АДВОКАТСКА КОМОРА СРБИЈЕ

Дечанска 13, 11000 Београд, Србија
Телефон: +381 11 32-39-072 Fax: +381 11 32-32-203
e-mail : office@aks.org.rs a.k.srbije@gmail.com

ПРИМЉЕНО
у Уставном суду
Републике Србије
Дана _____ 20 г.
11 SEP 2017

број: 601/2017
датум: 11.09.2017.

УСТАВНИ СУД СРБИЈЕ

БУЛЕВАР КРАЉА АЛЕКСАНДРА 15
БЕОГРАД

Подносилац иницијативе: Адвокатска комора Србије, Дечанска 13/I, 11000 Београд, чији је заступник адвокат Драгољуб Ђорђевић

У складу са чланом 51. Закона о уставном суду[1] (у даљем тексту: ***ЗОУС***), Подносилац иницијативе овим путем подноси Уставном суду Србије следећу:

И Н И Ц И Ј А Т И В У

за покретање поступка за оцену сагласности следећих општих аката:

I. **Закона о заштити конкуренције** („Службени гласник РС", бр. 51/2009 и 95/2013),

II. **Уредбе о критеријумима за одређивање висине износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције и процесног пенала, начину и роковима њиховог плаћања и условима за одређивање тих мера** („Службени гласник РС", бр. 50/2010), и

III. **Уредбе о условима за ослобађање обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције** („Службени гласник РС", бр. 50/2010),

IV. **Уредбе о споразумима о специјализацији између учесника на тржишту који послују на истом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране** („Службени гласник РС", бр. 11/2010),

V. **Уредбе о споразумима о истраживању и развоју између учесника на тржишту који послују на истом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране** („Службени гласник РС", бр. 11/2010),

VI. **Уредбе о споразумима између учесника на тржишту који послују на различитом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране** („Службени гласник РС", бр. 11/2010),

[1] *„Службени гласник РС"*, бр. 109/2007, 99/2011, 18/2013 - одлука УС, 103/2015 и 40/2015 - др. закон

VII. **Уредбе о садржини захтева за појединачно изузеће рестриктивних споразума од забране** („Службени гласник РС“, бр. 107/2009),

VIII. **Уредбе о критеријумима за утврђивање релевантног тржишта** („Службени гласник РС“, бр. 89/2009),

IX. **Смерница за примену Уредбе о критеријумима за одређивање висине износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције и процесног пенала, начину и роковима њиховог плаћања и условима за одређивање тих мера**,

X. **Смерница за примену члана 69. Закона о заштити конкуренције и Уредбе о условима за ослобађање обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције**,

XI. **Одлуке о начину објављивања одлука и аката и о замени, односно изостављању (анонимизацији) података у одлукама и актима Комисије за заштиту конкуренције**

XII. **Упутства о примени члана 58. Закона о заштити конкуренције**

XIII. **Става Комисије о примени члана 10. Закона о заштити конкуренције код повезаних лица у поступцима јавних набавки**

XIV. **Упутства у вези са подношењем захтева за појединачно изузеће рестриктивних споразума од забране**

XV. **Упутства за откривање намештених понуда у поступцима јавних набавки**

XVI. **Упутства о раду са странкама**

XVII. **Упутства о садржини иницијативе за испитивање повреде конкуренције из члана 16. Закона о заштити конкуренције**

XVIII. **Упутства о примени правила о заштити конкуренције на удружења учесника на тржишту**

XIX. **Статута Комисије за заштиту конкуренције** („Службени гласник РС“, бр. 49/2010)

са Уставом Републике Србије и
Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода

у 3 примерка,
са 10 прилога

Иницијативом за покретање поступка за оцену сагласности Закона о заштити конкуренције (у даљем тексту: ***ЗЗК***), Уредбе о критеријумима за одређивање висине износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције и процесног пенала, начину и роковима њиховог плаћања и условима за одређивање тих мера (у даљем тексту: ***Уредба о мерама***), Уредбе о условима за ослобађање обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције (у даљем тексту: ***Уредба о ослобађању од мера***), Уредбе о споразумима о специјализацији између учесника на

тржишту који послују на истом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране (у даљем тексту: ***Уредба о изузећу хоризонталних споразума о специјализацији***), Уредбе о споразумима о истраживању и развоју између учесника на тржишту који послују на истом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране (у даљем тексту: ***Уредба о изузећу хоризонталних споразума о истраживању и развоју***), Уредбе о споразумима између учесника на тржишту који послују на различитом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране (у даљем тексту: ***Уредба о изузећу вертикалних споразума***), Уредбе о садржини захтева за појединачно изузеће рестриктивних споразума од забране (у даљем тексту: ***Уредба о појединачном изузећу***), Уредбе о критеријумима за утврђивање релевантног тржишта (у даљем тексту: ***Уредба о релевантном тржишту***) (сви заједно, без ЗЗК у даљем тексту: ***Подзаконски акти***), Смерница за примену члана 69. Закона о заштити конкуренције и Уредбе о условима за ослобађање обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције (у даљем тексту: ***Смернице о ослобађању од мера***), Смерница за примену Уредбе о критеријумима за одређивање висине износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције и процесног пенала, начину и роковима њиховог плаћања и условима за одређивање тих мера (у даљем тексту: ***Смернице о мерама***), Одлуке о начину објављивања одлука и аката и о замени, односно изостављању (анонимизацији) података у одлукама и актима Комисије за заштиту конкуренције (у даљем тексту: ***Одлука о анонимизацији***), Упутства о примени члана 58. Закона о заштити конкуренције (у даљем тексту: ***Упутство о примени члана 58. ЗЗК***), Става Комисије о примени члана 10. Закона о заштити конкуренције код повезаних лица у поступцима јавних набавки (у даљем тексту: ***Став о примени члана 10. ЗЗК***), Упутства у вези са подношењем захтева за појединачно изузеће рестриктивних споразума од забране (у даљем тексту: ***Упутство о појединачном изузећу***), Упутства за откривање намештених понуда у поступцима јавних набавки (у даљем тексту: ***Упутство за откривање намештених понуда***), Упутства о раду са странкама, Упутства о садржини иницијативе за испитивање повреде конкуренције из члана 16. Закона о заштити конкуренције (у даљем тексту: ***Упутство о члану 16. ЗЗК***), Упутства о примени правила о заштити конкуренције на удружења учесника на тржишту (у даљем тексту: ***Упутства о удружењима***) и Статута Комисије за заштиту конкуренције (у даљем тексту: ***Статут***) (сви заједно, без ЗЗК и Подзаконских аката у даљем тексту: ***Други општи акти***), са Уставом Републике Србије и Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: ***ЕКЉП***), Уставном суду се предлаже да:

1. Донесе решење о покретању поступка за оцену сагласности ЗЗК, Подзаконских аката и Других општих аката са Уставом и ЕКЉП, а у складу са чланом 53. став 1. ЗОУС;

2. Обустави поступак покренут против Подносиоца иницијативе на основу Закључка о покретању поступка бр. 4/0-02-391/2014-01 од 29. јула 2014. године, ради спречавања даљих неотклоњивих штетних последица како по Подносиоца иницијативе тако и по све адвокатске коморе у саставу Подносиоца иницијативе, а у складу са чланом 56. став 1. ЗОУС;

3. Донесе одлуку којом се оспорене одредбе ЗЗК, Подзаконски акти и Други општи акти проглашавају несагласним са Уставом и ЕКЉП и стављају ван снаге, те одреди начин за отклањање последица које су настале услед примене неуставних одредби ЗЗК, Подзаконских аката и Други општи аката.

Предметна иницијатива се упућује из следећих разлога:

I. Одредбе чланова 34, 35, 38, 41, 48. и 70. ЗЗК којима се уређује поступак пред Комисијом за заштиту конкуренције, а у вези са члановима 21, 22, 25. и 26. ЗЗК противне су члановима 32, 33, 34. и 41. Устава Републике Србије и члановима 6., 7. и 8. ЕКЉП

II. Одредба члана 57. став 6. ЗЗК, на основу које је донета Уредба о мерама, противна је члану 34. Устава Републике Србије и члану 7. ЕКЉП

III. Одредбе чланова 53, 54. и 55. ЗЗК којима се уређује поступак спровођења увиђаја од стране Комисије за заштиту конкуренције противне су члану 40. Устава Републике Србије и члану 8. ЕКЉП

IV. Одредбе чланова 71. и 72. ЗЗК којима се уређује поступак судске контроле решења Комисије за заштиту конкуренције, а у вези са одредбом члана 43. Закона о управним споровима, противне су члану 20., 36. и 41. Устава Републике Србије и члановима 6. и 13. ЕКЉП

V. Уредба о мерама, а која је донета на основу члана 57. став 6. ЗЗК противна је члану 34. Устава Републике Србије и члану 7. ЕКЉП

VI. Уредба о ослобађању од мера, а која је донета на основу члана 69. став 5. ЗЗК, противна је члану 34. Устава Републике Србије и члану 7. ЕКЉП

VII. Уредба о изузећу хоризонталних споразума о специјализацији, а која је донета на основу члана 13. став 3. ЗЗК, противна је члану 34. Устава Републике Србије и члану 7. ЕКЉП

VIII. Уредба о изузећу хоризонталних споразума о истраживању и развоју, а која је донета на основу члана 13. став 3. ЗЗК, противна је члану 34. Устава Републике Србије и члану 7. ЕКЉП

IX. Уредба о изузећу вертикалних споразума, а која је донета на основу члана 12. став 4. ЗЗК, противна је члану 34. Устава Републике Србије и члану 7. ЕКЉП

X. Уредба о појединачном изузећу, а која је донета на основу члана 13. став 3. ЗЗК, противна је члану 34. Устава Републике Србије и члану 7. ЕКЉП

XI. Уредба о релевантном тржишту, а која је донета на основу члана 6. став 4. ЗЗК противна је члану 34. Устава Републике Србије и члану 7. ЕКЉП

XII. Смернице о Мерама, донете на основу члана 21. став 1. тачка 5) ЗЗК, а у вези са члановима 57. и 70. ЗЗК, противне су члану 34. Устава Републике Србије и члану 7. ЕКЉП

XIII. Смернице о ослобађању од Мера, донете на основу члана 21. став 1. тачка 5) ЗЗК, а у вези са чланом 69. ЗЗК противне су члану 34. Устава Републике Србије и члану 7. ЕКЉП

XIV. Одлука о анонимизацији, донета на основу члана 22. став 2. ЗЗК, противна је члану 34. Устава Републике Србије и члану 7. ЕКЉП

XV. Упутство о примени члана 58. ЗЗК, донето на основу члана 21. став 1. тачка 5) ЗЗК, противно је члану 34. Устава Републике Србије и члану 7. ЕКЉП

XVI. Став о примени члана 10. ЗЗК противан је члану 34. Устава Републике Србије и члану 7. ЕКЉП

XVII. Упутство о појединачном изузећу, донето на основу одредби члана 21. став 1. тачке 5) и 11) ЗЗК, противно је члану 34. Устава Републике Србије и члану 7. ЕКЉП

XVIII. **Упутство за откривање намештених понуда, донето на основу члана 21. став 1. тачка 5) ЗЗК, противно је члану 34. Устава Републике Србије и члану 7. ЕКЉП**

XIX. **Упутство о раду са странкама, донето на основу члана 21. став 1. тачка 9) Статута Комисије за заштиту конкуренције, противно је члану 34. Устава Републике Србије и члану 7. ЕКЉП**

XX. **Упутство о члану 16. ЗЗК, донето на основу члана 21. став 1. тачка 5) ЗЗК, противно је члану 34. Устава Републике Србије и члану 7. ЕКЉП**

XXI. **Упутство о удружењима, донето на основу члана 21. став 1. тачка 5) ЗЗК, противно је члану 34. Устава Републике Србије и члану 7. ЕКЉП**

XXII. **Статут је противан члану 34. Устава Републике Србије и члану 7. ЕКЉП**

НАПОМЕНА: Скрећемо пажњу Уставном суду да акти наведени изнад под бројевима XII до XXII нису објављени у службеном гласилу већ искључиво на веб страници и огласној табли Комисије. Међутим, како Комисија не издаје оверене преписе општих аката које доноси, Подносилац иницијативе у прилогу доставља копије ових аката, а које су биле јавно доступне на званичној веб презентацији Комисије, www.kzk.org.rs, на дан 11. септембра 2017. године.

Такође напомињемо овим путем, да у складу са чланом 78. став. 2, Закона о општем управном поступку („Службени гласник РС", бр. 18/2016), „јавно достављање **састоји се од објављивања писмена на веб презентацији и огласној табли органа**. Писмено *може* да се објави и у службеном гласилу, дневним новинама или на други погодан начин."

О Б Р А З Л О Ж Е Њ Е

Садржај

1. Одредбама ЗЗК којима се уређује поступак пред Комисијом крши се право на правично суђење (Мерила „Енгел“) 15
   a) Правна квалификација дела према домаћем законодавству 18
   b) Природа дела 22
   c) Тежина и степен потенцијалне санкције (казне) 24
2. Одредбама ЗЗК крши се јединство правног поретка установљено чланом 4. став 1. Устава ... 25
3. Овлашћење Комисије, као управног органа, да изриче тзв. Мере противно је члану 32. Устава и члану 6. став 1. ЕКЉП 27
4. Одредбама ЗЗК којима се уређује поступак судске контроле решења Комисије крши се право на делотворан правни лек 30
5. Одредбама ЗЗК којима се уређује поступак пред Комисијом крше се посебна права окривљеног 31
   a) Право на одбрану 31
   b) Доказивање 31
   c) Право окривљеног да не инкриминише самог себе 35
6. Одредбама ЗЗК којима се уређује поступак пред Комисијом нарушава се правна сигурност у казненом праву 36
   a) Кривична дела и кривичне санкције одређују се законом (начело законитости) 36
   b) Претпоставка невиности 38
   c) Повреда начела *ne bis in idem* 38
7. Одредбе ЗЗК којима се уређује поступак пред Комисијом противне су праву на тајност кореспонденције из члана 41. Устава и члана 8., у вези са чланом 6. ЕКЉП 40
8. Одредбе ЗЗК којима се уређује поступак пред Комисијом противне су важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење, како су исти загарантовани чланом 18. став 3. Устава. 43
9. Закључак 43

Ради лакшег сналажења у даљем излагању, у наставку се налази листа коришћених скраћеница, те ће значење истих важити кроз цео документ, без обзира да ли су дефинисане на посебном месту и у образложењу:

Бр.	Појам		Дефиниција
1.	**ВКС**	значи	Врховни касациони суд
2.	**ЕКЉП**	значи	Закон о ратификацији европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (*„Службени лист СЦГ"*, - Међународни уговори, бр. 9/2003 и 5/2005)
3.	**ЕУ**	значи	Европска унија
4.	**ЗЗК**	значи	Закон о заштити конкуренције (*„Службени гласник РС"*, бр. 51/2009 и 95/2013)
5.	**ЗОУП**	значи	Закон о општем управном поступку (*„Службени гласник РС", бр. 18/2016*)
6.	**ЗУС**	значи	Закон о управним споровима (*„Службени гласник РС"*, бр. 111/2009)
7.	**ЗОУС**	значи	Закон о Уставном суду (*„Службени гласник РС"*, бр. 109/2007, 99/2011, 18/2013 - одлука УС, 103/2015 и 40/2015 - др. закон)
8.	**ЗКП**	значи	Закон о кривичном поступку (*„Службени гласник РС"*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014)
9.	**ЗОПЛКД**	значи	Закон о одговорности правних лица за кривична дела (*„Сл. гласник РС"*, бр. 97/2008)
10.	**ЗПП**	значи	Закон о парничном поступку (*„Службени гласник РС"*, бр. 72/2011, 49/2013 - одлука УС, 74/2013 - одлука УС и 55/2014)
11.	**КЗ**	значи	Кривични законик (*„Службени гласник РС", бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016*)
12.	**Комисија**	значи	Комисија за заштиту конкуренције
13.	**Одлука о анонимизацији**	значи	Одлука о начину објављивања одлука и аката и о замени, односно изостављању (анонимизацији) података у одлукама и актима Комисије за заштиту конкуренције, доступна на: http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2011/08/Odluka-o-nacinu-objavljivanja-odluka-i-akata.pdf;
14.	**Препоруке о управним санкцијама**	значи	Препоруке Комитета министара Савета Европе о управним санкцијама Р. (91) 1 од 13. фебруара 1991. године (доступно на: http://bit.ly/2wyWWRd)
15.	**Препоруке о судској контроли управе**	значи	Препоруке Комитета министара Савета Европе о судској контроли управних аката (доступно на: http://bit.ly/2vCLoiI)
16.	**Суд**	значи	Управни суд Србије
17.	**Смернице о мерама**	значи	Смернице за примену Уредбе о критеријумима за одређивање висине износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције и процесног пенала, начину и роковима њиховог плаћања и условима за одређивање тих мера (доступне на http://www.kzk.org.rs/kzk/wp-content/uploads/2011/08/NOVE-SMERNICE-MAJ-2011.pdf)
18.	**Смернице о ослобађању од мера**	значи	Смерница за примену члана 69. Закона о заштити конкуренције и Уредбе о условима за ослобађање обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције (доступне на http://www.kzk.org.rs/kzk/wp-content/uploads/2011/08/Smernice-za-primenu-cl-69-i-uredbe-o-oslobadjanju.pdf)
19.	**ССП**	значи	Споразум о стабилизацији и придруживању ратификован

			Законом о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране („*Службени гласник РС - Међународни уговори*“, бр. 83/2008)
20.	**Став о примени члана 10. ЗЗК**	значи	Став Комисије о примени члана 10. Закона о заштити конкуренције код повезаних лица у поступцима јавних набавки, доступан на: http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2011/08/Primena-%C4%8Dlana-10.-Zakona-o-za%C5%A1titi-konkurencije-kod-povezanih-lica-u-postupcima-javnih-nabavki.pdf;
21.	**Статут**	значи	Статут Комисије за заштиту конкуренције („*Службени гласник РС*“, бр. 49/2010)
22.	**Стразбуршки суд** *или* **Европски суд за људска права**	значи	Европски суд за људска права са седиштем у Стразбуру основан 21. јануара 1959. године, на основу Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода
23.	**Упутство за откривање намештених понуда**	значи	Упутство за откривање намештених понуда у поступцима јавних набавки, доступно на: http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2011/08/Uputstvo-za-otkrivanje-namestenih-ponuda-u-postupku-javnih-nabavki.pdf;
24.	**Упутство о примени члана 58. ЗЗК**	значи	Упутство о примени члана 58. Закона о заштити конкуренције, доступно на: http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2011/08/Primena-clana-58.pdf;
25.	**Упутство о појединачном изузећу**	значи	Упутство у вези са подношењем захтева за појединачно изузеће рестриктивних споразума од забране, доступно на: http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2011/08/UPUTSTVO-Podnosenje-zahteva-za-pojedinacno-izuzece-restriktivnih-sporazuma-od-zabrane.pdf;
26.	**Упутство о раду са странкама**	значи	Упутство о раду са странкама, доступно на: http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2011/08/uputstvo-o-radu-sa-strankama-08-12-2015.pdf;
27.	**Упутство о удружењима**	значи	Упутство о примени правила о заштити конкуренције на удружења учесника на тржишту, доступно на: http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2011/08/Uputstvo-B1.pdf;
28.	**Упутство о члану 16. ЗЗК**	значи	Упутство о садржини иницијативе за испитивање повреде конкуренције из члана 16. Закона о заштити конкуренције, доступно на: http://www.kzk.gov.rs/uputstva;
29.	**Уредба о мерама**	значи	Уредба о критеријумима за одређивање висине износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције и процесног пенала, начину и роковима њиховог плаћања и условима за одређивање тих мера („*Службени гласник РС*“, бр. 50/2010)
30.	**Уредба о ослобађању од мера**	значи	Уредбе о условима за ослобађање обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције („*Службени гласник РС*“, бр. 50/2010)
31.	**Уредба о изузећу хоризонталних споразума о специјализацији**	значи	Уредбе о споразумима о специјализацији између учесника на тржишту који послују на истом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране („*Службени гласник РС*“, бр. 11/2010)
32.	**Уредба о изузећу хоризонталних споразума о истраживању и**	значи	Уредбе о споразумима о истраживању и развоју између учесника на тржишту који послују на истом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране („*Службени гласник РС*“, бр. 11/2010)

	развоју		
33.	**Уредба о изузећу вертикалних споразума**	значи	Уредбе о споразумима између учесника на тржишту који послују на различитом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране (*„Службени гласник РС“*, бр. 11/2010)
34.	**Уредба о појединачном изузећу**	значи	Уредбе о садржини захтева за појединачно изузеће рестриктивних споразума од забране (*„Службени гласник РС“*, бр. 107/2009)
35.	**Уредба о релевантном тржишту**	значи	Уредба Владе Републике Србије о критеријумима за утврђивање релевантног тржишта (*„Службени гласник РС“*, бр. 89/2009)
36.	**Устав**	значи	Устав Републике Србије (*"Службени Гласник РС"*, бр. 98/2006)
37.	**Уставни суд**	значи	Уставни суд Републике Србије

1. Подносилац иницијативе сматра да су горе наведене одредбе ЗЗК, Подзаконски акти и Други општи акти неуставни и противни конвенцијском праву с обзиром на то да су противни члановима 32, 33, 34, 36, 40 и 41. Устава и члановима 6, 7, 8. и 13. ЕКЉП.

2. Подносилац иницијативе посебно истиче да је Уставни суд надлежан да цени уставност Других општих аката из разлога како следи.

3. Чланом 21. став 1. тачка 5) ЗЗК изричито је предвиђена надлежност Комисије да доноси две врсте општих аката ради спровођења ЗЗК: (i) упутства и (ii) смернице.

4. И упутства и смернице представљају опште правне акте обавезујуће природе. Општост и обавезујућа природа аката се огледа у чињеници да сваки од њих: **1.** садржи одредбе о ступању на снагу – доказ правно обавезујуће природе; **2.** исти се јавно објављују на огласној табли и веб презентације Комисије – показатељ опште природе аката у односу на трећа лица, односно јавност, као и **3.** исти садрже изричите одредбе о својој правној обавезности за саму Комисију, односно њену стручну службу, а приликом примене ЗЗК.

5. Примера ради, у наставку следе изводи из Упутства о раду са странкама и Смерница о ослобађању од мера.

Упутство о раду са странкама:

> *„Ово упутство **објављује се на интернет страници Комисије** одмах по доношењу, **а почиње да се примењује од** 14.12.2015. године.*
>
> *Стручна служба Комисије за заштиту конкуренције **дужна је да се, почев од дана почетка примене** овог упутства, у раду са странкама **придржава наведених правила**.“*

Смернице о ослобађању од мера:

> *„39.) Ове смернице **ступају на снагу осмог дана од дана објављивања на огласној табли** Комисије, а **примењиваће се и на поступке** за утврђивање повреде конкуренције из члана 10. Закона **који су у току на дан доношења ових смерница**.*

[...]

Ове смернице ***објављене су на огласној табли Комисије*** *за заштиту конкуренције дана 31.08. 2010. године."*

6. На основу члана 167. тачка 1. став 5) Устава, који изричито прописује надлежност Уставног суда да одлучује о сагласности општих аката организација којима су поверена јавна овлашћења са Уставом и законом, сматрамо да је Уставни суд надлежан да испитује уставност свих у овој иницијативи наведених општих аката Комисије.

7. Као одвојено питање, али такође од значаја за ову уставноправну ствар, Подносилац иницијативе подсећа да, у складу са **Уставом и ЕКЉП, правна лица јесу носиоци људских права, што је устаљеном праксом Стразбуршког суда недвосмислено потврђено**[2] а поготову када је реч о корпусу **права на правично суђење из члана 6. ЕКЉП**, укључујући овде и праксу Стразбуршког суда у примени овог члана, те критеријуме које је овај суд усвојио за аутономно тумачење појмова кривичноправних, грађанскоправних и управноправних поступака у смислу овог члана ЕКЉП.[3]

8. Наведеном праксом утврђено је да се начин уживања тих права у одређеним околностима мора прилагодити природи правних лица, тј. њиховим разликама у односу на физичка лица. Међутим, из горе наведених одлука, као и одлука наведених у тексту испод, јасно се види да Стразбуршки суд не налази било какве препреке томе да правна лица уживају права која су обрађена у овом поднеску, а посебно право на правично суђење загарантовано чланом 6. ЕКЉП, а како је исто разрађено целокупном праксом Стразбуршког суда. Предметна пракса је јасан резултат чињенице да се у казненим поступцима, у којима се одлучује о ограничавању највреднијих права субјекта против кога се води поступак, све процесне гаранције правичног суђења морају применити и на правна лица.

9. Такође, и сам Уставни суд је у својој пракси, одлучујући по уставним жалбама потврдио да прихвата обавезујући став Стразбуршког суда и признаје правним лицима право на

---

[2] Европски суд за људска права, *X. & Church of Scientology против Шведске*, представка бр. 7805/77, пресуда од 5. маја 1979.године, доступно на адреси: http://bit.ly/2xKYTul; *Société Colas Est против Француске*, представка бр. 37971/97, пресуда од 16. априла 2002. године, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60431; *André и други против Француске*, представка бр. 18603/03, пресуда бр. 24. јул 2008. године доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87938; *Dubus против Француске*, представка бр. 5242/04, пресуда од 11. јуна 2009.године; *Menarini Diagnostics против Италије*, представка бр. 43509/08, пресуда од 27. септембра 2011.године, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-106438; *Société Canal Plus и други против Француске*, представка бр. 29408/08, пресуда од 21. децембра 2010.године доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102435; *OAO Heftyanaya Kompaniya Yukos против Русије*, представка бр. 14902/04, пресуда од 31. јула 2014.године, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145730.

[3] Европски суд за људска права, *Paykar Yev Haghtanak Ltd против Јерменије*, представка бр. 21638/03, пресуда од 20. децембра 2007. године, параграфи 37. и 50. доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-84119; Европски суд за људска права, *Synnelius & Edsbergs Taxi AB против Шведске*, представка бр. 44298/02, пресуда од 30. јуна 2009. године, доступно на: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93235; Европски суд за људска права, *Garyfallou AEBE против Грчке*, представка бр. 18996/91, пресуда од 24. септембра 1997. године, параграфи 36 од 44. доступно на: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58096; Европски суд за људска права, *Haralambidis, Y. Haralambidis-Liberpa S.A. & Liberpa Ltd против Грчке*, представка бр. 36706/97, пресуда од 29. марта 2000. године , параграф 4. доступно на: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59359.

уживање права загарантованих Уставом и ЕКЉП[4]. Исто тако, чињеница да правни систем Републике Србије изричито установљава кривичну одговорност правних лица путем ЗОПЛКД, неспорно говори да се све законске и уставне гаранције које постоје у кривичном праву (како материјалном, тако и процесном) имају *mutatis mutandis* примењивати и на правна лица.

10. Томе у прилог говори и чињеница да су се **Адвокатска комора Париза и Адвокатска комора Француске** заједно са Колегијалним удружењем судских обавештења за јавност и још девет подносилаца представке **недавно обратиле Стразбуршком суду истичући повреде чланова 8., 10. и 13. ЕКЉП** које су учињене проширивањем механизама надзора и праћења у француском праву законом усвојеним 2015. године. **Након испитивања прихватљивости представки, француски органи су позвани 26. априла 2017. године да се изјасне о наводним повредама ЕКЉП које су изнете у представкама**[5].

11. Дакле, **неспорно је да правна лица и предузетници уживају сва права загарантована Уставом и ЕКЉП која се тичу поступака казнене и кривичне природе**.

12. Сходно свему наведеном, Подносилац иницијативе ће у наставку детаљно образложити да су ЗЗК, Подзаконски акти и Други општи акти директно противни релевантним одредбама Устава и ЕКЉП из следећих разлога:

- Тзв. *управне* мере заштите конкуренције (у даљем тексту: ***Мере***), које могу бити изречене у (i) управном поступку пред (ii) Комисијом, су по својој (iii) **природи**, (iv) последицама које имају на лица којима се изричу, потенцијално (v) неограниченој висини, и (vi) репресивном карактеру, **кривичне** и самим тим се морају изрицати у кривичном поступку.

- Критеријуми за одмеравање висине тзв. Мера прописани су Уредбом о мерама, као подзаконским актом, а чиме се директно крши уставно начело и начело ЕКЉП *nulla poena sine lege*.[6]

- Поступак изрицања тзв. Мера од стране Комисије је одредбама ЗЗК дефинисан као управни поступак, те је исти лишен низа заштитних **института који постоје у кривичном и другим казненим поступцима**, укључујући овде и обавезно одржавање усмене јавне расправе, а чиме се изигравају уставне процесне гарантије (својеврсно изигравање Устава – *fraus constitutionem*).

- Изрицање тзв. Мера не искључује одговорност правног лица за кривично дело злоупотребе монополистичког положаја из члана 232. КЗ[7] (а који **се још увек**

---

4 Уставни суд, Одлука у предмету Уж-9037/2014 од 20. октобра 2016.г. (ЈП „Војводинашуме"), Одлука у предмету Уж-7211/2013 од 19. маја 2016.године (предузеће „Планета"), Уж-1522/2014 од 14. априла 2016.године (НИП доо Новосадско издавачко трговинско предузеће Нови Сад).

5 Саопштење Пете секције, случај *Association Confraternelle de la presse judiciaire против Француске*, представке бр. 49526/15 и 11 других представки, доступно на: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-173634. Додатно у вези истог случаја: http://bit.ly/2qs8LpB и http://bit.ly/2xqQgrW.

6 Европски суд за људска права, *Başkaya and Okçuoğlu против Турске*, представке бр. 23536/94 и 24408/94, од 8. јула 1999. године, параграфи 42 и 43, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58276.

примењује у складу са самосталним чланом Закона о изменама и допунама Кривичног законика[8]), а на основу одредаба ЗОПЛКД, чиме се повређује уставно начело *ne bis in idem*.

13. **Битно је напоменути да Комисија сâма у сопственим документима квалификује своје тзв. Мере као *казне* које припадају *казненом праву*, иако поступа у наводном *управном* поступку.[9]**

14. Упркос наведеном, у поступку пред Комисијом, а накнадно и у поступку контроле решења Комисије пред Управним судом, примењују се процесне гарантије које су типичне за стандардни управни поступак, укључујући овде и могућност неодржавања усмене расправе, а што произлази из упућујуће одредбе члана 34. ЗЗК. Наведени члан предвиђа да се у поступку пред Комисијом имају примењивати правила општег управног поступка, уколико тим законом није другачије прописано. Другим речима, предметном одредбом је *природа поступка* пред Комисијом правно *квалификована као наводно управноправна*.

15. Стога, имајући у виду, по мишљењу подносиоца иницијативе, а очигледно и Комисије, евидентну казнену природу мера које Комисије изриче, поставља се питање, да ли су гарантије типичне за управни поступак, како их прописује ЗЗК, адекватне за поступак испитивања повреде конкуренције од стране Комисије, а имајући у виду релевантне одредбе Устава и ЕКЉП. Подносилац иницијативе тврди да су одредбе ЗЗК којима се поступак пред Комисијом одређује **као наводно *управноправни***, те којима се, у складу са начелима управног права, одређују правила и процесне гарантије за тај поступак, директно противне члановима 32, 33, 34, 36, 40 и 41. Устава, те члановима 6, 7, 8 и 13. ЕКЉП, *и то зато што су тзв. Мере које Комисија изриче по својој правној природи* ***казна***, *односно мере које су карактеристичне за* ***казнено право***, *а које се, сходно наведеним одредбама Устава и ЕКЉП могу изрицати* ***само*** *у поступку на који се примењују гарантије прописане за казнени поступак.* Из истог разлога, односно изостанка примене основних гарантија које су адекватне тзв. Мерама и поступку који би за изрицање истих морао да се примени, противни су Уставу и ЕКЉП Подзаконски акти и Други општи акти донети на основу наведених одредби ЗЗК.

16. Наиме, *наводна управноправна природа* поступка пред Комисијом, а како је одређује ЗЗК, пружа могућност примене процедуралних гарантија које ни приближно не одговарају стварној природи овог поступка, те природи и тежини санкција које се у истом могу изрећи, које, као што ће бити показано испод, чине поступак у предметима права конкуренције по **природи кривичноправним** у складу са критеријумима установљеним од стране Стразбуршког суда (***Мерила „Енгел"***)[10], као и Уставно суда.

---

[7] У питању је члан 232. верзије КЗ која се примењује у тренутку подношења ове Иницијативе. У складу са одредбом самосталног члана Закона о изменама и допунама Кривичног законика („Сл. гласник РС", бр. 94/2016), измене главе двадесет и друге – Кривична дела против привреде (укључујући овде и члан 232. КЗ), почињу се примењивати тек 01. марта 2018. године. Ипак, чак и када предметне измене ступе на снагу, чланом 229. КЗ биће посебно инкриминисано кривично дело закључења рестриктивних споразума, као једна од радњи повреде конкуренције коју санкционише и ЗЗК.

[8] „Службени гласник РС", бр. 94/2016.

[9] Годишњи извештај о раду Комисије за заштиту конкуренције за 2011. годину, страна 27. Доступно на адреси: http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2012/04/Godisnji-izvestaj-o-radu-KZK-2011.pdf;

[10] Европски суд за људска права, *Engel и остали против Холандије*, представке бр. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 08.јун 1976. године, параграфи 82-83, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-

17. У циљу јасног, детаљног и што потпунијег излагања доказа неуставности одредаба ЗЗК, Подзаконских аката и Других општих аката, те њихове несагласности са ЕКЉП, подносилац иницијативе у даљем тексту излаже релевантне одредбе Устава, ЕКЉП, као и преглед судских одлука Уставног суда и Стразбуршког суда.

Тзв. Мере заштите конкуренције које прописује ЗЗК су кривичне санкције, те исте могу бити изречене само у кривичном поступку, од стране суда

18. У складу са Уставом и ЕКПЉ, као и праксом Стразбуршког суда, најтеже санкције у сваком законодавству су резервисане искључиво за кривично право, и такве санкције могу бити изречене само од стране независног и непристрасног суда у кривичном поступку који испуњава највише стандарде заштите процесних права страна у поступку. Када је реч о **кривичноправној одговорности правних лица у српском правном поретку**, ЗОПЛКД, у члану 14., уводи општи максимум кажњавања, те прописује да највиша новчана казна која може бити изречена правном лицу износи **петсто милиона динара (општи максимум)**.

19. С друге стране, ЗЗК уводи посебан максимум када је у питању изрицање такозваних Мера – **исте не могу прећи 10% од укупног годишњег прихода учесника на тржишту**, било правног лица или физичког лица. Иако ЗЗК учесника на тржишту одређује као правно или физичко лице[11], у највећем броју случајева ради се о правним лицима (ради лакшег реферисања у наставку текста биће коришћен термин привредно друштво као најдоминантнији облик правних лица у привреди). Будући да је предметни максимум постављен процентуално, од успешности пословања конкретног привредног друштва зависиће и новчани износ такозване Мере која истом може бити изречена од стране Комисије. Другим речима, у случају да на пример, предметно привредно друштво добро послује, санкција коју прописује ЗЗК ***у наводном управном поступку*** може, у апсолутном износу, лако прећи општи ***кривичноправни*** максимум који прописује ЗОПЛКД.

20. Другим речима, члан 14., став 3., тачка 6. ЗОПЛКД, прописује да за најтежа кривична дела за која је прописана **казна затвора преко десет година**, правном лицу се може изрећи новчана казна од најмање 20 (двадесет) милиона динара до највише 500 (петсто) милиона динара (са свим процесним гаранцијама које припадају окривљеном у поступку за најтежа кривична дела).

21. Супротно томе, у поступку пред ЗЗК, свако правно лице које оствари преко 5 (пет) милијарди динара прихода годишње (сса. 42 милиона евра), **и то без икаквих кривично-процесних гарантија, и уместо суда**, може у складу са чланом 68. ЗЗК, од Комисије, као управног органа, бити кажњено ***изнад*** наведеног општег кривичног максимума. *Битно је напоменути да по јавно доступним финансијским извештајима, у ову групу (са приходом преко пет милијарди динара годишње) спада преко 200 (двеста)*

57479. Видети такође: Европски суд за људска права, *Campbell and Fell против Уједињеног Краљевства*, представке бр. 7819/77 и 7878/77, од 28. јуна 1984. године, параграфи 69-73 доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57456.

[11] Чланом 3. став 1. ЗЗК учесници на тржишту су одређени као *сва правна и физичка лица која непосредно или посредно, стално, повремено или једнократно учествују у промету робе, односно услуга, независно од њиховог правног статуса, облика својине или држављанства, односно државне припадности.*

привредних друштава у Републици Србији, односно ***преко пола целокупне српске привреде у овом тренутку.***

22. Даље, општа сврха прописивања и изрицања кривичних санкција је сузбијање дела којима се повређују или угрожавају вредности заштићене кривичним законодавством[12], односно постизање специјалне и генералне превенције.

23. Сâм КЗ штити, између осталог, и конкуренцију на тржишту као једну од основних друштвених вредности, а које су прописане и чланом 84. Устава. О наведеном сведочи чињеница постојања **кривичног дела злоупотребе монополистичког положаја** (члан 232. КЗ, а у вези са ЗОПЛКД), а којим се инкриминишу поједине радње повреде конкуренције. Будући да такозване Мере које Комисија изриче имају исти предмет заштите, те имају за циљ управо сузбијање понашања којим се ограничава, нарушава или спречава конкуренција на тржишту, као и специјалну и генералну превенцију у односу на привредна друштва, то следи да ове тзв. Мере заправо имају идентичну сврху као и кривичне санкције.

24. Имајући у виду тежину и сврху која се истима тежи постићи, такозване Мере које прописује ЗЗК, Подзаконски акти и Други општи акти, могу бити само и искључиво **кривичноправне природе**, те исте могу бити изречене **искључиво** у кривичном поступку, **од стране суда**, уз примену и уважавање свих процесних гарантија које исти предвиђа.

25. Упркос наведеном, ЗЗК прописује да се у поступку изрицања такозваних Мера имају примењивати правила управног поступка, те процесне гарантије које су **драстично ниже** од оних које предвиђају ЗКП, Устав и ЕКЉП за сваки казнени, односно кривични поступак, чак и прекршајни поступак.

26. Поступак који прописује ЗЗК свакако не одговара природи и тежини санкција које могу бити изречене од стране Комисије, а чиме се крши:

1) **право на правично суђење**, како је исто загарантовано чланом 32. Устава и чланом 6. став 1. ЕКЉП;

2) **јединство правног поретка** установљено чланом 4. став 1. Устава;

3) **посебна права окривљеног**, како су иста загарантована чланом 33. Устава и чланом 6. став 3. ЕКЉП;

4) **правна сигурност у казненом праву**, како је иста загарантована чланом 34. Устава, чланом 6. став 2. и чланом 7. ЕКЉП;

5) **право на једнаку заштиту права и на правно средство**, како је исто загарантовано чланом 36. Устава и чланом 13. ЕКЉП;

6) **право на неповредивост стана**, како је исто загарантовано чланом 40. Устава и чланом 8. ЕКЉП;

---

[12] Члан 4. став 2. КЗ.

7) **право на тајност писама и других средстава општења**, како је исто загарантовано чланом 41. Устава;

8) **важећи међународни стандарди људских и мањинских права, као и пракса међународних институција које надзиру њихово спровођење**, како су исти загарантовани чланом 18. став 3. Устава.

1. Одредбама ЗЗК којима се уређује поступак пред Комисијом крши се право на правично суђење (Мерила „Енгел")

27. У складу са чланом 32. став 1. Устава, *свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против њега.* У истом маниру, члан 6. став 1. ЕКЉП прописује да *свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона.*

28. Цитираним одредбама Устава и ЕКЉП загарантовано је право одлучивања у свакој појединачној ствари од стране независног и непристрасног органа.

29. Процена непристрасности заснива се превасходно на испитивању постојања чињеница на основу којих се јавља сумња у непристрасност поступајућег органа.[13] Најевидентнији случај повреде начела непристрасности постоји у случају спајања истражне и судске функције у једном органу. Управо овај вид кршења начела непристрасности загарантованог Уставом и ЕКЉП постоји у конкретном случају, будући да Комисија, иступајући у својству истражног органа иницира поступак, а потом исти поступак води и у њему одлучује, вршећи своју „судску функцију"[14] (***кадија те тужи, кадија ти суди***).

30. Предметним законодавним решењем крши се и принцип 7. Препоруке о управним санкцијама који налаже да терет доказивања одговорности која је основ за одређивање санкције мора бити на управном органу. Тешко је замислити ситуацију у којој управни орган који је надлежан за вођење поступка може имати било какав практичан терет да „сам себи" докаже било коју спорну чињеницу. Јасно је да предметни принцип у случају поступка пред Комисијом немогуће спровести док год су у истој спојена истражна и овлашћења за доношење коначне одлуке у поступку.

31. Насупрот решењу у српском позитивном праву, у низу европских и ваневропских држава, истражна и судска функција су јасно одвојене у области права заштите конкуренције, те су у том смислу поверене на вршење различитим органима. Тако, између осталог, у Аустрији (по којој се заснива српски управни модел), Шведској,

---

[13] Европски суд за људска права, *Castillo против Шпаније*, представка бр. 79/1997/863/1074, пресуда од 28.октобра 1998. године, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58256.

[14] Европски суд за људска права, *De Cubber против Белгије*, представка бр. 9186/80, пресуда од 26.октобра 1984. године, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57465.

Финској[15], Канади и Сједињеним Америчким Државама, истражна функција је поверена управним органима, док је сâмо одлучивање и изрицање казне у искључивој надлежности судова.

32. Штавише, амерички правни систем, који је изнедрио право конкуренције, од сâмог почетка познаје овакву поделу надлежности у предметној области.

33. Нарочито је важно истаћи, аустријски правни систем, као један од главних узора српског управног права, поставља оштру границу између овлашћења управе и судства у поступку који се води поводом повреде права конкуренције. **Савезна управа за заштиту конкуренције (нем. *Bundeswettbewerbsbehörde*) је искључиво овлашћена да**, у случају постојања сумње о повреди конкуренције, **покрене поступак пред судом, док су Виши суд у Бечу, те Врховни суд по жалби, једини искључиво надлежни да решавају о одговорности одређеног привредног друштва за повреде конкуренције, те да изричу казне по овом основу**.

34. Чак и државе у којима ова подела надлежности није још увек извршена, као што је то случај са Холандијом и Немачком, познају механизме за анулирање негативних дејстава фузије истражне и судске функција у једном органу. Наиме, иако је управни орган тај који спроводи истрагу и доноси одлуку о одговорности, те одговарајућој казни, таква одлука је предмет вишестепеног и процесно регулисаног испитивања унутар самог органа, са обавезном усменом расправом, као и детаљне, мериторне контроле и од стране судова, и то како у погледу правних, тако и у погледу чињеничних питања. Примера ради, холандски правни систем познаје контролу путем редовних правних лекова у три инстанце – против првостепене одлуке управног органа за заштиту конкуренције најпре се може изјавити жалба у управном поступку. Потом, у наредном степену, одлука донета од стране управног органа по жалби може бити оспоравана пред Управним судом, а која пресуда, коначно, може бити предмет жалбе пред Апелационим судом за трговину и индустрију Холандије.[16]

35. Приликом тумачења наведених одредаба потребно је узети у обзир праксу Уставног суда и **праксу Стразбуршког суда** коју прихвата и усваја Уставни суд **као правно обавезујућу** (члан 18. став 3. Устава).[17]

36. Као и у погледу других одредаба ЕКЉП, појмови који се користе у члану 6. став 1. захтевају посебно тумачење у односу на тумачење које нуде унутрашњи закони или националне власти, а у циљу спречавања држава уговорница да избегну примену

---

[15] Међународни упоредни правни водич у области картела и ослобађања од мере заштите конкуренције (енг. Cartels and leniency), доступно на адреси: https://iclg.com/;

[16] *Ibid.*

[17] Уставни суд, Одлука у предмету бр. Уж-9495/2013, од 22. октобра 2015. године доступно на адреси: http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/12039/?NOLAYOUT=1; Уставни суд, Одлука у предмету бр. Уж - 4100/2011, од 10. јула 2013. године, доступно на адреси: http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/9365/?NOLAYOUT=1; Уставни суд, Одлука у предмету бр. Уж-1866/2009, од 18. фебруара 2010. године, доступно на адреси: http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/1521/?NOLAYOUT=1; Уставни суд, Одлука у предмету бр. Уж-476/2008, од 14. јула 2010. године, доступно на адреси: http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/2323/?NOLAYOUT=1.

одговарајућих гарантија прописаних ЕКЉП преквалификацијом одређеног поступка у дисциплински, административни или грађански (својеврсни *fraus legis*).[18]

37. Супротно би омогућило законодавцу сваке државе уговорнице **да простом правном преквалификацијом** било коју правну област измести из кривичноправне материје у управноправну и тиме изигра обавезе које му је наметнуо Устав, односно ЕКЉП (***fraus constitutionem***). Другим речима, ако би ово било тачно, **ништа не би спречавало законодавца са простом већином, да било која дела, па и најтежа**, попут убиства, **преквалификује у управноправна** и за иста гони без икаквих кривичноправних гарантија и без суда – по принципу, *кадија те тужи, кадија ти суди*.

38. Управо из тог разлога, према **деценијама старој, установљеној пракси Стразбуршког суда, правна квалификација одређеног дела или области као кривичне, грађанске или управноправне ***није*** остављена у надлежност само законодаваца**, него и Уставног суда као и Стразбуршког суда. Наиме, **постоје јасни критеријуми** на основу којих ови судови утврђују да ли је правна квалификација од стране законодавца у складу са Уставом и ЕКПЉ или не.

39. По устаљеном ставу Стразбуршког суда, квалификација појмова *„одлучивање о кривичној оптужби"* и *„одлучивање о грађанским правима и обавезама"* дата у националним законима није одлучујућа, већ ће Стразбуршки суд одлучити, на основу критеријума које је сâм одредио у својој пракси, да ли се у конкретном случају ради о *„кривичној"* или *„грађанској"* ствари.[19] Предметна дистинкција је од изузетне важности будући да у првом случају **гаранције правичног поступања** морају бити на далеко већем нивоу у односу на такве гаранције у поступку одлучивања о грађанским правима и обавезама.

40. Уколико буде утврђено да се ради о такозваној „кривичној" ствари, поред члана 6. став 1. ЕКЉП примењиваће се и ставови 2. и 3. истог члана, те члан 7. ЕКЉП.

41. Како то налаже пракса Стразбуршког суда (која је обавезујућа по члану 18. став 3. Устава), те пракса Уставног суда, приликом одређивања да ли се у конкретном случају ради о кривичној оптужби против одређеног лица, физичког или правног, узима се у обзир испуњеност тзв. **МЕРИЛА „ЕНГЕЛ"**[20]:

---

[18] Европски суд за људска права, *Adolf против Аустрије*, представка бр. 8269/78, 26. март 1982. године, параграф 30, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57417; Европски суд за људска права, предмет Öztürk против Немачке, представка бр. 8544/79, 21. фебруар 1984. године, параграф 49, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57553.

[19] Европски суд за људска права, *Adolf против Аустрије*, представка бр. 8269/78, 26. март 1982. године, параграф 30, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57417; Европски суд за људска права, *Öztürk против Немачке*, представка бр. 8544/79, 21. фебурар 1984. године, параграф 49, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57553; Европски суд за људска права, *Jussila против Финске*, представка бр. 73053/01, 23. новембар 2006. године, параграф 29, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-78135.

[20] Европски суд за људска права, *Engel и остали против Холандије*, представке бр. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 08. јун 1976. године, параграфи 82-83, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57479; Европски суд за људска права, *Миленковић против Србије*, представка број 50124/13, од 1. марта 2016. године, параграф 33, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161001; Уставни суд, Одлука у предмету бр. Уж – 1285/2012, од 26. марта 2014. године, доступно на адреси: http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/10166/?NOLAYOUT=1; Уставни суд, Одлука у предмету бр. Уж – 1207/2011, од 12. јуна 2014. године, доступно на адреси: http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/10507/?NOLAYOUT=1; Уставни суд, Одлука у предмету бр. Уж – 11106/2013, од 19. маја 2016. године, доступно на адреси: http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/12880/?NOLAYOUT=1; Европски суд за људска права,

a) правна квалификација дела према домаћем законодавству;

b) природа дела;

c) тежина и степен потенцијалне санкције (казне).

42. Први критеријум, будући да у целости зависи од воље државе уговорнице, служи само као полазна основа за оцену предметног питања. Други и трећи критеријум **су далеко значајнији од првог, а нарочито је важно рећи да су последња два критеријума постављена алтернативно**[21]. Другим речима, испуњеност једног од друга два критеријума јесте довољан основ за закључак да се у конкретном случају ради о кривичној ствари у смислу члана 6. став 1. ЕКЉП, односно о кривичноправној природи одређеног закона независно од његове номиналне квалификације.

a) Правна квалификација дела према домаћем законодавству

43. Први критеријум од којег зависи да ли се одређено дело има квалификовати као *кривично* у смислу члана 6. ЕКЉП јесте правна квалификација тог дела у националном праву. Потребно је утврдити да ли одредбе закона које дефинишу и санкционишу такво дело спадају у домен кривичног права према домаћем законодавству. Иако овај критеријум служи само као полазна основа[22], начин на који се дело квалификује у унутрашњем закону је важан, јер ако је неко дело оквалификовано као кривично према унутрашњем закону и правном поретку, то ће сâмо по себи бити довољно да се поступак одлучивања о њему окарактерише као кривични поступак, те да се примене све гарантије које предвиђа члан 6. ЕКЉП.

44. Поједине радње повреде конкуренције, осим што су санкционисане одредбама ЗЗК, уједно чине део бића кривичног дела злоупотребе монополистичког положаја, а како је исто инкриминисано чланом 232. КЗ[23]. Наведени члан прописује:

Lutz против Немачке, представка бр. 9912/82, 25. август 1987. године, параграф 56, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-57531"]}.

[21]Европски суд за људска права, *Lutz против Немачке*, представка бр. 9912/82, 25. август 1987. године, параграф 55, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57531; Европски суд за људска права, *Миленковић против Србије*, представка број 50124/13, од 1. марта 2016. године, параграф 33, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161001.

[22]Европски суд за људска права, *Engel и остали против Холандије*, представке бр. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 08.јун 1976. године, параграфи 82-83, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57479 .

[23]У питању је члан 232. верзије КЗ која се примењује у тренутку подношења ове Иницијативе. У складу са одредбом самосталног члана Закона о изменама и допунама Кривичног законика („Сл. гласник РС", бр. 94/2016). Наиме, последње измене КЗ, а које треба да ступе на снагу 1. марта 2018. године, предвиђају ново, измењено кривично дело, и штавише, **директно упућују, тзв. техником „бланкет норме" на примену „закона којим се уређује заштита конкуренције"**, како следи:

Закључење рестриктивног споразума

Члан 229

*(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.*

„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 од шест месеци до пет година и новчаном казном.“

45. Додатно, у складу са ЗОПЛКД, за предметно кривично дело може одговарати, не само одговорно лице у правном лицу, **већ и сâмо правно лице**. Из напред наведеног следи да су **радња злоупотребе** монополистичког или **доминантног положаја на тржишту** и радња закључења монополистичког споразума, односно **квалификоване у српском правном поретку као кривична дела, и то законима који су по својој природи системски**, а што ЗЗК није **(у складу са начелом јединства правног поретка**, видети испод**)**.

46. С друге стране, ЗЗК, не квалификује изричито радње повреде конкуренције као кривична дела. Ипак, исправним системским тумачењем одредаба ЗЗК, долази се до закључка да исти, у низу материјалних и процедуралних аспеката, уређује повреде конкуренције као *de facto* кривична дела. Тако, приликом дефинисања радњи повреде конкуренције, одређивања санкција за такве повреде, те уређивања поступка пред Комисијом, **ЗЗК усваја и примењује низ института који су својствени *искључиво* кривичном праву и то за најозбиљнија кривична дела** (а где наведене институте не познају ни привредни преступи нити прекршајно право).

47. Кад је у питању кривично материјално право, члан 2. ЗЗК превиђа да се његове одредбе примењују како на акте и радње учињене на територији Републике Србије, тако и на оне учињене ван њене територије, а који утичу или би могли утицати на конкуренцију у Србији. На исти начин, а у складу са члановима 7. и 9. КЗ, предметни законик се, под одговарајућим условима, може применити на сваког ко учини кривично дело против Републике Србије или њеног држављанина, без обзира на (i) **државну припадност учиниоца и место извршења дела (тзв. реални принцип)**.

48. ЗЗК у члану 9. дефинише повреду конкуренције, а на начин да иста подразумева акте или радње привредног друштва које за циљ или последицу имају или могу да имају значајно ограничавање, нарушавање или спречавање конкуренције. Јасно је, дакле, да ЗЗК прави (ii) **разлику између делатносних и последичних дела** повреде конкуренције, а што је случај и са КЗ у смислу поделе кривичних дела на дела у чијем бићу је садржана последица радње и дела код којих то није случај.

49. Додатно, у погледу кривичног процесног права, чланом 34. ЗЗК прописано је да се у поступку пред Комисијом **примењују правила општег управног поступка**. Међутим, поступак пред Комисијом је предметним законом истовремено конципиран на начин

---

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

Иначе наведено је опет једна од радњи повреде конкуренције коју санкционише и члан 10. и други ЗЗК.

који **недвосмислено указује на његову кривичноправну природу**. Немогуће је не уочити да је **читав низ института** обухваћених поступком који се води поводом испитивања повреде конкуренције суштински преузет из поступка регулисаног ЗКП, као поступка који се води поводом кривичних дела прописаних у КЗ и другим посебним законима.

50. Тако, члан 38. став 2. ЗЗК предвиђа да ће Комисија, пре доношења решења у поступку због повреде конкуренције, *писано обавестити странку* о битним чињеницама, доказима и осталим елементима на којима ће засновати решење, те је позвати да се у остављеном року о истима изјасни. Аналогно томе, (iii) **оптужница у кривичном поступку**, а према члану 332. став 1. ЗКП, садржи опис предметног кривичног дела, односно релевантне чињенице, као и предлог о доказима које је потребно извести. Такође, у складу са чланом 335. став 1. ЗКП, оптужница се доставља окривљеном на одговор, односно изјашњавање о наводима исте. Дакле, смисао **начела *audiatur et altera pars*** је у овом случају конкретизован и материјализован на начин аналоган оном у кривичном праву.

51. ЗЗК даље, у члану 69., регулише (iv) **институт ослобађања од обавезе плаћања новчаног износа по основу тзв. Мере**, предвиђајући да ће се учесник рестриктивног споразума, који је први Комисији пријавио постојање таквог споразума или доставио доказе на основу којих је Комисија донела решење о повреди конкуренције учињене путем рестриктивног споразума, ослободити од обавезе плаћања новчаног износа такозване Мере. **Неспорно је да предметни институт одговара институту споразума о сведочењу окривљеног (окривљени сарадник)** из чланова 320–326. ЗКП. Наиме, предметни споразум се може закључити са окривљеним који је признао да је учинио кривично дело, под условом да је његов исказ у одговарајућој мери од значаја за откривање, доказивање или спречавање дела, при чему на основу наведеног споразума може доћи како до ослобођења окривљеног од казне, тако и до одустанка од његовог кривичног гоњења.

52. Такође, чланом 58. ЗЗК, који уређује (v) **прекид поступка** пред Комисијом, предвиђено је да Комисија може донети закључак о прекиду поступка испитивања повреде конкуренције, којим се одређује мера отклањања повреде конкуренције, ако странка, на основу садржине закључка о покретању поступка, односно чињеница утврђених у поступку, поднесе предлог обавеза које је спремна добровољно да преузме ради отклањања могућих повреда конкуренције. **Предметни институт суштински одговара институту споразума о признању кривичног дела** из чланова 313-319. ЗКП, према којем окривљени може, у замену за одговарајућу врсту, меру и распон санкције, између осталог прихватити и обавезу отклањања штетних последица извршења кривичног дела, односно обавезу накнаде причињене штете.

53. Посебно је важно указати на околности које се узимају у обзир приликом оцене висине тзв. Мера. Наиме, коначни износ тзв. Мера утврђује се на основу Уредбе о мерама, као подзаконског акта, а чија је примена детаљније уређена Смерницама о Мерама, које је сâма Комисија донела. Смернице о Мерама, између осталог, прописују да се приликом одмеравања висине тзв. Мере узима у обзир **кривица учиниоца**, односно износ се увећава уколико постоји **намера учиниоца**, док се **нехат узима у обзир као олакшавајућа околност**. Такође, као отежавајућа околност предвиђен је и **повратност**, док је **истоврсни повратност** предвиђен као нарочито отежавајућа околност. Дакле, приликом одмеравања висине потенцијалне санкције, Комисија превасходно узима у обзир

постојање кривице, намере, нехата и повратa, **као института кривичног права**. Додатно, **сâма Комисија,** поред изричитог навођења института кривичног права у Смерницама о Мерама, не пропушта да чак и **сâме Мере назове казнама <u>које припадају казненом праву</u>**, те нпр. **у свом Извештају о раду за 2011**. годину (страна 27.) наводи:

> *„Полазећи од ових одредби и правне сигурности **<u>у казненом праву</u>**, **према којем се за дело не може изрећи казна уколико није кажњиво у моменту изрицања казне**, оцењено је нема услова за даље вођење [...] поступка [одређивања мере заштите конкуренције због правоснажно утврђене повреде конкуренције у виду рестриктивног споразума].“*

54. На крају, битно је истаћи да за сваку радњу повреде конкуренције у складу са ЗЗК одговара привредно друштво, без обзира на функцију и законска овлашћења лица у том друштву, а које је конкретну радњу предузело. Такође, члан 6. став 1. ЗОПЛКД прописује да правно лице одговара за кривично дело које у оквиру својих послова учини одговорно лице у намери да за правно лице оствари корист. Дакле, наведена законска решења представљају још један доказ истоветног приступа закона који регулишу кривичноправну материју и правила права конкуренције, те јасно упућују на кривичноправну природу права конкуренције и поступака регулисаних истим.

55. Неспорно је, дакле, да читав низ института ЗЗК, Подзаконских и Других општих аката који се примењују у поступку пред Комисијом, и поред тога што је сâм поступак дефинисан као управни, у својој суштини представљају институте кривичног права.

56. Штавише, **Стразбуршки суд** заузима став да одређена **дела**, у смислу ЕКЉП, имају **кривичноправни карактер <u>без обзира</u> на то што се према домаћем праву** на њих не примењују кривични закон и поступак. Наведени суд је у предмету *Welsch против Уједињеног Краљевства* (17440/90, 09. фебруар 1995. године)[24] стао на становиште да се **кривичноправна природа санкција просуђује према особинама исте**, односно (i) природи и (ii) циљу, (iii) поступку изрицања и извршења, те својој (iv) тежини.

57. У вези са тим, ЗКП у члану 12. предвиђа да кривичну санкцију може изрећи само надлежни суд у кривичном поступку, а неспорно је да санкција која се састоји у обавези плаћања **новчаног износа** који може достићи **<u>вредност од чак 10% укупног годишњег прихода привредног друштва оствареног на територији Републике Србије</u>** по својој тежини представља санкцију кривичне природе, а како је то елаборирано горе. Наиме, никако не треба изгубити из вида чињеницу да, у случају успешног пословања привредног друштва, наведени износ **лако може премашити 500 милиона динара**, односно општи максимум новчане казне која се може изрећи правном лицу као санкција за кривично дело, а у складу са чланом 14. став 2. ЗОПЛКД.

58. Из свега напред наведеног следи да је поступак изрицања наводних Мера по својој природи поступак *одлучивања о кривичној оптужби* у смислу члана 6. ЕКЉП. Консеквентно, у таквом поступку <u>морају се примењивати све процесне гаранције члана 6. ЕКЉП, дакле како гаранције из става 1., тако и гаранције из ставова 2. и 3. овог члана</u>.

---

[24]Европски суд за људска права *Welsch против Уједињеног Краљевства*, представка бр. 17440/90, од 09. фебруар 1995. године, параграф 28, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57927.

b) Природа дела

59. Друго Мерило „Енгел" од којег зависи да ли се одређено дело има сматрати кривичним делом, те следствено поступак који се поводом истог води кривичним поступком, у смислу члана 6. ЕКЉП, јесте природа дела[25]. Иако је већ први критеријум у српском правном поретку по основу КЗ и ЗОПЛКД задовољен, овај други критеријум је далеко значајнији од критеријума квалификације дела у унутрашњем законодавству. Природа противправног понашања поводом којег се води конкретан поступак цени се према следећим критеријумима[26]:

1. **да ли је правно правило којим се одређено дело карактерише као противправно упућено искључиво одређеној групи или је опште обавезујуће?**[27]

2. **да ли поступак покреће јавно тело са законским овлашћењима за санкционисање?** [28]

3. **да ли правно правило има казнену или превентивну сврху?** [29]

4. **да ли изрицање казне зависи од постојања кривице?** [30]

5. **како се упоредиве процедуре квалификују у другим државама чланицама Савета Европе?**[31]

60. Када је у питању правна природа поступка који се води пред Комисијом ради утврђивања повреде конкуренције, подносилац иницијативе напомиње да одговори на назначена питања јасно указују на његову кривичноправну природу и то како следи:

61. **Прво**, повреде конкуренције одређене су као **противправно понашање** релевантним одредбама ЗЗК и КЗ, те су наведена правила **опште обавезујућа за сва** правна лица, и

---

[25]Европски суд за људска права, *Jussila против Финске*, представка бр. 73053/01, 23. новембар 2006. године, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-78135; Европски суд за људска права, Миленковић против Србије, представка број 50124/13, од 1. марта 2016. године, параграф 35, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161001;

[26]Смернице Савета Европе о примени члана 6 . ЕКЉП, параграф 4.

[27]Европски суд за људска права, *Bendenoun против Француске*, представка бр. 12547/86, 24. фебруар 1994. године, параграф 47, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57863; Европски суд за људска права, *Öztürk против Немачке*, представка бр. 8544/79, 21. фебруар 1984. године, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57553 .

[28]Европски суд за људска права, *Benham против Велике Британије*, представка бр. 19380/92, 10. јун 1996. године, параграф 56, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57990.

[29]Европски суд за људска права, *Öztürk против Немачке*, представка бр. 8544/79, 21. фебруар 1984. године, параграф 53, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57553; Европски суд за људска права, *Bendenoun против Француске*, представка бр. 12547/86, 24. фебруар 1994. године, параграф 47, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57863.

[30]Европски суд за људска права, *Benham против Велике Британије*, представка бр. 19380/92, 10. јун 1995. године, параграф 56, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57990.

[31]Европски суд за људска права, *Öztürk против Немачке*, представка бр. 8544/79, 21. фебруар 1984. године, параграф 53 доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57553.

као и физичка лица у тим правним лицима, а будући да су предметна правила прописана законом као општим правним актом.

62. **Друго**, поступак испитивања повреде конкуренције покреће Комисија, као **јавно тело са законским овлашћењима за изрицања прописаних тзв. Мера**. Такође, коначно решење Комисије којим се тзв. Мере изричу је **одмах и извршно**, с тим да чак и подношење тужбе против оспореног решења не одлаже извршење решења, већ је то могуће само у случају испуњења посебних услова прописаних у ЗЗК и ЗУС.

63. **Треће**, будући да је висина тзв. Мере директно пропорционална успешности пословања учиниоца, односно висини његовог годишњег прихода, **те да иста може значајно прећи општи максимум прописан ЗОПЛКД, неминовно је да таква тзв. Мера има казнену природу** јер је усмерена ка одузимању прихода, а не накнади штете изазване кажњивим понашањем.

64. На предметну околност упућује и чињеница да се износ тзв. Мере уплаћује у корист Буџета Републике Србије а не у корист оштећених лица, која могу накнаду штете остварити у парничном поступку независно од износа тзв. Мере. Штавише, имајући у виду да тзв. Мере имају за циљ одузимање **процењеног прихода** који **може бити остварен извршењем радње повреде конкуренције**, јасно је да се истима тежи остварити и **превентивна сврха**, односно одвраћање учиниоца од даљих повреда конкуренције (дакле, кажњава се учинилац повреде, а не врши се накнада штете оштећенима). Ово нарочито важи ако се има у виду да је Смерницама о Мерама *повратт предвиђен као отежавајућа околност* која доводи до повећања висине тзв. Мере за сваку наредну повреду. **Следи, природа тзв. Мера је заправо казнена и превентивна.**

65. **Четврто**, у Комисијиним сопственим Смерницама о Мерама је прописано да се приликом одмеравања висине тзв. Мере узима у обзир кривица, односно износ тзв. Мере се увећава уколико постоји намера учиниоца, док се нехат узима у обзир као олакшавајућа околност. Дакле, **коначан износ тзв. Мере свакако зависи од постојања кривице, што недвосмислено указује на њен казнени карактер.**

66. **Пето**, у погледу класификације релевантних поступака у државама чланицама Савета Европе потребно је указати на најзначајније случајеве. Један од најзначајнијих предмета пред Стразбуршким судом је ***Menarini против Италије***[32] (у даљем тексту: ***Менарини***) **у којем је овај суд закључио да су казне које је надлежни орган за заштиту конкуренције изрицао имале кривични карактер иако нису биле квалификоване као такве од стране самог националног законодавца**.

67. Наиме, у предметном случају Стразбуршки суд је применио горе наведена три Мерила „Енгел" како би утврдио да ли се ради о кривичном карактеру предметних мера у смислу ЕКЉП. Најпре, Стразбуршки суд је утврдио да критеријум категоризације преступа у националном праву као кривичног дела није испуњен, те је наставио са анализом испуњености другог критеријума. У оквиру другог критеријума који се односи на природу дела, Стразбуршки суд је закључио да су мере имале казнени и превентивни карактер будући да су исте изречене од стране јавног тела које поступак води у општем

[32]Европски суд за људска права, *A. Menarini Diagnostics S.R.L против Италије*, представка бр. 43509/08, 27. септембар 2011. године, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-106438.

интересу, те да као и у кривичном праву исте имају пеналну, односно одвратну сврху и не представљају новчану накнаду. Суд се није упуштао у испитивање трећег критеријума, тежине конкретних мера, а сматрајући да је задовољење претходног критеријума довољно за оцену да се ради о казненоправним мерама. Дакле, **испуњеност чак и само једног од критеријума довољан је** да се поступак у праву конкуренције окарактерише као **кривичноправни** у смислу ЕКЉП.

68. Поред наведеног, Стразбуршки суд је и у другим предметима нашао да је природа управне санкције коју надлежни управни орган изриче заправо кривична. Наиме, у предмету ***Bendenoun против Француске***[33], Стразбуршки суд је испитивао природу увећања пореза по Општем пореском законику Француске, истичући да иако се формално радило о пореској санкцији, иста је имала кривичноправну природу будући да се радило о опште обавезујућем правилу прописаном законом, чија сврха није била накнада штете већ генерална превенција.

69. Напред описани поступак процене који су Стразбуршки суд, као и Уставни суд Србије, примењивали у својој досадашњој пракси има за последицу спречавање држава уговорница да, бранећи класификацију из унутрашњег права, **онемогуће примену гарантија из члана 6. ЕКПЉ** у поступцима који су, иако квалификовани као управни, по својој природи кривични.

70. На крају је битно и напоменути да, у погледу петог критеријума и упоредно-правних примера, за разлику од држава чланица, сâма Европска унија, као супранационална организација још увек није чланица Савета Европе, иако има обавезу да приступи ЕКЉП још од 2009. године,[34] и да се стога њен систем контроле заштите конкуренције не може сматрати правно меродавним за ову оцену. Наиме за разлику од Републике Србије (Аустрије, Финске, Шведске итд.), ЕУ и њене институције још увек не подлежу контроли Стразбуршког суда и немају обавезу да се придржавају његове праксе. Стога се и право ЕУ не може сматрати правно усклађеним са Европском конвенцијом.

c) Тежина и степен потенцијалне санкције (казне)

71. Ни у једном тренутку не треба изгубити из вида **тежину тзв. Мере** коју прописује ЗЗК за радње повреде конкуренције. Још једном скрећемо пажњу да тзв. Мера, која се састоји у обавези плаћања новчаног износа који **може достићи вредност од чак 10% укупног**

---

[33] Европски суд за људска права, *Bendenoun против Француске*, представка бр. 12547/86, 24. фебруар 1994. године, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57863.

[34] У складу са Лисабонским споразумом који је ступио на снагу 2009. године, Европска унија има обавезу да приступи Европској конвенцији о људским правима и основним слободама, односно да постане 48. уговорна страна и чланица Савета Европе. Процес приступања Европске уније траје осам година, а као коначни исход Европска унија и њена тела би требало се правно обавежу на поштовање ЕКЉП и прихвате надлежност Стразбуршког суда, **што све тренутно још увек није случај.** Више о преговорима можете сазнати на адреси: http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/accessionEU&c=

Штавише, Суд правде Европске уније **је заузео став да нацрт уговора о приступању Европске уније ЕКЉП није у складу са правом ЕУ**, у мишљењу бр. 2/13 од 18. децембра 2014. године, **а након чега су све даље активности у погледу приступања ЕУ Савету Европе значајно успорене.** Више на адреси: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d0f130d588e12da4a0fe4652be7f85e0a832cfb0.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PaN4Se0?text=&docid=160882&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=59091

годишњег прихода привредног друштва оствареног на територији Републике Србије, по својој тежини **представља санкцију кривичне природе** (детаљно образложење можете видети горе) **и то <u>највећу новчану санкцију</u> у целокупном правном систему Републике Србије.**

2. Одредбама ЗЗК крши се јединство правног поретка установљено чланом 4. став 1. Устава

72. Јединство правног поретка један је од примера доктринарног поступања Уставног суда. Тумачењем наведеног начела Уставни суд је развио да из њега произлази:

> *„да без обзира што позитивни правни систем не познаје категорију тзв. органских (системских, основних) закона и што Уставни суд, сагласно члану 167. Устава и својој пракси није надлежан да цени међусобно сагласност закона, основни принципи и институти морају бити испоштовани и у посебним законима, осим уколико системским законом није прописана другачија могућност другачијег уређивања истих питања";*[35]

> *„да међусобна усклађеност свих правних прописа у оквиру правног система Републике Србије, **<u>искључује могућност да се законом којим се уређује једна правна област могу мењати, односно допуњавати поједина законска решења</u>** садржана у закону **<u>којим се уређује друга правна област</u>**";* [36]

> *„затим да да би <u>одређени закон садржавао посебна правила и правне изузетке у односу на системске законе у одређеној области (...)</u>, **законодавац са становишта Устава** и <u>правног поретка Републике Србије **мора преиспитати** у поступку прописивања тих посебних правила и правних изузетака **испуњеност одређених предуслова**</u>".* [37]

73. Сам Устав не познаје хијерархијски однос између закона, без обзира што се поједини закони доносе апсолутном, а поједини уобичајеном већином. Међутим, Уставни суд је развио **доктрину супрематије системског законског решења** коју извлачи из **начела јединства правног поретка**, које је експлицитно садржано у одредби члана 4. ст. 1 Устава: „Правни поредак је јединствен".

74. Принцип супрематије системских закона је установљен одлуком Уставног суда бр. I Уз 231/2009 од 22. јула 2010. године којом су касиране казнене одредбе Закона о јавном информисању. Уставни суд је у образложењу наведене одлуке указао „да 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

---

[35]Уставни суд, пресуда бр. I Уз 231/2009 од 22. јула 2010. године, доступно на адреси: http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/6917/?NOLAYOUT=1.

[36]Уставни суд, пресуда бр. I Уз 17/2011 од 23. маја 2013. године, доступно на адреси: http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/8982/?NOLAYOUT=1.

[37]Уставни суд, пресуда бр I Уз 27/2011 од 3. октобра 2013. године, доступно на адреси: http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/9419/?NOLAYOUT=1.

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".

75. Околности конкретног правног питања су такве да доктринарно тумачење јединства правног поретка Уставни суд додатно поткрепљује осетљивошћу „непосредне правне везе" казненог права у „остваривању људских права и слобода", као и аргументацијом да различито поступање може „озбиљно да угрози једнакост пред Уставом и законом" и „доведе до дискриминације", чиме заправо оправдава увођење принципа које везује за начело јединства правног поретка. Уставни суд је у наведеној одлуци посебно истакао да „као што се посебним законима којима се предвиђају одређена кривична дела која нису садржана у Кривичном законику не може прописати казна затвора испод општег минимума, односно изнад општег максимума одређеног Кривичним закоником, тако се **ни за привредне преступе, као ни за прекршаје, не могу прописивати новчане казне, нити било које друге санкције које нису предвиђене законима којима се на системски начин уређују правни институти који се односе на ове врсте кажњивих дела**."

76. Такође, наведеном одлуком Уставни суд је истакао да је „прописивањем мере привремене обуставе делатности издавања јавног гласила законодавац нарушио принцип јединства правног поретка и начело једнакости свих пред законом, јер предвиђа једну врсту санкције коју Закон о привредним преступима, као закон који **на општи начин уређује област привредно-преступног права** не познаје, и упркос томе што наведени закон у члану 4. изричито одређује да одредбе тог закона о одговорности и санкцијама за привредне преступе важе за све привредне преступе, без обзира на то којим су општим актом прописани."

77. Неспорно је да **су ЗОПЛКД, ЗКП и КЗ системски закони** којим се регулише кривичноправна одговорност у српском праву. Иако су одговарајуће санкције прописане одредбама ЗОПЛКД и КЗ, као системским законима, ЗЗК уводи санкцију, **кривичноправне природе**, од 10% годишњег прихода привредног друштва који учини повреду конкуренције. Истина, КЗ дозвољава прописивање кривичних дела и другим законима, али се она морају утврђивати у кривичном, а не квази управном поступку. Такође кривичне санкције морају бити одређене у оквирима општег законског минимума и максимума, у оквиру врста санкција предвиђених системским законима. Одредбама ЗЗК уведена је санкција која није прописана системским законом, будући да ЗОПЛКД и КЗ ни у једном делу **не прописују да санкција у виду новчане казне може прећи износ од 500 милиона динара**. Такође, кажњавање у виду одузимања дела годишњих прихода није санкције коју познају системски прописи. Имајући у виду наведено, неспорно је да је повређено начело јединства правног поретка. Такође, одредбе ЗЗК одступају од правила и стандарда ЗКП као системског закона којим је регулисан кривични поступак, те је и у односу на тај закон повређено начело јединства правног поретка. Штавише, имајући у виду конкретну ситуацију Подносиоца иницијативе, тзв. Мере се могу изрећи кумулативним рачунањем прихода свих адвокатских комора у саставу Подносиоца иницијативе, те се директно извршити како у односу на Подносиоца иницијативе тако и на све адвокатске коморе у саставу истог иако се против њих не води постпак. Сматрамо ово решење противним начелу правне

сигурности, имајући у виду да се тзв. Мере изричу и према лицима које нису била странке у поступку.

78. Коначно, битно је нагласити да су КЗ и ЗОПЛКД донети пре важећег ЗЗК из 2009. године, а где су сходно КЗ и ЗОПКЛД наведене повреде конкуренције сврстане у кривично правну материју са свим процесним гарантијама и заштитама људских права које иста захтева. Такође, важно је имати у виду да је првобитни Закон о заштити конкуренције из 2005. године предвиђао да прекршајни суд изриче казне, а не да то чини сâма Комисија.[38] Другим речима, у свим случајевима, по сва три закона пре 2009. године, је казне могао да изриче само суд, као део казненог права, а у складу са строгим захтевима за заштиту људских права и основних слобода из ЕКЉП и праксе Стразбуршког суда (како смо изнели изнад) (**достигнути ниво заштите људских права)**. Насупрот томе, тренутни ЗЗК је све ово укинуо 2009. године. Међутим, Устав у члану 20. став 2. јасно каже да „**[д]остигнути ниво људских и мањинских права не може се смањивати.**" Како је тренутни ЗЗК управо то учинио, и то супротно системским законима из кривичног права као и свом претходнику, исти је недвосмислено супротан изричитој одредби Устава, а која постоји управо како би се овакви и слични случајеви спречили.

3. Овлашћење Комисије, као управног органа, да изриче тзв. Мере противно је члану 32. Устава и члану 6. став 1. ЕКЉП

79. Поред свега напред наведеног, потребно је напоменути да у смислу члана 6. ЕКЉП, нису сва кривична дела исте тежине. Тако, Стразбуршки суд, приликом утврђивања да ли је повређено право на правично суђење, прави **разлику** између тзв. кривичних ствари у ужем и у ширем смислу речи.[39]

80. Када је реч о **кривичним делима у ужем смислу** речи, право на правично суђење се има сматрати оствареним искључиво уколико је одлучивање о таквим делима **у првом степену поверено суду који испуњава све критеријуме предвиђене чланом 6. ЕКЉП.**[40] Стога, одлучивање о кривичним делима у ужем смислу од стране управног органа у којем су спојене инквизиторска и судска функција, *као што је то случај са Комисијом*, чак и уз могућност потпуне ревизије одлуке тог органа од стране суда, сматра се кршењем права на правично суђење из члана 6. ЕКЉП.

81. Разлика између кривичних ствари у ужем и у ширем смислу речи у целости зависи од испуњености Мерила „Енгел"[41] у конкретном случају. Тако, уколико је одређено дело и у националном закону и према аутономном тумачењу члана 6. ЕКЉП **квалификовано као кривично дело,** без сумње је да ће поступци за такво дело бити **третирани као кривични у ужем смислу речи**, те ће се примењивати најстроже процедуралне

---

[38] „Службени гласник РС", бр. 79/2005, „IV КАЗНЕНЕ ОДРЕДБЕ", чланови 70.-74.

[39] Европски суд за људска права, *Jussila против Финске*, представка бр. 73053/01, 23. новембар 2006. године, параграфи 41-43, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-78135.

[40] Европски суд за људска права, *Öztürk против Немачке*, представка бр. 8544/79, 21. фебруар 1984. године, параграф 56, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57553.

[41] Европски суд за људска права *Engel и остали против Холандије*, представке бр. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 08. јун 1976. године, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57479.

гаранције. Додатно, поред Мерила „Енгел", Стразбуршки суд је, решавајући о питању квалификације дела, увео и додатни критеријум за оцену постојања кривичне ствари у ужем смислу речи – **степен стигматизације** лица (како физичког тако и правног лица, како је већ објашњено изнад) против којег се подноси кривична оптужба[42]. Тако, уколико утврђивање казнене одговорности правног лица против којег је покренут кривични поступак у смислу ЕКЉП и изрицање санкције која има казнени карактер и превентивну сврху, подразумева и **висок степен стигме за кажњено правно лице, радиће се о кривичној ствари у ужем смислу речи**.

82. Како је то објашњено у претходном делу текста, одлучивање о постојању повреде конкуренције, те изрицање тзв. Мера, **по свим критеријумима представља оптужбу кривичноправне природе у смислу члана 6. став 1. ЕКЉП.** Стога скрећемо пажњу да су **радње повреде конкуренције инкриминисане одредбама КЗ и ЗОПЛКД**, да је природа ових радњи очигледно кривичноправна, **а запрећена санкција значајно виша од општег максимума кажњавања правних лица за кривична дела у српском правном поретку**. Штавише, изрицање тзв. Мере против привредног друштва, будући увек **интензивно медијски пропраћено**, са собом носи **значајан степен стигме** за кажњено правно лице, **што се јасно види и из самих јавних саопштења и других комуникација Комисије, где иста каже да:**

> ***„[...] ако држите до личног угледа и рејтинга ваше компаније ове повреде могле би урушити све што сте уложили у њихову изградњу. Ризикујете губљење поверења свих ваших купаца".***[43]

Стога, постоји недвосмислен правни основ у смислу Устава и ЕКПЉ да о његовој одговорности одлучује суд, **да његова процесна права буду у потпуности испоштована, те да процесне гарантије буду на највишем могућем нивоу**.

83. Имајући у виду горе представљене особености српског позитивног права конкуренције, а нарочито:

1. квалификацију повреда конкуренције као кривичних дела у складу са одредбама КЗ и ЗОПЛКД (**експлицитно**), као и одредбама ЗЗК, Подзаконских аката и Других општих аката Комисије (**имплицитно**),

2. генералну кривичноправну природу радњи повреда конкуренције у смислу ЕКЉП, а коју је недвосмислено потврдио и Стразбуршки суд у својим пресудама, попут случаја *Менарини*, и

3. висину санкције коју прописује ЗЗК за радње повреде конкуренције, а која лако може прећи општи максимум кажњавања у целокупном позитивном кривичном праву Србије и која са собом носи значајан степен стигме за учиниоца,

одлучивање о постојању повреде конкуренције у српском правном поретку **може бити само одлучивање о кривичној ствари у ужем смислу**, те се на исто морају

---

[42] Европски суд за људска права, *Jussila против Финске*, представка бр. 73053/01, 23. новембар 2006. године, параграф 43, доступно на адресиhttp://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-78135.

[43] Видети „едукативне" материјале Комисије на њиховом „YouTube" каналу: https://youtu.be/HuRRh0Iv4wA и више на: https://www.youtube.com/channel/UC4r4DQ1UM8t339x9EaGCl_w.

примењивати процесне гарантије члана 6. ЕКЉП у свом најстрожем облику, уз обавезно одлучивање о одговорности привредног друштва за повреду конкуренције **искључиво од стране суда, а не од стране Комисије, као управног органа.**

84. Иако ЗУС предвиђа могућност **одлучивања у спору пуне јурисдикције** против решења Комисије, таква могућност се **изузетно ретко користи** у пракси. Штавише, могућност решавања управне ствари у пуној јурисдикцији је уско постављена и у самом закону. Наиме, само када нађе да оспорени управни акт треба поништити због незаконитости,[44] суд ће пресудом решити управну ствар у меритуму, ако природа ствари то дозвољава и ако утврђено чињенично стање пружа поуздан основ за то. Дакле, само у случају да суд прво утврди да је одлука Комисије незаконита, те да је треба поништити, суд се ***може упустити*** у одлучивање о конкретној управној ствари у спору пуне јурисдикције, ући у меритум, испитати чињенично стање и на крају заменити оспорено решење својом пресудом.

85. *A contrario*, ако је одлука Комисије законита, али нецелисходна, ЗУС не даје основ да таква одлука буде поништена, те да о предметној ствари мериторно одлучи суд. Додатно, ако суд нађе да је *природа ствари* таква да о њој не може одлучити самостално, исти неће покренути спор пуне јурисдикције. Исто тако, *ако чињенично стање не пружа поуздан основ* за самостално одлучивање, суд неће одлучити у спору пуне јурисдикције. Наведена законска решења знатно сужавају, а у пракси готово потпуно искључују могућност одлучивања суда у спору пуне јурисдикције уколико је предмет спора примена права конкуренције. Да сумирамо, „у претежнијем броју ситуација суд ипак није дужан да управни спор решава у пуној јурисдикцији: тада је по среди само његово **овлашћење, правна могућност коју не мора да искористи**."[45]

86. Ниједан од горе наведених правних стандарда није ближе одређен у закону, већ је тумачење истих у целости препуштено суду. С друге стране Устав, ЕКЉП и обавезујућа пракса Стразбуршког суда налажу да се **спорови из области права конкуренције морају решавати у спору пуне јурисдикције,** *где суд мора ући у мериторно, дубинско, чињенично и правно испитивање одлуке Комисије*, те да управни суд не може да поступи супротно (а све због изузетно репресивне природе и висине санкција у поступцима из права конкуренције).

87. Наведено има за последицу **да о постојању повреде конкуренције, дакле о ствари која је по својој природи кривична, одлучује готово искључиво Комисија**, као управни орган, а не суд, ни у једној инстанци.

88. Додатно, Комисија не испуњава **ни** услов непристрасности у смислу члана 6. став 1. ЕКЉП, будући да су у истој и ***de facto* и *de lege* спојене тужилачка и судска функција (тзв. инквизиторска предрасуда)**.

89. Дакле, не само да није обезбеђено да Комисија има одлике „суда" у смислу чл. 6. став 1 ЕКЉП, већ и Суд само изузетно у пракси приступа испитивању законитости решења

---

[44] Зоран Р Томић, *Коментар Закона о управним споровима са судском праксом*, стр. 627 (ЈП Службени гласник, 2012. година).

[45] *Ibid.*

Комисије, док је могућност испитивања целисходности искључена законом, што је према пракси Стразбуршког суда директна повреда права на правично суђење[46].

90. На овај начин, лицима против којих Комисија води поступак, очигледно је повређено право на правично суђење из члана 6. став 1. ЕКЉП и члана 32. Устава.

4. Одредбама ЗЗК којима се уређује поступак судске контроле решења Комисије крши се право на делотворан правни лек

91. *De facto* непостојање могућности ефективне заштите права и правних интереса, упркос томе што је таква заштита прописана законом, третира се од стране Стразбуршког суда као непостојање **делотворног** правног **средства/лека**, те следствено и као повреда члана 13. ЕКЉП и члана 36. Устава.

92. Наиме, да би се одређено правно средство сматрало ефективним, потребно је да употреба тог средства постоји као могућност не само у теорији, **већ и у пракси**.[47] Другим речима, није довољно да конкретно правно средство буде предвиђено одредбама релевантног закона, већ је неопходно да се такво средство може ефикасно у пракси употребити у сваком конкретном случају[48]. Како је то Стразбуршки суд јасно истакао у случају *El-Masri против Бивше Југословенске Републике Македоније*, да би одређено правно средство било ефективно у пракси, **потребно је да то средство омогућава поступање по захтеву странке у меритуму истог**, те да употреба таквог средства не може да буде неоправдано ускраћена или угрожена радњама или пропустима органа тужене државе.[49] Додатно, приликом оцене делотворности одређеног правног средства, узимају се у обзир не само формални предуслови за коришћење тог средства, већ и политички и правни контекст у коме се предметно правно средство има користити.[50]

93. Услед присуства непрецизних законских критеријума, те великих дискреционих овлашћења Суда да одлучи о томе хоће ли о предметној ствари решавати у спору пуне јурисдикције, тужба против решења Комисије по правилу, **резултира само простом контролом процесне законитости** овог појединачног правног акта.

94. На овај начин, лицима против којих Комисија води поступак, **очигледно је повређено право на делотворан правни лек,** загарантовано чланом 13. ЕКЉП и чланом 36. Устава.

---

[46]Европски суд за људска права, *Société Stenuit против Француске*, представка бр. 11598/85, 30. мај 1991. године параграфи 72 и 73, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-46290.

[47]Европски суд за људска права, *McFarlane против Ирске*, представка број 31333/06, од 10. септембра 2010. године, параграф 114, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-100413; Европски суд за људска права, *Riccardi Pizzati против Италије*, представка бр. 62361/00, од 29. марта 2006. године, параграф 38, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72930.

[48] Европски суд за људска права, *El-Masri против Бивше Југословенске Републике Македоније*, представка бр. 39630/09, од 13. децембра 2012. године, параграф 255, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115621.

[49] Ibid.

[50] Европски суд за људска права, *Ђорђевић против Хрватске*, представка бр. 41526/10, од 24. јула 2012. године, параграф 101, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-112322.

5. Одредбама ЗЗК којима се уређује поступак пред Комисијом крше се посебна права окривљеног

95. Имајући у виду испуњеност свих напред наведених критеријума које примењује Стразбуршки суд, јасно је **да је у српском правном поретку, а који укључује и ЕКЉП, поступак одлучивања о постојању повреде конкуренције по својој природи поступак одлучивања о кривичној ствари**. Сходно томе, потребно је обезбедити примену свих посебних права окривљеног, а како су иста прописана чланом 33. Устава, те чланом 6. ставовима 2. и 3. ЕКЉП.

96. Упркос наведеном, поступак пред Комисијом не обезбеђује скоро ништа од стандардних процесних гарантија неопходних у поступцима кривичне и казнене природе, те је, као такав, супротан Уставу и ЕКЉП.

а) Право на одбрану

97. Наиме, одредбом члана 33. ставова 2. и 3. Устава прописано је да свако ко је окривљен за кривично дело има право на одбрану и право да узме браниоца по свом избору, да с њим несметано општи и да добије примерено време и одговарајуће услове за припрему одбране. Додатно, окривљени који не може да сноси трошкове браниоца, има право на бесплатног браниоца, ако то захтева интерес правичности.

98. Будући да ЗЗК не садржи одредбе којима је регулисано предметно питање, за исто је релевантан члан 49. став 3. ЗОУП, а који предвиђа да пуномоћник странке може бити свако потпуно пословно способно лице. Наведено решење је апсолутно недопустиво, нарочито имајући у виду да, према члану 73. став 1. ЗКП, бранилац странке у кривичном поступку може бити искључиво адвокат, чак и у ситуацијама када је санкција које се може изрећи неупоредиво блажа у односу на ону предвиђену чланом 68. став 1. ЗЗК. Додатно, непостојање права на бесплатног браниоца представља директну повреду посебног права окривљеног прописаног Уставом и ЕКЉП.

99. Штавише, у складу са одредбама ЗОПЛКД, за кривична дела за која је прописана казна затвора до 8 година, може се изрећи новчана казна у износу од пет до десет милиона динара. Сходно наведеном, у сваком случају у којем постоји **могућност изрицања санкције** чија вредност **прелази пет милиона динара** обавезна одбрана је законско право учиниоца дела, у складу са чланом 74. ЗКП, те неомогућавање исте странци у поступку пред Комисијом представља грубо кршење овог његовог права. На крају, потребно је истаћи да наведена неконзистентност законских решења има за последицу и повреду уставног начела јединства правног поретка.

b) Доказивање

100. Ставом 5. члана 33. Устава прописано је да свако коме се суди за кривично дело има право да сâм или преко браниоца износи доказе у своју корист, испитује сведоке оптужбе и да захтева да се, под истим условима као сведоци оптужбе и у његовом присуству, испитују и сведоци одбране.

101. Како би наведене гарантије биле испуњене, првенствено је неопходно постојање усмене расправе, како би били испитани сведоци оптужбе и одбране, вештаци као и како би били изведени предложени докази.

102. **Међутим, ЗЗК не садржи одредбе које се односе на поступак извођења доказа, већ се на поступак пред Комисијом примењују одредбе ЗОУП**. Са друге стране, одредбом члана 109. став 2. ЗОУП прописано је да усмена расправа може бити заказана, по службеној дужности или на предлог странке, искључиво уколико је то корисно за разјашњење управне ствари. **Дакле, непосредност одлучивања није предвиђена као правило већ као изузетак.**

103. Наведено решење у ЗЗК, а у смислу ЗОУП, у потпуној је супротности са посебним правом окривљеног да испитује сведоке оптужбе и присуствује испитивању сведока одбране, будући да овлашћено службено лице може закључити да одржавање расправе није корисно за разјашњење управне ствари. Потпуно супротан став заузима Стразбуршки суд. Пракса овог суда јасно одређује да уколико било која страна у поступку предложи доказивање путем испитивања сведока или вештачењем, супротна страна **мора** имати прилику да сведоцима и вештацима усмено, на јавној расправи пред судом, постави питања.[51] Стразбуршки суд је, у предмету који се тиче управног прекршаја (како је предметна санкција дефинисана у праву Литваније) утврдио да постоји обавеза одржавања јавне расправе ради испитивања сведока и вештака. Стога, јасно је да би у поступку пред Комисијом, који је очигледно строго кривичне природе, јавна расправа морала представљати законску обавезу, што код ЗЗК није случај.

104. Правило је потврђено и принципом 6. Препорука о управним санкцијама, које јасно предвиђају да се санкција може изрећи само уколико је лице у односу на које се санкција изриче саслушано пре доношења одлуке. Исто тако, није довољно само саслушати лице, већ је потребно обезбедити му све потребне информације о оптужбама против њега, природи доказа, те му је неопходно оставити довољно времена да **припреми одбрану за усмену расправу**. Супротно томе, ЗЗК обавезује Комисију само да пошаље обавештење о битним чињеницама странци на одговор, али не пружа гарантије странци да ће имати довољно времена да одговор припреми, нити да одбрану изнесе на усменој расправи.

105. Штавише, принципом Б.4 Препорука о судској контроли управе предвиђено је да **у управном спору мора бити одржана усмена расправа**. Предметни принцип посебно подразумева следећа обавезна **обележја правичне усмене расправе**: (i) принцип једнакости процесних средстава, (ii) адверзијалност поступка (тј. право сваке странке да се упозна и одговори на доказе и тврдње које друга странка изнесе), (iii) јавност расправе (осим уколико посебни законом одређени критеријуми нису испуњени). Очигледно је да ЗЗК не поставља било каква правила ове природе у случају судске контроле аката Комисије, те самим тим не испуњава стандарде обавезне за управне поступке, а камоли за поступке кривичне природе.

106. Упутством о раду са странкама, које је донела сама Комисија, а на основу ЗЗК, регулише се изузетно ограничена могућност одржавања састанака и консултација. Док лица

[51] Европски суд за људска права, *Balsytė-Lideikienė против Литваније*, представка бр. 72596/01, од 4. новембра 2008. године, параграф 66, доступно на адреси: http://bit.ly/2x3ghNl .

против којих се не води поступак имају одређену могућност да организују састанак са овлашћеним лицем Комисије, **странкама у поступку је право на састанак изричито искључено**. Странка у поступку једино може заказати тзв. „консултације" и то не са чланом Савета, као органа који одлучује у поступку, већ искључиво са службеним лицем Комисије, а које води истрагу. Консултације се огледају изричито ограниченом комуникацијом са овлашћеним лицем Комисије:

> „[службено лице] *дужно је да приликом комуникације, са странком у поступку,* ***води рачуна о врсти и садржају података и информација које даје*** *са циљем за штите интегритета података и поступка, а у том смислу може одбити да саопшти одређени податак или информацију.*"

107. Дакле, Упутством о раду са странкама, Комисија, опет без законског овлашћења, ограничава чак и овако веома оскудне гаранције усмене расправе које пружају ЗЗК и ЗОУП, па потпуно супротно гаранцијама предвиђеним Уставом, ЕКЉП и принципом 6. Препорука о управним санкцијама, крши право странке на усмену расправу и непосредан увид органа који одлучује о евентуалној казни, и при том такође значајно ограничава право странке да се упозна са доказима којима располаже против ње.

108. **Сходно свему напред наведеном, одржавање усмене расправе пред Комисијом представља изузетан случај** и у пракси се врло ретко спроводи (и то искључиво по дискреционој оцени Комисије), а **што има за последицу директну повреду посебног права окривљеног прописаног Уставом, ЕКПЉ и актима органа Савета Европе**.

109. Такође, у погледу права лица против којег се води кривични поступак, осим у пар изузетака, **ЗЗК не предвиђа ни начело *in dubio pro reo***, прописано у члану 16. став 5. ЗКП. Предметно начело налаже да се у случају сумње у погледу чињеница од којих зависи вођење кривичног поступка, постојање обележја кривичног дела или примена неке друге одредбе кривичног закона решити у корист окривљеног (односно да терет доказивања никад није на страни окривљеног). Супротно, ова фундаментална процесна гарантија која, према тренутно постојећем и важећем решењу у ЗЗК, не стоји на располагању лицу против којег се води поступак за повреду конкуренције, као дело које је кажњиво и којем се може изрећи **највећа новчана санкција у правном систему Републике Србије**, која је изразито и **недвосмислено казненог карактера**, односно која за циљ има кажњавање односног лица за одређено противправно понашање.

110. Додатно, ЗЗК, као ни ЗОУП не садрже одредбу која утврђује који је **степен уверености надлежног органа у извесност чињеница** потребан да се на истом заснује одлука, а као што је учињено у члану 16. став 3. ЗКП (**презумпција невиности**). Приликом оцене значаја предметне гарантије, тачније о неуставности непостојања исте у поступку пред Комисијом, поново се и нарочито морају имати у виду последице одлуке која може бити донета у односном поступку, а у смислу висине тзв. Мере.

111. У вези са тим, према ЗЗК, **економску анализу, односно утврђивање чињеница економске природе, а које су релевантне за доношење одлуке у поступку испитивања повреде конкуренције, врши сâма Комисија**. С друге стране, према члану 113. ЗКП, када се ради о утврђивању чињеница које нису правне природе, односно када је за њихову оцену потребно **стручно знање**, одређује се вештачење. Вештак је, према члану 119. став 3. ЗКП, дужан да свој налаз и мишљење изради савесно и непристрасно, те управо због тога, основ за његово ослобођење или изузеће, а према

члану 116. ЗКП, представља одговарајућа **повезаност вештака са странкама у предметном поступку**. У складу с тим, не може да се не укаже на грубо кршење гарантија неопходних у оваквој врсти поступка, путем решења према којем анализу од изузетног значаја за исход покренутог поступка спроводи орган надлежан за одлучивање у предметном поступку, односно учесник у поступку. Дакле, неусклађеност наведених законских одредби доводи до нарушавања јединства правног поретка, будући да одредбе ЗЗК значајно одступају од одредби ЗКП као системског закона.

112. Такође, **ЗЗК** у члану 53. предвиђа **тзв. ненајављени увиђај**, под којим подразумева изненадну контролу просторија, односно података, исправа и ствари које се налазе на том месту. Ненајављени увиђај се спроводи у ситуацији када се основано сумња да постоји опасност уклањања или измене доказа који се налазе код странке или трећег лица. О овој процесној радњи се, у тренутку извођења исте и на лицу места, обавештава странка, односно држалац простора и ствари. Најбитније од свега, овај тзв. **ненајављени увиђај по ЗЗК је могућ без икакве судске одлуке**, ни пре ни непосредно након увиђаја, а ово је овлашћење које Комисија често и широко у пракси користи (једина судска контрола је теоријски могућа тек након окончања целог поступка пред Комисијом у евентуалном управном спору).

113. Иако и ЗКП садржи посебне одредбе о увиђају као доказној радњи, наведени институт из ЗЗК заправо одговара **доказној радњи претресања, и то првенствено претресања стана и других просторија из члана 158. ЗКП**.

114. У складу са **обавезујућом праксом Стразбуршког суда**, неповредивост стана, како је иста загарантована чланом 8. ЕКЉП, **обухвата и неповредивост пословних просторија**.[52] У овом смислу, све гаранције које предвиђа наведени члан имају се примењивати и на увиђај у пословним просторијама, када исти спроводи Комисија.

115. Наиме, **доказна радња претресања** се, по правилу, предузима на основу судске наредбе, како је то загарантовано чланом 40. став 2. Устава, те предвиђено чланом 155. ЗКП. Само **изузетно**, у нарочито важним околностима, тј. у чланом 158. ЗКП јасно наведеним случајевима, иста се може предузети без претходно прибављене наредбе суда. Дакле, претресање без наредбе, према недвосмисленој законској формулацији, представља поступање изузетног карактера, а не правило, као што је регулисано одредбама ЗЗК. Притом, постојање очигледне припреме или отпочињања уништавања трагова кривичног дела или предмета важних за поступак не представља законски основ према којем се претресању може приступити без постојања судске наредбе. Као и у претходном случају, одредбе ЗЗК у супротности су са одредбама системског закона и као такве представљају повреду уставног начела јавног поретка.

116. Такође, ЗКП у члану 158. став 3. наводи да ће, уколико је након уласка у стан и друге просторије предузето претресање, а које је учињено без наредбе суда и присуства сведока, бити сачињен записник, а у коме ће се назначити разлози услед којих су улазак и претресање спроведени. Према ставу који је заузео Стразбуршки суд у предмету

---

[52]Европски суд за људска права, *Société Colas Est и други против Француске*, представка бр. 37971/97, од 16. априла 2002. године, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60431; Европски суд за људска права, *Delta Pekárny против Чешке*, представка бр. 97/11, од 02. октобра 2014. године, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146675.

Camenzind против Швајцарске (21353/93, 16. децембар 1997. године)[53], приликом претресања без наредбе посебна пажња се мора поклонити захтеву да околности за предузимање претресања буду неопходне у демократском друштву и **сразмерне легитимном циљу** који се жели постићи.

117. **Насупрот томе, у поступку пред Комисијом наведене гарантије апсолутно не постоје**. Наиме, супротно ЕКПЉ, ненајављени увиђај пословних просторија из члана 53. ЗЗК се по правилу спроводи **без судске наредбе**, односно иста је, према члану 54. став 3. ЗЗК, потребна само уколико је потребно спровести увиђај у стану или другој просторији која има исту, сличну или повезану намену, а власник, односно држалац се томе успротиви. Осим тога, није предвиђено да се о истом сачињава записник, нити да се увиђај по правилу предузима у присуству два сведока.

118. Наиме, док према члану 156. став 7. ЗКП присуство сведока није неопходно само у јасно дефинисаним и изузетним ситуацијама, према члану 54. став 6. ЗЗК је **присуство два сведока обавезно само уколико држалац стана или његов пуномоћник нису присутни на увиђају.**

119. Коначно, за разлику од члана 160. ЗКП који предвиђа обавезу да се **одмах** извести судија након претресања без претходног судског налога, ништа слично није предвиђено ЗЗК. **Стога ЗЗК је једини тренутно важећи закон у српском позитивном праву у складу са којим је могуће претресати просторије без икакве обавезе обавештавања суда, чак ни одмах након таквог претресања.**

120. **Јасно је, дакле, да су и у овом конкретном случају гарантије које стоје на располагању лицу против којег се води поступак од стране Комисије далеко испод нивоа који подразумева поступак чија последица може бити изрицање санкције кривичне природе и тежине, а посебно испод нивоа који захтева члан 8. ЕКЉП.**

c) Право окривљеног да не инкриминише самог себе

121. Одредбом члана 33. став 7. Устава предвиђено је да окривљени или лице коме се суди за кривично дело није дужно да даје исказе против себе или против лица блиских себи, нити да призна кривицу.

122. Међутим, члан 70. **ЗЗК** предвиђа да се привредном друштву одређује **тзв. мера плаћања процесног пенала у износу од 500 евра до 5.000 евра** за сваки дан понашања супротно налогу Комисије да јој достави, саопшти, стави на увид или омогући приступ траженим подацима, онемогући улазак у просторије или на други начин спречи увиђај, односно достави или саопшти нетачне, непотпуне или лажне податке.

123. Са друге стране, члан 149. став 1. **ЗКП прописује да је окривљени ослобођен од дужности** предаје предмета који се по КЗ и ЗОПЛКД морају одузети или који могу послужити као доказ у кривичном поступку.

---

[53]Европски суд за људска права, *Camenzind против Швајцарске*, представка бр. 21353/93, 16. децембар 1997. године, параграфи 36-47, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58125.

124. Дакле, цитирана **одредба ЗЗК, не само што прописује неуставну обавезу окривљеног да инкриминише самог себе**, већ и за неиспуњавање те обавезе **предвиђа високе казне**. Са друге стране, релевантна одредба ЗКП изричито прописује ослобођење од дужности окривљеног да преда предмете који могу послужити као доказ у кривичном поступку, што недвосмислено потврђује свест законодавца у погледу обавезе поштовања Уставом загарантованог права окривљеног.

125. Сходно, **обавеза плаћања мере процесног пенала у случају недостављања тражених података има за циљ санкционисање правног или физичког лица које не поступи по захтеву Комисије остварујући тиме своје уставно право**, те је иста директно супротна одредби члана 33. став 7. Устава.

6. Одредбама ЗЗК којима се уређује поступак пред Комисијом нарушава се правна сигурност у казненом праву

126. Будући да је **поступак одлучивања о постојању повреде конкуренције по својој природи поступак *одлучивања о кривичној оптужби***, а да релевантним одредбама ЗЗК нису обезбеђена посебна права окривљеног, последица наведеног је и нарушавања сигурности у казненом праву.

а) Кривична дела и кривичне санкције одређују се законом (начело законитости)

127. Одредбом члана 7. ЕКЉП предвиђено је кажњавање само на основу закона, док члан 34. став 2. Устава изричито прописује да се кривична дела и кривичне санкције одређују законом. Овај принцип потврђује и Савет Европе у принципу 1. Препорука о управним санкцијама, којима је предвиђено да санкција и околности од значаја за изрицање санкције могу бити предвиђене само законом.

128. У конкретном случају, ЗЗК предвиђа само (***релативни***) општи максимум новчаног износа тзв. Мере док су, у складу са чланом 56. став 6. ЗЗК, **околности и критеријуми** за одређивање висине износа који се на основу тзв. Мере плаћа у сваком конкретном случају, као и начин и рокови тог плаћања, садржани у **подзаконским актима** – Уредби о Мерама, Уредби о ослобађању од мера, а чак делимично и у Смерницама о Мерама које је сâма Комисија донела и може потпуно слободно да мења у складу са ЗЗК.

129. Битно је напоменути да се границе кажњавања за противправна понашања која су вољом законодавца изричито означена као кривична дела, међу којима је и злоупотреба монополистичког положаја, прописане КЗ и ЗОПЛКД као општим правним актом.

130. Потпуно је нејасно како тзв. Мере чији износ може прећи апсолутни максимум кажњавања прописан КЗ и ЗОПЛКД **могу бити одређиване на основу Уредбе о мерама и Уредбе о ослобађању од мера**, *као Подзаконских аката*, **а још мање на основу Смерница о Мерама и Смерница о ослобађању од мера, као Других општих аката које доноси сâма Комисија.**

131. Такође, ЗЗК само уопштено наводи врсте повреда конкуренције, док су радње повреде конкуренције ближе уређене низом Подзаконских аката - уредби, и то Уредбом о

изузећу хоризонталних споразума о специјализацији, Уредбом о изузећу хоризонталних споразума о истраживању и развоју, Уредбом о појединачном изузећу, Уредбом о изузећу вертикалних споразума и Уредбом о релевантном тржишту. Дакле, наведеним уредбама прописују се и ближе одређују елементи бића повреде конкуренције, те се приликом утврђивања постојања исте цени испуњеност услова прописаних наведеним актима. Сходно наведеном, **постојање повреде конкуренције не одређује се законом, како то прописују и ЕКЉП и Устав, већ низом Подзаконских и Других општих аката**.

132. Тако, Упутством о примени члана 58. ЗЗК, које је донела сама Комисија, прописују се услови под којима се може прекинути поступак против странке. Прекид поступка подразумева одређивање мера којима се отклања повреда конкуренције. Консеквентно, странкама које успеју да од Комисије издејствују прекид поступка неће бити изречена новчана казна у виду тзв. Мере. Дакле, предметним општим актом се одређују услови за изрицање тзв. Мера, тј. околности под којима исте неће бити изречене.

133. Упутство о примени члана 58. ЗЗК иде још даље у повреди начела законитости, управо тиме што, *contra legem*, сужава могућност примене института прекида поступка из члана 58. ЗЗК, а како следи:

> *„**Прекид поступка, у смислу одредбе члана 58. Закона, није примерен у поступцима испитивања најтежих повреда конкуренције**, чији је циљ одређивање цена или ограничавање производње или продаје, односно подела тржишта снадбевања, те се, по правилу, у таквим поступцима неће прихватати предлози обавеза које поднесе странка у поступку.“*

134. Додатни доказ да је Упутство о примени члана 58. ЗЗК неуставно, те супротно одредбама ЕКЉП, па чак и противзаконито, је и чињеница да је институт из општег дела кривичног права који одговара прекиду поступка - **споразум о признању кривичног дела**, односно услови под којима је исти могуће применити, регулисан у потпуности законом, тј. члановима 313-319. ЗКП. Дакле, Комисија је доношењем предметног упутства учинила тешку повреду начела законитости и правне сигурности у кривичном праву како је исто загарантовано Уставом, ЕКЉП, КЗ и ЗОПЛКД, па чак и противно самом ЗЗК.

135. Даље, Комисија у још једном својем општем акту – Упутству о појединачном изузећу, *a priori* ограничава могућност обуставе поступка који се води поводом повреде конкуренције закључењем рестриктивног споразума, а иако ЗЗК такво ограничење не познаје. Предметним упутством се, противно одредбама ЗЗК, уводи додатни услов који је потребно испунити за искључење одговорности за поменуту повреду конкуренције:

> *„у поступцима који су пред Комисијом покренути по службеној дужности ради утврђивања постојања повреде конкуренције, **није могућа обустава поступка чак и у ситуацији када би странке против којих је поступак покренут успеле да докажу испуњеност услова за појединачно изузеће рестриктивног споразума од забране.** У таквој ситуацији, **чињеница да су кумулативно испуњени Законом прописани услови**, који би, у случају да је претходно био поднет уредан захтев за појединачно изузеће, били довољни за позитивно решење Комисије, **могла би евентуално бити цењена само у оквиру олакшавајућих околности** при одређивању мере заштите конкуренције –*

обавезе плаћања одређеног новчаног износа – која се увек одређује у случају постојања повреде конкуренције."

136. Апсолутно је супротно основним начелима казненог права да Комисија, својим општим актима, **проширује биће повреде конкуренције** која се састоји из закључења рестриктивног споразума, а чиме се недвосмислено крши начело *nullum crimen sine lege* јасно предвиђено Уставом, ЕКЉП, КЗ, ЗОПЛКД и принципом 1. Препорука о управним санкцијама, па чак противна и самом ЗЗК.

137. Горе наведено очигледно указује да Комисија, регулишући услове одговорности правних лица за повреде конкуренције својим општим актима – Упутством о примени члана 58. ЗЗК и Упутством о појединачном изузећу, крши правило *nulla crimen sine lege* прописано чланом 34. став 2. Устава, чланом 7. ЕКЉП као и чланом 1. КЗ и ЗОПЛКД.

138. Из претходног следи, чланови 57. став 6, 69. став 5, 13. став 3, 12. став 4, 6. став 4, 57, 70 и 69. ЗЗК, те Подзаконски акти и Други општи акти донети на основу тих чланова и члана 21. став 1. ЗЗК, противни су фундаменталном начелу *nullum crimen, nulla poena sine lege* које је предвиђено Уставом и ЕКЉП.

b) Претпоставка невиности

139. Једно од основних права окривљеног свакако је претпоставка невиности из члана 34. став 3. Устава, и члана 6. став 2. ЕКЉП, те члана 3. ЗКП, односно право окривљеног да се сматра невиним све док се његова кривица не утврди правноснажном одлуком суда.

140. ЗЗК не само да не предвиђа предметну претпоставку, већ напротив, омогућава Комисији да **под претњом процесних пенала примора странку да се инкриминише**. Штавише, када се на то дода фузија иследничко-тужилачке и судијске функције у једном пуком управном органу, постоји опасност тзв. **инквизиторске предрасуде**, која је директно противна претпоставци невиности (по принципу ***кадија те тужи, кадија ти суди***).

141. Претходно наведено директно је супротно члану 33. Устава, те члану 6. ставовима 2. и 3. ЕКЉП. Притом, поступак пред Комисијом неспорно представља поступак који се води поводом кажњивог дела, а будући да су за радње повреде конкуренције одредбама КЗ запрећене кривичне санкције, а при чему се предметни поступак може водити и против физичког лица. У прилог томе, а како је већ напоменуто, сâм КЗ, у члану 232. предвиђа кривично дело којим се инкриминише злоупотреба монополистичког положаја, а што је кажњиво и у смислу ЗОПЛКД.

c) Повреда начела *ne bis in idem*

142. Устав у члану 34. став 4. и ЗКП у члану 4. предвиђају начело *ne bis in idem*, односно да нико не може бити гоњен за кривично дело за које је одлуком суда правноснажно ослобођен или осуђен или за које је оптужба правноснажно одбијена или поступак правноснажно обустављен, при чему Устав предвиђа да истим забранама подлеже и вођење поступка за **неко друго кажњиво дело**. Штавише, Стразбуршки суд је у

предмету *Grande Stevens и остали против Италије* (18640/10, 18647/10, 18663/10, 18698/10, 04. март 2014. године)[54] заузео став да чак и правноснажна административна **управноправна** санкција може представљати сметњу за вођење кривичног поступка, уколико он потиче из идентичног догађаја и односи се на исто поступање, у истом временском периоду и од стране истих лица.

143. Стразбуршки суд је у значајној мери консолидовао своју праксу, те је и у пресудама *Маресми против Хрватске*[55] и *Муслија против Босне и Херцеговине*[56] примењиван чињенично утемељени приступ, за разлику од приступа утемељености на идентитету правних квалификација дела или идентитету заштићених добара. Према томе, Стразбуршки суд је заузео становиште да се члан 4. Протокола 7. ЕКЉП мора схватити на начин да забрањује казнени прогон или суђење за друго дело у мери у којој оно произилази из истоветних чињеница или чињеница које су у суштини битно исте као и прво кажњиво дело за ко је већ донета правноснажна осуђујућа или ослобађајућа пресуда. На овај начин осигурано је усклађено тумачење појма „исто дело" као елемента *idem* у начелу *ne bis in idem*.

144. Такође, **Уставни суд је у својој пракси заузео став да је у циљу заштите претежнијег интереса, поред утврђеног критеријума чињеничног идентитета дела, потребно у сваком конкретном случају размотрити и додатне, тзв. корективне критеријуме:**

a) идентитет заштићеног добра и тежине последица дела,

b) идентитет санкције,

како би се одговорило на питање да ли су дела због којих се окривљени гони или је осуђен у различитим поступцима иста (*idem*)[57].

145. Штавише, санкционисањем истог понашања у ЗЗК као у КЗ и ЗОПЛКД јасно огледа кривична природа поступка пред Комисијом већ се јасно крши и принцип 3. Препорука о административним санкцијама, који налаже да се санкција у управном поступку не може изрицати поврх санкција које су за то кажњиво дело или друго дело којим се штити исти заштитни објекат прописане другим законом. Наведени принцип је очигледно прекршен *de facto* двоструком инкриминацијом одређених повреда конкуренције путем ЗЗК а поред већ постојећих одредаба КЗ и ЗОПЛКД.

146. Наиме, физичка и правна лица **могу доћи у ситуацију да за истоветно понашање одговарају и буду санкционисана како у поступку пред Комисијом због повреде конкуренције, тако и у судском поступку због учињеног кривичног дела**, при чему

---

[54]Европски суд за људска права, *Grande Stevens и остали против Италије*, представка бр. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18698/10, 04. март 2014. године, параграф 229, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-141794.

[55]Европски суд за људска права, *Maresti против Хрватске*, представка бр. 55759/07, 25.јун 2009. године, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93260.

[56]Европски суд за људска права, *Муслија против БиХ*, представка бр. 32042/11 од 14.јануара 2014. године, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-139988.

[57]Уставни суд, пресуда бр. Уж 1285/12 од 26. марта 2014. године, доступно на адреси: http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/10166/?NOLAYOUT=1.

висина тзв. Мере, као казне у поступку пред Комисијом, може знатно прећи износ потенцијалне казне у кривичном поступку.

147. С обзиром на **наглашен кривичноправни карактер испитивања и санкционисања радње повреде конкуренције**, у таквој ситуацији суштински постоје два кривична поступка поводом идентичног понашања једног лица, односно привредног друштва.

148. Дакле, **оба поступка**, и поступак пред Комисијом и кривични поступак, би се водила за дело које се заснива **на истим чињеницама**, а при чему би били испуњени и горе наведени корективни критеријуми будући да обе санкције имају за циљ заштиту конкуренције на тржишту, као и да оба поступка могу имати за крајњи исход изрицање новчане казне.

149. Сходно, потенцијални резултат наведених неконзистентности може довести до ситуације да **против правног лица правоснажно ослобођеног оптужбе за кривично дело, буде покренут поступак пред Комисијом и изречена казна знатно тежа од оне која је могла бити изнета у кривичном поступку**, што би представљало грубу повреду предметног начела.

150. Имајући у виду да и сам Уставни суд прихвата могућност да **осуда једног лица у поступку за „неко друго кажњиво дело"** може представљати **процесну сметњу** да се против њега води **кривични поступак** поводом истог животног догађаја, и то под истим условима под којима вођење кривичног судског поступка и осуда за кривично дело активира забрану за вођење другог казненог поступка против њега поводом истог животног догађаја, јасно је да се вођењем поступка пред Комисијом, у складу са одредбама ЗЗК **нарушава правна сигурност у казненом праву и крши право загарантовано чланом 34. став 4. Устава** и подржано препоруком 3. Препорука о управним санкцијама.

7. Одредбе ЗЗК којима се уређује поступак пред Комисијом противне су праву на тајност кореспонденције из члана 41. Устава и члана 8., у вези са чланом 6. ЕКЉП

151. Устав у члану 41. став 1. предвиђа да је **тајност писама и других средстава општења неповредива**. Став 2. истог члана предвиђа да су одступања дозвољена само на одређено време **и на основу одлуке суда, ако су неопходна ради вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике Србије**, на начин предвиђен законом. У сличном маниру, ЕКЉП у члану 8. предвиђа да свако има **право на поштовање преписке,** те да се јавне власти неће мешати у вршење овог права сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других. У контексту поступака пред јавним властима, пракса Стразбуршког суда је установила да се тајност комуникације између клијента и адвоката има штитити и под окриљем члана 6. ЕКЉП и то услед чињенице да нарушавање поверљивости такве

комуникације може опструирати одбрану клијента, те резултирати повредом његовог права на правично суђење.[58]

152. У примени члана 8. ЕКЉП, Стразбуршки суд је нарочито установио да је мешање јавних власти у вршење права заштићеног овим чланом могуће само уколико је испуњен услов пропорционалности, односно уколико је таква интервенција јавних власти **пропорционална циљу који се истом жели постићи**. Другим речима, мера којом се на било који начин крши право загарантовано одредбом члана 8. ЕКЉП, неће се сматрати несразмерном **ако је ограничена у својој примени и деловању низом заштитних механизама који онемогућавају да у примени такве мере појединац буде изложен арбитрарном поступању јавних власти**.[59]

153. Упркос горе поменутим гарантијама, **ЗЗК** „штити" тајност података на начин који је **апсолутно противан наведеним одредбама Устава и ЕКЉП**. Тако, у члану 51. ЗЗК већ се приликом дефинисања појма привилеговане комуникације значајно сужава право на заштиту тајности података. Наиме, у ставу 1. наведеног члана ЗЗК предвиђа да писма, обавештења и сви други облици комуникације између странке против које се води поступак и њених пуномоћника, а која се непосредно односе на поступак, чине привилеговану комуникацију. Дакле, само комуникација која се **непосредно односи на конкретан поступак** пред Комисијом чини привилеговану комуникацију, док сва остала комуникација између клијента и адвоката а која се налази у списима предмета а не односи се на конкретан поступак (чије постојање је неизбежно, имајући у виду да Комисија ненајављене увиђаје спроводи крајње екстензивно и прикупља податке који очигледно немају никакве везе са поступком у питању), потенцијално не ужива било какву заштиту.

154. Надаље, став 2. члана 51. ЗЗК предвиђа да се на привилеговану комуникацију сходно примењују одредбе ЗЗК о заштићеним подацима. То значи, **само на захтев** лица које је доставило, односно ставило на увид тражене податке у поступку, ***може се*** одредити мера заштите података и то искључиво ако Комисија оцени да је **интерес подносиоца** тог захтева **оправдан** и да је по значају **битно већи** у односу на **интерес јавности** у погледу предмета тог захтева. Штавише, подносилац захтева дужан је да у захтеву учини вероватним могућност настанка **знатне штете због откривања података** на које се захтев односи. Из наведеног следи, искључиво од воље Комисије зависи хоће ли се одређеним подацима који чине привилеговану комуникацију пружити заштита у поступку пред истом, а будући да је тумачење горе поменутих, изузетно широко постављених критеријума, **препуштено управо Комисији** (о захтеву за заштиту података одлучује **председник Комисије**, а против закључка којим се захтев одбацује или одбија допуштена је посебна жалба о којој одлучује **Савет Комисије – дакле опет Комисија, а опет без икакве судске контроле**). Из наведеног следи, чак и они подаци које ЗЗК штити путем института привилеговане комуникације могу остати незаштићени уколико Комисија нађе да горе поменути критеријуми нису испуњени.

---

[58] Европски суд за људска права, *Scherer против Швајцарске*, представка бр. 12629/87, од 28. новембра 1991. године, параграф 48, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57709; Европски суд за људска права, *Golder против Уједињеног Краљевства*, представка бр. 4451/70 од 21. фебруара 1975. године, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57496.

[59] Европски суд за људска права, *MS против Шведске*, представка бр. 20837/92, од 27. августа 1997. године, доступно на адреси: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58177.

155. Коначно, **најфлагрантнија повреда члана 41. Устава и члана 8, а у вези са чланом 6. ЕКЉП учињена је ставом 3. члана 51. ЗЗК.** У складу са истим, у случају сумње у злоупотребу привилеговане комуникације, **председник Комисије је овлашћен да сâм преиспита садржај комуникације**, односно да ***одлучи о уклањању тог својства у односу на поједине њене облике.*** *Одлука председника Комисије о уклањању својства привилеговане комуникације* у односу на одређене податке **не може се нападати посебном жалбом**, будући да право на исту није посебно прописано. Наиме, у складу са одредбом члана 38. став 8. ЗЗК, против закључка који се доноси у вези са питањима управљања поступком пред Комисијом посебна жалба је допуштена само уколико је иста посебно предвиђена одредбама ЗЗК.

156. Из горе наведеног произлази, **уколико би Комисија дошла у посед преписке која представља адвокатску тајну,** али која, по њеном суду, нема својство привилеговане комуникације јер: 1) се не односи директно на поступак пред Комисијом, 2) нађе да нису испуњени строги критеријуми заштите такве преписке из члана 52. ЗЗК, или 3) председник Комисије оцени да својство привилеговане комуникације таквој преписци треба да буде одузето**, таква преписка би се, у складу са одредбом члана 45. став 4. ЗЗК, имала третирати, потпуно парадоксално, *као информација од јавног значаја*,** са свим консеквенцама наведеног.

157. Додатно, широка овлашћења Комисије да прибавља документа у испитном поступку умногоме доприносе опасности да Комисија дође у посед и оних докумената који представљају адвокатску тајну, али чија тајност, из горе наведених разлога, може остати незаштићена у поступку пред Комисијом. Тако, приликом спровођења увиђаја, а за који јој готово никада није потребна претходна судска одлука, Комисија може: 1) **извршити проверу пословних и других докумената**, без обзира на начин на који се та документа чувају; 2) **одузети, копирати или скенирати пословну документацију**, а уколико због техничких разлога то није могуће, овлашћено лице може **одузети** пословну документацију и **задржати** је онолико **колико је потребно** да се направе копије те документације; 3) **запечатити сва пословна документа** за време увиђаја.

158. Ради имплементације овлашћења из ЗЗК, Комисија је донела Одлуку о анонимизацији. Овим актом (објављеним искључиво на огласној табли и интернет страници Комисије) Комисија уређује начин на који ће, уколико одлучи да одређеним информацијама додели одговарајућу заштиту тајности, исте изузети из образложења својих одлука. Наиме, Комисија је предметни општи акт донела на основу паушалног овлашћења из члана 22. став 2. ЗЗК – „Савет доноси све одлуке и акте о питањима из надлежности Комисије, ако овим законом и Статутом није другачије прописано".

159. Дакле, поред тога што ЗЗК директно крши Уставом и ЕКЉП загарантовано право на пословну и адвокатску тајну, давањем самој Комисији овлашћења да дискреционо, без законом успостављених граница, одлучује о начину на који ће уклонити заштићене податке, истој дозвољава да *de facto* одузме још један ниво заштите података. На пример, Комисија може самостално одлучити да се заштићени подаци о тржишном учешћу више не изражавају као релативно широк распон (ако је учешће 34,5%, Одлука о анонимизацији налаже да се исти изрази као /30-40/%), већ да се нпр. изузме само последња цифра. На овај начин би се *de facto* одузела заштита податку, јер би конкуренти са великом тачношћу проценити удео странке у поступку. Још једном скрећемо пажњу да ЗЗК ни на који начин не спречава Комисију да потпуно дискреционо,

мимо закона, Устава и ЕКЉП додатно ограничава право на заштиту пословне и адвокатске тајне.

160. Јасно је да је сам ЗЗК пропустио да, на начин који је у складу са Уставом и ЕКЉП, регулише начин заштите пословне и адвокатске тајне, односно поверљиве кореспонденције, чиме и ЗЗК и Одлука о анонимизацији јасно крше Устав и ЕКЉП.

161. Из свега претходно наведеног следи, овлашћења Комисије да задире у право на поштовање тајности писама и других средстава комуницирања, и то у поступку који је ***од стране ЗЗК квалификован као* наводно *управни поступак***, изузетно су широка и непропорционална циљу који се истима тежи постићи. Будући да ова овлашћења Комисије постоје независно од било какве одлуке суда, те да иста умногоме зависе од дискреционе оцене Комисије о испуњености законских критеријума за заштиту тајности података, јасно произлази да се истима крши Уставом и одредбама ЕКЉП загарантовано право на поштовање преписке.

8. Одредбе ЗЗК којима се уређује поступак пред Комисијом противне су важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење, како су исти загарантовани чланом 18. став 3. Устава.

162. Одредбом члана 18. став 3. Устава прописано је да се одредбе о људским и мањинским правима тумаче у корист унапређења вредности демократског друштва, сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права, **као и пракси** међународних институција које надзиру њихово спровођење.

163. Дакле, свако поступање које је у супротности са важећим међународним стандардима људских и мањинских права, **а нарочито са праксом Стразбуршког суда**, као најреферентијом институцијом на чијој пракси своја образложења темељи и Уставни суд, представља директну повреду цитираног члана Устава.

164. Како је напред детаљно образложено, Комисија примењује одредбе ЗЗК, Подзаконских аката и Других општих аката, које су у супротности са важећим међународним стандардима људских и мањинских права, а самим тим и установљеном праксом Стразбуршког суда, што за директну последицу има повреду права загарантованог чланом 18. став 3. Устава.

9. Закључак

165. Из свега напред наведеног може се извести само један закључак: одредбе чланова 34, 35, 38, 41, 48, 53, 54, 55, 57. став 6, 70, 71 и 72. ЗЗК (као и сви Подзаконски акти и Други општи акти у сладу са њима донети) директно крше Устав и ЕКЉП, будући да се овим одредбама у надлежност Комисије, као управног органа, ставља одлучивање о питањима кривичноправне природе, те се у корист исте установљавају овлашћења која превазилазе чак и овлашћења јавног тужиоца, односно кривичног суда.

166. Нарочито истичемо да због непоштовања начела *nullum crimen sine lege* и *nulla poena sine lege,* Уставу и ЕКЉП су посебно противни и Уредба о мерама, Уредба о ослобађању од Мера, Уредба о изузећу хоризонталних споразума о специјализацији, Уредба о изузећу хоризонталних споразума о истраживању и развоју, Уредба о изузећу вертикалних споразума, Уредба о појединачном изузећу, Уредба о релевантном тржишту, Смернице о Мерама и Смернице о ослобађању од Мера, Упутство о примени члана 58. ЗЗК и Упутство о појединачном изузећу, а будући да се овим актима ближе уређују радње повреде конкуренције и казне за ове радње.

167. На крају истичемо да би коначна одлука у поступку покренутом против Подносиоца иницијативе на основу Закључка о покретању поступка бр. 4/0-02-391/2014-01 од 29. јула 2014. године могла да доведе до изрицања тзв. Мера којима би биле нанете неотклоњиве штетне последице, по Подносиоца иницијативе и по све адвокатске коморе у саставу Подносиоца иницијативе (видети тачку 77), будући да казна која би била изречена може прећи максимум постављен системским кривичним законима и значајно нарушити репутацију Подносиоца иницијативе и свих адвокатских комора у саставу Подносиоца иницијативе иако против њих поступак није вођен.

ПРЕДЛОГ

Имајући у виду све напред наведено, као и неопходност спречавања даљих неотклоњивих штетних последица како по Подносиоца иницијативе тако и по све адвокатске коморе у саставу Подносиоца иницијативе, међу којима су најзначајније запрећена казна чија висина може прећи максимуме постављене системским законима, као и неизбежно нарушавање репутације, Подносилац иницијативе предлаже Уставном суду да:

1. Донесе решење о покретању поступка за оцену сагласности ЗЗК, Подзаконских аката и Других општих аката са Уставом и ЕКЉП, а у складу са чланом 53. став 1. ЗОУС;

2. Обустави поступак покренут против Подносиоца иницијативе на основу Закључка о покретању поступка бр. 4/0-02-391/2014-01 од 29. јула 2014. године, ради спречавања даљих неотклоњивих штетних последица како по Подносиоца иницијативе тако и по све адвокатске коморе у саставу Подносиоца иницијативе, а у складу са чланом 56. став 1. ЗОУС;

3. Донесе одлуку којом се оспорене одредбе ЗЗК, Подзаконски акти и Други општи акти проглашавају несагласним са Уставом и ЕКЉП и стављају ван снаге, те одреди начин за отклањање последица које су настале услед примене неуставних одредби ЗЗК, Подзаконских аката и Других општих аката.

Подносилац иницијативе

ПРЕДСЕДНИК
АДВОКАТСКЕ КОМОРЕ СРБИЈЕ

Драгољуб Ђорђевић, адвокат