



**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: 3063-2/2018-19, Odl. 8/2019

Datum: 22. 10. 2019

ODLOČBA O PREKRŠKU

Javna agencija Republike Slovenije za varstvo konkurence, Dunajska cesta 58, 1000 Ljubljana (v nadaljevanju: Agencija, prekrškovni organ), je v senatu pod predsedstvom Andreja Matvoza, ob sodelovanju Andreja Praha 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: **AGROKOR d.d.**, s sedežem Marijana Čavića 1, Zagreb, Republika Hrvaška, in kršiteljico odgovorno osebo pravne osebe: [redacted] s prebivališčem [redacted], 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 22. 10. 2019

ODLOČILA:

Kršiteljci:

1. pravna oseba AGROKOR d.d., matična številka: 080020970, s sedežem Marijana Čavića 1, Zagreb, Republika Hrvaška (v nadaljevanju: Agrokor), je odgovorna za prekršek,

ker odgovorna oseba pravne osebe [redacted] pri opravljanju dejavnosti pravne osebe Agrokor, [redacted] pravne osebe Agrokor ter kot tak odgovoren za zakonitost poslovanja pravne osebe, v imenu pravne osebe Agrokor, Agenciji ni priglasil koncentracije podjetij Agrokor AG, c/o RA Peter M. Studer, Baarerstrasse 2, 6300 Zug, Švica (v nadaljevanju Agrokor AG), In Ardeya Global Ltd., Unit No: 3O-01-1280, Jewellery & Gemplex 3, Plot No: DMCC-PH2-J&GPlexS, Jewellery & Gemplex, Dubaj, Združeni arabski emirati (v nadaljevanju Ardeya Global), do 13. 6. 2016, to je najpozneje v roku 30 dni od sklenitve Termínske pogodbe o nakupu delnic (Forward Share Purchase Agreement) z dne 14. 5. 2016 med podjetjema Agrokor AG in podjetjem Alsafi Partners Ltd., Unit No: 3O-01-1280, Jewellery & Gemplex 3, Plot No: DMCC-PH2-J&GPlexS, Jewellery & Gemplex, Dubaj, Združeni arabski emirati (v nadaljevanju Alsafi Partners), na podlagi katere je Agrokor AG pridobil 100 % delež v podjetju Ardeya Global, ki ima v lasti podjetje Costella polnilnica mineralne vode in vod z okusi d.o.o., Fara 30, 1336 Kostel (v nadaljevanju Costella), 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], rojen [REDACTED], [REDACTED], s prebivališčem [REDACTED], je odgovoren za prekršek,

ker [REDACTED] pravne osebe Agrokor ter kot tak odgovoren za zakonitost poslovanja pravne osebe, v imenu pravne osebe Agrokor, Agenciji ni prijavil koncentracije podjetij Agrokor AG in Ardeya Global do 13. 6. 2016, to je najpozneje v roku 30 dni od sklenitve Terminske pogodbe o nakupu delnic (Forward Share Purchase Agreement) z dne 14. 5. 2016 med podjetjema Agrokor AG in podjetjem Alsafi Partners, na podlagi katere je Agrokor AG pridobil 100 % delež v podjetju Ardeya Global, ki ima v lasti podjetje Costella, 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 Agrokor globa v višini 53.900.000 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 11-16608-7120010-3063218.

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 11-16608-7120087-3063218.

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 11-16608-7120087-3063218.

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 Agrokor in odgovorno osebo [REDACTED].

2. Agencija je z obvestilom o prekršku z dne 28. 5. 2019³ pravno osebo Agrokor in odgovorno osebo [REDACTED] obvestila o obravnavanju prekrška zaradi suma storitve prekrška po prvi alineji prvega odstavka 74. člena oziroma po drugem odstavku 74. člena v zvezi s prvo alinejo prvega odstavka 74. člena ZPOmK-1.

3. Z obvestilom o prekršku je Agencija kršiteljici pravno in odgovorno osebo seznanila z njunimi 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. Kršiteljica pravna oseba je v predpisanem roku podala pisno izjavo o dejstvih in okoliščinah prekrška⁴. Odgovorna oseba pa kljub opozorilu v obvestilu izjave ni podala⁵.

4. Dne 24. 9. 2019 je Agencija izdala odločbo o prekršku št. 3063-2/2018-14, ki ne vsebuje obrazložitve. Kršiteljici pravna in odgovorna oseba sta napovedali vložitev zahteve za sodno varstvo⁶.

II. IZJAVA KRŠITELJICE PRAVNE OSEBE

5. Kršiteljica pravna oseba v izjavi pojasnjuje, da ni bila dolžna seznaniti Agencije glede nastanka koncentracije med družbami Agrokor AG in Costella, saj je nadzor nad družbo Ardeya Global pridobilo podjetje Agrokor AG in ne podjetje Agrokor. Slednje pa vsaj od oktobra 2017 (ko se je podjetje Agrokor kot lastnik podjetja Agrokor AG seznanilo z vsemi dejstvi in okoliščinami nakupa podjetja Ardeya Global) ni izvajalo in tudi danes ne izvaja nikakršnega nadzora nad družbo Agrokor AG.

6. Kršiteljica dodaja, da ima obveznost prijave koncentracije družba, ki dejansko pridobi kontrolo, to se pravi podjetje Agrokor AG, ki je pridobilo nadzor nad družbo Ardeya Global, in ne podjetje Agrokor. ZPOmK-1 v petem odstavku 43. člena določa, da mora koncentracijo prijaviti podjetje, ki pridobi kontrolo nad celoto drugega podjetja. To določilo je potrebno tolmačiti v povezavi s tretjim odstavkom 10. člena ZPOmK-1, ki pravi, da kontrolo pridobi podjetje, ki je nosilec pravice oz. podjetje, ki ima stvarno možnost uveljavljanja pravic, ki izhajajo iz pogodbe, čeprav ni nosilec pravic. Nadalje je treba upoštevati drugi odstavek 10. člena ZPOmK-1, po katerem kontrolo nad podjetjem pomenijo pravice, ki omogočajo izvajanje odločilnega vpliva nad tem podjetjem, in sicer zlasti lastništvo oz. pravice, ki zagotavljajo odločilen vpliv na sestavo, glasovanje in sklepe organov podjetja, ter določilo o izračunavanju prometa za potrebe ocenjevanja ekonomskih pogojev za prijavo koncentracije (prvi odstavek 24. člena ZPOmK-1). Pri tolmačenju slednjega je treba upoštevati definicijo »letnega prometa v koncentraciji vključenih podjetij skupaj z drugimi podjetji v skupini« in definicijo »podjetij v skupini«, ki, če se sprejme interpretacijo Agencije, nima nikakršnega smisla. Namreč, če se upošteva razlago Agencije, bi koncentracijo vedno morala

³ Dokument št. 3063-2/2018-7.

⁴ Dokument št. 3063-2/2018-9 oziroma 3063-2/2018-11 (prevod v slovenski jezik).

⁵ Kot izhaja iz vročilnice, je bilo obvestilo o prekršku kršiteljici odgovorni osebi osebno vročeno 7. 6. 2019.

⁶ Dokument št. 3063-2/2018-16 in 3063-2/2018-17.

prijaviti končna prevladujoča družba, kar bi pomenilo, da se njen promet na takšen ali drugačen način vedno vračuna v izračun relevantnega prometa – obe prej navedeni definiciji pa v takšem primeru ne bi imele nikakršnega smisla.

7. Iz navedenega po mnenju kršiteljice izhaja, da mora koncentracijo prijaviti podjetje, ki postane s sklenitvijo ustrezne pogodbe nosilec pravic, kot je to na primer lastnik podjetja, ki mu omogočajo in zagotavljajo odločilen vpliv na sestavo, glasovanje in odločitve organov podjetja. Pri izračunavanju izpolnjenosti ekonomskih pogojev je treba k prometu tega podjetja prišteti tudi promet prevladujočih podjetij, kar dodatno potrjuje, da obveznost prijave ni avtomatična obveznost zaključnega izvršitelja morebitne kontrole, temveč je to obveznost podjetja, ki postane dejanski nosilec pravice. Po mnenju kršiteljice je Agencija ravnala povsem arbitrarno s tem, ko je uvedla postopek zoper podjetje Agrokor, saj le-to ni nikoli postalo nosilec pravic, ki bi mu omogočale in zagotavljale odločujoč vpliv na sestavo, glasovanje in odločitve organov družbe Ardeya Global, temveč je nosilec teh pravic podjetje Agrokor AG.

8. Posledično Agencija obveznost prijave koncentracije neupravičeno širi na osebe oz. družbe, ki niso neposredni nosilci pravic in obveznosti. Še več, če bi bila Agencija pri svoji interpretaciji konsistentna, bi morala postopek sprožiti proti odgovorni osebi pravne osebe, tj. [REDACTED] saj je on tisti, ki je bil v času nakupa podjetja Ardeya Global zaključni nosilec pravic koncerna Agrokor. Agencija je postopek uvedla zoper eno od vmesnih entitet (podjetja Agrokor), ki kontrole ni pridobilo neposredno in niti ni bilo tisto, ki bi imelo v kritičnem obdobju zaključno kontrolo nad koncernom Agrokor, za kar je kot dokaz predložilo organigram podjetja Agrokor, ki dokazuje, da je bil [REDACTED] na dan 13. 6. 2016 [REDACTED] koncerna Agrokor.

9. Kršiteljica nadalje navaja, da Agencija v obvestilu trdi, da je podjetje Agrokor že od leta 2017 vedelo, da je podjetje Agrokor AG pridobilo kontrolo v družbi Ardeya Global, pri čemer se Agencija sklicuje na dokument, ki ga je družba Poslovni sistem Mercator d.d. (v nadaljevanju Mercator) navedla kot vir podatkov o družbah, ki so del koncerna Agrokor. Gre za »Mesečno poročilo o gospodarskem in finančnem stanju ter o izvajanju ukrepov izredne uprave Agrokor«, ki ga je objavilo Gospodarsko sodišče Republike Hrvaške 10. 4. 2017. Kršiteljica pravna oseba ugovarja verodostojnosti navedenemu dokumentu, saj poročilo, ki ga Mercator navaja kot vir podatkov o strukturi koncerna Agrokor, uradno ne obstaja - 10. 4. 2017 namreč tako poročilo ni bilo objavljeno. Nadalje, poročilo za obdobje od 10. 4. 2017 do 10. 5. 2017 ne vsebuje informacije o tem, da bi bila družba Costella del koncerna Agrokor, poleg tega pa te informacije ne vsebuje nobeno do danes objavljeno mesečno poročilo. In tretjič, iz vpogleda v poročila podjetja Mercator o poslih, sklenjenih med večinskim lastnikom podjetja Mercator, družbo Agrokor in podjetjem Costella, izhaja, da je podjetje Mercator uvrstilo podjetje Costella kot del grupacije za obdobje od 9. 8. 2017 do 31. 10. 2017, vendar pa se v poročilu za obdobje od 8. 5. 2017 do 8. 8. 2018 podjetja Costella ne omenja. Iz tega sledi, da iz poročil podjetja Mercator izhajajo različne in drugačne navedbe.

10. Vsa zgoraj navedena dejstva potrjujejo stališče podjetja Agrokor, da z nakupom podjetja Ardeya Global ni bilo seznanjeno vse do oktobra 2017, ko pa je že izgubilo kakršnokoli kontrolo nad družbo Agrokor AG. Med trajanjem postopka izredne uprave je nekdanji direktor podjetja Agrokor AG, tj. dr. [REDACTED], ustno poročal izrednemu skrbniku, da bi podjetje Agrokor AG izvršilo transakcijo nakupa poslovnih deležev družbe Ardeya Global. Kasneje oziroma točno 20. 10. 2017 pa je podjetje Agrokor od novoimenovanega direktorja podjetja Agrokor AG, tj. [REDACTED] prejelo dokumentacijo, da je prišlo do transakcije med podjetjema Agrokor AG in Alsafi Partners.

11. V povezavi s tem kršiteljica dodatno pojasnjuje, da se je 10. 4. 2017 v podjetju Agrokor in v njenih povezanih ter odvisnih družbah v Republiki Hrvaški pričel postopek izredne uprave na

podlagi sklepa Gospodarskega sodišča v Zagrebu St-1138/17. Tedaj je vodenje poslov podjetja Agrokor prevzel [REDACTED], ki je šele po imenovanju novega direktorja podjetja Agrokor AG (kot že prej omenjeno) v oktobru 2017 izvedel okoliščine v zvezi z nakupom družbe Ardeya Global, kar pomeni, da se pred oktobrom 2017 niti ni mogel seznaniti z okoliščinami prevzema.

12. Kršiteljica pravna oseba pojasnjuje, da je [REDACTED] osebno in brez vednosti ostalih pooblaščenih oseb v imenu podjetja Agrokor AG kupil družbo Ardeya Global in očitno ni sporočil, da je pridobil kontrolo nad omenjenim podjetjem, ki ima v lasti tudi podjetje Costella. V slovenskem uradnem registru je kot dejanski lastnik še vedno registriran [REDACTED] iz Abu Dhabija.

13. Skoraj istočasno je podjetje Agrokor AG pripravilo predlog za začetek postopka »composition moratorium«, ki ga je Kantonalno sodišče v Zugu odobrilo 6. 12. 2017 in imenovalo na mesto administratorja oz. upravitelja podjetja [REDACTED]. S tem pa je podjetje Agrokor efektivno izgubilo kontrolo nad družbo Agrokor AG. Kljub dejstvu, da je podjetje Agrokor še vedno 100 % lastnik podjetja Agrokor AG, je z uvedbo moratorija izgubilo vsakršno operativno kontrolo nad podjetjem. Moratorij je bil v novembru 2018 podaljšan, od konca leta 2017 pa podjetje Agrokor nima več dostopa do informacij o poslovanju podjetja Agrokor AG in njegovih hčerinskih podjetij.

14. Ne glede na to, da podjetje Agrokor ne more biti storilec prekrška, ki se mu ga očita, niti se ga ne more šteti za odgovornega za očitani prekršek, v izjavi poudarja, da koncentracija med podjetji Agrokor AG in Ardeya Global ne bi mogla vzbuditi resnega dvoma v skladnost s pravili o varstvu konkurence celo v primeru, če bi se podjetje Agrokor AG štelo kot del skupine Agrokor. Skupina Agrokor je namreč na tržišču vod brez okusa v Republiki Sloveniji prisotna samo z vodo Jamnica in Jana, njun tržni delež pa znaša [REDACTED] %. Če bi upoštevali tudi delež podjetja Costella, ki znaša [REDACTED] %, bi oz. bo tudi po koncentraciji tržni delež združenega podjetja znašal precej manj kot 40 %, torej daleč pod pragom, ki se šteje kot merilo, ali ima podjetje prevladujoč položaj.

15. Skupina Agrokor je na tržišču v Republiki Sloveniji (preko podjetja Mercator) v letu 2018 prodala za več kot [REDACTED] EUR vod (brez vode znamke Costella), celotna prodaja vode znamke Costella, ki jo je skupina ustvarila v letu 2018 prek Mercatorja, pa je znašala [REDACTED] EUR. Prodaja vode znamke Costella znotraj podjetja Mercator predstavlja torej zgolj [REDACTED] % skupne prodaje. Že na podlagi zapisanega sledi, da koncentracija ne more voditi v nikakršno izključevanje pri strankah ali surovinah in da ne more imeti nikakršnih vertikalnih učinkov na konkurenco.

16. Na podlagi zapisanega izhaja, da podjetje Agrokor ni namerno nepriglasilo koncentracije, ker bi smatralo, da le-ta ne bo dovoljena, ampak bi se lahko tako ravnanje štelo zgolj za blago nepazljivost. Poleg tega s tem, ko koncentracija ni bila priglašena, ni nastala nobena škoda in konkurenca ni bila omejena. To potrjuje tudi podatek, da so se leta 2018 prihodki podjetja Costella zmanjšali za 17 %, pri čemer je bila na tržišču stekleničenih vod z okusom in brez okusa zabeležena 3 % rast.

17. Nenazadnje mora Agencija upoštevati tudi dejstvo, da so okoliščine domnevne kršitve bile očitno takšne, da bi opravičevale ravnanja podjetja Agrokor. Slednje je namreč v letih 2016 in 2017 doživljalo velike lastniške in druge spremembe. V začetku leta 2017 je bilo podjetje Agrokor predmet posebnega postopka, saj ga je Republika Hrvaška dala pod izredno upravljanje. Istočasno je dotedanje vodstvo konec leta 2016 oz. v začetku leta 2017 zapustilo Republiko Hrvaško (ali pa vsaj [REDACTED]), zaradi česar normalna tranzicija in primopredaja poslov ni bila možna. Nova izredna uprava se je s posameznimi posli in dejanji iz preteklosti seznanjala postopoma. Ko je izvedela za nakup podjetja Costella, je bil nad podjetjem Agrokor AG že

sprožen postopek pred sodiščem v Zugu v Švici, s čimer je podjetje Agrokor, kot že večkrat poudarjeno, izgubilo efektivno kontrolo in možnost ureditve morebitnega preteklega obstoječega stanja. Pri tem kršiteljica pravna oseba še poudarja, da so se določeni posli že pred imenovanjem izredne uprave izvajali v strogi tajnosti in brez vednosti širšega kroga oseb. Med te posle spada tudi nakup podjetja Costella, saj je po informacijah izredne uprave nakup na lastno pobudo izvedel izključno [REDACTED], ki s poslom ni seznanil tedanjih odgovornih oseb v podjetju Agrokor.

18. Kršiteljica meni, da je podjetje Agrokor ves čas delovalo s ciljem določitve vseh relevantnih dejavnikov, kar izhaja iz dejstva, da je bilo eno prvih dejanj, ki se jih je lotil administrator podjetja Agrokor AG ([REDACTED]), vzpostavitev kontakta z družbama Alsafi Partners in Ardeya Global ter njihovim agentom [REDACTED], ki ga je seznanil, da je prišlo pri registraciji transakcije nakupa družbe Ardeya Global do napake, in sicer je bilo podjetje Agrokor AG namesto kot lastnik podjetja Ardeya Global vpisano kot lastnik podjetja Alsafi Partners. Šele v začetku meseca septembra 2018 je pravnemu svetovalcu iz Združenih arabskih emiratov uspelo pridobiti vsa potrebna pooblastila za prevzem upravljalškega nadzora nad družbo Costella, pri čemer je šele 7. 9. 2018 podjetje Agrokor AG uspelo v Slovenski register imenovati in vpisati novega direktorja družbe, formalni prenos lastništva družbe Ardeya Global pa je bil realiziran šele 16. 10. 2018. Na podlagi zapisanega sledi, da je kontrolo nad družbo Costella podjetje Agrokor AG (ki je od 6. 12. 2017 v postopku »composition moratorium« in ni pod kontrolo podjetja Agrokor) pridobilo šele 16. 10. 2018 oz. če gledamo od trenutka uspešne menjave direktorja družbe 7. 9. 2018.

III. DEJANSKO STANJE

19. Prekrškovni organ je svojo odločitev sprejel na podlagi izjave kršiteljice pravne osebe⁷, vpogleda v upravno zadevo Agencije, ki se vodi pod opr. št. 3061-40/2018⁸, ter ostale spisovne dokumentacije.

20. Iz upravnega spisa in dokumentov, ki jih je Agencija prejela od podjetja Agrokor⁹, izhaja, da je bilo podjetje Ardeya Global, ustanovljeno s strani podjetja Alsafi Partners z namenom zagotovitve sredstev za nakup podjetja Costella. Podjetje Ardeya Global je 4. 3. 2016 kupilo 100 % delež podjetja Costella in izvedlo uspešno finančno prestrukturiranje podjetja Costella s tem, da je vanj vložilo kapital, zagotovilo njegovo likvidnost ter poravnalo obveznosti do lizinskih družb in državnih institucij¹⁰.

21. Podjetje Alsafi Partners je kmalu po pridobitvi podjetja Costella, to je 14. 5. 2016, sklenilo »Forward Share Purchase Agreement« (v nadaljevanju: Terminsko pogodbo o nakupu delnic¹¹) s podjetjem Agrokor AG (ki je del Skupine Agrokor), na podlagi katerega je slednjemu prodalo 100 % delež podjetja Ardeya Global, ki ima v lasti tudi podjetje Costella. Podjetji Alsafi Partners in Agrokor AG sta kasneje sprejeli še »First amendment to the forward share purchase agreement« (Prvi predlog spremembe terminske pogodbe o nakupu delnic¹²), v katerem sta spremenili dogovor o nakupni ceni podjetja Ardeya Global. Podjetji sta 21. 2. 2017 podpisali »Annex 2 to forward share purchase agreement« (Aneks 2 k terminski pogodbi o nakupu delnic¹³), v katerem sta ponovno določili prodajno ceno podjetja Ardeya Global. Sledil je podpis »Closing memorandum to the forward share purchase agreement« (Zaključni dogovor terminske

⁷ Dokument opr.št. 3063-2/2018-9 oz. 3063-2/2018-11.

⁸ Določene dokumente upravnega spisa je prekrškovni organ vložil v spis tega prekrškovnega postopka (priloga dokumenta opr. št. 3063-2/2017-2).

⁹ Priloga dokumenta št. 3063-2/2018-6.

¹⁰ Priloga dokumenta št. 3063-2/2018-6 »Forward Share Purchase Agreement«, str. 5.

¹¹ Terminska pogodba o nakupu delnic je priloga dokumenta št. 3063-2/2018-6.

¹² Prvi predlog spremembe terminske pogodbe o nakupu delnic je priloga dokumenta št. 3063-2/2018-6.

¹³ Aneks 2 k terminski pogodbi o nakupu delnic je priloga dokumenta št. 3063-2/2018-6.

pogodbe o nakupu delnic¹⁴) 8. 3. 2017, v katerem podjetji potrjujeta, da so izpolnjene vse zahteve v navedenih dokumentih ter »Share purchase agreement (Pogodbo o nakupu delnic¹⁵), ki podrobno definira točko 7.1.2. Terminalske pogodbe o nakupu delnic. Dogovor potrjuje, da je prodajalec registriran lastnik 100.000 navadnih delnic podjetja Ardeya Global, kar pomeni, da je 100 % lastnik tega podjetja in da ima podjetje Ardeya Global 100 % kapitalsko udeležbo v podjetju Costella, ter da bo 100.000 navadnih delnic podjetja Ardeya Global preneseno na podjetje Agrokor AG (ki je odvisno podjetje koncerna Agrokor).

22. Glede na navedeno je mogoče ugotoviti, da prva transakcija nakupa podjetja Costella s strani podjetja Ardeya Global ne predstavlja koncentracije zaradi neizpolnjenega elementa trajnosti spremembe kontrole nad podjetjem, kot ga določa prvi odstavek 10. člena ZPOmK-1. Podjetje Alsafi Partners je podjetje Ardeya Global (skupaj s podjetjem Costella) namreč prodalo podjetju Agrokor AG dobra dva meseca po tem, ko je podjetje Ardeya Global kupilo 100 % lastniški delež podjetja Costella.

23. V predmetni zadevi je koncentracija podjetij nastala na podlagi sklenjene Terminalske pogodbe o nakupu delnic 14. 5. 2016 med podjetjem Alsafi Partners in Agrokor AG, v kateri sta se podjetji sporazumeli o bistvenih sestavinah pogodbe (to sta cena in opredelitev podjetja, ki se prodaja). Iz pogodbe tudi izhaja, da je nakupna cena sestavljena iz dveh delov; prvi del predstavlja trenutno vrednost podjetja Costella, drugi del cene pa je odvisen od poslovne uspešnosti podjetja v vmesnem obdobju in bo opredeljen v Pogodbi o nakupu delnic. Na tej podlagi je torej podjetje Agrokor AG pridobilo 100 % lastniški delež podjetja Ardeya Global in posredno 100 % lastniški delež podjetja Costella (ki ustvarja prihodke na slovenskem trgu), s čimer lahko izvaja izključno kontrolo nad prevzetima podjetjema.

24. Podjetje Agrokor AG s sedežem v Švici je podjetje v 100 % lasti podjetja Agrokor, kar je razvidno iz seznama odvisnih družb podjetja Agrokor, ki ga je slednje predložilo v postopku presoje koncentracije podjetij Agrokor in Mercator¹⁶. Navedeno izhaja tudi iz »Settlement Plan Implementation of Agrokor Group creditors«, objavljenega na spletni strani podjetja Agrokor 28. 2. 2019¹⁷, ki na 3. strani poročila med podjetji, ki spadajo pod tujo jurisdikcijo, a so hkrati del Skupine Agrokor, navaja tako podjetje Agrokor AG kot podjetje Costella.

25. Agencija je v upravnem postopku na podlagi navedenih dokazov ugotovila, da je bilo za priglasitev koncentracije podjetij Agrokor AG in Ardeya Global odgovorno podjetje Agrokor, ki je posredno pridobilo izključno kontrolo nad podjetjem Ardeya Global in podjetjem Costella, ki deluje na slovenskem trgu. Obveznost priglasitve koncentracije Agenciji je nastopila v 30 dneh od podpisa Terminalske pogodbe o nakupu delnic 14. 5. 2016.

26. Takšna pridobitev kontrole nad podjetjem namreč pomeni koncentracijo v smislu druge alineje prvega odstavka 10. člena ZPOmK-1, ki določa, da gre za koncentracijo pri trajnejših spremembah kontrole nad podjetjem, in sicer ko eno ali več podjetij bodisi z nakupom vrednostnih papirjev ali premoženja, s pogodbo ali kako drugače pridobi neposredno ali posredno kontrolo nad celoto ali deli enega ali več podjetij.

27. Nastanek koncentracije v smislu prvega odstavka 10. člena ZPOmK-1 pomeni t. i. pravni pogoji, ki je poleg izpolnjevanja ekonomskega pogoja, določenega v prvem odstavku 42. člena

¹⁴ Zaključni dogovor terminalske pogodbe o nakupu delnic je priloga dokumenta št. 3063-2/2018-6.

¹⁵ Pogodba o nakupu delnic je priloga dokumenta št. 3063-2/2018-6.

¹⁶ Priloga 9 priglasitve koncentracije podjetij Agrokor in Mercator št. 306-64/2013-1 z dne 12. 7. 2013 je priloga dokumenta št. 3063-2/2018-6.

¹⁷ <http://nagodba.agrokor.hr/wp-content/uploads/2019/02/Settlement-Plan-steps-until-ICD.pdf>

ZPOmK-1, nujni opredelilni element koncentracije. Če sta izpolnjena oba pogoja, nastane obveznost priglasitve koncentracije Agenciji in presoje po ZPOmK-1.

28. ZPOmK-1 v prvem odstavku 42. člena določa, v katerih primerih morajo udeleženci koncentracije le-to priglasiti Agenciji. Priglasitev je tako 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 eurov in je letni promet prevzetega podjetja skupaj z drugimi podjetji v skupini v predhodnem poslovnem letu na trgu Republike Slovenije presegel 1 milijon eurov 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 eurov.

29. Agencija je iz podatkov, objavljenih na spletni strani AJPES, in iz baze podatkov GVIN ugotovila, da je v primeru presoje pridobitve kontrole podjetja Agrokor AG nad podjetjem Ardeya Global skupni letni promet v transakciji udeleženih podjetij skupaj z drugimi podjetji v skupini v predhodnem poslovnem letu na trgu Republike Slovenije znašal več kot 35 milijonov eurov, saj je samo letni promet enega od podjetij v skupini Agrokor, to je podjetja Mercator, v letu 2015 znašal 1.403.504.000 EUR¹⁸, in da je letni promet prevzetega podjetja Costella na trgu Republike Slovenije v letu 2015 znašal 1.333.860 EUR¹⁹, s čimer je presežen prag letnega prometa, določen v prvi alineji prvega odstavka 42. člena ZPOmK-1, ter hkrati prag letnega prometa, določen v drugi alineji prvega odstavka 42. člena ZPOmK-1.

30. Glede na to, da kljub izpolnjenim pogojem koncentracija ni bila priglašena Agenciji, je slednja 8. 11. 2018²⁰ pozvala podjetje Agrokor, naj čim prej priglasijo koncentracijo, najpozneje pa v roku 30 dni od dneva prejema poziva na »obrazcu za priglasitev koncentracije podjetij«. Agencija je podjetje Agrokor še opozorila, da trajnejša sprememba kontrole nad posameznim podjetjem lahko pomeni nastanek koncentracije (pravni pogoj), ki jo je ob izpolnjevanju ekonomskih pogojev treba priglasiti Agenciji, ter da poda ustrezno utemeljitev in dokazila, v kolikor meni, da pogoja za obveznost priglasitve koncentracije nista izpolnjena.

31. Agencija je 13. 12. 2018 prejela odgovor podjetja Agrokor²¹, da ne smatra podjetja Costella kot podjetje pod njegovo kontrolo. Dne 10. 4. 2017²² je bil namreč sprožen postopek izredne uprave nad podjetjem Agrokor in njegovimi povezanimi družbami pri Gospodarskem sodišču v Zagrebu, ki se vodi pod opr. št. St-1138/17. S tem, ko je bil sprožen postopek izredne uprave, pa je upravljanje podjetja Agrokor prevzel izredni član uprave. Podjetje Agrokor je sicer še navedlo, da je v tem času bivši direktor podjetja Agrokor AG, [REDACTED] ustno obvestil izrednega člana uprave podjetja Agrokor o nameri podjetja Agrokor AG, da bi izvedel nakup poslovnih deležev podjetja Costella. Dne 20. 10. 2017 je podjetje Agrokor od novolimenovanega direktorja podjetja Agrokor AG, [REDACTED], prejelo dokumentacijo, iz katere naj bi bilo razvidno, da je prišlo do transakcije med podjetjema Agrokor AG in Alsafi Partners.

32. Podjetje Agrokor je v odgovoru še pojasnilo, da bi koncentracijo moralo priglasiti podjetje Agrokor AG, nad katerim pa je bil decembra 2017 uveden postopek moratorija in za upravnika podjetja Agrokor AG imenovan [REDACTED], zaradi česar operativni nadzor nad podjetjem

¹⁸ Vir: Baza AJPES; Letno poročilo 2015 Mercator.

¹⁹ Vir: Baza AJPES https://www.ajpes.si/jolp/podjetje.asp?maticna=1433792000&id_prikaza=2&id=3901003#porocilo

²⁰ Dokument št. 3061-40/2018-7

²¹ Odgovor podjetja Agrokor je priložila dokumenta št. 3063-2/2018-6.

²² Rok za priglasitev koncentracije podjetij Agrokor AG in Ardeya Global je začel teči s 14. 5. 2016, to se pravi preden je bil uveden postopek izredne uprave nad podjetjem Agrokor.

Agrokor AG podjetju Agrokor ne bi bil zagotovljen. Moratorij, ki je bil uveden za eno leto, se je z odločbo podaljšal²³.

33. Na podlagi pridobljene dokumentacije je Agencija zaključila, da je bilo podjetje Agrokor seznanjeno tako z namero nakupa podjetja Costella, kot tudi z dejstvom, da je prišlo do nakupa tega podjetja. Podjetje Agrokor je štelo podjetje Costella kot del Skupine Agrokor, kar je razvidno iz posodobljenega seznama podjetij Skupine Agrokor, ki naj bi ga iz kabineta izrednega pooblaščenca Skupine Agrokor (že) 30. 8. 2017 posredovali podjetju Mercator in v katerem je kot odvisno podjetje podjetja Agrokor navedeno podjetje Costella. Navedeno je razvidno iz dopisa podjetja Mercator z dne 24. 10. 2018²⁴. Podjetje Costella je bilo potem kot del Skupine Agrokor obravnavano v vseh nadaljnjih trimesečnih poročilih podjetja Mercator²⁵.

34. Ker pravna oseba Agrokor kljub pozivu Agencije ni priglasila koncentracije podjetij Agrokor AG in Ardeya Globa, je Agencija s sklepom 3061-40/2018-10 z dne 9. 4. 2019 zoper podjetje Agrokor uvedla postopek presoje skladnosti koncentracij po uradni dolžnosti.

35. Na podlagi zgoraj navedenih ugotovitev iz nadzornega postopka je Agencija uvedla postopek o prekršku, v katerem je zaključila, da je s 14. 5. 2016, ko sta podjetji Alsafi Partners in Agrokor AG sklenili Terminsko pogodbo o nakupu delnic, v kateri sta se podjetji sporazumeli o bistvenih sestavinah pogodbe (to sta cena in opredelitev podjetja, ki se prodaja), v skladu s prvim odstavkom 43. člena ZPOmK-1 začel teči rok za priglasitev koncentracije podjetij Agrokor AG in Ardeya Global. Navedenega dne je namreč podjetje Agrokor, kot 100 % lastnik podjetja Agrokor AG, pridobilo možnost izvajanja kontrole in odločilnega vpliva nad podjetjem Ardeya Global, ki ima v lasti podjetje Costella.

36. 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 pa začne teči s prvim od teh dogodkov. Kot to določa peti odstavek 43. člena ZPOmK-1, mora koncentracijo priglasiti oseba ali podjetje, ki pridobi kontrolo nad celoto ali deli enega ali več podjetij.

37. Ker odgovorna oseba pravne osebe do 13. 6. 2016 (torej v 30 dneh od sklenitve zgoraj navedene pogodbe) ni priglasila koncentracije, je pravna oseba Agrokor 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 KRŠITELJICE PRAVNE OSEBE, PODANE V IZJAVI

38. Kot je Agencija pojasnila že zgoraj, je treba koncentracijo priglasiti, če sta izpolnjena pravni in ekonomski pogoji, 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.

39. Sklenitev pogodbe je največkrat tisti dogodek, od katerega začne teči rok za priglasitev. Pravno relevantne so tako pogodba o pripojitvi, pogodba o oddelitvi in prevzemu ter druge pogodbe, ki so predmet statusnih preoblikovanj, podjetniške pogodbe (pogodba o obvladovanju, pogodba o zakupu obrata), delničarski oziroma družbeniški sporazumi, pogodbe o pridobitvi oziroma odsvojitvi poslovnih deležev in podobno. Pri tem velja opozoriti, da je za presojo

²³ Slednje je razvidno tudi iz izpisa iz poslovnega registra za podjetje Agrokor AG, ki je priloga dokumenta št. 3063-2/2018-6.

²⁴ Dokument št. 3063-2/2018-4.

²⁵ Poročila so dostopna na spletni strani. <https://www.mercatorgroup.si/sl/za-vlagatelje/porocila/izredna-porocila/>.

pravočasnosti priglasitve koncentracije pravno pomemben trenutek sklenitve pogodbe, in ne veljavnost pogodbe, izvršitev pogodbe ali katerikoli drug moment²⁶. Da je pravno pomemben trenutek sklenitve pogodbe, in ne veljavnost pogodbe, izvršitev pogodbe ali katerikoli drugi moment jasno izhaja tudi iz sodne prakse. Vrhovno sodišče RS je tako v sodbi IV Ips 32/2007 z dne 15. 4. 2008 navedlo, da je v skladu s 15. členom Obligacijskega zakonika²⁷ (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 podatkov, na podlagi katerih bi jo bilo mogoče določiti (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 kršiteljica pravna oseba ne zatrjuje. 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.

40. Agencija zato ne more slediti trditvam kršiteljice pravne osebe, da je prišlo do koncentracije oz. pridobitve kontrole s 16. 10. 2018 (ko je bilo vpisano lastništvo v Slovenski poslovni register) oz. 7. 9. 2018 (ko je prišlo do menjave direktorja). Slednje namreč predstavlja že izvrševanje koncentracije, ki pa je pred izdajo odločbe o skladnosti koncentracije s pravili konkurence oz. brez pridobitve predhodnega dovoljenja Agencije prepovedano, saj je kršitev prvega odstavka 44. člena ZPOmK-1 opredeljena kot prekršek po 2. alineji prvega odstavka 74. člena ZPOmK-1.

41. Nadalje, 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.

42. 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). Tretji odstavek istega člena pa nadaljuje, da kontrolo pridobijo osebe ali podjetja, ki so: (i) nosilci pravic ali so upravičeni do njih na podlagi pogodb; ali (ii) imajo dejansko možnost uveljavljanja pravic, ki izhajajo iz pogodb, čeprav niso nosilci pravic ali upravičenci do njih na podlagi pogodb.

43. Podobno določa tudi Uredba Sveta (ES) št. 139/2004 z dne 20. 1. 2004 o nadzoru koncentracij podjetij (v nadaljevanju: Uredba ES o združitvah)²⁸ v 3. členu, ki opredeljuje nastanek koncentracije.

²⁶ Bratina T in Mitlić A, Kdaj priglasiti, to je zdaj vprašanje, Pravna praksa, 2012, št. 9, str. 22.

²⁷ Uradni list RS, št. 83/2001, 32/2004, 28/2006 - odl. US, 40/2007, 64/2016 - odl. US, 20/2018.

²⁸ Uradni list L 024, 29/01/2004 str. 0001 - 0022.

44. Agencija pri svojem delu torej sledi praksi Evropske Komisije²⁹ in v primerih, ko presoja koncentracije pridobitve posredne kontrole prek odvisnih podjetij, obravnava tako matično kot hčerinsko družbo in ne samo podjetji, ki se neposredno združujeta³⁰. Dejansko priglasitev lahko sicer izvrši zadevno odvisno podjetje ali njegova matična družba³¹, vendar je odgovornost za prekršek, ki izvira iz kršitve določb o (pravočasni) priglasitvi koncentracije na matični družbi, kot bo pojasnjeno v nadaljevanju.

45. Za konkurenčnopravno razumevanje pojma podjetja je treba torej upoštevati t. i. doktrino ekonomske celote (*single economic entity*). Po tej doktrini poenostavljeno povedano eno podjetje pomenijo vse družbe oziroma deli družbe, ki niso ekonomsko samostojni, temveč so podrejeni eni družbi, ne glede na pravno formalno organiziranost. Pojem podjetja v konkurenčnem pravu je torej ekonomska in ne pravna enota. To izhaja tudi iz ustaljene evropske in nacionalne sodne prakse.

46. Ravnanje hčerinske družbe se torej lahko pripiše matični družbi, ker – čeprav je ločena pravna oseba – ta hčerinska družba o svojem ravnanju na trgu ne odloča samostojno, ampak večinoma ravna v skladu z navodili matične družbe³², zlasti glede gospodarskih, organizacijskih in pravnih povezav, ki povezujejo pravni enoti. Dejstvo, da matična družba in njena hčerinska družba tvorita eno samo podjetje (Komisiji) omogoča, da odločbo, s katero nalaga plačilo glob, naslovi na matično družbo, ne da bi bilo treba dokazati osebno vpletenost zadnje ob tej kršitvi. V teh okoliščinah za domnevo, da matična družba odločilno vpliva na poslovno politiko hčerinske družbe, zadostuje, da Komisija dokaže, da je ves kapital hčerinske družbe v lasti matične družbe³³. S tem se zagotavlja učinkovito varstvo konkurence, tako da se kršiteljicam (pravnim osebam) preprečuje, da bi se izognile odgovornosti za prekršek izključno zaradi svoje pravne oblike.

47. Evropski sodni praksi je sledilo tudi Upravno sodišče Republike Slovenije, ki je že večkrat ugotovilo³⁴, da so podjetja, ki pripadajo isti skupini podjetij sicer pravno samostojna, niso pa tudi ekonomsko samostojna ter se posledično skupaj z družbo materjo štejejo za en subjekt (*single economic entity*) oziroma povedano drugače, pojem podjetja je treba razumeti, kot da označuje gospodarsko enoto, čeprav s pravnega vidika to gospodarsko enoto sestavlja več fizičnih ali pravnih oseb. V primeru, da ima matična družba v lasti 100 % kapitala svoje hčerinske družbe (kot velja tudi v dotičnem primeru), velja domneva, da matična družba odločilno vpliva na ravnanje hčerinske družbe.

48. Poleg tega je Agencija s tem, ko je kršiteljico pravno osebo v obvestilu seznanila, da se namerava opreti na to domnevo (*single economic entity*), podjetju Agrokor dala možnost, da glede tega zavzame stališče in ji predloži vsakršno listino v podporo svojemu položaju (to je dokaze, da

²⁹ Primerjaj z zadevo COMP/M.4048 - SONAE INDUSTRIA / TARKETT / JV z dne 12. 6. 2006.

³⁰ Glej npr. odločbe Agencije o koncentracijah podjetij ADVENTURA holding, d.d. in AVTOBUSNI PREVOZI RIŽANA d.o.o. (http://www.varstvo-konkurence.si/fileadmin/varstvo-konkurence.si/pageuploads/informacija_javnega_znacaja/Odlocba_3061-26-2017-25.pdf), ADVENTURA holding, d.d. in STAL d.o.o. (http://www.varstvo-konkurence.si/fileadmin/varstvo-konkurence.si/pageuploads/informacija_javnega_znacaja/Odlocba_3061-20-2017-17.pdf) ter Heineken International B.V. in Plivovarna Laško, d.d. (http://www.varstvo-konkurence.si/fileadmin/varstvo-konkurence.si/pageuploads/informacija_javnega_znacaja/Odlocba_3061-7-2015-110.pdf).

³¹ Prečiščeno obvestilo Komisije o pravni obstojnosti v okviru Uredbe Sveta (ES) št. 139/2004 o nadzoru koncentracij podjetij, OJ C 95, 16.4.2008, p. 1–48.

³² Glej sodbi Imperial Chemical Industries proti Komisiji, točki 132 in 133, in Geigy proti Komisiji, točka 44, sodbo z dne 21. 2. 1973 v zadevi Europemballage In Continental Can proti Komisiji, 6/72, Recueil, str. 215, točka 15, in sodbo Stora, točka 26.

³³ Zadeva C-97/08 P Akzo Nobel NV in drugi proti Komisiji Evropskih skupnosti, par. 58 do 65.

³⁴ Primerjaj s sodbo I U 306/2015 in I U 215/2015 z dne 5. 1. 2016.

ne tvorita gospodarske enote), saj bi podjetje moralo imeti informacije v zvezi s svojim notranjim delovanjem, česar pa podjetje Agrokor ni storilo³⁵.

49. Podjetje Agrokor je zgolj pavšalno navedlo, da ne izvaja odločilnega vpliva nad podjetjem Agrokor AG (od uvedbe postopka moratorija), pri čemer pa Agencija pojasnjuje, da iz Obvestila komisije o nadzoru koncentracij izhaja, da je nadzor v členu 3(2) Uredbe o združitvah³⁶ opredeljen kot možnost izvajanja odločilnega vpliva na podjetje. Zato ni treba dokazati, da se odločilni vpliv dejansko izvaja oziroma da se bo dejansko izvajal. Vendar pa mora biti na voljo možnost izvajanja tega pritiska³⁷. To se pravi, da se nadzor definira kot možnost izvrševanja odločilnega vpliva na podjetje in bi torej taka možnost izvrševanja odločilnega vpliva morala zadoščati za obstoj enega podjetja oziroma ekonomske celote³⁸. Tudi kadar matična družba odločilnega vpliva na ravnanje hčerinske družbe dejansko ne izvršuje, je »svoboda« ravnanja hčerinske družbe vseeno podrejena temu, da matična družba njeno ravnanje odobrava – kar se lahko v vsakem trenutku spremeni. Svoboda hčerinske družbe torej ni resnična

50. Da zgoraj napisano drži, Agencija zaključuje tudi na podlagi dejstva, da je bil 23. 7. 2018 za direktorja podjetja Costella d.o.o. imenovan [REDAKTIRANO] namesto dotedanjega zakonitega zastopnika podjetja Costella d.o.o. (direktorja [REDAKTIRANO]). [REDAKTIRANO] je od 1. 10. 2016 dalje direktor podjetja Jamnica mineralna voda d.o.o., ki je bilo dne 1. 4. 2019 preneseno na skupino Fortenova grupa dioničko društvo za upravljanje³⁹, pred tem pa je bilo v 100 % lasti podjetja Jamnica dioničko društvo za proizvodnjo mineralnih voda, ki je bilo del skupine Agrokor. Imenovanje [REDAKTIRANO] za direktorja podjetja Costella je torej nedvomno dokaz, ki kaže na to, da navedbe podjetja Agrokor ne držijo in da je prišlo do dejanskega izvrševanja odločilnega vpliva nad podjetjem, saj je bila za direktorja podjetja Costella imenovana oseba, ki je hkrati direktor podjetja Jamnica mineralna voda d.o.o., ki je (bila) del koncerna Agrokor ter katerega dejavnost se horizontalno pokriva z dejavnostjo podjetja Costella⁴⁰.

51. Nenazadnje pa je tudi sama kršiteljica pravna oseba priznala, da je bila tudi po uvedbi izredne uprave seznanjena z delovanjem hčerinske družbe Agrokor AG. V odgovoru z 13. 12. 2018 je namreč sama navedla, da je bivši direktor podjetja Agrokor AG, [REDAKTIRANO], ustno obvestil izrednega člana uprave Agrokorja o nameri Agrokorja AG, da bi izvedel nakup poslovnih deležev podjetja Costella. V izjavi z dne 11. 6. 2019 pa je ponovno navedla, da je 20. 10. 2017 podjetje Agrokor od novoimenovanega direktorja podjetja Agrokor AG, [REDAKTIRANO], prejelo celo dokumentacijo, iz katere naj bi bilo razvidno, da je prišlo do transakcije med podjetjema Agrokor AG (kupec) in Alsafi Partners (prodajalec). Kršiteljica kljub seznanitvi koncentracije ni prijavila.

52. Navedbe kršiteljice pravne osebe v izjavi so si torej nasprotujoče. Po eni strani navaja, da nima vpliva nad družbo Agrokor AG, po drugi strani pa naj bi s strani [REDAKTIRANO] prejela dokumentacijo o nakupu podjetja Ardeya Global in za direktorja podjetja Costella imenovala osebo, ki opravlja direktorsko funkcijo v eni izmed (bivših) odvisnih družb kršiteljice pravne osebe ter nenazadnje, naj bi si sama prizadevala določiti vse relevantne dejavnike, saj je bilo eno prvih dejanj upravitelja družbe Agrokor AG odpraviti napake pri vpisu lastništva podjetja Ardeya Global.

53. Tudi v primeru, da bi podjetje Agrokor dokazalo, da nima vpliva nad družbo Agrokor AG po uvedbi moratorija s strani sodišča v Zugu, pa to v dotičnem primeru niti ni upoštevno, saj bi morala

³⁵ Primerjaj z zadevo C-97/08 P Akzo Nobel NV in drugi proti Komisiji Evropskih skupnosti, par. 52

³⁶ Enako določa tudi ZPOmK-1 v drugem in tretjem odstavku 10. člena.

³⁷ Odstavek 16 Obvestila komisije.

³⁸ Repas, Konkurenčno pravo v teoriji in praksi, Uradni list RS, Ljubljana 2010, str. 145

³⁹ Fortenova grupa dioničko društvo za upravljanje je prevzela t. i. »zdravi del« podjetja Agrokor.

⁴⁰ Glavna dejavnost podjetja Costella je proizvodnja brezalkoholnih pijač, mineralnih in drugih stekleničenih vod, glavna dejavnost podjetja Jamnica mineralnih voda d.o.o. pa je trg na debelo s pijačami.

priglasiti koncentracijo najpozneje do 13. 6. 2016, to se pravi tako pred uvedbo izredne uprave nad podjetjem Agrokor kot pred uvedbo moratorija nad podjetjem Agrokor AG.

54. Glede ugovora kršiteljice, da Agencija svoje odločitve ne more opreti na poročilo podjetja Mercator oziroma na dokumente, ki jih je podjetje Mercator predložilo Agenciji, prekrškovni organ pojasnjuje, da ZP-1 v prvem odstavku 55. člena določa, da prekrškovni organ po uradni dolžnosti ugotovi tista dejstva in zbere tiste dokaze, ki so potrebni za odločitev o prekršku. Pri tem teorija⁴¹ ugotavlja, da lahko prekrškovni organ za svojo odločitev uporabi vsa dejstva in dokaze, ugotovljene pri odkrivanju prekrška v nadzornem (upravnem) postopku, ki ga vodi po posebnem, področnem (npr. ZPOMK-1) ali splošnem upravnem postopku (razen tistih za katere velja zakonska ali ustavna dokazna prepoved), in z najširšo možno prosto presojo dokazov. Tudi Ustavno sodišče Republike Slovenije je reklo, da sta postopek nadzora in prekrškovni postopek po ZPOMK-1 sicer formalnopravno ločena postopka. Vendar ju vodi isti organ (Agencija), nanašata se na ista dejanska stanja, dokazi, pridobljeni v preiskovalnem postopku, ki je faza postopka nadzora, pa se bodo redno in pričakovano uporabljali tudi v prekrškovnem postopku⁴².

55. V postopku presoje koncentracije se na podlagi drugega odstavka 15. člena ZPOMK-1 subsidiarno uporablja Zakon o splošnem upravnem postopku⁴³ (v nadaljevanju: ZUP). ZUP v 10. členu določa prosto presojo dokazov. Nadalje drugi odstavek 164. člena ZUP določa, da se kot dokaz uporabi vse, kar je primerno za ugotavljanje stanja zadeve in kar ustreza posameznemu primeru, zlasti pa listine, priče, izjave strank, izvedence in ogleda.

56. Agencija nima razloga, da bi dvomila v verodostojnost dokumenta, posredovanega s strani podjetja Mercator. Omenjeno dejstvo - da podjetji Agrokor AG in Costella spadata v skupino Agrokor, izhaja tudi iz »Settlement Plan Implementation of Agrokor Group creditors«, objavljenega na spletni strani podjetja Agrokor⁴⁴. Da je podjetje Agrokor AG s sedežem v Švici odvisna družba podjetja Agrokor, je nenazadnje razvidno tudi iz seznama, ki ga je slednje predložilo v postopku presoje koncentracije podjetij Agrokor in Mercator⁴⁵, kot je Agencija pojasnila že v obvestilu o prekršku. Dopis podjetja Mercator je tako le dodatni indic, ki potrjuje ugotovitve Agencije.

57. Kot že zgoraj pojasnjeno, glede na to, da je podjetje Agrokor 100 % lastnik podjetja Agrokor AG ter iz različnih dokumentov izhaja, da sta podjetji Agrokor AG in Costella del skupine Agrokor, posledično velja domneva, da matična družba odločilno vpliva na poslovanje hčerinske družbe. Te domneve pa podjetje Agrokor, na katerem je dokazno breme, da takšno domnevo izpodbije, ni izpodbilo, zato Agencija nima razloga, da bi sledila trditvam pravne osebe in prišla do drugečnega zaključka.

58. Od 14. 5. 2016 je torej v skladu s prvim odstavkom 43. člena ZPOMK-1 začel teči rok za priglasitev koncentracije podjetij Agrokor AG in Ardeya Global, vendar odgovorna oseba pravne osebe [redacted] v imenu pravne osebe Agrokor do 13. 6. 2016 tega ni storila. To ni bilo storjeno niti na poziv Agencije z dne 8. 11. 2018, zato je bil 9. 4. 2019 uveden postopek presoje koncentracije po uradni dolžnosti. Posledično je Agencija uvedla postopek o prekršku zoper odgovorno osebo [redacted] ter pravno osebo, ki po prvem odstavku 14. člena ZP-1 v skladu s pravilom o pridružitveni (akcesorni) odgovornosti odgovarja za prekršek, ki ga stori (neposredni) storilec.

⁴¹ Zakon prekrških (ZP-1) s komentarjem, Lexpera GV Založba, Ljubljana 2018, str. 320

⁴² Odločba Ustavnega sodišča RS opr št. U-I-40/12-31 z dne 11. 4. 2013, 37. odstavek.

⁴³ Uradni list RS, št. 24/06 – uradno prečiščeno besedilo, 105/06 – ZUS-1, 126/07, 65/08, 8/10 in 82/13.

⁴⁴ <https://nagodba.agrokor.hr/en/interim-creditors-council-agrokor-d-d-decide-fortenova-group-become-operative-april-1st-2019/> oz. <https://nagodba.agrokor.hr/wp-content/uploads/2019/02/Settlement-Plan-steps-until-ICD.pdf>.

⁴⁵ Priloga uradnega zaznamka št. 3063-2/2018-6.

V. ODGOVORNOST KRŠITELJIC ZA PREKRŠEK

59. 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 samoupravnega 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 samoupravnega lokalne skupnosti.

60. Na podlagi zapisanega izhaja, da pravna oseba sama torej ni oziroma ne more biti storilka prekrška, ampak je spoznana za odgovorno za prekršek, ki ga je izvršila druga oseba (storilec), ki je po naravi stvari lahko le fizična oseba. Govorimo o t. i. pridružitveni (akcesorni) odgovornosti, ki je eden izmed temeljnih elementov odgovornosti pravne osebe za prekršek poleg pogojev iz prvega odstavka 14. člena ZP-1⁴⁶.

61. Iz rednega izpisa iz sodnega/poslovnega registra za kršiteljico pravno osebo Agrokor izhaja, da je v času, ko je nastopila obveznost priglasitve koncentracije, funkcijo [REDACTED] pravne osebe opravljal [REDACTED] ki je pravno osebo [REDACTED] in je bil kot tak odgovoren za zakonitost poslovanja pravne osebe. Podobno kot Zakon o gospodarskih družbah (v nadaljevanju: ZGD-1)⁴⁷ tudi Zakon o trgovačkim društvima⁴⁸ v 252. členu določa posebno skrbnost in odgovornost poslovnih organov pri vodenju družbe. Poslovni organ je dolžan skrbeti za zakonitost poslovanja družbe, kamor sodi tudi pravilno in pravočasno izpolnjevanje obveznosti, ki mu jih kot poslovnemu organu nalaga pozitivna zakonodaja.

62. Prekrškovni organ je tako ugotovil, da je odgovorna oseba z lastnim ravnanjem oziroma opustitvijo storila prekršek, ker do 13. 6. 2016 ni priglasila koncentracije podjetij Agrokor AG in Ardeya Global Agenciji. V tem primeru je odgovorna oseba pravne osebe Agrokor opustila dolžnostno ravnanje pri opravljanju svojega dela [REDACTED] saj je opustila dolžno oziroma dolžnostno ravnanje kot [REDACTED] pravne osebe, ki je dolžan spoštovati veljavno zakonodajo. Med funkcije [REDACTED] 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, za kar skladno s pridružitveno odgovornostjo odgovarja tudi pravna oseba.

63. Pravna oseba bi se sicer lahko, sklicujoč se na tretji odstavek 14. člena ZP-1, razbremenila odgovornosti za prekršek, če bi dokazala, da je prekršek storjen z namenom škodovanja tej pravni osebi ter z zavestnim kršenjem pogodbe, na podlagi katere storilec opravlja delo ali storitev za pravno osebo, ali s kršenjem navodil ali pravil pravne osebe, ki je v okviru dolžnega nadzorstva pravočasno izvedla vse ukrepe, potrebne za preprečitev prekrška, vendar tega (razen pavšalnih navedb, da je [REDACTED] osebno in brez vednosti ostalih v imenu podjetja Agrokor AG kupil družbo Ardeya Global) ni niti navajala niti dokazovala.

⁴⁶ Zakon prekrškov (ZP-1) s komentarjem, Lexpera GV Založba, Ljubljana 2018, str. 100-101.

⁴⁷ 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.

⁴⁸ Narodne Novine, broj 111/93, 34/99, 121/99, 52/00 – Odluka USRH, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11-Kazneni zakon, 152/11 (pročišćeni tekst), 111/12, 68/13, 100/15, 40/19.

64. Na podlagi zapisanega je Agencija utemeljeno uvedla postopek o prekršku tudi zoper pravno osebo, saj so izpolnjeni vsi zgoraj navedeni pogoji.

65. Glede krivde ZP-1 v 9. členu določa, da 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 lahkomišlno 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).

66. Glede na to, da je kršiteljica pravna oseba Agrokor podjetje s precejšnjimi izkušnjami v prevzemnih postopkih in priglasitvah koncentracij (tudi pred Agencijo), Agencija zaključuje, da je nepriglasitev posledica malomarnosti odgovorne osebe [REDACTED], ki kot [REDACTED] pravne osebe Agrokor ni poskrbel za pravočasno priglasitev koncentracije podjetja Agrokor AG in Ardeya Global Agenciji. [REDACTED] bi kot [REDACTED] moral in mogel vedeti, v kakšnem roku je treba priglasiti 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 [REDACTED] pravne osebe Agrokor, 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, za kar (kot pojasnjeno že zgoraj) skladno s pravilom o akcesorni odgovornosti odgovarja tudi pravna oseba.

VI. ODMERA GLOBE (SANKCIJA)

67. Kršiteljica navaja, da v dotičnem primeru ni šlo za namerno nepriglasitev, ampak bi se lahko tako ravnanje štelo zgolj za blago nepazljivost, ki je bila posledica lastniških in drugih sprememb v pravni osebi. Poleg tega je pravna oseba v izjavi še navedla, da s tem, ko koncentracija ni bila priglašena, ni nastala nobena škoda in konkurenca ni bila omejena.

68. Prekrškovni organ pojasnjuje, 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 navedena obveznost priglasitve koncentracije udeležencem na trgu jasna, nedvoumna in dolgo poznana. S tem, ko je odgovorna oseba prevzela funkcijo [REDACTED] pravne osebe, je nase prevzela tudi obveznost, da skrbi za zakonito poslovanje pravne osebe. Storilec kot odgovorna oseba - [REDACTED] pravne osebe razpolaga s posebnim znanjem in sposobnostmi, kamor sodi tudi pravočasno in pravilno izpolnjevanje zakonskih obveznosti⁴⁹. Odgovorne osebe pravne osebe, ki posluje na mednarodnem trgu, bi se gotovo lahko pod enakimi pogoji kot druge osebe seznanile z zakonodajo v Republiki Sloveniji ali pa bi glede na svoje delo, vlogo in siceršnji položaj morale poznati posebna pravila, sploh upoštevajoč dejstvo, da je pravna oseba Agrokor podjetje s precejšnjimi izkušnjami v prevzemnih postopkih in priglasitvah koncentracij (tudi pred Agencijo).

69. Ne glede na to se pravna oseba ne more uspešno sklicevati na nepazljivost, saj kljub pozivu Agencije 8. 11. 2018 k priglasitvi koncentracije, le-te ni priglasila (celo več, pravna oseba se ves

⁴⁹ Primerjal s sodbo Okrajnega sodišča v Ljubljani ZSV 197/2017-2453 z dne 7. 1. 2019, 9. odstavek.

čas izgovarja na postopek izredne uprave, odgovorno osebo [REDACTED] in se izmika odgovornosti za priglasitev), zato je Agencija 9. 4. 2019 uvedla postopek presoje koncentracije po uradni dolžnosti. Tudi ne držijo navedbe pravne osebe, da je nova (izredna) uprava podjetja Agrokor za nakup podjetja Costella izvedela po uvedbi moratorija nad podjetjem Agrokor AG, saj je v izjavi sama navedla, da je bila obveščena o transakciji (najmanj) v oktobru 2017, stečajni postopek zoper navedeno podjetje pa je bil uveden v decembru 2017.

70. Agencija nadalje pojasnjuje, da očitani prekršek ne spada med lažje prekrške, ampak gre za hujšo kršitev predpisov, kar izhaja že iz višine predpisane sankcije, ki je med najvišjimi za prekrške in tako izraža oceno o abstraktni teži prekrška⁵⁰. 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.

71. Tudi sklicevanje na odsotnost škodljivih posledic, ker do omejevanja konkurence naj ne bi prišlo, 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 (pri čemer Agencija pripominja, da nadzorni postopek sploh še ni zaključen in tako ni mogoče govoriti o odsotnosti škodljivih posledic ter o neomejevanju konkurence, sploh pa pravna oseba ne razpolaga s pooblastili za tako presojo). 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). Če tudi 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 (po špekulativni oceni kršiteljice pravne osebe) naj ne bi imela škodljivih vplivov na konkurenco, torej ne pomeni *per se* marginalizacije kršitve nepriglasitve 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 trgu⁵¹. Določbe ZPOmK-1 o obveznosti priglasitve koncentracije so zato izjemnega pomena za učinkovit nadzor. Nepravočasna priglasitev oz. nepriglasitev 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 koncentracij⁵². Agencija zato smatra kršitev za resno, saj take kršitve spodkopavajo učinkovitost ZPOmK-1. Nepriglasitev koncentracije namreč omejuje učinek določb s področja presoje koncentracij, s čimer lahko nastanejo dolgoročne posledice za konkurenco in trg⁵³. 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 bi se lahko upoštevala pri odmeri globe.

⁵⁰ Primerjaj s sodbo Okrajnega sodišča v Ljubljani ZSV 197/2017-2453 z dne 7. 1. 2019, 12. odstavek.

⁵¹ Podobno Evropska komisija v zadevi Altice/PT Portugal, opr. št. CASE M.7993 z dne 24. 4. 2018, paragraf 572.

⁵² 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.

⁵³ Primerjaj s sodbo Okrajnega sodišča v Ljubljani ZSV 197/2017-2453 z dne 7. 1. 2019, 9. odstavek.

72. Da gre v primeru nepriglasitve koncentracije za prekršek težje narave kaže tudi to, da iz tega prekrška (lahko) izvirajo še vsi drugi prekrški (npr. kršitev 44. člena ZPOmK-1 – uresničevanje pravic in obveznosti, ki izhajajo iz koncentracije). 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. Kršitelji nista bili v ničemer ovirani pri pravilnem delovanju, obveznosti pri gospodarskem poslovanju, ki sta jih prekršili, so določene že vrsto let, poleg tega sta kršitelji v istovrstnih postopkih prijave koncentracije že večkrat sodelovali in sta tako seznanjeni s (slovensko) konkurenčnopravno zakonodajo⁵⁴.

73. Na podlagi zapisanega je prekrškovni organ globo za ugotovljeni prekršek kršiteljc 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 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.

74. 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 prekršku⁵⁵. Letni promet v koncentraciji udeleženih podjetij skupaj z drugimi podjetji v skupini je v skladu s 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.

75. 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.

76. 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.

77. 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, [redacted], ki kljub zelo jasnim določbam ZPOmK-1 v imenu podjetja Agrokor ni (pravočasno) priglasil koncentracije Agenciji.

⁵⁴ Primerjaj s sodbo Okrajnega sodišča v Ljubljani ZSV 197/2017-2453 z dne 7. 1. 2019, 17. odstavek in sodbo Višjega sodišča v Ljubljani PRp 349/2016 z dne 8. 3. 2017, 15. odstavek.

⁵⁵ 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).

78. Prekrškovni organ je pri odmeri primerne globe za storjeni prekršek kot olajševalno okoliščino upošteval dejstvo, da kršiteljici do izdaje odločbe še nista bili sankcionirani za prekršek s področja varstva konkurence.

79. Ker pravna oseba Agrokor kljub pozivu v obvestilu o prekršku⁵⁶ ni posredovala podatkov o letnem prometu skupine v predhodnem letu, je Agencija najprej vpogledala v konsolidirano finančno poročilo Skupine Agrokor za leto 2018⁵⁷ (pri čemer Agencija pripominja, da se upošteva tudi promet v tujini) in ugotovila, da je letni promet v predhodnem letu znašal 38.750.853.000 kun kar znaša približno 5.161.893.807,20 EUR⁵⁸. 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 516.189.380,72 EUR.

80. Kot izhaja iz prakse Evropske Komisije, le-ta pri naložitvi kazni upošteva tudi namen izrekanja sankcij, ki je v tem, da imajo globe odvrčilen učinek. Prekrškovni organ je zato pri odmeri globe upošteval odvrčilni učinek, ki se ga želi doseči, in kot osnovni znesek za odmero globe pri zamudi s koncentracijo določil 0,025 % letnega prometa kršiteljice pravne osebe skupaj z drugimi podjetji v skupini v letu 2018 za vsak mesec zamude priglasitve koncentracije. Pri določitvi mesečnega faktorja je Agencija najprej upoštevala, da je ugotovila kršitev zakona iz malomarnosti (ne pa naklepno). Po svoji praksi v preteklih primerih je Agencija v takšnem primeru (če koncentracija ni bila prepovedana) mesečni faktor odmerila v višini 0,02 %. Agencija je ta faktor povečala za 0,005 odstotne točke na 0,025 %. Agencija namreč sledi ugotovitvam sodne prakse, da je nepriglasitev koncentracije resen prekršek, ki zahteva večjo mero prevencije, saj lahko povzroči hujše protikonkurenčne učinke. Agencija ugotavlja, da je konkurenčno pravo, vključno s pravili glede predhodnih priglasitev koncentracij, že dovolj dolgo del slovenskega pravnega sistema in da se je pravni sistem in trg že mogel in moral seznaniti z določbami ZPOmK-1. Kot je Agencija že zgoraj pojasnila, tovrstne prekrške obravnava strogo, saj gre za hujšo naravo prekrška, obveznost priglasitve koncentracije na trgu pa je jasna, nedvoumno in dolgo poznana⁵⁹.

81. Pravna oseba bi morala koncentracijo priglasiti najpozneje dne 13. 6. 2016. Agencija jo je dne 8. 11. 2018 pozvala k priglasitvi, vendar le-tega ni storila, zaradi česar je Agencija morala dne 9. 4. 2019 uvesti postopek po uradni dolžnosti. Ker kršiteljici nista priglasili koncentracije (polnih) 33 mesecev, znesek globe znaša 42.585.623,90 EUR. Dobljeni znesek je nato Agencija povečala za tretjino (14.195.207,96 EUR), saj pravna oseba kljub pozivu Agencije koncentracije ni priglasila, kar je upoštevala kot oteževalno okoliščino. Ker pa pravna oseba v preteklosti ni bila kaznovana zaradi istovrstnega prekrška, je Agencija to upoštevala kot olajševalno okoliščino in dobljeni znesek (56.780.831,86 EUR) znižala za 5 % (2.839.041,59 EUR). Dobljeni znesek (53.941.790,27 EUR) je prekrškovni organ zaokrožil navzdol ter tako odločil, da se pravni osebi Agrokor kot primerna sankcija za ugotovljeni prekršek nepriglasitve 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 53.900.000 EUR, ki je daleč pod zgornjo mejo globe v višini 10 % relevantnega letnega prometa, ki bi jo Agencija lahko izrekla kršiteljici pravni osebi.

82. Prekrškovni organ je odločil, da se kršiteljici odgovorni osebi pravne osebe [redacted] upošteva vse zgoraj navedene elemente, ki se nanašajo na težo, naravo in trajanje kršitve,

⁵⁶ Dokument št. 3063-2/2018-7.

⁵⁷ file:///C:/Users/emurovec/Downloads/Agrokor%20Grupa%20revidirani%20konsolidirani%20izvje%C5%A1taj%202018.pdf

⁵⁸ Agencija je za izračun uporabila menjalni tečaj banke NLB na dan sprejema odločitve 24. 9. 2019, dostopen prek: <https://www.nlb.si/menjalnica>.

⁵⁹ Sodba Višjega sodišča v Ljubljani PRp 395/2017 z dne 4. 4. 2018, 15. odstavek in sodba Okrajnega sodišča v Ljubljani ZSV 1176/2017 z dne 5. 10. 2017, 2. odstavek 4. poglavja obrazložitve, smiselno tudi Sodba Okrajnega sodišča v Ljubljani ZSV 32/2014-2453 z dne 19. 10. 2015, 13. odstavek.

obliko odgovornosti (malomarnost), odsotnost nedopustnega nagiba, iz katerega je bil storjen prekršek, kot primerna sankcija za ugotovljeni prekršek nepriglasitve 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 nepriglasitve koncentracije Agenciji.

VII. STROŠKI POSTOPKA

Kršiteljci 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 prekršku⁶⁰ v 3. členu določa, da v hitrem postopku prekrškovni organ določi sodno takso ob smiselni uporabi 8. točke taksne tarife iz Zakona o sodnih taksah⁶¹ (v 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 kršiteljci v roku 3 mesecev po pravnomočnosti odločbe o prekršku plačati sodno takso na podračun prekrškovnega organa št 01100-8450082574, sklic 11-16608-7120087-3063218, in sicer kršiteljica pravna oseba v višini 10.000 EUR in kršiteljica odgovorna oseba v višini 500 EUR.

83. Globo in stroške postopka morata kršiteljci 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). Če kršiteljci 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 kršiteljci odgovorni osebi, lahko v skladu z zakonom Izvrši 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.

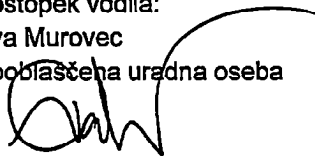
PRAVNI POUK

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.

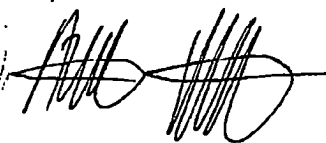
Postopek vodila:

Eva Murovec

Pooblaščen uradna oseba



Andrej Matvoz
predsednik senata



⁶⁰ Uradni list RS, št. 89/08.

⁶¹ 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-1I, 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.

Vročiti:

- AGROKOR d.d., Marijana Čavića 1, Zagreb, Republika Hrvatska (skupaj s prevodom odločbe v hrvaški jezik) – osebno po ZUP;
- [REDACTED] (skupaj s prevodom odločbe v hrvaški jezik) – osebno po ZUP.

Vložiti:

- zbirka dokumentarnega gradiva, tu.