

Miloš Trifković

**ODREĐIVANJE MONOPOLISTIČKIH SPORAZUMA
U PRAVIMA BOSNE I HERCEGOVINE I
EVROPSKE UNIJE**

**DEFINING MONOPOLISTIC AGREEMENTS
IN LAWS OF BOSNIA AND HERZEGOVINA AND
EUROPEAN UNION**

Sažetak

Sadašnje bosanskohercegovačko pravo konkurencije je po konceptu, izvorima, strukturi, institucijama i značaju antitrustovskog prava potpuno podudarno sa osnovnim modelom koji postoji u uporednom pravu. Antimonopolske odredbe bh. Zakona o konkurenciji iz 2005. i podzakonskih akata Konkurencijskog vijeća donesene su po ugledu na Sporazum o Evropskoj uniji (TEU) i na sekundarne izvore prava Evropske unije. Ovaj rad prvenstveno ispituje stepen pravno-tehničke harmonizacije između BiH i EU pri određivanju monopolističkih sporazuma. U toj oblasti autor je utvrdio tri manje i jednu značajnu neusaglašenost. Bitna razlika je alternativni pristup EU i kumulativni pristup BiH u tretmanu preduslova za zabranu monopolističkih sporazuma. Član 85 (1) TEU zabranjuje sporazume koji kao svoj „predmet ili posljedicu“ imaju negativan uticaj na konkurenciju, dok čl. 4 (1) bh. Zakona o konkurenciji zabranjuje sporazume koji kao „cilj i posljedicu“ imaju sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje konkurencije. Kumulativni pristup bitno ograničava primjenu bh. prava i mora biti promijenjen što je prije moguće.

Ključne riječi: *pravo, Bosna i Hercegovina, Evropska unija, konkurencija, relevantno tržište, monopolistički sporazumi, Pravilo razuma, izuzeća, de minimis*

Summary

Present BH competition law is by concept, sources, structure, institutions and importance of antitrust fully comparable with the basic model existing in the comparative law. Antitrust provisions of BH Competition Act 2005 and Competition Council regulations are drafted after TEU and secondary sources of EU law. The paper primarily examines degree of technical harmonization between BH and European Union in determining monopolistic agreements. In this ambit author found three minor and one substantial disparity. Crucial difference is EU alternative and BH cumulative treatment of prerequisites for prohibition of monopolistic agreements. Art. 85 (1) TEU prohibits agreements which have as their “object or effect” negative impact on competition, while Art. 4 (1) of BH Competition Act prohibits only agreements which as “object and effect” have prevention, restriction or distortion of competition. Cumulative approach is essentially limiting scope of application of BH law and should be changed as soon as possible.

Key words: law, Bosnia and Herzegovina, European Union, competition, relevant market, monopolistic agreements, Rule of reason, exemptions, *de minimis*

I. Uvodne napomene

1. Historijat

1. Monopolistički sporazumi su prvi i najtipičniji oblik djelovanja preduzeća na sprečavanju, ograničavanju i narušavanju slobodne i fer utakmice. Njihovom suzbijanju je bio posvećen Sherman Act iz 1890. koji označava rađanje prava konkurencije u SAD-u. Od tada je ova grana prihvaćena u svim modernim pravnim porecima¹, uključujući i one koji su stvoreni na supranacionalnom regionalnom nivou. Pravo EU je najvažniji rezultat ovoga procesa na međunarodnom nivou. Kraj XX i početak ovog vijeka

¹ Historijat vidjeti kod: Trifković dr. Miloš: *Pravo konkurencije*, Svjetlost, Sarajevo, 1980, str. 25-41 (Dalje će se citirati kao Trifković, Pravo konkurencije).

obilježavaju i pokušaji da se monopolističko djelovanje pravno uredi i na globalnom nivou² i rasprave o njihovoj oportunisti.³

Razvoj regulisanja konkurencije doveo je i do proširenja prava konkurencije. Bez obzira na razlike u pojedinim porecima, nesumnjivo je da u predmet prava konkurencije danas ulaze dva osnovna instituta: monopolističko djelovanje i nelojalna utakmica.⁴ Time je pod zakonsku zaštitu stavljeno shvaćanje da nema slobodne bez lojalne, fer utakmice, niti lojalne konkurencije ako ona nije slobodna. Svaka od dvije osnovne komponente predmeta prava konkurencije ima i samostalan pravni razvitak. Za monopolističko djelovanje su karakteristični stvaranje instituta zabrane zloupotrebe dozvoljenog monopolističkog položaja, kontrola koncentracija kao preventivni instrument i široka gama specijalno regulisanih sektora privrede od posebnog društvenog interesa.

2. Historijat prava konkurencije u BiH se može smatrati poznatim.⁵ Sadašnja faza formalno počinje donošenjem novog Zakona o konkurenciji 2001. godine.⁶ Ovaj akt je bio potpuno neuspjao pokušaj prenošenja prava konkurencije Evropske unije u bh. sistem. Zbog toga se pristupilo izradi potpuno novog zakona pod istim nazivom. Važeći Zakon o konkurenciji (dalje: ZoK i ZoK/05) stupio je na snagu 2005. godine.⁷

² Vidjeti: Trifković dr. Miloš: *Međunarodno poslovno pravo*, Ekonomski fakultet u Sarajevu, Sarajevo 2001, Dio peti: „Pravo konkurencije u međunarodnom prometu“, str. 459-477 (dalje: Trifković, Međunarodno poslovno pravo).

³ Vidjeti: Michael J. Trebilcock – Robert Howse, *The Regulation of International Trade*, Routledge. London and New Yourk, 3rd Ed. 2005, str. 608-609 naročito. Na str. 608 se nalazi podatak da oko 50 članica WTO-a uopšte nema antitrustovsko zakonodavstvo, dok ga veliki broj članica ima samo na papiru.

⁴ O različitom tretmanu nelojalne utakmice u uporednom pravu vidjeti: Trifković dr. Miloš: *Nelojalna utakmica*, Svjetlost, Sarajevo, 1990, str. 25-81 (dalje: Trifković, Nelojalna utakmica).

⁵ Trifković, *Pravo konkurencije*, str. 34-44; Trifković: *Nelojalna utakmica*, str. 12-25; Trifković dr. Miloš, *Nova struktura prava konkurencije u Bosni i Hercegovini*, Zbornik radova sa Međunarodnog savjetovanja „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Neum 6-8 lipnja 2003, str. 65-90 (dalje: Trifković, *Nova struktura...*).

⁶ Sl. gl. BiH 30/01.

⁷ Sl. gl. BiH 48/05.

Paralelno sa donošenjem novog ZoK teklo je još nekoliko značajnih aktivnosti. Prva je donošenje zakona koji su regulisali konkurenciju u sektorima od posebnog društvenog interesa: prenos i trgovina električnom energijom, pružanje usluga operatera željezničkog saobraćaja, davanje nerezervisanih poštanskih usluga i usluga u oblasti elektronskih komunikacija. Druga je izrada i usvajanje zakona o zaštiti potrošača i o pravima intelektualne svojine. Na trećem, iako ne najmanje važnom mjestu, nalazi se formiranje Konkurencijskog vijeća i početak njegovog rada, naročito na donošenju podzakonskih akata. Četvrto, stupili su na snagu propisi u oblastima koje bitno utiču na stanje i politiku konkurencije, iako same po sebi ne spadaju u pravo konkurencije. To su: javne nabavke i nadzor nad tržištem. Državna pomoć i državne subvencije su jedina oblast neposredno vezana za uslove konkurencije, koja još nije regulisana novim propisima. Rad na njihovom donošenju je u toku.⁸ Napokon, izuzetno značajan poticaj pravu konkurencije u ovoj fazi dalo je otvaranje pregovora o Sporazumu o stabilizaciji i pridruživanju (SAA) između EU i BiH.

Dosadašnji rezultati ove faze razvoja bh. prava konkurencije su impresivni. Doneseni su najvažniji zakonski i podzakonski akti. Stvoren je sistem koji je u modelu analogan većini modernih pravnih poredaka. Bh. pravo konkurencije je formulisano i funkcioniše na državnom nivou. Pravo konkurencije je organski povezano sa ostalim komplementarnim granama (statusno, pravo industrijske svojine i intelektualnog vlasništva, zaštita potrošača, krivično pravo itd.). Zabrana monopolističkog djelovanja je postala centralna os cijelog sistema zaštite konkurencije. Zato je posebno važno što je upravo u tom dijelu izvršena značajna harmonizacija domaćeg sa pravom EU. Očito je da će u budućnosti težište rada biti premješteno iz legislative na primjenu instituta prava konkurencije kroz administrativnu i sudsku praksu. Ovakav zaključak zahtijeva da se odmah pređe na razmatranje pravno-tehničkih pitanja.

⁸ CARDS projekt EU: „Podrška za konkurenciju i državnu pomoć BiH“, predstavljen maja 2006.

2. Metodološke odrednice

1. Monopolističko sporazumijevanje je klasičan institut prava konkurencije. Upravo zbog toga se kroz pravna rješenja o pojmu, zabrani ili dopuštenosti monopolističkih sporazuma najbolje sagledavaju stavovi nacionalnih prava o usvojenom konceptu, funkcijama i politici konkurencije. Obzirom na SAA pregovore, koji su u toku, trenutno je i kod monopolističkih sporazuma najvažniji problem utvrđivanje odnosa domaćeg sa pravom EU.

Zahtjev harmonizacije bh. prava sa *acquis communautaire* kao cilj rada nameće procjenu stanja i kvaliteta regulative monopolističkog sporazumijevanja u ZoK u svjetlu prava EU. Obzirom na dostignuti stepen razvoja bh. prava konkurencije, osnovano je pretpostaviti da je izvršena značajna, mada ne i potpuna recepcija rješenja EU u ovoj oblasti. Objašnjenja i ocjena razlika se moraju dati imajući u vidu veličinu i strukturu tržišta BiH i EU, nacionalni i supranacionalni karakter regulative i pravno-tehničke specifičnosti svakog od ova dva poretka.

2. Postavljena hipoteza dozvoljava da se kao objekt posmatranja uzmu samo pravni poreci BiH i EU. Ovo ograničenje je opravdano i činjenicom da je pravo EU u velikoj mjeri ujednačilo rješenja sistema država članica o monopolističkom sporazumijevanju. U predmetnom smislu ćemo se ograničiti jedino na određivanje monopolističkih sporazuma u izvorima prava BiH i EU. Pri tome specijalno regulisani sektori neće biti ispitivani.⁹ Pošto su najvažnije političke i pravno-političke dileme riješene, dogmatična, sistemska i uporedna metoda će biti dovoljne za ostvarivanje ciljeva rada.

⁹ Za specijalnu regulativu sektora prometa električne energije i telekomunikacija vidjeti: Trifković, *Nova struktura...*, str. 79-81. Konkurencija u sektoru željezničkog saobraćaja je uređena Zakonom o željeznicama BiH (Sl.gl. BiH 52/05), a u sektoru poštanskog saobraćaja Zakonom o poštama BiH (Sl.gl. BiH 33/05). Konkurencijske politike i modeli regulirane konkurencije veoma su slični u sva četiri sektora.

II. Izvori prava

1. Ustavi

1. Bosna i Hercegovina je država federalnog tipa sa veoma složenom podjelom nadležnosti.¹⁰ U Federaciji BiH postoje i kantoni sa svojim izvornim ustavnim ovlaštenjima. Pretpostavka nadležnosti u državi postoji u korist entiteta, a u Federaciji u korist kantona.¹¹ Nijedan od 13 ustava u BiH, osim ustava države, ne uređuje pitanje jedinstvenog tržišta.¹² Zbog toga ćemo se zadržati samo na Aneksu IV dejtonskog Opšteg okvirnog sporazuma za mir kao Ustavu BiH i izvoru prava za ovu oblast¹³.

2. Ustav BiH u čl. I. 4. uvodi i obezbjeđuje četiri osnovne slobode kretanja: lica, robe, usluga i kapitala, “širom Bosne i Hercegovine”.¹⁴ Time je stvorena ustavna osnova za načelnu zabranu monopolističkog sporazumijevanja. Od članova Ustava koji posredno utiču na ostvarivanje četiri velike slobode najvažniji su III, VI i VIII.

Donošenje državnih zakona koji su materijalizovali najnoviju fazu razvoja prava konkurencije u BiH omogućeno je najprije primjenom širokog tumačenja odredbi o četiri osnovne slobode, a potom i pozivanjem na međunarodne obaveze BiH, za čije ispu-

¹⁰ Vidjeti: Trifković dr. Miloš: *Rule of Law as a Challenge for Market Economy in the 21st Century – the Case of Bosnia and Herzegovina*, in: “Jubilant Collection of Papers of the Economic Faculty of Sarajevo: “Economic Science Before the Challenges of the XXI Century”, Ekonomski fakultet, Sarajevo, 2002, pp 441-445 naročito.

¹¹ Vidjeti čl. III.3 Ustava BiH i čl. III.4, st. 1 Ustava FBiH.

¹² Vidjeti Amandman VIII na Ustav FBiH (Sl.n. FBiH13/97) i čl. 69 Ustava RS sa kasnijim amandmanima. Ustavi kantona ne sadrže odredbe koje bi se barem posredno mogle shvatiti kao intervencija u domenu jedinstvenog privrednog prostora cijele države.

¹³ Za naša razmatranja pravna priroda Aneksa IV se može zanemariti. Vidjeti npr.: Sienhoo Yee, *The New Constitution of Bosnia and Herzegovina*, 7 EJIL (1996), pp. 176-192, i Gaeta Paolo, *The Dayton Agreement and International Law*, 7 EJIL (1996), pp. 147-153.

¹⁴ Četiri osnovne slobode kretanja su detaljno razmotrene na okruglom stolu Ustavnog suda BiH “Sloboda kretanja u Bosni i Hercegovini”, koji je održan jula 2000. godine.

njenje je odgovorna isključivo država. Pored toga, ustavna osnova za donošenje zakona relevantnih za konkurenciju proširena je prešutnim prihvaćanjem teorije implicitnih ovlaštenja. Ova teorija, preuzeta iz EU, počiva na pretpostavci da država ima ovlaštenja da donosi zakone kad god je to potrebno za ostvarivanje njenih ustavnih odgovornosti, bez obzira što tekst Ustava ne sadrži izričito ovlaštenje za takav postupak.

2. Zakoni

1. Zakoni o konkurenciji su oni u kojima se nalazi *sedes materiae* za regulisanje konkurencije. Neposredno nakon Dejtonskog sporazuma doneseni su na nivou entiteta i države BiH. Ova podjela nosi na sebi i pečat historijskog razvoja državnosti Bosne i Hercegovine. Federacija BiH je usvojila Zakon o trgovini već 1995.¹⁵ Nakon nekoliko izmjena i dopuna 2004. donesen je novi Zakon o trgovini¹⁶ (dalje: ZoTF). Važeći ZoTF je zadržao ne samo prethodni koncept nego i formulacije relevantne za monopolističko sporazumijevanje. Republika Srpska je svoj Zakon o trgovini proglasila 1996. (Sl. glasnik RS 16/96, 52/01 - dalje: ZoTRS). Paralelno sa tim entiteti su donijeli i propise o kontroli cijena i tržišnim inspekcijama.¹⁷ Oba entitetska Zakona o trgovini predstavljaju manje ili više modifikovan Zakon o trgovini bivše SFRJ iz 1990. godine. Zbog toga oni odražavaju privredni sistem, izgled tržišta, politiku konkurencije i pravnu tehniku koji su bili karakteristični za ekonomsko uređenje bivše SFRJ.

Antimonopolska rješenja u entitetskim Zakonima o trgovini su sektorskog karaktera, rudimentarna i neprilagođena pravu EU. Monopolističko sporazumijevanje se definiše kao „odnos između dva ili više trgovaca o uslovima poslovanja koji je usmjeren

¹⁵ Sl. n. FBiH 2/95, 19/96, 14/97.

¹⁶ Sl. n. FBiH 64/04.

¹⁷ FBiH je Zakon o kontroli cijena i Zakon o tržišnoj inspekciji objavila u istim službenim novinama, kao i Zakon o trgovini, tj. u broju 2/95. Republika Srpska je u Sl. gl. RS 8/92 donijela Uredbu o načinu formiranja i kontroli cena na teritoriji RS, koja je naknadnom uredbom stavljena van snage (Sl. gl. RS 35/98). Zakon o tržišnoj inspekciji je donesen 1997. (Sl. gl. RS 10/97 i 52/01).

na narušavanje ili sprečavanje slobodne konkurencije, a kojim se jedan ili više trgovaca dovodi ili može dovesti u povlašteni položaj u odnosu na druge trgovce ili potrošače”.¹⁸ Zakoni navode šest grupa imenovanih slučajeva, bez preciziranja njihovih elemenata i izuzetaka.¹⁹ Odnos generalne klauzule i imenovanih slučajeva nije jasan. Samo se može pretpostaviti da su u pitanju apsolutno (*per se*) nedopušteni imenovani slučajevi. Napokon, ZoTF u čl. 44 navodi grupna izuzeća. Izuzeća su navedena netaksativno i formulisana uopšteno do te mjere da su neprimjenjiva. Pored toga, tumačenjem se može doći do zaključka da grupna izuzeća važe samo za horizontalne sporazume. Na osnovu svega izloženog jasno je da entitetska zakonodavstva nisu sposobna da zadovolje potrebe moderne tržišne ekonomije za regulisanjem monopolističkih sporazuma

2. Donošenje državnog Zakona o konkurenciji 2001. (dalje: ZoK/01) značilo je radikalno pravno-politički zaokret.²⁰ Njegove polazne premise su četiri fundamentalne slobode kretanja iz čl. I.4. Ustava BiH i perspektiva pridruživanja Evropskoj uniji. Najvažnija ograničenja ovoga akta su bila: ustavna podjela nadležnosti između države i entiteta, nizak nivo integriteta ekonomske prostora BiH, nedovoljno razvijene institucije, lociranje zaštite konkurencije i potrošača na nivou entiteta u isti organ - Urede za zaštitu konkurencije i potrošača, veoma oskudna materijalno-pravna regulativa monopolističkog djelovanja, uključujući i novi institut – kontrolu koncentracija, te potpuni izostanak sankcija za antikonkurencijska djela. Entiteti su bili dužni da u roku od tri mjeseca od donošenja ZoK/01 usaglase svoje zakone o trgovini sa novim državnim propisom.²¹ Izgleda da su oba entiteta smatrala da protivrječnosti ne postoje, pa je na ovom nivou organizacije države izostala legislativna intervencija.

Pojam monopolističkih sporazuma u članu 4 ZoK/01 je odgovarao članu 81 (1) TEU. Začuđuje da su grupna izuzeća formulisana tako da važe za sve oblike monopolističkog djelovanja, dakle ne

¹⁸ Čl. 42, st. 2 ZoTF i čl. 36 ZoTRS

¹⁹ Čl. 43 ZoTF i čl. 38 ZoTRS

²⁰ Sl.gl. BiH 30/01

²¹ Član 25, st. 1 ZoK/01

samo za sporazume nego i za zloupotrebu dominantnog položaja i koncentracije.²² Pojedinačna izuzeća i sporazumi male vrijednosti nisu uopšte bili regulisani. Svi navedeni nedostaci ZoK/01 su doveli do izrade potpuno novog državnog Zakona o konkurenciji iz 2005. Za razliku od svoga prethodnika, novi Zakon o konkurenciji je harmoniziran sa antitrustovskim pravom EU. U političkom, institucionalnom i pravnom pogledu novi zakon je potpuno operativan akt.

3. Zakon o konkurenciji iz 2005. godine

1. Naziv novog državnog Zakona o konkurenciji je širi od njegovog isključivo antikartelnog sadržaja. Od četiri viša konkurencijska instituta pozitivnog prava u BiH, ovaj akt uređuje samo jedan – monopolističko djelovanje. Obezbjediavanjem slobode utakmice i nekim formulacijama koje omogućavaju primjenu odredaba o zloupotrebi dominantnog položaja na djela špekulacije iz entitetskih zakona o trgovini, ZoK će odigrati bitnu ulogu u daljem razvoju cjelokupnog prava konkurencije u BiH. Njegova bitna obilježja iznijecemo imajući u vidu prvenstveno monopolističko sporazumijevanje.

Cilj Zakona je “zaštita i promocija tržišne konkurencije u Bosni i Hercegovini”²³ djelovanjem protiv sprečavanja, ograničavanja ili narušavanja konkurencije u privrednim oblastima u kojima ona nije regulisana posebnim propisima. Izuzetno širok krug adresata Zakona, ekstenzivno određivanje načina i učestalosti njihovog djelovanja u prometu robe i usluga, te eksteritorijalno važenje Zakona²⁴ pokazuju da ovaj akt konkurenciju tretira kao društvenu vrijednost *per se*. Uslovi za odobravanje izuzetaka od zabrane konkurentskog djelovanja²⁵ indiciraju da je primarni stav modifikovan funkcionalnim shvaćanjem konkurencije, to jest ublažen sa *Rule of reason*, shodno tehnici prava EU.

²² Vidjeti čl. 7 ZoK/01.

²³ Čl. 1 ZoK.

²⁴ Čl. 2 ZoK.

²⁵ Vidjeti čl. 5-7 za izuzeća od zabrane monopolističkih sporazuma i čl. 18 (3) za uslovno odobrenje koncentracija.

Adresati ZoK su sintetički obuhvaćeni terminom “privredni subjekti”. Njihovo određivanje je šire nego u klasičnoj doktrini poslovnog/trgovačkog prava. U ovu kategoriju su svrstana sva fizička i pravna lica koja posredno ili neposredno učestvuju u prometu robe i usluga. Za podložnost ZoK su bez značaja: svojinški oblik sa kojim subjekt djeluje, sjedište ili prebivalište, javni ili privatni karakter subjekata, djelovanje javnih subjekata *iure imeprii* ili *iure gestionis*, profitni ili neprofitni karakter aktivnosti, poslovna ili pravna samostalnost subjekata (nekontrolisana i kontrolisana lica), te učestalost njihovog pojavljivanja u prometu (jednokratno, povremeno, trajno). U ovakvoj konstelaciji će se kao ključni problem politike konkurencije pojaviti određivanje “posrednog učestvovanja” javno-pravnih subjekata u prometu robe i usluga. Izgleda da je Konkurencijsko vijeće već usvojilo veoma široko shvaćanje posrednog uticaja političko-teritorijalnih jedinica na privredno poslovanje.²⁶

Zakon se primjenjuje ne na cijeloj teritoriji BiH, ali i samo na njenom značajnijem dijelu na kome je konkurencija ugrožena. Ovakvo rješenje ponovo otvara pitanje nadležnosti institucija i sukoba entitetskih sa državnim zakonima. Ipak, za razliku od ZoK/01, važeći zakon ne zahtijeva novo usaglašavanje propisa entiteta.

Pojedini instituti antitrustovskog prava su regulisani po modelu i uz, više ili manje, dosljedno praćenje rješenja primarnih i sekundarnih izvora komunitarnog prava. Nužne ili slučajne razlike između prava BiH i EU postoje. U oblasti monopolističkog djelovanja one će biti razmotrene u ovom radu.

Najveću i najvažniju novinu ZoK/01 predstavljalo je uvođenje institucija za zaštitu konkurencije koje do sada nisu postojale.²⁷ Zakon o konkurenciji iz 2005. zadržava isti institucionalni pristup, ali unosi i značajne novine. Najprije, na nivou

²⁶ Konkurencijsko vijeće je u svome Rješenju od 18.1.2006. zaključio da Vlada Kantona Sarajevo svojim odlukama o subvencioniranju troškova javnog gradskog prevoza u JKP GRAS za određene kategorije lica “posredno učestvuje ili djeluje na tržište” (podvukao M.T.). Vidjeti [http:// www.bih-konk.gov.ba/ba/praksa/praksa1801200602.html](http://www.bih-konk.gov.ba/ba/praksa/praksa1801200602.html)

²⁷ Vidjeti čl. 9 do 24 ZoK/01.

entiteta je zaštita konkurencije odvojena od zaštite potrošača. Dalje, entitetski uredi su samo organizacione jedinice Konkurencijskog vijeća, a ne relativno samostalni uredi koje osnivaju entiteti. Treće, postupak Konkurencijskog vijeća je detaljno regulisan. Napokon, KV je dobilo pravo da izriče sankcije. Rezultat svih navedenih izmjena je administrativni kapacitet Konkurencijskog vijeća koji odgovara zahtjevima domaćeg tržišta i zahtjevima buduće saradnje sa srodnim tijelima unutar EU.

4. Podzakonski akti Konkurencijskog vijeća

1. Konkurencijsko vijeće je počelo sa donošenjem podzakonskih akata još na osnovu ZoK/01. Ova djelatnost je intenzivirana nakon stupanja na snagu novog zakona. Prva grupa ovih izvora reguliše pitanja unutrašnje organizacije i rada Konkurencijskog vijeća. Iako zakon iz 2005. nije potpuno promijenio položaj, funkcije, imenovanje i nadležnost Konkurencijskog vijeća, prethodno doneseni podzakonski akti su inovirani.

Podzakonski akti KV se mogu podijeliti na one koji uređuju organizaciona i proceduralna pitanja, one koji regulišu izvjesna materijalno-pravna pitanja i akte kaznene i administrativne prirode. Za monopolističko sporazumijevanje je najvažnija druga grupa akata.

2. Podzakonski akti materijalno-pravnog karaktera, važni za koncept monopolističkih sporazuma, obuhvataju dvije podgrupe. Razmotrićemo ih posebno.

Prva podskupina podzakonskih akata KV precizira kategorije ključne za primjenu Zakona o konkurenciji. Tu spada najprije Odluka o utvrđivanju relevantnog tržišta. Iako donesena na osnovu ZoK/01,²⁸ ona je potpuno primjenjiva i unutar regulative važećeg ZoK iz 2005. godine. Drugi akt, Odluka o sporazumima male vrijednosti bazirana je na novom ZoK.²⁹ Treći akt je Odluka o definisanju kategorija dominantnog položaja.³⁰ Sva tri podzakonska akta su usklađena sa normama prava EU.

²⁸ Odluka je donesena 3.12.2004. a objavljena u Sl.gl.BiH 1/05

²⁹ Sl. gl. BiH 86/05

³⁰ Sl. gl. BiH 18/06

Druga podskupina reguliše grupna izuzeća. Vertikalni sporazumi su generalno uređeni Odlukom o grupnom izuzeću sporazuma između privrednih subjekata koji djeluju na različitim nivoima proizvodnje odnosno distribucije (vertikalni sporazumi).³¹ Njen predmet su: isključiva i selektivna distribucija, isključiva kupovina i isključivo snabdijevanje, većina sporazuma o frančajzingu i sporazumi u kojima je ustupanja prava intelektualnog vlasništva nebitan element posla. Specifični vertikalni sporazumi regulisani su specijalnim odlukama: o distribuciji i servisiranju motornih vozila³² i o prenosu tehnologije, licence i *know-how*.³³ Horizontalni sporazumi su uređeni Odlukom o grupnom izuzeću sporazuma između privrednih subjekata koji djeluju na istom nivou proizvodnje odnosno distribucije, a koji se posebno odnose na istraživanje, razvoj i specijalizaciju³⁴, i Odlukom o grupnom izuzeću sporazuma o osiguranju.³⁵ Akti ove podskupine su usaglašeni sa zahtjevima prava konkurencije EU.

III. Pojam monopolističkih sporazuma

1. Relevantno tržište

1. Prethodno pitanje za raspravu o bilo kom obliku monopolističkog djelovanja jeste: šta je u datom slučaju „relevantno tržište“, tj. tržište³⁶ prema kome se određuje učešće privrednih subjekata u pojedinim djelatnostima i njihov potencijalni ili stvarni uticaj na konkurenciju? Ipak, ZoK/01 nije određivao kategoriju „relevantno tržište“. Kriteriji za njeno definisanje su bili stavljani u nadležnost Konkurencijskog vijeća (KV)³⁷. Čl. 3 novog ZoK

³¹ Sl. gl. BiH 18/06. Dalje će se citirati kao Odluka o grupnom izuzeću vertikalnih sporazuma.

³² Sl.gl. BiH 16/06

³³ Sl.gl.. BiH 15/06

³⁴ Sl.gl. BiH 15/06

³⁵ Sl. gl. BiH 15/06

³⁶ O različitim značenjima „tržišta“ vidjeti: Trifković, *Pravo konkurencije*, str. 3, 11-12, 15-19 40, 51.

³⁷ Odluka o tome objavljena je u Sl. gl. BiH 1/05

od “relevantnog tržišta” čini zakonsku kategoriju i zahtijeva donošenje podzakonskog akta KV kojim će se utvrditi bliži kriteriji za njegovo određivanje. Postojeća odluka zadovoljava potrebe bh. prava konkurencije, tako da novi podzakonski akt do sada nije donesen.

2. ZoK definiše “relevantno tržište” kao „tržište određenih proizvoda koji su predmet obavljanja djelatnosti privrednih subjekata na određenom geografskom području”.³⁸ Potom su posebno određeni „relevantno tržište proizvoda“ i „relevantno geografsko tržište“. Iz zakonskih definicija se na prvi pogled može izvući zaključak da je „relevantno tržište“ rezultanta isključivo svojstava proizvoda i geografskih obilježja teritorije.³⁹ Analiza Odluke o utvrđivanju relevantnog tržišta pokazuje da je prethodni zaključak nepotpun. Pored dva zakonska elementa, kao kriteriji za određivanje relevantnog tržišta *in concreto* moraju se uzeti u obzir barem još neki momenti: stavovi potrošača i korisnika o zamjenjivosti proizvoda, cijena supstituta, vrijeme za njegovo nabavljanje ili uvođenje u proizvodnju, barijere za pristup tržištu itd.

Relevantno tržište je najprije tržište proizvoda. Ono obuhvata istovrsne proizvode i njihove supstitute. Odluka dozvoljava da se ono u posebnim slučajevima određuje i za skupinu proizvoda.⁴⁰ Supstitut se određuje prema shvaćanju korisnika i/ili potrošača koje nije determinisano samo stvarnim osobinama i funkcionalnošću proizvoda⁴¹, nego i njihovom dostupnošću “pod prihvatljivim uslovima”.⁴² U određivanju zamjenjivosti proizvoda zakonodavac, dakle, uzima u obzir ne samo ekonomske nego i sve ostale faktičke uslove na datom tržištu.

Geografsko tržište obuhvata cjelokupnu Bosnu i Hercegovinu ili „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”.⁴³ Ovaj pristup

³⁸ Čl. 3, st. 1 ZoK. Razrada je data u st. (2) i (3).

³⁹ Vidjeti čl. 3, stavove 2 i 3 ZoK

⁴⁰ Čl. 11 Odluke

⁴¹ Slučaj *United Brands v. Commission* (1978) ECR, 207 je na primjeru tržišta banana pokazao svu složenost utvrđivanja tržišta proizvoda.

⁴² Čl. 3 ZoK, Čl. 3 Odluke. Formulacije ova dva člana su potpuno jednake.

⁴³ Čl. 3 st. ZoK; čl. 4 Odluke. Formulacije ova dva akta također su identične.

je usklađen sa stavom komunitarnog prava prema kome relevantno tržište EU ne mora nužno obuhvatiti teritorije dvije ili više članica. Smatramo da kod nas i lokalno tržište, koje ne obuhvata „značajan dio teritorije“ BiH, izuzetno može biti kvalifikovano kao „relevantno tržište“ ako je na njemu koncentrisan značajan segment bh. potražnje ili ponude za robom povodom koje nastaje stvarno ili potencijalno monopolistički sporazum. Teret dokaza leži na subjektu koji iznosi takvu tvrdnju. Geografsko tržište nije uslovljeno administrativnom teritorijom entiteta.

Geografsko tržište može biti utvrđeno i na međunarodnom nivou.⁴⁴ Član 2 (3) ZoK/05 određuje svoje eksteritorijalno važenje nepreciznije nego što je to učinio ZoK/01. Ipak, sistemskim tumačenjem članova 2 (1), tčk. a i st. (3) ZoK/05 može se osnovano zaključiti će se on primijeniti onda kada subjekti sa sjedištem ili prebivalištem u inostranstvu počine izvan BiH zabranjeno djelo čije se štetne posljedice manifestuju u BiH. Za razliku od ZoK/01, novi zakon zahtijeva da efekt takvih radnji na domaćem tržištu bude „značajan”.

Relevantno tržište se mora utvrditi za svaki pojedinačni slučaj. Odluka KV uspostavlja četiri bazna kriterija za definisanje relevantnog tržišta. To su: zamjenjivost potražnje za određenim proizvodom, zamjenjivost ponude za određenim proizvodom, postojanje potencijalne tržišne konkurencije i barijere pristupa tržištu. Svaki od ovih kriterija je kasnije detaljno operacionaliziran navođenjem elemenata koji moraju biti uzeti u obzir pri njihovom razmatranju.⁴⁵ Ovakvim rješenjima je domaće pravo u cjelini usvojilo koncept komunitarnog prava.⁴⁶

2. Određivanje monopolističkih sporazuma

1. Određivanje monopolističkih sporazuma u čl. 4, st. 1 ZoK slijedi osnovni model monopolističkih sporazuma iz čl. 85 (1)

⁴⁴ Čl. 2 (3) ZoK. Član 4 Odluke o utvrđivanju relevantnog tržišta u ovom slučaju upućuje na primjenu istih kriterija kao i za relevantno tržište unutar BiH.

⁴⁵ Vidjeti čl. 6-10 Odluke.

⁴⁶ Vidjeti Saopštenje Komisije iz 1997. u OJ C 372/03. Interesantno je da Vukadinović, Pravo Evropske unije, str. 491-494, i Josephine Steiner – Lorna Woods, isto djelo, str. 227-230, relevantno tržište izlažu samo u kontekstu zloupotrebe dominantnog položaja.

TEU. Ipak, formulacije koje je upotrijebio ZoK ukazuju na neke veće formalne i materijalne nepodudarnosti između komunitarnog i domaćeg prava. Razlike se tiču terminologije, određivanja predmeta i efekata sporazuma i uslova koje on mora da ispuni da bi bio zabranjen. Značaj monopolističkih sporazuma zahtijeva da svaka od navedenih nepodudarnosti bude posebno ispitana.

2. Član 85 (1) TEU poznaje tri vrste „sporazuma“: „svi sporazumi između preduzeća, odluke asocijacija preduzeća i usaglašena postupanja...“ Za njihovo označavanje član 4, st. 1 ZoK koristi čak šest termina. Razlog za ovakvu formulacije vjerovatno leži u želji za lakšom primjenom novih propisa. U monopolističke sporazume po ZoK spadaju svi izričiti ili prešutni načini postizanja saglasnosti povodom djelovanja koje negativno utiče ili može da utiče na konkurenciju.

Saglasnost stranaka se u našem pravu može ostvariti formalnim i neformalnim sporazumima, voljnim ujednačavanjem faktičkog djelovanja na tržištu, neposredno ili preko udruženja, između subjekata sa različitih (vertikalni sporazumi) ili istih nivoa privrednih aktivnosti (horizontalni sporazumi), u pogledu cjelokupne aktivnosti ili samo njenog dijela. Pred Konkurencijsko vijeće i sudove u BiH sigurno će se postaviti zadatak da zakonsku terminologiju usaglase sa *acquis communautaire*.⁴⁷

3. Druga i značajnija razlika između ZoK/05 i TEU postoji u shvaćanju predmeta monopolističkih sporazuma. Čl. 81 (1) kao monopolske određuje one sporazume koji “kao predmet ili posljedicu” imaju sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje konkurencije,⁴⁸ dok čl. 4 (1) ZoK smatra monopolskim sporazumima one koji “za cilj i posljedicu” imaju navedene efekte štetne po konkurenciju.

Nepodudarnost između formulacije dva akta sastoji se u tome što je termin „*object*“ ili predmet iz čl. 81 (1) TEU u ZoK

⁴⁷ Pregled vidjeti kod: Vukadinović dr. Radovan, *Pravo Evropske unije*, Centar za pravo Evropske unije, Banja Luka – Kragujevac, 2006, str. 455-457 (Dalje će se citirati kao Vukadinović: *Pravo Evropske unije*).

⁴⁸ Pregled teorijskih stavova o ovome pitanju u pravu EU vidjeti kod: Vukadinović, *Pravo Evropske unije*, str. 461-462.

preveden kao „cilj“. Iako ovakav prevod nije leksički netačan,⁴⁹ on u pravnoj terminologiji može da stvori teškoće. Naime, iako je u principu tačno da se iz predmeta ugovora mogu identifikovati ciljevi, pa i motivi stranaka, to ne mora uvijek da bude slučaj. Upravo zbog toga formulacija ZoK otvara mogućnost učesnicima monopolističkog sporazuma da u svoju odbranu ističu kako njihov „cilj“ nije bio narušavanje konkurencije, nego postizanje drugih dopuštenih rezultata. Time bi se u razmatranje uvelo ispitivanje namjere stranaka, što bitno otežava postupke dokazivanja i sankcionisanja. Zbog toga smatramo da bi u definiciji monopolističkog sporazuma bilo bolje koristiti riječ „predmet“.

4. Treća i najznačajnija nepodudarnost između dva upoređivana izvora odnosi se na nužne uslove za nedopuštenost monopolističkog sporazuma. Prema formulaciji čl. 85 (1) TEU zabranjeni su oni sporazumi „koji imaju kao njihov predmet ili posljedicu sprječavanje, ograničavanje ili narušavanje konkurencije...“ Nedopušteni su, dakle, i oni sporazumi monopolskog karaktera koji nisu ograničavajuće uticali na konkurenciju. Sama monopolistička sadržina sporazuma je, uz ispunjenje ostalih pravnih uslova, dovoljna da sporazum bude ništav, a njegovi učesnici podložni sankcijama. Ovi efekti ne moraju biti zasnovani ni na kakvoj prethodnoj odluci⁵⁰. Čl. 4 (1) ZoK smatra monopolskim sporazumima samo one koji „imaju za cilj i posljedicu“ negativan uticaj na konkurenciju. Nasuprot u suštini alternativnom stavu čl. 81 (1) TEU, ZoK zahtijeva kumulativno postojanje i ciljeva i posljedica antikonkurencijskog karaktera.

Jasno je da formulacija ZoK u odnosu na komunitarno pravo bitno ograničava krug sporazuma koji padaju pod udar antikaartelnog prava. Ovakvu situaciju samo donekle ublažava pristup ZoK imenovanim slučajevima. Imenovani slučajevi monopoli-

⁴⁹ Jovanović Jasmina – Todorović Svetlana, *Rečnik pravnih termina: srpsko-engleski-francuski*, Savremena administracija, Beograd 2002, str. 635, riječi „object“ pridodaju sljedeća značenja: „predmet, stvar, cilj“. Bujas Željko: *Veliki hrvatsko-engleski rječnik*, Globus, III izdanje, Zagreb 2001, str. 596-597, termin „object“ prevodi također kao predmet, stvar i cilj, ali dodaje i: namjera, svrha, motiv.

⁵⁰ Čl. 1, st. Uredbe 1/2003.

stičkih sporazuma i njihova ništavost su u ZoK regulisani potpuno saglasno čl. 81 (1) TEU. Iako se čl. 4 (1) ZoK izričito ne izjašnjava o odnosu generalne klauzule i imenovanih slučajeva, sistemsko i ciljno tumačenje upućuju na zaključak da su oni *per se* nedopušteni, te da stoga nije potrebno dokazivati postojanje elemenata generalne klauzule u svakom od njih. Time se u najtežoj grupi slučajeva može izbjeći dokazivanje da su cilj i posljedica bili kumulativno prisutni u konkretnom sporazumu. Primjena prakse Suda i Komisije pri rješavanju konkretnih slučajeva pred nadležnim domaćim organima može da ublaži posljedice nespretno formulacije čl. 4 (1) ZoK. Ipak, smatramo da najbolje rješenje ovog problem leži u izmjeni Zakona.

5. Uslovi za isključivanje zabrane monopolističkih sporazuma su u čl. 4 (3) ZoK postavljeni vrlo slično čl. 81 (3) TEU. Jedna tehnička razlika ipak postoji. Čl. 81 (3) TEU dozvoljava da se njime obuhvaćeni sporazumi odlukom Komisije izuzmu ispod antikartelne zabrane. Polazeći od čl. 2 Uredbe Komisije 2790/ 1999⁵¹ i čl. 1 st. 2 Uredbe 1/2003, ZoK navedene sporazume neposredno izuzima ispod zabrane i time značajno smanjuje obim posla koji bi Konkurencijsko vijeće u ovome domenu moralo da obavi.

IV. Dozvoljenost monopolističkih sporazuma

1. Dozvoljenost sporazuma i *Rule of reason*

1. Sporazum koji je po formi, sadržini i efektima monopolistički može se kvalifikovati kao dozvoljen ako su kumulativno zadovoljene dvije grupe uslova. Pri njihovom određivanju nema bitnih razlika između prava BiH i EU.

Prva skupina uslova ima pozitivan karakter. Najprije se zahtijeva da sporazum doprinosi unapređenju proizvodnje, distribucije, tehnološkog ili ekonomskog napretka. Široka formulacija pozitivnih efekata u članovima 81 (3) TEU i 4 (3) ZoK neutrališe ograničenja tumačenju koja nameće taksativno nabranje društvenih koristi monopolističkog sporazuma. Sljedeći uslov je da potrošači dobijaju pravičan udio u koristima od monopolskog

⁵¹ OJ No L 336, od 29.12.1999.

sporazuma. Krug potrošača se određuje prema konkretnim okolnostima. I „pravičan udio“ je faktičko pitanje i mora se utvrditi u svakom pojedinom slučaju. Druga grupa uslova ima negativan ili zabranjujući karakter. Da bi sporazum bio dozvoljen, on, najprije, ne smije da nameće ograničenja koja nisu neophodna za postizanje ciljeva radi kojih su pozitivni uslovi postavljeni. I dalje, sporazum ne smije da “omogućuje isključivanje konkurencije u bitnom dijelu predmetnih proizvoda i usluga”.⁵² Razumije se da se u ovom članu misli na relevantno tržište konkretnih proizvoda.

Čl. 1 st. 2 Uredbe 1/2003 monopolističke sporazume koje zadovoljavaju uslove iz čl. 81 (3) TEU izričito proglašava dozvoljenim i bez postojanja posebne prethodne odluke koja bi to konstatovala. Isti zaključak je sadržan i u čl. 4 (3) ZoK. Teret dokazivanja ispunjavanja uslova iz čl. 81 (3) TEU odnosno čl. 4 (3) ZoK leži na privrednom subjektu koji se poziva na dozvoljenost sporazuma.⁵³ Olakšavanje provjere zadovoljavanja uslova iz članova 81 (3) TEU i 4 (3) postiže se sistemom pojedinačnih i grupnih izuzeća. U njihovom uređivanju ZoK slijedi najnoviju regulativu Evropske unije, posebno Uredbu 1/2003, koja ukida notifikacije, kao i Uredbu 2790/1999 posvećenu novom pristupu vertikalnim sporazumima. Upravo po ovakvom pristupu se važeći Zakon o konkurenciji značajno razlikuje od svoga prethodnika, ZoK/01.

2. Izuzimanje određenih monopolističkih sporazuma od antitrustovske zabrane očito predstavlja i u EU i u BiH kompromis između shvatanja konkurencije kao vrijednosti *per se* i kao funkcionalnog instrumenta za ostvarivanje viših društvenih ciljeva: privrednog razvoja i socijalne pravde. Po svojoj suštini generalno legislativno izuzeće od antimonopolskih sporazuma služi istim ciljevima kao i *Rule of reason* u pravu SAD-a. Međutim, na filozofskom i pravno-tehničkom nivou, dva instituta nisu identična⁵⁴. *Rule of reason* je tvorevina sudske prakse nastala u interpretaciji izuzetno

⁵² Čl. 4(3) ZoK.

⁵³ Čl. 2 Uredbe 1/2003.

⁵⁴ Derrick Wyatt and Allan Dashwood, *The Substantive Law of the EEC*, Sweet and Maxwell, London 1997, str.367. Vidjeti i: Vukadinović dr. Radovan, *Pravo Evropske unije*, str. 464, i Josephine Steiner – Lorna Woods: *EC Law*, Blackstone Press Limited, London, 6th Ed, reprinted 1999, str. 214-215.

usko formulisanog čl. 1 Sherman Acta, dok je sistem izuzeća u pravu EU i BiH legislativni institut. Shodno tome, *Rule of reason* se uvijek primjenjuje na pojedinačni slučaj, u njegovim okvirima, i *ex post facto*, dok je pravilo o izuzeću u pravu EU i BiH dato unaprijed i sadržano u opštem pravnom aktu.⁵⁵ U SAD-u jedino sud može odlučiti o primjenu *Rule of reason*, dok je u sistemu EU i BiH i nakon „novog pristupa“ primjena ovog pravila u krajnjoj liniji uvijek pod kontrolom Komisije, odnosno Konkurencijskog vijeća. Američki sudovi ne mogu primijeniti *Rule of reason* na horizontalne monopolističke sporazume koji se smatraju *per se* nedopuštenim, dok u pravu EU i BiH postoji mogućnost da se i ovi sporazumi kvalifikuju za izuzeće po članu 81 (3) odnosno čl. 4 (3) ZoK⁵⁶.

Za buduću sudsku praksu u BiH je interesantno da su navedene razlike između *Rule of reason* i sistema izuzetaka u pravu EU dovele do toga da Sud pravde veoma oprezno primjenjuje *Rule of reason*, naročito u sporovima povodom ustupanja isključivih prava prodaje, frenčajzinga i selektivne distribucije, i da se ovaj termin nikada oficijelno ne koristi. Za bh. pravo je značajno da je izuzeće tri navedene grupe sporazuma uređeno posebnom odlukom KV.

2. Pojedinačna izuzeća

1. Ugovori poslovnog prava koji ispunjavaju uslove iz člana 4 (3) ZoK smatraju se *a priori* dozvoljenim. Oni se zbog toga ne moraju notificirati, to jest podnositi na ocjenu Konkurencijskom vijeću.⁵⁷ Ovakvim rješenjem je KV oslobođen i zahtjeva za

⁵⁵ Vidjeti: Vukadinović dr. Radovan, *Međunarodno poslovno pravo – Opšti deo*, Centar za pravo Evropske unije Pravnog fakulteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2005, str. 363 i 364. U Bijeloj knjizi o modernizaciji pravila za implementaciju članova 81 i 82 Osnivačkih ugovora iz 1999 (OJ C 132) Komisija je navela da se elementi *Rule of reason* u najvećoj mjeri nalaze u čl. 81(3) TEU.

⁵⁶ Derrick Wayatt and Allan Dashwood, isto djelo, str. 367.

⁵⁷ Čl. 7 (3) ZoK. Čl. 15 (1) Odluke o grupnom izuzeću sporazuma između privrednih subjekata koji djeluju na različitim nivoima proizvodnje odnosno distribucije (vertikalni sporazumi). Interesantno je da je čl. 8 st. ZoK/01 još uvijek sadržavao obavezu notifikacije.

izdavanjem *Comfort letters*. Ipak, Konkurencijsko vijeće, kao čuvar tržišne utakmice, može po službenoj dužnosti⁵⁸ ili na zahtjev stranke u sporazumu pokrenuti postupak ocjene dopuštenosti pojedinog sporazuma.⁵⁹ Stranka koja želi pravnu i poslovnu sigurnost može se obratiti Konkurencijskom vijeću radi donošenja rješenja o izuzeću konkretnog ugovora ispod zabrane anti-monopolskih sporazuma iz čl. 4 (1) ZoK. Pri odlučivanju o zahtjevu Konkurencijsko vijeće primjenjuje posebna pravila za ovaj slučaj⁶⁰, opšta pravila o svom postupku⁶¹ i supsidijarna pravila ZUP-a BiH.

2. Zahtjevu za pojedinačno izuzeće sporazuma se obavezno prilažu: original ili ovjereni prepis sporazuma, izvodi iz sudskog registra sa drugim obaveznim registracijskim dokumentima, godišnji izvještaj o poslovanju ili drugi finansijski izvještaji za godinu koja je prethodila sporazumu, te drugi podaci koje KV utvrdi neophodnim. I kada KV posebno ne traži, stranke mogu zahtjevu priložiti svoju procjenu relevantnog tržišta i njihovog učešća na tom tržištu. KV mora podnosiocu zahtjeva u pisanoj formi potvrditi prijem “kompletnog i urednog zahtjeva”.⁶² Pošto KV može i naknadno konstatovati podatke koji su mu neophodni, jasno je da potvrda o prijemu kompletnog i urednog zahtjeva ne mora koincidirati sa prvom predajom samog zahtjeva. Iako je formulacija čl. 5(1) ZoK nejasna, smatramo da rok od četiri mjeseca za donošenje rješenja teče od potvrde KV o prijemu zahtjeva, a ne od njegovog prvog podnošenja.

U pozitivnom rješenju o pojedinačnom izuzeću KV može postaviti uslove i zabrane.⁶³ Njihov cilj je maksimiziranje pozitivnih efekata sporazuma za učesnike uz izbjegavanje štetnih

⁵⁸ Čl. 10 Uredbe 1/2003 veže samoinicijativno postupanje Komisije u deklarisanju pojedinog sporazuma saglasnim sa čl. 81 (1) TEU za postojanje javnog interesa EU.

⁵⁹ Čl. 7 (4) ZoK i čl. 15 (2) Odluke o grupnom izuzeću vertikalnih sporazuma. Ovo ovlaštenje je saglasno sa čl. 29 st. 2 Uredbe EC 1/2003.

⁶⁰ Čl. 5 i 29 ZoK naročito

⁶¹ Čl. 26-47 ZoK

⁶² Čl. 29 (3) ZoK

⁶³ Čl. 6 (1) ZoK

posljedica odobrenog sporazuma na konkurenciju. Primjena *Rule of reason* ovdje je nesumnjiva. Pozitivno rješenje KV obavezno sadrži i rok do koga izuzeće važi, s tim da on ne može biti duži od pet godina. Rok teče od dana zaključenja sporazuma ako je rješenje bezuslovno. Rješenje koje sadrži dodatne uslove i/ili zabrane važi od dana donošenja, odnosno od dana ispunjenja uslova ako su oni sadržani u rješenju. Najkasnije četiri mjeseca prije isteka odobrenja izuzeća stranke mogu podnijeti zahtjev za produženjem u trajanju od najviše pet godina. KV će odobriti produženje ako stranke dokažu da uslovi iz čl. 4 (3) ostaju zadovoljeni.

Pozitivno rješenje o izuzeću može biti preispitano po službenoj dužnosti ili na zahtjev stranaka ukoliko je ispunjen neki od tri alternativna uslova: konstatovanje da je rješenje doneseno na osnovu nepotpunih ili netačnih podataka, da se stanje na relevantnom tržištu značajno promijenilo, ili da jedna od strana u sporazumu djeluje suprotno uslovima koje je KV postavilo u svom rješenju.

Ne donese li KV rješenje u zakonskom roku, pretpostavlja se da je sporazum dopušten. Smatramo da je pretpostavka o dopuštenosti sporazuma oboriva. Argumente za ovakav stav zasnivamo na proširenju primjene čl. 5 stav 4 ZoK korištenjem tumačenja analogijom i primjenom pravila juridičke logike *a maiori ad minus*. Vidjeli smo, naime, da KV pod zakonskim uslovima ima mogućnost da po službenoj dužnosti ili na zahtjev stranke preispita svoje rješenje o već odobrenom sporazumu. U istim situacijama bi bilo nelogično zabraniti Konkurencijskom vijeću da preispituje sporazume koji su postali valjani na osnovu šutnje administracije samo zato što zakon ovo pitanje nije izričito regulisao.

3. Grupna izuzeća

1. Četiri su osnovna razloga za pojavu grupnih izuzeća u komunitarnom pravu: priznavanje ekonomske i poslovne opravdanosti nekih sporazuma u čijoj osnovi leži veće ili manje ograničavanje konkurencije, stimulisanje djelatnosti posebno značajnih za konkurentnost privrede Evropske unije, želja da se politika Komisije u ovoj oblasti učini unaprijed poznatom i sigurnom, te nužnost oslobađanja Komisije od rješavanja ogromnog broja sluča-

jeva. Reakcija Komisije na ove zahtjeve je u početku bila generička; na osnovu Uredbe 19/65 doneseno je ukupno 12 uredbi za različite oblasti: od isključive distribucije do pružanja usluga rukovanja na aerodromima.⁶⁴

Analiza primjene uredbi o grupnim izuzećima u domenu vertikalnih sporazuma, sadržana u tzv. Zelenoj knjizi o vertikalnim ograničenjima u politici konkurencije,⁶⁵ dovela je do “novog stila” ili „novog pristupa“ Komisije i Uredbe 2790/1999.⁶⁶ Osnovni cilj Uredbe je da istovremeno obezbijedi i efektivnu kontrolu monopolističkog djelovanja i pojednostavljenje administracije. U tu svrhu su uvedeni: sistem direktno primjenjivih izuzeća i ovlaštenja nacionalnih antitrustovskih tijela i sudova da direktno primjenjuju komunitarno pravo kad god se radi o sporazumima ili drugim antikonkurencijskim djelima koja mogu uticati na trgovinu između članica.⁶⁷ ZoK/01 nije izražavao ni stari ni novi pristup Komisije.⁶⁸ Član 7 važećeg Zakona o konkurenciji kombinuje rješenja Uredbe 2790/1999 sa zadržavanjem nekih izuzeća za horizontalne sporazume.⁶⁹ Ako ispunjavaju uslove iz čl. 4 (3) ZoK, svi navedeni sporazumi se smatraju dozvoljenim *ex lege*, pa je KV oslobođen rješavanja o odobravanju takvih sporazuma. Upravo zbog toga u ZoK nema posebnih proceduralnih odredbi za ovu situaciju.

2. Određivanje izuzetih sporazuma u pravu BiH je izvršeno na pragmatičan način. Postoji nekoliko metoda kojima se dodjeljuje izuzeće.

U prvu skupinu spadaju horizontalni sporazumi, oni na koje se u komunitarnom pravu ne odnosi Uredba 2790/1999.⁷⁰ Prema

⁶⁴ Vidjeti: Vukadinović dr. Radovan, *Pravo Evropske unije*, Megatrend, Beograd, 2001, str.276-278

⁶⁵ Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy (COM (96) 721).

⁶⁶ OJ No L 336 od 29.12.1999, sa rokom važenja od 1.1.2000. do 1.6.2010.

⁶⁷ Vidjeti Preambulu (Whereas) Uredbe 1/2003, tačke 2-8 i članove 1, 5 i 6 naročito.

⁶⁸ Vidjeti čl. 7 ZoK/01

⁶⁹ Čl. 7 (1), a) ZoK

⁷⁰ Uredba 2790/1999 u tački (5) Preambule i u čl. 2(1) i 2(3) izričito isključuje svoje važenje za horizontalne sporazume.

stilizaciji čl. 7 (1), a) ZoK moglo bi se zaključiti da su svi horizontalni sporazumi svrstani u generalna izuzeća. Pošto bi time i sam koncept izuzimanja i pojedinačni izuzeci bili učinjeni besmislenim, očito je da sistemskim tumačenjem treba utvrditi pravo značenje razmatranog rješenja. Ova metoda upućuje na zaključak da su za sada izuzeti izričito spomenuti sporazumi o istraživanju, razvoju i specijalizaciji i da KV, pozivajući se na st. 3 istog člana, može bliže definisati kriterije za izuzimanje ostalih tipova horizontalnih ugovora između stvarnih ili potencijalnih konkurenata koji bi ušli u kategoriju dozvoljenih horizontalnih sporazuma.

Drugu grupu čine vertikalni sporazumi, posebno o isključivoj i selektivnoj distribuciji, isključivoj kupovini, isključivom snabdjevanju i franšizi.⁷¹ Smatramo da se ovdje, bez obzira na postojanje posebne Odluke KV sa svojstvom *lex specialis*, mogu svrstati i sporazumi o distribuciji i servisiranju motornih vozila, navedeni u posebnoj tački stava 1 čl. 7 ZoK.

Treća skupina se ne određuje prema položaju učesnika sporazuma u lancu proizvodnje, distribucije ili prodaje, nego prema djelatnosti u kojoj se zaključuju. U nju spadaju najprije sporazumi koji se tiču intelektualne svojine u najširem značenju te riječi, pod uslovom da prenos prava intelektualne svojine nije glavni nego „pomoćni“, tj. sporedni element ugovora. Sporazumi o osiguranju kao kategorija su također generalno izuzetu od antikartelne zabrane.

3. Pored bližeg određivanja kriterija za grupna izuzeća pojedine vrsta sporazuma, KV ima još jedan zadatak u ovome domenu. On, najprije, mora da utvrdi “ograničenja ili ugovorne odredbe koje mogu biti sadržane u sporazumu” ili tzv. “bijeke klauzule”. Pored toga, KV je dobio veoma tešku dužnost da odredi “ugovorne odredbe koje moraju biti sadržane u sporazumu”.⁷² Time je KV stavljen u poziciju “treće strane” u izuzetno širokoj gami atipičnih i složenih privrednih poslova. ZoK izričito ne nalaže KV da utvrdi zabranjene ili “crne klauzule”. Ipak, Odluka o grupnom

⁷¹ Konkurencijske definicije ovih sporazuma se nalaze u čl. 3 Odluke o grupnom izuzeću vertikalnih sporazuma.

⁷² Čl. 7, (2), b).

izuzeću vertikalnih sporazuma u čl. 7 i druge Odluke KV iz ovog domena sadrže liste posebnih uslova koje sporazumi ne smiju sadržavati.⁷³

4. Pravilo *de minimis*

1. Da bi neki monopolistički sporazum bio zabranjen na osnovu člana 81 (1) TEU, on mora da ima komunitarnu dimenziju. A to znači da „može uticati na trgovinu između država članica“ i da je sposoban da negativno utiče na stanje konkurencije „unutar zajedničkog tržišta“. Zbog nedostatka tih elemenata, Sud pravde još 1969. godine u slučaju Voelk v. Vervaecke⁷⁴ odbio je da proglasi sporazum ništavim i sankcioniše njegove učesnike. Sa izvjesnim zakašnjenjem Komisija je 1986. izdala Saopštenje (*Notice*) o sporazumima od minornog značaja, precizirajući svoju politiku o ovome pitanju.⁷⁵ Saopštenje je još tri puta mijenjano i dopunjavano; posljednja verzija datira iz 2001.⁷⁶ Stavovi iz Saopštenja nemaju pravno obvezujuću snagu, pogotovo ne za Sud pravde i Sud prve instance.⁷⁷

Uspostavljanjem *de minimis* pravila nisu redefinisane suština, ništavost ili kažnjivost monopolističkih sporazuma neznatnog dejstva. Rukovodeći se načelom „*De minimis non curat praetor*“, odnosno rezonom ekonomičnosti i efikasnosti rada, Sud i Komisija su samo stvorili mogućnost da ograniče svoju nadležnost ukoliko to ocijene racionalnim.⁷⁸ Izostavljanje komunitarnog procesuiranja

⁷³ Čl. 9 Odluke o grupnom izuzeću sporazuma o prenosu tehnologije; čl. 13 Odluke o grupnom izuzeću sporazuma o distribuciji i servisiranju motornih vozila (Sl.gl. BiH 16/06).

⁷⁴ Slučaj 5/69 (1969), ECR

⁷⁵ Saopštenje 86/231

⁷⁶ 2001/C 368/07)

⁷⁷ Tačka I, 6, Saopštenja iz 2001.

⁷⁸ Tako je sud u slučaju Mueller International Schallplatten GmbH v. Commission ocijenio da je spor u njegovoj jurisdikciji iako je učešće firme na relevantnom tržištu bilo ispod 5% (Slučaj 19/77). Saopštenje Komisije iz 2001 u tački II, 11. izričito ostavlja najteže sporazume („hardcore restrictions“) izvan dosega *de minimis* izuzeća.

na osnovu *de minimis* pravila ne znači da nacionalni antitrustovski ili sudski i organi ne mogu preuzeti slučaj.⁷⁹

2. Suprotno komunitarnom sistemu i ZoK/01, djelomično izuzimanje sporazuma male vrijednosti iz generalne zabrane monopolističkih sporazuma je i danas u BiH zakonski institut (čl. 8). Karakteristično je da ZoK definiše sporazum male vrijednosti, određuje uslove pod kojim isključuje vlastitu primjenu i uspostavlja kriterije koji se primjenjuju prilikom ocjene. Pored toga, KV je ovlašten da svojim podzakonskim aktom uredi bliže uslove i mjerila za kvalifikovanje sporazuma male vrijednosti, te za njihovo izuzimanje ispod zabrane zaključivanja i izvršavanja. U oktobru 2005, dva mjeseca nakon stupanja Zakona na snagu, KV je donio “Odluku o sporazumima male vrijednosti”. Ovaj akt, kao i Zakon, prati stavove Komisije sadržane u Saopštenju o sporazumima manjeg značaja iz 2001. godine.⁸⁰

Između Saopštenja i domaće regulative postoje neke značajne sistemske razlike. Tvorac Saopštenja je supranacionalni organ, dok su i ZoK i Odluku donijeli organi države. Shodno poretku EU, Saopštenje je akt politike konkurencije, dok su i ZoK i Odluka *par excellence* pravni akti. Zbog toga Saopštenje formalno-pravno ne obavezuje ni svoga donosioca,⁸¹ dok su i ZoK i Odluka obavezni za sve, uključujući i sudske organe. U takvim uslovima je neophodna elastičnost regulative obezbijedena davanjem nadležnosti Konkurencijskom vijeću da određuje bliže uslove i kriterije koje sporazumi male vrijednosti moraju ispunjavati. Vidjeli smo da u komunitarnom pravu *de minimis* pravilo djeluje na i kroz nadležnost antitrustovskih organa Unije. Član 8 (1) ZoK funkcioniše tako što direktno isključuje protivpravnost monopolističkih sporazuma koji neznatno utiču na konkurenciju.⁸²

I Saopštenje i bh. izvori uticaj sporazuma određuju prema učešću subjekata sporazuma na relevantnom tržištu. Pri tome Saopštenje precizira da se tržišno učešće primarno utvrđuje prema

⁷⁹ Josephine Steiner – Lorna Woods, isto djelo, str. 208

⁸⁰ 2001 No.C.368/07.

⁸¹ Jedan od ciljeva Saopštenja je „davanje smjernica sudovima i vlastima država članica u njihovoj primjeni člana 81“ (tačka I, 4).

⁸² Član 1 Odluke izričito navodi da su sporazumi male vrijednosti „dozvoljeni oblici saradnje među privrednim subjektima“.

podacima o vrijednosti prodaje odnosno kupovine. Ukoliko ti podaci nisu dostupni, učešće se određuje prema pouzdanim tržišnim informacijama, uključujući i obim prodaje.⁸³ Propisi BiH nemaju posebnu odredbu o ovome pitanju, što znači da se neposredno primjenjuje Odluka o utvrđivanju relevantnog tržišta.⁸⁴

Polazeći od veličine tržišta EU, Komisija sporazume malih i srednjih preduzeća smatra *prima facie* nepodobnim da utiču na trgovinu između članica ili da ograniče konkurenciju na cijelom zajedničkom tržištu. Zbog toga i radi poticanja kooperacija između preduzeća ovoga tipa⁸⁵ Komisija njihove sporazume a priori smatra podvrgnutim *de minimis* pravilu.⁸⁶ U bh. uslovima ovakav pristup nije moguć.

Pravno-tehničke razlike između komunitarnog i našeg prava su znatno manje. Na najvažnije ćemo skrenuti pažnju prilikom izlaganja konkretnih rješenja.

3. Da bi se monopolistički sporazum male vrijednosti smatrao dopuštenim, potrebno je da ispunjava jedan pozitivan i jedan negativan uslov. Razmotrićemo ih odvojeno

Pozitivan uslov nije identično formulisan u relevantnim izvorima. Prema čl. 8 (1) ZoK, sporazum će biti „male vrijednosti“ ako „je zajedničko tržišno učešće učesnika sporazuma i privrednih subjekata pod njihovom kontrolom na relevantnom tržištu neznatno“. Dakle, ZoK, kao ni Saopštenje,⁸⁷ ne mjeri uticaj sporazuma na stanje konkurencije direktno, nego posredno – putem minimalnog učešća svih ili pojedinih involviranih subjekata na relevantnom tržištu. Iste odredbe nalaze se i u čl. 2 Odluke. Nasuprot Zakonu i daljem tekstu Odluke, čl. 1 Odluke pod naslovom „Predmet“ uvodi treće mjerilo – neznatan uticaj na povredu Zakona o konkurenciji. Na osnovu gramatičkog i sistemskog tumačenja smatramo da se kriterij iz čl. 1 Odluke ne može primjenjivati.

⁸³ Tačka II, 10 Saopštenja

⁸⁴ Sl.gl. BiH 1/05.

⁸⁵ Vukadinović, *Pravo Evropske unije*, str. 467.

⁸⁶ Tačka I, 3. Formulacija ove tačke je veoma oprezna i dozvoljava Komisiji da promijeni svoj stav bez promjene samog Saopštenja.

⁸⁷ Tačka I, 2.

Prateći standarde Komisije, Odluka predviđa da neznatno tržišno učešće kod horizontalnih sporazuma postoji ako zajedničko učešće involviranih aktualnih ili potencijalnih konkurenata ne prevazilazi 10% relevantnog tržišta. U slučaju vertikalnih sporazuma pojedinačni udio od 15% relevantnog tržišta kod svakog učesnika predstavlja granicu poslije koje sporazum gubi *de minimis* svojstvo.⁸⁸ Uslov za važenje ovoga pravila je da stranke nisu međusobni konkurenti. U treću grupu ulaze sporazumi kod kojih je teško ustanoviti da li su stranke konkurenti ili to nisu.⁸⁹ Saopštenje Komisije postavlja prag od 10% tržišnog učešća i za ove sporazume. Formulacija tačke II, 7 Saopštenja nije jasna, ali se tumačenjem dolazi do zaključka da se prag od 10% postavlja za sve učesnike sporazuma. Član 8 ZoK je u cjelini preuzeo tačku II, 7 Saopštenja, pa se i on mora interpretirati na isti način. U slučaju sporazuma koji izmiču klasifikaciji, međutim, Odluka odstupa od komunitarne politike konkurencije i od predloženog shvatanja člana 8 ZoK. Prema članu 3, st. 1, tačka c) Odluke, tržišno učešće se ne mjeri agregatno za sve učesnike, nego za svakog od njih pojedinačno. Dakle, ova grupa sporazuma se metodološki tretira kao da su u pitanju vertikalni sporazumi, a kvantitativno kao da se radi o horizontalnim sporazumima.

Odluka proširuje zakonsku regulativu time što u paralelnim mrežama sporazuma i kod kumulativnih efekata sporazuma različitih dobavljača i distributera. određuje prag tržišnog učešća svakog učesnika sporazuma od 5%. *De minimis* izuzeće se ne primjenjuje iznad te granice. Za ovu situaciju je irelevantno da li se radi o učesnicima u horizontalnim ili vertikalnim sporazumima. Da bi se prethodna pravila primijenila, potrebno je da kumulativno učešće paralelne mreže sporazuma prelazi 30%.⁹⁰ Povećavanja postavljenih učešća za manje od 2% u toku svake od dvije uzastopne kalendarske godine nisu dovoljna da bi tangirani sporazum izgubio svojstvo dopuštenosti.⁹¹

⁸⁸ Čl. 8 ZoK; čl. 3 Odluke.

⁸⁹ Tačka II, 7, paragraf 2.

⁹⁰ Čl. 4 Odluke.

⁹¹ Član 5 Odluke; Tačka II, 9 Saopštenja.

4. Negativan uslov se skraćeno može definisati kao nepostojanje „teških ograničenja“ („*hardcore restrictions*“) konkurencije u sporazumu koji je inače podoban za izuzeće ispod antikartelnog prava na osnovu *de minimis* pravila. Bez obzira na različitu pravnu prirodu i nomotehniku dva akta, u određivanju teških ograničenja Odluka dosljedno prati politiku i formulacije Saopštenja.⁹² Teškim ograničenjima konkurencije smatraju se odredbe kojima učesnici sporazuma samostalno ili u kombinaciji sa drugim faktorima pod njihovom kontrolom, direktno ili indirektno, sprečavaju, narušavaju ili ograničavaju konkurenciju. Zabranjene odredbe su navedene taksativno i za horizontalne i za vertikalne sporazume. Kod vertikalnih sporazuma su taksativno navedeni i slučajevi u kojima se smatra da teška ograničenja ne postoje i da je stoga konkretni sporazum kvalifikovan za *de minimis* izuzeće.⁹³ Preciziranje slučajeva koji su uvršteni u negativne uslove vrši se shodno odlukama KV o pojedinim vrstama grupnih izuzeća. Stoga je ovdje dovoljno istaći da je razvoj prodaje putem Interneta doveo do toga da se zabrana aktivne prodaje kod isključive distribucije ne smatra, a kod selektivne distribucije smatra teškom povredom konkurencije u vertikalnim sporazumima.⁹⁴ Usaglašavanje postojećih sporazuma sa ovom odlukom moralo se izvršiti do 30.6.2006.

Pristup Komisije i bh. zakonodavca negativnim uslovima za primjenu *de minimis* principa je interesantan i sa šireg teorijskog stanovišta. On jasno pokazuje da je doktrina *Rule of reason* kod sporazuma male vrijednosti usvojena do krajnjih konsekvenci. Funkcionalno shvaćanje efektivne konkurencije kao instrumenta za postizanje određenih viših društvenih ciljeva je ustuknulo pred-filozofsko-političkim konceptom po kome je konkurencija najviša društvena vrijednost *per se*.

⁹² Uporediti čl. 8 (2) ZoK i čl. 6 – 9 Odluke sa Tačkom II, 11 Saopštenja.

⁹³ U članu 8, st. 1, tačka c) Odluke je prevod pogrešan. Potrebno je usaglasiti ga sa Tačkom II, 11, (2), c) Saopštenja.

⁹⁴ Uporediti tačke b) i c) člana 8 Odluke.

IV. Zaključci

1. U sadašnjoj fazi razvoja pravo konkurencije Bosne i Hercegovine se po konceptu, strukturi, rješenjima, institucijama i značaju antimonopolske regulative izjednačilo sa dominantnim modelom u uporednom pravu.

2. Antimonopolska regulativa u Bosni i Hercegovini je dosljedno izgrađena po uzoru na poredak Evropske unije. Odstupanja prava BiH od prava EU u domenu monopolističkog sporazumijevanja su nužna ukoliko su uslovljena sistemskim razlikama između supranacionalnog i nacionalnog prava i bitno drukčijim ekonomskim okolnostima dva subjekta. Razlike između bh. i EU izvora prava koje potiču iz našeg legislativnog procesa nisu svrsishodne i moraju biti postepeno uklanjane, bilo kroz normativnu aktivnost, bilo kroz administrativnu i sudsku praksu.

3. Najveći nedostatak koncepta monopolističkih sporazuma u pravu BiH jeste formulacija čl. 4 (1) ZoK, koja za njihovu zabranu zahtijeva da i za cilj i za posljedicu imaju ograničavanje konkurencije. Ovakvo kumuliranje zahtjeva je suprotno čl. 81 (1) TEU i bitno sužava domen primjene domaćeg antimonopolističkog prava. Zbog toga je zakonodavna intervencija u izmjeni ovog rješenja i nužna i hitna.

4. Odredbe entitetskih Zakona o trgovini koje se odnose na monopolističko djelovanje treba ukinuti.

5. Antimonopolsko pravo u cjelini i institut monopolističkih sporazuma nemaju jasno definisan odnos prema društvenom vrednovanju konkurencije. Kao i drugi sistemi, i naš poredak lavira između shvatanja da je konkurencija vrhovna društvena vrijednost i da je ona samo instrument za ostvarivanje viših društvenih vrijednosti. Iako se ova dilema može definitivno razriješiti, ona mora ostati u centru pažnje svih odgovornih subjekata.

6. Kreativna primjena važeće regulative monopolističkih sporazuma i drugih instituta prava konkurencije je najvažniji zadatak u predstojećem periodu.