

**Vilniaus universiteto Teisės fakulteto
Tarptautinės ir Europos Sąjungos teisės katedra**

Tarptautinės ir Europos Sąjungos teisės specializacijos
V kurso studentė
Veronika Pakalnytė

Magistro darbas

**PIKTNAUDŽIAVIMO DOMINUOJANČIA PADĖTIMI BŪDAI PAGAL
EUROPOS BENDRIJOS KONKURENCIJOS TEISĘ:
NAUJAUSIOS TENDENCIJOS**

Vadovas: asist. Lauras Butkevičius

Recenzentas: dr. Irmantas Norkus

Vilnius, 2008

TURINYS

IŽANGA	2
I. PIKTNAUDŽIAVIMO DOMINUOJANČIA PADĖTIMI REGLAMENTAVIMO EUROPOS BENDRIJOS TEISĖJE BENDRIEJI KLAUSIMAI	5
1. Piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi reglamentavimo Europos Bendrijos teisėje ištakos ir tikslai	5
2. Piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi samprata ETT ir PIT jurisprudencijoje	8
2.1. Išnaudotojiško piktnaudžiavimo atskyrimas nuo šalinantį poveikį turinčio piktnaudžiavimo.....	8
2.2. „Normal competition on the basis of performance“ sąvokos reikšmė.....	9
2.3. Specialiosios atsakomybės doktrina	11
2.4. Antikonkurencinis elgesio poveikis.....	12
3. Šalinantį poveikį turinčio piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi būdų bendroji charakteristika: per se piktnaudžiavimo įtvirtinimas?	15
3.1. Grobuoniška kainodara	16
3.2. Lojalumo nuolaidos	19
3.3. Susiejimas	21
3.4. Atsisakymas tiekti.....	23
II. EB SUTARTIES 82 STRAIPSNIO REFORMA: TIKSLAI IR KRYPTYS.....	25
1. EB sutarties 82 straipsnio reformos tikslai	26
1.1. Ekonomikos mokslo vaidmuo piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi analizėje	26
1.2. Vartotojų gerovės standarto taikymas.....	28
2. Pagrindinės EB sutarties 82 straipsnio reformos įgyvendinimo kryptys	31
2.1 Vienodai efektyvaus konkurento testas	31
2.1.1. Vienodai efektyvaus konkurento testo kritika	33
2.2. Gynyba, pagrįsta efektyvumu	34
2.2.1. Gynyba, pagrįsta efektyvumu, ETT ir PIT jurisprudencijoje	35
2.2.2. Gynybos, pagrįstos efektyvumu, taikymo kritika.....	37
2.2.3. Ekonominis efektyvumas ir vartotojų gerovė.....	38
III. KONKREČIŲ PIKTNAUDŽIAVIMO DOMINUOJANČIA PADĖTIMI BŪDŲ VERTINIMAS	41
1. Išimtinio pirkimo susitarimai ir nuolaidų taikymas	41
1.1. Esminiai Komisijos pasiūlymai	41
1.2. <i>Tomra</i> ir <i>British Airways</i> sprendimai:.....	42
ar <i>per se</i> piktnaudžiavimas, taikant nuolaidas, vis dar egzistuoja?.....	42
1.3. Lietuvos pavyzdys: <i>UAB „Švyturys-Utenos alus“</i> byla	45
2. Grobuoniška kainodara	47
2.1. Esminiai Komisijos pasiūlymai	47
2.2. <i>Wanadoo</i> byla: Komisijos ir PIT analizės skirtumai	48
3. Susiejimas	50
3.1. Esminiai Komisijos pasiūlymai	50
3.2. Susiejimas <i>Microsoft</i> byloje: atsisakoma neteisėtumo prezumpcijos?	50
4. Atsisakymas tiekti.....	52
4.1. Esminiai Komisijos pasiūlymai	52
4.2. Atsisakymas suteikti informaciją <i>Microsoft</i> byloje:	54
žala vartotojams ar konkurencijai?	54
IŠVADOS	56
LITERATŪROS SĄRAŠAS	58
SANTRAUKA	65
SUMMARY	66

IŽANGA

Europos Bendrijos steigimo sutarties¹ (toliau – EB sutartis) 82 straipsnio, draudžiančio piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi, taikymo praktika dažnai kritikuojama dėl tikslumo, aiškumo ir ekonominės analizės stokos. Tai tapo svarbiausia paskata pradėti EB sutarties 82 straipsnio reformos procesą. Nors iki šiol Europos Bendrijos (toliau – EB) konkurencijos teisės reforma buvo atliekama draudžiamų susitarimų ir koncentracijų kontrolės srityse, po Europos Komisijos (toliau – Komisija) sprendimo peržiūrėti EB sutarties 82 straipsnio taikymo praktiką² mokslinė diskusija vis labiau plėtojosi piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi reguliavimo tema. Atsižvelgiant į tai, kad Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymo³ (toliau – Konkurencijos įstatymas) 9 straipsnis beveik pažodžiui atkartoja EB sutarties 82 straipsnį, o Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba (toliau – Konkurencijos taryba) ir Lietuvos teismai stengiasi atsižvelgti į EB teisminę praktiką netgi tuo atveju, kai byloje taikoma tik nacionalinė teisė, manytina, kad 82 straipsnio reforma neišvengiamai turėtų įtakos ir Lietuvos praktikai, vertinant piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi būdus.

Šio darbo tyrimo objektas – EB sutarties 82 straipsnio taikymo piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi būdams problematika bei numatoma EB sutarties 82 straipsnio taikymo reforma. Kadangi ši reforma ir didžioji dalis Komisijos ir EB teismų praktikos yra kol kas susijusi tik su šalinančių poveikį turinčiais piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi būdais (angl. – *exclusionary abuses*), tyrimo objektas apsiriboja tik šių piktnaudžiavimo būdų analize. Todėl nei išnaudotojiško (angl. – *exploitive*), nei diskriminacinio piktnaudžiavimo būdai darbe nėra analizuojami. Be to, dominavimo rinkoje klausimai (rinkos apibrėžimas, rinkos dalys ir pan.), paprastai vertinami prieš nustatant, ar ūkio subjektų elgesys prilygsta piktnaudžiavimui, taip pat nepatenka į šio darbo tyrimo objektą.

Tyrimo tikslas – atskleisti, kokios naujos tendencijos piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi būdų analizėje pristatomos Komisijos Svarstytiname pranešime ir kokios tendencijos pastebimos naujausioje Komisijos, EB teismų praktikoje ir teisės

¹ Konsoliduota Europos Bendrijos Steigimo Sutartis (Valstybės žinios, 2004. Nr. 2-2).

² 2005 m. gruodžio mėn. Komisijos Konkurencijos Generalinis direktoratas paskelbė „Konkurencijos Generalinio direktorato svarstytiną pranešimą dėl Sutarties 82 straipsnio taikymo antikonkurenciniam piktnaudžiavimui“ (toliau – Svarstytinas pranešimas), kuriame pateikiamos Komisijos planuojamos EB sutarties 82 straipsnio taikymo reformos kryptys. Žr.: European Commission, DG Competition, Brussels December 2005, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty of exclusionary abuses [žiūrėta 2007-10-15]. Prieiga per internetą: <<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>>.

³ Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas (su pakeitimais ir papildymais) (Valstybės žinios, 1999, Nr. 30-856).

doktrinoje. Analizuojant Komisijos Svarstytiname pranešime pristatomą reformą, siekiama atsakyti į klausimą, ar iš tikrųjų vartotojų gerovės užtikrinimas yra šios reformos centrinė ašis ir vienintelis tikslas, o atsakant į šį klausimą detalesnei analizei pasirinktos vienos iš svarbiausių numatomos reformos įgyvendinimo krypčių – vienodai efektyvaus konkurento testas bei dominuojančio ūkio subjekto elgesio pateisinimas, pagrįstas efektyvumu. Kadangi šiame darbe taip pat svarbu nustatyti EB sutarties 82 straipsnio taikymo piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi būdams probleminius aspektus, kurie didžiąja dalimi ir lėmė siekį modernizuoti EB sutarties 82 straipsnio taikymo praktiką, šių probleminių aspektų egzistavimas iliustruojamas Komisijos bei EB teismų praktika. Patys naujausi Komisijos ir EB teismų sprendimai nagrinėjami, siekiant parodyti, kiek jie atitinka planuojamos reformos tikslus ir kryptis. Atsižvelgiant į tai, kad numatoma EB sutarties 82 straipsnio reforma yra aktuali ir Lietuvai, darbe analizuojama Konkurencijos tarybos praktika, taikant ir aiškinant Konkurencijos įstatymo 9 straipsnį, siekiant išskirti probleminius tokios praktikos aspektus ir suderinamumą su numatomos reformos tikslais.

Darbe remiamasi sisteminiu, loginiu, istoriniu bei teleologiniu tyrimo metodais. Istorinis ir teleologinis metodai buvo naudojami, analizuojant EB sutarties 82 straipsnio tikslus ir ištakas. Loginio metodo naudojimas yra apskritai neišvengiamas tiriamojo pobūdžio darbe, o šiame darbe juo buvo remiamasi, pavyzdžiui, nagrinėjant naujausios Komisijos ir EB teismų praktikos suderinamumą su Komisijos Svarstytiname pranešime pateiktais piktnaudžiavimo vertinimo metodais. Sisteminis metodas padėjo, be kita ko, analizuoti piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi sampratą EB teisminėje praktikoje, siejant ją su EB sutarties 82 straipsnio tikslais.

Pažymėtina, kad nors užsienio valstybėse diskusija dėl EB sutarties 82 straipsnio reformos vyksta labai aktyviai, Lietuvoje šia tema išsamių mokslinių tyrimų rasti nepavyko. Todėl, nors tai nėra pirmas magistro darbas šia tema Vilniaus universiteto Teisės fakultete, jis visų pirma prisideda prie aktualios ir problemiškos temos vystymo. Kita vertus, darbas išsiskiria tuo, kad juo bandoma atsakyti į klausimą, ar iš tiesų numatoma EB sutarties 82 straipsnio reforma, atsižvelgiant į pagrindines jos įgyvendinimo kryptis – vienodai efektyvaus konkurento testą ir elgesio pateisinimą, pagrįstą efektyvumu – gali pasiekti deklaruojamą tikslą užtikrinti vartotojų interesus ir nebausti už komercinę praktiką, kuri jiems nedaro jokios žalos.

Darbe analizuojami, kiek tai leidžia darbo apimtis, patys naujausi (2006 ir 2007 m.) Komisijos ir EB teismų sprendimai piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi srityje, remiamasi užsienio autorių mokslinėmis publikacijomis periodiniuose leidiniuose (*European Competition Law Review*, *Common Market Law Review* ir kt.). Taip pat iš

specialiosios literatūros, panaudotos šiame darbe, išskirtinas 2006 m. išleistas autorių Robert O'Donoghue ir A Jorge Padilla tyrimas „The Law and Economics of Article 82 EC”⁴, kuriame detaliam aptariama piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi problematika, kartu atsižvelgiant į Komisijos Svarstytiname pranešime suformuluotus pasiūlymus bei naujausią Komisijos ir EB teismų praktiką.

Šį magistro darbą sudaro įžanga, trys dalys ir išvados. Pirmoje dalyje nagrinėjami esminiai piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi klausimai ir pagrindinė problematika, kuri lėmė EB sutarties 82 straipsnio reformos poreikį. Antra darbo dalis skirta pristatyti bei kritiškai įvertinti pagrindinius reformos tikslus bei kryptis, kartu siekiant atsakyti į klausimą, ar Komisijos Svarstytiname pranešime pateiktais piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi būdų analizės principais ir metodais iš tiesų siekiama pagrindinio tikslo – vartotojų gerovės užtikrinimo. Trečia darbo dalimi siekiama detaliau išnagrinėti, ką naujo siūlo Komisija kiekvieno konkretaus piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi būdo analizei, bei išnagrinėti pačią naujausią Komisijos ir EB teismų praktiką ir tai, kiek ji atspindi pagrindinius EB sutarties 82 straipsnio reformos tikslus.

⁴ O'DONOGHUE, Robert; PADILLA, A Jorge. *The Law and Economics of Article 82 EC*. Oxford: Hart Publishing, 2006.

I. PIKTNAUDŽIAVIMO DOMINUOJANČIA PADĖTIMI REGLAMENTAVIMO EUROPOS BENDRIJOS TEISĖJE BENDRIEJI KLAUSIMAI

1. Piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi reglamentavimo Europos Bendrijos teisėje ištakos ir tikslai

EB sutarties 82 straipsnis įtvirtina pagrindines EB teisės normas, reglamentuojančias piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi. Remiantis juo, „kaip nesuderinamas su bendrąja rinka draudžiamas bet koks vieno ar keleto ūkio subjektų piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi bendrojoje rinkoje arba didelėje jos dalyje, galintis paveikti valstybių narių tarpusavio prekybą“.

Visuotinai pripažįstama, kad EB konkurencijos taisyklių, taigi ir piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi reglamentuojančių normų, taikymo praktika buvo grindžiama vokiečių ordoliberalų idėjomis, kurios susiformavo vadinamojoje Freiburgo Mokykloje⁵. Šiai Mokyklai priklausantys ekonomistai ir teisininkai pasisakė už būtinybę sukurti „ekonominę konstituciją“, kuri nustatytų aiškias gaires įmonių veiklai. Jie tikėjo, kad socialinė gerovė neįmanoma be konkurencija pagrįstos ekonominės tvarkos, o šiai tvarkai sukurti buvo būtina kontroliuoti ir riboti privačių subjektų galias, galinčias pakenkti minėtiems siekiams. Ordoliberalų manymu, rinka pati savaime neužtikrina konkurencijos, kadangi jos dalyviai nuolat siekia pažeisti ekonomines individų laisves, daugiausia kartelinių susitarimų ar konkurentus šalinančio vienašalio elgesio pagalba. Todėl buvo pasisakoma už griežtą teisinę tvarką bei aktyvų valstybės vaidmenį, saugant konkurencinį procesą rinkoje⁶. Ordoliberalų požiūris į konkurenciją buvo grindžiamas sąžiningumo nuostatomis: smulkios ir vidutinio dydžio įmonės buvo laikomos svarbiais rinkos dalyviais, reikalaujančiais apsaugos nuo nesąžiningų jų verslo autonomijos ribojimų. Konkurencijos teisė turėjo tapti pagrindiniu įrankiu, kovojant su konkurencijos trukdymais. Nors didžiausią dėmesį ordoliberalai skyrė kartelinių susitarimų kontrolei, jie taip pat išplėtojo piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi sampratą.

Ordoliberalų mokyklos teoretikai teigė, kad pagrindinis konkurencijos reguliavimo tikslas yra užtikrinti individualią rinkos dalyvių laisvę. Tai atsispindi ir Europos Teisingumo Teismo (toliau – ETT) bei Pirmosios instancijos teismo (toliau –

⁵ GERBER, David J. The Future of Article 82: Dissecting the Conflict [interaktyvus]. [Žiūrėta 2008-03-05]. Prieiga per internetą: <[http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2007\(pdf\)/200709-COMPed-Gerber.pdf](http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2007(pdf)/200709-COMPed-Gerber.pdf)>.

⁶ KALLAUGHER, John; SHER, Brian. Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse under Article 82. *European Competition Law Review*, 2004, Vol. 25, No. 5, p. 268.

PIT) jurisprudencijoje, taikant EB sutarties 82 straipsnį. Nors yra autorių, tvirtinančių, kad EB sutarties 82 straipsnio tikslai niekada nebuvo aiškiai įtvirtinti jokiam EB institucijų teisės akte ar sprendime⁷, vis dėlto su šiuo teiginiu būtų galima nesutikti: jau *Continental Can* byloje⁸ ETT nurodė, kad EB sutarties 82 straipsnis yra vienas iš pagrindų, kuriuo remiasi „sistema, užtikrinanti, kad konkurencija vidaus rinkoje nebūtų iškraipoma“ (EB sutarties 3 straipsnio 1 dalies g punktas). ETT pabrėžė, kad EB sutarties 81 ir 82 straipsniais siekiama to paties tikslo – efektyvios konkurencijos užtikrinimo bendrojoje rinkoje, tik skirtinguose lygmenyse: 81 straipsnis apima įvairias elgesio koordinavimo tarp ūkio subjektų formas, o 82 straipsnis kalba apie vienašalius vieno ar kelių ūkio subjektų veiksmus⁹. Taigi būtent efektyvios konkurencijos užtikrinimo rinkoje idėja yra pagrindas, kuriuo rėmėsi Komisijos, ETT bei PIT praktika piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi srityje.

Kai kurie autoriai teigia, kad akcentuodama konkurencijos procesą iš tiesų EB konkurencijos teisė apsaugo konkurentus, o ne pačią konkurenciją¹⁰. Galima būtų sutikti su tuo, kad neretai EB teismų sprendimų rezultatai (bent jau trumpalaikiai) buvo labiausiai naudingi dominuojančio ūkio subjekto konkurentams¹¹, bet tai, matyt, yra neišvengiama, atsižvelgiant į poreikį pirmiausia užtikrinti efektyvią konkurenciją, kuri paprasčiausiai išnyktų, nesant konkurentams. Kita vertus, pagrindiniai efektyvios konkurencijos naudos gavėjai yra vartotojai ir tai visiškai suprantama, turint omenyje, kad konkurencija negali būti saugoma vardan pačios konkurencijos. Todėl nagrinėjama kritika yra netgi pavadinta nesusipratimu ir šūkiu, neturinčiu jokios analitinės reikšmės¹².

Vis dėlto EB teismų jurisprudencijoje rasime nuorodų ir į kitus EB sutarties 82 straipsnio tikslus. Svarbiausi jų yra sąžiningumas, Europos integracija bei ekonominės laisvės siekiai¹³. Nors kartas teigiama, kad nuorodos į šiuos skirtingus konkurencijos teisės tikslus trukdo veiksmingam EB sutarties 82 straipsnio taikymui, tačiau žiūrint į šiuos siekius kaip į vieningą struktūrą, skirtą užkirsti kelią rinkos iškraipymams, išryškėja jau minėta pagrindinė EB konkurencijos teisės tendencija – apsaugoti patį konkurencinį procesą. Taigi sąžiningumo bei ekonominės laisvės koncepcijos buvo naudojamos kaip

⁷ O'DONOGHUE, PADILLA, išnaša 4, p. 4.

⁸ 1973 m. vasario 21 d. ETT sprendimas byloje C-6/72, *Continental Can v Commission* (1973), ECR 215.

⁹ *Ibid.*, 25 pastraipa.

¹⁰ ROUSSEVA, Ekaterina. Modernizing by eradicating: how the Commission's new approach to article 81 EC dispenses with the need to apply article 82 EC to vertical restraints. *Common Market Law Review*, 2005, 42, p. 592.

¹¹ Pavyzdžiui, 1974 m. kovo 6 d. ETT sprendimas byloje C-6-7/73, *Commercial Solvents v Commission* (1974), ECR 223. Šis sprendimas plačiau analizuojamas trečiame šios darbo dalies skyriuje „Atsisakymas tiekti“.

¹² GERBER, išnaša 5, p. 7.

¹³ *Ibid.*, p. 6.

priemonės, nustatant rinkos iškraipymus: jeigu elgesys kėlė žalą konkurentui, naudojant nesąžiningus metodus, buvo laikoma, kad jis potencialiai neigiamai veikė konkurenciją¹⁴. Europos integracijos tikslas susijęs su noru išlaikyti konkurenciją bendrojoje rinkoje, kurią riboti galėtų dominuojančių ūkio subjektų naudojama rinkos galia. Tačiau taikyti 82 straipsnį, siekiant vien tik rinkos integracijos, problemiška, kadangi kai kurie ūkio subjektų veiksmai, kuriais ribojama valstybių narių tarpusavio prekyba, konkurencijos teisės prasme gali būti visiškai teisėti¹⁵. Todėl ši, kaip ir sąžiningumo bei ekonominės laisvės užtikrinimo siekius, reikalinga nagrinėti kartu su centriniu efektyvios konkurencijos apsaugos tikslu. Tik tokiu atveju EB sutarties 82 straipsnio tikslus galėsime vertinti ne kaip įvairių skirtingų tikslų samplaiką, o kaip vieningą jų struktūrą.

Lietuvoje Konkurencijos įstatymas dar plačiau nei EB teisė apibrėžia konkurencijos teisės tikslą: įstatymas nurodo, kad jo tikslas yra apsaugoti sąžiningos konkurencijos laisvę Lietuvos Respublikoje. Yra autorių, teigiančių, kad akcentuojant sąžiningumo siekį, iš tiesų dominuojančio ūkio subjekto konkurentai yra saugomi nuo pačios konkurencijos¹⁶. Tarsi patvirtinant šią nuomonę, daugelyje ankstesnių nutarimų Konkurencijos taryba minėjo, jog draudimas piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi numatytas tam, „kad būtų apsaugomi kitų rinkos dalyvių interesai“¹⁷, tačiau naujausiuose nutarimuose šios formuluotės atsisakyta ir tik nurodoma Konkurencijos įstatymo 9 straipsnio nuostata, jog draudžiami yra tokie veiksmai, kurie „riboja ar gali riboti konkurenciją, nepagrįstai varžo kitų ūkio subjektų galimybes veikti rinkoje arba pažeidžia vartotojų interesus“.

Apibendrinant galima teigti, kad būtent konkurencijos proceso apsauga yra esminis piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi reglamentavimo Europos Bendrijoje tikslas, kuris lėmė Komisijos bei EB teismų praktikos vystymąsi ir kurią, kaip bus parodyta toliau šiame darbe, siekiama pakeisti, reformuojant EB sutarties 82 straipsnio taikymo praktiką.

¹⁴ *Ibid.*, p. 7.

¹⁵ O'DONOGHUE, PADILLA, išnaša 4, p. 6-7.

¹⁶ FOX, Eleanor. We protect competition, you protect competitors, *World Competition*, 2003, Vol. 26, Issue 2, p. 163.

¹⁷ Pavyzdžiui, 2000 m. liepos 10 d. Konkurencijos tarybos nutarimas Nr. 11/b „Dėl AB „Mažeikių nafta“ Konkurencijos įstatymo 9 straipsnio 1 dalies 3 punkto pažeidimo. Nutarimo rezoliucinė dalis skelbta: Inf. pranešimai, 2000, Nr. 32; 2002 m. gegužės 30 d. Konkurencijos tarybos nutarimas Nr. 6/b „Dėl SPAB „Stumbras“ veiksmų, suteikiant nuolaidas bei atsiskaitant už marketingo (reklamos) paslaugas, atitikimo Konkurencijos įstatymo 9 straipsnio nuostatas“, Nutarimo rezoliucinė dalis skelbta: Inf. pranešimai, 2002, Nr. 48.

2. Piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi samprata ETT ir PIT jurisprudencijoje

Kadangi EB sutarties 82 straipsnis pateikia tik piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi pavyzdžius, lieka neaišku, kokiais bendrais principais remiantis, teisėtas elgesys atskiriamas nuo piktnaudžiavimo. Šią spragą užpildo Komisijos bei EB teismų praktika, kurioje iš esmės ir buvo plėtojama piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi samprata.

2.1. Išnaudotojiško piktnaudžiavimo atskyrimas nuo šalinantį poveikį turinčio piktnaudžiavimo

Tradiciskai piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi skirstomas į dvi rūšis: išnaudotojiškąjį (angl. – *exploitive*) ir šalinantį poveikį turintį (angl. – *exclusionary*) piktnaudžiavimą. Pirmasis reiškia nesąžiningų sąlygų vartotojams nustatymą, antrasis – kitų ūkio subjektų galimybių konkuruoti su dominuojančiu ūkio subjektu panaikinimą arba sumažinimą¹⁸. Tai tik pats bendriausias skirstymas, kai kurių autorių nuomone, nelabai vykęs, kadangi yra tokių piktnaudžiavimo formų, pavyzdžiui, diskriminacinis elgesys, kurios gali būti priskiriamos ir išnaudotojiškam, ir šalinantį poveikį turinčiam piktnaudžiavimui arba abiems kartu¹⁹. Šalinantį poveikį turintis piktnaudžiavimas EB sutarties 82 straipsnio b punkte apibūdinamas kaip elgesys, pasireiškiantis „gamybos, rinkų arba technikos raidos ribojimais pažeidžiant vartotojų interesus“. Ankstyvuojū EB konkurencijos teisės laikotarpiu kai kurie teoretikai teigė, kad iš tiesų egzistuoja tik viena piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi rūšis – išnaudotojiškas elgesys, tačiau ETT *Continental Can* byloje aiškiai nurodė, kad EB sutarties 82 straipsnis taikomas ne tik elgesiui, tiesiogiai darančiam žalą vartotojui, bet ir tokiam, kuris žalą vartotojams sukelia dėl poveikio efektyviai konkurencinei struktūrai²⁰.

Pažymėtina, kad beveik visa Komisijos bei EB teismų praktika buvo susijusi būtent su šalinantį poveikį turinčiu piktnaudžiavimu dominuojančia padėtimi ir pagrindiniai principai, kuriais remiantis buvo apibūdinamas piktnaudžiavimas ir kurie bus toliau aptariami šioje darbo dalyje, taip pat apima tik šią piktnaudžiavimo rūšį.

¹⁸ CAIRNS, Walter. *Europos Sąjungos teisės įvadas*. Vilnius: Eugrimas, 1999, p. 262-263.

¹⁹ O'DONOGHUE, PADILLA, išnaša 4, p. 194.

²⁰ *Continental Can* byla, išnaša 8, 26 pastraipa.

2.2. „Normal competition on the basis of performance“ sąvokos reikšmė

EB institucijų praktikoje nerasime aiškios ir vieningos piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi sąvokos, į kurią ūkio subjektai galėtų orientuotis, vertindami savo elgesį rinkoje. Vis dėlto ETT ir PIT jurisprudencija pateikia tam tikrus piktnaudžiavimą nustatyti padedančius elementus, kurie neatsispindi EB sutarties 82 straipsnyje. Vienas iš tokių EB teismų įtvirtintų elementų yra „normal competition on the basis of performance“, arba „competition on the merits“, sąvoka²¹.

Sąvoka „normali konkurencija“ pirmą kartą buvo pavartota ETT *Hoffmann – La Roche*²² byloje. Šioje byloje buvo nagrinėta situacija, kai pirkėjai išsipareigodavo nupirkti visą ar didžiąją dalį reikiamų jiems vitaminų iš bendrovės Hoffmann – La Roche, o už tai jiems buvo pažadėtos vadinamosios lojalumo nuolaidos. ETT palaikė Komisijos sprendimą, kuriuo ji nustatė, kad nuolaidų sistema pažeidė EB sutarties 82 straipsnį, nes iškraipė konkurenciją rinkoje, kadangi buvo skirta riboti ar panaikinti pirkėjų pasirinkimą, o kartu ir užkirsti kelią kitiems produktams patekti į rinką. Šioje byloje buvo pateiktas ir klasikinis šalinantį poveikį turinčio piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi apibrėžimas: „piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi sąvoka yra objektyvi sąvoka, susijusi su ūkio subjekto, esančio dominuojančioje padėtyje, elgesiu, kuris yra toks, kad daro įtaką rinkos struktūrai, kurioje dėl tokio konkretaus ūkio subjekto buvimo sumažėja konkurencija, ir kurio, taikant metodus, kitokius nei tie, kuriuos lemia normali gaminių ar paslaugų konkurencija, grindžiama verslininkų sandoriais, padariniai yra trukdymas išlaikyti rinkoje esantį konkurencijos lygį arba tokios konkurencijos didėjimą“²³.

Pažymėtina, kad šis *Hoffmann - La Roche* bylos dalies vertimas į anglų kalbą buvo netikslus, vokiškąjį „*Leistungen*“ žodį išvertus į anglų kalbą kaip „*transactions*“ (liet. - *sandoriai*), o ne kaip „*performance*“ (liet. - *pasiekimas*) todėl ilgą laiką doktrinoje buvo diskutuojama apie normalios konkurencijos atskyrimą nuo nenormalios. Iš tiesų sąvoka „*normal competition on the basis of performance*“ turėtų būti vertinama kaip vieningas principas, kurio ištakų reikėtų ieškoti jau trumpai šio darbo pradžioje aptartose vokiečių ordoliberalų idėjose²⁴. Nagrinėdami, kaip konkurencijos teisės pagalba būtų galima kontroliuoti dominuojančių įmonių elgesį, ordoliberalų teoretikai pritaikė vadinamąją

²¹ Sąvokos „*normal competition on the basis of performance*“ (arba „*performance based competition*“) ir „*competition on the merits*“ į lietuvių kalbą galėtų būti verčiamos atitinkamai kaip „*normali konkurencija, pagrįsta pasiekimu*“ ir „*konkurencija privalumais*“. Tačiau toks vertimas visapusiškai neatskleidžia tikrosios sąvokų prasmės, todėl, atsižvelgiant į tai, kad nusistovėjusios terminijos lietuvių kalba nėra, toliau darbe bus vartojamos sąvokos anglų kalba.

²² 1979 m. vasario 13 d. ETT sprendimas byloje C-85/76, *Hoffmann - La Roche v Commission* (1979), ECR 461.

²³ *Ibid.*, 91 pastraipa.

²⁴ KALLAUGHER, SHER, išnaša 6, p. 269.

„*Leistungswettbewerb*“ (angl. – *performance based competition*) koncepciją. Ji padėjo išskirti elgesį, kuris, nors ir neigiamai veikė konkurentus, negalėjo būti draudžiamas. Vėliau Heidelbergo universiteto profesorius P. Ulmer pasiūlė dviejų pakopų analizę antikonkurenciniam elgesiui nustatyti: pirma, toks elgesys turėjo reikšmingai paveikti konkurentų galimybes, antra, šis elgesys negalėjo būti priskirtas vadinamajai „*performance based*“ konkurencijai²⁵. Akivaizdu, kad *Hoffmann - La Roche* byloje nurodytas šalinantį poveikį turinčio piktnaudžiavimo apibrėžimas labai artimas profesoriaus P. Ulmer siūlytam metodui.

ETT ir PIT taip pat yra nurodę, kad dominuojantis ūkio subjektas neturėtų taikyti kitokių metodų nei „*competition on the merits*“²⁶. Savo turiniu ši sąvoka labai artima „*normal competition on the basis of performance*“ principui, tačiau pati savaime nepadedą atsakyti į klausimą, ar tam tikrą elgesį reikėtų vertinti kaip teisėtą ar kaip pažeidžiantį EB sutarties 82 straipsnio reikalavimus.

Siekiant geriau suprasti „*normal competition on the basis of performance*“ ar „*competition on the merits*“ sąvokų reikšmę, pirmiausia reikėtų atsižvelgti į EB sutarties 82 straipsnio tikslus. Kaip buvo parodyta pirmame šio darbo skyriuje, pagrindinis 82 straipsnio tikslas, kurį pabrėžė EB teismai savo sprendimuose, yra užtikrinti ir išlaikyti efektyvią konkurenciją rinkoje, apsaugant ją nuo iškreipimų, sąlygotų elgesio, neatitinkančio „*competition on the merits*“ principo²⁷. Tačiau tokiu būdu nesiekiami apsaugoti dominuojančio ūkio subjekto konkurentų: rinkoje turi vykti įprasta konkurencinė kova, užtikrinanti vartotojams geresnės kokybės produktus ar paslaugas kuo mažesnėmis kainomis. Savaime suprantama, kad dėl tokios konkurencinės kovos vienos įmonės iškyla, o kitos, ne taip efektyviai veikiančios ir ne tokios sėkmingos, yra priverstos pasitraukti iš rinkos. Mokslinėje literatūroje sąvoka „*normal competition on the basis of performance*“ aiškinama kaip apimanti konkurenciją, pagrįstą produkto kaina, kokybe ir funkcionalumu²⁸. Taigi ūkio subjektas gali reaguoti į naujo konkurento rinkoje atsiradimą ar esamų konkurentų tam tikrus veiksmus, imdamasis teisėtų priemonių, tokių kaip savo produktų ar paslaugų kokybės gerinimas, naujų produktų ar paslaugų pasiūla, intensyvesnė reklama ir panašiai. Taigi visos šios priemonės, netgi jeigu jų naudojimas keistų rinkos struktūrą, turėtų būti laikomos leistina ir sąžininga konkurencija. Vis dėlto

²⁵ *Ibid.*, p. 268.

²⁶ Pavyzdžiui, 1991 m. liepos 3 d. ETT sprendimas byloje C-62/86 *AKZO Chemie BV v. Commission* (1992), ECR I-3359, 70 pastraipa; 1999 m. spalio 7 d. PIT sprendimas byloje T-228/97, *Irish Sugar v Commission* (1999), ECR II-2969, 111 pastraipa.

²⁷ GERBER, išnaša 5, p. 5.

²⁸ VESTERDORF, Bo. *Considérations sur la notion de “concurrence par les mérites”*. In CANIVET, Guy. *La modernisation du droit de la concurrence*. Paris: LGDJ, 2005, p. 165.

dažniausiai praktikoje ne viskas būna taip aišku ir Komisijai bei EB teismams yra sunku nubrėžti ribą tarp teisėto elgesio ir antikonkurencinio veikimo. Dėl šios priežasties EB institucijos buvo kritikuojamos dėl to, kad nagrinėdamos galimus piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi atvejus grindė savo išvadas kiekvienos konkrečios bylos faktais ir nesirėmė bendrais, aiškiais ir išplėtotais principais.²⁹

„*Normal competition on the basis of performance*“ (ar „*competition on the merits*“) sąvoką yra problemiška apibrėžti dar ir dėl to, kad kartais tai, kas EB teismų požiūriu vienu atveju yra teisėta konkurencija, kitu jau bus piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi³⁰. Tai iliustruoja *AKZO* byla³¹, kurioje ETT nustatė, kad tuo atveju, kai dominuojantis ūkio subjektas sumažina kainas žemiau vidutinių bendrųjų kaštų, bet išlaiko kainų lygį virš vidutinių kintamųjų kaštų, jo veiksmai bus pripažinti piktnaudžiavimu, jeigu kainų sumažinimas atliekamas įgyvendinant strategiją, kurios tikslas yra eliminuoti konkurentą. Taigi atrodytų, kad kainos virš vidutinių bendrųjų kaštų nėra piktnaudžiavimas. Vis dėlto *CEWAL* byloje³² ETT pripažino, jog ir tokios kainos išskirtiniais atvejais gali būti prilyginamos piktnaudžiavimui dominuojančia padėtimi.

Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba taip pat sutinka, kad sąvoka „*competition on the merits*“ nėra pakankamai aiški ir jai turėtų būti suteikta tikslesnė prasmė³³.

Taigi apibendrinant galima teigti, kad aiškių kriterijų sąvokai „*competition on the basis of performance*“ nėra, jie yra tik minimalūs (konkurencija, pagrįsta kaina, produktų ir paslaugų kokybe), bet patys savaime nesuteikia tvirto pagrindo piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi analizei.

2.3. Specialiosios atsakomybės doktrina

Situacija, kai rinkoje dominuoja vienas ar keli ūkio subjektai yra specifinė – konkurencija tokiu atveju yra silpna, o dominuojančio subjekto sprendimai turi daug

²⁹ LANG, Temple J.; O'DONOGHUE, R. Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82 EC. *Fordham International Law Journal*, November 2002, Vol. 26, p. 83.

³⁰ TEMPLE, John; O'DONOGHUE, Robert. The concept of an exclusionary abuse under article 82 EC HUMPE. In *GCLC Research Papers on Article 82 EC*, College of Europe, Global Competition Law Centre, July 2005, p. 42.

³¹ 1991 m. liepos 3 d. ETT sprendimas byloje C-62/86, *AKZO Chemie BV v. Commission* (1992), ECR I-3359.

³² 2000 m. kovo 16 d. ETT sprendimas sujungtose bylose *Compagnie maritime belge transports SA* (C-395/96 P), *Compagnie maritime belge SA* (C-395/96 P), *Dafra-Lines A/S* (C-396/96 P) v *Commission* (2000), ECR I-01365.

³³ 2005 m. kovo 30 d. OECD (Ekonominio bendradarbiavimo ir plėtros organizacijos) Konkurencijos teisės komiteto konferencijos „Competition on the merits“ medžiaga, p. 241. Prieiga per internetą: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=875360>.

didesnę įtaką rinkos struktūrai bei vartotojams. Todėl ETT *Michelin I* byloje³⁴ suformulavo specialiosios dominuojančių ūkio subjektų atsakomybės doktriną, kuria remiantis, šiems subjektams gali būti draudžiamas toks elgesys, kuris nedominuojantiems subjektams būtų leidžiamas. Iš esmės tai reiškia ne tik tai, kad „dominuojantis ūkio subjektas turi elgtis rinkoje taip lyg iš tiesų neturėtų rinkos galios“³⁵, bet ir tai, kad dominuojantis ūkio subjektas, net ir elgdamasis taip, kaip reikalauja „*normal competition on the basis of performance*“ principas, gali pažeisti EB sutarties 82 straipsnį, nes jo elgesys bus įvertintas kaip piktnaudžiavimas savo dominuojančia padėtimi. Kyla natūralus klausimas, kokiomis aplinkybėmis taip galėtų atsitikti? Kaip teigia B. Vesterdorf, tai priklauso nuo pageidaujamo rinkoje konkurencijos laipsnio.³⁶ Gali būti, kad teisėtas ūkio subjektų elgesys lems tokias pasekmes, kurios nebus suderinamos su EB sutarties tikslais. Bylos dėl atsisakymo suteikti prieigą prie esminių išteklių arba suteikti licencijas, suteikiančias teisę naudotis intelektinės nuosavybės objektais, yra aiškiausias tokio atvejo pavyzdys, kuris parodo, kaip nelengva yra atskirti iš principo teisėtą elgesį nuo piktnaudžiavimo³⁷. Be to, iš ETT bei PIT jurisprudencijos taip pat aiškėja, kad augant dominavimui, kartu didėja ir specialioji atsakomybė. Ši mintis buvo pirmą kartą išsakyta *Tetra Pak II* byloje³⁸, kur ETT palaikė PIT požiūrį, kad specialiosios atsakomybės apimtis turėtų būti nagrinėjama atsižvelgiant į konkrečias bylos aplinkybės, o šios aplinkybės kartu pasireiškė ir tuo, kad ūkio subjektas užėmė kvazi monopolinę padėtį atitinkamoje rinkoje. Taigi, kaip matome, specialiosios atsakomybės doktrina taip pat nepadeda nustatyti, kokių atveju ūkio subjekto elgesys prilygs piktnaudžiavimui, ir nepaaiškina, kodėl toks elgesys turėtų būti draudžiamas.

2.4. Antikonkurencinis elgesio poveikis

Jau *Hoffmann – La Roche* byloje ETT pažymėjo, kad piktnaudžiavimas lemia antikonkurencinius padarinius, kurie pasireiškia „trukdymu išlaikyti rinkoje esantį konkurencijos lygį arba tokios konkurencijos didėjimą“³⁹. Todėl gali kilti du pagrindiniai klausimai: pirma, ar kiekvienu atveju, nagrinėjant galimą piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi atvejį, būtina įrodyti realius arba bent jau tikėtinus antikonkurencinius elgesio

³⁴ 1983 lapkričio 9 d. ETT sprendimas byloje C-322/81, *Michelin v Commission* (1983), ECR 3461.

³⁵ ROUSSEVA, išnaša 10, p. 594.

³⁶ VESTERDORF, išnaša 28, p. 166.

³⁷ Žr., pavyzdžiui: 2004 m. balandžio 29 d. ETT sprendimas byloje C-418/01, *IMS Health GmbH & Co* (2004), ECR I-5039.

³⁸ 1996 m. lapkričio 14 d. ETT sprendimas byloje C-333/94 *Tetra Pak International SA v Commission* (1996), ECR I-5951.

³⁹ *Hoffmann – La Roche* byla, išnaša 22, 91 pastraipa.

padarinius; antra, kokio pobūdžio turėtų būti šie padariniai? EB teismų bei Komisijos praktika nepateikia aiškaus atsakymo nei į vieną iš šių klausimų.

Pavyzdžiui, *Michelin II* byloje⁴⁰ PIT, nagrinėdamas lojalumą skatinančių nuolaidų klausimą, nurodė, kad piktnaudžiavimui nustatyti pakanka to, jog dominuojančio ūkio subjekto elgesys būtų skirtas apriboti konkurenciją ar galėtų lemti tokią pasekmę. Taigi iš esmės buvo sulygintas antikonkurencinis elgesio objektas ir antikonkurencinės pasekmės. PIT teigimu, nereikia atskirai įrodinėti aplinkybės, kad ūkio subjekto elgesys iš tikrųjų apribojo konkurenciją rinkoje, pakanka vien potencialios galimybės. *AKZO* byla taip pat yra aiškus pavyzdys, parodantis, kad tam tikras elgesys yra preziumuojamas pažeidžiančiu EB sutarties 82 straipsnį, nenagrinėjant jo padarinių: tai atvejis, kai dominuojantis ūkio subjekto nustato kainas žemiau vidutinių kintamųjų kaštų⁴¹.

Tačiau taip pat yra bylų, kuriose antikonkurencinės dominuojančių ūkio subjektų elgesio pasekmės buvo nuodugniai analizuotos. Pavyzdžiui, Komisija *Wanadoo Interactive* sprendime⁴², nežiūrint to, kad bendrovės *Wanadoo* kainos buvo nustatytos žemiau vidutinių kintamųjų kaštų ribos (o toks elgesys yra *AKZO* byloje pripažintas kaip piktnaudžiavimo prezumpcija), detalai išanalizavo tokio elgesio padarinius. Kitas pavyzdys – *Van den Bergh Foods Ltd* byla⁴³, kurioje PIT išsamiai nagrinėjo sutartis, sudarytas tarp dominuojančio ledų gamintojo ir jo klientų, pagal kurių nuostatas klientai įsipareigojo naudoti gamintojo teikiamus šaldytuvus tik jo gamintiems ledams laikyti.

Atsakant į antrąją skyriaus pradžioje iškeltą klausimą, kokio pobūdžio padarinių reikalaujama, norint taikyti EB sutarties 82 straipsnį, vienareikšmiško atsakymo EB institucijų praktikoje taip pat nerastume. Trukdymas išlaikyti rinkoje esantį konkurencijos lygį suponuoja, kad dominuojančio ūkio subjekto elgesio pasekmė yra rinkos struktūros pokytis – esamų konkurentų pašalinimas arba jų galimybių veikti rinkoje sumažinimas. Vis dėlto praktikoje EB teismai skirtingai vertino poveikį rinkos struktūrai: vienu atveju pakako konkurentų pozicijos rinkoje susilpninimo, kitu atveju 82 straipsnis buvo taikomas tik tada, kai iš rinkos buvo išstumiamas konkurentas, dar vienoje byloje ETT reikėjo įrodymo, kad dominuojančio subjekto elgesys visiškai eliminuotų konkurenciją atitinkamoje rinkoje⁴⁴.

⁴⁰ 2003 m. rugsėjo 30 d. PIT sprendimas byloje T-203/01, *Michelin v Commission* (2003), ECR II-4071, 239 pastraipa.

⁴¹ *AKZO* byla, išnaša 31, 71 pastraipa.

⁴² 2003 m. liepos 16 d. Komisijos sprendimas byloje COMP/38.233, *Wanadoo Interactive*.

⁴³ 2003 m. spalio 23 d. PIT sprendimas byloje T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd v Commission* (2003), ECR II-4653.

⁴⁴ FAULL, Jonathan; NIKPAY, Ali. *The EC Law of Competition*. 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 352.

Kaip teigia T. Eilmansberger, 82 straipsnio pagrindinė paskirtis yra ne tai, kad ūkio subjektai konkuruotų pagal „*competition on the merits*“ principą, bet užtikrinti, kad naudojimas rinkos galia nepakenktų konkurentų galimybėms sėkmingai veikti rinkoje⁴⁵. Tokią nuomonę patvirtina ir D. Gerber mintis, jog konkurencijai „*on the merits*“ priešingas elgesys yra konkurencija, kurios pasekmė yra konkurentų galimybių veikti rinkoje apribojimas⁴⁶. Iš tiesų atsižvelgiant į sudėtingą teisėto dominuojančio ūkio subjekto elgesio atribojimą nuo piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi, tuo labiau, turint omenyje ypatingą padidintą dominuojančių subjektų atsakomybę, elgesio pasekmės turėtų tapti svarbiausia analizės dalimi. Nežiūrint į tai, ETT ir PIT, apsiriboję būtinumu įrodyti tik potencialius antikonkurencinius padarinius, iš esmės priskiria tam tikrai elgesio formai antikonkurencinį poveikį, taigi sukuria prezumpciją, kad toks elgesys savaime prilygsta piktnaudžiavimui. Vis dėlto vertinant tam tikrą ūkio subjekto elgesį, kuris pagal savo pobūdį yra būdingas normaliai konkurencijai rinkoje, tokio elgesio detalesnė padarinių analizė gali būti būtina. Pavyzdžiui, produktų ar paslaugų kainų mažinimas yra visiškai natūralus konkurencinis procesas. Kartais netgi tam tikrą laiką kainos gali būti palaikomos žemiau ūkio subjekto kaštų lygio, jeigu norima rinkoje pristatyti naują produktą ar naują paslaugą. Tačiau tas pats kainų mažinimas gali būti ūkio subjekto strategijos dalimi – jomis gali būti siekiama pašalinti tam tikrą konkurentą iš rinkos ar sudaryti jam kliūtis veiksmingai konkuruoti. Taigi tokiu atveju reiktų išnagrinėti ir elgesio padarinius, kadangi sprendžiant vien iš elgesio formos ir pobūdžio neaišku, ar tikrai toks elgesys pažeidžia EB sutarties 82 straipsnį. Kita vertus, net ir normali konkurencija gali lemti, jog tam tikriems konkurentams bus sudaromos kliūtys ar jie netgi bus priversti pasitraukti iš rinkos. Tačiau jau *Continental Can* byloje ETT nurodė, jog (šalinantį poveikį turintis) piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi veikia efektyvią rinkos struktūrą⁴⁷. Taigi galima teigti, kad ne į bet kokią kenkimą konkurento galimybėms veikti rinkoje bus atsižvelgiama, vertinant antikonkurencinio elgesio poveikį – svarbus bus tik toks poveikis, kuriuo „rinkos struktūra yra manipuliuojama“⁴⁸.

Yra autorių, kurių nuomone, skiriamasis antikonkurencinio poveikio bruožas yra tai, kad tokį poveikį lemia dominuojančio ūkio subjekto naudojama rinkos galia, taigi vertinant, ar elgesys prilygo piktnaudžiavimui, bus eliminuojamas tas poveikis, kuriam sukelti nereikalingas dominuojančio ūkio subjekto rinkos galios panaudojimas ar kitoks

⁴⁵ EILMANSBERGER, Thomas. How to distinguish good from bad competition under article 82 EC: in search of a clearer and more coherent standards for anti-competitive abuses, *Common Market Law Review*, 2005, Vol. 42, p. 133.

⁴⁶ ROUSSEVA, išnaša 10, p. 594.

⁴⁷ *Continental Can* byla, išnaša 8, 26 pastraipa.

⁴⁸ EILMANSBERGER, išnaša 45, p. 144.

ryšys tarp ūkio subjekto dominavimo ir piktnaudžiavimo⁴⁹. Vis dėlto EB teismų požiūris į ryšio tarp ūkio subjekto dominavimo ir piktnaudžiavimo būtinumą nėra visiškai aiškus bei nuoseklus. Pavyzdžiui, *Continental Can* bei *Hoffmann – La Roche* bylose ETT teigė, kad piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi nereiškia, jog ūkio subjekto ekonominė galia buvo panaudota kaip priemonė šiam piktnaudžiavimui įgyvendinti⁵⁰. Kita vertus, naujesnėje *Tetra Pak II* byloje ETT buvo kitokios pozicijos ir nurodė, kad 82 straipsnio taikymas suponuoja ryšį tarp dominuojančios padėties ir įtariamo piktnaudžiavimo⁵¹.

Apskritai ryšio tarp dominavimo ir piktnaudžiavimo visiškai paneigti, matyt, nebūtų galima. Iš tikrųjų būtent buvimas dominuojančioje padėtyje lemia tai, kad, pavyzdžiui, nepagrįstai didelių kainų nustatymas ūkio subjektui atneš naudą ar tai, kad įtvirtinusi grobuoniškas kainas įmonė vis tiek ilgainiui sugebės atgauti savo prarastas pajamas ir būtent dominavimas, kaip pabrėžė ETT, suteikia ūkio subjektui „ekonominę galią, kuri <...> trukdo atitinkamoje rinkoje palaikyti veiksmingą konkurenciją“⁵². Kita vertus, kyla pavojus, nustatant dominavimą, kartu preziumuoti, kad dominuojančio subjekto veiksmai turės antikonkurencinį poveikį ir pakenks vartotojams, nes, kaip bus parodyta toliau šiame darbe, taip yra ne visada.

ETT *Hoffmann - La Roche* byloje suformuluotas principas dėl antikonkurencinio elgesio poveikio rinkai tapo vienu iš labiausiai konkurencijos teisės specialistų aptarinėjamų klausimų, o šio principo taikymas Komisijos ir EB teismų praktikoje sulaukė labai daug kritikos ir tapo pirmuoju ir bemaž svarbiausiu ruošiamos EB sutarties 82 straipsnio reformos taikiniu. Kadangi, kaip bus parodyta tolesniame skyriuje, pagrindinė galimų piktnaudžiavimo bylų EB teismuose analizė koncentruojasi ties vienu esminiu aspektu – elgesio forma, o šio elgesio padariniai dažnai preziumuojami, kyla klausimas, ar tai tinkamas piktnaudžiavimo analizės atspirties taškas?

3. Šalinantį poveikį turinčio piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi būdu bendroji charakteristika: *per se* piktnaudžiavimo įtvirtinimas?

Pažymėtina, kad šio skyriaus tikslas nėra nuodugniai išnagrinėti visus galimus piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi būdus, įtvirtintus EB sutarties 82 straipsnyje, ir su jais susijusias aplinkybes, bet parodyti, kad Komisijos bei EB teismų praktikoje įsigalėjo iš esmės formalus piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi vertinimas,

⁴⁹ *Ibid.*, p. 144.

⁵⁰ *Hoffmann – La Roche* byla, išnaša 22, 91 pastraipa; *Continental Can* byla, išnaša 8, 27 pastraipa.

⁵¹ *Tetra Pak II* byla, išnaša 38, 27 pastraipa.

⁵² *Michelin I* byla, išnaša 34, 30 pastraipa.

neatsižvelgiant į galimas neigiamas pasekmes rinkai ir galiausiai vartotojams. Ši išvada bus atskleista ir iliustruota EB institucijų praktika, pristatant keturis pagrindinius šalinantį poveikį turinčio piktnaudžiavimo būdus: grobuonišką kainodarą, lojalumo nuolaidas, susiejimą bei atsisakymą tiekti prekes ar teikti paslaugas. Kartu bus atkreiptas dėmesys ir į Lietuvos Konkurencijos tarybos praktiką piktnaudžiavimo srityje.

3.1. Grobuoniška kainodara

Nors visuotinai priimto grobuoniškos kainodaros apibrėžimo nėra⁵³, vis dėlto galima išskirti tam tikrus jai būdingus esminius požymius: dominuojantis ūkio subjektas nustato mažesnes už prekių ar paslaugų savikainą kainas ir tokiu būdu yra apribojama konkurencija. Vertinant trumpalaikiu požiūriu, toks ūkio subjekto veikimo būdas yra neefektyvus ir pasiteisina tik ilgalaikėje perspektyvoje, kai dominuojantis subjektas, pasinaudodamas apribota konkurencija ir turima rinkos galia, susigražina patirtus nuostolius, nustatydamas nepagrįstai dideles kainas. Taigi grobuoniška kainodara apima dvi fazes: grobuoniškos kainos nustatymo ir nuostolių susigražinimo fazę⁵⁴. Grobuoniškos kainodaros atskyrimas nuo leistinos konkurencijos būdų yra ypač sudėtingas, atsižvelgiant į tai, kad konkurencija, pagrįsta kainos mažinimu, paprastai yra laikoma teisėtu ir natūraliu reiškiniu. Yra netgi autorių, tvirtinančių, kad grobuoniška kainodara taip retai pasitaiko, jog nereikia priimti šią sritį reglamentuojančių teisės aktų⁵⁵.

Nors šios nuomonės EB konkurencijos teisėje nesilaikoma, iš tiesų iki šiol Europos Bendrijoje bylų dėl grobuoniškos kainodaros buvo išspręsta palyginti nedaug. Pirmojoje ir tikriausiai žymiausioje jų – *AKZO* byloje – ETT nustatė dvi pagrindines kaštais grindžiamas taisykles grobuoniškai kainodarai nustatyti. Pirmoji jų apima prezumpciją⁵⁶, kad kainos, mažesnės nei vidutiniai kintamieji kaštai, yra neteisėtos. Nors ši nuostata suderinama su ekonomikos teorija, laikančia ribinius kaštus⁵⁷ atskaitos tašku, analizuojant galimas grobuoniškas kainas⁵⁸, tačiau taikant šią prezumpciją, neatsižvelgiama į daugelį kitų reikšmingų aplinkybių. Remiantis antrąja *AKZO* byloje

⁵³ MOISEJEVAS, Raimundas. Piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi: grobuoniška kainodara – esminiai požymiai, *Jurisprudencija. Mokslo darbai*, 2007, Nr. 9(99), p. 62-69.

⁵⁴ Report by the EAGCP. An economic approach to Article 82 [interaktyvus]. [Žiūrėta 2008-03-05], p. 50. Prieiga per internetą: <http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf>.

⁵⁵ MOISEJEVAS, išnaša 53, p. 66.

⁵⁶ Nors dauguma ES konkurencijos teisės autorių pirmąją *AKZO* byloje nustatytą taisyklę vadina *prezumpcija*, vis dėlto pačioje byloje ETT šios sąvokos nevartoja ir teigia, kad kainos, mažesnės nei vidutiniai kintamieji kaštai, „turi būti laikomos“ piktnaudžiavimu (71 pastraipa).

⁵⁷ Ribiniai kaštai – tai papildomi kaštai, atsirandantys, gaminant papildomą produkcijos vienetą. (Aiškinamasis ekonomikos anglų-lietuvių kalbų žodynas. Vilnius: TEV, 2006, p. 387).

⁵⁸ NIELS, Gunnar; JENKINS, Helen. Reform of Article 82: Where the Link Between Dominance and Effects Breaks Down, *European Competition Law Review*, 2005, Vol. 26, No. 11, p. 606.

suformuluota taisykle, kainos, esančios tarp vidutinių kintamųjų kaštų ir vidutinių bendrųjų kaštų, yra neteisėtos, jeigu jos buvo konkurentą eliminuojančios strategijos dalis. Abiejų šių taisyklių taikymas lemia keletą problemų.

Pirma, *AKZO* byloje nustatytas metodas neapima analizės, ar pasibaigus grobuoniškų kainų taikymo laikotarpiui ūkio subjektas sugebės nustatyti dirbtinai dideles kainas ir taip susigrąžinti prarastas pajamas. Būtent galimybė susigrąžinti grobuoniškų kainų taikymo metu prarastas pajamas JAV konkurencijos teisėje laikoma svarbiausiu piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi įrodymu, kadangi tokiu būdu garantuojama, kad už žemas kainas bus baudžiama tik tuo atveju, jei dėl jų tiesiogiai nukentės vartotojai⁵⁹. Priešingai, EB teisėje, kaip buvo nuspręsta *Tetra Pak II* byloje, galimybė sėkmingai susigrąžinti prarastas pajamas nėra laikoma būtinu įrodymu grobuoniškos kainodaros faktui nustatyti⁶⁰. Kadangi už grobuoniškų kainų taikymą baudžiamas jau dominuojantis rinkoje subjektas (priešingai nei JAV konkurencijos teisėje, kai draudžiama ir tokia grobuoniška kainodara, kuria tik siekiama sukurti monopoliją), paprastai laikoma, kad rinkos galia yra pakankama galimo prarastų pajamų susigrąžinimo nuoroda. Vis dėlto dominavimo rinkoje faktas neturėtų savaime reikšti, kad įmonė sugebės atpirkti patirtus nuostolius, kadangi grobuoniškų kainų taikymo ir prarastų pajamų susigrąžinimo fazės nesutampa laike⁶¹.

Antra, taikant *AKZO* byloje suformuluotą prezumpciją, neatsižvelgiama į laikotarpį, kuriuo metu buvo taikomos grobuoniškos kainos. Jei tai buvo ypač trumpas laiko tarpas, abejotina, ar ši praktika galėtų turėti neigiamų padarinių esamai konkurencijai⁶².

Trečia, naudojant prezumpciją, jog kainos, mažesnės už vidutinius kintamuosius kaštus, yra *per se* pažeidžiančios EB sutarties 82 straipsnio reikalavimus, neatsižvelgiama į galimas tokio dominuojančio ūkio subjekto elgesio priežastis, kitokias, nei siekis eliminuoti konkurentą. Galimi atvejai, kai ūkio subjekto nustatytos kainos bus mažesnės nei prekių savikaina, o jo konkurentai bus išstumti iš rinkos, tačiau grobuoniška kainodara tokius veiksmus laikyti būtų klaidinga. Sezoniniai prekių išpardavimai ar prekių pardavimas mažomis kainomis, siekiant pirkėjus supažindinti su naujovėmis, yra tik keli tokie pavyzdžiai. Nors ir mokslinėje literatūroje⁶³, ir EB teismų praktikoje teigiama, jog mažesnių nei nustatyta kaštų riba kainų taikymas gali tam tikromis aplinkybėmis būti pateisintas, vis dėlto EB institucijų praktikoje tokiu pateisinimu niekada nebuvo

⁵⁹ *Ibid.* p. 607.

⁶⁰ *Tetra Pak II* byla, išnaša 38, 44 pastraipa.

⁶¹ O'DONOGHUE, PADILLA, išnaša 4, p. 258.

⁶² NIELS, JENKINS, išnaša 58, p. 607.

⁶³ WHISH, Richard. *Competition Law*, 5th edition. London: LexisNexis UK, 2003, p. 706.

sėkmingai pasinaudota. Pavyzdžiui, *AKZO* byloje bendrovė *AKZO* teigė, kad nustatydamas kainas, mažesnes nei vidutiniai bendrieji kaštai, siekė užkariauti naujus klientus bei padidinti pelną, kuris buvo ženkliai sumažėjęs dėl konkurentų pasiūlymų⁶⁴. ETT nepriėmė šio argumento, kadangi *AKZO* kainos buvo mažesnės nei konkurentų, o tai, jo nuomone, rodė *AKZO* ketinimą juos eliminuoti.

Ketvirta, remiantis antrąja *AKZO* byloje suformuluota taisykle, pagrindiniu galimų grobuoniškų kainų analizės aspektu tampa ūkio subjekto siekis, o ne realus ar bent jau tikėtinas poveikis konkurencijai arba galima žala vartotojams. Tokia ETT pozicija teisinėje literatūroje yra taip pat kritikuojama⁶⁵. Iš tiesų visos pelno siekiančios įmonės norėtų išstumti savo konkurentus, todėl labai sunku atskirti *AKZO* byloje minėtą dominuojančio ūkio subjekto strategiją, kurią draudžia EB sutarties 82 straipsnis, ir teisėtą siekį laimėti konkurencinę kovą rinkoje, mažinant kainas. Remiantis vien tiesioginiais tokio siekio įrodymais (rašytiniais dokumentais, žodiniais pareiškimais), kyla didelė rizika, kad teisėtai besielgiančios, bet nekorektišką kalbą konkurentų atžvilgiu vartojančios įmonės bus nubaustos už piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi ir atvirksčiai, realią strategiją eliminuoti konkurentą kuriančios, bet niekur aiškiai tokio siekio neužfiksavusios įmonės atsakomybės gali išvengti.

Jau minėtoje *Tetra Pak II* byloje PIT ir ETT pritaikė *AKZO* byloje nustatytą sąnaudomis grindžiamą metodą ir padarė išvadą, kad bendrovės *Tetra Pak* kainos, būdamos mažesnės už vidutinius kintamuosius kaštus, yra *per se* grobuoniškos. ETT patvirtino PIT teiginį, kad prarastų pajamų susigrąžinimo galimybės įrodyti nebūtina o užtenka tik rizikos, kad dominuojančio ūkio subjekto konkurentas gali būti eliminuotas⁶⁶.

Deutsche Post sprendime⁶⁷ Komisija pritaikė modifikuotą *AKZO* bylos taisyklę, vidutinius kintamuosius kaštus pakeitusi ilgojo laikotarpio didėjančiais kaštais, ir padarė išvadą, kad *Deutsche Post* pašto paslaugų kainos, būdamos mažesnės už pastaruosius kaštus, buvo grobuoniškos. Iš tiesų kai kuriose ūkio šakose, kaip ir šiuo atveju kalbant apie pašto paslaugas, fiksuoti kaštai gali būti labai dideli, o kintamieji – labai maži, todėl *AKZO* bylos metodas būtų sunkiai pritaikomas. Nors ilgojo laikotarpio didėjančių kaštų būdas, daugelio autorių nuomone, yra pranašesnis už vidutinių kintamųjų kaštų modelį⁶⁸, vis dėlto išlieka prezumpcija, jog tokia ūkio subjekto kainodara yra grobuoniška, kartu

⁶⁴ *AKZO* byla, išnaša 31, 133 pastraipa.

⁶⁵ BAVASSO, Antonio. The role of intent under Article 82 EC: from “flushing the turkeys” to “spotting lionesses in regent’s park”, *European Competition Law Review*, 2005, vol. 26, no. 11, p. 616-623.

⁶⁶ *Tetra Pak II* byla, išnaša 38, 39 - 44 pastraipos.

⁶⁷ 2001 m. kovo 20 d. Komisijos sprendimas COMP/35.141. – *United Parcel Service / Deutsche Post AG*, OJ L 125, p. 27-44.

⁶⁸ O'DONOGHUE, PADILLA, išnaša 4, p. 269.

neatsižvelgiant į galimas teisėtas tokio elgesio priežastis (pavyzdžiui, verslo interesų gynyba, kuri iki šiol nei karto EB institucijų praktikoje nebuvo sėkmingai pritaikyta) bei galimybę ateityje susigrąžinti prarastas pajamas, pakeliant kainas, taigi nenagrinėjama, ar iš tiesų vartotojai galėtų nuo tokio elgesio nukentėti.

3.2. Lojalumo nuolaidos

Šios piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi formos vertinimas EB institucijų praktikoje kelia ypač daug problemų: jis nepakankamai apibrėžtas, nenuoseklus ir neužtikrina teisinio aiškumo⁶⁹. Be to, kai kurios nuolaidų rūšys Komisijos sprendimuose ir EB teismų jurisprudencijoje yra laikomos *per se* piktnaudžiavimu dominuojančia padėtimi, visiškai neatsižvelgiant į realų ar bent jau tikėtiną tokių nuolaidų taikymo poveikį konkurencijai ir galiausiai patiems vartotojams.

Jau *Hoffmann - La Roche* byloje ETT nurodė, kad lojalumo nuolaidų sistema, taikoma perkant visą arba beveik visą vitaminų poreikį iš bendrovės Hoffmann - La Roche, prilygo piktnaudžiavimui dominuojančia padėtimi, kadangi tokiu būdu rinkoje buvo iškraipoma konkurencija⁷⁰. *BPB Industries* byloje PIT patvirtino, kad tokios nuolaidos lemia nepriimtina kliūtį įeiti į rinką⁷¹. Nors šios nuolaidos buvo taikomos, sudarant išimtinio pirkimo susitarimus, tačiau ne tik tokio pobūdžio nuolaidos EB institucijų praktikoje buvo pripažintos neteisėtomis. Pavyzdžiui, *Michelin II* byloje pirmą kartą standartizuotos kiekybinės nuolaidos buvo prilygintos piktnaudžiavimui dominuojančia padėtimi, kadangi skatino lojalumą bei negalėjo, PIT manymu, būti pateisintos ekonominėmis priežastimis. Be to, PIT nurodė, kad piktnaudžiavimui nustatyti pakanka galimybės, jog ūkio subjekto elgesys apribos konkurenciją, tokiu būdu iš esmės sutapatindamas elgesio objektą su jo padariniais⁷². Tačiau laikantis tokio požiūrio, piktnaudžiavimui dominuojančia padėtimi nustatyti nereikėtų nagrinėti, nei kokia rinkos dalis galėtų būti paveikta dėl nuolaidų taikymo, nei kokios kitos aplinkybės galėtų patvirtinti ar paneigti nuolaidų antikonkurencinį poveikį rinkai. Svarbiausia, Teismo nuomone, yra tai, kad nuolaida skatina lojalumą dominuojančiam ūkio subjektui, o lojalumo egzistavimas kartu lemia ir antikonkurencinius padarinius⁷³. Taigi užtenka to,

⁶⁹ *Ibid.*, p. 381.

⁷⁰ *Hoffmann – La Roche* byla, išnaša 22, 89 pastraipa.

⁷¹ 1993 m. balandžio 1 d. PIT sprendimas byloje T-65/89, *BPB Industries Plc and British Gypsum Ltd* (1993), ECR II-389, 68 pastraipa.

⁷² *Michelin II* byla, išnaša 40, 239 pastraipa.

⁷³ *Ibid.*, 65 pastraipa.

kad elgesio objektas būtų skirtas konkurencijos ribojimui ir visai nebūtina įrodyti esamų ar tikėtinų antikonkurencinių padarinių egzistavimo.

Pabrėžtina, kad nuolaidų taikymas turi ir teigiamų padarinių, kurie, laikantis griežto formalaus požiūrio, lieka už analizės ribų. Pats aiškiausias jų yra tiesioginis kainų vartotojams sumažinimas, be to, nuolaidos gali paskatinti efektyvesnę dominuojančio ūkio subjekto produkcijos platintojų veiklą. Galiausiai nuolaidų poveikis konkurencijai priklauso ne tik nuo pačios nuolaidos pobūdžio, bet ir nuo konkrečios rinkos, kurioje šios nuolaidos yra taikomos, todėl neatsižvelgus į šias aplinkybes dominuojantis ūkio subjektas gali būti nubaustas už teisėtą ir normalią konkurenciją atitinkantį elgesį. Pavyzdžiui, *British Airways* byloje PIT nustatė, kad bendrovė British Airways, taikydama premijų sistemą kelionių agentūroms, kurios pasiekdavo nustatytą bilietų pardavimo kieki, kai mokamos premijos buvo apskaičiuojamos atsižvelgiant į bendrą jų pardavimo kieki, o ne į parduotų bilietų kieki, pasiekus nustatytą pardavimo tikslą, pažeidė EB sutarties 82 straipsnį. PIT nurodė, kad British Airways elgesys „negalėjo neturėti“ eliminavimo poveikio konkuruojančių aviakompanijų atžvilgiu, o konkurentai būtų pasiekę geresnių rezultatų, jei British Airways nebūtų ėmusis šių veiksmų⁷⁴. Tačiau PIT neanalizavo, ar iš tiesų British Airways taikoma sistema galėjo neigiamai paveikti konkuruojančių aviakompanijų galimybes veikti rinkoje ir galiausiai lemti didesnes kainas vartotojams.

Svarbu ir tai, kad atriboti lojalumą skatinančias ir kiekybines (pagrįstas masto ekonomija), taigi teisėtas, nuolaidas kartais yra labai sudėtinga, kadangi ir vienos, ir kitos yra siejamos su per tam tikrą laikotarpį įsigytų prekių kiekiu⁷⁵. Dėl šios priežasties prezumpcijų dėl lojalumo nuolaidų taikymas gali lemti klaidingas išvadas dėl piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi.

Lietuvos Konkurencijos taryba 2005 m. AB „Mažeikių nafta“⁷⁶ byloje taip pat nagrinėjo lojalumo nuolaidų klausimą. AB „Mažeikių nafta“ pasirašytose pirkimo-pardavimo sutartyse su Lukoil, Statoil ir Neste bendrovėmis kiekvienam pirkėjui buvo nustatyti individualūs metiniai pirkimo kiekiai, labai artimi kiekvieno pirkėjo visam planuojamam metiniam poreikiui naftos produktams. Vykdam šį įsipareigojimą pirkėjams buvo taikomos specialios palankesnės kainos, o už įsipareigojimo nevykdymą buvo

⁷⁴ 2003 m. gruodžio 17 d. PIT sprendimas byloje T-219/99, *British Airways* (2003), ECR II-5917, 295 pastraipa.

⁷⁵ KAMANN, Hans-Georg; BERGMANN, Ellen. The Granting of Rebates by Market Dominant Undertakings under Article 82 of the EC Treaty. *European Competition Law Review*, 2005, Vol. 26, No. 2, p. 83-89.

⁷⁶ 2005 m. gruodžio 22 d. Konkurencijos tarybos nutarimas Nr. 2S-16 „Dėl AB „Mažeikių nafta“ veiksmų atitikties Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymo 5 ir 9 straipsniams ir Europos Bendrijos steigimo sutarties 82 straipsniui“. Nutarimo rezoliucinė dalis skelbta: Inf. pranešimai, 2006, Nr. 6-57.

nustatytos tam tikro dydžio baudos. Iš esmės Konkurencijos taryba pasekė *Hoffmann - La Roche* bylos pavyzdžiu, nurodydama, kad tokia AB „Mažeikių nafta“ kainodara skatino pirkėjų lojalumą, kartu atimdama iš jų galimybę laisvai pasirinkti tiekėją, ir sudarė kliūtis įeiti į rinką kitiems gamintojams. Konkurencijos taryba patvirtino EB teismų poziciją, kad lojalumo nuolaidos savaimė visada pažeidžia EB sutarties 82 straipsnį, taigi prilygsta *per se* piktnaudžiavimui dominuojančia padėtimi. Toks Konkurencijos tarybos požiūris yra visiškai pagrįstas ankstesne EB institucijų praktika, be to, Konkurencijos taryba atsižvelgė į daugelį reikšmingų aplinkybių, tokių kaip ilgas sutarčių taikymo laikotarpis (1 metai), faktas, kad mažesnės kainos buvo taikomos viso sutarties galiojimo laikotarpiui, o pirkėjų minimalaus kiekio išpareigojimai sudarė reikšmingą dalį viso jų poreikio, didelę AB „Mažeikių nafta“ rinkos galią Baltijos šalyse. Tačiau Konkurencijos taryba nenagrinėjo, ar nuolaidų taikymas galėtų būti pagrįstas teisėtais sumetimais – visų pirma, poreikiu planuoti naftos produktų pardavimus. Pažymėtina ir tai, kad tikėtini AB „Mažeikių nafta“ lojalumo nuolaidų taikymo padariniai nebuvo analizuojami: neaišku, kokiems gamintojams buvo kliudoma įeiti į rinką, jeigu AB „Mažeikių nafta“ yra vienintelė naftos produktų gamintoja Lietuvoje, Latvijoje ir Estijoje, o dėl logistikos organizavimo kaštų, ES kokybės standartų ir kitų įėjimo į rinką kliūčių, Konkurencijos tarybos nuomone, Baltijos šalių teritorija turėtų būti laikoma uždara rinka. Be to, Konkurencijos tarybos teiginys, jog nagrinėjamos nuolaidos negali būti lyginamos su kiekybinėmis nuolaidoms, yra gana kategoriškas, atsižvelgiant į tai, kad šios nuolaidos visų pirma buvo taikomas už tam tikrą nupirktą naftos produktų kiekį, todėl vien formaliai atskiriant kiekybines nuolaidas nuo lojalumo nuolaidų, pastarąsias automatiškai laikant ekonomiškai nepagrįstomis, yra rizika netiksliai priskirti tam tikrą ūkio subjekto komercinę praktiką piktnaudžiavimui dominuojančia padėtimi. Pabrėžtina, kad besąlygiškai taikant su lojalumo nuolaidomis susijusią prezumpciją, nesiekama atsakyti į klausimą, ar dėl konkurentus šalinančio poveikio lojalumo nuolaidos kartu galėtų neigiamai paveikti vartotojus, lemdamos didesnes kainas, blogesnę prekių kokybę ir mažesnę pasirinkimą.

3.3. Susiejimas

EB sutarties 82 straipsnio c punkte kalbama apie piktnaudžiavimą susiejimu, kai dominuojantis ūkio subjektas sudaro sutartis „tik kitoms šalims priimant papildomus išpareigojimus, kurių pobūdis arba komercinė paskirtis neturi nieko bendra su tokių sutarčių sudarymu“. Tai galėtų būti, pavyzdžiui, pirkėjui primetamas išpareigojimas iš

vieno produkto tiekėjo kartu pirkti ir kitą produktą. Susiejimas gali būti ne tik sutartinis, apie kurį tiesiogiai kalbama EB sutarties 82 straipsnio c punkte, bet ir technologinis, be to, nuolaidų taikymas taip pat kartais gali turėti susiejimui analogišką poveikį. Bene labiausiai žinomas ir aktualus susiejimo pavyzdys atskleidžiamas *Microsoft* byloje⁷⁷, tačiau apskritai EB institucijų praktikoje šis piktnaudžiavimo modelis nebuvo dažnai analizuojamas.

Nagrinėjant susiejimą, Komisijos ir EB teismų analizė daugiausiai koncentruojasi ties klausimu, ar susieti produktai ar paslaugos yra atskiri ar jie yra vieno produkto ar paslaugos neatsiejamos dalys. Žinoma, tai yra svarbu, nes nesant atskirų prekių ar paslaugų susiejimo, nebus ir paties susiejimo. Vis dėlto abejotina, ar vien atskirų produktų nustatymo metodo pakanka EB sutarties 82 straipsnio pažeidimui konstatuoti⁷⁸.

Pavyzdžiui, *Hilti* byloje⁷⁹ buvo nagrinėjama situacija, kai gamintojas vinis statybiniam pistoletui Hilti pardavo tik kartu su šoviniiais. Komisija nustatė, o PIT patvirtino, kad tokia Hilti komercinė praktika prilygo piktnaudžiavimui dominuojančia padėtimi, kadangi vartotojai nebegalėjo laisvai rinktis, iš kurio gamintojo įsigyti vinis. Nors Hilti tvirtino, kad jo gaminami statybiniai pistoletai, šoviniai ir vinys sudarė vieną produktą, nei Komisija, nei PIT su tokiu argumentu nesutiko ir teigė, kad šiuo atveju egzistuoja trys atskiri produktai, kadangi rinkoje veikia nepriklausomi ir vinių, ir šovinių gamintojai.

Jau minėtoje *Tetra Pak II* byloje buvo tiriamas pilstymo mašinų ir kartoninių dėžučių susiejimo atvejis, kai Tetra Pak reikalavo iš pilstymo mašinų pirkėjų naudoti tik Tetra Pak kartonines dėžutes ir tik Tetra Pak priežiūros ir remonto paslaugas. Kaip ir Hilti byloje, šiuo atveju Komisija ir EB teismai išskyrė dvi atskiras pilstymo mašinų ir kartoninių dėžučių rinkas ir, nors Tetra Pak teisingai susiejimą technologinėmis, visuomenės sveikatos priežastimis, pripažino, kad Tetra Pak praktika prilygo piktnaudžiavimui dominuojančia padėtimi⁸⁰.

Toks EB institucijų susiejimo vertinimas gali būti interpretuojamas kaip *per se* piktnaudžiavimo įtvirtinimas, kai piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi faktui nustatyti užtenka to, kad ūkio subjektas yra dominuojantis atitinkamoje rinkoje, susieja du atskirus produktus ar paslaugas ir tokiu būdu „priverčia“ vartotoją įsigyti juos abu, apribodamas laisvę pasirinkti kitų gamintojų produkciją. Pagrindinis dėmesys tokiu atveju kreipiamas į dominuojančio ūkio subjekto elgesio formą, o ne šio elgesio padarinius. Be

⁷⁷ 2007 m. rugsėjo 17 d. PIT sprendimas byloje T-204/04, *Microsoft v Commission*. Plačiau šis sprendimas nagrinėjamas trečioje šio darbo dalyje.

⁷⁸ ROUSSEVA, išnaša. 10, p. 602.

⁷⁹ 1991 m. gruodžio 12 d. PIT sprendimas byloje T-30/89 *Hilti AG v Commission* (1990), II-1439.

⁸⁰ *Tetra Pak II* byla, išnaša 38, 34-37 pastraipos.

to, nepakankamai atsižvelgiama ir į galimą teigiamą susiejimo poveikį vartotojams – masto ekonomijos poveikį, gaminant ar paskirstant susietus produktus, išlaidų ieškant tinkamų produktų derinių sumažinimą, produkto tobulinimą, kokybės užtikrinimą⁸¹.

3.4. Atsisakymas tiekti

Aplinkybių, kurioms esant dominuojančio ūkio subjekto atsisakymas tiekti prekes ar teikti paslaugas prilygsta piktnaudžiavimui dominuojančia padėtimi, vertinimui EB institucijų praktikoje trūksta teisinio aiškumo ir tikslumo⁸². Vis dėlto šioje darbo dalyje nebus gilinamasi į konkrečią atsisakymo tiekti kaip vieno iš piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi būdų nagrinėjimo problematiką, pavyzdžiui, sąlygas, kurioms esant atsisakymas tiekti yra nepateisinamas, arba priėjimo prie esminių išteklių klausimus. Tačiau esmines egzistuojančias problemas verta pabrėžti.

Pirmąjį svarbų sprendimą atsisakymo tiekti klausimu ETT priėmė 1974 m. *Commercial Solvents* byloje⁸³. *Commercial Solvents* dominavo vaistų, skirtų gydyti tuberkuliozei, gamybai naudojamų medžiagų rinkoje. Bendrovė Zoja gamino tuberkuliozei gydyti skirtus vaistus iš *Commercial Solvents* tiekiamų žaliavų. *Commercial Solvents* nebuvo tiesioginis Zoja tiekėjas, bet tiekė žaliavas per ICI, savo dukterinę bendrovę. Vėliau *Commercial Solvents* nusprendė tiekti reikalingas žaliavas – aminobutanolį išimtinai ICI, kuris taip pat siekė užsiimti panašaus vaisto gamyba. ETT pripažino, kad *Commercial Solvents* piktnaudžiavo dominuojančia padėtimi, atsisakiusi tiekti aminobutanolį bendrovei Zoja ir tokiu būdu netiesiogiai sustiprinusi savo pozicijas rinkoje, kadangi dėl tokio atsisakymo būtų eliminuotas vienintelis konkurentas šioje produktų rinkoje. Yra autorių, teigiančių, kad tokiu būdu ETT labiausiai rūpėjo žala konkurentui, o ne vartotojams⁸⁴. Iš tiesų galbūt ši nuomonė per daug kategoriška, bet reikia pripažinti, kad vartotojų gerovė šiuo atveju buvo sutapatinta su pasirinkimo tarp keleto vaistų gamintojų buvimu. Be to, ETT nenagrinėjo, kokios galėtų būti pasekmės, jei bendrovė Zoja pakeistų ICI. Jeigu Zoja būtų priversta palikti rinką, galbūt ICI, įėjusi į šią rinką, veiktų efektyviau vartotojų labui. Vartotojai galėtų įsigyti vaistus iš ICI, o ne Zoja, ir jų pasirinkimas nebūtų mažesnis nei prieš tai. Tikėtina, kad vartotojams būtų buvę netgi

⁸¹ O'DONOGHUE, PADILLA, išnaša 4, p. 482.

⁸² HUMPE, Ch.; RITTER, C. Refusal to Deal. In *GCLC Research Papers on Article 82 EC*, College of Europe, Global Competition Law Centre, July 2005, p. 134.

⁸³ 1974 m. kovo 6 d. ETT sprendimas byloje C-6-7/73, *Commercial Solvents v Commission* (1974), ECR 223.

⁸⁴ GORMSEN Lovdahl, Lisa. Article 82 EC: Where are we coming from and where are we going to? *The Competition Law Review*, March 2006, Vol. 2, Issue 2, p. 13.

naudingiau pirkti vaistus iš ICI, kadangi būdama dukterine Commercial Solvents bendrove, ji galėtų įsigyti žaliavų daug pigiau. Pažymėtina, kad *Commercial Solvents* byla rėmėsi ir Lietuvos Konkurencijos taryba *KLASCO* byloje⁸⁵, nustačiusi, kad AB „Klaipėdos jūrų krovinių kompanija“ (KLASCO), įsteigusi savo įmonę UAB „Komeksimas“, riboja galimybę prieiti prie uosto krantinių ūkio subjektams, teikiantiems laivų aptarnavimo paslaugas, ir tokiu būdu piktnaudžiavo dominuojančia padėtimi.

Ypač problematiškas yra atsisakymo suteikti priėjimą prie išteklių, saugomų intelektualinės nuosavybės teisių, vertinimas. *Magill* byloje⁸⁶ ETT nustatė, kad trijų televizijos bendrovių atsisakymas suteikti autorių teisių saugomą informaciją apie televizijos programas prilygo piktnaudžiavimui dominuojančia padėtimi, nes neleidoje rinkoje atsirasti naujam produktui – savaitiniam televizijos programų leidiniui. Sprendimas buvo labai kontroversiškas, kadangi atvėrė galimybę riboti intelektualinės nuosavybės teises. *IMS Health* prejudiciniame sprendime⁸⁷ dėl IMS sukurtos ir autorių teisių saugomos „1860 plytelių struktūros“ ETT patvirtino, kad išskirtiniais atvejais intelektualinės nuosavybės teisių ribojimas yra galimas, laikantis tam tikrų sąlygų: licencijos nesuteikimas užkirstų kelią naujo produkto rinkoje atsiradimui, yra nepateisinamas ir panaikina visą konkurenciją atitinkamoje rinkoje.

Kalbant apie intelektualinės nuosavybės teises, netgi jei atsisakymas tiekti prekes ar teikti paslaugas neigiamai veiktų vartotojų gerovę trumpuoju laikotarpiu, ilginiui jis galėtų būti netgi socialiai naudingas. Natūralu, kad priverčiant įmonę dalintis su kitais savo investicijų ir inovacijų rezultatais, noras ateityje investuoti ir kurti gali žymiai sumažėti, tokiu būdu galiausiai nukentėtų patys vartotojai. Atitinkamai nepasveriant galimų teigiamų ir neigiamų atsisakymo tiekti padarinių, dėmesį sutelkiant vien į galimą neigiamą poveikį konkurencijai rinkoje, ir neatsižvelgus į vartotojų ne tik trumpalaikius, bet ir ilgalaikius interesus, išlieka rizika, kad piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi bus nustatomas nepagrįstai kaip ir tuo atveju, kai griežtai laikomasi *per se* neteisėtumo taisyklės.

⁸⁵ 2002 m. balandžio 11 d. Konkurencijos tarybos nutarimas Nr. 5/b „Dėl AB „Klaipėdos jūrų krovinių kompanija“ veiksmų atitikimo Konkurencijos įstatymo 9 straipsnio 3 punkto reikalavimus“. Nutarimo rezoliucinė dalis skelbta: Inf. pranešimai, 2002, Nr. 33-140.

⁸⁶ 1995 m. balandžio 6 d. ETT sprendimas sujungtose bylose C-241/91 P ir C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission* (1995), ECR I-743.

⁸⁷ 2004 m. balandžio 29 d. ETT sprendimas byloje C-418/01, *IMS Health GmbH & Co* (2004), ECR I-5039.

II. EB SUTARTIES 82 STRAIPSNIO REFORMA: TIKSLAI IR KRYPTYS

Pirmoje darbo dalyje buvo parodyta, kad EB teismų jurisprudencijoje pateikiama piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi samprata nėra pakankamai aiški, todėl kartais labai sunku nubrėžti ribą tarp teisėto elgesio ir piktnaudžiavimo. Be to, trumpai apžvelgus reikšmingiausius PIT ir ETT sprendimus grobuoniškos kainodaros, lojalumo nuolaidų, susiejimo ir atsisakymo tiekti srityse, galima padaryti išvadą, kad tiriant piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi atvejus, nepakankamai atsižvelgiama į ūkio subjektų komercinės praktikos poveikį konkurencijai ir vartotojams, dažnai preziumuojant, jog tam tikras elgesys savaime lemia antikonkurencines pasekmes. Dėl šių priežasčių EB institucijų praktika, taikant EB sutarties 82 straipsnį šalinantį poveikį turinčiam piktnaudžiavimui dominuojančia padėtimi, sulaukė daug kritikos. Atsakant į minėtą kritiką 2005 m. gruodžio 19 d. Komisijos Konkurencijos Generalinis direktoratas paskelbė jau minėtą Svarstytiną pranešimą dėl Sutarties 82 straipsnio taikymo šalinantį poveikį turinčiam piktnaudžiavimui⁸⁸, kuriame pateikiamos Komisijos planuojamos EB sutarties 82 straipsnio taikymo reformos kryptys. Jis parengtas gairių forma ir pristato „daugiau ekonomikos mokslu pagrįstą“ šalinantį poveikį turinčio piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi analizės modelį. Svarstytiną pranešimą sulaukė daugiau nei šimto komentarų iš akademinės visuomenės bei teisės praktikų⁸⁹. Nors praėjo jau beveik treji metai po jo publikavimo, vis dar nėra aišku, ar ateityje Svarstytiną pranešimą bus transformuotas į Komisijos gaires.

Šioje darbo dalyje bendriausia prasme bus siekiama atskleisti, kuo skiriasi Svarstytiną pranešimą siūlomas piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi nagrinėjimo modelis nuo EB teismų jurisprudencijoje išplėto to požiūrio į piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi: ką reiškia „labiau ekonomikos mokslu pagrįstas požiūris“ ir vartotojų gerovės standartas, kokie jų privalumai ir trūkumai bei kiek jie nukrypsta nuo esamos praktikos. Šioje darbo dalyje taip pat bus atskleistos dvi pagrindinės siūlomos reformos įgyvendinimo kryptys, pristatomos Svarstytiname pranešime: vienodai efektyvaus konkurento testas bei efektyvumu pagrįstas piktnaudžiavimo pateisinamumas.

⁸⁸ Svarstytiną pranešimas, išnaša 2.

⁸⁹ Comments on the public consultation on discussion paper on the application of Article 82 to exclusionary abuses (March 2006) [žiūrėta 2007-10-15]. Prieiga per internetą: <<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/contributions.html>>.

1. EB sutarties 82 straipsnio reformos tikslai

Pažymėtina, kad po reikšmingo EB sutarties 81 straipsnio ir įmonių koncentracijų kontrolės reglamentavimo modernizavimo⁹⁰, EB sutarties 82 straipsnis liko vienintele nuostata EB konkurencijos teisėje, taikoma be didesnio ekonominio vertinimo, nepakankamai atsižvelgiant į vartotojų interesus ir priešišškai žiūrint į galimus šalinantį konkurentus poveikį turinčio elgesio pateisinimus⁹¹. Dėl šių priežasčių Komisija Svarstytiname pranešime tiesiogiai pabrėžė efektyvios konkurencijos kaip būdo užtikrinti vartotojų gerovę naudą⁹², o naujas Komisijos siūlomas piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi vertinimas dažniausiai yra apibendrintai vadinamas labiau ekonomikos mokslu pagrįsta analize, kadangi pagrindiniu jos akcentu tampa klausimas, ar konkretus dominuojančio ūkio subjekto elgesys neigiamai veikia vartotojų gerovę⁹³.

1.1. Ekonomikos mokslo vaidmuo piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi analizėje

Reikia pripažinti, kad sąvoka „labiau ekonomikos mokslu pagrįsta analizė“ yra nevienareikšmiška ir klaidinanti. Ją paprasčiausiai galima būtų interpretuoti kaip reiškiančią didesnę ekonomikos mokslo siūlomų metodų naudojimą konkurencijos teisėje, kadangi jais remiantis tam tikro elgesio pasekmės gali būti įvertinamos tiksliau ir efektyviau⁹⁴. Ekonomikos metodų naudojimo reikšmė konkurencijos teisėje yra visuotinai pripažinta, tačiau išsigilinus į Komisijos Svarstytiname pranešime pateiktus pasiūlymus, aiškėja, kad ekonomikos mokslas turėtų būti naudojamas ne tik faktinei analizei, bet ir nustatant elgesio normas pagal vartotojų gerovės standartą⁹⁵. Tai, daugelio autorių nuomone, yra esminis pokytis EB sutarties 82 straipsnio taikymo praktikoje, kadangi EB sutarties 82 straipsnio taikymas ekonominio pobūdžio faktams ir aplinkybėms jau savaime lemia ekonomikos mokslo siūlomų metodų naudojimą ir tai konkurencijos teisėje nėra naujiena. Kita vertus, visiškai atskirti interpretacinę ir normatyvinę ekonomikos

⁹⁰ 2002 m. gruodžio 16 d. Tarybos Reglamentas (EB) Nr. 1/2003 dėl konkurencijos taisyklių, nustatytų Sutarties 81 ir 82 straipsniuose, įgyvendinimo, OL L 1, 2003 1 4, p. 1-25; 2004 m. sausio 20 d. Tarybos reglamentas (EB) Nr. 139/2004 dėl koncentracijų tarp įmonių kontrolės (EB Susijungimų reglamentas), OL L 24, 2004 1 29, p. 1-22

⁹¹ ROUSSEVA, išnaša 10, p. 587.

⁹² Svarstytiname pranešime, išnaša 2, 4 pastraipa.

⁹³ GERBER, išnaša 5, p. 9.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 11.

⁹⁵ *Ibid.*

mokslo vaidmenis, kaip siūlo D. Gerber⁹⁶, šio darbo autorės nuomone, nebūtų labai tikslu, atsižvelgiant į tai, kad pasirinkus vartotojo gerovės standartą ūkio subjektų elgesiui vertinti, kartu iškilis ir būtinybė daugiau remtis ekonomine faktų analize. Tai akivaizdu, pažvelgus, pavyzdžiui, į Komisijos siūlomą kompleksišką ir sudėtingai praktikoje naudotiną nuolaidų taikymo vertinimą⁹⁷.

Komisijos siūlymas daugiau naudotis ekonomine analize be teigiamų nuomonių kartu sulaukė ir nemažai kritikos. Yra autorių, teigiančių, kad konkurencijos iškraipymas yra teisinė sąvoka, taigi ekonomikos teorija apskritai neturėtų būti naudojama jai apibrėžti⁹⁸. Be to, reikia atsižvelgti ir į praktinius ekonominių metodų taikymo sunkumus. Sudėtingų ekonominių testų naudojimas gali sąlygoti ilgai trunkantį tyrimą ir abejotinus jo rezultatus, o kol vyksta tyrimas, konkurencijai rinkoje gali būti padaryta didelė nepataisoma žala⁹⁹. Pabrėžiama ir tai, kad administracijos pareigūnų ir teisėjų galimybės remtis ekonominiiais metodais nėra neribotos. Jeigu kiekvieną kartą komercinė praktika būtų vertinama pagal jos sukeltas ekonomines pasekmes, atsižvelgiant į paskirstymo ar gamybos efektyvumą, teisinio netikrumo ir nuspėjamumo išvengti niekaip nepavyktų. Vis dėlto kitų autorių nuomone, teisinio tikrumo, naudojant *per se* neteisėtumo taisyklę ir vertinant elgesį tik pagal jo formą, nėra daugiau nei remiantis ekonomine faktų analize, kadangi pastaruoju atveju bus užtikrinama, kad tuos pačius antikonkurencinius padarinius sukeliantis, bet skirtingai pasireiškiantis, elgesys bus vertinamas vienodai¹⁰⁰.

Lietuvoje ekonominės piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi analizės pavyzdį iliustruoja 2006 m. *TEO LT* byla¹⁰¹, kurioje Konkurencijos taryba nustatė, jog bendrovė TEO LT, AB taikė „kainų spaudimo“ (angl. – *margin squeeze*) praktiką ir todėl piktnaudžiavo dominuojančia padėtimi didmeninėje ADSL rinkoje: Konkurencijos taryba, atlikdama tyrimą, detaliai nagrinėjo didmeninės ADSL paslaugas ir mažmeninių jos pagrindu teikiamų ADSL interneto prieigos paslaugų kainas bei jų skirtumą.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 12.

⁹⁷ Svarstytinas pranešimas, išnaša 2, 152-165 punktai.

⁹⁸ EILMANSBERGER, išnaša 45, p. 137.

⁹⁹ MERTIKOPOULOU, Victoria. DG Competition's Discussion Paper on the Application of Article 82 of the EC Treaty to Exclusionary Abuses: the Proposed Economics Reform from a Legal Point of View, *European Competition Law Review*, 2007, Vol. 28, No. 4, p. 246.

¹⁰⁰ Report by the EAGCP, išnaša 54, p. 4.

¹⁰¹ 2006 m. spalio 5 d. Konkurencijos tarybos nutarimas Nr. 2S-12 „Dėl TEO LT, AB veiksmų atitikties Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymo 9 straipsnio reikalavimams“. Nutarimo rezoliucinė dalis skelbta: Inf. pranešimai, 2006, Nr. 81-802.

1.2. Vartotojų gerovės standarto taikymas

Kadangi Svarstytiname pranešime yra daug nuorodų į vartotojų gerovę ar žalą vartotojams, dauguma autorių pripažįsta, kad Komisijos požiūris nukrypo nuo tradicinio ir pristato visiškai naują kryptį, nagrinėjant piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi atvejus¹⁰². Pastarąją nuostatą patvirtina ir Konkurencijos komisarės Neelie Kroes 2005 m. kalba apie numatomą EB sutarties 82 straipsnio reformą¹⁰³.

Jau pirmoje darbo dalyje, kalbant apie EB sutarties 82 straipsnio tikslus, buvo pabrėžta, kad konkurencija rinkoje saugoma ne vardan pačios konkurencijos, bet siekiant užtikrinti vartotojų interesus. Todėl kyla klausimas, kuo šis požiūris į konkurencijos rinkoje apsaugą skiriasi nuo Svarstytiname pranešime pristatomo „labiau ekonomikos mokslu“ pagrįsto piktnaudžiavimo vertinimo, jeigu abiem jais galiausiai norima užtikrinti vartotojų gerovę? Atsakant į šį klausimą, svarbu pabrėžti, kad dabartinė piktnaudžiavimo analizė, kurios ištakas galime rasti vokiečių ordoliberalų idėjose, koncentruojasi ties konkurencijos procesu. Tai, kad vartotojai iš to gauna naudos, yra laikoma netiesiogine konkurencijos pasekme, kadangi laikoma, jog „pats konkurencinis procesas skatina inovacijas, technikos pažangą, kokybiškesnį vartotojų poreikių tenkinimą ir taip reikšmingai prisideda prie visuomenės gerovės didinimo“¹⁰⁴. Priešingai, vartotojų gerovės metodas akcentuoja konkurencinio proceso lemiamus rezultatus ir siekia juos išmatuoti, taigi didžiausias dėmesys tokiu atveju yra kreipiamas į elgesio padarinius, o ne į jo formą.

Vertinant tą pačią dominuojančio ūkio subjekto komercinę praktiką skirtingais metodais, galima prieiti ir prie skirtingų išvadų: saugant konkurencijos procesą ir ribojant dominuojančio ūkio subjekto galią rinkoje, tikėtina, kad vartotojai turės didesnę pasirinkimą ir kartu bus padidintas išteklių paskirstymo efektyvumas¹⁰⁵, vis dėlto tai nėra garantuota¹⁰⁶. Gali būti, kad efektyviausiai aprūpinti vartotojus sugebės būtent vienas gamintojas, ypač esant didelei masto ekonomijai¹⁰⁷. Taigi net ir aiškus konkurencijos

¹⁰² WURMNEST, Wolfgang. The reform of Article 82 EC in the light of the „economic approach“ [interaktyvus]. [Žiūrėta 2008-03-01], p. 18. Prieiga per internetą:

<http://www.mpipriv-hh.mpg.de/deutsch/Mitarbeiter/Wurmnest/Wurmnest_Reform_of_Art82.pdf>.

¹⁰³ „...the main and ultimate objective of Article 82 is to protect consumers...“ (liet. - „...pagrindinis ir galutinis 82 straipsnio tikslas yra apsaugoti vartotojus...“), KROES, Neelie. Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82. Speech at the Fordham Corporate Law Institute, New York, 23rd September 2005. [Žiūrėta 2008-03-05]. Prieiga per internetą:

<<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/537&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>>.

¹⁰⁴ KLIMAŠAUSKIENĖ, Danguolė. Konkurencijos samprata ekonomikos teorijoje. *Ekonomika*, 2007, 79 tomas, p. 112.

¹⁰⁵ Išteklių paskirstymo (alokacinis) efektyvumas suprantamas kaip toks išteklių paskirstymas ekonomikoje, kuris užtikrina, kad ištekliai naudojami labiausiai vartotojų vertinamų gėrybių gamybai. *Ibid*, p. 114.

¹⁰⁶ GORMSEN, išnaša 84, p. 15.

¹⁰⁷ *Ibid*.

apribojimas gali tuo pačiu suteikti ekonominės naudos vartotojams¹⁰⁸. Dėl šios priežasties Svarstytiname pranešime pristatytas vartotojų gerovės metodas atrodo pranašesnis, nes turėtų sumažinti galimybę nepagrįstai drausti tokią ūkio subjektų komercinę praktiką, kuri niekaip neigiamai neatsiliepia vartotojams.

Apskritai vartotojų gerovės standartas konkurencijos teisėje buvo išplėtotas vadinamoje Čikagos teisės mokykloje ir tapo pagrindine JAV konkurencijos teisės idėja, tačiau Europoje jam buvo skiriamas daug mažesnis dėmesys¹⁰⁹. Reikia pastebėti, kad siekti vartotojų gerovės galima įvairiais ir nevienodai veiksmingais metodais, kurių pasirinkimas priklauso nuo to, kokių įrodymų apie žalą ar naudą konkurencijos priežiūros institucijos pareikalaus piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi bylose. Todėl konkurencijos užtikrinimas, pagrįstas vartotojų gerovės standartu, turėtų remtis analize, kaip komercinė praktika veikia vartotojus, taigi konkurencijos institucijos turėtų reikalauti išsamių įrodymų apie naudą ar žalą vartotojams.

Yra autorių, teigiančių, kad terminas „vartotojų gerovė“ yra dažnai neteisingai suprantamas ir interpretuojamas konkurencijos teisėje, kadangi juo norima nurodyti ekonominį efektyvumą ar tam tikrus vartotojų interesus, neapibrėžiant tikrojo jų turinio¹¹⁰. Iš tiesų terminas „vartotojų gerovė“ gali įgyti kelis reikšmes: jis gali būti suprantamas kaip bendra visuomenės gerovė (angl. – *total welfare*) ir ekonominis efektyvumas, kaip trumpalaikiai arba kaip ilgalaikiai vartotojų interesai¹¹¹. Pabrėžtina, kad vartotojų sąvoka konkurencijos teisėje yra platesnė nei vartotojų teisėje, kadangi apima „visus tiesioginius ir netiesioginius produktų, dėl kurių sudaromas susitarimas, vartotojus, įskaitant gamintojus <...>, didmenininkus, mažmenininkus ir galutinius vartotojus, t.y. asmenis, kurie perka tuos produktus kitiems tikslams, nei tiesioginė jų prekyba ar profesinė veikla“¹¹². Toks vartotojų apibrėžimas kartu lemia ir konkurencijos teisės saugomų vartotojų interesų pobūdį: šie interesai apima ne tik tiesioginius galutinių vartotojų interesus, bet daugiau akcentuoja vartotojų gerovę ekonominiu požiūriu – kainų, pasirinkimo, inovacijų ir kokybės prasme. Todėl tokie interesai, kaip vartotojų sveikata, saugumas, informavimas, lieka antraeiliai.

PIT *British Airways* byloje pažymėjo, kad EB sutarties 82 straipsnis nereikalauja įrodymo, kad nagrinėjamas elgesys turėjo realų ar tiesioginį poveikį vartotojams, kadangi saugant rinkos struktūrą nuo iškraipymų, laikoma, kad kartu geriausiai užtikrinami ir

¹⁰⁸ CSERES, K J. The controversies of the consumer welfare standard, *The Competition Law Review*, March 2007, Vol. 3, Issue 2, p. 147.

¹⁰⁹ WURMNEST, išnaša 102, p. 16.

¹¹⁰ CSERES, išnaša 108, p. 121-173.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Komisijos komunikatas. Sutarties 81 straipsnio 3 dalies taikymo gairės, 2004/C 101/08, 84 pastraipa.

virtotojų interesai¹¹³. Dėl šios priežasties tiesioginių nuorodų į virtotojų gerovę EB institucijų praktikoje yra labai nedaug. Dažniausiai, kalbant apie virtotojus, yra pabrėžiamas pasirinkimo tarp skirtingų tiekėjų ar gamintojų ribojimas. Pavyzdžiui, *Microsoft* byloje Komisija pripažino, kad bendrovės Microsoft atsisakymas suteikti informaciją konkurentams apie funkcinę suderinamumą gali lemti virtotojų pasirinkimo sumažėjimą¹¹⁴, o *United Brands* byloje ETT teigė, jog ūkio subjekto draudimas distributoriui perparduoti tam tikrus produktus prilygsta piktnaudžiavimui dominuojančia padėtimi, kadangi tokiu būdu apriboja rinką ir sukelia žalą virtotojams¹¹⁵. Akivaizdu, kad suprantant žalą virtotojams labai siaurai ir tapatinant ją su galimybės pasirinkti tiekėjų ribojimu, virtotojų interesų pažeidimai galės būti nustatomi bet kada, kai tik iš rinkos bus išstumtas nors vienas dominuojančio ūkio subjekto konkurentas. Taigi Komisijos Svarstytiname pranešime, akcentuojant naudą virtotojams, pasireiškiančią žemomis kainomis, aukštos kokybės produktais, dideliu prekių ir paslaugų pasirinkimu bei inovacija, virtotojų gerovė suprantama daug plačiau¹¹⁶.

Praktikoje virtotojų gerovės standarto taikymas gali sukelti tam tikrų problemų. Ūkio subjektui gali būti sunku iš anksto prieš imantis tam tikros komercinės praktikos pasverti visus teigiamus ir neigiamus jos padarinius, o tai, ko tikisi ūkio subjektas *ex ante*, gali visiškai nesutapti su tuo, kas įvyks *ex post*¹¹⁷. Įrodyti žalą virtotojams praktikoje gali būti labai sudėtinga, tačiau teorijoje galima rasti nuorodų, kaip šį įrodinėjimo procesą palengvinti¹¹⁸. Siūloma pirmiausiai atsižvelgti į tai, kokią įtaką komercinė praktika turėjo gamybos apimčiai, kainoms ir kokybei. Nors dažnai tiesioginės įtakos šiems veiksniams galima ir nenustatyti (pavyzdžiui, tuo atveju, jei padariniai dar nespėjo pasireikšti), juos galima pagrįstai prognozuoti, remiantis tais pačiais metodais, kurie yra taikomi ūkio subjektų koncentracijų bylose¹¹⁹.

Glaudžiai su virtotojų interesų apsaugos užtikrinimu susijęs EB sutarties 82 straipsnio reformos tikslas yra pakeisti *per se* neteisėtumo taisyklėmis grindžiamą piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi analizę, reikalaujant kiekvieną kartą įrodyti realius arba tikėtinus, o ne tik potencialius antikonkurencinius ūkio subjekto elgesio padarinius¹²⁰. Taigi siekiant įrodyti, kad elgesys prilygsta piktnaudžiavimui, reiktų nustatyti, kad jis turi tikėtiną „rinkos uždarymo“ (angl. – *foreclosure*) poveikį. Šis

¹¹³ *British Airways* byla, išnaša 74, 264 pastraipa.

¹¹⁴ 2003 m. kovo 24 d. Komisijos sprendimas COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*, 782 pastraipa.

¹¹⁵ 1978 m. vasario 14 d. ETT sprendimas byloje C-27/76, *United Brands* (1978), ECR 207, 159 pastraipa.

¹¹⁶ Svarstytinis pranešimas, išnaša 2, 4 pastraipa.

¹¹⁷ O'DONOGHUE, PADILLA, išnaša 4, p. 193.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 222.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 223.

¹²⁰ Svarstytinis pranešimas, išnaša 2, 4 ir 55 pastraipos.

poveikis pasireikš ne tik tuo atveju, jei konkurentams bus užkirstas kelias patekti į rinką arba jie bus priversti iš jos pasitraukti, bet netgi, jeigu jie būtų priversti konkuruoti ne taip agresyviai¹²¹. Be to, „rinkos uždarymas“ turėtų iškraipyti pačią rinką (angl. – *market distorting foreclosure*) ir lemti tikėtiną kainų augimą, tokiu būdu sąlygojant žalą vartotojams¹²². Taigi iš esmės antikonkurencinį „rinkos uždarymo“ poveikį Komisija siūlo naudoti kaip pagrindinį kriterijų, nustatant žalą vartotojams.

Nors Svarstytiname pranešime akcentuojama vartotojų apsauga, tačiau jame yra ir sunkiai su ja besiderinanti nuostata: tuo atveju, kai šalinantį poveikį turintis elgesys tikrai neatitinka konkurencijos, pagrįstos „*competition on the merits*“ principu, ypač, kai elgesys aiškiai nesukuria jokio efektyvumo ir tik trikdo konkurenciją, toks elgesys gali būti preziumuojamas pažeidžiančiu EB sutarties 82 straipsnį¹²³. Taigi atrodo, kad visiškai *per se* neteisėtumo taisyklės neatsisakoma, bet ji turėtų būti taikoma ypač retais, išskirtiniais atvejais.

2. Pagrindinės EB sutarties 82 straipsnio reformos įgyvendinimo kryptys

Komisija, Svarstytiname pranešime iškėlusį tikslą reformuoti EB sutarties 82 straipsnio taikymą, labiau atsižvelgiant į vartotojų interesus, kartu pristato ir pagrindines šios reformos įgyvendinimo kryptis. Šio darbo autorės nuomone, reikšmingiausios jų yra vienodai efektyvaus konkurento testas bei gynyba, pagrįsta, efektyvumu, todėl toliau jie bus analizuojami detaliau. Kartu šiame darbo skyriuje bus siekiama parodyti, kad nagrinėjamos reformos kryptis kartais nesuderinamos su siekiu pirmiausia užtikrinti vartotojų gerovę, todėl kyla abejonė, ar vartotojų gerovę galime laikyti svarbiausiu tikslu, modernizuojant EB sutarties 82 straipsnio taikymo praktiką, ir ar tam tikrais atvejais efektyvios konkurencijos proceso siekiui neteikiama pirmenybė.

2.1 Vienodai efektyvaus konkurento testas

Vienodai efektyvaus konkurento testas, taikomas kainų nustatymu pagrįstam piktnaudžiavimui identifikuoti, nėra visiškai naujas. Jį pirmasis pasiūlė R. Posner savo knygoje „*Antitrust law*“, teigdamas, kad konkurentą šalinantis elgesys yra toks, kuris eliminuoja iš rinkos vienodai efektyvų ar efektyvesnį konkurentą¹²⁴. Kaip buvo atskleista

¹²¹ *Ibid.*, 58 pastraipa.

¹²² *Ibid.*

¹²³ *Ibid.*, 60 pastraipa.

¹²⁴ POSNER, Richard. *Antitrust law*, 2nd edition. Chicago: University of Chicago Press, 2001, p. 194-196.

šiam darbe, kalbant apie elgesį, neatitinkantį „*normal competition on the basis of performance*“ principo, natūralu, kad įmonėms konkuruojant, kai kurios iš jų galiausiai yra priverstos palikti rinką. Taigi tam, kad atskirtume šį natūralų procesą nuo situacijos, kai iš rinkos pašalinami konkurentai dėl dominuojančio ūkio subjekto piktnaudžiaujančio elgesio, vienodai efektyvaus konkurento testas reikalauja atsakyti į klausimą, ar pats dominuojantis subjektas sugebėtų išlikti rinkoje, jei būtų analogiško elgesio taikiny. Šis metodas pagrįstas idėja, jog ne tokios efektyvios įmonės paprastai neturėtų būti saugomos nuo agresyvios konkurencijos, nes vartotojams didžiausią naudą suteikia būtent efektyviausios įmonės¹²⁵.

Vienodai efektyvaus konkurento metodas, vertinant šalinantį poveikį turintį piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi, taip pat pristatomas ir Komisijos Svarstytiname pranešime, teigiant, kad paprastai tik toks elgesys, kuris pašalintų vienodai efektyvų hipotetinį konkurentą, bus laikomas piktnaudžiavimu dominuojančia padėtimi¹²⁶. Vienodai efektyvus konkurentas, remiantis Svarstytinu pranešimu, yra toks, kurio kaštai lygūs dominuojančio subjekto kaštams. Vienodai efektyvaus konkurento eliminavimas paprastai gali būti tik dominuojančio ūkio subjekto kainų, žemesnių nei jo kaštai, nustatymo rezultatas¹²⁷.

Kai kurių autorių nuomone, vienodai efektyvaus konkurento testas nesuderinamas su esama EB teismų praktika¹²⁸. Pavyzdžiui, *British Airways* byloje PIT pabrėžė aplinkybę, jog *British Airways* konkurentės Jungtinėje Karalystėje negalėjo sutelkti pakankamai kapitalo, kuris leistų joms sukurti veiksmingą premijų sistemą, siekiant kompensuoti *British Airways* premijų sistemų eliminavimo poveikį¹²⁹. Vis dėlto byloje dėl kainų spaudimo (angl. - *margin squeeze*) vienodai efektyvaus konkurento testas yra plačiai naudojamas¹³⁰. Jis taip pat buvo pritaikytas ir Konkurencijos tarybai vykdant tyrimą dėl *TEO LT*, *AB* veiksmų atitikties Konkurencijos įstatymo 9 straipsnio reikalavimams¹³¹.

¹²⁵ O'DONOGHUE, PADILLA, išnaša 4, p. 191.

¹²⁶ Svarstytinasis pranešimas, išnaša 2, 63 pastraipa.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ MERTIKOPOULOU, išnaša 99, p. 244.

¹²⁹ *British Airways* byla, išnaša 74, 278 pastraipa.

¹³⁰ Pavyzdžiui, 2000 m. lapkričio 30 d. PIT sprendimas byloje T-5/97, *Industrie des Poudres Sphériques v Commission* (2000), ECR II-3755.

¹³¹ *TEO LT* byla, išnaša 101.

2.1.1. Vienodai efektyvaus konkurento testo kritika

Yra autorių, teigiančių, kad vienodai efektyvaus konkurento testas, akcentuodamas tai, koks ūkio subjektas turėtų likti rinkoje, o ne tai, koks dominuojančio ūkio subjekto elgesys prilygsta piktnaudžiavimui, nukrypsta nuo pačios EB sutarties 82 straipsnio esmės¹³². Kita vertus, jis iš tiesų padeda įvertinti vieną iš svarbių piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi aspektų – antikonkurencinius elgesio padarinius, t. y. padeda atskirti „paprastą“ ūkio subjekto išstūmimą iš rinkos nuo poveikio efektyviai rinkos struktūrai, minėtą *Continental Can* byloje¹³³.

Vis dėlto vienodai efektyvaus konkurento metodas ne taip lengvai taikomas praktikoje. Konkurencijos priežiūros institucijai norint įvertinti dominuojančio ūkio subjekto kaštus, labai svarbu, kad šis subjektas su ja bendradarbiautų ir pateiktų reikiamą informaciją apie savo kaštus, taigi surinkti reikiamus duomenis gali būti sudėtinga. Be to, nėra visuotinai sutarta, į kokios rūšies kaštus bus atsižvelgiama, taikant vienodai efektyvaus konkurento metodą. Komisija siūlo vertinti ūkio subjekto pajamas ir kaštus „platesniame kontekste“¹³⁴, o tokiu atveju, kai patikimų duomenų apie dominuojančio ūkio subjekto kaštus iš viso nėra, gali būti naudojami tariamai efektyvių (angl. – *apparently efficient*) konkurentų duomenys¹³⁵. Visa tai rodo, kad vienodai efektyvaus konkurento testo taikymas praktikoje gali neretai remtis vien spėjimais, taigi ir praktinė tokio metodo vertė stipriai sumažėja¹³⁶.

Aptariamas testas kartu turi ir kitų trūkumų. Remiantis juo, daugelis antikonkurencinio elgesio atvejų galėtų likti nepastebėti. Šią išvadą lemia visų pirma tai, kad dominuojančio ūkio subjekto, gaminančio paprastai didesniais kiekiais nei konkurentai, vidutiniai kaštai gali būti mažesni nei konkurentų. Taigi elgesys, kuris nors ir nelemtų vienodai efektyvių konkurentų eliminavimo, gali sąlygoti vienintelių dominuojančio ūkio subjekto konkurentų išstūmimą iš rinkos¹³⁷.

Komisija Svarstytiname pranešime taip pat nurodo, kad kartais gali būti būtina apsaugoti ir (kol kas) ne tokius efektyvius konkurentus. Tokiu atveju elgesio vertinimas remsis ne tik ūkio subjekto kaštų ir kainų palyginimu, bet bus taip pat atsižvelgiama į masto ekonomiją bei kitas specifines rinkos aplinkybes¹³⁸. Iš tiesų ne tokių efektyvių

¹³² MERTIKOPOULOU, išnaša 99, p. 244.

¹³³ *Continental Can byla*, išnaša 8, 26 pastraipa.

¹³⁴ Svarstytinis pranešimas, išnaša 2, 67 pastraipa.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ WURMNEST, išnaša 102, p. 24.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ Svarstytinis pranešimas, išnaša 2, 67 pastraipa.

konkurentų rinkoje buvimas vartotojų interesų požiūriu galėtų būti netgi pageidautinas. Kai tokių konkurentų nėra, konkurencinis spaudimas dominuojančiam ūkio subjektui taip pat sumažėja, o mažiau efektyvių ūkio subjektų konkurencinis spaudimas gali būti net stipresnis už vienos vienodai efektyvios įmonės spaudimą dominuojančiam ūkio subjektui¹³⁹. Ne tokių efektyvių konkurentų apsaugą atspindi ir ETT praktika, pavyzdžiui, *CEWAL* byloje teismas pripažino, kad ir kainų virš vidutinių bendrųjų kaštų nustatymas gali prilygti piktnaudžiavimui dominuojančia padėtimi¹⁴⁰ (nukrypstant nuo *AKZO* byloje suformuluotų principų).

Taigi nors iš pirmo žvilgsnio atrodantis paprastas ir pagrįstas metodas, vienodai efektyvaus konkurento testas gali pareikalauti išsamios ekonominės analizės, kurios rezultatus bus sudėtinga numatyti. Ypač svarbu tai, kad vienodai efektyvaus konkurento testas gali būti vertinamas kaip nukrypimas nuo vartotojų gerovės standarto taikymo¹⁴¹, kadangi juo nesiekama nustatyti, ar ūkio subjekto elgesys lemia ar galėtų lemti konkurentų, užtikrinančių vartotojų gerovę, eliminavimą¹⁴², o akcentuojama tik tai, ar konkurentai yra tokie pat efektyvūs kaip ir dominuojantis subjektas.

2.2. Gynyba, pagrįsta efektyvumu

Svarstytiname pranešime nurodomi du galimi gynybos būdai šalinantį poveikį turinčiam ūkio subjekto elgesiui pateisinti: objektyvus pateisinamumas ir gynyba, pagrįsta efektyvumu. Objektyvus pateisinamumas gali būti dviejų rūšių: pirma, ūkio subjektas gali teisinti savo elgesį, remdamasis būtinumu dėl nuo jo nepriklausančių priežasčių (objektyvus būtinumas), antra, tam tikra komercinė praktika gali būti naudojama kaip atsakas, ginant verslo interesus (verslo interesų gynyba)¹⁴³. Šie du antikonkurencinio elgesio pateisinimo būdai nėra naujiena EB teismų ir Komisijos praktikoje, tačiau gynybos metodo, pagrįsto efektyvumu, įtvirtinimas Svarstytiname pranešime sukėlė daugiausia diskusijų ir yra vertinamas kaip viena iš reikšmingiausių EB sutarties 82 straipsnio modernizavimo krypčių.

Naudojant gynybos, pagrįstos efektyvumu, metodą, ūkio subjektas stengiasi įrodyti, kad jo elgesys, nors ir turi šalinantį konkurentus poveikį, didina efektyvumą ir šio efektyvumo nauda nusveria galimus neigiamus padarinius konkurencijai. Pavyzdžiui, grobuoniškos kainodaros atveju kainų mažinimas gali būti teisinamas poreikiu didinti

¹³⁹ MERTIKOPOULOU, išnaša 99, p. 245.

¹⁴⁰ *CEWAL* byla, išnaša 32.

¹⁴¹ FAULL, NIKPAY, išnaša 44, p. 417.

¹⁴² VICKERS, John. Abuse of market power, *The Economic Journal*, June 2005, Vol. 115, No. 504, p. 258.

¹⁴³ Svarstytinias pranešimas, išnaša 2, 77-79 pastraipos.

paklausą įmonės produkcijai: parduodant mažesnėmis kainomis naujus gaminius siekiama su jais supažindinti vartotojus.

Svarstytiname pranešime numatytos keturios sąlygos, kurių turėtų laikytis dominuojantis ūkio subjektas, teisindamas savo komercinę praktiką ekonominio efektyvumo pagrindais: pirma, atitinkamas elgesys lemia ar tikėtinai lems ekonominį efektyvumą (pavyzdžiui, tam tikra komercinė praktika sąlygoja kokybiškesnę produkciją, mažina kaštus ir panašiai); antra, atitinkamas elgesys yra būtinas, norint pasiekti efektyvumą; trečia, efektyvumas teikia naudą vartotojams, ketvirta, konkurencija didelėje atitinkamų produktų rinkos dalyje nėra eliminuojama¹⁴⁴. Šios sąlygos panašios į tas, kurios taikomos, remiantis EB sutarties 81 straipsnio 3 dalimi. Tokį Komisijos sprendimą tikriausiai lėmė noras išlaikyti nuoseklumą, kadangi ir 81, ir 82 straipsniais siekiama „efektyvios konkurencijos užtikrinimo bendrojoje rinkoje“¹⁴⁵. Vis dėlto šis požiūris neatspindi tikrojo EB sutarties kūrėjų ketinimo – įtvirtinti nuostatą, besiskiriančią nuo 81 straipsnio 3 dalies, leidžiančios išimtis iš neteisėtu pripažinto elgesio.

2.2.1. Gynyba, pagrįsta efektyvumu, ETT ir PIT jurisprudencijoje

Nei Komisija, nei ETT ar PIT savo praktikoje tiesiogiai nepripažino efektyvumu pagrįstos gynybos egzistavimo¹⁴⁶. Vis dėlto kai kuriose bylose galime rasti nuorodų į ekonominį efektyvumą ar ekonominį antikonkurencinės komercinės praktikos pateisinamumą, bet dar nei karto konkurentus eliminuojantį poveikį turintis elgesys nebuvo pateisintas dėl to, kad sąlygojo ekonominį efektyvumą.

Argumentai, susiję su ekonominiu efektyvumu, buvo panaudoti keliose EB teismų bylose dėl nuolaidų taikymo. Pavyzdžiui, *Hoffmann - La Roche* byloje ETT atskyrė kiekybines nuolaidas nuo ištikimybės nuolaidų, kurios turi konkurentus pašalinantį poveikį ir nėra ekonomiškai pagrįstos. *Michelin II* byloje PIT patvirtino, kad kiekybinės nuolaidos atspindi masto ekonomijos poveikį ir kad nuolaidų sistema, kuria remiantis nuolaidos didėja, didėjant perkamam prekių kiekiui, nepažeidžia EB sutarties 82 straipsnio, jei tokia sistema neturės konkurentus šalinančio poveikio. Priešingai, tikslinės nuolaidos, nors ir priklauso nuo įsigyto prekių kiekio, negali būti laikomos ekonomiškai pagrįstomis, kadangi skatina pirkėją likti ištikimu ir nesirinkti kito tiekėjo¹⁴⁷.

¹⁴⁴ *Ibid.*, 84 pastraipa.

¹⁴⁵ *Continental Can byla*, išnaša 8, 25 pastraipa.

¹⁴⁶ LOEWENTHAL, Paul-John. The defense of “objective justification” in the application of Article 82 EC, *World Competition*, 2005, Vol. 28, Issue 4, p. 465.

¹⁴⁷ *Michelin II byla*, išnaša 40, 81 punktas.

Irish Sugar byloje¹⁴⁸ nuolaidų sistema, kuria remiantis buvo atlyginama prekybininkams, buvo pripažinta diskriminuojančia ir turinčia eliminuojantį konkurentus poveikį. PIT nurodė, kad dominuojančio ūkio subjekto elgesys, ginant savo verslo interesus, būtų teisėtas, jeigu bent jau būtų pagrįstas ekonominio efektyvumo kriterijumi bei būtų suderinamas su vartotojų interesais¹⁴⁹. Šiuo atveju teismas nusprendė, kad minėtų sąlygų nebuvo laikytasi. Vis dėlto iš teismo teiginių matyti, kad ekonominio efektyvumo sąvoka buvo naudojama siekiant apibrėžti būtent verslo interesų gynybos ribas, bet ne kaip atskiras ūkio subjekto gynybos būdas.

British Airways byloje PIT patvirtino ankstesnę teisminę praktiką, kuria remiantis kiekybinės nuolaidos nepažeidžia EB sutarties 82 straipsnio, jei yra pateisinamos ekonomiškai pagrįstais sumetimais ir jomis nesiekama sutrukdyti vartotojui pirkti konkurentų produkciją. Be to, PIT pabrėžė, kad net ir nustačius, jog nuolaidų sistema turėjo lojalumą skatinantį poveikį, reikia įvertinti, ar nuolaidos nėra ekonomiškai pagrįstos. Vis dėlto šioje byloje PIT nesutiko su *British Airways* pareiktais ekonominio nuolaidų pagrįstumo argumentais. Panašią išvadą dėl nuolaidų padarė ETT *Portuguese Republic v Commission* byloje¹⁵⁰, atskirdama kiekybines nuolaidas nuo lojalumą skatinančiųjų pagal masto ekonomijos poveikį.

Iš pateiktų pavyzdžių galima daryti išvadą, jog EB teismams ekonominis efektyvumas taikomų nuolaidų atveju visų pirma reiškia sąnaudų taupymą, sąlygotą didėjančių pardavimo apimčių¹⁵¹. Nei vienoje iš bylų EB teismai nepripažino ekonominio efektyvumo kaip pagrindo, pateisinančio piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi. O dar vienoje *Atlantic Container* byloje¹⁵² PIT apskritai atmetė galimybę naudoti ekonominio efektyvumo pagrindą, teisinant piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi: kadangi EB sutarties 82 straipsnis nenumato jokios išimties, elgesys, kuriuo piktnaudžiaujama, yra draudžiamas, nepaisant naudos, kurią suteiks piktnaudžiaujančiam subjektui ar tretiesiems asmenims.

Pažymėtina, kad nei Lietuvos teisės aktai, Konkurencijos tarybos ar teismų praktika taip pat nenumato gynybos, pagrįstos efektyvumu, taikymo galimybės. Nors argumentai, susiję su komercinės praktikos sąlygotu kaštų taupymu, taigi ir ekonominiu

¹⁴⁸ 1999 m. spalio 7 d. PIT sprendimas byloje T-228/97, *Irish Sugar v Commission* (1999), ECR II-2969.

¹⁴⁹ *Ibid.*, 189 pastraipa.

¹⁵⁰ 2001 m. kovo 29 d. ETT sprendimas byloje C-163/99, *Portuguese Republic v Commission* (2001), ECR I-2613.

¹⁵¹ ROUSSEVA, Ekaterina. The concept of objective justification of an abuse of a dominant position: can it help to modernise the analysis under Article 82 EC? *The Competition Law Review*, March 2006, Vol. 2, Issue 2, p. 61.

¹⁵² 2003 m. rugsėjo 30 d. PIT sprendimas sujungtose bylose T-191/98, T-212/98, T-214/98, *Atlantic Container Line AB v Commission* (2003), ECR II-3275.

pagrįstumu, buvo naudojami, pavyzdžiui, tiriant nuolaidų ir išimtinio pirkimo sutarčių teisėtumo klausimą¹⁵³, tai turėtų būti vertinama kaip neatsiejama ūkio subjekto veiksmų analizės dalis, o ne galimybė pateisinti piktnaudžiavimui prilygstantį elgesį. Todėl Komisijos Svarstytiname pranešime tiesiogiai įtvirtinta gynybos, pagrįstos efektyvumu, samprata gali iš esmės pakeisti ne tik egzistuojančią EB institucijų, bet ir Lietuvos praktiką piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi bylose.

2.2.2. Gynybos, pagrįstos efektyvumu, taikymo kritika

Daugelis autorių pabrėžia, kad objektyvaus pateisinimo, taigi ir gynybos, pagrįstos efektyvumu, sąvoka turėtų būti suprantama kaip kriterijus, į kurį reikėtų atsižvelgti, vertinant, ar elgesys prilygsta piktnaudžiavimui dominuojančia padėtimi. Dominuojančio ūkio subjekto elgesys gali būti arba objektyviai pateisintas, arba prilygti piktnaudžiavimui, abu variantai kartu negalimi¹⁵⁴. Todėl vien sąvoka „gynyba“ pati savaime yra klaidinanti, suponuodama, kad analogiškai EB sutarties 81 straipsnio 3 daliai, 82 straipsnis taip pat numato išimtis, kai konkurenciją ribojanti komercinė praktika gali būti pateisinta ir nebaudžiama.

Yra autorių, apskritai skeptiškai vertinančių pabrėžiamą ekonominio efektyvumo svarbą, analizuojant piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi atvejus ir ypač ieškant pateisinimo antikonkurenciniam elgesiui. Teigiama, kad efektyvumas pats savaime nėra vertybė, kurios siekiama EB sutarties 82 straipsniu, todėl jis negali būti laikomas pakankamu gynybos pagrindu. Ūkio subjektai gali siekti teisėtų tikslų kuo efektyvesniais būdais, bet nesant aukštesnių tikslų, vien efektyvumu remtis nepakanka¹⁵⁵. Be to, neaišku, kodėl, remiantis Svarstytinu pranešimu, elgesys, kuris akivaizdžiai riboja konkurenciją rinkoje ir nesąlygoja efektyvumo, vis tiek galėtų būti pateisintas efektyvumo pagrindais¹⁵⁶.

Gynybos, pagrįstos efektyvumu, metodas taip pat kritikuojamas dėl praktinio taikymo sudėtingumo. Svarstytiname pranešime nurodoma, jog dominuojanti įmonė turi įrodyti, kad jos elgesio sąlygotas efektyvumas nusveria galimus neigiamus padarinius konkurencijai ir tikėtiną žalą vartotojams¹⁵⁷. Tačiau ar kiekvienas ūkio subjektas sugebės

¹⁵³ AB „Mažeikių nafta“ byla, išnaša 76.

¹⁵⁴ LOEWENTHAL, išnaša 146, p. 460.

¹⁵⁵ DREHER, Meinrad; ADAM, Michael. Abuse of dominance under reform: sound economics and established case law. *European Competition Law Review*, 2007, vol. 28, no. 4, p. 279.

¹⁵⁶ Svarstytinis pranešimas, išnaša 2, 60 pastraipa.

¹⁵⁷ *Ibid.*, 87 pastraipa.

prieš imdamasis tam tikros komercinės praktikos teisingai įvertinti visus neigiamus ir teigiamus jos padarinius?

Galiausiai daug diskusijų sukėlė Svarstytiname pranešime numatyta nuostata, pagal kurią komercinės praktikos efektyvumo įrodinėjimo našta tenka dominuojančiam ūkio subjektui¹⁵⁸. Tai nesuderinama su Tarybos Reglamento Nr. 1/2003 2 straipsniu, kuriuo remiantis, „pareiga įrodyti Sutarties <...> 82 straipsnio pažeidimą tenka šaliai ar institucijai, pareiškusiai, kad būta tokio pažeidimo“¹⁵⁹.

Kitas Komisijos siūlomo gynybos metodo, pagrįsto efektyvumu, trūkumas slypi vienoje iš nustatytų jam taikyti sąlygų, pagal kurią, ūkio subjekto elgesys negali iš esmės eliminuoti konkurencijos. Tai praktiškai užkerta kelią pasinaudoti efektyvumo gynyba daugelyje atvejų, kadangi dominuojančio ūkio subjekto šalinantį konkurentus poveikį turintis elgesys dažniausiai savaime lems konkurencijos eliminavimą¹⁶⁰.

2.2.3. Ekonominis efektyvumas ir vartotojų gerovė

Svarstytiname pranešime numato, kad siekiant pasinaudoti gynyba, pagrįsta efektyvumu, viena iš sąlygų tam yra efektyvumo teikiama nauda vartotojams¹⁶¹. Taigi vien tai, kad ūkio subjekto eliminuojantį konkurentus poveikį turinti komercinė praktika didina efektyvumą, savaime nebus pagrindu netaikyti atsakomybės pagal EB sutarties 82 straipsnį. Be to, efektyvumo nauda vartotojams turėtų nusverti žalą, kurią ūkio subjekto antikonkurencinis elgesys jiems sukelia. Tai atspindi pagrindinę EB sutarties 82 straipsnio modernizavimo kryptį – užtikrinti vartotojų gerovę. Kita vertus, Komisija taip pat nurodo, kad efektyvumo nauda vartotojams visų pirma priklauso nuo konkurencinio spaudimo dominuojančiai įmonei. Todėl tuo atveju, jei dominuojančio ūkio subjekto padėtis rinkoje artima monopolijai, mažai tikėtina, kad komercinės praktikos sąlygotas efektyvumas suteiks naudos vartotojams ir nusvers neigiamus jos padarinius¹⁶².

Šio darbo autorės nuomone, tai sunkiai suderinama su jau aptartu vartotojo gerovės standarto taikymu, kadangi Komisija praktiškai atmeta galimybę, kad dominuojančios įmonės, kurios pozicija rinkoje artima monopolijai, elgesys galėtų padidinti vartotojų gerovę. Vis dėlto ekonomikos teorija virtina, kad net ir monopolinę padėtį užimantis ūkio subjektas gali sumažinti kainas, žymiai sumažinęs savo kaštus.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ 2002 m. gruodžio 16 d. Tarybos Reglamentas (EB) Nr. 1/2003 dėl konkurencijos taisyklių, nustatytų Sutarties 81 ir 82 straipsniuose, įgyvendinimo.

¹⁶⁰ O'DONOGHUE, PADILLA, išnaša 4, p. 233.

¹⁶¹ Svarstytiname pranešime, išnaša 2, 84 pastraipa.

¹⁶² *Ibid.*, 90 pastraipa.

Aišku, kad tokiu atveju vartotojams tektų mažiau naudos nei esant konkurencinėms sąlygoms, bet visiškai atmesti naudos gavimo galimybę irgi nebūtų tikslu¹⁶³. Tokiu būdu konkurencinio proceso apsaugai teikiama pirmenybė prieš vartotojų gerovės užtikrinimą, kadangi pripažįstama, jog įmonių varžymasis tarpusavyje yra pagrindinis ekonominio efektyvumo variklis¹⁶⁴.

Kita vertus, literatūroje galima aptikti ir labai kritiškų atsiliepimų apie galimą efektyvumo naudą vartotojams. Teigiama, kad dominuojančios įmonės efektyvumo didinimas kartu lemia ir pačios dominuojančios padėties stiprėjimą, o tai ilguoju laikotarpiu gali būti žalinga vartotojams¹⁶⁵. Be to, pamatuoti efektyvumą gali būti labai sudėtinga, o faktas, kad dominuojanti įmonė vykto efektyvią veiklą savaime negarantuoja, kad vartotojai iš to turės kokios nors naudos.

Apibendrinant galima teigti, kad Komisija, pristatydama efektyvumu pagrįstą gynybos būdą antikonkurenciniam elgesiui pateisinti, matyt, pirmiausia galvojo apie vartotojų apsaugą. Tačiau iš numatytų sąlygų šiai gynybai pasinaudoti galima pastebėti, kad vartotojų apsaugos tikslą nusveria efektyvios konkurencijos bei varžybų tarp įvairių ūkio subjektų siekis. Todėl kyla klausimas, ar tikrai Komisija Svarstytiname pranešime siekė visiškai pakeisti esamą praktiką piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi bylose, didžiausią dėmesį skirdama vartotojų gerovei, ir ar tai buvo vienintelis jos tikslas? Toks pats klausimas kyla ir nagrinėjant vienodai efektyvaus konkurento testą, kuris iš tiesų padeda tiksliau įvertinti komercinės praktikos įtaką rinkai, bet ne visais atvejais suderinamas su vartotojų gerovės standartu.

Šio darbo autorės nuomone, Svarstytinas pranešimas nukrypsta nuo esamos praktikos tuo, kad reikalauja detalesnės ir ne tokios formalios ūkio subjektų komercinės praktikos padarinių rinkai analizės. Ši analizė naudojama kaip priemonė užtikrinti, kad ūkio subjektas nebūtų baudžiamas už elgesį, kuris, nors ir eliminuoja kitus konkurentus, bet yra naudingas vartotojams. Taigi esminis klausimas yra, ar ši priemonė pakankamai veiksminga? Kaip buvo parodyta šioje darbo dalyje, tam tikrais atvejais atsakymas turėtų būti neigiamas. Todėl Komisija Svarstytiname pranešime, nors ir siūlo daugiau remtis ekonomikos mokslu ir dažnai akcentuoja vartotojų gerovę, naujai apibrėždama EB sutarties 82 straipsnio tikslą, jos pristatomos priemonės šiam tikslui siekti (pirmiausia, vienodai efektyvaus konkurento testas bei gynyba, pagrįsta efektyvumu), gali tam tikrais atvejais gražinti mus prie dabartinės praktikos, kai svarbiausiu konkurencijos teisės

¹⁶³ ROUSSEVA, išnaša 10, p. 633.

¹⁶⁴ Svarstytinas pranešimas, išnaša 2, 91 pastraipa.

¹⁶⁵ MERTIKOPOULOU, išnaša 99, p. 247.

uždaviniu yra efektyvios konkurencijos proceso apsauga, o vartotojų gerovės užtikrinimas tēra netiesioginē šio proceso pasekmē.

III. KONKREČIŲ PIKTNAUDŽIAVIMO DOMINUOJANČIA PADĖTIMI BŪDŲ VERTINIMAS

Šioje darbo dalyje bus siekiama atidžiau pažvelgti į pagrindinių piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi būdų esminius analizės pokyčius, atskleistus Komisijos Svarstytiname pranešime. Kartu bus nagrinėjama pati naujausia Komisijos ir EB teismų praktika, siekiant parodyti, kaip ji atitinka pagrindinius Svarstytiname pranešime įtvirtintus piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi vertinimo principus. Lietuviškoji UAB „Švyturys-Utenos alus“ byla taip pat pristatoma kaip teigiamas išsamios ir poveikiu konkurencijai bei vartotojams pagrįstos analizės pavyzdys.

1. Išimtinio pirkimo susitarimai ir nuolaidų taikymas

1.1. Esminiai Komisijos pasiūlymai

Išimtinio pirkimo susitarimų analizės modelis Svarstytiname pranešime aiškiai atspindi poveikio rinkai grindžiamą požiūrį į dominuojančio subjekto elgesį. Nors Komisija pripažįsta, kad tokie susitarimai savo esme yra ribojantys konkurenciją, kadangi jų pagrindu pirkėjas įsipareigoja nupirkti visą ar didžiąją dalį savo poreikio iš dominuojančio subjekto¹⁶⁶, vis dėlto piktnaudžiavimui nustatyti tokiu atveju reikės tikėtinų arba realių poveikio rinkai įrodymų¹⁶⁷.

Komisijos Svarstytiname pranešime pateiktas dominuojančių ūkio subjektų taikomų nuolaidų analizės būdas reikšmingai skiriasi nuo EB institucijų praktikoje iki šiol naudoto metodo. Svarstytiname pranešime nuolaidos skirstomos ne į lojalumą skatinančias, tikslines ar kiekybines, bet į dvi pagrindines rūšis: sąlygines ir nesąlygines.

Sąlyginės nuolaidos yra tokios, kurios teikiamos, siekiant atlyginti už tam tikrą ūkio subjekto klientų elgesį (pavyzdžiui, priklausomai nuo įsigyto prekių kiekio ar visų kliento poreikių dalies, kuri tenkinama, įsigyjant prekes iš tam tikro tiekėjo). Nesąlyginės nuolaidos taikomos skirtingoms pirkėjų grupėms, nepriklausomai nuo pirkėjų elgesio. Pastarąsias nuolaidas Komisija siūlo vertinti pagal grobuoniškos kainodaros principus. Svarstytiname pranešime pabrėžiama, kad nuolaidos gali būti taikomos ir siekiant ekonominio efektyvumo, ir dėl antikonkurencinių paskatų¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Svarstytiname pranešime, išnaša 2, 148 pastraipa.

¹⁶⁷ *Ibid.*, 144 pastraipa.

¹⁶⁸ *Ibid.*, 138 pastraipa.

Sąlyginių nuolaidų analizė yra daug kompleksiškesnė ir sudėtingesnė. Pirmiausia šios sąlyginės nuolaidos skirstomos į nuolaidas, suteikiamas už visą pirkimų kiekį per tam tikrą ataskaitinį laikotarpį, ir nuolaidas, taikomas pirkimų kiekiui, viršijančiam nustatytą ribą. Pastarosioms, kaip ir nesąlyginėms nuolaidoms, įvertinti Komisija siūlo remtis grobuoniškos kainodaros analizės principais, tik atskaitos tašku pasirenkant ne vidutines išvengtinas (angl. – *avoidable*), o vidutines fiksuotas sąnaudas. Nuolaidos, suteikiamos, priklausomai nuo viso pirkimų kiekio per ataskaitinį laikotarpį, reikalauja dar detalesnės analizės, kurią drąsiai būtų galima priskirti prie vieno iš ryškiausių labiau ekonomikos mokslo metodais pagrįsto komercinės praktikos vertinimo, siūlomo Svarstytiname pranešime, pavyzdžių. Abejotina, ar Komisijos pateiktą sudėtingą nuolaidų vertinimo schemą įmonės galėtų lengvai taikyti praktikoje. Todėl, norėdamos nepažeisti EB sutarties 82 straipsnio, jos gali paprasčiausiai šių nuolaidų netaikyti, net jeigu nuolaidos didintų vartotojų gerovę, o tai visiškai nesiderina su pagrindiniu EB sutarties 82 straipsnio modernizavimo siekiu.

Vis dėlto teigiama yra tai, kad Komisija atsisakė *per se* neteisėtumo taisyklės, tiriant nuolaidas, ir ragina detaliai įvertinti visus nuolaidų taikymo padarinius rinkai, tokius kaip nuolaidų poveikis konkurentų galimybėms veikti rinkoje, rinkos dalis, paveikta dėl šių nuolaidų taikymo ir t. t.¹⁶⁹ Be to, net ir antikonkurencinį poveikį turinčios nuolaidos gali būti pateisintos, remiantis ekonominio efektyvumo pagrindais.

Dominuojančių ūkio subjekto taikomų nuolaidų problema yra ypač įdomi, kadangi Komisija 2006 m. kovo 29 d. priėmė pirmąjį sprendimą dėl nuolaidų po Svarstyтино pranešimo publikavimo¹⁷⁰. Todėl tikslinga apžvelgti šį Komisijos sprendimą, išryškinant galimus nukrypimus nuo ankstesnės praktikos nuolaidų taikymo srityje. Be to, 2007 m. kovo 15 d. ETT priėmė laukimą sprendimą jau minėtoje *British Airways* byloje¹⁷¹, kuris taip pat bus nagrinėjamas toliau šiame darbe.

1.2. Tomra ir *British Airways* sprendimai:

ar *per se* piktnaudžiavimas, taikant nuolaidas, vis dar egzistuoja?

2006 m. kovo 29 d. Komisija paskyrė 24 milijonų eurų baudą Norvegijos įmonių grupei *Tomra* už EB sutarties 82 straipsnio pažeidimą. *Tomra* grupė veikia panaudotos gėrimų taros surinkimo srityje, daugiausia tiekdamą supirkimo automatus (RVM) bei susijusias prekes ir paslaugas. Šiuo sprendimu Komisija konstatavo, kad laikotarpiu nuo

¹⁶⁹ *Ibid.*, 152-169 pastraipos.

¹⁷⁰ 2006 m. kovo 29 d. Komisijos sprendimas byloje COMP/38.113 - *Prokent/Tomra*.

¹⁷¹ 2007 m. kovo 15 d. ETT sprendimas C-95/04 P, *British Airways v Commission*.

1998 m. iki 2002 m. Tomra pažeidė EB sutarties 82 straipsnį ir Austrijos, Vokietijos, Nyderlandų, Norvegijos ir Suomijos supirkimo automatų rinkose įgyvendindama pašalinimo iš rinkos strategiją, apimančią sutartis dėl išimtinių pirkimų, individualizuotus įsipareigojimus dėl kiekio ir individualizuotas retroaktyvias nuolaidas. Šiuo metu Komisijos sprendimas yra apskūstas PIT¹⁷². Komisija pradėjo tyrimą Vokietijos supirkimo automatų tiekėjui Prokent pasiskundus, jog dėl Tomra su pirkėjais sudaromų sutarčių jam užkirstas kelias patekti į rinką. Remdamasi EB teismų sprendimais *Hoffmann - La Roche* ir *Michelin I* bylose, Komisija nustatė, kad Tomra vykdoma komercinė praktika turėjo šalinantį poveikį, nes buvo skirta užkirsti kelią priėjimui prie Tomra klientų, tokiu būdu trukdė konkurencijai rinkoje ar jos augimui, todėl turėtų būti pripažinta piktnaudžiavimu. Pažymėtina, kad *Tomra* komercinė praktika skatino pirkėjus įsigyti visą ar didžiąją dalį jų poreikio iš Tomra. Nors *Michelin II* byloje ETT nurodė, kad pakanka įrodyti, jog ūkio subjekto elgesiu siekiama apriboti konkurenciją ar, kitaip tariant, kad elgesys gali turėti tokį poveikį¹⁷³, Komisija taip pat nusprendė iširti tikėtinus Tomra komercinės praktikos padarinius rinkoje. Pirmiausia Komisija atsižvelgė į Tomra padėties rinkoje evoliuciją ir nustatė, kad Tomra užimama rinkos dalis išliko stabili, palyginus su konkurentų užimtomis rinkos dalimis, be to, šių konkurentų pozicija rinkoje silpnėjo, o Tomra išliko stipri. Tiriamos komercinės praktikos taikymo laikotarpiu į rinką sėkmingai neįėjo joks kitas dalyvas, bet atvirkščiai, kai kurie Tomra konkurentai buvo priversti pasitraukti. Komisija taip pat nustatė, kad Tomra parduotų daugiau įrenginių, naudodamasi išimtinio pirkimo susitarimais ir atvirkščiai, jų nesant, Tomra užimama rinkos dalis sumažėtų. Nustačiusi šias ir kitas aplinkybes bei atlikusi išsamią ekonominę Tomra taikomų nuolaidų ir sudarytų susitarimų analizę, Komisija priėjo prie išvados, kad Tomra vykdoma komercinė praktika iš tiesų turėjo „rinkos uždarymo“ poveikį.

Apibendrinant galima teigti, kad šis sprendimas iš tikrųjų atspindi Svarstytiname pranešime nurodytą reikalavimą nagrinėti tikėtinus ūkio subjekto elgesio padarinius rinkai ir neapsiriboti tuo, kad tam tikras elgesys galėtų turėti konkurentus šalinantį poveikį kaip buvo nuspręsta *Michelin II* byloje¹⁷⁴. Visiškai kitoks šiuo požiūriu yra ETT *British Airways* sprendimas.

¹⁷² 2006 m. birželio 14 d. pareikštas ieškinys byloje *Tomra Systems ir kiti prieš Europos Bendrijų Komisiją* (Byla T-155/06).

¹⁷³ *Michelin II* byla, išnaša 40, 239 pastraipa.

¹⁷⁴ MAIER-RIGAUD, Frank; VAIGAUSKAITE, Dovile. Prokent/Tomra, a textbook case? Abuse of dominance under perfect information [interaktyvus]. [Žiūrėta 2008-03-01]. Prieiga per internetą: <http://www.iask.de/micro/paper/cpn2006_2.pdf>.

Komisijos ir PIT sprendimai *British Airways* byloje¹⁷⁵ buvo daugelio autorių kritikuoti dėl pernelyg formalaus nuolaidų vertinimo. Todėl ilgai lauktas galutinis ETT sprendimas šioje byloje buvo puiki proga pakeisti formalų požiūrį į piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi pagal Komisijos planuojamos reformos kryptis. Deja, ETT palaikė PIT sprendimą. Pagrįsdama savo apeliacinį skundą, bendrovė *British Airways* (toliau – BA) nutarė pateikti penkis pagrindus, kurių kiekvienas buvo susijęs su piktnaudžiavimu dominuojančia padėtimi. Todėl piktnaudžiavimo poveikis konkurencijai ir vartotojams turėjo tapti pagrindiniu klausimu byloje, tačiau jis buvo išanalizuotas labai formaliai ir į daugelį svarbių klausimų ETT neatsakė.

Trumpai apie faktines aplinkybes: BA su kelionių agentūromis sudarinėjo komercinius susitarimus, suteikiančius joms teisę į premijas nuo pasiektų rezultatų. Šie rezultatai buvo vertinami lyginant bendras pajamas iš kelionių agentūros parduotų BA bilietų per konkretų mėnesį su tomis pačiomis pajamomis per atitinkamą praėjusių metų mėnesį. Be to, komisiniai agentūroms buvo mokami už visus kelionių agentūros parduotus BA bilietus per atitinkamą laikotarpį, o ne tik už bilietus, parduotus, pasiekus nustatytą tikslą. Komisija nusprendė, kad tokiu būdu BA piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi, nes atsilygindavo agentūroms už ištikimybę ir iškraipė konkurenciją. PIT palaikė Komisijos sprendimą ir nurodė, kad „norint konstatuoti EB sutarties 82 straipsnio pažeidimą nebūtina įrodyti, jog nagrinėjamas piktnaudžiavimas turi konkretų poveikį atitinkamai rinkai, nes pakanka įrodymo, kad įmonės piktnaudžiavimu dominuojančia padėtimi gali būti ribojama konkurencija“¹⁷⁶. ETT savo sprendime iš esmės ir rėmėsi šiuo elgesio poveikio įvertinimo „standartu“. Nors ETT teisingai nurodė, jog reikia nustatyti, ar nuolaidos „gali turėti konkurentų eliminavimo poveikį, t.y. ar jos tuo pačiu metu apsunkina arba visiškai užkerta kelią dominuojančios įmonės konkurentams patekti į rinką ir apsunkina ar visiškai atima iš kontrahentų tiekimo šaltinių ir prekybos partnerių pasirinkimo laisvę“¹⁷⁷, vis dėlto į svarbesnį klausimą, ar iš tiesų nuolaidos galėjo turėti tokį poveikį, neatsakė. Taigi ETT nenagrinėjo, ar finansiniu požiūriu jos konkurentai taip pat galėjo kelionių agentūroms pateikti konkurencingus pasiūlymus ir ar PIT iš tikrųjų pervertino premijų sistemos poveikį, kadangi laikė tai fakto klausimais. Be to, ETT taip pat neatsižvelgė į BA argumentus, galinčius patvirtinti, jog nuolaidos neturėjo jokio realaus konkurentų eliminuojančio poveikio, kadangi taip pat laikė tai fakto klausimu. Bet ar galima priimti teisingą ir pagrįstą sprendimą, paprasčiausiai ignoruojant galimus

¹⁷⁵ 1999 m. liepos 14 d. Komisijos sprendimas byloje COMP/34.780 - VIRGIN/BRITISH AIRWAYS, OJ L 30, 04.02.2000, p. 1-24; *British Airways byla*, išnaša 74.

¹⁷⁶ *British Airways byla*, išnaša 74, 293 pastraipa.

¹⁷⁷ *British Airways byla*, išnaša 171, 68 pastraipa.

įrodymus? Kita vertus, abejotina, ar pakanka nuolaidų „įtakos konkuruojančių aviakompanijų situacijai“¹⁷⁸, kad galėtume šių nuolaidų taikymą prilyginti piktnaudžiavimui.

Pažymėtina, kad ETT dar kartą patvirtino, kad vartotojų interesų pažeidimo nagrinėti atskirai nereikalinga¹⁷⁹ ir vėl koncentravosi tik ties konkurencijos procesu, todėl tai nesuderinama su pagrindine Komisijos Svarstyto pranešimo idėja. Taigi *British Airways* byloje ETT neatsisakė iš esmės *per se* neteisėtumo taisykle pagrįsto nuolaidų vertinimo, todėl galime pastebėti ryškų skirtumą tarp šio ir Komisijos sprendimo *Tomra* byloje.

1.3. Lietuvos pavyzdys: UAB „Švyturys-Utenos alus“ byla

Konkurencijos tarybos tyrimas dėl UAB „Švyturys-Utenos alus“ tariamo piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi, taikant lojalumo nuolaidas¹⁸⁰ (beje, atliktas prieš Svarstyto pranešimo publikavimą), šio darbo autorės nuomone, yra vienas iš ryškesnių pavyzdžių Lietuvos praktikoje, kai buvo iš esmės remiamasi komercinės praktikos padarinių rinkai analize, o ne minėtu *Michelin II* byloje suformuluotu principu, kad lojalumą skatinančios nuolaidos iš esmės savaime prilygsta piktnaudžiavimui dominuojančia padėtimi.

UAB „Švyturys-Utenos alus“ su viešojo maitinimo įmonėmis pradėjo sudarinėti pardavimų skatinimo bei reklamos paslaugų sutartis, kuriose numatė atsiskaitymo sistemą už viešojo maitinimo įmonės suteiktas pardavimų skatinimo ar reklamos paslaugas UAB „Švyturys-Utenos alus“. Pagal šią atsiskaitymo sistemą UAB „Švyturys-Utenos alus“ sumokėdavo įmonei nustatyto dydžio avansą už reklamos ar pardavimų skatinimo paslaugas. Galutinis atlyginimas už per mėnesį atliktas paslaugas buvo skaičiuojamas pagal atitinkamą formulę ir priklausė ne tik nuo iš UAB „Švyturys-Utenos alus“ nupirkto pilstomo alaus kiekio, bet ir nuo šio nupirkto kiekio santykio su įmonei duotu avansu, taigi prilygo lojalumo nuolaidoms. Naudojant tokią nuolaidų sistemą, įmonės buvo skatinamos nupirkti iš UAB „Švyturys-Utenos alus“ tiek alaus, kad išnaudotų joms suteiktą avansą ir gautų maksimalią nuolaidą. Taigi Konkurencijos taryba nustatė, kad UAB „Švyturys-Utenos alus“, manipuliudamas viešojo maitinimo įmonei duodamo avanso dydžiu bei gresiančia bauda, galėjo užsitikrinti, kad viešojo maitinimo įmonė iš

¹⁷⁸ *Ibid.*, 100 pastraipa.

¹⁷⁹ *Ibid.*, 107 pastraipa.

¹⁸⁰ 2004 m. gruodžio 16 d. Konkurencijos tarybos nutarimas Nr. 1S-175 „Dėl UAB „Švyturys-Utenos alus“ veiksmų atitikimo Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymo 9 straipsnio reikalavimams tyrimo nutraukimo“.

jos nupirktų tam tikrą kiekį alaus (didžiąją dalį ar net visą įmonei reikalingą alaus kiekį) bei atitinkamai riboti įmonės galimybes pirkti alų iš kitų tiekėjų. Vis dėlto Konkurencijos taryba nutarė, jog nors sutartys ir pagal jas taikomos nuolaidos skatino ištikimybę, jos neturėjo realaus poveikio konkurencijai rinkoje. Visų pirma, sutartys buvo sudarinėjamos trumpą laikotarpį, be to, viešojo maitinimo įmonėms UAB „Švyturys-Utenos alus“ parduotas alus 2002 m. sudarė 2 proc., o 2003 m. - 4,45 proc. viso alaus, parduoto viešojo maitinimo įmonėms Lietuvoje. Pažymėtina ir tai, kad UAB „Švyturys-Utenos alus“ įsipareigojo nereikalauti iš viešojo maitinimo įmonių - paslaugų teikėjų aukščiau minėtų prievolių vykdymo, t. y. geranoriškai nutraukė veiksmus, kurie gali pažeisti Konkurencijos įstatymo 9 straipsnio reikalavimus.

Konkurencijos taryba tyrimą nutraukė, tačiau jos nutarimą AB „Gubernija“ apskundė Vilniaus apygardos administraciniam teismui, kuris savo ruožtu nutarė panaikinti nagrinėjamą Konkurencijos tarybos nutarimą ir grąžinti bylą papildomam tyrimui¹⁸¹, tačiau Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas (toliau – LVAT) priėjo prie tokios pačios, kaip ir Konkurencijos taryba, išvados¹⁸². Tai rodo, kad ne tik Konkurencijos taryba, bet ir LVAT linkę įvertinti realius komercinės praktikos padarinius rinkai, todėl abu šiuos sprendimus galima traktuoti kaip žingsnį link Komisijos siekiamos reformos piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi srityje.

Kita vertus, Konkurencijos tarybos pirmininkas yra pažymėjęs, kad problemų gali kelti sudėtinga ir gilių industrinės ekonomikos žinių reikalaujanti nuolaidų analizė, kadangi nacionalinėms konkurencijos priežiūros institucijoms gali būti sunku rasti ypač patyrusių moderniosios ekonomikos specialistų¹⁸³. Vis dėlto, šio darbo autorės nuomone, svarbu taip pat prisiminti, kad konkurencijos teisės taisyklės pirmiausiai skirtos rinkos dalyviams, todėl jos turėtų būti pakankamai aiškios ne tik konkurencijos institucijoms, bet ir pačioms įmonėms. Konkurencijos tarybos tyrimas UAB „Švyturys-Utenos alus“ byloje, nors ir atliktas, nenaudojant sudėtingų Komisijos siūlomų ekonominių metodų, atsižvelgė į svarbiausius poveikio rinkai aspektus ir todėl atspindi pagrindinį piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi modernizavimo siekį. Galbūt tai yra išeitis ribotų galimybių mažos valstybės konkurencijos priežiūros institucijai?

¹⁸¹ 2005 m. liepos 14 d. Vilniaus apygardos administracinis teismo sprendimas administracinėje byloje Nr.I-617-17/05.

¹⁸² 2006 m. vasario 10 d. LVAT sprendimas administracinėje byloje Nr.A⁷-783-06.

¹⁸³ STANIKŪNAS, Rimantas. Fidelity Rebates: Experience of a New Member State (Meeting of Directors General for Competition, 29 September 2005). [interaktyvus]. [Žiūrėta 2008-03-01]. Prieiga per internetą: <http://www.konkuren.lt/english/cases/cases_article_9_article82.htm>.

2. Grobuoniška kainodara

2.1. Esminiai Komisijos pasiūlymai

Komisija Svarstytiname pranešime iš esmės remiasi *AKZO* byloje išdėstytais grobuoniškų kainų vertinimo principais. Vienas esminis skirtumas vis dėlto pabrėžtinai: *AKZO* bylos formulėje vidutiniai kintamieji kaštai yra pakeičiami vidutiniais išvengtiniais kaštais. Paprastai tariant, metodas, pagrįstas vidutiniais išvengtiniais kaštais, padeda nustatyti, ar įmonė sutaupytų daugiau lėšų, pasitraukdama iš rinkos, negu uždirbtų, jei joje liktų¹⁸⁴. Manoma, kad įmonė tęstų tam tikro produkto gamybą tik, jeigu pajamos iš šių pardavimų viršytų kaštus, kurie galėtų būti sutaupyti, sustabdant gamybą. Taigi kaina, mažesnė nei vidutiniai išvengtiniai kaštai, yra laikoma neracionalia¹⁸⁵. Daugelis ekonomistų laiko šį testą pranašesniu už metodą, pagrįstą vidutiniais kintamaisiais kaštais, kadangi jis apima visus kaštus, lemiančius įmonės sprendimą likti rinkoje ar ne. Vis dėlto, kaip ir vidutinių kaštų metodą, praktikoje jį taikyti gali būti taip pat sudėtinga. Viena iš didžiausių problemų yra tai, kad vidutiniais išvengtiniais kaštais matuojama tai, kas neįvyko, t. y. įmonės pasitraukimas iš rinkos. Be to, kaip ir naudojant vidutinių kintamųjų kaštų metodą, šiuo atveju sudėtinga tiksliai nustatyti laikotarpį, kurio atžvilgiu kaštai bus vertinami¹⁸⁶. Kita vertus, ekonomistai apskrita abejoja, ar galima šiuos kaštus tiksliai apskaičiuoti¹⁸⁷.

Apskritai Komisijos pasiūlyti grobuoniškos kainodaros vertinimo principai nedaug kuo skiriasi nuo naudojamų EB institucijų praktikoje. Tačiau atsižvelgiant į pagrindinį EB sutarties 82 straipsnio modernizavimo siekį užtikrinti vartotojų interesus, svarbu pažymėti, kad iš esmės grobuoniškos kainodaros faktui nustatyti Komisija nereikalauja įrodymų, patvirtinančių, jog pasibaigus grobuoniškų kainų taikymo laikotarpiui, ūkio subjektas galės susigrąžinti prarastas pajamas, pakėlęs kainas. Taigi tuo atveju, jei ūkio subjektas nustato kainas, mažesnes nei vidutiniai išvengtiniai kaštai, nebus tiriama, ar susigrąžinti prarastas pajamas bus įmanoma¹⁸⁸. Kita vertus, jeigu kainos yra mažesnės, nei vidutiniai bendrieji kaštai, bet didesnės, nei vidutiniai išvengtiniai kaštai, Komisija mano, jog reikalinga nustatyti pajamų susigrąžinimo fakto galimumą¹⁸⁹. Tai įrodoma netiesiogiai, atsižvelgiant į kliūtis įėjimui į rinką, dominuojančio ūkio subjekto

¹⁸⁴ O'DONOGHUE, PADILLA, išnaša 4, p. 241.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 241.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 243.

¹⁸⁷ WURMNEST, išnaša 102, p. 20.

¹⁸⁸ Svarstytinai pranešimas, išnaša 2, 109 pastraipa.

¹⁸⁹ *Ibid.*, 122 punktą.

stiprėjančią poziciją rinkoje ir panašiai. Be to, net ir nustačius, jog kainos yra grobuoniškos, ūkio subjektas gali šią prezumpciją paneigti, įrodęs, kad jo elgesys buvo objektyviai pateisinamas¹⁹⁰.

Teigiamai vertintina yra ir tai, kad Komisija Svarstytiname Pranešime pripažįsta, jog tais atvejais, kai kainos yra žemiau vidutinių bendrųjų, bet aukščiau vidutinių išvengtinių kaštų, ūkio subjekto ketinimas gali būti įrodomas ir netiesioginiais įrodymais. Pirmoje darbo dalyje jau buvo parodyta, kad ūkio subjekto ketinimas nėra objektyvus ir patikimas būdas piktnaudžiavimui dominuojančia padėtimi nustatyti, nes visos įmonės iš esmės siekia eliminuoti konkurentus, todėl bent jau ieškant netiesioginių ketinimų įrodymų, objektyvumo piktnaudžiavimo tyrime tikėtinau būtų daugiau (nors EB institucijos savo praktikoje ir anksčiau rėmėsi netiesioginiais ketinimo įrodymais¹⁹¹).

Įdomu pastebėti, kad labiau į grobuoniškos kainodaros realias ar tikėtinas pasekmes rinkai bei galimą prarastų pajamų susigrąžinimo galimybę jau buvo atkreiptas dėmesys Komisijos *Wanadoo* sprendime¹⁹² dar prieš paskelbiant Komisijos Svarstytiną Pranešimą, todėl, šio darbo autorės nuomone, tikslinga atidžiau šį sprendimą panagrinėti.

2.2. *Wanadoo* byla: Komisijos ir PIT analizės skirtumai

2003 m. liepos 16 d. Komisija nustatė, kad *France Télécom* grupės įmonė *Wanadoo Interactive SA* (toliau – WIN), už savo paslaugas *eXtense* ir *Wanadoo ADSL* taikydama grobuoniškas kainas, kurios nepadengė kintamųjų kaštų, o nuo 2001 m. rugpjūčio mėn. – bendrųjų kaštų, ir kurios buvo įgyvendinamo didelės spartos interneto prieigos paslaugų rinkos užėmimo plano dalis, pažeidė EB sutarties 82 straipsnį. Šis Komisijos sprendimas įdomus šiais aspektais: Komisija, nors ir nustatė, kad WIN taikomos kainos buvo mažesnės už vidutinius kintamuosius kaštus, o tai preziumuojama piktnaudžiavimu dominuojančia padėtimi, vis dėlto atliko išsamų poveikio rinkai vertinimą; antra, Komisija taip pat atliko vertinimą, ar nuostolių susigrąžinimas yra tikėtinas.

Pirmiausia WIN komercinės praktikos poveikis rinkai pasireiškė tuo, kad pagrindinis ir stipriausias WIN konkurentas, bendrovė *Mangoosta*, taip pat teikianti ADSL paslaugas, buvo priversta pasitraukti iš rinkos. Be to, apskritai įvertinus mažėjančias WIN konkurentų dalis, buvo akivaizdu, kad WIN taikomos grobuoniškos

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ O'DONOGHUE, PADILLA, išnaša 4, p. 254.

¹⁹² *Wanadoo* byla, išnaša 42.

kainos turėjo eliminuojantį poveikį, kai tuo pačiu metu WIN užimama rinkos dalis sparčiai augo.

PIT patvirtino Komisijos išvadą *Wanadoo* byloje¹⁹³, tačiau pabrėžė, kad „kalbant apie EB sutarties 82 straipsnio taikymo sąlygas ir piktnaudžiavimo veiksmų tikslo bei poveikio skirtumą pažymėtina, kad taikant šį straipsnį antikonkurencinis tikslas ir poveikis, kaip ir šiuo atveju, gali sutapti“¹⁹⁴. Taigi iš to matome, kad PIT laikosi *AKZO* byloje nustatytos prezumpcijos, kad kainos, mažesnės nei vidutiniai kintamieji kaštai, savaime prilygsta piktnaudžiavimui dominuojančia padėtimi ir antikonkurencinio poveikio atskirai įrodinėti nereikia. Be to, PIT taip pat nurodė, kad „kai dominuojančią padėtį užimanti įmonė iš tikrųjų vykdo veiksmus, kuriais siekiama pašalinti iš rinkos konkurentą, to, jog planuotas rezultatas nebuvo pasiektas, nepakanka, kad šie veiksmai nebūtų vertinami kaip piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi EB sutarties 82 straipsnio prasme“¹⁹⁵, taigi realūs padariniai, PIT manymu, taip pat piktnaudžiavimo nustatymui neturi jokios reikšmės.

Dėl galimybės padengti nuostolius, Komisija nurodė, kad šios galimybės piktnaudžiavimui grobuoniškų kainų forma nustatyti nereikia. Nežiūrint to, Komisija parodė, kad šiuo atveju prarastų pajamų susigrąžinimas yra labai tikėtinas. Priešingai nei teigė WIN, didelės spartos interneto prieigos paslaugų rinkoje egzistavo didelės įėjimo į rinką kliūtys, palengvinančios nuostolių padengimą. Šioms egzistuojančioms kliūtims įrodyti Komisija pateikė išsamų vertinimą, atsižvelgdama, be kita ko, į tai, kad sutartis su WIN vartotojai sudarydavo mažiausiai vienu metų laikotarpiui, o už jų nutraukimą anksčiau termino grėsė baudos, be to, ADSL paslaugų teikėjo keitimas lemtų papildomas išlaidas.

PIT savo sprendime pakartojo, jog galimybės padengti nuostolius, vertinant grobuonišką kainodarą, įrodyti nereikia, ir nesirėmė Komisijos pateiktais argumentais dėl nuostolių padengimo tikėtimumo.

Apžvelgus šią bylą, galima padaryti išvadą, kad Komisijos analizė buvo pagrįsta ne tik *WIN* elgesio forma ir su tuo susijusia *AKZO* byloje suformuluota prezumpcija, bet taip pat šio elgesio padariniais efektyviai konkurencijai rinkoje. Priešingai, PIT rėmėsi vien prezumpcija, jog kainos, mažesnės nei vidutiniai kintamieji kaštai, yra grobuoniškos ir savaime prilygsta piktnaudžiavimui, nereikalaujant nei poveikio rinkai analizės, nei galimybių padengti nuostolius įrodymų. Iš dalies tai suprantama, atsižvelgiant į tai, kad

¹⁹³ 2007 m. sausio 30 d. PIT sprendimas byloje T-340/03, *France Télécom v Commission*.

¹⁹⁴ *Ibid.*, 195 pastraipa.

¹⁹⁵ *Ibid.*, 196 pastraipa.

prezumpcijos, susijusios su grobuoniška kainodara, yra labai stiprios ir nusistovėjusios praktikoje, bet pozityviai vertintina tai, kad Komisija jas pradeda vis labiau švelninti.

3. Susiejimas

3.1. Esminiai Komisijos pasiūlymai

Komisijos Svarstyname pranešime pabrėžiama, kad susiejimas yra įprasta komercinė praktika, dažnai neturinti jokių antikonkurencinių pasekmių, be to, tai yra pagrindinė daugelio ekonominės veiklų dalis¹⁹⁶. Iš to galime daryti išvadą, kad Komisija laikosi požiūrio, jog susiejimas prilygsta piknaudžiavimui tik išimtiniais atvejais. Tai akivaizdus žingsnis link *per se* neteisėtumo taisyklės susiejimo atžvilgiu atsisakymo, ir daugelis autorių tai vertina labai teigiamai¹⁹⁷.

Komisija taip pat nurodo, kad pagrindinis antikonkurencinis susiejimo poveikis pasireiškia susieto produkto „rinkos uždarymu“, o apskritai susiejimo analizė turėtų susidaryti iš dviejų pagrindinių žingsnių: pirma, reikia nustatyti, kurie vartotojai yra „susieti“, antra, ar šie vartotojai sudaro pakankamą atitinkamos rinkos dalį, siekiant įrodyti, kad rinka tapo „uždaryta“. Žinoma, nenurodydama, kokią konkrečiai rinkos dalį turėtų paveikti susiejimas, Komisija palieka erdvės įvairioms interpretacijoms, vis dėlto, atsižvelgiant į bendrą Svarstyto pranešimo „dvasią“, tai turėtų būti reikšminga rinkos dalis. Toliau Komisija nurodo daugelį faktorių, į kuriuos, nagrinėjant tariamą pažeidimą, bus atsižvelgiama¹⁹⁸.

3.2. Susiejimas *Microsoft* byloje: atsisakoma neteisėtumo prezumpcijos?

Nors, kaip buvo parodyta pirmoje darbo dalyje, EB teismai ilgai laikėsi susiejimo neteisėtumo prezumpcijos, daugelis autorių teigia, kad *Microsoft* byloje¹⁹⁹ Komisija ir PIT nukrypo nuo *per se* neteisėtumo taisykle pagrįstos analizės: detaliai išnagrinėjo, kokią realų poveikį *Microsoft* elgesys, susiejant „Windows Media Player“ (toliau – WMP)

¹⁹⁶ Svarstyto pranešimas, išnaša 2, 178 pastraipa.

¹⁹⁷ Comments of the International Bar Association Antitrust Committee Working Group on Article 82 Enforcement On the DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses [interaktyvus], p 25. [Žiūrėta 2008-03-01]. Prieiga per internetą: <<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/102.pdf>>.

¹⁹⁸ Svarstyto pranešimas, išnaša 2, 196-202 pastraipos.

¹⁹⁹ *Microsoft* byla, išnaša 77; išnaša 114.

grotuvą su Windows operacine sistema, turės rinkai, taip pat atsižvelgė ir į Microsoft pateiktus tokio elgesio pateisinimus.

Iš esmės sprendimuose Komisija bei PIT rėmėsi EB teisėje įtvirtintu „tradiciniu“ keturių pakopų susiejimo analizės metodu. Tokiu būdu buvo nustatyta, kad Microsoft užima dominuojančią padėtį asmeninių kompiuterių operacinių sistemų rinkoje, operacinė sistema *Windows* ir WMP yra du atskiri produktai, Microsoft nesuteikia vartotojams pasirinkimo galimybės įsigyti *Windows* be WMP ir šis susiejimas apriboja konkurenciją. Be to, sprendimu buvo atmesti WMP susiejimą pagrindžiantys Microsoft argumentai. Svarbu pabrėžti kelis šio sprendimo aspektus, kurie parodo, kad Komisijos ir PIT vertinimas nebuvo formalus: pirma, Komisija pagrįstai nustatė, o PIT patvirtino, kad *Windows* operacinės sistemos susiejimas su WMP tikėtina apribos konkurenciją, taigi kiltų grėsmė efektyviai konkurencijai rinkoje. Antra, buvo įvertinti su efektyvumu susiję Microsoft argumentai.

Komisija aiškiai nurodė, kad *Microsoft* bylos atveju buvo pagrįstų priešasčių *nemanyti*, be tolesnės analizės, kad WMP susiejimas pačia savo esme gali turėti „rinkos uždarymo“ poveikį²⁰⁰. Nors klasikinėse susiejimo bylose Komisija ir EB teismai laikė, kad konkurencijos apribojimo poveikį lemdavo vien atskiro produkto susiejimas su kitu produktu, kurio atžvilgiu ūkio subjektas turėjo dominuojančią padėtį, šiuo atveju vartotojai galėjo įsigyti ir kitų grotuvų internetu, kartais netgi už dyką. Taigi šiuo požiūriu Komisijos sprendimas yra tikrai žingsnis tolyn nuo formalaus elgesio vertinimo link pasekmių analizės. Išvada, kad susiejimas šioje byloje tikrai turėjo „rinkos uždarymo“ poveikį, lėmė keli pagrindiniai argumentai: visų pirma, susiedama WMP su *Windows* operacine sistema, WMP plačiai pasklido per asmeninius kompiuterius visame pasaulyje, o kiti grotuvų platinimo būdai yra mažiau efektyvūs nei susiejimas; antra, WMP visuotinis paskleidimas skatina programinės įrangos gamintojus visų pirma remtis *Windows Media* technologija ir tokiu būdu konkuruojantys grotuvai tampa mažiau patrauklūs vartotojams; trečia, WMP rinkos dalis išaugo kitų konkuruojančių rinkos dalyvių „sąskaita“²⁰¹. Nustačiusi šias ir kitas aplinkybes, Komisija priėjo prie išvados, jog buvo *protinga tikėtis*, kad WMP susiejimas su *Windows* operacine sistema lems *konkurencijos sumažėjimą*, taigi nuspėjamoje ateityje efektyvios konkurencijos struktūra nebus išlaikyta²⁰². Šią išvadą galima kritikuoti keliais aspektais. Visų pirma, neaišku, kada apskritai galima nuspręsti, jog konkurencijos apribojimo padariniai yra „protingai

²⁰⁰ *Microsoft* byla, išnaša 114, 841 pastraipa.

²⁰¹ HOWARTH, David; McMAHON, Kathryn. “Windows has performed an illegal operation”: the Court of First Instance’s judgment in *Microsoft v Commission*. *European Competition Law Review*, 2008, vol. 29, no. 2, p. 127.

²⁰² *Microsoft* byla, išnaša 114, 984 pastraipa; išnaša 77, 1089 pastraipa.

tikėtini“. Komisija ir PIT, naudodami sąvoką „konkurencijos sumažėjimas“ vietoje įprastų „rinkos uždarymas“ ar „konkurencijos eliminavimas“ taip pat įneša neaiškumo: ar tai reiškia, kad šiuo atveju įrodyti poveikį konkurencijai yra paprasčiau? Be to, nors atkreiptas dėmesys į efektyvią rinkos struktūrą, tačiau į vartotojų gerovę kartu nėra atsižvelgiama.

Nors Komisija ir PIT nustatė, kad Microsoft susiejimas tikėtinais lems konkurencijos sumažėjimą, tačiau taip pat atsižvelgė į galimą šio elgesio pateisinimą, grindžiamą efektyvumu. Microsoft teigė, jog susiejimas mažina vartotojų išlaidas, yra techniškai pranašesnis, o atsiejus WMP nuo operacinės sistemos, nukentės patys vartotojai, konkuruojantys programinės įrangos gamintojai, be to, tai pakenks Windows operacinės sistemos dalių funkcionavimui, tačiau nei vieno iš šio ir kitų argumentų, susijusių su efektyvumu, nei Komisija, nei PIT nepriėmė, nes laikė arba nepakankamai įrodytais, arba dėl to, jog efektyvumas galėjo būti pasiektas ir be susiejimo. Svarbu pabrėžti, kad šiuo atveju su efektyvumu susiję argumentai buvo įvertinti iš esmės taip, kaip tai siūloma daryti Svarstytiname pranešime²⁰³.

Neatrodo, jog Komisijos ir PIT sprendimai Microsoft byloje būtų įnešę drastiškų pokyčių piktnaudžiavimo, pasireiškiančio susiejimu, vertinime, tačiau teigiama yra tai, kad buvo neapsiribota vien elgesio forma, o detaliam išnagrinėtas ir elgesio poveikis, ir galimas pateisinamumas. Kita vertus, dėmesio vartotojų gerovei skiriama nepakankamai, nes, kaip ir anksčiau, laikoma, jog vien efektyvios konkurencijos rinkoje užtikrinimas kartu teigiamai veiks ir vartotojus.

Vis dėlto yra autorių, teigiančių, kad *per se* neteisėtumo taisyklės visiškai nebuvo atsisakyta, ji paprasčiausiai buvo modifikuota. Pagrindinė problema net ir atsisakius *per se* analizės metodo tampa antikonkurencinių ir prokonkurencinių susiejimo padarinių lyginimas ir ypač sprendimas, kas konkrečiai turėtų šią analizę atlikti²⁰⁴.

4. Atsisakymas tiekti

4.1. Esminiai Komisijos pasiūlymai

Komisija Svarstytiname pranešime pripažįsta, kad ūkio subjektai, taip pat ir dominuojantys, turi teisę nuspręsti, kam tieks prekes ar paslaugas²⁰⁵. Tai atspindi ir ETT

²⁰³ Svarstytiname pranešime, išnaša 2, 84-92 pastraipos.

²⁰⁴ O'DONOGHUE, PADILLA, išnaša 4, p. 517.

²⁰⁵ Svarstytiname pranešime, išnaša 2, 207 pastraipa.

nuomonę, išreikštą *Oscar Bronner* byloje²⁰⁶. Vis dėlto tam tikrais atvejais toks atsisakymas gali prilygti piktnaudžiavimui: taip gali atsitikti, kai atsisakymas tiekti yra naudojamas kaip priemonė nubausti pirkėjus už tai, kad šie perka prekes iš konkurento, arba kaip būdas priversti pirkėjus sutikti su išimtinio pirkimo ar susiejimo susitarimais²⁰⁷. Todėl svarbu rasti ribą, kada pripažintos teisės įgyvendinimas tampa piktnaudžiavimu dominuojančia padėtimi. Tai ypač sudėtinga tais atvejais, kai kalbame apie intelektinės nuosavybės teises.

Komisija Svarstytiname pranešime atsisakymą tiekti skirsto į kelias rūšis, nuo kurių ir priklauso vertinimas: pirma, kai vienas ar keli ūkio subjektai nutraukia egzistuojantį tiekimą, antra, kai vienas ar keli ūkio subjektai atsisako pradėti tiekti, įskaitant atvejus, kai ištekliai saugomi intelektinės nuosavybės teisių, trečia, kai atsisakoma suteikti informaciją apie funkcinį suderinamumą²⁰⁸. Lengviausia įrodyti piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi pagal neigiamas pasekmes konkurencijai yra pirmuoju atsisakymo tiekti atveju, kadangi nereikalaujama įrodymo, jog išteklius buvo būtinas pirkėjui, siekiant vykdyti ekonominę veiklą „pasroviui“ esančioje rinkoje.

Kalbėdama apie padarinių rinkai analizę, Komisija akcentuoja, kad vieno konkurento tikėtinas išstūmimas iš rinkos pats savaime nesudaro piktnaudžiavimo, taip bus tik tuo atveju, jei toks išstūmimas neigiamai paveiks pačią konkurenciją²⁰⁹.

Nors jau *Oscar Bronner* ir *IMS Health*²¹⁰ bylose buvo pripažinta, kad atsisakymas tiekti (suteikti priėjimą) gali būti pateisintas objektyviais pagrindais, skirtingai nuo teisminės praktikos, Svarstytiname pranešime pateikia ir tokio pateisinamumo pavyzdžius (pavyzdžiui, reikšmingas sąnaudų padidėjimas, keliantis grėsmę išteklių turėtojo ekonominiam gyvavimui).

Problemas, susijusias su atsisakymu suteikti licenciją naudotis intelektinės nuosavybės objektais, Komisija siūlo spręsti pagal EB teisminėje praktikoje nusistovėjusius principus²¹¹. Svarbu, kad Svarstytiname pranešime pripažįstama intelektinės nuosavybės teisės vertybė ir poreikis atlyginti už inovacijas ir riziką. Tačiau „ypatingos aplinkybės“, kurioms esant minėtas atsisakymas galėtų sudaryti piktnaudžiavimą, Svarstytiname pranešime nepakankamai tiksliai apibrėžtos²¹².

²⁰⁶ 1998 m. lapkričio 26 d.ETT sprendimas byloje C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co KG v Mediaprint* (1998), ECR I-7791.

²⁰⁷ Svarstytiname pranešime, išnaša 2, 207-208 pastraipos.

²⁰⁸ *Ibid.*, 215 pastraipa.

²⁰⁹ *Ibid.*, 222 ir 231 pastraipos.

²¹⁰ *IMS Health* byla, išnaša 87.

²¹¹ Svarstytiname pranešime, išnaša 2, 237-240 pastraipos.

²¹² *Ibid.*, 239 pastraipa; BOSCHECK, Ralf. Competitive Advantage and the Regulation of Dominant Firms, *World Competition*, 2007, Vol. 30, No. 3, p. 476.

Pažymėtina, kad Svarstytiname pranešime kaip atskira atsisakymo tiekti rūšis išskirtas atsisakymas suteikti informaciją apie funkcinį suderinamumą²¹³. *Microsoft* bylos pavyzdys jau parodė, kokia svarbi yra ši atsisakymo tiekti forma, bet Komisija, deja, šiam piktnaudžiavimo būdai skiria labai nedaug dėmesio, paprasčiausiai nurodydama, jog atsisakymas suteikti minėtą informaciją gali prilygti piktnaudžiavimui²¹⁴. Svarbu ir tai, kad šitoks atsisakymas suteikti informaciją vartotojus veikia tik netiesiogiai, todėl turėtų būti labiau atsižvelgiama į ilgojo laikotarpio vartotojų interesus, tačiau Svarstytiname pranešime apie tai neužsimenama. Kaip matysime toliau, nepakankamai dėmesio šiai problemai buvo skirta ir *Microsoft* byloje.

4.2. Atsisakymas suteikti informaciją *Microsoft* byloje: žala vartotojams ar konkurencijai?

Kaip jau buvo minėta, *Microsoft* byla buvo susijusi ne tik su susiejimo problema, bet ir su atsisakymu suteikti informaciją apie funkcinį suderinamumą. Trumpai tariant, *Microsoft* atsisakė bendrovei *Sun Microsystems* suteikti informaciją, saugomą intelektualinės nuosavybės teisių, kurią turėdama, ši bendrovė galėtų kurti tinklo serverių operacines sistemas, suderinamas su *Windows* asmeninių kompiuterių operacinėmis sistemomis. Komisija pripažino, o PIT patvirtino, kad tokiu būdu *Microsoft* piktnaudžiavo savo dominuojančia padėtimi. Ši išvada buvo padaryta, iš esmės vadovaujantis *Magill* byloje²¹⁵ suformuluotais principais.

Byloje Komisija, nagrinėdama, ar atsisakymas suteikti informaciją lemia riziką, jog bus eliminuota efektyvi konkurencija tinklo serverių operacinių sistemų rinkoje, atliko išsamią poveikio šiai minėtai rinkai analizę ir nustatė (o PIT patvirtino), kad iš tiesų rizika eliminuoti konkurenciją egzistavo²¹⁶. Vis dėlto ilgalaikė žala vartotojams nebuvo atidžiau įvertinta, koncentruojantis vien ties neigiamomis pasekmėmis konkurencijos procesui. Kita vertus, Komisija ir PIT taip pat tyrė, ar *Microsoft* atsisakymas suteikti informaciją apie funkcinį suderinamumą užkirstų kelią naujo produkto, kuriam yra potenciali paklausa, pasirodymui. Įdomu tai, kad šiuo atveju „naują produktą“ atstojo techninė plėtra: Komisijos ir PIT nuomone, jeigu konkurentai būtų galėję pasinaudoti informacija, kurią buvo atsisakyta pateikti, jie būtų galėję vartotojams pateikti naujų ir patobulintų produktų. Akivaizdu, kad tokiu atveju bet koks atsisakymas suteikti informaciją bus

²¹³ Svarstytinasis pranešimas, išnaša 2, 241 pastraipa.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ *Magill* byla, išnaša 86.

²¹⁶ *Microsoft* byla, išnaša 114, 585-692 pastraipos.

draudžiamas, jei tik ši informacija nebus naudojama identiško produkto kūrimui. Be to, žala vartotojams pasireiškė ir tuo, kad buvo apribota jų laisvė pasirinkti konkuruojančias tinklo serverių operacines sistemas, tuo labiau, kad vartotojų apklausa parodė, jog jie konkuruojančių tinklo serverių operacinių sistemų savybes vertina labiau²¹⁷. Galiausiai PIT daro išvadą, jog atsisakius suteikti informaciją apie funkcinį suderinamumą, Microsoft konkurentai atsiduria nepalankioje padėtyje, lyginant su Microsoft²¹⁸. Bet argi tai gali būti tapatinama su žala vartotojams?²¹⁹ Be to, PIT taip pat daro išvadą, kad Microsoft susilpnino efektyvią konkurecinę struktūrą tinklo serverių operacinių sistemų rinkoje, įgydama reikšmingą dalį joje²²⁰. Jei konkurencijos teisės siekiu laikytume tik vartotojų gerovės užtikrinimą, neatrodo, jog ši išvada būtų su šiuo tikslu suderinama.

Kalbant apie objektyvų elgesio pateisinamumą, PIT pabrėžė, jog nei intelektinės nuosavybės teisių turėjimas, nei Microsoft stimulus kurti inovacijas šioje byloje negali būti laikoma objektyvaus atsisakymo suteikti informaciją pateisinimo pagrindais. Šiuo atveju susiduriama su problema, kaip įvertinti ir pasverti galimus informacijos suteikimo ar atsisakymo suteikti informaciją teigiamus ir neigiamus padarinius. Viena vertus, suteikus informaciją, trumpuoju laikotarpiu konkurencija „pasroviui“ esančioje rinkoje augtų, o kartu būtų užtikrintas paskirstymo (alokacinis) efektyvumas. Kita vertus, tokiu atveju dominuojančio ūkio subjekto stimulus investuoti ir kurti sumažėtų. Komisija, įvertinusi galimus teigiamus ir neigiamus padarinius, priėjo prie bendrovei Microsoft nepalankios išvados. Šiuo darbu nesiekama atsakyti į klausimą, ar Komisijos analizės rezultatai pagrįsti, vis dėlto vieną aspektą reikėtų pabrėžti: kadangi Komisija pasirinko sudėtingą padarinių lyginimo metodą, kurį naudojant atsiranda didelė klaidos tikimybė²²¹, gali kilti klausimas, ar šis testas tinkamiausias vartotojų žalai ar gerovei nustatyti?

Apibendrinant galima pasakyti, kad nei Komisijos, nei PIT sprendimas *Microsoft* byloje, kalbant apie atsisakymą suteikti priėjimą prie informacijos, neatrodo prieštaraujantys pagrindiniams Svarstytiname pranešime įtvirtintiems atsisakymo tiekti nagrinėjimo principams: buvo detaliai išnagrinėti ir elgesio padariniai, ir objektyvaus pateisinamumo galimybės. Kita vertus, atrodo, jog šioje byloje vartotojų apsauga nebuvo nei vienintelis, nei pagrindinis Komisijos ar PIT rūpestis.

²¹⁷ *Microsoft* byla, išnaša 77, 652 pastraipa, išnaša 114, 782 pastraipa.

²¹⁸ *Microsoft* byla, išnaša 77, 653 pastraipa.

²¹⁹ HOWARTH, McMAHON, išnaša 201, p. 122.

²²⁰ *Ibid.*, 664 pastraipa.

²²¹ GERADIN, Damien. Limiting the scope of Article 82 EC: what can EU learn from the U.S. Supreme Court's judgment in *Trinko* in the wake of *Microsoft*, *IMS*, and *Deutsche Telecom*? *Common Market Law Review*, 2004, Vol. 42, p. 1542.

IŠVADOS

1. Piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi samprata EB konkurencijos teisėje nėra pakankamai apibrėžta, todėl trūksta aiškių principų, kuriais remiantis būtų galima atriboti teisėtą elgesį nuo elgesio, pažeidžiančio EB sutarties 82 straipsnį. Be to, Komisija ir Bendrijos teismai, tirdami piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi atvejus, nepakankamai atsižvelgia į ūkio subjektų komercinės praktikos poveikį konkurencijai ir vartotojams, dažnai preziumuodami, kad tam tikras elgesys savaime lemia antikonkurencines pasekmes. Toks vertinimas yra per daug formalus ir didina klaidingų išvadų tikimybę, kadangi dažnai dominuojančių ūkio subjektų elgesys turi ir teigiamų, ir antikonkurencinių pasekmių, kurias būtina tinkamai įvertinti *in corpore*.
2. EB sutarties 82 straipsnio reformos pagrindinis tikslas yra užtikrinti, kad dominuojantys ūkio subjektai nebūtų baudžiami už tokį elgesį, kuris neturi jokio neigiamo poveikio konkurencijai ir vartotojams. Šiam tikslui siekti Komisija siūlo daugiau remtis ekonomine analize ir atsižvelgti į elgesio poveikį. Vis dėlto pagrindinės reformos įgyvendinimo kryptys – vienodai efektyvaus konkurento testas ir gynyba, pagrįsta efektyvumu – ne visada padeda pasiekti šį tikslą, todėl Komisijos pasiūlymai vertintini kaip balanso tarp vartotojų gerovės ir efektyvios konkurencijos užtikrinimo ieškojimas.
3. Naujausios Komisijos praktikos (pavyzdžiui, *Wanadoo* ir *Tomra* bylos) ir kai kurių PIT sprendimų (pavyzdžiui, *Microsoft* byla) analizė leidžia teigti, kad dominuojančių ūkio subjektų elgesys vis daugiau analizuojamas ne pagal jo formą, bet ekonominį poveikį. Vis dėlto kai kurie Bendrijos teismų sprendimai (visų pirma, ETT sprendimas *British Airways* byloje ir PIT sprendimas *France Télécom (Wanadoo)* byloje) liudija apie egzistuojantį konfliktą tarp tradicinio, t.y., formalaus, piktnaudžiavimo vertinimo ir naujojo požiūrio, įtvirtinto Komisijos Svarstytiname pranešime.
4. Net jeigu Komisija, remdamasi Svarstytinu pranešimu, paskelbs gaires (kurios, beje, įpareigos tik pačią Komisiją), abejotina, ar vien šiuo *soft law* aktu bus įmanoma pakeisti susiklosčiusią ilgalaikę EB sutarties 82 straipsnio taikymo praktiką. Todėl Komisijos siūlomos reformos įgyvendinimo sėkmė priklausys visų pirma nuo Bendrijos teismų pasirengimo perimti naująjį požiūrį į piktnaudžiavimą

dominuojančia padėtimi. Kol kas negalima būtų teigti, kad teismai yra pasirengę pakeisti savo tradicinį požiūrį į EB sutarties 82 straipsnį (geriausias pavyzdys – ETT sprendimas *British Airways* byloje).

5. Atsižvelgiant į tai, kad EB sutarties 82 straipsnio reformos ateitis nėra aiški, o naujausioje EB institucijų praktikoje galime pastebėti priešpriešą tarp formalaus ir naujojo Komisijos palaikomo piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi vertinimo, sunku įvertinti, kokį požiūrį į piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi perims ES valstybių narių nacionalinės konkurencijos priežiūros institucijos. Nors Lietuvos Respublikos konkurencijos tarybos praktikoje galime rasti ir išsamios ekonominės analizės pavyzdį (2006 m. *TEO LT* byla), ir ne tokį formalų elgesio poveikiu pagrįstą piktnaudžiavimo vertinimą (*Švyturys-Utenos alus* byla), tačiau, ar šie pavyzdžiai taps taisykle, parodys tik laikas.

LITERATŪROS SĄRAŠAS

I. Teisės norminiai aktai

1. Konsoliduota Europos Bendrijos steigimo sutartis (Valstybės žinios, 2004. Nr. 2-2);
2. 2004 m. sausio 20 d. Tarybos reglamentas (EB) Nr. 139/2004 dėl koncentracijų tarp įmonių kontrolės (EB Susijungimų reglamentas) (angl. – *Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation)*), OJ L 24, 29.1.2004, p. 1-22;
3. 2002 m. gruodžio 16 d. Tarybos Reglamentas (EB) Nr. 1/2003 dėl konkurencijos taisyklių, nustatytų Sutarties 81 ir 82 straipsniuose, įgyvendinimo (angl. – *Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty*), OJ L 1, 4.1.2003, p. 1-25;
4. Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas (su pakeitimais ir papildymais) (Valstybės žinios, 1999, Nr. 30-856);
5. Komisijos komunikatas. Sutarties 81 straipsnio 3 dalies taikymo gairės, 2004/C 101/08 (angl. – *Communication from the Commission. Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty*), OJ C 101, 27.4.2004, p. 97-118.

II. Specialioji literatūra

Knygos, vadovėliai, tyrimai

1. Aiškinamasis ekonomikos anglų-lietuvių kalbų žodynas (Sudarė David W. Pearce). Vilnius: TEV, 2006;
2. CAIRNS, Walter. *Europos Sąjungos teisės įvadas*. Vilnius: Eugrimas, 1999;
3. FAULL, Jonathan; NIKPAY, Ali. *The EC Law of Competition*. 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 2007;
4. HUMPE, Ch.; RITTER, C. Refusal to Deal. In *GCLC Research Papers on Article 82 EC*, College of Europe, Global Competition Law Centre, July 2005;
5. O'DONOGHUE, Robert; PADILLA, A Jorge. *The Law and Economics of Article 82 EC*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2006;

6. POSNER, Richard. *Antitrust law*. 2nd edition. Chicago: University of Chicago Press, 2001;
7. TEMPLE, John; O'DONOGHUE, Robert. The concept of an exclusionary abuse under Article 82 EC. In *GCLC Research Papers on Article 82 EC*, College of Europe, Global Competition Law Centre, July 2005;
8. VESTERDORF, Bo. Considérations sur la notion de “concurrence par les mérites”. In CANIVET, Guy. *La modernisation du droit de la concurrence*. Paris: LGDJ, 2005;
9. WHISH, Richard. *Competition Law*. 5th edition. London: LexisNexis UK, 2003.

Straipsniai periodiniuose leidiniuose

1. BAVASSO, Antonio. The Role of Intent under Article 82 EC: From “Flushing the Turkeys” to “Spotting Lionesses in Regent’s Park”, *European Competition Law Review*, 2005, Vol. 26, No. 11, p. 616-623;
2. BOSCHECK, Ralf. Competitive Advantage and the Regulation of Dominant Firms, *World Competition*, 2007, Vol. 30, Issue 3, p. 463-477;
3. CSERES, K J. The controversies of the consumer welfare standard, *The Competition Law Review*, March 2007, Vol. 3, Issue 2, p. 121-173;
4. DREHER, Meinrad; ADAM, Michael. Abuse of Dominance under Reform: Sound Economics and Established Case Law. *European Competition Law Review*, 2007, Vol. 28, No. 4, p. 278-282;
5. EILMANSBERGER, Thomas. How to distinguish good from bad competition under Article 82 EC: in search of a clearer and more coherent standards for anti-competitive abuses, *Common Market Law Review*, 2005, Vol. 42, p. 129-177;
6. FOX, Eleanor. We protect competition, you protect competitors, *World Competition*, 2003, Vol. 26, Issue 2, p. 149-165;
7. GERADIN, Damien. Limiting the scope of Article 82 EC: what can EU learn from the U.S. Supreme Court’s judgment in *Trinko* in the wake of *Microsoft*, *IMS*, and *Deutsche Telekom*? *Common Market Law Review*, 2004, Vol. 42, p. 1519-1553;
8. GORMSEN Lovdahl, Lisa. Article 82 EC: Where are we coming from and where are we going to? *The Competition Law Review*, March 2006, Vol. 2, Issue 2, p. 5-25;
9. HOWARTH, David; McMAHON, Kathryn. “Windows has performed an illegal operation”: the Court of First Instance’s Judgment in *Microsoft v Commission*. *European Competition Law Review*, 2008, Vol. 29, No. 2, p. 117-134;

10. KALLAUGHER, John; SHER, Brian. Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse under Article 82. *European Competition Law Review*, 2004, Vol. 25, No. 5, p. 263-285;
11. KAMANN, Hans-Georg; BERGMANN, Ellen. The Granting of Rebates by Market Dominant Undertakings under Article 82 of the EC Treaty. *European Competition Law Review*, 2005, Vol. 26, No. 2, p. 83-89;
12. KLIMAŠAUSKIENĖ, Danguolė. Konkurencijos samprata ekonomikos teorijoje. *Ekonomika*, 2007, 79 tomas, p. 109-123;
13. LANG, Temple J.; O'DONOGHUE, R. Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82 EC. *Fordham International Law Journal*, 2002, Vol. 26, p. 83-162;
14. LOEWENTHAL, Paul-John. The Defence of "Objective Justification" in the Application of Article 82 EC, *World Competition*, 2005, Vol. 28, Issue 4, p. 455-477;
15. MERTIKOPOULOU, Victoria. DG Competition's Discussion Paper on the Application of Article 82 of the EC Treaty to Exclusionary Abuses: The Proposed Economics Reform from a Legal Point of View, *European Competition Law Review*, 2007, Vol. 28, No. 4, p. 246;
16. MOISEJEVAS, Raimundas. Piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi: grobuoniška kainodara – esminiai požymiai, *Jurisprudencija. Mokslo darbai*, 2007, Nr. 9(99); p. 62-69;
17. NIELS, Gunnar; JENKINS, Helen. Reform of Article 82: Where the Link Between Dominance and Effects Breaks Down, *European Competition Law Review*, 2005, Vol. 26, No. 11, p. 605-610;
18. ROUSSEVA, Ekaterina. Modernizing by eradicating: how the Commission's new approach to Article 81 EC dispenses with the need to apply Article 82 EC to vertical restraints. *Common Market Law Review*, 2005, Vol. 42, p. 587-638;
19. ROUSSEVA, Ekaterina. The concept of objective justification of an abuse of a dominant position: can it help to modernise the analysis under Article 82 EC? *The Competition Law Review*, March 2006, Vol. 2, Issue 2, p. 27-72;
20. VICKERS, John. Abuse of market power, *The Economic Journal*, June 2005, Vol. 115, No. 504, p. 244-261.

Elektroniniai dokumentai

1. 2006 m. kovo 30 d. OECD (Ekonominio bendradarbiavimo ir plėtros organizacijos) Konkurencijos teisės komiteto konferencijos „Competition on the merits“ medžiaga. Prieiga per internetą: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=875360>.
2. Comments of the International Bar Association Antitrust Committee Working Group on Article 82 Enforcement On the DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses [interaktyvus]. [Žiūrėta 2008-03-01]. Prieiga per internetą: <<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/102.pdf>>.
3. Comments on the public consultation on Discussion Paper on the Application of Article 82 to exclusionary abuses (March 2006) [interaktyvus]. [Žiūrėta 2007-10-15]. Prieiga per internetą: <<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/contributions.html>>.
4. European Commission, DG Competition, Brussels December 2005, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty of exclusionary abuses [žiūrėta 2007-10-15]. Prieiga per internetą: <<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>>.
5. GERBER, David J. The Future of Article 82: Dissecting the Conflict [interaktyvus]. [Žiūrėta 2008-03-05]. Prieiga per internetą: <[http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2007\(pdf\)/200709-COMPed-Gerber.pdf](http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2007(pdf)/200709-COMPed-Gerber.pdf)>.
6. KROES, Neelie. Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82. Speech at the Fordham Corporate Law Institute, New York, 23rd September 2005[interaktyvus]. [Žiūrėta 2008-03-05]. Prieiga per internetą: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/537&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>>.
7. MAIER-RIGAUD, Frank; VAIGAUSKAITE, Dovile. Prokent/Tomra, a textbook case? Abuse of dominance under perfect information [interaktyvus]. [Žiūrėta 2008-03-01]. Prieiga per internetą: <http://www.iask.de/micro/paper/cpn2006_2.pdf>.
8. Report by the EAGCP. An economic approach to Article 82 [interaktyvus]. [Žiūrėta 2008-03-05]. Prieiga per internetą: <http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf>.
9. STANIKŪNAS, Rimantas. Fidelity Rebates: Experience of a New Member State (Meeting of Directors General for Competition, 29 September 2005) [interaktyvus].

[Žiūrėta 2008-03-01]. Prieiga per internetą:

<http://www.konkuren.lt/english/cases/cases_article_9_article82.htm>.

10. WURMNEST, Wolfgang. The reform of Article 82 EC in the light of the „economic approach“ [interaktyvus]. [Žiūrėta 2008-03-01]. Prieiga per internetą:

<[http://www.mpipriv-](http://www.mpipriv-hh.mpg.de/deutsch/Mitarbeiter/Wurmnest/Wurmnest_Reform_of_Art82.pdf)

[hh.mpg.de/deutsch/Mitarbeiter/Wurmnest/Wurmnest_Reform_of_Art82.pdf](http://www.mpipriv-hh.mpg.de/deutsch/Mitarbeiter/Wurmnest/Wurmnest_Reform_of_Art82.pdf)>.

III. Praktinė medžiaga

Europos Teisingumo Teismo sprendimai

1. 2007 m. kovo 15 d. ETT sprendimas byloje C-95/04 P, *British Airways v Commission*;
2. 2004 m. balandžio 29 d. ETT sprendimas byloje C-418/01, *IMS Health GmbH & Co* (2004), ECR I-5039;
3. 2001 m. kovo 29 d. ETT sprendimas byloje C-163/99, *Portuguese Republic v Commission* (2001), ECR I-2613;
4. 2000 m. kovo 16 d. ETT sprendimas sujungtose bylose *Compagnie maritime belge transports SA* (C-395/96 P), *Compagnie maritime belge SA* (C-395/96 P), *Dafra-Lines A/S* (C-396/96 P) *v Commission* (2000), ECR I-1365;
5. 1998 m. lapkričio 26 d. ETT sprendimas byloje C-7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co. v Mediaprint Zeitungs* (1998), ECR I-7791;
6. 1996 m. lapkričio 14 d. ETT sprendimas byloje C-333/94 *Tetra Pak International SA v Commission* (1996), ECR I-5951;
7. 1995 m. balandžio 6 d. ETT sprendimas sujungtose bylose C-241/91 P ir C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission* (1995), ECR I-743;
8. 1991 m. liepos 3 d. ETT sprendimas byloje C-62/86, *AKZO Chemie BV v. Commission* (1992), ECR I-3359;
9. 1983 lapkričio 9 d. ETT sprendimas byloje C-322/81, *Michelin v Commission* (1983), ECR 3461;
10. 1979 m. vasario 13 d. ETT sprendimas byloje C-85/76, *Hoffmann - La Roche v Commission* (1979), ECR 461;
11. 1978 m. vasario 14 d. ETT sprendimas byloje C-27/76, *United Brands v Commission* (1978), ECR 207;

12. 1974 m. kovo 6 d. ETT sprendimas byloje 6 ir 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. and Commercial Solvents Corporation v Commission* (1974), ECR-223;
13. 1973 m. vasario 21 d. ETT sprendimas byloje C-6/72, *Continental Can v Commission* (1973), ECR 215.

Pirmosios instancijos teismo sprendimai

1. 2007 m. sausio 30 d. PIT sprendimas byloje T-340/03, *France Télécom v Commission*;
2. 2007 m. rugsėjo 17 d. PIT sprendimas byloje T-201/04, *Microsoft v Commission*;
3. 2003 m. spalio 23 d. PIT sprendimas byloje T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd v Commission* (2003), ECR II-4653;
4. 2003 m. rugsėjo 30 d. PIT sprendimas sujungtose bylose T-191/98, T-212/98, T-214/98, *Atlantic Container Line AB v Commission* (2003), ECR II-3275;
5. 2003 m. rugsėjo 30 d. PIT sprendimas byloje T-203/01, *Michelin v Commission* (2003), ECR II-4071;
6. 2003 m. gruodžio 17 d. PIT sprendimas byloje T-219/99, *British Airways* (2003), ECR II-5917;
7. 2000 m. lapkričio 30 d. PIT sprendimas byloje T-5/97, *Industrie des Poudres Sphériques v Commission* (2000), ECR II-3755;
8. 1999 m. spalio 7 d. PIT sprendimas byloje T-228/97, *Irish Sugar v Commission* (1999), ECR II-2969;
9. 1994 spalio 6 d. PIT sprendimas byloje T-83/91, *Tetra Pak International SA v Commission* (1994), ECR II-755;
10. 1993 m. balandžio 1 d. PIT sprendimas byloje T-65/89, *BPB Industries Plc and British Gypsum Ltd* (1993), ECR II-389;
11. 1991 m. gruodžio 12 d. PIT byloje T-30/89 *Hilti AG v Commission* (1990), II-1439.

Komisijos sprendimai

1. 2006 m. kovo 29 d. Komisijos sprendimas byloje COMP/38.113 – *Prokent/Tomra*;
2. 2004 m. kovo 24 d. Komisijos sprendimas COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*;
3. 2003 m. liepos 16 d. Komisijos sprendimas byloje COMP/38.233 – *Wanadoo Interactive*;

4. 2001 m. kovo 20 d. Komisijos sprendimas COMP/35.141. – *United Parcel Service / Deutsche Post AG*, OJ L 125, p. 27-44;
5. 1999 m. liepos 14 d. Komisijos sprendimas byloje COMP/34.780 – VIRGIN/BRITISH AIRWAYS, OJ L 30, 04.02.2000, p. 1-24.

Lietuvos teismų sprendimai

1. 2006 m. vasario 10 d. LVAT sprendimas administracinėje byloje Nr.A⁷-783-06;
2. 2005 m. liepos 14 d. Vilniaus apygardos administracinis teismo sprendimas administracinėje byloje Nr.I-617-17/05.

Lietuvos Respublikos konkurencijos tarybos nutarimai

1. 2006 m. spalio 5 d. Konkurencijos tarybos nutarimas Nr. 2S-12 „Dėl TEO LT, AB veiksmų atitikties Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymo 9 straipsnio reikalavimams“. Nutarimo rezoliucinė dalis skelbta: Inf. pranešimai, 2006, Nr. 81-802;
2. 2005 m. gruodžio 22 d. Konkurencijos tarybos nutarimas Nr. 2S-16 „Dėl AB „Mažeikių nafta“ veiksmų atitikties Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymo 5 ir 9 straipsniams ir Europos Bendrijos steigimo sutarties 82 straipsniui“. Nutarimo rezoliucinė dalis skelbta: Inf. pranešimai, 2006, Nr. 6-57;
3. 2004 m. gruodžio 16 d. Konkurencijos tarybos nutarimas Nr. 1S-175 „Dėl UAB „Švyturys-Utenos alus“ veiksmų atitikimo Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymo 9 straipsnio reikalavimams tyrimo nutraukimo“;
4. 2002 m. gegužės 30 d. Konkurencijos tarybos nutarimas Nr. 6/b „Dėl SPAB „Stumbras“ veiksmų, suteikiant nuolaidas bei atsiskaitant už marketingo (reklamos) paslaugas, atitikimo Konkurencijos įstatymo 9 straipsnio nuostatas. Nutarimo rezoliucinė dalis skelbta: Inf. pranešimai, 2002, Nr. 48;
5. 2002 m. balandžio 11 d. Konkurencijos tarybos nutarimas Nr. 5/b „Dėl AB „Klaipėdos jūrų krovinių kompanija“ veiksmų atitikimo Konkurencijos įstatymo 9 straipsnio 3 punkto reikalavimus“. Nutarimo rezoliucinė dalis skelbta: Inf. pranešimai, 2002, Nr. 33-140;
6. 2000 m. liepos 10 d. Konkurencijos tarybos nutarimas Nr. 11/b „Dėl AB „Mažeikių Nafta“ Konkurencijos įstatymo 9 straipsnio 1 dalies 3 punkto pažeidimo. Nutarimo rezoliucinė dalis skelbta: Inf. pranešimai, 2000, Nr. 32.

SANTRAUKA

EB sutarties 82 straipsnio, draudžiančio piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi, taikymo praktika dažnai kritikuojama dėl tikslumo, aiškumo ir ekonominės analizės stokos. Todėl 2005 m. Komisija, atsakydama į šią kritiką, paskelbė Svarstytiną pranešimą dėl Sutarties 82 straipsnio taikymo šalinantį poveikį turinčiam piktnaudžiavimui. Šio darbo tyrimo tikslas – atskleisti šiame Svarstytiname pranešime pristatomas naujas tendencijas šalinantį poveikį turinčio piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi būdų analizėje bei jų suderinamumą su naujausia Komisijos ir Bendrijos teismų praktika piktnaudžiavimo srityje.

Pirmoje darbo dalyje nagrinėjamos pagrindinės problemos, lėmusios EB sutarties 82 straipsnio reformos poreikį, ir daroma išvada, jog EB teismų jurisprudencijoje pateikiama piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi samprata nėra pakankamai aiški, todėl dažnai sunku atriboti teisėtą elgesio nuo piktnaudžiavimo. Be to, reikšmingiausių Bendrijos teismų sprendimų analizė rodo, kad tiriant galimus piktnaudžiavimo atvejus, nepakankamai atsižvelgiama į ūkio subjektų elgesio poveikį konkurencijai ir vartotojams, dažnai preziumuojant, jog tam tikras elgesys savaime lemia antikonkurencines pasekmes. Antroje darbo dalyje pateikta pagrindinių numatomos EB sutarties 82 straipsnio reformos krypties analizė leidžia teigti, kad šios reformos įgyvendinimo priemonės (pirmiausia, vienodai efektyvaus konkurento testas bei dominuojančio ūkio subjekto elgesio pateisinimas, pagrįstas efektyvumu) ne visais atvejais atitinka pagrindinį deklaruojamą reformos tikslą – užtikrinti vartotojų gerovę. Trečioji darbo dalis atskleidžia EB institucijų praktikoje piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi srityje egzistuojantį konfliktą tarp tradicinio, t.y., formalaus, piktnaudžiavimo vertinimo ir naujojo požiūrio, įtvirtinto Komisijos Svarstytiname pranešime.

Kadangi Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba ir Lietuvos teismai stengiasi atsižvelgti į EB teisminę praktiką netgi tuo atveju, kai bylose taikoma tik nacionalinė teisė, manytina, kad EB sutarties 82 straipsnio reforma bus aktuali ir Lietuvai. Todėl darbe analizuojama ir Konkurencijos tarybos praktika, taikant ir aiškinant Konkurencijos įstatymo 9 straipsnį, siekiant išskirti probleminius tokios praktikos aspektus ir suderinamumą su numatomos reformos tikslais.

THE TYPES OF ABUSE OF A DOMINANT POSITION UNDER EC COMPETITION LAW: THE LATEST TENDENCIES

SUMMARY

The application of Article 82 of the EC Treaty to exclusionary abuses has been a subject of criticism for the lack of effects-based economic analysis and the focus on the form of the conduct instead of its impact on consumer welfare. In response to this critique, in 2005 the Commission issued a Discussion Paper on the application of Article 82 of the EC Treaty to exclusionary abuses. The purpose of this master thesis is to clarify the new tendencies in treatment of abusive conduct, established in the Discussion Paper and their conformity with the newest case law of Community courts and Commission decisional practice in applying the Article 82 of the EC Treaty.

The first part of the thesis considers the main problems which brought about the need to reform the Article 82 and concludes that the Community court's definition of an abuse of a dominant position is imprecise, therefore distinguishing legitimate competition and exclusionary conduct is inherently difficult. Besides, the examination of the main cases dealing with the abuse of a dominant position shows that the adopted approach therein is formalistic and based on *per se* illegality rules. The second part of the thesis critically examines the main directions of the proposed reform, in particular the "equally efficient competitor test" and the "efficiency defence" and concludes that they are not always compatible with the consumer welfare standard in assessing infringements of Article 82. The final part of the thesis shows the existing conflict between the traditional formalistic approach to exclusionary abuses and the new approach, established in the Discussion Paper.

Considering the fact that the Lithuanian Competition Council and the national courts always try to pay attention to the EC case law deciding competition cases even when only national law is applicable, the proposed reform of Article 82 would also affect Lithuanian practice in assessing abusive conduct of dominant undertakings. Therefore, the decisions of the Competition Council are also analyzed in this master thesis in order to show the existing problems and the conformity with the objectives of the reform.