

Ненад ТЕШИЋ, мастер економиста

ТУЖБА ЗА НАКНАДУ ШТЕТЕ УСЛЕД ПОВРЕДЕ КОНКУРЕНЦИЈЕ И ТРАГАЊЕ ЗА РЕНТОМ

Резиме

Циљ овог рада је да укаже на постојање специфичног проблема који доводи до ограничене делотворности у примени права конкуренције, а чија се потенцијална појава може очекивати и у домаћој пракси заштите конкуренције. У раду се анализира институт тужбе за накнаду штете који ствара подстицаје привредним субјектима да улажу ресурсе у активности које се могу окарактерисати као трагање за рентом, и које доводе до нарушавања (ограничавања) конкуренције. Аутор указује на то да имајући у виду релативно општу природу права конкуренције, мање ефикасни тржишни учесници користећи могућности подношења наведене тужбе настоје да надокнаде властито заостајање у конкурентској тржишној игри. Закључак је да такво трагање за рентом производи негативне последице на конкуренцију и друштвено благостање. У циљу детаљнијег објашњења, биће анализирана решења домаћих релевантних законских прописа.

Кључне речи: *право конкуренције, трагање за рентом, тужба за накнаду штете, правило разума.*

I Увод

Савремена економска теорија недвосмислено је показала да сваки покушај потпунијег објашњења (ефеката) примене прописа о заштити конкуренције не може бити изолован од анализе последица активности трагања за рентом које конкретни тржишни учесници могу предузети у таквом контексту. Аргументација која ће бити изнета у овом раду фокусира се на један такав специфичан пример улагања ресурса у циљу употребе регулације конкуренције као инструмента, којим се део тржишних учесника штити од промена које изазива деловање тржишног механизма. Нагласак ће бити стављен на важан елемент права конкуренције, чија је

природа таква да се за његово постојање могу изнети веома разложни аргументи, а да као такав ипак може изазвати бројне контроверзе.

Полазећи од уобичајене претпоставке да основни (и ексклузивни) циљ права конкуренције треба да буде постизање економске ефикасности, што имплицитно подразумева очување или унапређење интереса потрошача путем заштите конкуренције као процеса динамичког надметања непосредних тржишних такмаца,¹ следи да право конкуренције не сме бити ни формулисано, нити имплементирано на начин да долази до заштите појединачних конкурената, без обзира на разлику у величини и/или ефикасности која међу њима може постојати. Другим речима, право конкуренције, те његова примена, мора имати за циљ стварање и заштиту услова конкуренције, тј. задатак да спречи дегенерацију конкурентског процеса.² У том смислу, и одредба о тужби за накнаду штете (на којој ће бити засновано објашњење) као део (домаћег) законодавства о очувању конкуренције, налази се у функцији заштите конкуренције. Међутим, показатељ да ове могућности за приватно-правно извршење прописа којим се штити конкуренција могу имати и своју тамну страну – оне могу узроковати подривање конкуренције. Другим речима, иако на први поглед сасвим оправдана, примена института тужбе за накнаду штете у сфери права конкуренције може довести до противречних резултата (ефеката).

Имајући у виду да предмет анализе практично не оставља могућност избора методолошког приступа, у раду ће бити коришћена комбинација елемената микроекономске теорије и теорије јавног избора. Другим речима, с обзиром на комплексност анализе регулаторног процеса заштите конкуренције кроз призму активности трагања за рентом, очигледна је неопходност преплитања анализе економске науке са правном анализом. Речју, природа теме поред правне, захтева и економску анализу како конкретног понашања тржишних учесника, тако и правних прописа.

Рад је структуриран на следећи начин. На самом почетку, након текућих уводних разматрања, биће укратко наведено шта подразумевамо под појмом трагање за рентом. Након тога, анализа се фокусира на објашњење постојања ове активности на економском тржишту у сфери

1 George Stigler, „Competition“, у: J. Eatwell, M. Milgate, P. Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics*, Palgrave, London, 1987.

2 David J. Gerber, „Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the 'New' Europe“, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 42, No. 1, 1994, 25–84.

примене права конкуренције. Пажња је посвећена томе да учесници на конкурентском тржишту могу имати подстицај за улагање властитих реалних ресурса у активности које не излазе из домена економског тржишта, а које се могу окарактерисати као активности трагања за рентом, при чему је основна последица подривање конкуренције. Последњи део изводи закључке.

II Трагање за рентом – кратак прелудијум

Стандардна аргументација теорије јавног избора тврди да је државна регулаторна активност важан и вероватно кључни извор економских ренти, тј. кључно исходиште (адреса) поступака трагања за рентом.³ Активности предузете са циљем да се „ућари нешто помоћу владине принуде што се није било у стању остварити на слободном тржишту“⁴, односно покушаји да се институционални амбијент подеси и/или искористи тако да донесе изнадтржишни доходак партикуларним интересима, у литератури су окарактерисани као трагање за рентом. Тако посматрано, трагање за рентом подразумева заобилажење економског тржишта и преусмеравање једног дела властитих ресурса у активности које спадају у домен политичке арене (најзаступљенији облик је лобирање). Поједностављено речено, рационални економски агенти имају подстицај да, уколико им се за то укаже прилика, уложе реалне ресурсе у процес доношења регулаторних одлука како би путем принуде (присиле) обезбедили оснивање, оснаживање и/или заштиту властите тржишне позиције.⁵ Прецизније, то су све оне активности помоћу којих индивидуални или групни тржишни актери настоје утицати на поступке (не)доношења нових или измену постојећих прописа, као и њихове имплементације, у циљу успостављања околности у којима долази до присвајања вештачког износа ренте (укључујући ту и одржавање постојећег дохотка у ситуацији када се регулацијом „одозго“ захтева његово смањење), тј. оног износа дохотка изнад тржишног нивоа који се не може уклонити деловањем конкурентског механизма и последичном променом релативних цена, већ искључиво редукцијом извора који је омогућио његов настанак. Разлог томе садржан је у чињеници да цене које омогућавају настанак ренти нису оне које се формирају слободним деловањем тржишних сила, већ регулаторним одлукама „одозго“. Посма-

3 Dennis C. Mueller, *Teorija javnog izbora III*, MASMEDIA, Zagreb, 2008.

4 Дејвид Боаз, *Либертаријанизам*, Центар за либерално-демократске студије, Београд, 2003, 176.

5 Милтон Фридман, *Капитализам и слобода*, ЈП Службени гласник, Београд, 2012.

трано са становишта (унапређења) друштвеног благостања, нужно је поставити два питања када је реч о улагању ресурса у активности трагања за рентом: прво, да ли су ресурси уложени у непродуктивну активност са становишта друштва; друго, постоји ли опортунитетни трошак тако уложених ресурса. Теоретичари јавног избора углавном су сагласни да је одговор на оба питања позитиван, те закључују да постоји директан друштвени трошак трагања за рентом оваплоћен у неповратно уложеним ресурсима у активности политичког регулаторног присвајања дохотка,⁶ и то управо у висини опортунитетног трошка (пропуштеног приноса) њиховог улагања.⁷ Отуда се у литератури често тврди да је трагање за рентом не само паразитска (њоме се прерасподељује доходак), већ и расипничка активност, имајући у виду да ресурси уложени у политички начин присвајања дохотка имају своје опортунитетне трошкове, тј. нису уложени тамо где је њихова вредност највећа.

Међутим, државна регулаторна активност, у смислу њеног свесног доношења и имплементације на начин да долази до унапређења благостања регулисаних тржишних актера, није и једини извор ренти. Другим речима, улагање ресурса у активности трагања за рентом може настати и изван политичког тржишта, а у оквиру датих формалних правила која дефинишу контекст у којем функционише тржишни механизам. Размотримо, за почетак, активности аналитичара и мешетара запослених на берзи. Наиме, новац којим се плаћа њихов основни задатак да прикупљају информације у доброј мери представља улагање ресурса у ову врсту активности. На пример, уколико су успешни у прибављању инфор-

6 Приметите да непродуктивност активности трагања за рентом произлази из чињенице да је њена основна сврха да доведе до прерасподеле постојећег дохотка, односно њен резултат није ништа друго до недобровољни трансфер благостања. Видети: Gordon Tullock, „The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies and Theft“, *Western Economic Journal*, June 1967, 224–232; Anne O. Krueger, „The Political Economy of the Rent-Seeking Society“, *American Economic Review*, Vol. 64, No. 3, 1974, 291–303. Приметите такође да се о расипању ренте не може говорити са становишта оног који улаже ресурсе у њено стицање, већ искључиво са друштвеног становишта. У датим околностима, такво улагање је последица рационалног поређења алтернатива, тј. партикуларне *cost-benefit* анализе.

7 Ипак, на овом месту треба бити опрезан. Наиме, Талисон примећује да износ опортунитетних трошкова активности трагања за рентом постоји само у оној мери у којој је изводљиво извршити реалокацију ресурса из мање у више продуктивну употребу. Другим речима, улагање ресурса у активности трагања за рентом биће расипничко са становишта друштва само онда, и у оној мери, у којој је заиста могуће реалоцирати такве ресурсе у активности које стварају нову вредност. Видети: Robert Tollison, „Rent seeking“, у: D. C. Mueller (ed.), *Perspectives on Public Choice*, Cambridge University Press, 1997, 506–525.

мација о будућим одлукама регулатора о додели ренте конкретној фирми, они ће обезбедити високе зараде не само себи, него и онима којима су предложили да купе акције таквих фирми. Расипање ресурса постоји, пошто куповина акција и последична зарада од стране једног шпекуланта бива неутралисана њиховом продајом и губитком од стране неког другог. Наравно, овакав закључак о трошењу ресурса без увећавања аутопута, вреди само уколико се не тргује новом емисијом акција. Други пример, често навођен у литератури је рекламирање. Улагање ресурса у рекламирање од стране два непосредна конкурента једним делом представља друштвено расипање. То је онај део рекламирања који је предузет са циљем прерасподеле постојећих тржишних удела, који не само да не ствара било какву новододату вредност, већ бива и неутралисан ресурсима уложеним од стране противника. У коначном, тржишни удели фирми могу остати готово непромењени. Сличан закључак важи и уколико претпоставимо исту вероватноћу изборне победе тренутног носиоца политичке функције и претендента на његово место у изборној кампањи. Уколико сваки од политичких кандидата осваја исти број гласова у ситуацији када се оба политички оглашавају и у оној када издаци за кампању износе нула, следи да је за друштво боље уколико ниједан кандидат не би потрошио ништа у те сврхе. Приметите да би осим друштва у целини, и појединачне фирме односно политичари били у бољем положају када не би издвајали средства за рекламирање, односно кампању, респективно.⁸

III Трагање за рентом на економском тржишту у сфери права конкуренције

1. Увод

И када је реч о сфери права конкуренције, трагање за рентом се може спровести на два тржишта – политичком и економском. Генерално посматрано, постоје три механизма путем којих партикуларни интереси покушавају да употребом активности лобирања (дакле, путем инструменталног политичког тржишта) ограниче делатну снагу правних правила о заштити конкуренције, тј. да имунизирају ефекте властитих радњи и донетих аката од њихове примене. На првом месту, реч је о механизму индиректног политичког утицаја, који подразумева да овладавање надле-

8 Међутим, логика игре „затвореникове дилеме“ подсећа нас да је пут до таквог исхода релативно тешко успоставити. Видети: Robert Gibbons, *A Primer in Game Theory*, Harvester, London, 1992.

жним одбором у законодавном телу у чијој је надлежности, између осталог, контролна функција над конкретним агенцијским делом извршне власти задуженим за имплементацију закона којим се штити конкуренција, може довести до појачаног перфидног притиска на политику извршења такве агенције или комисије.⁹ Друго, постоји чисто правни механизам обесмишљавања закона којим се настоји заштитити конкурентски поредак, путем доношења посебних законодавних прописа којима се ближе регулишу активности у конкретnoj грани или професији (дерогација).¹⁰ Коначно, остављање специфичних одредби у самом закону чији је предмет заштита конкуренције, а којима се експлицитно изузимају одређени тржишни учесници, додатно доприноси селективности његове примене.¹¹

У литератури је јасно наглашено да, не само да постоје покушаји да се деловање антимонополског извршног тела држи под својеврсном политичком контролом, већ и да је „констелација приватних интереса последично у игри у арени права конкуренције, баш као што је и у свим другим околностима у којима се формулише и спроводи јавна поли-

-
- 9 Barry R. Weingast, William J. Marshall, „The Industrial Organization of Congress; or, Why Legislatures, Like Firms, are not Organized as Markets“, *Journal of Political Economy*, Vol. 96, No. 1, 1988, 132-163; Mathew D. McCubbins, Roger G. Noll, Barry R. Weingast, „Administrative Procedures as Instruments of Political Control“, *Journal of Law, Economics, and Organization*, Vol. 3, No. 2, 1987, 243-277; William E. Kovacic, Marc Winerman, „The Federal Trade Commission as an Independent Agency: Autonomy, Legitimacy, and Effectiveness“, *Iowa Law Review*, Vol. 100, No. 5, 2015, 2085-2113; Roger Faith, Donald Leavens, Robert Tollison, „Antitrust Pork Barrel“, *Journal of Law and Economics*, Vol. 25, No. 2, 1982, 329-342; Barry R. Weingast, Mark Moran, „Bureaucratic Discretion or Congressional Control? Regulatory Policymaking by the Federal Trade Commission“, *Journal of Political Economy*, Vol. 91, No. 5, 1983, 765-800.
- 10 Douglas Broder, *U. S. Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction*, Oxford University Press, 3rd ed., 2010. Домаћу правну праксу такође карактерише, додуше акутна, фаза тенденције у правцу дерогације примене Закона о заштити конкуренције – ЗЗК (*Службени гласник РС*, бр. 51/2009 и 95/2013). Видети на пример: Закон о обавезном осигурању у саобраћају (*Службени гласник РС*, бр. 51/09, 78/11, 101/11, 93/2012 и 7/2013-одлука Уставног суда), којим су имунизирани акти Удружења осигураваача Србије који су довели до картелизације учесника на страни понуде на тржишту аутоосигурања; Закон о превозу у друмском саобраћају (*Службени гласник РС*, бр. 46/95, 66/01, 61/05, 91/05, 62/06, 31/11) који производи исти ефекат на тржишту такси услуга; Закон о јавном бележничтву, који исто чини на тржишту пружања јавнобележничких услуга.
- 11 Приметите и да таква селективност правила о конкуренцији допушта могућност искључивања дерогацијом других тржишних актера. Домаћи Закон о заштити конкуренције није предвидео било какве експлицитне изузетке овог типа (ЗЗК, чл. 3).

тика¹².¹² Та аргументација (потенцијално груписање приватних интереса у арени права конкуренције путем механизма трагања за рентом на политичком тржишту) може бити додатно појачана додавањем последица наведеног механизма предузетог од стране индивидуалних фирми у економској арени, а што се изнова своди на то да извршење права конкуренције потенцијално може карактерисати дивергентан правац, односно реверзибилан смер у односу на онај који је формално прокламован. Дакле, концепт интерпретације права конкуренције који у центар пажње поставља приватне интересе, обухвата, не само индиректне покушаје (путем законодавца) политичког утицаја партикуларних интереса на његову структуру и примену, него и унеколико директнији механизам који не захтева ангажовање таквог политичког надзора, већ подразумева улагања ресурса у активности трагања за рентом од стране индивидуалних фирми које настоје да искористе конкретне елементе предметног законодавства на начин да ослабе (или не дозволе оснаживање) своје конкуренте, не би ли барем сачували (ако не и побољшали) сопствену тржишну позицију.¹³ Прецизније, анализа ће бити усмерена на могућности и последице трагања за рентом на економском тржишту у сфери права конкуренције, и то путем перфидне злоупотребе института тужбе за накнаду штете у процесу надметања непосредних тржишних такмаца. У суштини, основно питање гласи: да ли сама природа права конкуренције као општег правила, у околностима наведеног трагања за рентом, може довести до потенцијалних проблема у властитој примени, што би као последицу имало нарушавање конкуренције?

2. Механизам

Основна идеја је да фирма која није у стању да издржи конкурентски притисак поседује могућност покретања тужбе за накнаду штете против више ефикасног конкурента, услед (према њеном суду) учињене повреде конкуренције, и то тако што, на првом месту, достави потенцијални доказни материјал надлежном антимонополском телу које у таквим околностима има обавезу да покрене поступак по службеној дужности уколико се утврде основи сумње да постоји потенцијална повреда конкуренције, те уколико коначни епилог поступка покаже да

12 William F. Shughart II, Fred S. McChesney, „Public choice theory and antitrust policy“, *Public Choice*, Vol. 142, No. 3–4, 2010, 390.

13 William J. Baumol, Janusz A. Ordover, „Use of Antitrust to Subvert Competition“, *Journal of Law and Economics*, Vol. 28, No. 2, 1985, 247–265.

заиста постоји нарушавање конкурентског поретка, она покрене парнични поступак пред надлежним судом са циљем да надокнади претрпљену штету. Разлог зашто смо прибегли заснивању објашњења на примеру пратеће тужбе (*follow on action*) за накнаду штете, за разлику од тзв. независне тужбе (*stand alone action*) која не захтева претходно решење антимонополског тела о повреди конкуренције као услов за покретање поступка за такву накнаду, лежи, између осталог, и у чињеници да одредбе домаћег ЗЗК предвиђају могућност једино таквог редоследа догађаја (ЗЗК, чл. 35, ст. 1). Другим речима, постојање могућности за накнаду штете, према ЗЗК захтева као предуслов решење Комисије за заштиту конкуренције којим је утврђена повреда конкуренције. То решење представља основу (услов) за покретање парничног поступка, с тим што се настанак штете мора доказивати у судском поступку, тј. постојање повреде конкуренције није директни доказ постојања нанете штете (ЗЗК, чл. 73). Иако ЗЗК није предвидео могућност подношења независне тужбе, чини се да поједине (додуше, релативно опште) одредбе Закона о облигационим односима¹⁴ то ипак допуштају као могућност. Прво, треба приметити да се самостална (независна) тужба за накнаду штете услед повреде (права) конкуренције може поднети без обзира на то да ли је тело надлежно за заштиту конкуренције донело одлуку о повреди конкуренције, тј. пре него што је оно уопште и утврђивало наведену повреду. Друго, основ за подношење независне тужбе произилази из члана 16 ЗОО који предвиђа да је свако дужан да се уздржи од поступка којим се другом наноси штета, као и члана 154, став 1 ЗОО који прописује да је свако ко другоме проузрокује штету (својом кривицом) дужан да је надокнади. С обзиром да у условима самосталне тужбе не постоји решење Комисије о повреди конкуренције, суд, односно тужилац (на ком је терет доказивања) мора да утврди штетну радњу и докаже постојање штете (подсетимо се да постојање повреде конкуренције не значи и директну штету за конкуренте). Тачно је да би се утврђивање штетне радње од стране суда (који неизоставно мора примењивати одредбе ЗЗК у том поступку) *de facto* поклопило са утврђивањем повреде конкуренције Комисије, али суд и Комисија то раде за различите потребе. Суд утврђује штетну радњу само да би проценио висину штете, али не и да би утврдио повреду конкуренције и због тога казнио туженог. Суд се, барем директно, не бави заштитом

14 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89–одлука УСЈ и 37/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003–Уставна повеља.

конкуренције (то је надлежност Комисије), већ заштитом права оштећених лица. Само у ситуацији пратеће тужбе, суд ће узети решење Комисије као доказ да постоји штетна радња, те се неће бавити утврђивањем повреде конкуренције. У условима независне тужбе могуће је замислити да се истовремено воде и парнични поступак и поступак утврђивања повреде конкуренције пред Комисијом. У том случају остаје питање да ли ће суд обуставити властити поступак све док Комисија не донесе решење о повреди конкуренције. Ово је несумњиво мало испитани проблем у домаћој литератури, што не треба да зачуди, с обзиром да је у нашој земљи и спровођење права конкуренције кроз јавноправни облик релативно нов феномен. О могућностима приватноправног извршења права конкуренције (*private enforcement*) тек треба да буде целовитије расправљано. Домаћа правна пракса, колико је нама познато, до сада није забележила ниједан овакав случај.

У оваквој констелацији догађаја, улагање у трагање за рентом одражавају сви они ресурси утрошени на адвокате, економисте, консултанте и сл. од стране фирми апсорбованих поступком утврђивања повреде конкуренције и/или потенцијалним парничним поступком, а који су предузети са циљем да се повећа постојећи тржишни удео на уштрб ривала или барем сачува постојећи. Таква прерасподела тржишних удела није последица иновације производа или процеса, односно креирања нове вредности путем тржишног надметања, већ напротив, злоупотребом легислативе. Другим речима, посматрано са становишта индивидуалних фирми, тужба за накнаду штете као елемент у процесу заштите конкуренције, представља још једно средство за остварење њиховог циља везаног за очување тржишне позиције. Међутим, посматрано са становишта друштва, долази до расипања тако уложених ресурса у висини опортунитетних трошкова њихове продуктивне употребе.

3. Мотив

Употреба института тужбе за накнаду штете приликом покушаја спутавања успешног функционисања ефикаснијег конкурента од стране мање ефикасног ривала није мотивисан само настојањем да се заштити постојеће тржишно учешће, већ и потенцијалном могућношћу накнаде штете (стварног износа процењене штете и накнаде опортунитетног

трошка изгубљене добити).¹⁵ Баумол и Ордовер (1985) посебно наглашавају одредбу *treble damages* америчких прописа о заштити конкуренције, која подразумева да надлежни суд може донети пресуду по којој је оптужени који је проглашен кривим дужан да исплати тужиоцу вишеструки (најчешће троструки) износ процењене штете.¹⁶ Такав мултипликатор заиста може представљати подстицај за описану злоупотребу наведене тужбе. Аутори предлажу и поједина решења за овај проблем. Прво, могуће је раздвојити мултипликаторе за окривљеног и тужиоца (разлика у износима би била усмерена у државну касу), при чему би већи мултипликатор требало доделити исплати штете од стране окривљеног, с обзиром да се тако могу смањити подстицаји ка оним активностима које су потенцијални узрочник таквих штета, док се истовремено дестимулише и злоупотреба тужбе за накнаду штете (расправа о оптималној величини мултипликатора је ирелевантна за домаћу правну праксу, с обзиром да у нашем систему не постоји могућност накнаде штете која премашује износ штете, те накнада има реституциони, а не пенални карактер).¹⁷ Друго, треба размотрити постојање одговорности за тужиоца у случају ослобађајуће пресуде за туженог, имајући у виду да би се на тај начин, барем делимично, предупредиле негативне последице попут, на пример, једноставне жеље да се ефикаснија фирма увуче у релативно дуг правни процес који, медијски пропраћен, може довести до наношења штете њеној дугорочној репутацији (за разлику од америчког система где углавном свака страна сноси своје трошкове, у домаћем систему се фриволне тужбе дестимулишу тако што се ономе ко изгуби парницу налаже да плати њене укупне трошкове, тј. властите али и трошкове друге стране).¹⁸

Треба приметити да свака од ових одлука којом се слабе покушаји калумнијације, истовремено представља и слабљење одвраћања од повреде конкуренције, с обзиром да приватноправна димензија заштите конкуренције представља важан део примене права конкуренције, поготово у контексту потенцијално ниске вероватноће откривања повреде конкуренције, те релативно тешке доказивости те повреде.

15 Наравно, ово ни у ком случају не представља исцрпну листу мотива, тј. таква листа може бити знатно дужа, иако су стандардна размишљања о интензитету конкуренције свакако на првом месту.

16 Видети Клејтонов закон (*Clayton Act*, 15 U.S.C. §§ 12-27, 29 U.S.C. §§ 52-53) који то предвиђа.

17 ЗОО, чл. 190.

18 Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013–одлука УС, 74/2013–одлука УС и 55/2014, чл. 153 ст. 1.

Важно је приметити и то да чак и под претпоставком да услед измене релевантних законских одредби дође до смањења подстицаја тржишних учесника ка покретању фриволних тужби, то је и даље само један облик трагања за рентом. Фирме могу преусмерити тако опредељене ресурсе у активности трагања за рентом на политичком тржишту (пре свега мислимо на раније поменути механизам индиректног политичког утицаја). Отуда следи да нема *a priori* гаранција да ће ограничавање једног облика трагања за рентом довести до смањења агрегатно уложених ресурса у такве активности у једном друштву, а самим тим ни да ће доћи до повећања (прецизније, мањег смањења) друштвеног благостања.

4. Предуслов

Шта је основни предуслов за то да „свака успешна фирма може да очекује, скоро као рутинску појаву, да се пре или касније нађе на оптуженичкој клупи“¹⁹ Право конкуренције које претендује да буде опште правило примењиво на велики број различитих ситуација, истовремено представља и кључни узрок властите релативне неодређености у смислу примене на појединачни случај, што подразумева постојање тешкоћа у поступку креирања демаркационе линије између тумачења одредби релевантног закона као оних које описују дозвољене конкурентске потезе и оних које исте потезе виде као оне који подривају конкурентски поредак. Тако дефинисана недовољна прецизност наведеног правила допушта могућност за злоупотребу важног елемента заштите конкурентског поретка – тужбе за накнаду штете – која постаје перфидна услед неизвесности коначног исхода антимонополског и/или судског процеса, с обзиром да неодређено правило поставља само оквирне критеријуме за доношење одлука. У таквим условима коначне одлуке се доносе на основу одређене форме правила разума (*rule of reason*), што подразумева доношење одлука од случаја до случаја (*case-by-case*) на основу субјективног знања и перцепције текућих (предметних) околности персоналног састава антимонополског тела, те самих судија.

Осим стављања нагласка на чињеницу да опште правило не значи много (у смислу погодности) за доношење одлука, те да су судијама (наравно, то важи и за доносиоце одлука у антимонополским телима) потребни што конкретнији критеријуми на основу којих ће донети пресуду, судија Истербрук је истакао и да ризик од настанка грешке типа I, која

19 W. Baumol, J. Ordover, 252.

подразумева погрешну осуду ефикасне праксе (исто важи и за грешку типа II (пропуштање санкционисања неефикасне праксе)), садржи ендемски карактер.²⁰ То је илустровао једноставним примером: уколико претпоставимо да је вероватноћа настанка грешке типа I 10 %, те ако постоји 10 случајева који се одвојено решавају пред различитим судијама, ризик да ће бити осуђено ефикасно понашање у најмање једном случају (вероватноћа је приказана на скали од 0 до 1) је: $1 - 0,9^{10} \approx 0,65 \times 100 = 65\%$. Наравно, уколико је већа вероватноћа да судије учине наведену грешку, овај проценат се повећава. Истербрук наглашава да ће његова забринутост остати, све док вероватноћа грешке типа I не падне на ниво од око 1%, те тврди: „судије које ја знам греше много чешће од тога. Ја грешим, такође“.²¹ Треба приметити да доношење одлуке на основу правила разума не подразумева одсуство правила, већ само веће ослањање на дискрециону моћ одлучивања засновану на разумној процени. Чини се да ово правило додатно проширује улогу економиста у антимонополским поступцима у поређењу са ситуацијама у којима је на снази *per se* критеријум за доношење одлука, с обзиром да је осим откривања спорног (у смислу закона) тржишног понашања, неопходно предузети и својеврсну *cost-benefit* анализу предметног случаја, иако би се значајно и законски недвосмислено штетно понашање и даље могло сматрати забрањеним *per se*.²² Употреба правила разума чини да стриктна општа правила постану више растегљива у примени. Са једне стране то обезбеђује смањење вероватноће настанка грешке типа I, као и повећање вероватноће грешке типа II. Са друге стране то усложњава и чини релативно скупљим доказни поступак. Колики ће бити такви трошкови (исто важи и за трошкове као последицу грешке типа I односно II) зависи од природе повреде конкуренције, процедуралних правила о парничном поступку, као и оних о одређивању правног лека, потенцијалне испреплетености надлежности надзора других агенција над конкретним тржиштем итд.²³ Иако концепт

20 Генерално посматрано, тржишни учесници се суочавају са регулаторним ризиком, који постоји у околностима у којима се увођење и/или примена конкретних регулаторних мера од стране државе може окарактерисати као арбитарно. Недовољно прецизне законске одредбе које пружају широке могућности за њихово тумачење несумњиво увећавају овај ризик.

21 Frank H. Easterbrook, „When Does Competition Improve Regulation?“, *Emory Law Journal*, Vol. 52, 2003, 1307.

22 Fred S. McChesney, „The Role of Economists in Modern Antitrust: An Overview and Summary“, *Managerial and Decision Economics*, Vol. 17, No. 2, 1996, 119–126.

23 Jonathan B. Baker, „Economics and Politics: Perspectives on the Goals and Future of Antitrust“, *Fordham Law Review*, Vol. 81, No. 5, 2013, 2179.

правила разума²⁴ неминовно отвара додатно питање које се тиче знања доносилаца одлука и последично охрабрује изношење тврдње да је то што одлуке антимонополских власти нису у јавном интересу заправо само последица незнања оних који одлучују (укључујући ту и кашњење у примени појединих побољшања аналитичких техника (економске анализе) за утврђивање повреде конкуренције), те да би њихова обука знатно подигла ефикасност одлучивања у правом смеру, ауторитети економске науке, попут Штиглера, јасно одбацују такву тезу, сматрајући да су незнање и грешке у одлучивању несумњиво могући и да се дешавају, али заснивати објашњење на таквој тези није нимало плодно, с обзиром да је „све и свашта компатибилно са тим објашњењем“.²⁵

Имајући у виду да у таквим околностима фирма може тежити самоограничавању у ефикасности, с обзиром да сваки тржишни поступак који доприноси њеном успостављању као релативно успешнијег конкурента може постати потенцијална основа за оптужбу од стране другопласираног ривала за „нефер“ конкурентско понашање, следи да постоји својеврсна противречност инхерентна самој природи права конкуренције које сопственим извршењем подрива здраво конкурентско надметање. Другим речима, могло би се закључити да у наведеним околностима примена права конкуренције не само да не успева да оствари властити прокламовани циљ, већ и да потенцијално може довести до његове деградације.

5. Пример

Свако ко је икада, барем и површно, завирио у свет оног дела економске теорије (и емпиријских истраживања) који се бави предаторним ценама морао је уочити њену неконзистентност, односно немогућност да обезбеди једнозначан одговор на питање ефеката ове стратегије на конкуренцију и друштвено благостање.²⁶ Претпоставимо да

24 За бројне примере веће или мање употребе правила разума од стране судова и надлежних тела за заштиту конкуренције током приближно 110 година америчке праксе примене права конкуренције видети: William E. Kovacic, Carl Shapiro, „Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking“, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 14, No. 1, 2000, 43–60.

25 George J. Stigler, „Supplementary Note on Economic Theories of Regulation“, у: G. J. Stigler (ed.), *The citizen and the state: essays on regulation*, University of Chicago Press, 1975, 140.

26 Dominick T. Armentano, „Antitrust Reform: Predatory practices and the Competitive process“, *Review of Austrian Economics*, Vol. 3, 1989, 61–74; D. Broder, 93–97; Janusz A. Ordover, Garth Saloner, „Predation, monopolization and antitrust“, у: R. Schmalensee, R. Willing (ed.), *Handbook of Industrial Organization*, Vol. 1, 1989, 537–596; David Roth, „Rationalizable Predatory Pricing“, *Journal of*

је одређени тржишни учесник (конкретна фирма) услед успешне иновације процеса, чија је последица увећање маневарског простора за снижавање цена у односу на конкуренте, остварио доминантну позицију на тржишту. Од тог тренутка снижавање цена релативно ефикаснијег конкурента може постати предмет тужбе за накнаду штете од стране мање ефикасних ривала, који сматрају да је на тај начин учињена ексклузиона злоупотреба доминантног положаја, односно повреда конкуренције оличена у предаторном формирању цена. Простор (предуслов) за покретање такве тужбе произлази из релевантних законских одредби, које, на примеру домаћег ЗЗК, подразумевају да је злоупотреба доминантног положаја забрањена (чл. 16 ст. 1), те да она, између осталог, подразумева и „непосредно или посредно наметање неправичне куповне или продајне цене или других неправичних услова пословања“ (чл. 16 ст. 2 тач. 1).

Треба приметити да правна несигурност произлази, не само из неодређености врло уопштеног концепта „неправичне цене“, који своју детаљнију интерпретацију може добити тек у поступку примене правила разума од стране антимонополског извршног тела и надлежног суда, него и из чињенице да је смањење цена путем иновација савршено прихватљива (са становишта закона) стратегија конкурентске борбе за опстанак све док фирма не оствари доминантан положај. Након тога, иста та стратегија постаје више неједнозначна, у смислу њене осуде као противправног понашања од стране тржишног учесника (подсећамо да доношење одлука на основу правила разума подразумева одлучивање на основу датог правила, перцепције предметних околности и знања самих судија (при чему, опет подсећамо, резултати које обезбеђује економска теорија у вези са предаторним ценама нису они које одликује недвосмисленост)). Другим речима, нема *a priori* гаранција (дефинисаних у самом закону) да доминантна фирма у таквим околностима неће бити санкционисана за предаторно формирање цена као облика ексклузионе злоупотребе доминантног положаја. Дакле, иста одредба закона, која експлицитно прописује да достизање (уз услов да је засновано на фер тржишним механизмима) монополског положаја није незаконито правно чињење, истовремено може дестимулисати напоре тржишних учесника ка таквом чињењу, имајући у виду да тржишни учесник има мало могућности да прецизно процени да ли ће његово понашање којим је

Economic Theory, Vol. 68, No. 2, 1996, 380–396; Carl Shapiro, Louis Kaplow, „Antitrust“, у: P. Mitchell, S. Shavell (ed.), *Handbook of Law and Economics*, Vol. 2, Chapter 15, 2007, 1194–1203.

доспео у доминантан положај након тога бити пронађено као незаконито, те последично подложно томе да постане предмет тужбе за накнаду штете услед нефер тржишног понашања, односно изложено осуди и плаћању високих одштетних захтева. Постојање таквих законских двосмислености одмаже правилном функционисању тржишта као механизма који обавља селективну функцију, чији је циљ очување економске ефикасности.

Међутим, такве законске формулације се показују као нужне. Односно, иако претендовање правила на општост повећава његову неодређеност у примени на партикуларни случај, то је и даље једини начин да се покрије велики број различитих ситуација, тако да се смањује вероватноћа правне празнине (у смислу да одређени предмет остане нерегулисан). Дакле, иако се чини јасном тврдња да што је критеријум конкретнији то је мањи простор за његову злоупотребу која настаје као последица постојања могућности двосмислености његове интерпретације, односно тумачења, проблем се не може решавати на начин да се приступи креирању опсежнијег закона, с обзиром да не постоји правило које би могло да обухвати све релевантне околности, нечије намере, и потенцијалне ситуације које би могле настати. Сублимирано, анализирани проблем своје корене налази у самој природи права конкуренције, те за његово превазилажење, у најбољем случају, постоје само ограничене могућности.

IV Закључак

У претходном делу анализе, пажња је била посвећена подстицајима, поступку и основним последицама деловања оних тржишних учесника који настоје да искористе институт тужбе за накнаду штете на начин да ослабе интензитет тржишног надметања. Другим речима, примарни закључак који се на основу изложене аргументације може извести је да домаћи Закон о заштити конкуренције, иако нуди само ограничене могућности за властито извршење кроз приватноправни облик, ипак може довести до формирања околности у којима долази до активности трагања за рентом на економском тржишту путем покретања наведене тужбе услед наводног „нефер“ тржишног понашања, што доводи до креирања резултата различитих од оних који би настали као последица испуњења формално прокламованог циља у сфери права конкуренције.

Са становишта аргументације теорије јавног избора, активности покретања фриволних тужби се могу подвести под облик трагања за

рентом, што представља непродуктивну активност са становишта друштва, не само услед тога што се ресурси извучени из продуктивних употреба користе за прераспodelу постојећег дохотка, што доводи до умањења друштвеног благостања у висини опортунитетних трошкова њиховог улагања, већ и далеко значајније индиректне последице промене система подстицаја на тржишту, у смислу појачавања тенденције ка прерасподели тржишних удела у односу на производњу, која додатно тежи да постане механизам позитивне повратне спреге. Речју, описано трагање за рентом од стране конкурената представља корак уназад са становишта конкуренције, економске ефикасности и друштвеног благостања, не само када такво специфично понашање резултира успехом, већ и због тога што страх од неизвесности ситуације у којој релативно ефикаснији тржишни учесник постаје актер у поступку утврђивања повреде конкуренције, те тужени у потенцијалном парничном поступку, дестимулише фирме да се упусте у здраво интензивно конкурентско надметање.

Заправо, циљ овог рада је првенствено био да укаже на чињеницу да постоји могућност потенцијалне појаве специфичног проблема у домаћој пракси заштите конкуренције. Анализирани проблем постоји у развијеним тржишним привредама које поседују вишедеценијско искуство у погледу примене права конкуренције, а његову појаву свакако треба очекивати и у нашој правној пракси заштите конкурентског поретка у догледној будућности. Не постоји прецизно одређен тренутак у смислу временског интервала имплементације права конкуренције када се овај проблем појављује, али је искуствена чињеница да његова појава ипак захтева одређени период такве примене.

Домаћа академска заједница, као и привредна реалност, налазе се у акутној фази, када је реч о суочавању са овом темом. Заиста, анализа процеса извршења права конкуренције кроз призму активности трагања за рентом је врло комплексна, и у овом раду су несумњиво дате само уводне напомене једног њеног важног сегмента. Комплексност њене аргументације не произилази само, као што је то назначено на самом почетку овог рада, из неопходности преплитања анализе економске науке са другим областима, попут права, већ и због тога што нас подсећа на чињеницу да у сфери права конкуренције неретко нема лаких, и што је још важније, једнозначних одговора, тј. што захтева од истраживача већу уздржаност или скептичност према намерама регулатора, односно објашњењима разлога за увођење регулаторних захвата у конкретним случајевима, као и њиховим ефектима. У том смислу, ни тврдња да је

право конкуренције вероватно „најклизавији терен“ од свих делова економске политике не би требало да представља изненађење. Посматрано на ширем плану, анализирани проблем је само још један у низу примера чија аргументација се може искористити приликом фундаменталне дебате у области регулације, у овом случају права конкуренције – да ли конкретни регулаторни захвати чине више штете него користи, посматрано са становишта очувања и промовисања конкуренције, те унапређења друштвеног благостања, тј. у коначном да ли би било боље да такви конкретни закони уопште нису ни били увођени. Остављајући такве расправе по страни,²⁷ и имајући у виду чињеницу да постоји широка распрострањеност тих закона, плодна расправа захтева спуштање анализе на конкретан проблем и покушај изналажења решења за исти. Као што смо видели током излагања, све чему се једно друштво може надати је изналажење оних институционалних решења која нуде само ограничене могућности за његово решавање.

Nenad TEŠIĆ, M.Sc. in Economics

COMPENSATION FOR DAMAGES CAUSED BY INFRINGEMENT OF COMPETITION LAW AND RENT SEEKING BEHAVIOR

Summary

The aim of this paper is to highlight an existence of a specific problem that leads to the limited efficiency of enforcement of competition law. The problem is also inherent in the practice of domestic competition law. Focus is put on the provisions on compensation for damages caused by an infringement of competition law, which create incentives for rent seeking behavior and further violation of competition by economic agents. Since the competition law is relatively broad in nature, less efficient economic agents rely on the possibility of suing for damages to compensate for their limited ability to compete in the market. As a consequence, rent seeking behavior produces negative effects on competition and social welfare. The paper analyzes in detail all the relevant provisions of domestic laws.

Key words: *competition law, rent seeking, compensation for damages, rule of reason.*

27 Треба имати у виду и то да свако дубље тумачење овог типа несумњиво захтева другог писца.