

*Prof. dr Branko Morait*

Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci

## **PRAVO KONKURENCIJE I SLOBODA UGOVARANJA**

*U ovom radu prvenstveno ćemo se fokusirati na savremenu pojavu posebnih ograničenja autonomije volje koje srećemo u pozitivnopravnom uređenju „prava konkurencije“ i u sudskoj praksi koja nastaje kroz primjenu pravnih normi konkurencijskog prava. Nije neočekivano naglašena uloga sudske prakse u tumačenju okvira javnog poretka. O čvrstom definisanju javnog poretka teorija nije jedinstvena, jer se javlja čitav niz teorijskih definicija ovog pojma. Zbog toga se jedna teorijska struja slaže sa idejom da se konkretizovanje javnog poretka prepusti sudovima, dok suprotna traži čvrsto zakonsko definisanje, kako bi se sudovima oduzela sloboda da proizvoljno ili po svome nahođenju uređuju ugovorne odnose, jer bi se na taj način stvorila opasnost udaljavanja od volje ugovarača, što bi moglo dovesti do pravne nesigurnosti subjekata ugovornog prava. U oblasti ugovornog prava, traži se balans između slobode ugovaranja i zabrane zloupotrebe monopolskog položaja na tržištu.*

**Ključne riječi:** Sloboda ugovaranja; Pravo konkurencije; Sudska praksa; Zloupotreba monopolskog položaja; Pravne tekovine EU.

### **1. SLOBODA UGOVARANJA I NJENA OGRANIČENJA**

Princip slobode ugovaranja, koji pojedini savremeni autori zamjenjuju, po njihovom mišljenju, modernijim terminom, „principom privatne autonomije“,<sup>1</sup> u materiji ugovaranja ostvaruje se kroz načelo slobode ugovaranja.<sup>2</sup> U devetnaestom vijeku „sloboda ugovaranja“ dobija najširi okvir učenjem teorije autonomije volje.<sup>3</sup> Filozofska osnova teorije autonomije volje izvire iz shvatanja da obaveze među ljudima nastaju zbog toga (uzrok) što oni to hoće (cilj). Individualna volja je izvor obligacija, a zakon ima supsidijaran

---

Branko Morait, [Branko.Morait@sudbih.gov.ba](mailto:Branko.Morait@sudbih.gov.ba).

<sup>1</sup> O. Antić, *Obligaciono pravo*, Beograd 2008, 32, 38, 39, 44, 142, 216 i 254.

<sup>2</sup> *Ibid.*, 211.

<sup>3</sup> S. Perović, *Zabranjeni ugovori u imovinsko-pravnim odnosima*, Beograd 1975, 17.

značaj. Granica te slobode nalazi se samo u slobodi drugoga. Individualna sloboda može se ograničiti, ali ne radi zaštite opštih interesa, nego radi zaštite slobode drugoga. Granice slobode ugovaranja i sama sloboda su dva lica iste stvari, ideje autonomije volje kao cjeline koja ih sadrži i obuhvata. Tako bi se mogle shvatiti unutrašnje granice slobode volje. Ta unutrašnja ograničenja oslanjaju se na prostiranje slobode drugih i granice njihove slobode volje, a ne na akt nekog spoljnog autoriteta.<sup>4</sup>

Princip slobode ugovaranja je princip slobode izbora (ugovarati ili ne ugovarati, izabrati ovog ili onog saugovarača, izabrati ovakav ili onakav sadržaj ugovora, elemente, prava i obaveze, tip ugovora, način i oblik, formu izjave volje). Sloboda ugovaranja je pravno zaštićena. Ugovor je zakon za stranke i izvršava se kako je ugovoreno – *pacta sunt servanda*. Ako je volja za zaključenje ugovora izjavljena na način da je prekršen princip slobode ugovaranja, takav ugovor će se sankcionisati ništavošću, jer je umjesto slobodne volje nastao izjavljivanjem volje pod uticajem zablude, prevare ili prinude, kršenjem ili slamanjem slobodne volje.

Kritika teorije autonomije volje otkrila je njenu ranjivost u realnom društvenom ambijentu. Individualna volja u društvenoj zajednici ne može biti sama sebi cilj. Ona može biti samo sredstvo radi ostvarenja opštedruštvenih potreba ili ciljeva. Njena autonomnost u pravu je neostvariva ako nije zasnovana na zakonu i zakonom zaštićena. Individualna volja nije suverena. Ona mora biti potčinjena zajedničkim interesima i ciljevima. Osnovni orijentir utvrđivanja spoljašnjih granica autonomije volje je ustanova javnog poretka. Pojedini kritičari ukazuju na pravnu nepraktičnost teorije autonomije volje, jer je ona jedna „robinzonska“ koncepcija, a pravo je skup pravila kojima se regulišu odnosi između ljudi u ljudskom društvu.<sup>5</sup> Teorija autonomije volje nalazi svoj odraz u teoriji volje (*Willenstheorie*).

Opšta ograničenja principa slobode ugovaranja utvrđena su u kodifikacijama građanskog prava evropskih zemalja. Kako je istraženo u relevantnim literarnim izvorima,<sup>6</sup> francuski Građanski zakonik (GZ), srpski Građanski zakonik, Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru i švajcarski Zakonik o obligacijama smatraju graničnicima slobode ugovaranja ustanovu „javnog poretka“ i „dobrih običaja“. Njemački i austrijski GZ postuliraju kao graničnik slobode ugovaranja samo „dobre običaje“. Naše pozitivno pravo postuliralo je načelo autonomije volje odredbom čl. 10 Zakona o obligacionim odnosima (ZOO) propisavši: „*Strane u obligacionim odnosima su slobodne, u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja da svoje odnose urede po svojoj volji.*“

---

<sup>4</sup> *Ibid.*, 18.

<sup>5</sup> *Ibid.*, 20.

<sup>6</sup> *Ibid.*, 21.

Ova odredba je zaokružila značenje pojma autonomije volje, zadržavši ga kao zasebnu cjelinu unutar komponenti ustanove javnog poretka. Zakon o obligacionim odnosima sadrži odredbu čl. 27, st. 1 o obaveznom zaključenju ugovora. Po toj odredbi, ako je neko po zakonu obavezan sklopiti ugovor, zainteresovano lice može zahtijevati da se takav ugovor bez odgađanja zaključi. U opštoj teoriji ugovora navedeni su adekvatni primjeri obaveznog zaključenja ugovora. Tako je unutar prava osiguranja razvijeno obavezno osiguranje rizika od nastanka štete učesnika u javnom prevozu koje je uređeno posebnim zakonskim propisima i kojima se uspostavlja zakonska obaveza da određena lica stupe u ugovorni odnos s nekom osiguravajućom organizacijom i da se osiguraju od zakonom utvrđenih rizika. Slično je regulisana zakonska obaveza zaključenja ugovora lica koja se bave komunalnim djelatnostima, koja su dužna da zaključe ugovor s licima ako su ispunjeni zakonski uslovi. Posljedica nepoštovanja ovih zakonskih odredaba sastoji se u obavezi naknade pretrpljene štete.<sup>7</sup>

Prema preteći i idejnom temelju Zakona o obligacionim odnosima, Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima,<sup>8</sup> ova načelna odredba je ovako formulisana: „Strane ugovornice su slobodne, u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i morala, da svoje odnose urede po svojoj volji.“ Opšta ograničenja principa slobode ugovaranja mogu se svesti na osnovne komponente ustanove javnog poretka shvaćene kao „skup principa na kojima je zasnovano postojanje i trajanje jedne pravno organizovane zajednice, a koji se ispoljavaju preko određenih društvenih normi koje stranke u svojim odnosima moraju poštovati.“<sup>9</sup> Dobri običaji i moralne norme pored prinudnih, imperativnih propisa ulaze u sastav ustanove „javnog poretka“. Po svojoj pravnoj prirodi odnosno pravnom značaju, riječ je o pravnim i moralnim imperativima, odnosno imperativnim pravnim normama i imperativnim moralnim normama. Zaštita imperativnih normi u obligacionom pravu postiže se primjenom sankcije ništavosti ugovora. Praktično, ugovor se poništava ako je njegov sadržaj, predmet i kauza, suprotan opštem interesu izraženom kroz imperativne norme. Time se štiti javni poredak, ograničava se i sloboda sudske prakse kada iziđe sud o ništavosti, onemogućava se njena „pretorska“ praksa i postiže pravna sigurnost kao jedna od vrijednosti pravnog poretka.

---

<sup>7</sup> O. Antić, 212.

<sup>8</sup> M. Konstantinović, *Obligacije i ugovori – Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Beograd 1969.

<sup>9</sup> S. Perović, 155.

## 2. POSEBNA OGRANIČENJA PRINCIPA SLOBODE UGOVARANJA

Kao što je istaknuto u literaturi, načelo slobode ugovaranja izgleda tako logično i prirodno da je, na prvi pogled, nepodobno za izuzetke.<sup>10</sup> Međutim, uvijek iznova, otvara se pitanje značenja osnovnih načela u odnosu na posebne norme i tzv. *lex specialis*. Kako se ističe u literaturi, izuzeci potvrđuju pravilo, odnosno načelo kao najviša i najopštija pravna norma ima neobičnu sudbinu u pravu, tj. posebnim propisima otklanja se njegova obavezna primjena, da tako kažemo, krši se i potire. Prema većini pisaca, ti izuzeci odnose se na slučajeve obaveznog zaključivanja ugovora, saglasnosti trećeg prilikom zaključivanja ugovora, i izbora ugovornog partnera. Ova grupa izuzetaka naziva se ograničenjima slobode ugovaranja koja se odnose na akt zaključenja ugovora.<sup>11</sup> Možemo postaviti preliminarno pitanje: da li je u našem pozitivnom pravu sloboda ugovaranja obuhvatila kako osnovnu opciju, ugovarati ili ne ugovarati, ili je obuhvaćena dispozicija subjekata, odnosno njihovo pravo da određuju sadržaj ugovornog odnosa po svojoj volji.<sup>12</sup> Ako ponovo pogledamo zakonsku odredbu koja nosi naslov „autonomija volje“, vidjećemo da ona glasi: „Strane u obligacionim odnosima su slobodne, u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja, da svoje odnose urede po svojoj volji.“ Znači da je pod autonomijom volje Zakon o obligacionim odnosima podveo načelo dispozicije i time dao ograničen domašaj načelu autonomije volje ili privatne autonomije u ugovornom pravu.<sup>13</sup>

Pored opštih ograničenja utvrđenih ustanovom „javnog poretka“ koja obuhvata imperativne norme, dobre običaje i moralne norme, postoje i posebni propisi koji nameću ograničenja autonomiji volje odnosno slobodi ugovaranja shvaćenoj u najširem smislu, sa svim atributima koje ovom načelu pridaje pravna teorija. To znači da pored osnovne opcije, ugovarati ili ne ugovarati, ovdje ulazi i izbor ugovornog partnera, te izbor sadržine i forme ugovora. Na ovom području analiziranja postoje kriterijumi grupisanja posebnih ograničenja autonomije volje u ugovornom pravu u pogledu slobode zaključenja ugovora (obavezno zaključenje, zaključenje uz saglasnost trećeg, ograničenje slobode izbora saugovornika), slobode određivanja sadržine ugovora (zakonsko određivanje sadržine ugovora, određivanje sadržine od jedne strane ugovornice putem adhezionih, formularnih ugovora), slobode u pogledu nepovredivosti ili nepromjenjivosti ugovora (dozvoljava-

---

<sup>10</sup> O. Antić, 211.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> *Ibid.*, 216.

njem raskida ugovora na zahtjev jedne strane ugovornice zbog promijenjenih okolnosti, zbog neizvršenja) i izbor forme ugovora, jer se volja mora materijalizovati, a konsenzualizam i neformalnost ugovora ne znače odsustvo forme nego slobodu izbora forme ugovora.

U ovom radu, prvenstveno ćemo se fokusirati na jednu savremenu pojavu posebnih ograničenja autonomije volje koje srećemo u pozitivnopravnom uređenju „prava konkurencije“ i u sudskoj praksi koja nastaje kroz primjenu pravnih normi konkurencijskog prava. Preliminarno, nije neočekivana uloga sudske prakse u tumačenju okvira javnog poretka. O čvrstom definisanju javnog poretka teorija nije usaglašena, jer se javlja čitav niz teorijskih definicija ovog pojma. Zbog toga, jedna teorijska struja slaže se sa idejom da se konkretizovanje javnog poretka prepusti sudovima, dok suprotna shvatanja traže čvrsto definisanje kako bi se sudovima oduzela sloboda da proizvoljno ili po svome nahođenju uređuju ugovorne odnose, koja bi se mogla toliko udaljiti od volje ugovarača da bi rezultirala pravnom nesigurnošću ugovornog prava.<sup>14</sup> S pažnjom se mora obazrijeti na isticanje u literaturi<sup>15</sup> da ograničenja slobode ugovaranja koja se nameću ugovornicima imperativnim normama poništavaju načelo ravnopravnosti ugovornih strana, a time ugrožavaju valjanost kauze ugovora. Ako se jedna ugovorna strana imperativnim propisom dovede u položaj da diktira uslove ugovora, a da druga nema izbora, osim da „obeća“ nametnuto ponašanje odnosno radnju, tj. predmet ugovora, onda se ne može govoriti o privatnoj autonomiji obje ugovorne strane već samo jedne. Istovremeno, tada ulazimo u područje „mana volje“, a ne „slobode volje“ i „privatne autonomije“, kao i potrebu pokretanja pitanja punovažnosti kauze i predmeta ugovora. Veće prisustvo imperativnih normi koje znatnije osujećuju privatnu autonomiju ugovarača nepovoljno utiče na validnost obećanja ugovarača koja ide do toga da prinudni propisi poništavaju sva obećanja koja su stranke uglavile, a koja nisu u saglasnosti s prinudnim normama, ili, što je još izrazitije, tjeraju ugovarače da zaključe ugovor koji ne žele, odnosno koji želi samo jedna strana ugovornog odnosa.

### 3. PRAVO KONKURENCIJE I SLOBODA UGOVARANJA

Pravo konkurencije obuhvata pravila čiji je cilj zaštita konkurencije između privrednih subjekata (kako bi se međusobno takmičili i poboljšanjem konkurentnosti svojih dobara i usluga sticali povjerenje kupaca i što veći udio tržišta) od restriktivnih praksi privatnih i javnih preduzeća, u cilju afirmacije dobrobiti potrošača i izbjegavanja negativnih posljedica monopola.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> *Ibid.*, 217–218.

<sup>15</sup> *Ibid.*, 207.

<sup>16</sup> *Priručnik o pravu konkurencije*, Wolf Theiss, oktobar 2012, 3.

U Bosni i Hercegovini, Zakon o konkurenciji BiH (ZoK)<sup>17</sup> jedan je od 120 svjetskih sistema antitrustovskog zakonodavstva.

Potpisivanje Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju (SSP) sa Evropskom unijom i njenim državama članicama 16. juna 2008. godine donijelo je Bosni i Hercegovini status „potencijalnog kandidata“ za punopravno članstvo u EU. U početnoj fazi provođenja SSP, usklađivanje bosanskohercegovačkog pravnog sistema fokusira se na osnovne elemente unutrašnjeg tržišta pravne tekovine EU (*acquis*) i druge trgovinske oblasti. Bosanskohercegovačke institucije obavezale su se ovim sporazumom da se postojeće i buduće zakonodavstvo pravilno provodi i primjenjuje na način predviđen u „harmonizacionoj klauzuli“ SSP. Najvažnija odredba SSP za bosanskohercegovačke institucije, koja se tiče prava konkurencije, sadržana je u odredbi čl. 71, st. 2 SSP, koji propisuje da će se svaka praksa suprotna ovoj odredbi ocjenjivati na osnovu kriterijuma koji proizilaze iz primjene pravila o konkurenciji koja važe u EU, i instrumenata za tumačenje koje su usvojile institucije EU, Evropska komisija i Evropski sud pravde.

Prema odredbama ZoK, bosanskohercegovački organi za zaštitu prava konkurencije imaju *samo mogućnost* da primijene praksu i odluke Evropskog suda pravde i Evropske komisije. Tako proizilazi iz odredbe čl. 43, st. 7 ZoK, prema kojoj, Konkurencijsko vijeće, u svrhu ocjene datog slučaja, može koristiti sudsku praksu Evropskog suda pravde i odluke Evropske komisije.

Odredba čl. 71, st. 2 SSP postavila je u ovome viši standard, jer *zahtijeva* obaveznu ocjenu predmeta pred domaćim organima zaštite prava konkurencije na osnovu sudske prakse Evropskog suda pravde i odluka Evropske komisije u mjeri u kojoj može uticati na trgovinu između EU i BiH.

Problem predstavlja mogućnost da nadležni bosanskohercegovački organi za zaštitu konkurencije primjenjuju pozitivno pravo BiH koje u određenoj mjeri nije harmonizovano sa pravom EU, što bi moglo izazvati odstupanja bosanskohercegovačke prakse od procjena i prakse institucija EU.

Dakle, iz navedenog proizilazi da se procjena datog slučaja povrede prava konkurencije može vršiti na osnovu sudske prakse Suda pravde i Evropske komisije. Ovakvim propisivanjem nisu se utvrdile pretpostavke za suđenje na osnovu odluka suda kao izvora prava ili sudske prakse u smislu kako se to čini u precedentnom pravosuđu. Suđenje u BiH i dalje se oslanja na tumačenje zakona nakon utvrđenja činjeničnog stanja, ali se sudska praksa Evropskog suda pravde i praksa Evropske komisije uzima kao jedno od pravila tumačenja i ocjenjivanja po analogiji. U krajnjoj liniji, ako se odluka domaćeg suda zasniva na analogiji sa nekom odlukom Evropskog suda pravde,

---

<sup>17</sup> Zakon o konkurenciji BiH, *Sl. glasnik BiH*, br. 48/05, 76/07 i 80/09.

ona će imati značaj izvora prava za rješenje konkretnog slučaja, ako je njen prevalirajući značaj za rješenje konkretnog slučaja.

Zakonom o konkurenciji BiH uokvirena je uobičajena, uporednopravna, zakonodavna praksa, tako što se uređuju tri oblasti: antikonkurencijske horizontalne sporazume, antikonkurencijske vertikalne sporazume i antikonkurencijsko jednostrano ponašanje dominantnih privrednih subjekata i ocjena koncentracije privrednih subjekata.<sup>18</sup> Za razmatranje problematike koju ovaj članak obrađuje pažnju ćemo usmjeriti na trećenavedenu spomenutu oblast, antikonkurencijsko jednostrano ponašanje dominantnih privrednih subjekata u slučaju „odbijanja poslovanja“ u automobilskoj industriji odnosno trgovini. Odnos između proizvođača automobila i distributera je sporno pitanje koje se razrješava pred nacionalnim građanskim sudom.<sup>19</sup> Konkurencijsko vijeće BiH nije imalo mnogo prakse u automobilskoj industriji osim predmeta „ASA-auto“, koji je značajan za definisanje tržišta i izrečenih sankcija.

Nas ovdje posebno interesuje, u konačnici, rješenje Konkurencijskog vijeća BiH potvrđeno sudskom odlukom Suda BiH, koja nalaže privrednom subjektu za kojeg je utvrđeno da ima vladajući tržišni položaj zaključenje ugovora sa drugim privrednim subjektom. Ova mjera je izrečena na osnovu odredbe čl. 42, st. 1, t. 2) ZoK. Ovom odredbom je propisano da Konkurencijsko vijeće BiH donosi konačni upravni akt kojim se okončava upravni postupak pred ovim organom. Konačno rješenje Konkurencijskog vijeća BiH može biti doneseno tek nakon okončanja upravnog postupka. Konkurencijsko vijeće se, u cilju ocjene datog slučaja, može koristiti sudskom praksom Evropskog suda pravde i odlukama Evropske komisije.<sup>20</sup>

Kao što smo u uvodu prikazali, sa aspekta civilističke teorije i prakse želimo da ocijenimo oportunističku zastupljanja principa slobode ugovaranja kao osnovnog načela ugovornog prava, kao i značaj sudske prakse kao izvora prava u ovim predmetima ili kriterijuma za ocjenjivanje datog slučaja metodom analogije.

#### **4. IZVODI IZ OBRAZLOŽENJA PRESUDE SUDA BOSNE I HERCEGOVINE**

U obrazloženju presude Suda BiH<sup>21</sup> kojom je odlučeno o zahtjevu za preispitivanje presude vijeća za upravne sporove Suda BiH<sup>22</sup> navedeno je: „*Pre-*

<sup>18</sup> *Priručnik o pravu konkurencije, op. cit.*, 4.

<sup>19</sup> *Ibid.*, 39.

<sup>20</sup> ZoK, čl. 43, st. 7.

<sup>21</sup> Presuda Apelacionog upravnog vijeća Suda BiH, br. S1 3 U 005412 10 Uvl od 15. marta 2012. godine.

<sup>22</sup> Presuda Vijeća za upravne sporove Suda BiH, br. U-383/09 od 27. oktobra 2010. godine.

*sudom vijeća za upravne sporove ovog Suda broj: U-383/09 od 07.01.2010. godine odbijena je tužba tužitelja podnesena protiv rješenja Konkurencijskog vijeća BiH broj 01-06-26-027-140-II/08 od 21.07.2009. godine kojim je utvrđeno: I.) da je privredni subjekt Društvo za zastupanje i trgovinu „A“ d.o.o. Sarajevo zloupotrijebilo vladajući položaj na tržištu veleprodaje proizvoda marke V ovlaštenim trgovcima u BiH, ograničavanjem tržišta i primjenom različitih uslova prema privrednom subjektu M Ljubuški, za istu ili sličnu vrstu poslova u odnosu na ostale ovlaštene trgovce koji vrše prodaju i servisiranje proizvoda marke V u BiH u skladu sa članom 10. stav 2. tačka b) i c) Zakona o konkurenciji. Pod tačkom II.) rješenja je naloženo tužitelju da u vremenskom roku od 30 dana od prijema rješenja zaključi ugovor o prodaji i servisiranju proizvoda marke V (privredni i putnički program) sa privrednim subjektom M d.o.o Ljubuški na vremensko razdoblje od najmanje 5 godina, odnosno pod jednakim uslovima utvrđenim u zaključenim ugovorima o prodaji i servisiranju proizvoda marke V sa ostalim ovlaštenim trgovcima u BiH, te dostavljanje dokaza o istome Konkurencijskom vijeću u vremenskom roku od 8 dana od dana zaključenja ugovora, a pod tačkom III) rješenja je izrečena novčana kazna tužitelju u visini od 150.000,00 KM radi zloupotrebe vladajućeg položaja u skladu sa članom 10. stav 2. tačka b) i c) Zakona o konkurenciji koji je tužitelj dužan platiti u roku od 8 dana od prijema rješenja.“*

U zahtjevu za preispitivanje sudske odluke protiv prvostepene presude Suda Bosne i Hercegovine<sup>23</sup> kojom je odbijena tužba tužioca protiv prethodno izloženog rješenja Konkurencijskog vijeća BiH,<sup>24</sup> tužilac smatra da je tuženi, Konkurencijsko vijeće, odlučujući u toj pravnoj stvari izašao iz svoje upravne nadležnosti i riješio pitanje iz nadležnosti redovnih sudova koje se tiče ispunjavanja obaveza iz „pisma namjere“, jer isti nije nadležan da ispituje zakonitost i osnovanost raskida obligacionih odnosa. Tumačenjem pisma namjere od strane tuženog i Suda BiH, došlo je do pogrešne primjene odredbe čl. 30 ZOO, jer je „pismu namjere“ data snaga ugovora.

U obrazloženju odluke Suda BiH donesene povodom zahtjeva za preispitivanje navedene presude Vijeća za upravne sporove Suda BiH, između ostalog je argumentovano zašto je potvrđena prvostepena odluka i rješenje Konkurencijskog vijeća BiH: „Ovo vijeće smatra da je Konkurencijsko vijeće primijenilo mjerodavno materijalno pravo, te komparativno pravo Evropske zajednice vezano za distribuciju motornih vozila, jer mu to omogućava odredba člana 43. Zakona o konkurenciji koja propisuje da se Konkurencijsko vijeće, kao domaći organ koji je nadležan za zaštitu konkurencije u

---

<sup>23</sup> Presuda Vijeća za upravne sporove Suda BiH, br. U-383/09 od 27. oktobra 2010. godine.

<sup>24</sup> Rješenje br. 01-06-26-027-140-II/08 od 21. jula 2009. godine.

*prvom stepenu, ‘u svrhu ocjene datog slučaja, može koristiti sudskom praksom Europskog suda pravde i odlukama Evropske komisije’. U slučajevima u kojima se ispituje je li tržišno natjecanje narušeno, Konkurencijsko vijeće koje se bavi zaštitom tržišnog natjecanja ovlašteno je primijeniti kriterije koji proizlaze iz primjene pravila o tržišnom natjecanju Evropske zajednice. Stoga je izrečena mjera nalažanja zaključenja ugovora o distribuciji motornih vozila pravilno određena jer se istom postiže svrha utvrđivanja postojanja zloupotrebe vladajućeg položaja na mjerodavnom tržištu. Time će se spriječiti ograničenje tržišta i tehnički razvoj tržišta, kao i slobodna konkurencija u smislu mogućnosti izbora kupaca kupovinom vozila VW od više ovlaštenih trgovaca-distributera. Naime, ako određeno preduzeće dobije ekskluzivnu licencu za obavljanje određene djelatnosti na datoj teritoriji, onda njeno neizdavanje licence drugima neposredno čini da se ne može razviti konkurencija na tom području. Posjedovanje ekskluzivne licence nije protivno konkurenciji, nego isključivo zloupotreba položaja koji nastaje na osnovu dobivene licence. Stoga cijeneći praksu Suda EU, ovo vijeće zaključuje da je nametanje obaveze zaključenja ugovora o prodaji i servisiranju motornih vozila pod istim uslovima u odnosu na druge ovlaštene servisere je opravdana mjera za spriječavanje stvaranja monopolističkog položaja na tržištu od strane tužitelja.*

*Naime iz prakse Komisije i Suda EU mogu se izvući četiri kriterija koja moraju biti ispunjena da bi se privredniku moglo nametnuti davanje licence drugima i to da je: 1. davanje licence je za drugog privrednika nužno kako bi mogao pristupiti i ostati na utvrđenom relevantnom tržištu; 2. postoji rizik isključenja efikasne konkurencije ukoliko se licenca ne izda, 3. budući negativan uticaj na tehnički razvoj u toj oblasti na štetu potrošača (nedavanjem licence nema konkurencije između preduzeća, pa stoga ne postoji potreba izdavača licence da dalje unaprijeđuje tehnologiju zbog čega potrošači ne mogu dobiti kvalitetnije usluge) i 4. ne postoji objektivno opravdanje za neizdavanja licence. Dakle, obaveza za zaključenjem ugovora može postojati samo ako je položaj preduzeća na datom tržištu takav da druga preduzeća samo putem njega mogu dobiti pristup tržištu koje je pravilno od strane Konkurencijskog vijeća ocijenjeno kao relevantno tržište. Tada iz takvog zapravo ne samo vladajućeg, nego faktičkog monopolskog položaja može nastati obaveza zaključenja ugovora, jer u suprotnom, drugo preduzeće ne može ni na koji način da pristupi tržištu. U takvim slučajevima diskriminacija nekog preuzeća može opravdati nalog za zaključenjem ugovora bez diskriminacije.“*

Sud, dakle, zaključuje da je tužilac, kao ekskluzivni uvoznik vozila za Bosnu i Hercegovinu, odustao od zaključenja ugovora o prodaji i servisira-

nju proizvoda marke sa tužiocem, a po prethodno zaključenom pismu namjere. Sud ističe da vladajući položaj na tržištu nije sam po sebi zabranjen, već samo njegova zloupotreba. Sud je, kao nesporno, utvrdio da je tužilac, kao ekskluzivni uvoznik vozila na području Bosne i Hercegovine stekao status jedinog ovlaštenog, ekskluzivnog importera-uvoznika, te da privredni subjekti ne mogu nabavljati navedena vozila u Bosni i Hercegovini odnosno uvoziti radi dalje prodaje samostalno, već isključivo posredstvom tužioca. Stoga, zaključuje Sud, tužilac ima i posebnu odgovornost i obaveze u smislu odredaba ZoK, jer svojim djelovanjem može direktno uticati na ograničavanje, narušavanje i sprečavanje tržišne konkurencije, te je u konkretnom slučaju bio dužan primjenjivati identične kriterije i uslove prema privrednom subjektu (tužiocu) u postupku sticanja statusa ovlaštenog trgovca, kakve je imao i prema ostalim ovlaštenim trgovcima. Iz stanja spisa proizilazi da je, nakon što je tužilac ispunio sve uslove iz pisma namjere, tuženi odbio da zaključi navedeni ugovor iz razloga što je bez njegovog odobrenja upotrebljavao njegov zaštitni znak i vršio reklamiranje proizvoda prije zaključenja ugovora. Sud je našao da tuženi u pismu namjere nije jednako postupao prema svim kandidatima za ovlaštenog trgovca, jer je svim ostalim kandidatima u pismu namjere dozvolio korištenje zaštitnog znaka i prije zaključenja glavnog ugovora. Takvim postupanjem tužilac je doveo u neravnopravan i diskriminatorski položaj kandidate za buduće ovlaštene trgovce, a samim tim dolazi do narušavanja slobodne tržišne utakmice, jer je predmet interesa i zaštite slobodne tržišne utakmice položaj u pogledu određene vrste robe, što je u ovom slučaju vozila određene marke čija je mogućnost nabavke privrednim subjektima ograničena, jer su upućeni isključivo na tuženog.

Sud nalazi da je Konkurencijsko vijeće BiH pravilno primijenilo materijalno pravo odnosno komparativno pravo Evropske zajednice vezano za distribuciju motornih vozila, jer mu to omogućuje odredba čl. 43 ZoK koja propisuje da se Konkurencijsko vijeće, kao domaći organ koji je nadležan za zaštitu konkurencije u prvom stepenu, „u svrhu ocjene datog slučaja, može koristiti sudskom praksom Evropskog suda pravde i odlukama Evropske komisije“. Nadalje, Sud ističe da je, u slučajevima u kojima se ispituje da li je tržišna utakmica narušena, Konkurencijsko vijeće ovlašteno da primijeni kriterijume koji proizilaze iz primjene pravila o tržišnoj utakmici iz Evropske zajednice. Stoga, izrečena mjera nalažanja zaključenja ugovora o distribuciji motornih vozila pravilno je određena, jer se istom postiže svrha utvrđivanja postojanja zloupotrebe vladajućeg položaja na mjerodavnom tržištu. Cijeneći praksu Suda EU, Vijeće zaključuje da je nametanje obaveze zaključenja ugovora o prodaji i servisiranju motornih vozila pod istim uslovima u odnosu na druge ovlaštene servisere motornih vozila opravdana mjera za

sprečavanje stvaranja monopolističkog položaja na tržištu od strane tužioca. Nadalje, Sud u obrazloženju svoje odluke navodi da, iz prakse Komisije i Suda EU proističu četiri kriterijuma da bi se privrednom subjektu, od strane državnih organa, moglo nametnuti davanje licence drugim licima. Ti kriterijumi, prema nalazima Suda Bosne i Hercegovine, su sljedeći: 1) davanje licence je drugom neophodno radi pristupa i ostanka na relevantnom tržištu; 2) postoji opasnost isključenja efikasne konkurencije ako se licenca ne izda; 3) postoji opasnost na buduću negativan uticaj na tehnički razvoj u toj oblasti na štetu potrošača, jer odsustvo konkurencije omogućuje vlasniku licence da ne unapređuje svoju tehnologiju, od čega potrošači mogu očekivati dobijanje nekvalitetne usluge odnosno proizvoda; i 4) da ne postoji objektivno opravdanje za neizdavanje licence. Sud zaključuje da obaveza za zaključenje ugovora može postojati samo ako je položaj preduzeća na datom tržištu takav da druga preduzeća samo preko njega mogu dobiti pristup tržištu koje je ocijenjeno kao relevantno tržište. Tada iz takvog, ne samo vladajućeg nego faktički monopolskog, položaja može nastati obaveza zaključenja ugovora, jer, u suprotnom, drugo preduzeće ne može ni na koji način pristupiti tržištu. U takvim slučajevima, diskriminacija nekog preduzeća može opravdati na-log za zaključenjem ugovora bez diskriminacije.

## **5. POZITIVAN ODJEK SUDSKE PRAKSE SUDA BOSNE I HERCEGOVINE**

Odredba čl. 10, st. 2 b) ZoK zabranjuje ograničavanje proizvodnje, tržišta ili tehničkog razvoja na štetu potrošača, a odredba čl. 10, st. 2 c) zabranjuje diskriminaciju trgovaca u pogledu iste ili slične vrste poslova. Principijelno, svako preduzeće, bez obzira na to da li ima dominantan tržišni položaj, ima slobodu izbora svog ugovornog partnera.<sup>25</sup> Zbog toga, odbijanje poslovnog odnosa mora se usko tumačiti, samo pod određenim, usko definisanim uslovima, i samo tada bi se eventualno mogla ustanoviti zloupotreba dominantnog položaja. Pored toga, kako se ističe u komentaru navedene sudske odluke, bitno je razlikovati da li poslovni subjekt odbija da uspostavi novi poslovni odnos ili raskida postojeći poslovni odnos. Ako se radi o raskidanju postojećeg poslovnog odnosa, lakše je utvrditi zloupotrebu dominantnog položaja na tržištu, nego u slučaju odbijanja uspostavljanja novog poslovnog odnosa. Komentator smatra da je za konkretni slučaj značajno da je Sud BiH utvrdio da je poslovni odnos između A i M postojao, a da je prekinut pona-

---

<sup>25</sup> Z. Meškić, *Jurisdikcija Suda EU u praksi Suda BiH (Sudska praksa: Povodom Odluke Suda BiH br. S1 3 U 005412 10 Uvl od 15. marta 2012. M.R.M. Ljubuški/ASA Auto d.o.o. Sarajevo (ASA Auto)*, Analize Fondacije Centar za javno pravo, [http://www.fcjp.ba/-templates/ja\\_avian\\_ii\\_d/images/green/Zlatan\\_Meskic.pdf](http://www.fcjp.ba/-templates/ja_avian_ii_d/images/green/Zlatan_Meskic.pdf), 9.

šanjem poslovnog subjekta koji ima dominantan položaj na tržištu. Otuda je izveden zaključak Suda da takav prekid poslovnog odnosa od strane poslovnog subjekta koji ima dominantan položaj na tržištu predstavlja zloupotrebu, ukoliko nije objektivno opravdan i ne odgovara načelu proporcionalnosti,<sup>26</sup> što bi, po našem mišljenju, prevedeno na pojmove i standarde opšte teorije obligacija, bilo načelo ravnopravnosti ugovornika.<sup>27</sup> Kako je uočeno u navedenom komentaru, prekid postojećeg poslovnog odnosa nije bio objektivno opravdan, jer u pismima namjere potpisanim sa drugim ovlaštenim trgovcima nisu postojale klauzule o korištenju znaka V na način da im se korištenje toga znaka ograničava, kao što je to učinjeno prema M. Korištenje tog znaka od strane M bilo je razlog za odustajanje od pisma namjere, razlog koji A navodi ocijenjen je kao diskriminatoran, te se raskid ne ocjenjuje kao objektivno opravdan.<sup>28</sup> Time se, po ocjeni Suda, dovode u neravnopravan i diskriminirajući položaj kandidati za buduće ovlaštene trgovce, čime dolazi do narušavanja slobode konkurencije zloupotrebom dominantnog položaja distributera na tržištu, primjenom različitih uslova za istu vrstu poslova. Komentator smatra da je odnos uvažavanja načela autonomije volje u ugovornom pravu naveo Sud da posebno obrazlaže obavezu zaključenja ugovora, koja, po mišljenju komentatora, u ovom slučaju i nije bila potrebna. Razlog za to je što je obaveza zaključenja ugovora ovdje proizlazila iz već uspostavljenog poslovnog odnosa, čiji prekid treba opravdati preduzeće koje ima dominantan položaj na tržištu, a ne radi se o odnosu koji tek treba započeti. Komentator izriče specijalno pravilo po kojem obaveza preduzeća da stupi u ugovorni odnos sa drugim preduzećem može postojati samo ako je njegov položaj na tržištu takav da u potpunosti kontroliše pristup datom tržištu i zbog toga nove učesnike može spriječiti u pristupanju tržištu.<sup>29</sup> Po nama, radi se o slobodnoj interpretaciji pravnih propisa.

*Zakon o obligacionim odnosima sadrži odredbu čl. 27, st. 1 o obaveznom zaključivanju ugovora. Po toj odredbi, ako je neko po zakonu obavezan sklopiti ugovor, zainteresovano lice može zahtijevati da se takav ugovor bez odgađanja zaključi. U opštoj teoriji ugovora navedeni su adekvatni primjeri obaveznog zaključenja ugovora. Tako je unutar prava osiguranja razvijeno obavezno osiguranje rizika od nastanka štete učesnika u javnom prevozu koje je uređeno posebnim zakonskim propisima i kojima se uspostavlja zakonska obaveza da određena lica stupe u ugovorni odnos s nekom osiguravajućom organizacijom i da se osiguraju od zakonom utvrđenih rizika. Slično je regulisana zakonska obaveza zaključenja ugovora lica koja se bave*

---

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> ZOO, čl. 11.

<sup>28</sup> Z. Meškić, 9.

<sup>29</sup> *Ibid.*

*komunalnim djelatnostima, da su dužna da zaključe ugovor s licima ako su ispunjeni zakonski uslovi. Posljedica nepoštovanja ovih zakonskih odredaba sastoji se u obavezi naknade pretrpljene štete.*<sup>30</sup>

Stav, po kojem obaveza preduzeća da stupi u ugovorni odnos sa drugim preduzećem može postojati samo ako je njegov položaj na tržištu takav da u potpunosti kontroliše pristup datom tržištu i zbog toga nove učesnike može spriječiti u pristupanju tržištu, slobodno je konstruisano pravno pravilo koje nema oslonca u zakonskim propisima. Zauzimanju ovakvog komentatorskog stava pomaže pozivanje na argumentaciju Suda BiH u pogledu obaveze zaključenja ugovora, jer se Sud BiH pozvao na odredbu člana 43 ZoK, koji propisuje da se „u svrhu ocjene datog slučaja, može koristiti sudskom praksom Evropskog suda pravde i odlukama Evropske komisije“. Nakon toga, komentator navodi četiri uslova koja je Sud postavio kao nužne i koji se moraju utvrditi, da bi za poslovnog subjekta nastala obaveza zaključenja ugovora, a to su: 1. davanje licence jednog privrednog subjekta od strane drugog, kako bi mogao pristupiti i ostati na relevantnom tržištu; 2. postojanje rizika isključenja efikasne konkurencije ukoliko se licenca ne izda; 3. budući negativan tehnološki razvoj na štetu potrošača ako se licenca ne da; i 4. nepostojanje objektivnih razloga koji opravdavaju neizdavanje licence. Drugim riječima, obaveza zaključenja ugovora može postojati samo ako je položaj privrednog subjekta monopolski u smislu da drugi privredni subjekti samo preko njega mogu pristupiti tržištu, te da se, po mišljenju Suda, radi o diskriminaciji koja opravdava izdavanje sudskog naloga za zaključenje ugovora bez diskriminacije. Komentator uočava da Sud BiH, u konkretnom slučaju, ne navodi izričito na koju se praksu Suda EU poziva, a da su uslovi koje navodi stalna praksa Suda EU najjasnije izraženi u odluci IMS Health.<sup>31</sup> O značaju komentarisane odluke Suda BiH komentator ističe da je Sud BiH, u predmetu A, rješavao izazovna pitanja koja čak u praksi Suda EU, Komisije, kao i nacionalnih tijela nadležnih za nadzor tržišta u državama članicama EU, nisu nesporna. Sud BiH je sudio po pravu konkurencije koja je mlada grana prava sa nepostojećom i neizgrađenom sudskom praksom. Svojom odlukom, Sud BiH je učinio veliki korak ka uspostavljanju nivoa zaštite slobode konkurencije kakav nalažu SSP i ZoK. Sud BiH se na osnovu odredbe čl. 43 ZoK neposredno pozvao na praksu Suda EU i Evropske komisije, koja za domaće organe proizilazi iz odredbe čl. 72, st. 2 Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju. Sud BiH je potvrdio stav Konkurencijskog vijeća da proizvod određene marke može predstavljati relevantno tržište proizvoda, a da ekskluzivni uvoznik proizvoda te marke, po prirodi stvari, automatski ima ne samo dominantan nego i monopolistički položaj na domaćem tržištu. Najzad, za

---

<sup>30</sup> O. Antić, 212.

<sup>31</sup> Z. Meškić, 10.

privrednog subjekta koji ima opisani monopolistički dominantni položaj na tržištu njegova zloupotreba može, po odluci Suda, proizvesti obavezu na zaključenje ugovora sa drugim privrednim subjektom i opravdati narušavanje autonomije volje kao osnovnog načela ugovornog prava.

## 6. ZAKLJUČAK

Na početku ovog izlaganja naveli smo odredbe Zakona o obligacionim odnosima,<sup>32</sup> a ovdje dodajemo i odredbu o izjavi volje.<sup>33</sup> Odredbu po kojoj izjava volje mora biti data slobodno i ozbiljno možemo označiti kao odredbu koja eksplicitno ukazuje na važenje principa autonomije volje odnosno privatne autonomije.<sup>34</sup> O granicama slobode ugovaranja već smo naveli odrednice Zakona o obligacionim odnosima, po kojima te granice omeđava ustanova javnog poretka u koju spadaju i prinudni propisi i dobri običaji, odnosno pravila morala. U konkretnom slučaju, po našem mišljenju, granice slobode ugovaranja postavljene su konfrontacijom načela zabrane zloupotrebe prava i načela slobode ugovaranja, u kojoj je prevagu u tumačenju suda nesumnjivo odnijela ideja zabrane zloupotrebe prava. Nama je prihvatljiv Dvornikov stav, izražen kroz polemiku sa Hartom,<sup>35</sup> po kojem se načela razlikuju od pravila zbog dimenzije težine, a ne važenja, i zato što u slučaju sukoba sa drugim načelom veće težine jedno od načela može da bude odbačeno ili potisnuto u drugi plan, s tim što će i dalje egzistirati i biti korisno i upotrebljivo u drugim slučajevima kada može da pobijedi u konkurenciji s nekim drugim načelom manje težine.<sup>36</sup>

Dobra sudska praksa podrazumijeva dolaženje do pravilne i zakonite odluke pravilnom primjenom materijalnog i procesnog prava. Put do donošenja pravilne i zakonite odluke popločan je procesnim pravilima i na osnovu njih izvedenim procesnim radnjama. Jedno od osnovnih procesnih pravila jeste da sud sudi po zakonu. U prethodnom izlaganju ukazali smo na značenje izuzetka od pravila da su ugovarači slobodni da, u skladu sa principom slobode ugovaranja, samostalno odlučuju o zaključenju ugovora. U konkretnom slučaju, po ocjeni Suda, već je bio uspostavljen obligacioni odnos čije raskidanje se nije moglo dozvoliti. Ipak, u formalnom smislu, za nastavak navodno uspostavljenog obligacionog odnosa bilo je nužno zaključiti sporni ugovor čije je zaključenje Sud naložio na određeno vrijeme. U komentaru se

---

<sup>32</sup> U ovom slučaju, zakonskog teksta koji važi u Federaciji BiH (*Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89 i *Sl. list RBiH*, br. 2/92, 13/93 i 13/94).

<sup>33</sup> „Izjava volje mora biti učinjena slobodno i ozbiljno.“ – ZOO FBiH, čl. 28, st. 2.

<sup>34</sup> O. Antić, 212.

<sup>35</sup> H. Hart, *Pojam prava*, Beograd 2013, 244.

<sup>36</sup> *Ibid.*, 260.

slikovito ukazuje da se radi o „narušavanju“ autonomije volje kao osnovnog načela ugovornog prava, ali da je to, po ocjeni Suda, bilo opravdano, jer je time spriječena zloupotreba monopolskog položaja. Postavlja se pitanje da li je adekvatna sankcija za privrednog subjekta koji ima monopolski položaj na tržištu da bude naloženo zaključenje ugovora ili su adekvatnije drugačije sankcije predviđene odredbama ZoK. Konkurencijsko vijeće ima ovlaštenje na donošenje upravnih akata. U konkretnom slučaju, to je osporeno rješenje kojim se utvrđuje zloupotreba dominantnog položaja na osnovu čl. 10 i 11 ZoK. Konkurencijsko vijeće je primijenilo i odredbu čl. 10, st. 2 c) ZoK, jer je utvrdilo zloupotrebu dominantnog položaja, koja se sastojala od primjene različitih uslova za istu vrstu poslova s drugim stranama, čime je jednog privrednog subjekta, konkretno M.R.M., dovela u neravnopravan i nepovoljan konkurentski položaj. Ujedno je izrekla, u smislu primjene odredbe čl. 11, st. 1 d), specifičnu sankciju, tj. odredila privrednom subjektu da obavi i druge odgovarajuće mjere koje doprinose osiguravanju konkurencije između privrednih subjekata na relevantnom tržištu, te rokove za njihovo izvršavanje. Sankcije koje je za povredu slobode konkurencije predvidio ZoK su novčane kazne. Rješenja koja donosi Konkurencijsko vijeće, shodno odredbi čl. 43, st. 6 ZoK, ne mogu uticati na eventualnu građansku odgovornost o kojoj odlučuju nadležni sudovi. Otuda se može ocijeniti prihvatljivim isticanje tužioca da se pitanja iz materije obligacionih odnosa ne mogu rješavati u postupku po procesnim pravilima upravnog spora pred Sudom BiH. Pored pitanja građanske odgovornosti, u ovo ulaze i pitanja građanskopravnih odnosa, pa tako i pitanja ugovaranja i slobode ugovaranja. Prema odredbi čl. 43, st. 7, Konkurencijsko vijeće, u svrhu ocjene datog slučaja, može se koristiti sudskom praksom Evropskog suda pravde i odlukama Evropske komisije. Ova odredba ne ukazuje na to da je navedena sudska praksa izvor prava. U tom smislu, ona ne može biti, i kada bi postojala, precedentno pravo, na koje se domaći sud, Sud BiH, može pozvati, čak i kada bi postojala takva odluka Evropskog suda pravde koja bi nalažala zaključenje ugovora jednom privrednom subjektu zbog povrede prava konkurencije.

## LISTA REFERENCI

### Bibliografske reference

1. Antić, Oliver, *Obligaciono pravo*, Službeni glasnik, Beograd 2008;
2. Hart, Herbert, *Pojam prava*, Službeni glasnik, Beograd 2013;
3. Konstantinović, Mihailo, *Obligacije i ugovori – Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Pravni fakultet, Beograd 1969;
4. Meškić, Zlatan, *Jurisdikcija Suda EU u praksi Suda BiH (Sudska praksa: Povodom Odluke Suda BiH br. S1 3 U 005412 10 Uvl od 15. o3.2012. M.R.M. Ljubuški/ASA Auto d.o.o. Sarajevo (ASA Auto), Analize Fondacije Centar za javno pravo*, [http://www.fcjp.ba/templates/ja-\\_avian\\_ii\\_d/ima-ges/green/Zlatan\\_Meskic.pdf](http://www.fcjp.ba/templates/ja-_avian_ii_d/ima-ges/green/Zlatan_Meskic.pdf);
5. Perović, Slobodan, *Zabranjeni ugovori u imovinskopравnim odnosima*, Službeni list SFRJ, Beograd 1975;
6. *Priručnik o pravu konkurencije*, Wolf Theiss, oktobar 2012.

### Pravni propisi i sudske odluke

1. Presuda Apelacionog upravnog vijeća Suda BiH, br. S1 3 U 005412 10 Uvl od 15.03.2012. godine;
2. Presuda Vijeća za upravne sporove Suda BiH, br. U-383/09 od 27.10.2010. godine;
3. Presuda Vijeća za upravne sporove Suda BiH, br. U-383/09 od 27.10.2010. godine;
4. Rješenje br. 01-06-26-027-140-II/08 od 21.07.2009. godine;
5. Zakon o konkurenciji Bosne i Hercegovine, *Sl. glasnik BiH*, br. 48/05, 76/07 i 80/09;
6. Zakon o obligacionim odnosima, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89 i *Sl. list RBiH*, br. 2/92, 13/93 i 13/94.

*Full Professor Branko Morait, LL.D.*

Faculty of Law, University of Banja Luka

## THE RIGHT OF COMPETITION AND THE FREEDOM OF CONTRACT

### *Summary*

In this article we shall focus on the specific restrictions of the autonomy of will which could be met in positive legal regulation of the right of competition and in the jurisprudence which arises through the application of legal norms of the competition law. The role of the case law in the interpretation of the framework of public policy is not unexpectedly emphasized. Theory is not unique when it has to define the notion of the public order for there is a whole range of theoretical definitions of this term. Therefore, one theoretical current agrees with the idea that the specification of the public order should be left to the courts, while the opposite theoretical current looks for clear legal definition, in order to deprive the courts from arbitrariness in the regulation of contractual relations. In the area of contract law, the balance between the freedom of contract and the prohibition of abuse of a monopolistic position in the market is necessary.

**Key words:** *Freedom of contract; Right of competition; Jurisprudence; Abuse of monopolistic position; Acquis communautaire.*