

Zlatan Meškić*

Jurisdikcija Suda EU u praksi Suda BiH

Sudska praksa: Povodom Odluke Suda BiH br. S1 3 U
005412 10 Uvl od 15. 03. 2012, M.R.M. Ljubuški/ASA
Auto d.o.o. Sarajevo (*ASA Auto*)

Sadržaj

1. Zakon o konkurenciji BiH
2. Obaveza tumačenja Zakona o konkurenciji BiH u skladu sa Pravom EU
3. Činjenično stanje presude ASA Auto
4. Iz obrazloženja presude Apelacionog upravnog vijeća Suda BiH
 - 4.1. Privredni subjekt
 - 4.2. Dominantan položaj na tržištu
 - 4.3. Zloupotreba dominantnog položaja na tržištu
5. Značaj odluke Suda BiH u predmetu ASA Auto

1. Zakon o konkurenciji BiH

Zakon o konkurenciji BiH (ZK)¹ donesen je u okviru procesa usklađivanja nacionalnog zakonodavstva sa Pravom EU. Po uzoru na primarno pravo EU, konkretno na čl. 101 - 109 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (UFEU), ZK štiti lojalnu konkurenciju od zabranjenih sporazuma između privrednih subjekata (čl. 4 ZK), zloupotrebe dominantnog položaja na tržištu (čl. 10. ZK) i zabranjenih koncentracija (čl. 13 ZK). Konkurencijsko vijeće je isključivo nadležno za odlučivanje o postojanju povrede ovog zakona (čl. 21 ZK). Stranka nezadovoljna odlukom Konkurencijskog vijeća može pokrenuti upravni spor pred Sudom BiH (čl. 46 st. 2 ZK). Odluke vijeća za upravne sporove Suda BiH konačno preispituje apelaciono odjeljenje Suda BiH.

Prema čl. 10 ZK zabranjena je zloupotreba dominantnog položaja na tržištu ili njegovom značajnom dijelu. Da bi se radilo o zabranjenoj zloupotrebi dominantnog položaja mora se raditi

* Autor je docent na Pravnom fakultetu Univerziteta u Zenici.

¹ *Sl. gl. BiH*, br. 48/05; izmjene *Sl. gl. BiH*, br. 76/07 i br. 80/09.

o privrednom subjektu koji ima dominantan položaj na tržištu i zloupotrebljava ga. Na osnovu liste primjera navedene u čl. 10 st. 2 ZK, koja nije konačna, i prakse Suda EU mogu se prepoznati tri grupe slučajeva zloupotrebe dominantnog položaja na tržištu: zloupotreba putem sprečavanja konkurenata, zloupotreba putem eksploatacije konkurenata i zloupotreba putem pogoršavanja strukture tržišta². Slučajevi u praksi često pokazuju elemente više grupa istovremeno. Diskriminacija ugovornih partnera predstavlja oblik zloupotrebe koji se zavisno od svrhe diskriminacije svrstava u jednu od navedenih grupa, a čini i samostalan primjer zloupotrebe u čl. 10 st. 2.(c) ZK.

2. Obaveza tumačenja Zakona o konkurenciji BiH u skladu sa Pravom EU

Činjenica da je ZK donesen u okviru procesa usklađivanja pravnog poretka BiH sa Pravom EU, za sobom povlači obaveze u pogledu njegovog tumačenja i provođenja. Ovdje se kao dodatni pravni izvor mora konsultovati Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju (SSP) koji je BiH potpisala 16. juna 2008. godine sa Evropskim zajednicama i državama članicama. Samim potpisivanjem SSP-a BiH je dobila status „potencijalne kandidatkinje“ i perspektivu punopravnog članstva u EU.³ S obzirom da SSP kao međunarodni sporazum sadrži aspekte koji su izvan nadležnosti EU, tačnije koji su u nadležnosti država članica, sporazum se mora zaključiti kao tzv. „mješoviti sporazum“,⁴ tj. pored ratifikacije od strane EZ (sada EU) mora biti ratifikovan od svih država članica, Evropskog parlamenta i same države kandidatkinje. Postupak je trenutno u fazi kojoj su svi osim EU ratificirali SSP. EU uobičajeno ratifikuje ovakve „mješovite sporazume“ neposredno nakon što to urade države članice, da ne bi došlo do djelomičnog važenja sporazuma u EU⁵. Francuska je kao posljednja preostala država članica ratifikovala SSP sa BiH 10. februara 2011.⁶ Postupak ratifikacije od strane EU podrazumijeva prema čl. 218 st. 6 i 8 UFEU saglasnost Parlamenta kao i jednoglasnu odluku Savjeta. Stupanje na snagu SSP-a sada može biti samo odgođeno zbog povrede čl. 1 Privremenog SSP-a neprovođenjem odluke *Sejdić-Finci*. Ipak, Pojedine odredbe SSP-a stupile su na snagu već samim njegovim potpisivanjem, uključujući i cjelokupan Privremeni sporazum o stabilizaciji i pridruživanju.⁷ To se odnosi i na odredbe SSP-a o konkurenciji, koje čine integralni dio odredbi o usklađivanju zakonodavstva. Pri tome, prema čl. 70 st. 2 SSP usklađivanje počinje danom potpisivanja ovog sporazuma, a ne tek njegovim stupanjem na snagu.

Za potrebe predstavljanja odluke apelacionog odjeljenja Suda BiH najvažnija je odredba čl. 71 st. 2 SSP, kojim se propisuje da će svako kršenje propisa o konkurenciji iz SSP-a biti ocijenjeno na osnovu kriterija koji proizilaze iz propisa o konkurenciji koji vrijede u (bivšoj) EZ, a *naročito* na osnovu (bivših) čl. 81, 82, 86 i 87 Ugovora o EZ, i instrumenata za tumačenje koje su usvojile

² Ch. Jung, u E. Grabitz/M. Hilf, *Das Recht der Europäischen Union-Kommentar*, München 2009, Art 82 EGV, tačka 138.

³ S. Rodin, *Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju u pravnom poretku Evropske zajednice i Republike Hrvatske*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu, 3-4/2003, s. 592.

⁴ T.C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, Oxford University Press, 2003, 163.

⁵ S. Vöneky, u E. Grabitz/M. Hilf, *Das Recht der Europäischen Union-Kommentar*, München 2009, čl. 310, tačka 27.

⁶ Vidi <http://www.consilium.europa.eu/App/accords/Default.aspx?command=details&id=297&lang=EN&aid=2008023&doclang=EN> (posljednji put posjećeno 01. 03. 2011).

⁷ Privremeni SSP objavljen je u *Sl. gl. BiH*-dodatak međunarodni ugovori, br. 5/08.

(bivše) Zajednice. Misli se na značenje ovih odredbi koje im svojim tumačenjem u odgovarajućim postupcima daje Komisija ili Sud EU. Neposredno dejstvo čl. 72 st. 2 SSP znači da naši organi prilikom provođenja propisa o konkurenciji moraju primjenjivati i odluke Komisije i Suda EU koje su na osnovu njih donesene. Ova obaveza ne predstavlja samo praktične probleme u provođenju, zbog toga što ne postoje prevodi svih odluka Suda EU i Komisije na neki od službenih jezika BiH. Ova obaveza predstavlja i pravni problem, zbog toga što nalaže prenos legislativnih ovlasti na EU, jer se BiH obavezuje na neposrednu primjenu svih propisa o konkurenciji iz EU, ne samo iz navedenih članova (bivšeg) Ugovora o EZ, nego i svih odredaba sekundarnog prava EU iz ove oblasti kao i budućih propisa EU i tumačenja koja im daje Komisija i Sud EU. Ovo proizilazi iz riječi „naročito“ kojom se pokazuje da je u pitanju cjelokupan set propisa o konkurenciji iz Prava EU, kako onih koje su ratifikacijom SSP-a preuzete u unutrašnje pravo, tako i onih koji će tek nastati.⁸ Potvrdu za ovakvo tumačenje možemo naći u tzv. „harmonizirajućoj klauzuli“ SSP-a, koja se nalazi u čl. 70 i obavezuje BiH da „osigura postepeno usklađivanje svog postojećeg i budućeg zakonodavstva sa pravnom stečevinom Zajednice (*acquis*). Bosna i Hercegovina osigurat će primjerenu provedbu i primjenu postojećeg i budućeg zakonodavstva.“ Kada se govori o pravnoj stečevini Zajednice, jasno je da se misli i na propise koji su nastali nakon potpisivanja SSP-a, jer bi u protivnom BiH u trenutku ulaska u EU, do kojeg će proteći još nekoliko godina, bila na pravnom stanju EU iz 2008. godine. Na ovaj način priznaje se pravna snaga propisima Prava EU u unutrašnjem pravnom poretku BiH. Potvrdu možemo naći i u samom ZK⁹ koji u čl. 43 propisuje da se Konkurencijsko vijeće kao domaći organ koji je nadležan za zaštitu konkurencije u prvom stepenu, „u svrhu ocjene datog slučaja, može koristiti sudskom praksom Evropskog suda pravde i odlukama Evropske komisije“. Dok je time dokazano da će domaći organi usklađivati pravni poredak sa trenutno važećim i budućim Pravom EU, može se primijetiti da ova formulacija navodi na zaključak da se Konkurencijsko vijeće može, a ne mora, služiti praksom Suda EU i Komisije, dok čl. 71 st. 2. SSP nalaže *obaveznu* ocjenu protivpravnosti na osnovu prakse evropskog Suda. Ovakav pravni stav našeg zakonodavca u mnogome podsjeća na praksu Ustavnog suda Mađarske, u vrijeme kada je kao država kandidatkinja bila u ugovornom odnosu sa EU putem sporazuma o pridruživanju. Tada je Ustavni sud Mađarske utvrdio da čl. 62 st. 2 Sporazuma o pridruživanju Mađarske i EU koji formulacijom odgovara čl. 71 st. 2 SSP-a BiH i EU, predstavlja „neustavni transfer legislativnog ovlaštenja, kao dijela državnog suvereniteta na drugo suvereno tijelo“, pa se kriterijumi navedeni u ovom članu ne mogu neposredno primijeniti, ali se moraju „uzeti u obzir“.¹⁰

3. Činjenično stanje presude ASA Auto

Preduzeće ASA Auto je kao ekskluzivni uvoznik Volkswagen (VW) vozila za Bosnu i Hercegovinu sa preduzećem M.R.M. potpisao pismo namjere u 2007. godini u kojem je M.R.M. preuzeo obaveze izgradnje prodajno-servisnog salona, skladišta za originalne dijelove vozila marke VW i poštivanja daljnjih instrukcija i smjernica. Ispunjenjem obaveza iz Pisma namjere M.R.M. stiče pravo na zaključenje Ugovora o servisiranju i prodaji vozila marke VW, a time i

⁸ R. Vukadinović, *Neposredna primjena Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju - Usklađivanje domaćeg prava sa pravnim tekovinama Evropske unije*, Pravni život, 12/2010, s. 425.

⁹ *Sl. gl. BiH*, br. 48/05; izmjene *Sl. gl. BiH*, br. 76/07 i br. 80/09.

¹⁰ R. Vukadinović (bilj. 8), s. 425 i dalje.

status ovlaštenog trgovca za vozila VW u BiH. Nakon što je preduzeće M.R.M., ispunjavajući obaveze iz pisma namjere, izgradilo poslovni objekat, dobilo upotrebnu dozvolu za rad od nadležnih općinskih organa, nabavilo propisanu opremu i izvršenu obuku osoblja koje treba raditi u salonu i servisu po naloženom planu obuke, ASA Auto je odbilo da zaključi navedeni ugovor obrazlažući da je M.R.M. protivno odredbama u pismu namjere upotrebljavalo zaštitni znak VW i vršilo reklamiranje prije zaključenja ugovora. U pismima namjere koje je ASA Auto zaključio sa drugim ovlaštenim trgovcima, nisu postojale slične odredbe koje ograničavaju upotrebu zaštitnog znaka VW i reklamiranje prije zaključenja ugovora.

Preduzeće M.R.M. je u julu 2008. godine podnijelo zahtjev pred Konkurencijskim vijećem, tražeći da Konkurencijsko vijeće naloži preduzeću ASA Auto zaključivanje Ugovora o prodaji i servisiranju proizvoda marke Volkswagen. Konkurencijsko vijeće utvrdilo je da je ASA Auto zloupotrijebilo dominantan položaj na tržištu suprotno čl. 10 st. 2 (b) i (c) ZK, zatim naložilo zaključivanje Ugovora o prodaji i servisiranju proizvoda marke Volkswagen sa preduzećem M.R.M., te izreklo novčanu kaznu u iznosu od 150.000,00 KM.¹¹ Konačnu presudu u upravnom sporu donijelo je Apelaciono odjeljenje Suda BiH u martu 2012. godine, koja će u nastavku biti detaljno razmotrena.

4. Iz obrazloženja presude Apelacionog upravnog vijeća Suda BiH

Kao što je prethodno navedeno, u datom slučaju Apelaciono upravno vijeće moralo je utvrditi da li je ASA Auto privredni subjekt, koji ima dominantan položaj na tržištu i u potvrdnom da li je taj položaj zloupotrijebio protivno odredbama ZK. U nastavku će se predstaviti obrazloženje Apelacionog vijeća Suda BiH u svijetlu navedenih uslova koji će biti detaljnije objašnjeni.

4.1. Privredni subjekt

Sud EU u svojoj praksi ne koristi termin privredni subjekt nego termin preduzeće. Pri tome se ovaj termin ne treba shvatati prema značenju koji ima u državama članicama, nego se tumači autonomno prema pravu konkurencije EU. Prema praksi Suda EU pod preduzećem se podrazumijeva svaka jedinica koja vrši privrednu djelatnost, neovisno o njegovom pravnom obliku ili načinu finansiranja.¹² Pojam „privredne djelatnosti“ shvata se funkcionalno i time široko.¹³ Pod privrednom djelatnošću prema stalnoj praksi Suda EU smatra se svaka djelatnost koja se sastoji u tome da se roba ili usluge nude na određenom tržištu.¹⁴ Stoga su obuhvaćene kako fizičke osobe, ukoliko nisu potrošači ili uposlenici¹⁵, tako i pravna lica bilo privatnog bilo javnog prava.

¹¹ Konkurencijsko vijeće, rješenje od 21. 07. 2009, br. 01-06-26-027-140-II/08, dostupno na: <http://www.bihkonk.gov.ba/ba/index.html>

¹² Sud EU, 23. 04. 1991, C-41/90, Klaus Höfner i Fritz Elser/Macrotron GmbH (Höfner i Elser), 1991, I-1979, tačka 21.

¹³ A. Haratsch/CH. Koenig/M. Pechstein, *Europarecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010, s. 521.

¹⁴ Opći sud EU, 01. 07. 2009, povezani predmeti T-81/07, T-82/07 i T-83/07, Jan Rudolf Maas i dr./Komisija (Jan Rudolf Maas), 2009, tačka 178.

¹⁵ Sud EU, 16. 09. 1999, C-22/98, Krivični postupak protiv Jean Claude Becu, Annie Verweire, Smeg NV i Adia Interim NV (Becu), 1999, I-5665, tačka 26.

ZK BiH u čl. 1 koristi termin „privrednog subjekta“ kojeg definiše kao pravno i fizičko lice koja se posredno ili neposredno bave proizvodnjom, prodajom roba i pružanjem usluga učestvuju u prometu roba i usluga. Kada zanemarimo očiglednu gramatičku grešku u definiciji, vidimo da definicija sadržajno odgovara praksi Suda EU. To potvrđuju i primjeri privrednih subjekata nabrojani u čl. 1 ZK BiH poput privrednih društava, udruženja poduzetnika, državnih organa, udruženja, sportskih organizacija, zadruga i sl.

Niti Konkurencijsko vijeće niti Sud BiH u odluci *ASA Auto* nisu se zasebno bavili pitanjem privrednog subjekta, jer Društvo za zastupanje i trgovinu ASA Auto organizovano u pravnom obliku društva sa ograničenom odgovornošću nesporno ispunjava uslove široke definicije privrednog subjekta iz čl. 1 ZK.

4.2. Dominantan položaj na tržištu

Ispitivanje dominantnog položaja privrednog subjekta na tržištu vrši se u dva koraka: prvo se ispituje relevantno tržište, a zatim položaj privrednog subjekta u pitanju na tako određenom relevantnom tržištu.

Pojam relevantnog tržišta obuhvata relevantno tržište proizvoda i relevantno geografsko tržište. Komisija je u svom obavještenju o definiciji relevantnog tržišta¹⁶ bliže objasnila način na koji se trebaju shvatati pojmovi tržišta proizvoda i geografskog tržišta, što je u domaće pravo implementirano Odlukom Konkurencijskog vijeća BiH o utvrđivanju relevantnog tržišta¹⁷.

Relevantno tržište proizvoda primarno se definiše sa aspekta potražnje. Prema praksi Suda EU relevantno tržište proizvoda obuhvata sve proizvode ili usluge koji su zbog svojih karakteristika posebno prikladni za zadovoljenje jednake potrebe, a koji su sa drugim proizvodima samo u maloj mjeri zamjenjivi.¹⁸ Prema mišljenju Komisije, u obliku usvojenom u čl. 4 Odluke o relevantnom tržištu, relevantno tržište proizvoda obuhvaća sve proizvode koje potrošači i/ili korisnici smatraju međusobno zamjenjivim, pod prihvatljivim uslovima, imajući u vidu naročito njihove bitne karakteristike, kvalitet, uobičajenu namjenu, način upotrebe, uslove prodaje i cijene. Prema tome, faktor koji najsnažnije određuje relevantno tržište proizvoda je zamjenjivost potražnje.¹⁹ Privredni subjekt sebi neće dozvoliti da značajnije utiče na proizvod, npr. povećavanjem cijene ili smanjenjem kvaliteta proizvoda, ukoliko su kupci u situaciji da pređu na alternativni proizvod drugog ponuđača. Stoga relevantno tržište proizvoda podrazumijeva sve stvarne alternativne ponude koje kupcu kao potražnji stoje na raspolaganju.²⁰ Klasični primjer iz prakse Suda EU predstavlja slučaj *United Brands*²¹ u kojem je Sud EU morao odlučiti da li tržište banana predstavlja zasebno tržište ili se može smatrati zajedničkim tržištem sa ostalim

¹⁶ Komisija, Obavještenje o definiciji relevantnog tržišta u smislu prava konkurencije Evropskih Zajednica, *Sl. list EU* 1997, C 372/5.

¹⁷ Konkurencijsko vijeće, Odluka od 24. 01. 2006. godine, *Sl. gl. BiH*, br. 18/06.

¹⁸ Sud EU, 21. 02. 1973, 6/72, *Europemballage Corporation i Continental Can Company Inc./Komisija (Europemballage)*, 1973, s. 215, tačka 32.

¹⁹ Komisija, Obavještenje o definiciji relevantnog tržišta u smislu prava konkurencije Evropskih Zajednica, *Sl. list EU* 1997, C 372/5, tačka 13.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Sud EU, 14. 02. 1978., 27/76, *United Brands Company i United Brands Continentaal BV/Komisija (United Brands)*, 1978, s. 207, tačka 23 i dalje; Prevod presude dostupan u M. Stanivuković, *Sud Evropske unije i pravo konkurencije*, Beograd 2010, 81.

svježim voćem poput jabuka, breskvi, jagoda i sl. Sud EU je odlučio da su banane između ostalog zbog svog ukusa, mekoće, nesadržavanja košpica i jednostavnog načina konzumiranja prikladne da zadovolje stalnu potrebu značajne skupine stanovništva koju čine djeca, stari i bolesni. Zbog toga su banane samo u ograničenoj mjeri zamjenjive sa drugim svježim voćem i čine zasebno tržište proizvoda.²² Dalje je značajno da je u ovom slučaju Sud EU prvi put primijenio test „unakrsne elastičnosti cijene“.²³ Visoka unakrsna elastičnost postoji ukoliko povećanje cijene jednog proizvoda dovodi do toga da se kupci okreću ka kupovini drugog proizvoda, kada dolazimo do zaključka da oba proizvoda čine jedinstveno tržište proizvoda.²⁴ Test „unakrsne elastičnosti cijene“ izričito je propisan u čl. 8 st. 2 Odluke o relevantnom tržištu, prema kojem se zamjenjivost proizvoda može razumno predvidjeti ako se veći broj potrošača (kupaca) relevantnog proizvoda preorijentiše na drugi proizvod, ili drugog dobavljača jednakog (sličnog) proizvoda, kao reakciju na hipotetički malo, 5% - 10%, ali trajno povećanje cijena relevantnog proizvoda. Na ovom mjestu se mora izraziti generalna kritika formulacije u odredbi Odluke o relevantnom tržištu. Jer, u propisu se nalaze standardi poput „razumno predvidjeti“ i „veći broj potrošača“, koji su pravnim sredstvima teško mjerljivi, a ne nalaze se u Obavještenju Komisije o relevantnom tržištu iz kojeg je formulacija preuzeta.²⁵ Također, test nije do kraja opisan. Naime, u slučaju zamjenjivosti proizvoda u tolikoj mjeri da smanjenje prometa proizvoda provedeno povećanje cijene čini nepodnošljivim, relevantno tržište treba proširivati sve dok malo povećanje cijene (5% - 10%) ne donese dobit. Pretpostavlja se da su nastale poteškoće prilikom preuzimanja odredbi iz Obavještenja Komisije o relevantnom tržištu uzrokovane narativnim i deskriptivnim obavještenjem Komisije, kao formalno neobavezujućem pravnom aktu, na osnovu kojeg je Konkurencijsko vijeće formulisalo pravno obavezujuću odluku.

Apelaciono upravno vijeće potvrdilo je odluku upravnog vijeća Suda BiH,²⁶ u kojoj se konstatuje da je Konkurencijsko vijeće ispravno utvrdilo relevantno tržište u datom slučaju. Konkurencijsko vijeće je kao relevantno tržište predmetnog postupka „utvrdilo tržište veleprodaje proizvoda marke VW ovlaštenim trgovcima na cijeloj teritoriji Bosne i Hercegovine“. Prilikom utvrđivanja relevantnog proizvoda, u sektoru ekskluzivne distribucije, uzelo je u obzir da svaka marka vozila, uključujući rezervne dijelove i dodatnu opremu, ima međusobno značajne razlike i ne može se smatrati zamjenskim proizvodom, te svaka marka vozila ima posebno relevantno tržište, na kojem se trebaju primjenjivati mjere zaštite slobodne tržišne konkurencije. Konkurencijsko vijeće se dodatno pozvalo na čl. 6 Odluke o utvrđivanju relevantnog tržišta, „u smislu zamjenjivosti potražnje i ponude, postojanje potencijalnih tržišnih konkurenata i barijera posebno pravnih i administrativnih za pristup tržištu. Konačno, Konkurencijsko vijeće konstatuje da pored prodaje vozila marke Volkswagen privredni subjekt ASA AUTO distribuirao u Bosni i Hercegovini i vozila marke Škoda, Seat i druga, te da pokriva oko 37-40% tržišta svih novih vozila u Bosni i Hercegovini u 2007. godini.

Iz rješenja Konkurencijskog vijeća, koje je u pogledu relevantnog tržišta potvrđeno u obe instance Suda BiH, proizilazi da je kao relevantno tržište proizvoda utvrđeno „tržište proizvoda marke Volkswagen“. Problem koji postoji kada se kao relevantno tržište proizvoda utvrdi tržište

²² *Ibid*, tačka 34.

²³ I. Brinker, u J. Schwarze (ed.), *EU-Kommentar*, Baden-Baden 2009, Art 82 EGV, tačka 5.

²⁴ P. Đundić, u: R. Etinski et. al, *Osnovi Prava Evropske unije*, Novi Sad 2010, s. 353.

²⁵ Vidi Komisija, Obavještenje o definiciji relevantnog tržišta u smislu prava konkurencije Evropskih Zajednica, *Sl. list EU* 1997, C 372/5, tačka 17.

²⁶ Sud BiH, odluka br. U – 41/09 od 07. 05. 2009.

tačno određene marke, jeste da ekskluzivni uvoznik te marke za određenu državu automatski ima dominantan, čak monopolski položaj na tržištu. Ovdje posebno jasno dolazi do izražaja postavka da što se uže definiše tržište proizvoda, utoliko je više vjerovatno da će proizvođač/trgovac imati dominantan položaj na tržištu. Konkurencijsko vijeće argumentuje u obrazloženju da „svaka marka vozila, uključujući rezervne dijelove i dodatnu opremu, ima međusobno značajne razlike i ne može se smatrati zamjenskim proizvodom“. Tako se ovdje pred Apelacionim upravnim vijećem postavilo veoma aktuelno i složeno pitanje: „da li je marka tržište“?²⁷

Kako Apelaciono upravno vijeće konstatuje „potvrđeno je da prodaja vozila marke Volkswagen, bez obzira na promjenu cijena, ima kontinuirani trend rasta na tržištu Bosne i Hercegovine, te nije došlo do zamjenjivosti potražnje za nekom drugom markom vozila, što potvrđuje da postoje značajne razlike između mjerodavnog tržišta proizvoda vozila marke Volkswagen i drugih marki vozila koja se prodaju u BiH, te se ne mogu smatrati zamjenskim proizvodima.“ Ovdje je Sud BiH primijenio test „unakrsne elastičnosti cijene“ i došao do zaključka da povećanje cijene nije dovelo do preorijentacije potrošača na drugi zamjenski proizvod, zbog čega je zaključilo da vozila marke Volkswagen čine zasebno tržište. Evropska Komisija u relevantnoj praksi konstatuje da je u pogledu vozila sa aspekta ponude dovoljna generalna podjela vozila na lična i komercijalna. Sa aspekta potražnje moguća je podjela relevantnog tržišta prema cijeni i karakteristikama vozila (npr. mala vozila, vozila srednje klase i luksuzna vozila), iako će vozila iste marke većinom imati modele koje pokrivaju sve navedene kategorije.²⁸ Stoga Evropska Komisija pitanje marke kao zasebnog tržišta proizvoda ostavlja otvoreno.²⁹ U svom Obavještenju o definiciji relevantnog tržišta Komisija navodi da se prilikom određivanja zamjenjivosti proizvoda treba uzeti u obzir i lojalnost potrošača prema određenoj marki³⁰. Nasuprot tome, u praksi nacionalnih sudova, npr. u Austriji³¹ i Švicarskoj³², u slučajevima ekskluzivnih uvoznika određene marke vozila, tržišta određene marke vozila smatra se relevantnim tržištem proizvoda. U susjednoj Hrvatskoj, također u pogledu generalnog uvoznika marke vozila Volkswagen, u predmetu u kojem je konačnu odluku donio Ustavni sud Hrvatske, kao relevantno tržište određeno je tržište proizvoda vozila marke Volkswagen.³³ U istoj odluci Ustavni sud Hrvatske potvrdio je da na osnovu čl. 70 SSP nacionalni organi mogu tumačiti nacionalne propise o konkurenciji u svijetlu Prava EU i prije stupanja na snagu SSP.

Za razliku od relevantnog tržišta proizvoda, određenje relevantnog geografskog tržišta nije zahtijevalo dublju analizu. Kao relevantno geografsko tržište određena je cjelokupna teritorija BiH, odnosno „značajan dio“ njene teritorije na kome su uslovi trgovine relativno ujednačeni i koje se na osnovu toga razlikuje od uslova konkurencije na susjednim geografskim tržištima.

²⁷ M. Dietrich/M. Saurer, „Ist eine Marke ein Markt? - Marktabgrenzung bei selektiven Vertriebssystemen“, ## 2001, ss. 593 i dalje; dostupno na: <https://www.sic-online.ch> (posljednja posjeta 01. 05. 2012).

²⁸ Komisija, 21. 01. 1992, IV/M.182, INCHCAPE/IEP, *Sl. list EU* 1992, C 21/27, tačka 9; Komisija, 04. 02. 1993, IV/M.304, Volkswagen AG /V.A.G. LTD, *Sl. list EU* 1993, C 38/12, tačka 7.

²⁹ Dietrich/Saurer (bilj. 27), s. 610.

³⁰ Komisija, Obavještenje o definiciji relevantnog tržišta u smislu prava konkurencije Evropskih Zajednica, *Sl. list EU* 1997, C 372/5, tačka 28 i dalje.

³¹ U pogledu generalnog uvoznika za auto marke Citroën; Vrhovni sud Austrije, 13. 11. 2007, odluka br. 4Ob148/07d.

³² Rješenje trgovačkog Suda Kantona Aargau, 14. 04. 2000, RPW 2000/3, 478. i dalje.

³³ Ustavni sud Republike Hrvatske, 13. 02. 2008, br. U-III-1410/2007.

Dominantan položaj na tržištu postoji prema čl. 9 st. 1 ZK, koji u velikoj mjeri reflektuje relevantnu praksu Suda EU³⁴, kada se privredni subjekt na relevantnom tržištu zbog svoje tržišne snage može ponašati u značajnoj mjeri nezavisno od stvarnih ili mogućih konkurenata, kupaca, potrošača ili dobavljača. Postojanje dominantnog položaja na tržištu proizvoda određene marke, kada se radi o ekskluzivnom uvozniku proizvoda te marke za određeno geografsko tržište, suvišno je ispitivati. Utoliko je zanimljivije da je Konkurencijsko vijeće, nakon što je kao tržište proizvoda uspostavilo tržište proizvoda marke Volkswagen, konstatovalo da pored prodaje vozila marke Volkswagen privredni subjekt ASA AUTO distribuirao u Bosni i Hercegovini i vozila marke Škoda, Seat i druga, te pokriva oko 37,0-40,0% tržišta svih novih vozila u Bosni i Hercegovini u datoj godini. Naime, prema mišljenju Komisije³⁵, a i mišljenju nauke³⁶, udio u tržištu od oko 40,0% sam po sebi nosi određenu težinu u korist postojanja dominantnog položaja u tržištu. Prema čl. 9 st. 2 ZK udio u relevantnom tržištu veći od 40,0% već stvara zakonsku pretpostavku u korist postojanja dominantnog položaja na tržištu. Stoga je u konkretnom slučaju, uz ispitivanje ostalih uslova, moglo biti dovoljno kao relevantno tržište proizvoda utvrditi tržište svih novih vozila.

4.3. Zloupotreba dominantnog položaja na tržištu

Kako i samo Apelaciono upravno vijeće Suda BiH ispravno navodi u odluci, dominantan položaj na tržištu nije sam po sebi zabranjen, već samo njegova zloupotreba. Dalje, Sud BiH argumentuje kako je ASA Auto stekao status jedinog ovlaštenog/ekskluzivnog uvoznika proizvoda marke Volkswagen, pa navedena vozila privredni subjekti iz BiH ne mogu nabavljati, niti uvesti radi daljnje prodaje samostalno, već isključivo posredstvom tužitelja. Stoga ASA Auto ima posebnu odgovornost i obavezu u smislu odredbi Zakona o konkurenciji i podzakonskih akata, jer svojim djelovanjem može direktno uticati na ograničavanje, narušavanje i sprečavanje tržišne konkurencije. Apelaciono upravno vijeće Suda BiH naročito je uzelo u obzir dvije činjenice: 1. da je preduzeće M.R.M. poslovalo sa preduzećem ASA Auto putem pisma namjere, a njime su utvrđena osnovna prava i obaveze ugovornih strana, tj. da su ASA Auto i M.R.M. već stupili u poslovni odnos; 2. da je većina distributera na području BiH poslovala putem pisma namjere i nakon ispunjavanja utvrđenih uslova iz istog, zaključila sa tužiteljem ugovore o prodaji i servisiranju proizvoda marke VW, tj. da su drugi distributeri u istoj situaciji zaključili ugovore o prodaji i servisiranju proizvoda, dok je ASA Auto sa M.R.M. prekinula poslovni odnos. Kao razlog za prekid poslovnog odnosa ASA Auto navelo je da je M.R.M. bez prethodne dozvole upotrebljavao zaštitni znak VW i vršio reklamiranje prije zaključenja ugovora. Na osnovu navedenog ponašanja Sud BiH utvrdio je zloupotrebu dominantnog položaja na tržištu veleprodaje proizvoda marke Volkswagen ovlaštenim trgovcima u BiH, ograničavanjem tržišta i primjenom različitih uslova prema privrednom subjektu M.R.M., za istu ili sličnu vrstu poslova u odnosu na ostale ovlaštene trgovce koji vrše prodaju i servisiranje proizvoda marke Volkswagen u BiH u skladu sa čl. 10 stav 2 b) i c) Zakona o konkurenciji. Pri tome čl. 10 st. 2 b) zabranjuje

³⁴ Sud EU, 13. 02. 1979, 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG/Komisija (Hoffmann-La Roche), 1979, s. 461, tačka 38.

³⁵ Komisija, Objašnjenje prioriteta Komisije prilikom primjene čl. 82. Ugovora o Evropskim zajednicama na slučajeve zloupotrebe putem isključivanja, *Sl. list EU* 2009, C 45/7, tačka 14 i dalje.

³⁶ R. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Kragujevac 2008, s. 360; V. Šoljan, D. Tomić i dr, *Evropsko tržišno pravo*, Zagreb 2006, s. 107; Haratsch/ Koenig/ Pechstein (bilj 13) s. 546; Đundić (bilj 24), s. 350.

ograničavanje proizvodnje, tržišta ili tehničkog razvoja na štetu potrošača, dok čl. 10 st. 2 c) zabranjuje diskriminaciju trgovaca u pogledu iste ili slične vrste poslova.

Generalno, svako preduzeće, pa i ono sa dominantnim položajem na tržištu, slobodno je u izboru svog ugovornog partnera.³⁷ Zbog toga odbijanje poslovnog odnosa i dostave proizvoda samo pod određenim, usko definisanim uslovima predstavlja zloupotrebu dominantnog položaja. Pri tome treba razlikovati da li preduzeće odbija da uđe u poslovni odnos sa nekim drugim preduzećem, ili prekida već postojeći poslovni odnos. S obzirom da prekid već postojećeg odnosa predstavlja aktivnu izmjenu postojeće situacije na tržištu, u takvom slučaju lakše je uspostaviti zloupotrebu dominantnog položaja na tržištu, nego u slučaju odbijanja uspostave novog poslovnog odnosa.³⁸

Utoliko je značajno da je u navedenom slučaju Sud BiH utvrdio da je poslovni odnos između ASA Auto i M.R.M. postojao, da je, zatim, prekinut od strane preduzeća koje ima dominantan položaj na tržištu. Tako prekid postojećeg poslovnog odnosa od strane preduzeća koje ima dominantan položaj na tržištu predstavlja zloupotrebu, ukoliko nije objektivno opravdan i ako ne odgovara načelu proporcionalnosti.³⁹ Kao razlog opravdanja u datom slučaju navedeno je da je M.R.M. suprotno odredbama pisma namjere upotrebljavao zaštitni znak VW i vršio reklamiranje prije zaključenja ugovora. Međutim, kako je Sud BiH utvrdio u pismima namjere potpisanim sa drugim ovlaštenim trgovcima, nisu postojali jednaki uslovi u pogledu korištenja znaka VW i reklamiranja prije zaključenja ugovora. Kao primjer je navedena tačka 10 Pisma namjere zaključenog sa privrednim subjektom NIPEX d.o.o Tuzla, kome je omogućeno korištenje zaštitnog znaka VW, dok je korištenje tog istog znaka za M.R.M. bio razlog za odustajanje od Pisma namjere. Stoga je razlog opravdanja koji ASA Auto navodi diskriminirajući, te se raskid ne smatra objektivno opravdanim.

Tako je ASA Auto raskidom poslovnog odnosa istovremeno ograničilo tržište na štetu potrošača u smislu čl. 10 st. 2 b) ZK i diskriminiralo M.R.M. u odnosu na druge ovlaštene trgovce u smislu čl. 10 st. 2 c) ZK. Naime, kako je Sud BiH zaključio, na taj način su u neravnopravan i diskriminatorni položaj dovedeni kandidati za buduće ovlaštene trgovce, a samim tim dolazi do narušavanja slobodne konkurencije zloupotrebom dominantnog položaja distributera na tržištu primjenom različitih uslova za istu ili odgovarajuću vrstu poslova sa različitim preduzećima-distributerima.

Konačno, Sud BiH se posebno osvrće na obavezu zaključenja ugovora sa M.R.M. Očigledno je poštivanje načela autonomije volje u ugovornom pravu navela Sud BiH da zasebno opravda obavezu zaključenja ugovora, iako to u ovom slučaju nije bilo potrebno. Naime, obaveza zaključenja ugovora u datom slučaju proizilazi iz već uspostavljenog poslovnog odnosa, čiji prekid treba opravdati preduzeće koje ima dominantan položaj na tržištu, a ne radi se o odnosu koji treba tek biti započet. Obaveza preduzeća da stupi u ugovorni odnos sa drugim preduzećem može postojati samo ako je njegov položaj na tržištu takav da u potpunosti kontrolišu pristup datom tržištu, i zbog toga nove učesnike može spriječiti u pristupanju tržištu. Ipak, argumentacija Suda BiH u pogledu obaveze zaključenja ugovora od posebnog su značaja, jer se Sud BiH ovdje izričito pozvao na čl. 43 ZK koji propisuje da se „u svrhu ocjene datog slučaja, može koristiti

³⁷ Sud EU, 14. 02. 1978, 27/76, United Brands Company i United Brands Contineental BV/Komisija (United Brands), 1978, s. 207, tačka 184.

³⁸ Ch. Jung, u: E. Grabitz/M. Hilf, *Das Recht der Europäischen Union-Kommentar*, München 2009, Art 82 EGV, tačka 153.

³⁹ I. Brinker, u: J. Schwarze (ed.), *EU-Kommentar*, Baden-Baden 2009, Art 82 EGV, tačka 36.

sudskom praksom Europskog suda pravde i odlukama Evropske komisije“. Nakon toga, Sud BiH navodi četiri uslova koja moraju biti ispunjena da bi za preduzeće nastala obaveza zaključenja ugovora:

1. davanje licence je za drugog privrednika nužno kako bi mogao pristupiti i ostati na utvrđenom relevantnom tržištu;
2. postoji rizik isključenja efikasne konkurencije ukoliko se licenca ne izda;
3. budući negativan uticaj na tehnički razvoj u toj oblasti na štetu potrošača (nedavanjem licence nema konkurencije između preduzeća, pa stoga ne postoji potreba izdavača licence da dalje unapređuje tehnologiju zbog čega potrošači ne mogu dobiti kvalitetnije usluge); i
4. ne postoji objektivno opravdanje za neizdavanja licence.

Iako Sud BiH ne navodi izričito na koju praksu Suda EU se poziva, uslovi koje navodi su stalna praksa Suda EU najjasnije izražena u odluci *IMS Health*.⁴⁰

Dakle, obaveza na zaključenje ugovora može postojati samo ako je položaj preduzeća na datom tržištu takav da druga preduzeća samo putem njega mogu dobiti pristup tržištu, što je Sud BiH u datom slučaju ocijenio ispunjenim. Sud BiH dalje obrazlaže da tada iz faktičkog monopolskog položaja može nastati obaveza zaključenja ugovora, jer u suprotnom, drugo preduzeće ne može ni na koji način da pristupi tržištu. Stoga zaključuje da u takvom slučaju diskriminacija nekog preduzeća može opravdati nalog za zaključenjem ugovora bez diskriminacije.

5. Značaj odluke Suda BiH u predmetu *ASA Auto*

U predmetu *ASA Auto*, Sud BiH našao se pred izazovom rješavanja nekoliko pitanja koja čak u praksi Suda EU, Komisije kao i nacionalnih organa nadležnih za nadzor nad tržištem u državama članicama EU nisu nesporna. Položaj Suda BiH utoliko je teži što pravo konkurencije u BiH predstavlja još uvijek mladu granu prava sa slabo razvijenom sudskom praksom. Utoliko Sud BiH sa ovom presudom čini veliki korak prema uspostavljanju nivoa zaštite slobode konkurencije, kakav nalažu i ZK i SSP. Na kraju se treba podsjetiti na tri najznačajnija aspekta odluke Suda BiH u predmetu *ASA Auto*:

1. Sud BiH na osnovu čl. 43 Zakona o konkurenciji neposredno se pozvao na praksu Suda EU i Evropske Komisije. Primjena prakse Suda EU i Komisije istovremeno predstavlja i obavezu koja za domaće organe proizilazi iz čl. 72 st. 2 Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju.
2. Sud BiH potvrdio je rješenje Konkurencijskog vijeća prema kojem proizvod određene marke može predstavljati relevantno tržište proizvoda. Time ekskluzivni uvoznici proizvoda te marke za relevantno geografsko tržište, automatski imaju ne samo dominantan, nego monopolistički položaj na relevantnom tržištu proizvoda.

⁴⁰ Sud EU, 29. 04. 2004, C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG/NDC Health GmbH & Co. KG (IMS Health)*, 2004, I-5039, tačka 52; vidi i odluku Komisije od 24. 03. 2004, COMP/C-3/37.792 (*Microsoft*), tačka 428; Vidi L. Henning /P. Stephanie, *IMS Health vs. Microsoft - Befindet sich die Kommission bei kartellrechtlichen Zwangslizenzen (erneut) auf Konfrontationskurs mit dem EuGH?*, *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht* 2005, 112 i dalje.

3. Zloupotreba dominantnog položaja na tržištu može za privredni subjekt, koji ima takav položaj na tržištu, proizvesti obavezu na zaključenje ugovora sa drugim privrednim subjektom, i opravdati narušavanje autonomije volje kao osnovnog načela ugovornog prava.