da je podjetje priglasilo znotraj določenega roka po spremembi ZPOmK-1⁴⁴. Ker v predmetni zadevi takih okoliščin Agencija ni ugotovila, je odločitev v citirani zadevi, prav tako neupoštevna

62. Ker prekrškovni organ ni ugotovil nobenih takih izjemnih okoliščin, ki bi upravičevale izrek opomina, je globo za ugotovljeni prekršek kršiteljic odmeril po prvem in drugem odstavku 74. člena ZPOmK-1 v zvezi s tretjim odstavkom 52. člena ZP-1 in 77. členom ZPOmK-1 ter 26. členom ZP-1. Po členu 14(3) Uredbe Uredba ES o združitvah, se globa odmeri glede na naravo, težo in trajanje kršitve. Prekrškovni organ je pri odmeri primerne globe za ugotovljeni prekršek upošteval vse obteževalne in olajševalne okoliščine.

63. Za prekrška po prvi alineji prvega odstavka 74. člena ZPOmK-1 je predpisana globa do deset odstotkov letnega prometa v koncentraciji udeleženega podjetja skupaj z drugimi podjetji v skupini v predhodnem poslovnem letu, t.j. letu pred izdajo odločbe o prekršku⁴⁵. Letni promet v koncentraciji udeleženih podjetij skupaj z drugimi podjetji v skupini je v skladu z 11. točko 3. člena ZPOmK-1 letni promet, ki so ga ustvarila v koncentraciji udeležena podjetja skupaj z drugimi podjetji v skupini ter ne obsega čistih prihodkov od prodaje proizvodov in opravljanja storitev med podjetji v skupini. Iz posredovanih podatkov podjetja [REDACTED] izhaja, da je letni promet skupine v predhodnem poslovnem letu (pri čemer Agencija pripominja, da se upošteva tudi promet v tujini), to je letu 2017, znašal [REDACTED]. Agencija je po vpogledu v podatke AJPes in upoštevanju, katera podjetja so bila v letu 2017 del skupine, ugotovila, da je letni promet skupine v predhodnem poslovnem letu znašal 115.125.548 EUR. Glede na navedeno prekrškovni organ ugotavlja, da je zgornja meja globe, ki se lahko v skladu s prvim odstavkom 74. člena ZPOmK-1 izreče kršiteljici pravni osebi 11.512.554 EUR.

64. Za prekršek po drugem odstavku 74. člena ZPOmK-1 v zvezi s prvo alinejo prvega odstavka 74. člena ZPOmK-1 je za kršiteljico odgovorno osebo pravne osebe predpisana globa v razponu od 5.000 do 10.000 EUR.

65. Pri odmeri globe je Agencija upoštevala težo in trajanje kršitve ter olajševalne okoliščine, ki so opredeljene v ZP-1. Ta v 26. členu določa, da se storilcu prekrška odmeri sankcijo v mejah, ki so določene s predpisom za storjeni prekršek, glede na težo prekrška in storilčevo malomarnost ali naklep. Pri tem se upoštevajo vse okoliščine, ki vplivajo na to, ali naj bo sankcija manjša ali večja, zlasti pa stopnjo storilčeve odgovornosti za prekršek, nagibe, iz katerih je prekršek storil, stopnjo ogrožanja ali kršitve zavarovanje dobrine, okoliščine, v katerih je bil prekršek storjen, prejšnje življenje storilca, njegove osebne razmere, njegovo obnašanje po storjenem prekršku in zlasti, ali je poravnal škodo. Pri odmeri globe se upošteva tudi storilčevo premoženjsko stanje, višino njegove plače, njegove druge dohodke, njegovo premoženje in njegove družinske obveznosti, pri prekrških s področja davkov in carin pa tudi sorazmerje višine globe z višino prikrajšane dajatve. Pri določitvi sankcije pravni osebi in samostojnemu podjetniku posamezniku, prekrškovni organ upošteva gospodarsko moč kršiteljice pravne osebe in prej izrečene sankcije.

⁴⁴ Po prvem odstavku 12. člena Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence (Ur. l. RS, št. 56/1999, 37/2004, 114/2006 – ZUE), ki je veljal v času, ko sta kršiteljici storili prekršek, so morali udeleženci koncentracijo priglasiti uradu (sedaj: Agenciji) najpozneje en teden po sklenitvi pogodbe ali objavi javne ponudbe ali pridobitvi kontrolnega interesa. Ker je zakonodajalec uvidel, da je zaradi zapletenosti in zahtevnosti prevzemov potrebno daljše časovno obdobje, ki bi omogočilo strokovnim timom izpeljavo vseh obveznosti, je s sprejemom ZPOmK-1 (Ur. l. RS, št. 36/2008 z dne 11. 4. 2008), ki je že veljal v času odločanja sodišča o vloženih zahtevih za sodno varstvo, rok prijave podaljšal tako, da je treba koncentracijo uradu priglasiti pred začetkom njenega izvrševanja, vendar najpozneje v 30 dneh od sklenitve pogodbe, objave javne ponudbe ali pridobitve kontrole (prvi odstavek 43. člena ZPOmK-1).

⁴⁵ Predhodno poslovno leto pomeni leto pred izdajo odločbe o prekršku, saj se pri določitvi maksimalnega zneska globe upošteva aktualni ekonomski položaj pravne osebe (glej Grilc, Peter in ostali, Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence s komentarjem (ZPOmK-1), GV Založba, Ljubljana 2009, str. 559)

⁴⁶ Dokument 3063-2/2017-29.

66. Iz izvedenega dokaznega postopka izhaja, da očitana prekrška nista bila storjena z namenom zaobiti kontrolo oziroma presojo koncentracije podjetij zaradi morebitnih škodljivih učinkov predmetne koncentracije na konkurenco, temveč je rezultat malomarnosti njene odgovorne osebe, izvršnega direktorja [REDACTED], ki kljub zelo jasnim določbam ZPOmK-1 v imenu podjetja [REDACTED] skupaj z direktorjem podjetja [REDACTED] ni pravočasno prijavil koncentracije Agenciji.

67. Prekrškovni organ je pri odmeri globe upošteval olajševalne okoliščine, in sicer dejstvo, da sta kršiteljici pravna oseba in odgovorna oseba v postopku sodelovali s prekrškovnim organom in mu na njegovo zahtevo posredovali vse zahtevane podatke pred izdajo upravne odločbe v nadzornem postopku, ter da koncentracija ni imela škodljivih učinkov na konkurenco, saj je Agencija z upravno odločbo opr. št. [REDACTED] z dne [REDACTED] ugotovila, da je prišlo do koncentracije, podrejene določbam ZPOmK-1, ter da je ta koncentracija skladna s pravili konkurence in ji Agencija ne nasprotuje. Nadalje je upošteval, da je šlo za zamudo pri prijavitvi za 7 dni, saj kratkotrajne kršitve povzročajo manj škode gospodarstvu. Prekrškovni organ je pri odmeri primerne globe za storjeni prekršek kot olajševalno okoliščino upošteval tudi dejstvo, da kršiteljici do izdaje odločbe še nista bili sankcionirani za prekršek s področja varstva konkurence ter gospodarsko moč kršiteljice pravne osebe, ki je razvidna iz ugotovljenega letnega prometa pravne osebe [REDACTED] skupaj z drugimi podjetji v skupini v predhodnem poslovnem letu, to je letu 2017. Pomen upoštevanja gospodarske moči je v tem, da višina izrečene globe ne bi onemogočila nadaljnje gospodarske dejavnosti kršiteljice pravne osebe.

68. Kot izhaja iz prakse Evropske Komisije, le-ta pri naložitvi kazni upošteva tudi namen izrekanja sankcij, ki je v tem, da imajo globe odvračilen učinek. Prekrškovni organ je zato pri odmeri globe upošteval odvračilni učinek, ki se ga želi doseči, in kot osnovni znesek za odmero globe pri zamudi s koncentracijo določil 0,03 % letnega prometa kršiteljice pravne osebe skupaj z drugimi podjetji v skupini v letu 2017 za vsak dan zamude prijavitve koncentracije, kar ob zamudi 7 dni znaša 241.763 EUR. Dobljeni znesek je nato glede na olajševalne okoliščine zmanjšal za tretjino in zaokrožil navzdol ter tako odločil, da se pravni osebi [REDACTED] kot primerna sankcija za ugotovljeni prekršek prepozne prijavitve koncentracije v skladu s prvo alinejo prvega odstavka 74. člena ZPOmK-1 v zvezi s tretjim odstavkom 52. člena ZP-1 in 77. členom ZPOmK-1 ter 26. členom ZP-1 odmeri globa v višini 160.000 EUR.

69. Prekrškovni organ je odločil, da se kršiteljici odgovorni osebi pravne osebe [REDACTED] upoštevajo vse zgoraj navedene elemente, ki se nanašajo na težo, naravo in trajanje kršitve, obliko odgovornosti (malomarnost), odsotnost nedopustnega nagiba, iz katerega je bil storjen prekršek, ter olajševalne okoliščine, kot primerna sankcija za ugotovljeni prekršek prepozne prijavitve koncentracije v skladu z drugim odstavkom 74. člena ZPOmK-1 v zvezi s tretjim odstavkom 52. člena ZP-1 in 77. členom ZPOmK-1 ter 26. členom ZP-1 odmeri globa v višini 5.000 EUR, kar predstavlja spodnjo mejo predpisane globe za prekršek prepozne prijavitve koncentracije Agenciji.

VII. STROŠKI POSTOPKA

Kršiteljici morata plačati stroške postopka (prvi odstavek 144. člena v zvezi z drugim odstavkom 58. člena ZP-1), in sicer sodno takso (8. točka prvega odstavka 143. člena ZP-1). Pravilnik o stroških postopka o prekršku⁴⁷ v 3. členu določa, da v hitrem postopku prekrškovni organ določi sodno takso ob smiselni uporabi 8. točke taksne tarife iz Zakona o sodnih taksah⁴⁸ (v

⁴⁷ Uradni list RS, št. 89/08.

⁴⁸ Uradni list RS, št. 37/2008, 97/2010, 29/2013 - skl. US, 21/2013 - ZP-1H, 63/2013, 89/2013 - odl. US, 111/2013 - ZP-11, 40/2014 - skl. US, 58/2014 - odl. US, 72/2014 - skl. US, 19/2015 - odl. US, 30/2016, 10/2017 - ZPP-E, 11/2018 - ZIZ-L, 35/2018 - odl. US

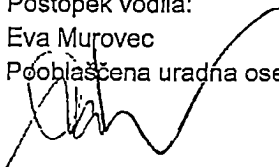
nadaljevanju: ZST-1). Ker znaša sodna taksa po taksni tarifi 8111 ZST-1 10 odstotkov zneska globe, vendar najmanj 40 EUR in največ 10 000 EUR, morata kršiteljici v roku 3 mesecev po pravnomočnosti odločbe o prekršku plačati sodno takso na podračun prekrškovnega organa št 01100-8450082574, sklic 11-16608-7120087-3063217, in sicer kršiteljica pravna oseba v višini 10.000,00 EUR in kršiteljica odgovorna oseba v višini 500 EUR.

70. Globo in stroške postopka morata kršiteljici plačati v roku 3 (treh) mesecev od pravnomočnosti odločbe, lahko pa po poteku roka predlagata plačilo globe in stroškov postopka v obrokih pri organu, pristojnem za prisilno izterjavo (FURS)⁴⁹. Če kršiteljici pravna in odgovorna oseba v določenem roku globe in stroškov postopka ne bosta plačali, se bodo neplačana globa in stroški postopka izterjali prisilno. Če je ne bo mogoče izterjati niti prisilno, se globa, ki je bila izrečena kršiteljici odgovorni osebi, lahko v skladu z zakonom izvršila z nadomestnim zaporom. Če kršiteljica odgovorna oseba zaradi premoženjskega stanja oziroma zmožnosti za plačilo, ki bi bila upravičena do redne brezplačne pravne pomoči po materialnem kriteriju, ki ureja brezplačno pravno pomoč, ne more plačati globe in stroškov postopka v višini najmanj 300 EUR, lahko najpozneje do poteka roka za plačilo vloži pri organu, ki je izdal odločbo, predlog, da se plačilo globe in stroškov postopka nadomesti z delom v splošno korist.

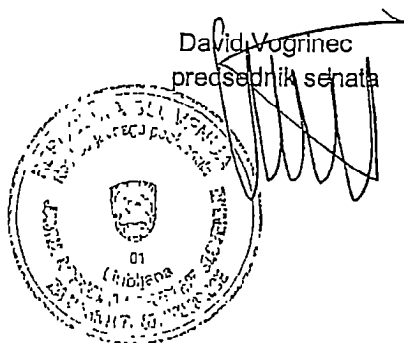
PRAVNI POUK

Zoper odločbo o prekršku lahko vloži zahtevo za sodno varstvo v 8 (osmih) dneh od vročitve odločbe pisno pri Javni agenciji Republike Slovenije za varstvo konkurence, Dunajska cesta 58, 1000 Ljubljana, upravičenec, ki je predhodno napovedal zahtevo. Zahteva se pošlje po pošti ali izroči v 2 (dveh) izvodih neposredno pri prekrškovnemu organu, ki je izdal odločbo in velja za pravočasno, če je oddana zadnji dan roka za vložitev zahteve priporočeno po pošti ali neposredno pri organu.

Postopek vodila:
Eva Murovec
Pooblaščenca uradna oseba



David Vogrinc
predsednik senata



Vročiti:

- [redacted] – osebno po ZUP,
- [redacted] – osebno po ZUP,
- Odvetniška družba Fatur Menard, o.p., d.o.o., Dunajska cesta 22, 1000 Ljubljana – osebno po ZUP.

Vložiti:

- zbirka dokumentarnega gradiva, tu.

⁴⁹ Agencija pojasnjuje, da je v obvestilih z dne 14. 9. 2017 in 22. 9. 2017 kršiteljici napačno poučila o možnosti plačila globe na obroke. Po Zakonu o spremembah in dopolnitvah Zakona o prekrških (ZP-1J) Uradni list RS, št. 32/2016 z dne 3. 5. 2016, ki velja od 6. 11. 2016, lahko po poteku roka za plačilo globe storilec zaprosi za obročno plačilo globe pri organu, pristojnem za prisilno izterjavo, zato predlogu kršiteljice pravne osebe z dne 20. 9. 2017 oziroma predlogu kršiteljic pravne in odgovorne osebe z dne 2. 10. 2017 za plačilo globe v obrokih Agencija ne more ugoditi.