

AGENCIJA ZA ZAŠTITU TRŽIŠNOG NATJECANJA

1256

Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja na temelju članka 30. točke 2., članka 31., članka 49. stavka 1. i 2. i članka 58. stavka 1. točke 9., u svezi s člankom 13. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (»Narodne novine«, brojevi 79/09 i 80/13), u upravnom postupku utvrđivanja sprječavanja, ograničavanja ili narušavanja tržišnog natjecanja zlouporabom vladajućeg položaja protiv poduzetnika Gemicro d.o.o., sa sjedištem u Zagrebu, Nova cesta 83, zastupanog po opunomoćenici [...], po službenoj dužnosti, na temelju odluke Vijeća za zaštitu tržišnog natjecanja u sastavu: Mladen Cerovac, mag. iur., predsjednika Vijeća, Vesna Patrlj, dipl. iur. zamjenica predsjednika Vijeća, Denis Matić, dipl. iur., mr. sc. Ljiljana Pavlic, dipl. oec. i mr. sc. Tatjana Peroković, dipl. oec., članovi Vijeća, sa sjednice 20/2015, održane 14. svibnja 2015., donosi

RJEŠENJE

I. Prihvaćaju se mjere, uvjeti i rokovi koje je predložio poduzetnik Gemicro d.o.o., sa sjedištem u Zagrebu, Nova cesta 83, u obliku brisanja odredbi iz ugovora koje taj poduzetnik ima zaključene s leasing društvima navedenim u Privitku broj 1. koji čini sastavni dio ovog rješenja, a u kojima je u bitnome uređeno da su ugovorne strane suglasne da za vrijeme trajanja ugovora, kao i dvije godine po prestanku njegove valjanosti neće zaposliti ili na neki drugi način angažirati kadrove koji su bilo kada za to vrijeme bili zaposleni kod druge ugovorne strane, te u obliku suzdržavanja od ugovaranja takvih odredbi u budućim ugovorima koje će Gemicro eventualno sklapati s leasing društvima.

Rok izvršenja: 15 (petnaest) dana od dana dostave ovoga rješenja.

II. Predložene mjere, uvjeti i rokovi iz točke I. izreke ovoga rješenja ocjenjuju se dostatnima za otklanjanje negativnih učinaka i ponovnu uspostavu tržišnog natjecanja na tržištu pružanja specijaliziranih informatičkih usluga leasing društvima, koje uključuju implementaciju i održavanje specijaliziranih poslovnih aplikacija potrebnih za rad leasing društava na teritoriju Republike Hrvatske.

III. Nalaže se poduzetniku Gemicro d.o.o. da Agenciji za zaštitu tržišnog natjecanja dostavi dokaze da je postupao sukladno navedenom u točki I. izreke ovog rješenja.

Rok izvršenja: 8 (osam) dana od isteka roka iz točke I. izreke ovoga rješenja.

IV. Predložene mjere, uvjeti i rokovi iz točke I. izreke ovoga rješenja ovim rješenjem postaju obvezni za poduzetnika Gemicro d.o.o., sa sjedištem u Zagrebu, Nova cesta 83.

V. Utvrđuje se da, nakon izvršenja mjera iz točke I. i III. izreke ovog rješenja, nema uvjeta za daljnje vođenje postupka protiv poduzetnika Gemicro d.o.o. sa sjedištem u Zagrebu, Nova cesta 83.

VI. U slučaju da Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja utvrdi kako se poduzetnik Gemicro d.o.o., sa sjedištem u Zagrebu, Nova cesta 83, ne pridržava utvrđenih mjera, uvjeta i rokova iz točke I., odnosno naloga iz točke III. izreke ovoga rješenja, takvo postupanje smatrat će se povredom Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja, što će se utvrditi posebnim rješenjem kojim će se izreći i upravno-kaznena mjera.

VII. Poduzetnik Gemicro d.o.o., sa sjedištem u Zagrebu, Nova cesta 83, obveznik je plaćanja upravne pristojbe u iznosu od 35.000,00 kuna. Upravna pristojba uplaćuje se u korist Državnog proračuna Republike Hrvatske.

Rok izvršenja: bez odgode, a najkasnije 8 (osam) dana od dana dostave ovoga rješenja.

VIII. Ovo će rješenje biti objavljeno u »Narodnim novinama« i na internetskoj stranici Agencije.

O b r a z l o ž e n j e

1. Inicijativa za pokretanje postupka

Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja (dalje: Agencija) zaprimila je 30. lipnja 2014. u predmetu klase: 034-08/2014-01/227 podnesak poduzetnika Modulus informacijske tehnologije d.o.o., sa sjedištem u Sesvetama, Trg Antuna Mihanovića 3, zastupanog po opunomoćenicima [...] (dalje: Modulus), vezano uz postupanje poduzetnika Gemicro d.o.o., sa sjedištem u Zagrebu, Nova cesta 83, zastupanog po opunomoćenici [...] (dalje: Gemicro). Navedeni podnesak Agencija je smatrala inicijativom za pokretanje postupka u smislu članka 37. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (»Narodne novine«, brojevi: 79/09 i 80/13; dalje: ZZTN).

U predmetnom je podnesku Modulus u bitnome naveo da se bavi pružanjem informatičkih usluga i razvojem softvera, posebno za leasing društva. U sklopu svojih aktivnosti, Modulus je kroz kontakte s klijentima i potencijalnim klijentima došao do informacija kako Gemicro prilikom sklapanja ugovora s korisnicima usluga uvjetuje sklapanje ugovora i pružanje usluga zabranom angažiranja njegovih bivših djelatnika koji su sada zaposleni u drugim poslovnim subjektima koji su u tržišnoj utakmici s Gemicrom.

Nadalje, Modulus navodi kako je g. [...], koji je danas suvlasnik Modulusa, bio u radnom odnosu s Gemicrom te je bio vezan zabranom tržišne utakmice s njime sukladno Zakonu o radu. Početkom 2014. godine, po isteku takve zabrane, uspostavio je kontakte s nekoliko leasing društava, pri čemu je usmenim putem obaviješten kako ne postoji mogućnost poslovne suradnje zbog ugovorne zabrane koju je prilikom sklapanja ugovora nametnuo Gemicro. Prema usmenim informacijama kojima raspolaže Modulus, Gemicro je takvu ugovornu zabranu ugradio u ugovore s više leasing društava.

2. Stranka u postupku

2.1. Gemicro d.o.o.

Poduzetnik Gemicro d.o.o. za trgovinu i usluge, sa sjedištem u Zagrebu, Nova cesta 83, upisan je pod matičnim brojem: 080274035 u sudski registar Trgovačkog suda u Zagrebu.

Predmet poslovanja poduzetnika Gemicro d.o.o. jest pružanje savjeta o računalnoj opremi (hardwareu), savjetovanje i pribavljanje programske opreme (softwarea), izrada i upravljanje bazama podataka, održavanje i popravak uredskih i knjigovodstvenih strojeva te računalnih sustava, ostale djelatnosti povezane s računalima (kupnja i prodaja robe, zastupanje stranih tvrtki) te iznajmljivanje vlastitih nekretnina i iznajmljivanje plovniha prijevoznih sredstava.

3. Prethodno ispitivanje stanja na mjerodavnom tržištu

Kako bi utvrdila ima li u konkretnom slučaju dostatno indicija za pokretanje postupka utvrđivanja sprječavanja, ograničavanja ili narušavanja tržišnog natjecanja u smislu članka 38. stavaka 1. i 3. i članka 39. ZZTN-a, Agencija je, sukladno ovlaštenju iz članka 32. stavka 1. točke a) ZZTN-a, u predmetu klase: 034-08/14-01/227 provela prethodno ispitivanje stanja na mjerodavnom tržištu te je zatražila očitovanja i dokumentaciju od leasing društava i poduzetnika Gemicro te dodatno očitovanje od poduzetnika Modulus.

Vezano uz navode iz podneska Modulusa, od leasing društava zatražena je dostava ugovora zaključenih s Gemicrom. Zatraženu dokumentaciju leasing društva dostavila su Agenciji u predmetu klase: 034-08/2014-01/227 podnescima zaprimljenim u razdoblju od 7. kolovoza 2014. do 27. studenoga 2014. Osim toga, zatražena su i dodatna očitovanja i dokumentacija koju su leasing društva dostavila u razdoblju od 22. listopada 2014. do 27. studenog 2014.

Iz ugovora koje su dostavila leasing društva proizlazi da Ugovori o održavanju programske opreme, Ugovori o održavanju programskog paketa i jedan Ugovor o poslovnoj suradnji koje pojedina leasing društva sklapaju s Gemicrom sadrže gotovo identičnu odredbu prema kojoj su ugovorne strane suglasne da za vrijeme trajanja ugovora, kao i dvije godine po prestanku njegove valjanosti, neće zaposliti ili na neki drugi način angažirati

kadrove koji su bilo kada za to vrijeme bili zaposleni kod druge ugovorne strane. Na strani Naručitelja ta odredba vrijedi za zaposlene kod Izvođača kao i za zaposlene kod Vlasnika licence. To vrijedi kako za neposredno tako i za posredno obavljanje poslova.

Navedena odredba gotovo identičnog sadržaja sadržana je u Ugovorima o održavanju programske opreme zaključenim između poduzetnika Gemicro i poduzetnika [...],[...],[...],[...],[...],[...](sada: [...]),[...] i [...],[...] (sada: [...]),[...],[...] i [...].

Osim toga, odredba sličnog sadržaja sadržana je i u Ugovoru o poslovnoj suradnji koji je dostavio poduzetnik [...], zatim u Ugovorima o održavanju programskog paketa koje je Gemicro zaključio s poduzetnicima [...] i [...].

3.1. Očitovanje Gemicra

Gemicro je u svom očitovanju zaprimljenom u Agenciji 22. listopada 2014. u bitnome naveo kako je predmetna odredba recipročna i odnosi se na obje ugovorne strane. Konkretno, takva zabrana odnosi se samo na one poslove i one djelatnike koji su radili na samom održavanju informacijskog sustava za praćenje leasinga [...] (i svih njegovih komponenti), kao i na ispravljanju funkcionalnosti tog informacijskog sustava jer bi time došlo do narušavanja intelektualnih prava vlasnika licence. Gemicro navodi kako bi osporavao zapošljavanje njegovog zaposlenika u slučaju kada bi naručitelj zaposlio njegovog bivšeg zaposlenika za izvođenje poslova koje je, prema Ugovoru o održavanju, naručitelju dužan nuditi Gemicro. Sporno bi prema navodu Gemicra bilo i to kada bi bivši zaposlenik Gemicra, kao zaposlenik leasing društva, za potrebe tog leasing društva razvijao programske module, koji bi po funkciji zamijenili funkcionalnosti koje su ugrađene u informacijski sustav za praćenje leasinga [...] jer to ne bi mogao raditi bez da narušava prava intelektualnog vlasništva vlasnika licence.

Također je naveo kako bi bilo sporno, odnosno osporavao bi i rad bivšeg zaposlenika na specifičnim projektima povezanim sa znanjima i specifičnim informacijama koje je stekao prilikom rada u Gemicru na projektima kod ostalih leasing društava (način izvještavanja vlasnicima, način stvaranja rezervacija, načini marketinških pristupa, specifičnosti kod kalkulacija financiranja i sl.), a koje se smatraju poslovnom tajnom između Gemicra i pojedinog leasing društva jer zaposlenik ne bi mogao raditi bez kršenja odredbe obveze čuvanja poslovne tajne, koja slijedi iz Ugovora o radu između djelatnika i Gemicra. Gemicro navodi kako bi u takvom slučaju odgovarao i za štetu koja bi se takvom radnjom (otkrivanjem poslovne tajne) napravila pojedinom leasing društvu.

Gemicro nadalje navodi kako, primjerice, ne bi osporavao zapošljavanje njegovog bivšeg zaposlenika u slučaju kada bi ga suprotna strana zaposlila za poslove koji se ne tiču spomenutih aktivnosti ili programiranja funkcionalnosti koje nisu sastavni dio informacijskog sustava [...] ili koje ne zamjenjuju funkcionalnosti ugrađene u informacijski sustav [...].

S druge strane, Gemicrov klijent, odnosno leasing društvo, osporavao bi slučaj kada bi Gemicro želio zaposliti njihovog stručnjaka, djelatnika leasing društva, za savjetovanje trećim leasing društvima jer bi to nanosilo neposrednu štetu leasing društvu.

Ovom odredbom, smatra Gemicro, obje su se ugovorne strane obvezale da će po pitanju preuzimanja kadrova poštivati partnerski odnos i po tom pitanju neće štetiti drugoj ugovornoj strani.

Gemicro svim svojim klijentima s kojima je sklopio ugovor o održavanju (a što se odnosi na cijelu regiju) garantira da je spomenuta odredba sastavni dio ugovora o održavanju sa svim klijentima, a što klijentima Gemicra, odnosno leasing društvima, značajno smanjuje vjerojatnost da bi neko od leasing društava zapošljavanjem više djelatnika Gemicra ugrozilo poslovanje Gemicra i na taj način onemogućilo Gemicru da neometano nudi podršku i održavanje ostalim leasing društvima, čime bi se moglo poremetiti tržišno natjecanje.

Također je napomenuo da se takva zabrana ne odnosi na pružanje usluga (obavljanje poslova) koje nisu povezane s uslugama dogovorenim ugovorom o održavanju informacijskog sustava [...].

Nadalje, Gemicro je u svom očitovanju naveo kako održavanje informacijskog sustava za leasing [...] zahtijeva vrlo specifična znanja za koja se zaposlenik u Gemicru obučava 3 do 5 godina. Budući da Gemicro ima samo [...] zaposlenih s kojima pokriva 12 od 23 registriranih leasing društava u Republici Hrvatskoj (52,14%), čija aktiva predstavlja 51,30% ukupne aktive registriranih leasing društava u 6. mjesecu 2014. (izvor HANFA) i budući da [...] prihoda Gemicra predstavlja [...] leasing društva, koja su velike financijske institucije, ta bi leasing društva

mogla s vrlo malim financijskih ulogom angažirati više djelatnika Gemicra i takvom radnjom znatno poremetiti tržište i otežati Gemicru daljnje izvođenje održavanja ostalim njegovim klijentima. Sličan slučaj dogodio se krajem 1999. godine kada je koncern Daimler (tadašnji Debis leasing) zaposlio 30% zaposlenih kod vlasnika licence Globus Marine International d.o.o. u Ljubljani i 50% zaposlenih u Gemicru, što je za neko vrijeme blokiralo normalan razvoj i održavanje na području Slovenije i Hrvatske. Tako je nastala spomenuta odredba u sadašnjem obliku, uz uvjet da se ista odredba primjenjuje kod svih klijenata vlasnika licence, kao i kod Gemicra.

Budući da obuka kvalitetnog radnika sa specifičnim znanjima o informatičkom sustavu [...] traje dugo, nije jednostavno brzo ga zamijeniti kvalitetnim kadrom s obzirom na specifičnosti leasing poslovanja i relativno mali broj zaposlenih u leasing industriji, dok bi se leasing društvu takvo preuzimanje već obučenih radnika brzo isplatilo.

Kako je predmetna odredba potpisana sa svim leasing društvima, na određeni je način uspostavljena ravnoteža na tržištu jer je pozitivan učinak predmetne odredbe veći od negativnog učinka koji bi se dogodio u slučaju da nema tog članka i da jedno leasing društvo preuzme dio kadra i dovede u pitanje održavanje kod svih ostalih leasing društava.

Predmetna odredba uvrštena je zajednički i dogovorno s leasing društvima koja su imala potpisane ugovore 1999. godine, nakon incidenta s Debis leasingom, kada su Gemicro i ostala leasing društva ostali bez kvalitetnog održavanja u određenom razdoblju do hitnog zapošljavanja novih ljudi.

Budući da je uobičajeno da uvođenje informacijskog sustava za praćenje leasinga, zajedno s migracijom podataka, traje od 6 mjeseci do jedne godine, takav bi incident mogao dovesti u pitanje i samo poslovanje leasing društava. Tako da su leasing društva, svjesna velikog operativnog rizika, od Gemicra i vlasnika licence tražila određenu zaštitu od takvih slučajeva. Predmetna je odredba rezultat takvog zahtjeva, a koja ima svrhu samo ako se primjenjuje kod svih klijenata. Stoga se takva odredba nalazi u svim ugovorima o održavanju kod klijenata koji koriste [...] na području regije. Od takve odluke imaju koristi i sva leasing društva jer sva imaju potpisanu istu odredbu kako bi se i njima smanjio operativni rizik u vezi s kvalitetnim i konstantnim održavanjem, a Gemicro ima sigurnost u smislu preuzimanja radnika.

Gemicro smatra da je predmetna odredba u skladu sa ZZTN-om te se u smislu članka 8. ZZTN-a ne radi o ugovoru niti njegovoj odredbi čiji bi cilj ili posljedica bilo narušavanje tržišnog natjecanja na mjerodavnom tržištu, odnosno ta je odredba u skladu sa Smjernicama Europske komisije o vertikalnim ograničenjima od 10. svibnja 2010. S tim u vezi Gemicro ističe da se u Smjernicama navodi da davatelj posebnog znanja i iskustva može tražiti da se ono ne koristi u korist ili od strane njegovih konkurenata ako *know-how* nije bio jednostavno dostupan kupcu i značajno je i prijeko potreban za provedbu sporazuma. Sukladno Smjernicama, ova odredba u ugovorima o održavanju nužna je za provođenje glavne svrhe ugovora i proporcionalna je samoj transakciji jer bi bez te odredbe bilo nemoguće provesti glavnu svrhu ugovora u slučaju preuzimanja djelatnika Gemicra od strane jednog ili više leasing društava. Također, u smislu Smjernica Gemicro ističe i pozitivan učinak te odredbe na konkretno leasing tržište koji je svakako veći od negativnog učinka, a koji bi se potencijalno dogodio u slučaju da ove odredbe u ugovorima nema i da jedno leasing društvo preuzme dio djelatnika Gemicra s posebnim znanjem i iskustvom te time dovede u pitanje održavanje sustava kod svih ostalih leasing društava.

Budući da predmetna odredba regulira pitanje zapošljavanja djelatnika jedne i druge ugovorne strane, Gemicro smatra da se u konkretnom slučaju radi o domeni radnog prava i odnosa poslodavca i radnika te da se na taj odnos ne primjenjuje ZZTN.

Gemicro ima isključivo pravo distribucije [...] na teritoriju Republike Hrvatske i Bosne i Hercegovine te je uobičajeno da licencu i program održava poduzetnik koji je prodao program.

Prema podacima HANFE, u Hrvatskoj je registrirano 23 leasing društva od kojih s Gemicrom surađuje njih 12, što čini 52,14% leasing tržišta, a čija aktiva predstavlja 51,30% ukupne aktive registriranih leasing društava u 6. mjesecu 2014.

3.2. Očitovanje podnositelja inicijative

Agencija je od poduzetnika Modulus zatražila dodatno očitovanje. U podnesku zaprimljenom 23. listopada 2014. taj je poduzetnik u bitnome naveo kako se de facto nalazi u stanju mirovanja zbog nemogućnosti slobodnog nastupanja na tržištu leasing društava koje je bilo primarno ciljano tržište.

Na upit o tome je li Modulus u izravnom konkurentskom odnosu s Gemicrom, odnosno u kakvom su odnosu usluge koje je Modulus namjeravao ponuditi leasing društvima u usporedbi s uslugama koje pruža Gemicro, Modulus je naveo kako se programi i usluge koje trenutno nudi obrt KK Consulting, a koji bi trebali biti integrirani u Modulus te nadopunjeni novim uslugama, mogu jednostavno opisati kao »dodatni«, budući da popunjavaju potrebe u leasing društvima sa specijaliziranim programima kojih nema u ponudi na tržištu te uslugama koje drugi poduzetnici ne nude.

Jedino potencijalno preklapanje u ponudi jest program [...] koji je nastao kao posljedica novih načina izvještavanja koje je HANFA propisala početkom 2011. godine. Razlika je u tome što je [...] razvijen tako da se koristi kao samostalni program, a sličan proizvod Gemicra jest integrirani modul u njihovom sustavu za vođenje poslovanja leasing društava i ne može se koristiti odvojeno. Program [...] koristi se u raznim leasing društvima, neovisno o tome koji centralni sustav koriste.

Posebno upitan od strane Agencije o tome s kojim je leasing društvima uspostavio kontakte te tko je u ime navedenih leasing društava usmenim putem obavijestio Modulus o nemogućnosti uspostavljanja poslovne suradnje, Modulus je naveo kako su 2011. nakon osnutka poduzetnika Modulus ostvareni kontakti s [...]. Tada se razgovaralo o automatizaciji izvještaja te prebacivanju postojećih proizvoda i usluga iz obrta KK Consulting u novoosnovanog poduzetnika Modulus. Prema navodima Modulusa, potvrđen je interes za uslugama vezanim uz automatizaciju izvještavanja, ali suradnja nije bila moguća zbog spornih stavaka u ugovoru koje to leasing društvo ima s Gemicrom, te je napomenuto da će dosadašnja suradnja morati biti prekinuta zbog toga što bi postojeće usluge i proizvodi bili prebačeni iz obrta KK Consulting u Modulus.

Modulus navodi da je sličan odgovor dobio i od poduzetnika [...].

Zaključno, Modulus je naveo da leasing društva koja su korisnici Gemicra čine više od 50% leasing društava u Hrvatskoj, a po tržišnom udjelu i više od toga.

4. Mjerodavno tržište

Sukladno odredbi članka 7. ZZTN-a, mjerodavno tržište određuje se kao tržište određene robe i/ili usluga koje su predmet obavljanja djelatnosti poduzetnika na određenom zemljopisnom području.

Mjerodavno se tržište, sukladno odredbi članka 4. Uredbe o načinu i kriterijima utvrđivanja mjerodavnog tržišta (»Narodne novine«, broj 9/11; dalje: Uredba o mjerodavnom tržištu), utvrđuje na način da se utvrdi njegova proizvodna dimenzija (mjerodavno tržište u proizvodnom smislu) i zemljopisna dimenzija (mjerodavno tržište u zemljopisnom smislu).

Sukladno članku 5. Uredbe o mjerodavnom tržištu, mjerodavno tržište u proizvodnom smislu obuhvaća sve proizvode za koje potrošači smatraju da su međusobno zamjenjivi s obzirom na njihove bitne značajke, cijenu ili način uporabe, odnosno navike potrošača.

Prema članku 6. Uredbe o mjerodavnom tržištu, mjerodavno tržište u zemljopisnom smislu obuhvaća zemljopisno područje na kojem poduzetnici sudjeluju u ponudi ili nabavi proizvoda.

Sukladno članku 3. stavku 2. Uredbe o mjerodavnom tržištu, svrha utvrđivanja mjerodavnog tržišta određivanje je robe i/ili usluga s kojima se poduzetnici tržišno natječu te zemljopisnog područja na kojem se natječu.

Pri utvrđivanju mjerodavnog tržišta, prema članku 8. stavku 1. Uredbe o mjerodavnom tržištu, polazi se od kriterija zamjenjivosti potražnje za određenim proizvodom, odnosno o zamjenjivosti ponude za određenim proizvodom, a po potrebi i od kriterija postojanja potencijalnih konkurenata, odnosno zapreka pristupa tržištu. Sukladno stavku 2. istog članka, primjenjujući prethodno navedene kriterije mjerodavno tržište određuje se s ciljem utvrđivanja i razlikovanja segmenata tržišta određenih proizvoda na kojem se poduzetnici međusobno natječu.