



Заједничка адвокатска канцеларија

Адвокати:  
Владимир Љ. Добрић  
Марина М. Лучић  
Душан М. Васиљевић  
Бранислав В. Маринковић



Адв. приправник:  
Ана Н. Деспотовић  
Пословни секретар:  
Сандра Ђорђевић

УСТАВНИ СУД  
11000 БЕОГРАД  
Булевар краља Александра 15

На основу члана 168. став 2. Устава Републике Србије („Службени гласник РС“, бр. 98/06), члана 29. став 1. тачка 2. и члана 51. став 1. Закона о Уставном суду („Службени гласник РС“, бр. 109/07, 99/11 и 18/13 – одлука УС, 103/15 и 40/15 – др. закон), Илија Р. Девић из Београда, Виле Равијојле бр. 9, ЈМБГ 2507952880033, којег по пуномоћју у прилогу заступа Владимир Љ. Добрић, адвокат из Београда, Бирчанинова 15, подноси:

### ИНИЦИЈАТИВУ

за оцену уставности чл. 14. Закона о облигационим односима  
("Сл. Лист СФРЈ", бр. 29/78, 39/85, 57/89 и "Сл. Лист СРЈ" 31/93  
и "Сл. лист СЦГ" бр. 1/2003 – Уставна повеља – у даљем тексту: ЗОО)

I. Пропис на који се односи Иницијатива за оцену уставности:

Одредба чл. 14. ЗОО гласи:

Забрана стварања и искоришћавања монополског положаја

Члан 14.

“У заснивању облигационих односа стране не могу установљавати права и обавезе којима се за било кога ствара или искоришћава монополски положај на тржишту.”

II. Неуставност одредбе чл. 14. ЗОО:

Одредба чл. 14. ЗОО није у сагласности са сагласности са чл. 4. ст. 1, чл. 16. ст. 2, чл. 84. ст. 2. Устава РС.

По схватању подносиоца Иницијативе, однос између правила из чл. 14. ЗОО и Закона о заштити конкуренције не може се решавати само као однос између два системска законска

прописа, као однос два законска прописа који у једном делу регулишу исту материју, као ни однос два законска прописа од којих је један општи а други онај на који се упућује, све уз примену доктринарних правила о јединствености правног поретка, које је у досадашњој пракси примењивао Уставни суд. Ово стога, што у конкретном случају постоје две битна разлога, која супермацију дају Закону о заштити конкуренције из 2009. (са изменама из 2013.). Први разлог је што је уставни основ за одредбу чл. 14. ЗОО (чл. 255. Устава СФРЈ из 1974.) престао да важи, с тим да уставни основа за доношење Закона о заштити конкуренције (чл. 82. и 84. Устава РС из 2006.) регулише основе за правила конкуренције сасвим другачије од Устава СФРЈ из 1974. Други разлог је у томе је Закон о заштити конкуренције из 2009. донет на основу обавезе Републике Србије из потврђеног међународног уговора да регулише конкуренцију на начин као што је то регулисано у ранијим чл. 81. и 82. Уговора о Европској Заједници (сада чл. 101. и 102. Уговора о функционисању Европске уније). Према чл. 16. ст. 2. Устава РС из 2006. „Општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни су део правног поретка Републике Србије и **непосредно се примењују**. Потврђени међународни уговори морају бити у складу с Уставом.“ **Република Србија се обавезала, у складу са чл. 73. ст. 2. Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских Заједница и њихових држава чланица са једне стране и Републике Србије са друге стране да примењује у свој законодавству и пракси критеријуме који проистичу из примене правила конкуренције која се примењују у Европској Заједници, а нарочито из чл. 81, 82, 86. и 87. Уговора о Европској заједници и инструмената тумачења које су усвојиле институције Заједнице.** У том смислу, не примењују се непосредно одредбе чл. 81. и 82. Уговора о Европској Заједници (сада чл. 101. и 102. Уговора о функционисању Европске уније), јер Република Србија није чланица Европске Уније, већ критеријуми за примену релевантних правила о конкуренцији и њихово тумачења, која су усвојена од стране институција Европске Уније. У том смислу су и правила из Закона о заштити конкуренције из 2009. са изменом из 2013. су (у највећој мери) примењени критеријуми правила о конкуренцији на која се Република Србија обавезала чл. 73. Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица са једне стране и Републике Србије са друге стране, који је ратификован у Скупштини Републике Србије и објављен у Службеном гласнику РС – Међународни уговори“, бр. 83/2008. Уставни суд има у складу са одредбом чл. 167. ст. 1. т. 1. Устава РС обавезу да чува јединство правног поретка тако што ће предност дати закону који је донет на основу потврђеног Споразума о стабилизацији и придруживању у односу на одредбу чл. 14. ЗОО, која није у складу са чл. 73. Закона о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица са једне стране и Републике Србије са друге стране.

Због наведеног, одредба чл. 14. ЗОО није у складу са уставним начелом да је правни поредак јединствен (чл. 4. ст. 1. Устава РС), јер је у супротности са одредбама чл. 10-19. Закона о заштити конкуренције из 2009. (са изменама из 2013), као системског закона који регулише правила конкуренције, а које су постале део домаћег правног поретка као последица преузете међународне обавезе за примену критеријума о правилима конкуренције из чл. 73. Закона о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица са једне стране и Републике Србије са друге стране, који се у смислу правила из чл. 16. ст. 2. Устава РС непосредно примењује и у смислу правила из чл. 167. ст. 1. т. 1. Устава РС има супермацију у односу на одредбу чл. 14. ЗОО. Управо у складу са обавезама из чл. 73. Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица са једне стране и Републике Србије са друге стране, Република Србија је регулисала правила конкуренције у чл. 10-19. Закона о заштити конкуренције из 2009. (са изменама из 2013) и у складу са уставним овлашћењем из чл. 84. ст. 2. Устава РС, који се одређује да се (посебним) законом одређује који су акти забрањени јер се њима ограничава слободна конкуренција, стварањем или злоупотребом монополског или доминантног положаја.

У том смислу одредбе чл. 10-19. Закона о заштити конкуренције из 2009. са изменама из 2013. су одредбе системског значаја за јединство правног поретка Републике Србије, и то тако што се као акти којима се ограничава и нарушава конкуренција одређени акти закључивања рестриктивних споразума, злоупотреба доминантног положаја на тржишту и концентрација (којом се ограничава или нарушава конкуренција), али не и закључивање и искоришћавање монополског положаја, на начин како је то одређено чл. 14. ЗОО. У јединственом правном поретку није одрживо да постоје два системска закона која регулишу исту материју, и то посебно ако један (чл. 14. ЗОО) има за последицу утврђивање повреде правила конкуренције у парничном поступку пред редовним судом, а други (Закона о заштити конкуренције из 2009. са изменама из 2013.) предвиђа да се повреда конкуренције утврђује пред Комисијом за заштиту конкуренције у посебно регулисаном поступку.

### III. Детаљније образложење неуставности одредбе чл. 14. ЗОО:

Домаћу правну регулативу о заштити конкуренције потребно је посматрати користећи три метода анализе, упоредно-правни, историјско-правни метод настанка правила и догматски – анализу постојећег законског решења.

#### 1. Кратак упоредно-правни приказ.

У упоредном праву се разликују два приступа у погледу регулативе заштите конкуренције, амерички и европски. Према Шермановом закону (из 1890.), а касније и по Клејтоновом закону (из 1914.) забрањен је сваки вид монополизације (не монопола као статуса, већ као понашања) било ког дела трговине и промета између неколико држава или страних народа, док је доминација основни концепт у праву прво Европске Заједнице, а потом Европске Уније.<sup>1</sup> Постоје аутори наводе да је монополизација прекршај а да сам монопол то није.<sup>2</sup> Разликују се две врсте злоупотреба: покушај монополизације и монополизација. Покушај монополизације је коришћење неодговарајућих пословних стратегија како би се достигао статус монопола, док је монополизација коришћење неодговарајућих метода како би се створио, задржао или увећао монопол.<sup>3</sup> Амерички приступ може описати максимом „успешан конкурент, подстицан да се такмичи, не сме бити оборен када побеђује“, те и монополски положај, ако је стечен у конкурентској борби не сме бити санкционисан, док европско становиште заснива се на становишту да је циљ „лов на негативце“ („*chase the villains*“), јер „олигополске структуре преовлађују у неким фазама глобалног процеса производње, као и да уније малих произвођача постоје само унутар система којим доминира неколико цинова. Последица тога су генерално различите цене производа на конкурентском нивоу.“<sup>4</sup>

#### 2. Историјско-правна анализа.

Одредба чл. 14. ЗОО налази се у делу Основних начела ЗОО, с тим да је повреда тих начела, одн. поступање учесника у облигационом односу санкционисано ништавошћу правног посла у

<sup>1</sup> Више види Manfred Neumann, Jurgen Weigand, *The International handbook competition*, Edward Elgar Publishing, 2006, 254-264, који доказују да постоји разлика између монопола (у пракси је утврђено да монопол постоји када је тржишно учешће 75% и више) у односу на ситуацију када постоји злоупотреба доминантног положаја, када се више пажње посвећује статусу учесника на тржишту и његовој могућности да утиче на чиниоце конкуренције.

<sup>2</sup> Milena Jovanović-Zattila, *Dominacija i monopolizacija u pravu konkurencije*, u knjizi Vesne Rakić Vodinelić, Gaše Knežević, (ured.): *Liber amicorum Dobrosav Mitrović*, Beograd 2007, 329.

<sup>3</sup> Milena Jovanović-Zattila, *Op. cit.* 329.

<sup>4</sup> Наведено према Milena Jovanović-Zattila, *Op. cit.* 327.

смислу чл. 103. ст. 1. ЗОО, као најтежом грађанско-правном санкцијом, док је раније постојало и кривично дело из чл. 232. Кривичног закона („злоупотреба монополског положаја”).<sup>5</sup>

Ова одредба ЗОО имала је уставни извор у одредби чл. 255. Устава СФРЈ из 1974,<sup>6</sup> који одређује:

„Забрањено је удруживање организација удруженог рада и свака друга делатност и радња организација и државних органа који су управљени на спречавање слободног кретања и удруживања рада и средстава и слободне размене робе и услуга, или на стварање монополског положаја на јединственом југословенском тржишту којим се стичу материјална и друга преимућства која се не заснивају на раду и стварају неравноправни односи у пословању или нарушавају други економски и друштвени односи утврђени уставом.“ Повезивање забране монопола са стварањем преимућства која се не заснивају на раду и којим се стварају неравноправни односи у пословању или *нарушавају други економски и друштвени односи утврђени уставом*, јасно указује на функционалну везу између нетржишне привреде, засноване на самоуправљању и друштвеној својини и антимонополске клаузуле.

Слично је и са Закон о удруженом раду из 1976,<sup>7</sup> који је претходно усвајању ЗОО 1978. који монопол види као начин изопачавања социјалистичких самоуправних друштвених односа у облику присвајања друштвених средстава и резултата рада.

На везу одредбе чл. 14.ЗОО са Уставом из 1974. и Законом о удруженом раду из 1976. указује и др Милан Бркић, тадашњи судија Савезног суда у Београду, када је давао коментар одредбе чл. 14. ЗОО,<sup>8</sup> и Борис Визнер.<sup>9</sup>

Одредба чл. 14. ЗОО не регулише непосредно шта је монопол, нити шта је стварање или искоришћавање монополског положаја на тржишту. Одредба чл. 14. ЗОО је бланкетна норма, која упућује на друге законе који регулишу питање стварања и искоришћавања монополског положаја, и у том погледу треба имати у виду одредбе Закона о сузбијању нелојалне утакмице

<sup>5</sup> Одредба чл. 232. КЗ РС гласила је: „Одговорно лице у предузећу или у другом субјекту привредног пословања које има својство правног лица или предузетник, који злоупотребом монополистичког или доминантног положаја на тржишту или закључивањем монополистичког споразума изазове поремећај на тржишту или тај субјект доведе у повлашћен положај у односу на друге, тако да оствари имовинску корист за тај субјект или за други субјект или нанесе штету другим субјектима привредног пословања, потрошачима или корисницима услуга, казниће се затвором до три године.“ Одредбом чл. 229. Кривичног законика (Службени гласник РС, бр. 85/2005, 88/2005-испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016) у групи кривичних дела против привреде прописано је кривично дело закључење рестриктивног споразума, које гласи:

(1) Ко у субјекту привредног пословања закључи рестриктивни споразум који није изузет од забране у смислу закона којим се уређује заштита конкуренције, а којим се одређују цене, ограничава производња или продаја, односно врши подела тржишта, казниће се затвором од шест месеци до пет година и новчаном казном.

(2) Учинилац дела из става 1. овог члана који испуњава услове за ослобађање од обавезе утврђене мером заштите конкуренције у смислу закона којим се уређује заштита конкуренције, може се ослободити од казне.

<sup>6</sup> Службени лист СФРЈ, бр. 9-21/1974.

<sup>7</sup> Службени лист СФРЈ бр. 53/1976. У чл. 3. ЗУР-а се одређује да је противзаконито свако потчињавање и експлоатација туђег рада, сваки облик управљања производњом и другим друштвеним делатностима, и сваки облик расподеле који изопачавају социјалистичке самоуправне друштвене односе у облику присвајања друштвених средстава и резултата рада **успостављањем монопола** на државносвојинској, групносвојинској или приватносвојинској основи, на основу економске или политичке моћи или у облику бирократске самовоље, технократске узурпације или самовољног одлучивања те свака привилегија **заснована на монополу** управљања средствима за производњу и присвајању резултата рада.

<sup>8</sup> Коментар Закона о obligacionim odnosima, knjiga I, drugo izdanje, redaktori Borislav Blagojević, Vrleta Krulj, Savremena administracija, Beograd, 1983, 82-84.

<sup>9</sup> Boris Vizner, Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Dio prvi, Zagreb, 1978, 86-87.

и монополистичких споразума из 1974.<sup>10</sup> као и одредбе касније донетог Закона о трговини из 1993,<sup>11</sup> који је на сличан начин регулисао стварање и искоришћавање монополског положаја.<sup>12</sup>

Као што се види одредба чл. 14. ЗОО је упућујућа одредба, која препушта другим законима да одреде шта се сматра стварање и искоришћавање монополског положаја на тржишту, с тим што је иницијално ова одредба имала и идеолошко обележје у контексту социјалистичких самоуправних односа на тржишту и заштите друштвене својине.

Слично решење може се наћи и у одредби чл. 64. ст. 3. Устава Републике Србије из 1990.<sup>13</sup>

*Lex specialis* који је регулисао правила конкуренције на тржишту, па и стварање и искоришћавање монопола, у складу са наведеним идеолошким одредницама био је Антимонополски закон из 1996,<sup>14</sup> који је у чл. 2. *sedes materiae* регулисао појам монополског и увео нови појам доминантног положаја на тржишту, па је тако одредио:

„Монополски положај на тржишту има привредни субјект који у трговини, односно производњи одређене робе или у вршењу услуга на јединственом тржишту нема конкуренцију. Доминантан положај на тржишту има привредни субјект који у трговини, односно производњи одређене робе или у вршењу услуга на јединственом тржишту нема знатнију конкуренцију.“

Иако је Антимонополски закон имао уставни основ у Уставу РС из 1990., његове законске одредбе треба посматрати у складу са одредбама чл. 85. и 86. (раније чл. 81. и 82.) Уговора о оснивању Европске заједнице,<sup>15</sup> који су „преточени“ у домаћи закон. Тако је у чл. 3.

<sup>10</sup> Службени лист СФРЈ бр. 24/1974. Према чл. 3. и 9. тог закона, монополски споразум је споразум две или више организација удруженог рада о условима пословања, који су усмерени на ограничавање или спречавање слободне утакмице и којима једна или више тих организација постижу или могу постићи монополистички или други повлашћени положај у односу према другим организацијама удруженог рада и потрошачима. Монополистичким споразумом сматра се и онај који се изражава у конклюдентним радњама. Монополистичким споразумом сматра се нарочито: споразум о подели тржишта у погледу куповине или продаје робе; споразум којим се продавац обавезује да одређену робу неће продавати неком другом купцу осим оног с којим је споразум закључен, или којим се купац обавезује да ће купљену робу продавати само на одређеном тржишту или одређеним купцима; споразум о ценама, споразум о ограничавању обима производње или коришћења капацитета; споразум о затварању тржишта у циљу да се с њега искључе други привредни субјекти, споразум произвођача, одн. привредним субјеката – купаца, да производе исте врсте продају, одн. купују само уз услове и начин одређен споразумом или претежно са одређеним привредним субјектом или преко њега. Овај закон регулисао је и злоупотребу предности стечену монополским споразумом (чл. 4. и 11. наведеног закона) као унапређивање или продаја производа и услуга уз услове и на начин којим се злоупотребава предност коју привредни субјект има због тога што је једини или претежан произвођач односног производа, као и куповина уз услов и на начин којима привредни субјект злоупотребава предност које има само зато што је једини или претежан купац.

<sup>11</sup> Службени лист СРЈ, бр. 32/93.

<sup>12</sup> У погледу тумачења значења антимонополске клаузуле из чл. 14. ЗОО и потребе да се монопол утврђује имајући у виду Закона о сузбијању нелојалне утакмице и монополистичких споразума и Закон о трговини, види коментар чл. 14. ЗОО од Димитра Поп-Георгијева (Коментар Закона о obligacionim odnosima, књига прва, редатори Сlobodan Perović, Dragoljub Stojanović, Kulturni centar Gornji Milanovac, Pravni fakultet Kragujevac, 1980, 148-150), док Ратомир Слијепчевић у коментару чл. 14. ЗОО упућује само на Закон о трговини (Коментар Закона о obligacionim odnosima, књига прва, главни редактор Сlobodan Perović, Савремена администрација, Београд, 1995, 36-38.).

<sup>13</sup> Службени гласник РС, бр. 1/90. Устав РС из 1990. у чл. 63. ст. 3. одређује да је противустан сваки акт и свака радња којима се ствара или подстиче монополски положај, односно на други начин ограничава тржиште.

<sup>14</sup> Службени лист СРЈ, бр. 29/96 и Службени гласник Републике Србије бр. 85/2005.

<sup>15</sup> Official Journal of the European Communities, No C 224/6, 31.8.92.

Детаљније о европском праву конкуренције, посебно одредбама 81. и 82. Уговора о оснивању Европске Заједнице, одн. чл. 101. и 102. Уговора о функционисању Европске Уније, видети код Alison Jones, Brenda Sufrin, EC Competition law, Text, cases and materials, Oxford University Press, 2008, Moritz Lorenz, An Introduction to competition law, Cambridge University Press, 2013. Walter Frenz, Handbook of EU competition law, Springer Verlag, Berlin Heidelberg, 2016, Wolf Sauter, Coherence in EU competition law, Oxford University Press, 2016.

Антимонополског закона санкционише се злоупотреба, па се одређује да су такве радње злоупотребе ништаве.<sup>16</sup>

У чл. 4. Антимонополског закона одређује се да су монополски споразуми ништави. У чл. 4. ст. 1. овог закона одређује се да је монополски споразум (договор, споразум и уговор) онај споразум између привредних субјеката, одн. споразум у оквиру удружења привредних субјеката о условима пословања који је усмерен, одн. који доводи или може довести до нарушавања и спречавања конкуренције и изазивања поремећаја на јединственом тржишту, одн. којим се може нанети штета потрошачу.

Потреба и жеља Србије да приступи Светској трговинској организацији и Општем споразуму о царинама и трговини (GATT), довело је до тога да се приступи изради новог закона, пре него што је и измењен постојећи уставни оквир. Закон о заштити конкуренције из 2005,<sup>17</sup> уноси значајне новине тако што, између осталог први пут у домаћем законодавству не санкционише стварање и искоришћавање монополског положаја, и уводи Комисију за заштиту конкуренције, којој су поверена управна овлашћења у утврђивању и санкционисању аката и радњи у поступку који је регулисан наведеним законом, којима се повређују правила конкуренције. Закон о заштити конкуренције из 2005. у чл. 2. закона регулише шта се сматра повредом конкуренције:

„Повредом конкуренције у смислу овог закона сматрају се акти и радње привредних субјеката и других правних и физичких лица и осталих учесника на тржишту и то:

- 1) споразуми којима се битно спречава, ограничава или нарушава конкуренција;
- 2) злоупотреба доминантног положаја;
- 3) концентрација којом се битно спречава, ограничава или нарушава конкуренција, пре свега стварањем, односно јачањем доминантног положаја на тржишту.

Битно спречавање, ограничавање или нарушававање конкуренције из става 1. тач. 1) и 3) овог члана процењује се, у зависности од конкретног случаја, према: степену и динамици промена у структури релевантног тржишта; ограничењима и могућностима равноправног приступа тржишту нових конкурената; разлозима за напуштање тржишта од стране постојећих конкурената; променама којима се ограничава могућност снабдевања тржишта, степену погодности насталих за потрошаче и другим околностима од утицаја на повреду конкуренције. Влада Републике Србије (у даљем тексту: Влада) ближе прописује критеријуме из става 2. овог члана.“

Према наведеној законској одредби постоје само три повреде правила конкуренције, споразуми којима се битно ограничава или нарушава конкуренција, злоупотреба доминантног положаја и концентрација којом се битно спречава, ограничава или нарушава конкуренција, пре свега стварањем доминантног положаја на тржишту. Монопол и монополски положај је што се тиче Закона о заштити конкуренције из 2005. отишао у правну историју.

У чл. 7. Закона о заштити конкуренције из 2005. наводи се:

<sup>16</sup> Борис Беговић, Рајко Буквић, Бошко Мијатовић, Рајко Пауновић, Роберт Сепи, Драгор Хибер, Антимонополска политика у СР Југославији, Анализа постојећих тржишних структура и антимонополских институција, Центар за либерално-демократске студије, Београд, 2002, 125-125, наводе: „Овај закон, за који се може претпоставити да има за циљ да буде разрада уставног принципа забране стварања или подстицања монополског положаја, у првом члану, којим се дефинише предмет регулисања, с једне стране, мање је амбициозан од свог уставног изворника. Закон, наиме, не претендује да уреди, односно санкционише (назива се антимонополски) чињеницу самог стварања монополског положаја, већ искључиво злоупотребу оваквог положаја, која за последицу има нарушававање конкуренције и изазивања поремећаја на јединственом тржишту. С друге стране, његов предмет регулисања је нешто шири, јер предвиђа предузимање мера односно санкција не само код злоупотребе монопола, већ и доминантног положаја на тржишту и монополистичких споразума.“

<sup>17</sup> Службени гласник РС, бр. 79/2005.

„Акти који за циљ или последицу имају или могу имати битно спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције на релевантном тржишту у смислу овог закона јесу споразуми, уговори, поједине одредбе уговора, изричити или прећутни договори, усаглашене праксе, одлуке удружења учесника на тржишту (у даљем тексту: споразуми).

Споразуми из става 1. овог члана забрањени су и ништави, а нарочито споразуми којима се:

- 1) непосредно или посредно утврђују куповне или продајне цене или други услови трговине;
- 2) ограничава или контролише производња, тржиште, технички развој или инвестиције;
- 3) деле тржишта или извори набавке;
- 4) примењују неједнаки услови пословања на исте послове са различитим учесницима на тржишту и тиме учеснике на тржишту доводе у неповољнији положај у односу на конкуренте;
- 5) условљава закључење споразума прихватањем додатних обавеза које, с обзиром на своју природу и трговачке обичаје и праксу, нису у вези са предметом споразума.

Споразуми из става 1. овог члана могу бити хоризонтални или вертикални.

Хоризонтални споразуми у смислу овог закона јесу споразуми између постојећих и/или потенцијалних учесника на тржишту који послују на истом нивоу производног ланца или ланца испоруке.

Вертикални споразуми у смислу овог закона јесу споразуми о условима набавке, продаје или препродаје између постојећих и/или потенцијалних учесника на тржишту који послују на различитом нивоу производног ланца или ланца испоруке.“

У чл. 8. Закона о заштити конкуренције из 2005. наводи се:

„Ако Комисија по службеној дужности или на захтев заинтересованог лица утврди да се споразумом, односно појединим његовим деловима битно спречава, ограничава или нарушава конкуренција, доноси решење којим утврђује повреду из члана 7. ст. 1. и 2. овог закона. Решењем из става 1. овог члана могу да се одреде мере које су дужни да предузму учесници у споразуму као и рокови за њихово извршење, а којима се омогућује успостављање конкуренције на релевантном тржишту и отклањање штетних последица забрањеног споразума.“

Подносилац иницијативе указује да је већ тада настало нарушавање јединства правног поретка, јер Закон о заштити конкуренције из 2005. као *lex specialis* у односу на упућујућу одредбу чл. 14. ЗОО, на другачији начин регулише питање повреде конкуренције, које је санкционисано ништавошћу аката и послова којима се повређује конкуренција на јединственом тржишту. За разлику од чл. 14. ЗОО, Закон о заштити конкуренције из 2005. уопште не регулише стварање и искоришћавање монополског положаја.<sup>18</sup> На тај начин, јединство правног поретка је нарушено,

<sup>18</sup> Појам монопол потиче од грчке речи *monos*, што значи један и речи *polein*, што значи продавати, одн. трговати без конкурената.

Према Е Н Chamberlin, *The Theory of monopolistic competition*, Harvard University Press, 1963, 7, монопол уобичајено значи контрола над набавком, па тиме и над ценама.

Richard Whish, David Bailey, *Competition law*, Oxford University Press, 2012, 6, веома јасно одређују правни положај монополисте. Они наводе да теоријски модел упућује да савршена конкуренција постоји када произвођач може да прода свој производ само по тржишној цени. Произвођач је тај који прихвата цену (*price-taker*), без могућности да утиче на цену својим једностраним потезима. Потрошач – купац је суверен (газида). Разлог за то је јер промене цена које врши произвођач могу имати само занемарљив утицај на цело тржиште у укупну тржишну понуду као такву која одређује цену кроз „закон“ понуде и потражње. У случају постојања монополског положаја, ситуација је сасвим другачија. Монополиста је у позицији да утиче на тржишну цену. Како је он одговоран за комплетну производњу и како укупна производња одређује цену кроз однос понуде и потражње, он ће бити у могућности или да подигне цену смањењем обима сопствене производње или ће да смањи продају повећањем цене. Ово друго се дешава у случајевима јако познатих марки производа, који се продају по високој цени, као нпр. луксузни парфеми. Поред тога, поново под претпоставком да је мотив да се максимизира профит, монополиста ће схватити да ће моћи да заради највећи профит ако се уздржи од повећања своје производње до нивоа који би био постигнут у

јер је према чл. 14. ЗОО стварање и искоришћавање монополског положаја на тржишту, а према Закону о заштити конкуренције стварање и искоришћавање монополског положаја није регулисано као забрањено, уколико нису испуњени услови за примену чл. 2. и 7. наведеног закона, тако да постоје акти (независно од тога да ли их предузима монополиста) којима се битно спречава, ограничава или нарушава конкуренције на релевантном тржишту. Јединство правног поретка је тако нарушено у материјалном смислу. Ово нарушавање јединства има за последицу да исти акти, одн. споразуми по чл. 14. ЗОО могу бити ништави (у смислу примене чл. 103. ЗОО), док ако се примењује Закон о заштити конкуренције из 2005. могу бити правно ваљани акти и споразуми. Јединство правног поретка је нарушено и у процесном смислу, јер стварање и искоришћавање монополског споразума у смислу чл. 14. ЗОО утврђује парнични суд у парничном поступку, док нарушавање правила конкуренције у смислу Закона о заштити конкуренције из 2005. утврђује Комисија за заштиту конкуренције, уз примену правила о општем управном поступку, у смислу чл. 52. Закона о заштити конкуренције из 2005.

### 3. Приказ постојећег уставног оквира и системског законског решења.

Устав Републике Србије из 2006.<sup>19</sup> дефинитивно је одустао од концепције идеолошког регулисања стварања и успостављања монопола, тако што би га већ у уставу забранио. Уместо тога, Устав РС из 2006. делегирао је ово питање да се регулише законом, па је тако у чл. 84. Устава РС одређено:

„ Сви имају једнак правни положај на тржишту.  
Забрањени су акти којима се, **супротно закону**, ограничава слободна конкуренција, стварањем или злоупотребом монополског или доминантног положаја.  
Права стечена улагањем капитала на основу закона, не могу законом бити умањена.  
Страна лица изједначена су на тржишту са домаћим.“

Устав РС из 2006. у чл. 82. ст. 1. одређује:

„Економско уређење у Републици Србији почива на тржишној привреди, отвореном и слободном тржишту, слободи предузетништва, самосталности привредних субјеката и равноправности приватне и других облика својине.“

**Уставом се не регулише, нити забрањује монопол, већ се питање заштите права конкуренције „спушта“ на ниво закона, који је почев од 2009. у складу са правилима**

---

савршеној конкуренцији. Резултат ће бити да је производња нижа него што би била у условима савршене конкуренције, па ће стога потрошачи бити ускраћени за робу и услуге, за које би били спремни да плате цену коју утврди конкурентно тржиште. Стога, у овој ситуацији постоји алокативна неефикасност, ресурси друштва не распоређују се на најефикаснији могући начин. Неефикасност је појачана чињеницом да потрошачи, ускраћени за монополисани производ, који би иначе купили, користе новац за производе које мање желе. У том случају, привреда функционише испод свог потенцијала. Обим овог алоциране неефикасности, понекад се означава као „бескорисни терет“ који се може приписати монополу.

Борис Беговић, Владимир Павић, Увод у право конкуренције, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, 27-28, одређују појам монопола, тако што наводе три услова: 1) постојање само једног привредног субјекта – само једног произвођача, одн. продавца, 2) да је производ који нуди монополиста хомоген и да не постоји супститути том производу и 3) да постоји баријера уласку, која спречава слободан улазак у грану. Сваки предузетник тежи максимизирању профита. Међутим, за разлику од обичних предузетника, чија понуда не може значајније да утиче на укупну тржишну понуду, за монополисту је карактеристично да монополиста, као једини субјект на страни тражње, што значи да нико други не може понудити одређени производ на тржишту, кроз промену понуде утиче на промену укупне понуде, па тиме и на тржишну цену.

<sup>19</sup> Службени гласник РС, бр. 98/2006.



Уговора о Европској Заједници (и то чл. чл. 81. касније 101.<sup>20</sup> чл. 82. касније чл. 102. Уговора о функционисању Европске уније<sup>21</sup>), регулисао правила конкуренције.

Република Србија не може непосредно да примењује одредбе Уговора о функционисању Европске уније у делу правила конкуренције, јер није чланица Европске уније. Међутим, Република Србија се обавезала, у складу са чл. 73. ст. 2. Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских Заједница и њихових држава чланица са једне стране и Републике Србије са друге стране да примењује у свој законодавству и пракси критеријуме који проистичу из примене правила конкуренције која се примењују у Европској Заједници, а нарочито из чл. 81, 82, 86. и 87. Уговора о Европској заједници и инструмената тумачења које су усвојиле институције Заједнице.<sup>22</sup> У конкретном случају, то значи, по схватању подносиоца Иницијативе, да се на истим принципима заштите

<sup>20</sup> Чл. 101. (ранији чл. 81.)

1. Забрањени су као неспојиви са унутрашњим тржиштем: сви споразуми између учесника на тржишту и усаглашене праксе које могу утицати на трговину између држава чланица, а који за циљ или последицу имају спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције на унутрашњем тржишту, а нарочито они којима се:

- (а) непосредно или посредно утврђују куповне или продајне цене или други услови трговања;
- (б) ограничавају или контролишу производња, тржишта, технички развој или инвестиције;
- (ц) деле држишта или извори снабдевања;
- (д) примењују различити услови на једнаке послове са другим странама у трговини, чиме се они доводе у неповољан положај у односу на конкуренцију;
- (е) склапање уговора условљава прихватањем додатних обавеза других страна које по својој природи и трговачким обичајима немају никакву везу са предметом тих уговора.

2. Сви споразуми или одлуке који су забрањени овим чланом су ништави.

3. Одредбе став 1. могу се ипак прогласити неприменљивим у случају:

- сваког споразума или категорије споразума између учесника на тржишту,
  - сваке одлуке или категорије одлука удружења учесника на тржишту,
  - сваке усаглашене праксе или категорије усаглашених пракси,
- које доприносе побољшању производње или дистрибуције производа или подстицању техничког или економског напретка, при чему омогућавају потрошачима правичан удео у оствареној користи, и које:
- (а) тим учесницима на тржишту не намећу ограничења која нису нужна за остварење тих циљева;
  - (б) таквим учесницима на тржишту не омогућавају уклањање конкуренције у погледу значајног дела односних производа.

<sup>21</sup> Чл. 102. (ранији чл. 82.)

Свака злоупотреба доминантног положаја на унутрашњем тржишту или на његовом значајном делу од стране једног или више учесника на тржишту забрањује се као неспојива са унутрашњим тржиштем уколико може утицати на трговину између држава чланица.

Таква злоупотреба може се састојати нарочито од:

- (а) непосредног или посредног наметања непоштене куповне или продајне цене или других непоштених услова трговине;
- (б) ограничавања производње, тржишта или техничког развоја на штету потрошача;
- (ц) примене различитих услова на једнаке послове са другим странама у трговини, чиме се они доводе у неповољан положај у односу на конкуренцију;
- (д) условљавања закључивања уговора прихватањем додатних обавеза других страна које по својој природи и трговачким обичајима немају никакве везе са предметом тих уговора.“

<sup>22</sup> Чл. 73. ст. 1. и 2. 1. Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица са једне стране и Републике Србије са друге стране гласи:

„Следеће није у складу са правилима функционисања Споразума у мери у којој може утицати на трговину између Заједнице и Србије:

- (а) споразуми између предузећа, одлуке удружења предузећа и усаглашена пракса између предузећа, чији је циљ или последица спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције;
- (б) злоупотреба доминантног положаја од стране једног или више предузећа на територијама Заједнице или Србије, у целини или на њиховом значајном делу;
- (ц) свака државна помоћ која нарушава или прети да наруши конкуренцију давањем предности одређеним предузећима или одређеним производима.

2. Свако поступање супротно овом члану оцењиваће се на основу критеријума који проистичу из примене правила конкуренције која се примењују у Заједници, нарочито из чланова 81, 82, 86. и 87. Уговора о ЕЗ и инструмената тумачења које су усвојиле институције Заједнице.

конкуренције и на начин како те принципе тумаче и у пракси примењују институције Европске Уније и земље чланице ЕУ, регулише заштита конкуренције у законодавству Републике Србије, те да се тумачење и примена тих принципа спроводи на начин како то чине институције Европске Уније и државе чланице. Одредбе чл. 81. и 82. Уговора о Европској Заједници (сада одредбе чл. 101. и 102. Уговора о функционисању Европске Уније), односе се на усаглашену праксу, злоупотребу доминантног положаја и рестриктивне споразуме којима се спречава, ограничава или нарушава конкуренција, те у том смислу и наведени принципи регулисања, тумачења и примене односе се на институте усаглашене праксе, злоупотребе доминантног положаја и рестриктивне споразуме којима се спречава, ограничава или нарушава конкуренција на унутрашњем тржишту.<sup>23</sup>

Република Србија је ратификовала Споразум о стабилизацији и придруживању између Европске заједнице и њених држава чланица с једне стране и Републике Србије с друге стране у 2008,<sup>24</sup> да би одмах након тога, у 2009. донела нови Закон о заштити конкуренције.

Према чл. 16. ст. 2. Устава РС: „Општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни су део правног поретка Републике Србије и **непосредно се примењују**. Потврђени међународни уговори морају бити у складу с Уставом.“

Имајући у виду одредбу чл. 167. ст. 1. т. 1. Устава РС, која одређује супермацију потврђених међународних уговора у односу на друге законе, очито је да потврђени Споразум о стабилизацији и придруживању има супермацију у односу на друге законе којима се регулише конкуренција на домаћем тржишту, па са тим у вези и закон који је донет ради спровођења обавезе која је преузета чл. 73. Закона о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица са једне стране и Републике Србије, одн. у конкретном случају нови Закон о заштити конкуренције из 2009. са изменама у 2013.<sup>25</sup>

Закон о заштити конкуренције из 2009. са изменама у 2013. на сасвим другачији начин од ранијих прописа из ове материје, регулише који акти представљају повреду правила конкуренције, па тако начелно у чл. 9. овог закона одређује се:

„Повредом конкуренције у смислу овог закона сматрају се акти или радње учесника на тржишту које за циљ или последицу имају или могу да имају значајно ограничавање, нарушавање или спречавање конкуренције.“

Према Закону о заштити конкуренције из 2005. конкуренција се нарушава споразумима којима се битно ограничава или нарушава конкуренција, злоупотребом доминантног положаја и

<sup>23</sup> Слично схватање има Маја Станивковић, *Primena odredaba Sporazuma o stabilizaciji i pridruivanju o zaštiti konkurencije pred domaćim sudovima*, *Revija za evropsko pravo*, XIII, 2011, 1, 51, која каже: „Овде није реч само о обавези да се право Уније о конкуренцији унесе у домаћи правни поредак на основу обавезе усвајања правних тековина Уније (*acquis communautaire*). Реч је о кораку више – односно, о обавези примене овог права на начин на који се оно примењује у Унији. Такву обавезу имају свр државе које су са Унијом закључиле споразуме о стабилизацији и придруживању. Србија закључивањем Споразума о придруживању и ступањем на снагу Прелазног трговинског споразума није добила никакву нову обавезу у погледу заштите конкуренције – забрана рестриктивних споразума и злоупотребе доминантног положаја била је прдвђена раније важећим Законом о заштити конкуренције из 2005. године. Новина је у томе да се при оцени понашања у складу са законом од сада морају примењивати критеријуми који су усвојени у страном правном поретку – у правном поретку ЕУ. Овој обавези подлежу органи примене права у Србији: 1) Комисија за заштиту конкуренције и 2) национални судови.“

<sup>24</sup> Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица са једне стране и Републике Србије са друге стране („Сл. гласник РС – Међународни уговори“, бр. 83/2008).

<sup>25</sup> Службени гласник РС, бр. 51/2009 и 95/2013.

концентрацијом којом се битно спречава, ограничава или нарушава конкуренција, пре свега стварањем доминантног положаја на тржишту. Закон о заштити конкуренције из 2009. још прецизније регулише ово питање, па тако у чл. 10-14. конкретизује у чему се састоји значајно ограничавање, нарушавање или спречавање конкуренције - **рестриктивним споразумима**, у чл. 15-16. регулише шта је доминантан положај и **злоупотребу доминантног положаја**, да би у чл. 17-19. регулисао **концентрацију на тржишту**. У чл. 21. закона регулисана је надлежност Комисије за заштиту конкуренције, да би у чл. 33. и даље детаљно регулисан поступак у којем Комисија за заштиту конкуренције одлучује да ли је дошло до повреде правила конкуренције. У чл. 57. наведеног закона прописано је и које **управне мере за заштиту конкуренције** Комисија може изрећи. Закон о заштити конкуренције из 2009. као и ранији, регулише злоупотребну доминантног положаја и недозвољену концентрацију, али по први пут регулише рестриктивне споразуме. Према чл. 10. наведеног закона:

„Рестриктивни споразуми су споразуми између учесника на тржишту који имају за циљ или последицу значајно ограничавање, нарушавање или спречавање, конкуренције на територији Републике Србије.

Рестриктивни споразуми могу бити уговори, поједине одредбе уговора, изричито или прећутни договори, усаглашене праксе, као и одлуке облика удруживања учесника на тржишту, а којима се нарочито:

- 1) непосредно или посредно утврђују куповне или продајне цене или други услови трговине;
- 2) ограничава и контролише производња, тржиште, технички развој или инвестиције;
- 3) примењују неједнаки услови пословања на исте послове у односу на различите учеснике на тржишту, чиме се учесници на тржишту доводе у неповољнији положај у односу на конкуренте;
- 4) условљава закључивање уговора или споразума прихватањем додатних обавеза које с обзиром на своју природу и трговачке обичаје и праксу нису у вези са предметом споразума;
- 5) деле тржишта или извори набавки.

Рестриктивни споразуми забрањени су и ништави, осим у случајевима изузећа од забране у складу са овим законом.“

Рестриктивни споразуми могу бити и у прећутним договорима, као и у облику усаглашене праксе, што је такође новост у законској материји регулисања правила конкуренције. За разлику од монопола, који се јавља само у случају једног - јединог произвођача на страни понуде на тржишту, рестриктивни споразум се може појавити не само ради регулисања понуде, већ и тражње, ограничава се и контролише не само производња већ и тржиште, технички развој и инвестиције, с тим да је за постојање монопола довољно постојање једног понуђача, а у случају рестриктивног споразума нужно се јавља два или више учесника на тржишту, с тим што је могућ и прећутни договор и усаглашена пракса.

За разлику од монополског споразума (клаузуле), која је према одредби чл. 14. у вези чл. 103. ст. 1. ЗОО увек ништава, одредба чл. 10. ст. 3. Закона о заштити конкуренције из 2009. са изменом из 2013. предвиђа правило да су рестриктивни споразуми забрањени и ништави, осим у случајевима изузећа који су прописани законом. Одредбом чл. 11. истог закона предвиђа се изузетак (од забране) уколико доприносе унапређењу производње и промета, односно подстицању техничког или економског напретка, а потрошачима обезбеђују правичан део користи под условом да не намећу учесницима на тржишту ограничења која нису неопходна за постизање циља споразума, односно да не искључују конкуренцију на релевантном тржишту или његовом битном делу.

Типичан уговор који садржи монополску клаузулу је уговор који садржи клаузулу о праву на ексклузивну дистрибуцију одређеног производа или услуга, био је предмет разматрања и у

пракси Комисије за заштиту конкуренције. Комисија за заштиту конкуренције је у бројним одлукама, које су објављене на њеном сајту, прво констатовала да се ради о споразумима који имају природу рестриктивног споразума из чл. 10. Закона, па је након анализе релевантног тржишта, користећи се како сопственом праксом, тако и праксом која је присутна у Европској Унији, одлучивала да ли постоје услови за изузеће од забране рестриктивних споразума у смислу чл. 11. истог закона.<sup>26</sup>

Као што је претходно наведено, појам рестриктивног споразума у смислу права конкуренције шири је појам од уговора у смислу Закона о облигационим односима, па и од појма монополског уговора у смислу забране из чл. 14. ЗОО. Постојање услова за примену одредбе чл. 14. ЗОО утврђује парнични суд и уколико утврди да су уговорне стране уговориле монополску клаузулу, парнични суд утврђује ништавост такве уговорне одредбе. У пракси Комисије за заштиту конкуренције, која је доступна на њиховом сајту, види се да је Комисија за заштиту конкуренције прво утврђивала да су закључени рестриктивни споразуми, са прецизним одређењем који су то споразуми, да би потом утврдила да су такви споразуми *ex lege* ништави, те потом би изрицала мере заштите конкуренције.<sup>27</sup> Међутим, на основу указаних случајева види се да, за разлику од случаја примене одредбе чл. 14. ЗОО, постоје законом прописани изузеци у чл. 11. Закона о заштити конкуренције када рестриктивни споразум није ништав.

Други облик повреде конкуренције је злоупотреба доминантног положаја. Доминантан положај је термин који је створила правна теорија, док економска теорија познаје термин „тржишна моћ“, која се креће у распону од мале, односно безначајне до потпуне или монополске. Између ова два екстрема, налазе се учесници на тржишту који могу имати „одређену“, „приметну“, „значајну“ и „знатну“ тржишну моћ. За економисте, учесник на тржишту је или доминантан (може да се понаша у значајној мери независно у односу на конкуренте), што са собом носи додатне обавезе или није доминантан, па самим тим није релевантан са становишта права конкуренције.<sup>28</sup>

Појам доминантног положаја није прецизиран Споразумом о оснивању Европске економске заједнице, који прописује забрану злоупотребе доминантног положаја, већ се „искристалисао“ кроз праксу Европске комисије и Европског суда правде. Према ставу Европске комисије, учесник на тржишту има доминантан положај ако има моћ да се понаша независно, што му омогућава да поступа без обзира на конкуренцију, купце или продавце, односно да одређује цене или контролише производњу или дистрибуцију значајног дела одређеног производа.<sup>29</sup> Сличан став заузео је и Европски суд правде, који је доминантан положај одредио као положај у коме учесник има моћ да се на тржишту понаша у значајној мери независно од својих

<sup>26</sup> Видети одлуке Комисије за заштиту конкуренције и то решење бр. 4/0-03-745/2018-6 од 31.10.2018. доступно на <http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2018/11/Imlek-Meggle.pdf>, решење бр. 4/0-03-498/2018-18 од 31.10.2018. доступно на <http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2018/12/31.10.2018.-498-DeltaDMDDiageo.pdf> и решење бр. 4/0-03-683/2018-7 од 22.10.2018, решење доступно на <http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2019/01/Izuzece-RTS-iTelekom.pdf>.

<sup>27</sup> Видети примера ради решење Комисије за заштиту конкуренције бр. 4/0-02-64/2018-65 од 20.09.2018. доступно на <http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2018/10/Resenje-Auto-Cacak-i-dr.-converted.pdf>, решење Комисије за заштиту конкуренције бр. 4/0-02-61/2018-26 од 26.11.2018. доступно на <http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2018/12/26-resenje-B2M-i-dr.-za-sajt.pdf>, решење Комисије за заштиту конкуренције бр. 4/0-02-08/2016-11 од 12.12.2016.

<sup>28</sup> Richard Whish and David Bailey, *Competition law*, Oxford, 2012, 180.

<sup>29</sup> *Europemballage Corp and Continental Can Co Inc. v. Commission* (6/72) JO 1972, L7/25, [1972] CMLR D11, наведено према: Valentine Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Oxford and Portland, Oregon, 2007, 105.

конкурената или клијената.<sup>30</sup> И домаће право је на исти начин одредило појам доминантног положаја.

Закон о заштити конкуренције из 2009. са изменом у 2013. у чл. 15. регулише појам доминантног положаја:

„Доминантан положај има учесник на тржишту који, због своје тржишне снаге, може да послује на релевантном тржишту у значајној мери независно у односу на стварне или потенцијалне конкуренте, купце, добављаче или потрошаче.

Тржишна снага учесника на тржишту се утврђује у односу на релевантне економске и друге показатеље, а нарочито:

- 1) структуру релевантног тржишта;
- 2) тржишни удео учесника на тржишту чији се доминантни положај утврђује, нарочито ако је већи од 40% на утврђеном релевантном тржишту;
- 3) стварне и потенцијалне конкуренте;
- 4) економску и финансијску снагу;
- 5) степен вертикалне интегрисаности;
- 6) предности у приступу тржиштима снабдевања и дистрибуције;
- 7) правне или чињеничне препреке за приступ других учесника тржишту;
- 8) снагу купца;
- 9) технолошке предности, права интелектуалне својине.

Два или више правно независна учесника на тржишту могу да имају доминантан положај ако су повезани економским везама тако да на релевантном тржишту заједнички наступају или делују као један учесник (колективна доминација).

Терет доказивања доминантног положаја на утврђеном релевантном тржишту је на Комисији.“

Суштински, када учесник на тржишту може да послује независно, тада има не само доминантан, већ и монополски положај, с тим што ово нису синоними, јер монополски положај је увек доминантни, а није сваки доминантни – монополски положај. Међути, као што смо видели, закон не забрањује успостављање већ само злоупотребу доминантног положаја.<sup>31</sup> Како је појам монополског положаја обухваћен као један појавни облик доминантног положаја, то је забрањено и искоришћавање монополског споразума. Треба имати у виду да забрана злоупотребе доминантног, па тиме и монополског положаја обухвата не само закључивање уговора и уговорних одредби којима се злоупотребљава доминантни, одн. монополски положај, већ и све друге правне и фактичке радње којима се врши злоупотреба.

Од принципијелног законског решења да је није забрањено успостављање доминантног, па и монополског положаја, Закон о заштити конкуренције из 2009. са изменом у 2013. прави један изузетак у случају недозвољене концентрације у смислу чл. 19. закона. Недозвољена концентрације постоји ако би значајно ограничила, нарушила или спречила конкуренцију на домаћем тржишту или њеном делу, а нарочито **ако би то ограничавање, нарушавање или спречавање било резултат стварања или јачања доминантног положаја**. То подразумева да би била забрањена и концентрација ако би била резултат **стварања или јачања доминантног положаја**, што укључује и монополски положај. Овај изузетак је значајно се односи само на концентрацију која није дозвољена, што значи, *argumentum a contrario*, да су све друге концентрације, као и успостављање доминантног (па и монополског) положаја које не би довело до ограничавања, нарушавања или спречавања конкуренције – дозвољени.

<sup>30</sup> *United Brands Company v Commission* [1978] ECR 207, наведено према: Valentine Korah, *ibid.*106; (85/76) *Hoffman-La Roche & Co AG v. Commission* [1979] ECR 461, наведено према: Alison Jones and Brenda Suftrin, *EC Competition Law, Text, Cases and Materials*, New York, 2008, 305.

<sup>31</sup> Види чл. 16. Закона о заштити конкуренције из 2009. са изменом из 2013.

У савременој теорији се објашњава да монопол није увек непожељна појава на тржишту. Тако се као прва заблуда наводи да је број конкурената у обрнутој сразмери са добром конкуренцијом.<sup>32</sup> Друга заблуда је да се монопол посматра као статичка, а не динамичка категорија. Једном успостављен монопол, је изазов за друге учеснике на тржишту да они улагањем у иновације и унапређење свог пословања дођу у ситуацију да они остварују монополску ренту. У том смислу, монопол чак и подстиче тржишну утакмицу (динамички посматрано) и доводи до увећања економске ефикасности и представља механизам за економски напредак.<sup>33</sup> Трећа заблуда се састоји у одређивању шта је политика заштите конкуренције, чији се основни принципи регулишу законом, па се закључује да треба да се штити конкуренција (гледано динамички и дугорочно), а не конкуренти.<sup>34</sup> Ова заблуда настаје као последица доктринарног става о томе да се тржишни услови обезбеђују кроз савршену конкуренцију, па се на овај теоријски став може применити правило *bonus theoreticus, malus practicus*. Управо због тога се и у упоредном и у домаћем законодавству не штити конкуренција од статуса монополисте, већ од његовог могућег понашања, који имају за циљ

<sup>32</sup> Види Борис Беговић, Владимир Павић, Шта је конкуренција и како се штити, Центар за либерално-демократске студије, Београд, 2010, 6, који наводе: „Прва заблуда лежи у томе што се конкуренција везује за број конкурената, па се закључује: што је већи број конкурената, то је снажнија конкуренција. Наравно, уколико се пореди ситуација у којој постоји само једно предузеће и ситуација у којој постоји велики број предузећа, јасно је да у случају монопола (на кратак рок посматрано) нема конкуренције, али генерализација у погледу везе између броја конкурената и интензитета конкуренције није добра. Једно од тржишта у Србији на коме је најинтензивнија конкуренција, тј. конкурентски притисак који осећају учесници на тржишту, јесте оно мобилне телефоније. На њему постоје свега три компаније, при чему једна од њих можда и има доминантан положај. На светском плану једно од тржишта са најинтензивнијом конкуренцијом је тржиште великих, комерцијалних путничких авиона на коме постоје само два произвођача: Боинг (Boeing) и Ербас (Airbus). Ипак, конкурентски притисак који они један другом стварају резултује бројним иновацијама и побољшањима понуде, укључујући и обарање трошкова. Извесно је, дакле, да је понекад надметање неколико великих конкурената на тржишту далеко интензивније него надметање великог броја малих.“

<sup>33</sup> Борис Беговић, Владимир Павић, Оп. цит. 6, 8, 9, наводе: „Друга заблуда је поимање конкуренције као статичке категорије: колика је стварна конкуренција у посматраној привредној грани, односно на посматраном тржишту у овом тренутку? Одговор на ово питање може веома брзо да се промени – конкуренција је динамичка категорија.“ Они даље наводе: „Да ли је сваки монопол исти са становишта динамичке ефикасности? Није, будући да управо монополски положај, односно монополска рента која се може присвојити при таквом положају представља снажан подстицај предузећима, односно предузетницима да улажу у истраживање и развој, односно да увећавају економску ефикасност свог предузећа. Дакле, сама могућност да предузеће постане монополиста представља најснажнији подстицај за истраживање и развој, односно за унапређење производног процеса и побољшање понуде у најширем смислу речи.“ Монополски профит, дакле, представља подстицај за истраживање и развој, односно за технолошки напредак, а изузетан економски напредак човечанства у последња два века, односно незабележен привредни раст који је довео до драстичног увећања богатства у највећем броју земаља света, у највећој мери може се објаснити технолошким напретком. Овај налаз осветљава монопол из потпуно другог угла – монопол као механизам којим се остварује економски напредак.“ Слично и Maurice E Stucke, What is competition? Daniel Zimmer, The goals of competition law, Edward Elgar, 2012, 32

<sup>34</sup> Борис Беговић, Владимир Павић, Оп. цит. 7-8, који наводе: „Трећа заблуда о конкуренцији је истовремено и заблуда о циљу политике конкуренције. Наиме, економска теорија је још давно понудила теоријску концепцију савршене конкуренције – савршена конкуренција не постоји у стварности, већ искључиво у уџбеницима економске теорије. На аналитичком плану, она је од велике користи, будући да онима који уче економију омогућава да спознају све оне механизме којима се успоставља равнотежа на тржишту, којима се изједначавају понуда и тражња. Ова теорија даје одговор на питање шта се то дешава на тржишту и како конкурентски притисак доводи до решења којима се максимизује економско благостање. Ипак, опис теорије савршене конкуренције није идеал на основу кога се може водити политика заштите конкуренције – заблуда је да политика заштите конкуренције треба да доведе до успостављања савршене конкуренције. Политика заштите конкуренције треба да спречи оно нарушавање конкуренције које доводи до умањење друштвеног благостања, независно од тога колико је жељена тржишна структура далеко од савршеног тржишта. Постоји, дакле, оно нарушавање конкуренције, углавном краткорочно, које не доводи до умањења друштвеног благостања, већ, напротив, до привредног напретка. Такво нарушавање конкуренције не треба да се спречава, већ треба да се омогући. Веома битно разјашњење: политика заштите конкуренције треба да представља управо то – политику заштите конкуренције, а не политику заштите конкурената.“

ограничавање, нарушавање и спречавање конкуренције. При томе, исте радње и понашање учесника на тржишту, које имају за циљ или проузрукују последице ограничавања, нарушавања и спречавања конкуренције, регулишу се као забрањене, одн. кажњиве, без обзира да ли их предузимао монополиста или лице које има доминантни положај на тржишту.

За разлику од чл. 14. ЗОО, сада су у чл. 15. Закона о заштити конкуренције из 2009. са изменом у 2013. одређени параметри како се одређује постојање доминантног положаја учесника на тржишту, а то су: величина тржишног удела, економска и финансијска снага, приступ тржиштима снабдевања и дистрибуције, као и правне или чињеничне препреке за приступ других учесника тржишту (разне врсте баријера уласку). Такође, види се да доминантни положај има и онај учесник на тржишту, који нужно нема монополски положај. У сваком случају, законско решење је да доминантни (па и монополски) положај није забрањен, што је значајна разлика у односу на решење из чл. 14. ЗОО.

Постоји и друга значајна разлика. Чл. 14. ЗОО забрањује свако коришћење монополског положаја, без обзира да ли се ради о злоупотреби или не, док се у чл. 16. Закона о заштити конкуренције из 2009. са изменом у 2013. забрањује само злоупотреба доминантног положаја (без обзира да ли се ради о монополском или „обичном“ доминантном положају). Тако према чл. 16. Закона о заштити конкуренције из 2009. са изменом из 2013. злоупотреба доминантног положаја је одређена на следећи начин:

„Злоупотреба доминантног положаја на тржишту забрањена је.

Злоупотребом доминантног положаја, нарочито се сматра:

- 1) непосредно или посредно наметање неправичне куповне или продајне цене или других неправичних услова пословања;
- 2) ограничавање производње, тржишта или техничког развоја;
- 3) примењивање неједнаких услова пословања на исте послове са различитим учесницима на тржишту, чиме се поједини учесници на тржишту доводе у неповољнији положај у односу на конкуренте;
- 4) условљавање закључења уговора тиме да друга страна прихвати додатне обавезе које по својој природи или према трговачким обичајима нису у вези са предметом уговора.“

Као што се види чл. 16. Закона о заштити конкуренције из 2009. са изменом из 2013. практично је преузео одредбу члана 102. (ранији члан 82) Споразума о функционисању Европске Уније, који садржи концепт злоупотребе доминантног положаја, као вида нарушавања конкуренције на јединственом тржишту. У овом члану Закона нису таксативно набројани сви облици злоупотребе доминантног положаја, већ су *exempli causae* издвојени најчешћи или најкарактеристичнији облици злоупотребе, који су се појавили и у пракси Комисије за заштиту конкуренције.

Значајна разлика између одредбе чл. 14. ЗОО и одредби Закона о заштити конкуренције из 2009. са изменом у 2013. види се и у примени. Када је примењивано начело о забрани стварања и искоришћавања монополског положаја у смислу чл. 14. ЗОО, о томе је одлучивао парнични суд и у случајевима (које ћемо касније посебно навести) утврђивао је постојање монополског споразума и такав монополски споразум оглашавао ништавим.<sup>35</sup> У пракси Комисије за заштиту конкуренције види се да у случајевима када је Комисија утврдила постојање доминантног положаја учесника на домаћем тржишту, радње злоупотребе доминантног положаја, да је изрицала мере заштите конкуренције и рокове за поступање.<sup>36</sup> Из наведеног се види да у првом

<sup>35</sup> Указујемо да је у Комисија за заштиту конкуренције усталила праксу у погледу

<sup>36</sup> Тако у решењу Комисије за заштиту конкуренције бр. 5/0 – 02 – 02/2019-4 од 24.05.2019, доступно на <http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2019/06/24-05-2019-724-Resenje-Nis-ekspres.pdf>, решењу Комисије за

случају, санкцију за повреду одредбе чл. 14. ЗОО изриче парнични суд, а у другом случају Комисија за заштиту конкуренције. У случају монополске клаузуле ништавост погађа саму клаузулу, а у случају изрицања мера заштите конкуренције услед злоупотребе доминантног положаја санкционишу се радње којима је извршена злоупотреба доминантног положаја.

Може се закључити да доминантан (као ни монополски) положај на тржишту сам по себи није забрањен.<sup>37</sup> Став правне теорије је да се такав положај на тржишту може стећи на више начина.<sup>38</sup> Привредно друштво може да буде довољно успешно и да толико ојача да временом постане доминантно на релевантном тржишту. Овај случај је најређи и став америчке праксе<sup>39</sup> је да учесника на тржишту, који је већ био довољно успешан да се пробије на чело трке са конкурентима, не треба кажњавати када у тој трци победи. Остали случајеви подразумевају неку врсту монопола, било природног, правног или доминантан положај који остане при либерализацији некадашњих монопола.

Утврђивање доминантног положаја, а нарочито постојање злоупотребе тог положаја, мора бити предмет сложеног доказног поступка, у којем је нужно да се утврди тржишни удео учесника на одређеном тржишту, а потом и постојање радњи којима се доказује злоупотреба доминантног положаја. Комисија за заштиту конкуренције у законом регулисаном поступку утврђује наведене чињенице и евентуалну повреду правила конкуренције. Доминантни положај остварује се на релевантном тржишту, па је за утврђивање да ли одређени учесник на тржишту има доминантан положај потребно прецизно одредити релевантно тржиште. Исти учесник може имати било занемарљиво мало или значајно учешће у зависности од тога колико се уско или широко одреди релевантно тржиште. Релевантно тржиште подразумева постојање ефективне конкуренције међу производима који га чине, а то претпоставља да постоји довољан степен међусобне заменљивости (зависи од понуде и тражње на тржишту) у погледу исте употребе производа који чине део истог тржишта.<sup>40</sup>

Европска комисија је 1997. године објавила Саопштење о дефиницији релевантног тржишта за потребе права конкуренције у Заједници,<sup>41</sup> у којем се релевантно тржиште одређује помоћу три фактора: тржиште производа, географско тржиште и временско тржиште.<sup>42</sup> Релевантно тржиште производа представља скуп робе, односно услуга које потрошачи сматрају заменљивим у погледу њиховог својства, уобичајене намене и цене. Уредба прописује да се заменљивост скупа робе/услуга врши на основу критеријума супституције тражње, односно процене могућности купаца да се одреде за куповину друге робе или услуга које су замена за неку робу или услугу, а изузетно и на основу критеријума супституције понуде, односно процене могућности других учесника на тржишту да у кратком року и без већих трошкова

---

заштиту конкуренције бр. 5/0-02-336/2018-30 од 18.06.2018. доступно на <http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2018/06/5-0-02-336-2018-30-EPS.pdf>.

<sup>37</sup> Овакав став заузела је и судска пракса у Европској унији, на шта је указано у саопштењу Европске комисије из 2009. године (*Communication from the Commission, Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*) - наведено према: *EU Competition Law, Rules Applicable to Antitrust Enforcement, Volume 1: General rules, situation as at 1<sup>st</sup> December 2011*, објављено на интернет страници: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>.

<sup>38</sup> Cosmo Graham, *EU and UK Competition Law*, Harlow, 2010, 116.

<sup>39</sup> Правни став судије Ленарда Хенда из случаја *United States v Aluminium Co. of America* 148 F 2d 416 (2nd Cir. 1945), доступно на <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/377/271/>.

<sup>40</sup> Пресуда Европског суда правде у случају *Hoffmann-La Roche v Commission* [1979] ECR 461, доступно на <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61976CJ0085>.

<sup>41</sup> *Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law* (97/C 372/03), доступно на: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209\(01\):EN:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):EN:NOT).

<sup>42</sup> О томе више: Маја Станивуковић, *Злоупотреба у коришћењу доминантног положаја у Европској Унији*, став Суда Европске Заједнице, стручни коментар објављен у бази правних прописа *Paragraf lex*.



понуде ту робу или услугу. Уредбом су прописани подаци на основу којих се процењује могућност супституције тражње и супституције понуде на тржишту производа. Релевантно географско тржиште је територија на којој учесници на тржишту учествују у понуди или тражњи и на којој постоје исти или слични услови конкуренције, а који се битно разликује од услова конкуренције на суседним територијама. Релевантно географско тржиште се одређује на основу критеријума супституције тражње, односно процене могућности одређења купаца да робу или услугу купе у другим географским областима или супституције понуде, односно процене могућности учесника на тржишту из других географских подручја да понуде робу или услугу. У економској теорији се истиче да се као основни метод који се користи приликом дефинисања релевантног тржишта примењује тест хипотетичког монополисте<sup>43</sup>. Овај тест служи за анализу понашања потрошача при хипотетичком порасту цене посматраног производа за одређени проценат.

Није потребно посебно напомињати да одредба чл. 14. ЗОО не регулише појам монопола, релевантно тржиште, нити критеријуме за њихово утврђивање.

У чл. 17. и 19. Закона о заштити конкуренције одређује се када се сматра да постоји концентрација (спајање и друге статусне промене, стицање непосредне или посредне контроле над другим учесником на тржишту и заједничко улагање) и када је она дозвољена у погледу правила конкуренције. Према чл. 19. ст. 1. овог закона, концентрације учесника на тржишту су дозвољене, осим ако би значајно ограничиле, нарушиле или спречиле конкуренцију на тржишту Републике Србије или његовом делу, а нарочито ако би то ограничавање, нарушавање или спречавање било резултат стварања или јачања доминантног положаја. Одредбом чл. 18. Закона о заштити конкуренције одређени су случајеви када се не сматра да је настала концентрација, а чл. 19. истог закона утврђен је принцип да су концентрације дозвољене, осим ако би значајно ограничиле, нарушиле или спречиле конкуренцију на тржишту Републике Србије или његовом делу, а нарочито ако би то ограничавање, нарушавање или спречавање било резултат стварања или јачања доминантног положаја. Дозвољеност концентрације учесника на тржишту се утврђује у односу на:

- 1) структуру релевантног тржишта;
- 2) стварне и потенцијалне конкуренте;
- 3) положај на тржишту учесника у концентрацији и њихову економску и финансијску моћ;
- 4) могућности избора добављача и корисника;
- 5) правне и друге препреке за улазак на релевантно тржиште;
- 6) ниво конкурентности учесника у концентрацији;
- 7) трендове понуде и потражње релевантне робе односно услуга;
- 8) трендове техничког и економског развоја;
- 9) интересе потрошача.

Под условима из чл. 61. Закона о заштити конкуренције, постоји обавеза претходног пријављивања концентрацији Комисији за заштиту конкуренције.

Одредбе Закона о заштити конкуренције из 2009. са изменама из 2013. у делу који се односи на концентрације учесника на тржишту могу бити значајне са одредбу чл. 14. ЗОО у случају када нпр. на основу уговора о спајању, настаје нови правни субјект који има монополски положај на тржишту. Међутим, према одредбама чл. 17-19. Закона о заштити конкуренције, такав уговор не би био забрањен, па ни ништав, већ би постојала само обавеза прибављања претходног

---

<sup>43</sup> Борис Беговић, Владимир Павић, Шта је то конкуренција и како се штити? Београд, 2010, 23.

одобрења концентрације од стране Комисије за заштиту конкуренције, док би уколико би се применила одредба чл. 14. ЗОО такав уговор о статусној промени био ништав.

Након доношења и почетка примене Закона о заштити конкуренције из 2009. са изменама из 2013. још је постало очигледније да нема јединства правног поретка, као основног уставног начела сваког правног поретка. У време када је донет ЗОО (1978), постојало је социјалистичко самоуправљање и друштвена својина који су били основна идеолошка одредница регулисања тржишних односа, па и стварања и искоришћавања монополског положаја, а у време када је донет важећи Закон о заштити конкуренције (2009) постоји другачије уставно регулисање тржишних односа, а Република Србија је преузела и међународне обавезе (Спопразум о стабилизацији и придруживању) и у поступку је приступања Светској трговинској организацији и Општем споразуму о царинама и трговини (GATT), које се односе на обавезу да правила конкуренције уреде другачије него што је то учињено чл. 14. ЗОО.

У погледу чл. 14. ЗОО с једне стране и Закона о заштити конкуренције из 2009. с друге стране, може се рећи да нису исти правни извори на основу којих су ови прописи донети, нису исти уставни основи у погледу начина регулисања правила конкуренције, нити су иста правно-техничка решења у погледу тога шта је забрањено као ограничавање, нарушавање и спречавање конкуренције. Поред разликовања правила према којима се одлучује да ли постоји повреда конкуренције, разлика постоји и у погледу органа који о томе одлучује, као и у погледу процедуре у којој се спроводи поступак. На крају, нису ни исте правне последице које настају по закону када се утврди повреда правила конкуренције. У том смислу, правно је неодрживо да такви прописи упоредо егзистирају у јединственом правном поретку и даље се примењују.

По ставу подносиоца ове Иницијативе, двојство у законском регулисању материје закључивања и искоришћавања монополског положаја је супротно уставном начелу јединства правног поретка, јер не могу истовремено постојати два закона која на различит, па и сасвим супротан начин регулишу материју правила конкуренције, укључујући и питање монополског споразума. Ова супротност у законском регулисању доводи до повреде правне сигурности, јер учесници на тржишту могу доћи у позицију да се исти правни посао сматра забрањен и ништав по чл. 14. ЗОО, а да уједно не представља повреду правила конкуренције у смислу Закона о заштити конкуренције из чл. 209, са изменама из 2013. Поред тога, постоје и даље два режима поступака по којима се одлучује о могућим правним последицама монополског споразума, у једном случају, када се примењује чл. 14. ЗОО расправљаће и одлуку донети парнични суд у складу са правилима парничног поступка,<sup>44</sup> а у другом случају у Комисија за заштиту

---

<sup>44</sup> Подносилац Иницијативе ће навести судске одлуке које управо илуструју повреду јединствености правног поретка. Прва судска одлука је пресуда Врховног касационог суда Прев. 58/2013 и Пзз1/2013 од 09.05.2013. у којој је Врховни касациони суд, одлучујући о ревизији, делимично преиначио пресуду Привредног суда у Новом Саду П. 4597/2010 од 06.04.2012. која је исправљена решењем истог суда П. 4597/2010 од 10.05.2012. и пресуда Привредног апелационог суда Пж. 6028/2012 од 31.01.2013. тако што је решавајући претходно правно питање утврдио да уговорне стране при закључењу уговора нису поштовале основна начела из ЗОО, између осталог и **начело забране стварања и искоришћавања монополског положаја на тржишту (чл. 14. ЗОО)**. Суд је навео: „Следом реченог поменута основна начела из Закона о облигационим односима су морала бити поштована и при закључењу уговора између парничара у спору. Међутим, нису. Нису зато што су парничари у спору при сачињењу и прихватању понуде, а потом и закључењу уговора били несавесни. Несавесни зато што су знали да уговарају нешто што је недопуштено. Закљученим уговором, уговорници су уговорили монополски положај у корист тужиоца, уговарањем да ће се забранити (онемогућити) пружање станичних услуга аутобуској станици лоцираној на Булевару Јаше Томића 6, корисника ЈГСП и омогућити тужиоцу да у целости преузме дотадашњу станичну делатност Јавног предузећа у међумесном и међународном саобраћају обављајући је на новоизграђеној станици као једино лице и монополиста. Закључењем уговора са тим заједнички опредељеним циљем је противно принудним прописима јавном поретку и добрим обичајима, па је тако закључен уговор у делу уговорне обавезе туженог ништав.“ Треба указати да првостепени и другостепени суд, чије су пресуде делимично преиначене, нису

конкуренције у складу са правилима које је прописао Закон о заштити конкуренције, као и у складу са правилима управног и управно-судског поступка када се подноси тужба ради управног спора против одлука Комисије за заштиту конкуренције.

Подносилац Иницијативе указује да су бивше републике – чланице СФРЈ, преузеле одредбе ЗОО, с тим што су Република Хрватска<sup>45</sup> и Република Словенија,<sup>46</sup> као чланице Европске уније изоставиле одредбу о забрани стварања и искоришћавања монополског положаја, као неспојиве са Уговором о функционисању Европске уније и савременим правилима регулисања конкуренције на тржишту. Од осталих република, Република (Северна) Македонија је донела 2001. Закон за облигационите односи,<sup>47</sup> у којем нема антимонополске клаузуле, док су Федерација Босне и Херцеговине (укључујући и Републику Српску)<sup>48</sup> и Црна Гора и даље задржале антимонополску клаузулу.<sup>49</sup>

IV. Досадашњи став Уставног суда поводом примене чл. 4. ст. 1. Устава РС (начело јединства правног поретка) и могући однос одредбе чл. 14. ЗОО и одговарајућих одредби Закона о заштити конкуренције из 2009. са изменама из 2013.

Уставни суд Републике Србије је заузео правни став везано за јединство правног поретка као уставно начело у својој Одлуци ГУз-231/2009 од 22. јула 2010.<sup>50</sup> „Полазећи од одредбе члана 4. став. 1. Устава која утврђује начело јединственог правног поретка, као један од основних принципа на којима почива уставноправни систем Републике Србије, Уставни суд указује да

---

расправљали питање постојања монополске клаузуле у уговору, нити тржишни удео уговорних страна о којима се изјашњавао Врховни касациони суд у наведеној ревизијској пресуди, те да је Врховни касациони суд утврдио постојање монополске клаузуле у уговору, без претходно утврђених релевантних чињеница у смислу Закона о заштити конкуренције. Наведена ревизијска пресуда донета је у парничном поступку у поступку по ревизији, уз примену чл. 14. ЗОО.

Врховни касациони суд је примењивао другачије схватање када је одлучивао по тужбама ради управног спора против законитости аката Комисије за заштиту конкуренције, када је стао на становиште да је неопходно утврдити тржишни удео учесника на релевантном географском подручју. О томе видети пресуде Врховног касационог суда Узп. 458/2011 од 26.11.2012. и Узп. 390/2010 (2) од 28.10.2011. (извор: Paragraflex, изводи из пресуда се прилажу уз Иницијативу).

У новијој судској пракси Апелациони суд у Београду донео је Решење Гж. 1370/2018 од 01.03.2018. (извор: Paragraflex, извод из решења се такође прилаже уз Иницијативу) у којој је одлучио о апсолутној ненадлежности парничног суда за утврђивање повреде конкуренције на тржишту Републике Србије. Суд је навео у одлуци: „Суд није надлежан да утврди постојање повреде конкуренције на тржишту Републике Србије и да на основу утврђења такве повреде наложи туженима прекид понашања које представља повреду конкуренције, одн. забрану понављања истог понашања и да на основу повреде наложи Народној банци предузимање мера ради спречавања наводне повреде конкуренције, јер је реч о надлежности Комисије за заштиту конкуренције, у смислу одредава Закона о заштити конкуренције.“

У ревизијској пресуди Врховног касационог суда Прев. 246/2017 од 28.12.2017. (извор: Paragraflex) ревизијски суд се мериторно изјашњавао, уз примену правила парничног поступка, да ли је одређени споразумом ништав као рестриктивни споразум у смислу чл. 10. ст. 3. Закона о заштити конкуренције, а да претходно постојање рестриктивног споразума није утврдила Комисија за заштиту конкуренције.

<sup>45</sup> Пречишћен текст Закона о обвезним односима - „Narodne novine“, број 35/05, 41/08, 125/11 – Закон о rokovima ispunjenja novčanih obveza i 78/15.

<sup>46</sup> Ugradni list RS, št. 83/01, 40/07, 97/07, 64/16.

<sup>47</sup> Службен весник на Република Македонија, бр. 18/2001.

<sup>48</sup> Чл. 14. Закона о облигационим односима, Службени лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, Службени лист Р БиХ, бр. 2/92, 13/93 и 13/94, и Службени гласник РС, бр. 17/93 и 3/96.

<sup>49</sup> Чл. 7. Закона о облигационим односима, Службени лист ЦГ, бр. 47/2008.

<sup>50</sup> У питању је правни предмет у којем је Уставни суд установио да је изменама и допунама Закона о јавном информисању („Сл. гласник РС“ бр. 71/09) наступила повреда јединства правног поретка на штету система законског уређивања привредних преступа проистеклог Закона о привредним преступима („Сл. гласник РС“ бр. 101/2005). Наведено према Милош Прица, Јединство правног поретка као уставно начело и законско уређивање области правног поретка – уједно излагање о унутрашњем правном систему, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 78, LVII, 2018, 115.

иако важећи правни систем у Републици не прави разлику између тзв. органских, основних или других закона који имају јачу правну снагу од осталих, „обичних“ закона, што има за последицу да, сагласно одредби члана 167. Устава, Уставни суд није надлежан да цени међусобну сагласност закона, уставно начело јединства правног поретка налаже да основни принципи и правни институти предвиђени законима којима се на системски начин уређује једна област друштвених односа буду испоштовани и у посебним законима, осим ако је тим системским законом изричито прописана могућност другачијег уређивања истих питања.<sup>51</sup>

Системски закони су они закони који на целовит начин уређују једну област правног поретка, док посебни закони то не чине. Уставни суд је стао на правно становиште да „уставно начело јединства правног поретка подразумева међусобну усклађеност свих правних прописа у оквиру правног система Републике Србије, што начелно искључује могућност да се законом којим се уређује једна правна област могу мењати, односно допуњавати поједина законска решења садржана у закону којим се уређује друга правна област“.<sup>52</sup> У том погледу могу се разликовати ситуација када се испитује да ли је повређено начело јединства правног поретка када се ради о два системска закона из различитих области правног поретка, што је једна ситуација, и друга када се испитивају однос између системског (основног) закона који је уредио област правног поретка на целовит начин и закона који према системском стоји у односу посебног према општем. Посебан закон према општем закону може стајати у режиму правне подређености али и у режиму правне упућености, из чега произлази разлика између непосредне и супсидијарне примене општег закона. Један системски закон према другом системском закону може стајати у односу посебног закона према општем закону али само у смислу правне упућености, нипошто у режиму правне подређености.

У погледу односа између закона из различитих области правног поретка, Уставни суд је, руководећи се уставним начелом јединства правног поретка, утврђеног одредбама члана 4 став 1 и члана 194 став 1 Устава, испитивао однос одредаба члана 38а Закона о порезима на имовину<sup>53</sup> и правних правила Закона о основама својинскоправних односа.<sup>54</sup> У овом предмету, поставило се питање односа између два системска закона, имајући у виду да су утврђивање и наплата пореза на имовину, на целовит начин регулисани потпуно одвојено предметним Законом о порезима на имовину, сагласно овлашћењу из чл. 97 тачка 6 Устава, према коме Република Србија уређује и обезбеђује порески систем, док су услови за стицање права својине и остала правила о преносу права својине на непокретностима уређена на систематски начин, Законом о основама својинскоправних односа којим се уређују својински односи, сагласно овлашћењу из члана 97 тачка 7 Устава. У овој правној ствари Уставни суд је установио повреду јединства правног поретка – одредбама једног системског закона на штету основних правних принципа и правних правила другог системског закона, са следећим образложењем: „На основу резултата целокупног поступка спроведеног пред Уставним судом утврђено је да се оспореном одредбом члана 38а Закона о порезима на имовину којом је прописано да се упис права на непокретности у земљишним, катастарским и другим јавним књигама не може вршити без доказа о плаћеном порезу на пренос апсолутних права, односно плаћеном порезу на наслеђе и поклон прописује, мимо услова прописаних Законом о основама својинскоправних односа, додатни услов за стицање права својине на непокретности и на тај начин ограничава Уставом зајемчено право на имовину утврђено одредбама члана 58. Устава. ...како је оспореном одредбом члана 38а Закона о порезима на имовину прописан још један услов који треба да се реализује у временском интервалу између закључења пуноважног уговора и уписа у јавне књиге – а то је плаћање пореза на пренос апсолутних права, Уставни суд оцељује да је

<sup>51</sup> ГУЗ-225/2005 од 19. 04. 2012., наведено према Милош Прица, Оп. цит, 116-117.

<sup>52</sup> ГУЗ – 225/2005 од 19.4.2012., наведено према Милош Прица, Оп. цит, 116-117.

<sup>53</sup> „Службени гласник РС“, бр. 26/01, 45/02, 80/02 и 135/04.

<sup>54</sup> „Службени гласник РС“, бр. 6/80 и 36/90 и „Службени гласник РС“, број 29/06.

таквим прописивањем ускраћено право купцу да изврши упис права својине у јавне књиге и тако постане власник предметне непокретности.<sup>55</sup>

У погледу односа посебног закона према општем закону, Уставни суд је у више наврата разматрао режим правне подређености посебног закона према општем (системском) закону. Основно гледиште Уставног суда тим поводом гласи: „...да би одређени закон садржавао посебна правила и правне изузетке у односу на системске законе у одређеној области, законодавац са становишта Устава и правног поретка Републике Србије мора преиспитати у поступку прописивања тих посебних правила и правних изузетака испуњеност одређених предуслова. То је, пре свега, постојање оправдане потребе и легитимног циља на коме се заснива одступање од општих, системских правних правила у одређеним успостављеним друштвеним односима у конкретној области. Даље, прецизно се мора сагледати да ли се посебна правила и правни изузеци у потпуности ослањају на системска правила, тако да се у целини посматрано општа правила из системског закона могу несметано применити на сва питања која нису обухваћена и посебно уређена на изузетан, посебан начин. И на крају, мора се сагледати и да ли су посебна правила и правни изузеци у складу са Уставом и целокупним правним системом Републике Србије. Само на тај начин може се успоставити однос тзв. системских закона и тзв. посебних закона који уређују посебна правила и изузетке на начин који не угрожава јединство правног поретка, правну сигурност и остваривање Уставом зајемчених права и слобода.<sup>56</sup>

Однос општег (системског) и посебног закона, Уставни суд је разматрао у поступку оцене одредбе члана 3 став 1 Закона о висини стопе затезне камате („Службени гласник СРЈ“, бр. 9/01), у делу примене тзв. конформне методе. Оцена је Уставног суда у овоме предмету била да наведена одредба није у сагласности са Уставом, имајући у виду њену несагласност са основним правним начелима Закона о облигационим односима (“Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и “Службени лист СРЈ, бр.31/93), чиме је повређено јединство правног поретка као уставно начело. Образложење Уставног суда гласи: „...Уставни суд налази да је одредбом члана 279. став 1. Закона о облигационим односима забрањено да се на доспелу, а неисплаћену уговорену или затезну камату, као и на друга доспела повремена новчана давања обрачунава затезна камата, изузев када је то законом одређено. Међутим, у ситуацији када се затезна камата обрачунава конформном методом за обрачунски период који је дужи од периода за који је прописана стопа затезне камате, у пракси се тада доспела камата за период прописане каматне стопе приписује главном дугу и тако чини основицу за обрачун камате у наредном периоду по важећој каматној стопи за тај месец. Оваква примена конформне методе у материји обрачуна затезне камате значи да приписивање камате главници представља у поменутих случајевима обрачун камате на камату, што је супротно начелу анатоцизма прописаног одредбом члана 279. став 1. Закона о облигационим односима. ...Све у свему, Уставни суд је закључио да се оспореном одредбом Закона о висини стопе затезне камате суспендује генерално правило из Закона о облигационом односима о забрани анатоцизма у материји обрачуна камата, а искључује се и примена других основних правних начела садржаних у Закону о облигационим односима (начело монетарног номинализма, начело лимита камате, забране злоупотребе права), као и других општих правних принципа и темељних вредности заштићених Уставом (принцип владавине права, социјалне правде, правне сигурности и др.), чиме се повређује начело јединства правног поретка...“<sup>57</sup>

Један системски закон може у правном поретку стајати према другом системском закону у односу посебног закона према општем закону – само у режиму правне упућености одн.

<sup>55</sup> ГУз - 225/2005 од 8.6.2012. наведено према Милош Прица, Оп. цит, 116-117.

<sup>56</sup> ГУз-27/2011 од 06. 11. 2013., доступно на <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/9419/?NOLAYOUT=1>.

<sup>57</sup> ГУз – 82/2009 од 27. јула 2012., доступно на <http://www.kamata.rs/odluka-ustavnog-suda-broj-iuz-822009>.

супсидијарне примене другог системског (општер) закона. Такав пример нуди нам Закон о општем управном поступку,<sup>58</sup> који предвиђа (чл. 26) супсидијарну примену одредаба Закона о облигационим односима везано за правни режим управних уговора, а разлог упућивања на системски закон о облигационим односима јесте попуњавање правних празнина у уређивању управног уговора као посебног правног института. Будући да се Законом о општем управном поступку поводом управних уговора успоставља судска заштита у управном спору, *ratio legis* је да се управни уговор развија као самосталан правни институт, под окриљем императивних законских норми у различитим областима правног поретка и са супсидијарном применом Закона о облигационим односима.

У конкретном случају потребно је испитати однос између:

➤ једне одредбе Закона о облигационим односима (чл. 14.), која начелно, регулише забрањеност монополске клаузуле, али истовремено, не регулише шта је монополски споразум и искоришћавање монополског споразума, већ оставља да ова питања регулишу други законски прописи, и

➤ Закона о заштити конкуренције (из 2009. са изменом из 2013.), као системског закона који целовито регулише правила конкуренције, повреде правила конкуренције, органе, поступак и санкције за повреду правила конкуренције.

Одредба чл. 14. ЗОО налази се у системском закону, који целовито регулише облигационе односе између учесника на тржишту, па се и одредба чл. 14. овог закона може тумачити као делимично системско регулисање правила конкуренције приликом заснивања облигационих односа учесника на тржишту.

Закон о заштити конкуренције (из 2009. са изменом из 2013.) с друге стране регулише не само облигационе (закључење уговора, споразума), већ и друге односе (када нема уговора, па чак и када постоји усаглашена пракса) између учесника на тржишту, на начин да се обезбеди онај ниво конкуренције који је пожељан на одређеном тржишту.

У том смислу, однос између одредбе чл. 14. ЗОО и Закон о заштити конкуренције (из 2009. са изменом из 2013.) може се посматрати као однос између два системска законска решења која регулишу у једном делу исту материју (правила конкуренције приликом заснивања облигационих односа), а у другом делу различите материје (као што смо видели Закон о заштити конкуренције (из 2009. са изменом из 2013.) регулише односе на тржишту и када учесници нису у непосредном облигационом односу.

Одредба чл. 14. ЗОО начелно забрањује стварање и искоришћавање монополског положаја, не одређујући када постоји монополски положај. Прећутно, ова законска одредба упућивала је на друге законе, који су у међувремену престали да се примењују (Закон о сузбијању нелојалне такмиче и монополистичких споразума из 1974. и Закон о трговини из 1990. и 1993.). Такође, одредба чл. 14. ЗОО забрањује свако коришћење монополског положаја, без обзира да ли се ради о злоупотреби, што, имајући у виду став савремене теорије, може довести и до спречавања економске ефикасности и економског напретка, као основних циљева који треба да се омогуће правилима заштите конкуренције. Закон о заштити конкуренције из 2009. као и закони који су важили у време доношења ЗОО (1978) или непосредно након ступања овог закона на снагу, регулише правила заштите конкуренције, али сасвим другачије од одредбе чл. 14. ЗОО тако да се не може сматрати да одредба чл. 14. ЗОО упућује на одредбе Закона о

<sup>58</sup> „Сл. гласник РС“ бр. 18/2016.

заштити конкуренције из 2009. Разлика је, као што смо већ указала, не само у погледу тога шта се штити, већ и како се штити и које су санкције за повреду правила конкуренције.

\*\*\*

На основу свега наведеног, предлажемо Уставном суду да донесе решење којим покреће поступак оцене уставности одредбе чл. 14. ЗОО, а потом донесе следећу:

### ОДЛУКУ

Утврђује се да одредба члана 14. Закона о облигационим односима ("Сл. Лист СФРЈ", бр. 29/78, 39/85, 57/89 и "Сл. Лист СРЈ" 31/93 и "Сл. лист СЦГ" бр. 1/2003 – Уставна повеља) није у сагласности са чл. 4. ст. 1, чл. 16. ст. 2, чл. 84. ст. 2. Устава РС.

Београд, 26.08.2019.

Подносилац Иницијативе

Илија Р. Девећ из Београда



Пуномоћник, Владимир Љ. Добрић, адв.



**ВЛАДИМИР Љ. ДОБРИЋ**  
АДВОКАТ  
11000 БЕОГРАД, Бирчанинова 15  
Телефон: (011) 2687-514  
Моб: 064 1153-999



Заједничка адвокатска канцеларија *Добрић*

Адвокати:

*Владимир Љ. Добрић*  
*Марина М. Лучић*  
*Душан М. Васиљевић*  
*Бранислав В. Маринковић*

Адв. приправник:

*Ана Н. Деспотовић*  
Пословни секретар:  
*Сандра Ђорђевић*

## ПУНОМОЋЈЕ

Овлашћујемо:

**ВЛАДИМИРА Љ. ДОБРИЋА**  
адвоката из Београда, Бирчанинова бр.15.

да може заступати:

Илију Р. Девића из Београда, Виле Равијојле 9,

ради подношења Уставном суду Републике Србије:

### ИНИЦИЈАТИВЕ

за оцену уставности чл. 14. Закона о облигационим односима  
("Сл. Лист СФРЈ", бр. 29/78, 39/85, 57/89 и "Сл. Лист СРЈ" 31/93  
и "Сл. лист СЦГ" бр. 1/2003 – Уставна повеља – у даљем тексту: ЗОО)

као и да може учествовати и предузимати све радње заступања пред свим државним органима, поводом поднете Иницијативе за оцену уставности чл. 14. Закона о облигационим односима.

Пуномоћник је овлашћен у наше име и за наш рачун примати писмена, предузимати све радње заступања без ограничења које су у нашем интересу, све без наше даље сагласности и присутности, а све његове радње признајемо као своје.

У поступку може учествовати и адвокати Бранислав Маринковић, Марина Лучић, Душан Васиљевић и Ана Деспотовић сви из Београда, Бирчанинова 15.

Београд, 22.08.2019. г.

Давалац пуномоћја

Илију Р Девића из Београда  
ЈМБГ 2507952880033