

Vilniaus universiteto Teisės fakulteto

Privatinės teisės katedra

Simo Paužos,

V kurso, komercinės teisės

studijų šakos studento

Magistro darbas

Per tarpininkus sudarytų konkurenciją ribojančių susitarimų įrodinėjimo problemos

Vadovas: lekt. Marius Juonys

Recenzentas: lekt.dr. Šarūnas Keserauskas

Vilnius

2016

TURINYS

ĮVADAS.....	3
1. Per tarpininką sudaryto konkurenciją ribojančio susitarimo samprata ir specifika.....	6
1.1. Konkurenciją ribojantys susitarimai ir galimos jų formos.....	6
1.2. Konkurenciją ribojantys informacijos mainai.....	7
1.3. Priežastys, lemiančios draudžiamų susitarimų sudarymą per tarpininką.....	10
1.4. Subjektai, veikiantys kaip tarpininkai.....	13
1.4.1. Asociacijos kaip tarpininkai.....	13
1.4.2. Trečiosios šalys kaip tarpininkai.....	14
1.4.3. Bendras tiekėjas kaip tarpininkas.....	20
1.5. Per tarpininkus sudarytų konkurenciją ribojančių susitarimų vertinimas: horizontalūs ar vertikalūs susitarimai?.....	25
1.5.1. Per tarpininkus sudaryti konkurenciją ribojantys susitarimai kaip vertikalūs susitarimai.....	26
1.5.2. Per tarpininkus sudaryti konkurenciją ribojantys susitarimai kaip horizontalūs susitarimai.....	27
1.5.3. Per tarpininkus sudaryti susitarimai kaip mišrūs susitarimai.....	28
2. Teisinio testo, kurį atlikus galima konstatuoti per tarpininką sudaryto draudžiamo susitarimo buvimą, nustatymas.....	31
2.1. Jungtinėje Karalystėje taikomo testo nustatymas.....	31
2.2. Teisinio testo taikymo Europos Sąjungos teismuose bei kitose valstybėse narėse galimybių įvertinimas.....	35
3. Per tarpininką sudarytų draudžiamų susitarimų įrodinėjimo praktiniai aspektai.....	38
3.1. Įrodinėjimo proceso materialieji aspektai: ką reikia įrodyti pagal suformuluotą teisinį testą?.....	39
3.1.1. Ūkio subjekto, perduodančio tarpininkui informaciją, tikslo bei veiksmų įrodinėjimas.....	40
3.1.1.1. Tiesioginio pasikeitimo strategine informacija tarp konkurento ir tarpininko įrodymas.....	40
3.1.1.2. Ūkio subjekto, perduodančio informaciją tarpininkui, tikslo keistis informacija su konkurentu įrodymas.....	42
3.1.2. Tarpininko veiksmų bei ūkio subjekto, gaunančio iš tarpininko informaciją, veiksmų bei tikslo įrodymas.....	45
3.1.2.1. Tarpininko veiksmų įrodymas.....	45

3.1.2.2. Informaciją gaunančio subjekto veiksmų bei tikslo įrodymas.....	46
3.2. Horizontalaus per tarpininkus sudaryto susitarimo įrodinėjimas pagal suformuluoto testo reikalavimus. Maxima/Mantinga bylos pavyzdys.....	49
3.3. Praktinės įrodymų rinkimų problemos.....	52
IŠVADOS.....	55

ŠALTINIŲ SĄRAŠAS

SANTRAUKA (lietuvių kalba)

SUMMARY (užsienio kalba)

PRIEDAI:

1. Interviu su Lietuvos Respublikos konkurencijos tarybos draudžiamų susitarimų skyriaus vadove Dina Lurje, 2 lapai.

Įvadas

Visi ūkio subjektai, konkuruojantys rinkoje, turėtų siekti kuo efektyviau vykdyti veiklą, patenkinti visuomenės poreikius ir maksimizuoti akcininkų gaunamą naudą. Visgi dalis verslininkų savo veiklą sukonzentruoja tik į akcininkų gaunamos naudos didinimą, o kitus sėkmingos ilgalaikės veiklos dėmenis pamiršta. Jokia naujiena, jog vienas iš būdų užsitikrinti maksimalią grąžą akcininkams yra antikonkurenciniai veiksmai. Esant tam tikroms rinkos sąlygoms ir turint rinkos galią, ūkio subjektai gali, susitarę tarpusavyje, pakelti kainas ir tokiu būdu didinti gaunamą pelną.

Temos aktualumas. Europos Sąjungos Teisingumo Teismas yra ne kartą pripažinęs, jog konkurenciją ribojantys susitarimai dažniausiai sudaromi paslaptimi, siekiant kaip įmanoma geriau paslėpti antikonkurencinius veiksmus. Lietuvos visuomenėje auga konkurencijos kultūros lygis ir pagarba konkurencijos teisei¹, prie to smarkiai prisideda rezonansinės Konkurencijos tarybos bylos, kuriomis paskiriamos didžiulės piniginės išraiškos baudos. Neabejotina, jog tokia ryški Konkurencijos tarybos veikla turi ir didelį atgrasomąjį poveikį. Iš kitos pusės, būtent dėl šių teigiamų veiksnių galima numatyti, jog nesąžiningi ūkio subjektai, nenorintys atsisakyti savo antikonkurencinės veiklos, imasi vis sudėtingesnių, mažiau matomų ir sunkiau nustatomų konkurencijos ribojimo būdų. Vienas iš būdų nuslėpti konkurenciją ribojantį susitarimą – sudaryti jį per tarpininką, taip išvengiant tiesioginio kontaktavimo su konkurentu. Tokiu būdu ir taip latentinis susitarimas tampa dar sudėtingiau nustatomas bei įrodomas. Dažnai tarpininku tampa subjektas, kuris yra komerciniais ryšiais susijęs su veiksmus derinančiais ūkio subjektais, pavyzdžiui, yra bendras prekių tiekėjas ar pirkėjas. Tai iškelia klausimą, kaip atskirti informaciją, kurią pirkėjai gali teikti savo tiekėjams neperžengdami įprasto komercinio bendradarbiavimo ribų, nuo konkurenciją ribojančio informacijos apsikeitimo. Per tarpininkus sudarytų susitarimų sudėtingumas reiškia, jog konkurenciją prižiūrinčios institucijos, rinkdamos įrodymus, susiduria su didesniais sunkumais nei nagrinėdamos įprastus konkurenciją ribojančius susitarimus. Temos aktualumas yra neabejotinas, nes, atsižvelgiant į išvardintas priežastis, labiau užslėptų, per tarpininkus sudarytų susitarimų skaičius ateityje tik didės, atitinkamai tokių susitarimų įrodinėjimo klausimai yra labai svarbūs. Aktualumą patvirtina ir tai, jog iki šiol šia tema

¹ <http://kt.gov.lt/veikla/ataskaitos/2014_lt.pdf>[interaktyvus][žiūrėta 2016-02-08], p. 7.

Lietuvoje rašytas vienas magistrinis darbas², tačiau jame beveik nebuvo nagrinėjama per bendrą verslo partnerį sudarytų draudžiamų susitarimų įrodinėjimo problematika, kas yra pagrindinis šio tyrimo objektas. Taip pat skiriasi ir uždaviniai. Daugiau paminėtinų darbų šia tema Lietuvoje atlikta nebuvo.

Darbo tikslas. Atskleisti pagrindines per tarpininką sudarytų draudžiamų susitarimų įrodinėjimo problemas.

Uždaviniai. Tikslui pasiekti pasitelkiami šie uždaviniai: 1) atskleisti per tarpininką sudarytų draudžiamų susitarimų sampratą ir specifiką, lyginant su tiesioginiais susitarimais; 2) suformuluoti teisinį testą, kurį atlikus galima konstatuoti per tarpininką sudaryto draudžiamo susitarimo buvimą, ir nustatyti, ar šis testas gali būti taikomas Europos Sąjungos teismuose; 3) išanalizuoti, kokios problemos kyla siekiant įrodyti draudžiamus veiksmus pagal suformuluotą testą.

Objektas. Šiame darbe bus tiriami per tarpininką sudaryti horizontalaus pobūdžio susitarimai, nes vertikalūs per tarpininką sudaryti susitarimai sutinkami žymiai rečiau. Be to, horizontalūs susitarimai dėl savo poveikio konkurencijai yra pavojingesni. Bus koncentruojamasi į susitarimus, kai kaip tarpininkas veikia bendras konkurentų verslo partneris (bendras tiekėjas ar pirkėjas). Toks objektas pasirinktas dėl to, jog būtent per bendrą verslo partnerį sudaryti susitarimai yra sunkiausiai įrodomi, nes reikia juos atriboti nuo teisėtų komercinių verslo partnerių santykių. Be to, Lietuvoje nėra tokius santykius nagrinėjančios bylų praktikos, taip pat nėra mokslinių darbų su tokiu objektu. Atsižvelgiant į tai, kad per bendrą verslo partnerį susitarimai dažniausiai pasiekiami pasikeičiant strategine informacija³, bus nagrinėjami būtent informacijos mainais pasireiškiantys susitarimai.

Metodologija. Šiame darbe buvo naudojamas lyginamasis, aprašomasis, sisteminis, loginis metodai. Lyginamasis metodas naudojamas lyginant Lietuvos bei Europos Sąjungos, o daugiausiai Jungtinės Karalystės⁴ ir Europos Sąjungos jurisprudenciją dėl per tarpininką sudarytų susitarimų nustatymo būdų bei siekiant išanalizuoti ir įvertinti jurisprudencijų

² OBULAITYTĖ, D. Konkurenciją ribojančių susitarimų sudarymas per tarpininką bei tokių susitarimų įrodinėjimo problemos: magistro darbas. Socialiniai mokslai, teisė (01S). Vilnius: Vilniaus universitetas, 2013.

³ ODUDU O., e-books: Vertical participation in hub and spoke agreements, [interaktyvus][žiūrėta 2016-02-03] <<http://competitionbulletin.com/2013/07/18/e-books-vertical-participation-in-hub-and-spoke-agreements/>>.

⁴ Jungtinė Karalystė analizei pasirinkta dėl to, jog ji yra per bendrą verslo partnerį sudarytų draudžiamų susitarimų jurisprudencijos pradininkė bei lyderė Europoje. Kitos šalys savo sprendimuose dažniausiai remiasi būtent Jungtinės Karalystės teismų praktika.

atitikimą, nes darbe siekiama išsiaiškinti, ar Jungtinėje Karalystėje suformuluota praktika galėtų būti naudojama Europos Sąjungos teismuose⁵. Aprašomasis metodas naudojamas pateikiant konkrečius teismų pozicijos pavyzdžius, siekiant išsamiai perteikti suformuotą poziciją⁶. Sisteminis metodas naudotas suformuluojant per tarpininką sudaryto draudžiamo susitarimo sampratą, taip pat teisinį testą, taikytiną tokių susitarimų nustatymui. Siekta įvertinti įvairius požiūrius ir reguliavimą. Loginis metodas naudotas siekiant identifikuoti problemas, kylančias įrodinėjimo metu⁷.

Svarbiausi tyrimo šaltiniai. Labiausiai išplėtota konkurenciją prižiūrinčių institucijų bei teismų praktika šia tema yra Jungtinėje Karalystėje, todėl šios valstybės jurisprudencija bus svarbus šaltinis⁸. Nemažiau svarbus bus ir Europos Sąjungos Teisingumo Teismo sprendimas *AC-Treuhand* byloje, kurioje suformuluotas Europos Sąjungos požiūris į tarpininkų veiksmus. Iš Lietuvos institucijų praktikos, bus detalai analizuojamas Konkurencijos tarybos sprendimas *Maxima/Mantinga*⁹ byloje, šiek tiek siauriau nagrinėjama *Eturas* byla¹⁰. Taip pat bus remiamasi nemažai literatūros šaltinių, tarp jų išskirti dominuojantį yra sunku, nes daugiausiai informacijos suteikia moksliniai straipsniai, kurie nagrinėja tam tikrus atskirus su tema susijusius aspektus. Praktinio pobūdžio informacijos suteiks interviu su Konkurencijos tarybos draudžiamų susitarimų skyriaus vadove Dine Lurje¹¹.

⁵ Pavyzdžiui, darbo 31 psl. sulyginus Jungtinės Karalystės ir Europos Sąjungos teismų praktikas daroma išvada: “Matome, jog, kaip ir Jungtinės Karalystės atsakingų institucijų nuomonę, taip ir Europos Sąjungos byloje reikalaujama, jog būtų nustatytas ūkio subjektų siekis riboti konkurenciją, tik tada galima pripažinti, jog buvo sudarytas draudžiamas rato tipo susitarimas.”

⁶ Iliustratyvus pavyzdys yra 15 darbo puslapyje, kur detalai aptariama Europos Sąjungos Teisingumo Teismo generalinio advokato nuomonė esminėje šiai temai *AC/Treuhand* byloje.

⁷ Pavyzdžiui, 46 puslapyje siekiama logiškai identifikuoti, dėl kokių priežasčių Konkurencijos taryba *Maxima/Mantinga* byloje nekonstatavo per tarpininką sudaryto draudžiamo susitarimo, kokių įrodymų jai pritrūko. Tai nėra atskleidžiama *expressis verbis* Konkurencijos tarybos nutarime, todėl reikalingas loginis metodas.

⁸ Pavyzdžiui, Jungtinės Karalystės konkurencijos bylų apeliacinio tribunolo 2004 m. byla Nr.1022/1/1/03 *JJB Sports plc v Office of Fair Trading* ir Jungtinės Karalystės konkurencijos bylų tribunolo 2012 m. gruodžio 20 d. sprendimas byloje Nr.: 1188/1/1/11 *TESCO STORES LIMITED v OFFICE OF FAIR TRADING* bus pagrindiniai šaltiniai, pagal kuriuos bus suformuluojamas teisinis testas, kurį atlikus galima konstatuoti per tarpininką sudaryto draudžiamo susitarimo buvimą.

⁹ Bus nagrinėjami konkretūs šios bylos įrodymai ir vertinama, kodėl Konkurencijos taryba šioje byloje nepriėjo prie išvados, jog buvo sudarytas horizontalus susitarimas tarp prekybos tinklų.

¹⁰ Ši byla nagrinėjama kaip Europos Sąjungos mastu praktiką dėl internetinių platformų pripažinimo tarpininkais formuojanti byla, todėl gilinamasi būtent į internetinės platformos kaip tarpininko vertinimą.

¹¹ Interviu su Dina Lurje pridedamas prie magistrinio darbo kaip priedas.

1. Per tarpininką sudaryto konkurenciją ribojančio susitarimo samprata ir specifika.

1.1. Konkurenciją ribojantys susitarimai ir galimos jų formos

Visų pirma, būtina aptarti, kas laikoma konkurenciją ribojančiu susitarimu. Pagal Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymo¹² 3 straipsnio 15 dalį, draudžiamas susitarimas apima ne tik bet kokia forma sudarytas sutartis, asociacijų sprendimus, bet ir suderintus veiksmus.

Europos Komisija yra nurodžiusi, jog susitarimai ir suderinti veiksmai konceptualiai skiriasi¹³. Nepaisant to, toje pačioje byloje Komisija pamini, kad gali būti atvejų, kai draudžiamame suokalbyje bus tiek susitarimo, tiek suderintų veiksmų bruožų. Suderinti veiksmai įvardinti kaip bendradarbiavimo tarp ūkio subjektų forma, kai nėra pasiekiamas aiškus susitarimas, tačiau subjektai veikia taip, kad būtų sumažintas konkurencinis netikrumas¹⁴. Vėlesnėse bylose tiek Komisija, tiek Europos Sąjungos Teisingumo Teismas ne kartą pripažino, kad ūkio subjektai pažeidė konkurenciją, tačiau neišskyrė, ar tai buvo susitarimas, ar suderinti veiksmai¹⁵. Taip pat ir doktrinoje nurodoma, jog susitarimais galima laikyti tiek suderintus veiksmus, tiek realius susitarimus ar sprendimus – jie visi patenka į vieną draudžiamųjų susitarimų kategoriją¹⁶.

Atsižvelgiant į nurodytą teismų praktiką, doktriną bei Konkurencijos įstatyme pateiktą sąvoką, laikytina, jog visuotinai priimta, kad sąvokos „susitarimas“, „asociacijų sprendimai“ ir „suderinti veiksmai“ suvokiamos kaip tokio paties pobūdžio susitarimai ir siekiant įvertinti, ar elgesys turi tikslą ar poveikį trukdyti, riboti arba iškraipyti konkurenciją, nėra būtinybės atskirti ir įvardinti, ar kalbama apie susitarimą, sprendimą arba suderintus veiksmus¹⁷. Taigi, šiame darbe sąvoka susitarimas apims ir asociacijų sprendimą ar suderintus veiksmus, jei nebus nurodyta kitaip.

¹² Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas. Valstybės žinios, 1999, Nr. 30-856; 2012, Nr. 42-2041.

¹³ Europos Komisija, 1986 m. balandžio 23 sprendimas Polypropylene OJ Nr. L230/1, 86 pastraipa.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ WHISH R., BAILEY D. *Competition Law*, 7th edition. Oxford: Oxford University Press, 2012, p.102-103.

¹⁶ KESERAUSKAS Š. *Setting Priorities for a Small Country's Competition Authority. Lessons and Suggestions Based on Two decades of Competition Policy Experience in Lithuania*. Lambert Academic Publishing. 2011, P.181

¹⁷ Pvz.: Europos Sąjungos Teisingumo Teismas. 2009 m. birželio 4 d. sprendimas T-Mobile Netherlands Nr. C-8/08, EU:C:2009:343, p. 23, 24.

Suderinti veiksmai dažnai pasiekiami konkuruojantiems ūkio subjektams keičiantis informacija, ypač jei rinka yra oligopolinė¹⁸. Šiame darbe, kaip minėta įvade, didžiausias dėmesys bus skiriamas būtent draudžiamiems susitarimams, pasiektiems apsikeičiant jautria informacija. Tuo labiau, kad daugelis konkurencijos pažeidimų, kylančių iš horizontalių susitarimų, susideda ir iš jautrios verslo informacijos mainų¹⁹.

1.2. Konkurenciją ribojantys informacijos mainai

Konkurenciją ribojantys susitarimai dažnai sudaromi apsikeitus jautria informacija ir tokiu būdu suderinus veiksmus. Šis konkurencijos ribojimo būdas ypač aktualus šio magistrinio darbo temos kontekste, nes draudžiamų susitarimų tarpininkas dažnai atlieka ryšinininko vaidmenį, perneša informaciją iš vieno ūkio subjekto kitam. Dėl šios priežasties būtina atskirti, kada pasikeitimas informacija riboja konkurenciją ir yra neteisėtas, o kada tai yra įprastinis ir leistinas verslo žingsnis.

Keitimasis informacija yra dažna daugelio verslo sektorių dalis²⁰. Įmonės stengiasi surinkti kuo daugiau su jų verslu susijusios informacijos, bando numatyti paklausą, konkurentų veiksmus. Sąžiningi ūkio subjektai vadovaudamiesi surinktais duomenimis efektyvina savo gamybą, keičia vidinius procesus, renkasi prioritėtines rinkas veiklai plėsti ir atlieka kitus pozityvius verslo sprendimus. Tikėtina, jog kuo efektyviau įmonės organizuoja savo veiklą, tuo mažiau kaštų patiria, kas leidžia mažinti galutinę kainą. Tai reiškia, jog keitimasis informacija gali būti teigiamas ir skatintinas, nes tam tikrais atvejais tai didina konkurenciją.

Tačiau keičiantis rinkos informacija gali būti ir ribojama konkurencija. visų pirma, jei keisdamosi informacija įmonės gali sužinoti apie savo konkurentų rinkos strategijas. Keitimasis informacija poveikis konkurencijai priklauso nuo rinkos, kurioje keičiamasi informacija, savybių (pvz., koncentracijos, skaidrumo, stabilumo, simetrijos, sudėtingumo ir kt.), taip pat nuo informacijos, kuria keičiamasi, rūšies, nes dėl jų gali pasikeisti atitinkamos rinkos sąlygos ir sudarytos sąlygos derinti elgesį²¹.

¹⁸ Europos Sąjungos pirmosios instancijos teismo 2008-07-08 sprendimas byloje Nr. T-53/03, p. 108, 237.

¹⁹ WHISH R. & BAILEY D. *Competition Law*, 7th edition. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 541.

²⁰ 2011 m. sausio 14 d. Europos Komisijos komunikatas Nr. 2011/C 11/01, Sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo 101 straipsnio taikymo horizontaliesiems bendradarbiavimo susitarimams gairės, p. 18

²¹ *Ibidem*, p. 58

Esminės ilgai trunkančių suderintų veiksmų sudėtinės dalys yra šios:

- 1) ar informaciją besikeičiantys subjektai turi strategiją, leidžiančią iš informacijos mainų abiemis gauti naudos;
- 2) ar yra mechanizmas, leidžiantis užfiksuoti nukrypimus nuo bendrai naudingos strategijos;
- 3) ar yra galimybė šalims daryti įtaką viena kitai taip, kad būtų atgrasoma nuo nukrypimų nuo bendrai naudingos strategijos.²²

Informacijos atskleidimas yra efektyvi priemonė pasiekti pirmąją sudėtinę suderintų veiksmų dalį, nes leidžia ūkio subjektams sumažinti rinkoje esančius netikrumus²³. Neabejotina, jog rinkoje esančių netikrumų sumažinimas yra didelė nauda informacija besikeičiantiems ūkio subjektams, tai leidžia optimizuoti veiklą, padidinti pelno maržas iki maksimalios rinkoje esančios ribos ir nebijoti prarasti klientų, jei yra žinoma, jog tokios pačios strategijos laikysis ir konkurentas. Taip pat nuolat tarp subjektų vykstantis informacijos mainai, aktualių ir atnaujintų duomenų pateikimas leidžia konkuruojantiems subjektams nustatyti nukrypimus nuo bendros strategijos²⁴. Taigi, pridedamas dar vienas būtinas sėkmingų suderintų veiksmų ingredientas.

Keitimosi informacija problemą suvokia ir siekia spręsti Europos Komisija. Horizontalaus bendradarbiavimo susitarimų gairėse ji nurodo, jog ribojimas pasireikš, jei keisdamosi informacija įmonės gali sužinoti apie savo konkurentų rinkos strategijas. Keitimosi informacija poveikis konkurencijai priklauso nuo rinkos, kurioje keičiamasi informacija, savybių, taip pat nuo informacijos, kuria keičiamasi, rūšies, nes dėl jų gali pasikeisti atitinkamos rinkos sąlygos ir sudarytos sąlygos derinti elgesį²⁵. Pavyzdžiui, tuo atveju, jei atskleistos informacijos pobūdis lemia, jog atskleidimas sumažina strateginį netikrumą rinkoje, tuo pačiu mažėja ir konkurentų nepriklausomumas ir paskatos konkuruoti, todėl informacijos atskleidimas gali būti laikomas suderintais veiksmais.²⁶ Taigi, ir Europos

²² ODUDU O., Hub and Spoke Collusion iš LIANOS I., GERARDIN D., *Handbook on European Competition Law: Substantive Aspects*, Cheltenham: Edward Elgar, 2013, p. 242.

²³ BENNETT M., COLLINS P., The Law and Economics of Information Sharing: The Good, the Bad and the Ugly, *European Competition Journal*, 2010, Vol. 6, No. 2, p. 311, 320.

²⁴ *Ibidem*, p. 311, 322.

²⁵ 2011 m. sausio 14 d. Europos Komisijos komunikatas Nr. 2011/C 11/01, Sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo 101 straipsnio taikymo horizontaliesiems bendradarbiavimo susitarimams gairės, p. 58.

²⁶ *Ibidem*, 61 dalis.

Komisija laikosi to paties požiūrio, jog informacijos mainai yra viena iš sudėtinių suderintų veiksmų dalių.

Pažymėtina, jog net ir vienašališkas jautrios informacijos atskleidimas gali būti laikomas suderintais veiksmais, jei konkuruojantis ūkio subjektas tą informaciją priėmė²⁷. Informacija gali būti atskleidžiama įvairiais komunikacijos būdais. Tokiu atveju nesvarbu, ar tik viena įmonė vienašališkai informuoja konkurentus apie planuojamą elgesį rinkoje, ar visos dalyvaujančios įmonės viena kitą informuoja apie atitinkamus svarstymus ir ketinimus. Jei viena įmonė atskleidžia konkurentams strateginę su savo būsima komercine politika susijusią informaciją, sumažėja visų susijusių konkurentų strateginis netikrumas dėl rinkos veikimo ateityje ir padidėja rizika, kad sumažės konkurencija ir bus imtasi slaptų veiksmų²⁸. *T-Mobile* byloje Europos Sąjungos Teisingumo Teismas suformulavo griežtą, tačiau, manytina, teisingą praktiką, jog vieno kontakto, kaip pagrindinėje byloje, iš principo gali pakakti tam, kad suinteresuotosios įmonės suderintų savo elgesį rinkoje ir pakeistų su rizika susijusią konkurenciją praktiniu bendradarbiavimu²⁹. Jei ūkio subjektas, kuriam konkurentas atskleidė strateginę informaciją (pavyzdžiui, informaciją apie ateities kainas), siekia išvengti konkurencijos taisyklių pažeidimo, jis privalo aiškiai išreikšti, kad nepageidauja gauti tokių duomenų. Priešingu atveju, konkurenciją prižiūrinčios institucijos galės naudotis vadinamąja *Anic* prezumpcija, pagal kurią laikoma, jog atsisakymo priimti informaciją neišreiškęs subjektas laikomas priėmęs duomenis ir pritaikęs savo elgesį rinkoje pagal gautus duomenis³⁰.

Kitas svarbus strateginės verslo informacijos mainų aspektas yra tai, jog tokios informacijos atskleidimas gali riboti konkurenciją tiek pagal tikslą, tiek pagal poveikį. Jei keičiamasi informacija apie ateities kainas ar kiekius, laikoma, jog tokie informacijos mainai yra tikslą riboti konkurenciją turintis susitarimas³¹. Yra tik teorinė, tačiau sunkiai įsivaizduojama galimybė, jog pasikeitimas tokia informacija atitiktų Sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo 101 straipsnio 3 dalies ar Konkurencijos įstatymo 6 straipsnio reikalavimus išimčiai. Tokiu atveju pažeidimui nustatyti nėra būtina, kad atsirastų realus

²⁷ *Ibidem*, 62 dalis.

²⁸ *Ibidem*, 62 dalis.

²⁹ Europos Sąjungos Teisingumo Teismas. 2009 m. birželio 4 d. sprendimas *T-Mobile Netherlands* Nr. C-8/08, EU:C:2009:343, 59 p.

³⁰ Europos Teisingumo Teismo 1999 m. liepos 8 d. sprendimas byloje *C-49/92, Komisija vs. Anic*, ECR (1999) I-4125. 121 p.

³¹ WHISH R. & BAILEY D. *Competition Law*, 7th edition. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 542

poveikis galutinių vartotojų mokamoms kainoms. Taip pat nėra būtina, kad subjektai aiškiai susitartų dėl kainų nustatymo, užtenka vien paties informacijos pasikeitimo fakto³².

Tie informacijos mainai, kurie nėra ribojantys konkurenciją pagal tikslą, gali riboti ją pagal poveikį. Kiekvienas galimo konkurencijos ribojimo pagal poveikį atvejis turi būti iširtas atskirai. Poveikis konkurencijai priklauso nuo daugelio faktorių, kaip kad atitinkamos rinkos struktūra, galimybė patekti į ją, perduotos informacijos pobūdis, informacijos aktualumas, jos svarba kainų, kiekių ar veiklos sąlygų nustatymui.³³ Esminis klausimas, kuris turi būti atsakytas – ar pasikeitimas informacija galėjo suteikti ūkio subjektams galimybę derinti veiksmus. Šiame darbe aktualesnė situacija, kai informacijos pasikeitimas riboja konkurenciją pagal tikslą (tai bus aptarta tolesnėse šio darbo dalyse), todėl plačiau ribojimas pagal poveikį nenagrinėjamas.

Darytina išvada, jog jautrios komercinės informacijos mainai yra viena iš svarbiausių priemonių, kurias nesąžiningi konkurentai naudoja konkurencijos ribojimui pasiekti. Tai yra efektyvus nesąžiningos veiklos būdas, kurio nauda antikonkurenciniams veiksams neginčytina. Manytina, jog ilgalaikis konkurenciją ribojantis susitarimas, išskyrus labai retas išimtis, negali būti sėkmingai įgyvendinamas be informacijos mainų. Tai ir paties susitarimo pasiekimo, ir veiksmų koordinavimo, o taip pat kontrolės priemonė.

1.3. Priežastys, lemiančios draudžiamų susitarimų sudarymą per tarpininką

Lygiai taip pat konkurencija gali būti pažeidžiama, kai jautria informacija keičiamasi per tarpininką – bendrą agentūrą (pvz., prekybos asociaciją), trečiąją šalį (pvz., rinkos tyrimų organizaciją) arba per bendrovių tiekėjus ar mažmenininkus³⁴.

Paskata, kuri gundo ūkio subjektus sudaryti konkurenciją ribojančius susitarimus, yra akivaizdi kone kiekvienam – tokiu būdu galima maksimizuoti pelną, sumažinti rinkoje esantį netikrumą, o tuo pačiu ir įprastinę verslo riziką. Kita vertus, tai leidžia įgyti reikšmingą pranašumą prieš susitarime nedalyvaujančius asmenis ir, tam tikrų rinkų atveju, gali visiškai užkirsti kelią naujokų patekimui į rinką.

³² *Ibidem.*

³³ Europos Teisingumo Teismo 2006 m. lapkričio 23 d. sprendimas byloje Nr. C-238/05 *Asnef Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbank)*, (2006) ECR I-11125, 54 p.

³⁴ 2011 m. sausio 14 d. Europos Komisijos komunikatas Nr. 2011/C 11/01, Sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo 101 straipsnio taikymo horizontaliesiems bendradarbiavimo susitarimams gairės, p.55.

Pagrindinė priežastis, lemianti ūkio subjektų norą konkurenciją ribojančius sutarimus sudaryti per tarpininką, yra didesnis tokių susitarimų subtilumas. Akivaizdu, jog konkurentams tiesiogiai neturint kontakto, sumažėja galimybės juos demaskuoti su akivaizdžiais įrodymais. Nėra galimybių rasti konkurentų pasirašytą susitarimą, susirašinėjimą ar užfiksuoti džentelmenišką rankų paspaudimą prirūkytame kambaryje. Kitaip tariant, nesąžiningi ūkio subjektai savo rankų nesitepa, o bando užmaskuoti antikonkurencinius veiksmus po įprastinės ekonominės veiklos fasadu. Visas juodasis darbas perleidžiamas tarpininkui, kurio kontaktai su atitinkamais ūkio subjektais jau nesukelia jokių įtarimų, bent iš pirmo žvilgsnio.

Be to, įprasti karteliniai susitarimai turi savybę, jog kartelio nariai beveik neišvengiamai pradeda apgaudinėti vienas kitą³⁵ ir yra sudėtinga prižiūrėti narių veiksmus. Tarpininkas gali būti labai naudingas tam, jog tokių kartelinio susitarimo trukdžių būtų išvengta arba jie bent jau būtų maksimaliai sumažinti. Jis gali nuolat prižiūrėti susitarimo vykdymą ir, kilus bet kokiems nesklandumams, atlikti tam tikro teisėjo ar mediatoriaus vaidmenį³⁶. Tikėtina, jog pasitikėjimas tarpininku yra kur kas didesnis nei kartelio narių pasitikėjimas vienas kitu, todėl tarpininkas yra pajėgus spręsti problemas, o nariai turėtų priimti jo sprendimus. Kita vertus, tarpininkas gali turėti ir priverstinių įrankių, kuriais baustų susitarimo nesilaikančius subjektus, pavyzdžiui, gali nutraukti prekių tiekimą nepaklūstančiam subjektui.

Trečias tarpininko privalumas yra praktinis. Kaip ir bet kokioje veikloje, taip ir kartelio organizavime, papildoma darbo jėga yra privalumas. Tarpininkas gali atlikti tiek kurjerio, tiek paštininko rolę, gali rezervuoti viešbučius, apdoroti iš konkurentų gautą informaciją, sunaikinti bet kokius įrodymus ir užsiimti kita praktine kartelio organizavimo veikla. Pažymėtina, jog tokie profesionalūs kartelių organizatoriai kaip garsioji konsultacijų įmonė *AC/Treuhand*³⁷ gerokai palengvina galvos skausmą ir administracinį darbą kartelių nariams, nes teikia viską apimančią paslaugą.

³⁵WIJCKMANS F., Frank Wijckmans talk to Law Vox about competition law, *Oxford Law Vox* [interaktyvus, žiūrėta 2016 m. vasario 15 d.]. Prieiga per internetą: < <https://soundcloud.com/oupacademic/frank-wijckmans-talk-to-law-vox-about-competition-law>>.

³⁶BOLECKI A., Polish Antitrust Experience with Hub-and-Spoke Conspiracies, 4(5) *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies* 25, 2011, p.32.

³⁷Bendrojo Teismo 2008 m. liepos 8 d. sprendimas byloje T-99/04, *AC-Treuhand vs Commission* (2008) ECR II-1501.

Dar viena svarbi priežastis, kuri gali lemti tarpininko dalyvavimą antikonkurenciniame susitarime tarp konkurentų yra paties tarpininko iniciatyva. Prekės gamintojas gali siekti nustatyti savo gaminamo produkto kainą rinkoje ir versti konkuruojančius perpardavinėtojus palaikyti tokią pačią kainą³⁸. Tuo atveju, jeigu prekė yra pakankamai unikali ir kitų gamintojų pakaitalų nėra, tikėtina, jog gamintojas sieks kainą kaip galima labiau išpūsti. Žinoma, tai dažniausiai gali reikšti, jog patenkama į Sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo³⁹ (toliau – SESV) 102 straipsnio reguliuojamą sritį, tačiau neatmestina tikimybė, jog taip gali elgtis ir nedominuojantis ūkio subjektas. Bet kokiu atveju, gamintojas visada sieks išvengti kainų karų tarp jo preke prekiaujančių perpardavinėtojų, nes tai gali lemti gamintojo pardavimo kainos sumažėjimą ir kitus neigiamus ekonominius padarinius.

Konstatuotina, jog yra daugybė skirtingų priežasčių, kurios gali skatinti nesąžiningus ūkio subjektus sudaryti konkurenciją ribojančius susitarimus būtent per tarpininkus. Nurodyti tokių susitarimų privalumai ir aktyvi pastarojo meto konkurenciją prižiūrinčių institucijų veikla demaskuojant įprastus horizontalius susitarimus⁴⁰ lemia, jog tokių susitarimų ateityje turėtų rasti vis daugiau. Be to, iš išvardintų privalumų akivaizdu, jog priežiūros institucijos, nagrinėdamos tokius susitarimus, susidurs su kitokiais iššūkiais nei tiesioginių susitarimų atveju.

Kaip jau minėta, tarpininkais gali būti asociacijos trečiosios šalys (pvz. advokatų kontoros, rinkos tyrimų bendrovės, internetinių sistemų administratoriai), bendri verslo partneriai (tiekėjai). Mokslinėje literatūroje minima, jog išimtiniais atvejais tarpininkais gali būti netgi paprasti vartotojai⁴¹, tačiau tokios situacijos pavojingumas, o tuo pačiu ir aktualumas, nėra didelis, todėl nebus atskirai aptariamas. Matyti, jog informacijos perdavimui kaip tarpininkai gali būti naudojami įvairūs asmenys. Toliau bus aptarti skirtingi per tarpininkus sudarytų susitarimų atvejai, išskirti pagal tarpininkus.

³⁸ Pvz.: VAN CAYSEELE P., MIEGIELSEN S. Hub and spoke collusion by embargo. *KU Leuven Center for Economic Studies Discussion Paper*, 2013, p. 4-6. [interaktyvus, žiūrėta 2016 m. vasario 15 d.]. Prieiga per internetą: < <http://feb.kuleuven.be/drc/Economics/research/dps-papers/dps-13/dps1324.pdf>>.

³⁹ Sutartis dėl Europos Sąjungos veikimo. Suvestinė redakcija, 2012, *OL C* 326.

⁴⁰ <http://kt.gov.lt/veikla/ataskaitos/2014_lt.pdf>[interaktyvus][žiūrėta 2016-02-08].

⁴¹ MEZZANOTTE FÉLIX E. The Anti-Collusion Toolkit: Limits of a Policy that Combats the Facilitation of Collusion. *European Law Journal*, July 2011, Vol. 17, No. 4, p. 502

1.4. Subjektai, veikiantys kaip tarpininkai

1.4.1. Asociacijos kaip tarpininkai

Praktikoje neretas atvejis, kai tam tikros srities asociacijos, siekdamos naudos savo nariams, peržengia ribas ir imasi konkurencijos teisės normoms prieštaraujančių veiksmų. Asociacija neturi imtis komercinių veiksmų ar ekonominės veiklos tam, jog jai kaip subjektui būtų taikomas SESV 101 straipsnis ir Konkurencijos įstatymo 5 straipsnis. Šios įstatymų nuostatos gali būti taikomos asociacijų priimamiems sprendimams, net jei asociacija ir nesudarinėja susitarimų kaip atskiras ūkio subjektas, o veikia išimtinai atstovaudama savo nariams. Tuo atveju, jei ji visgi sudarinėja susitarimus kaip atskiras ūkio subjektas, tai yra, veikia savo vardu, tokie susitarimai taip pat gali būti SESV 101 straipsnio objektu⁴². Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas taip pat yra pasisakęs, jog į Konkurencijos įstatymo 5 straipsnio taikymo sritį patenka ir tokie susitarimai, kurie yra priimti asociacijos ar jos atstovų sprendimo forma, o konkretaus susitarimo kvalifikavimui, be kita ko, nesvarbu ir tai, ar asociacijos arba jos atstovų priimtas sprendimas yra rekomendacinio, ar įpareigojančio pobūdžio⁴³.

Asociacijos antikonkurencinius sprendimus gali priimti įvairiomis formomis. Minėtoje Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo byloje išaiškinta, kad tai, jog kai kurie pareiškėjai nedalyvavo visuotiniame asociacijos narių susirinkime, kuriame buvo priimtas galutinis sprendimas imtis konkurenciją ribojančių veiksmų (taikyti fiksuoto dydžio konkursinį mokestį), ar tai, kad kai kurie iš nubaustų ūkio subjektų į asociaciją įstojo po to, kai buvo priimtas draudžiamas susitarimas, nėra tos aplinkybės, kurios leistų pačios savaime teigti, jog šie pareiškėjai nedalyvavo susitarime. Valia susitarti (pritarti) gali būti pareikšta tiek tiesiogiai, tiek netiesiogiai, tiek aktyviais, tiek pasyviais veiksmais. Galima teigti, jog ūkio subjektas, būdamas asociacijos nariu, sudaro nuomonę, kad jis yra pritaręs asociacijos įstatams ir yra suteikęs teisę asociacijai nustatyti jai pareigas. Todėl net jeigu asociacijos narys vienareikšmiškai ir neišreiškė savo pritarimo antikonkurenciniam asociacijos susitarimui, tačiau jam ir neprieštaravo, laikoma, jog jis prie tokio susitarimo yra prisijungęs⁴⁴.

⁴² WHISH R., BAILEY D. *Competition Law*, 7th edition. Oxford: Oxford University Press, 2012, p.91-92

⁴³ Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2011 m. kovo 28 d. sprendimas administracinėje byloje *KOMAA prieš Konkurencijos tarybą*, Nr. A525-2577/2011.

⁴⁴ *Ibidem*.

Taigi, matome, jog asociacija turi labai glaudų ryšį su savo nariais. Kiekvienas asociacijos sprendimas laikomas ir asociacijos nario sprendimu, jei jis jam neprieštaravo. Taigi, jei asociaciją priėmė konkurenciją ribojantį sprendimą, tokį sprendimą priėmė ir asociacijos narys tiesiogiai (balsavo už arba nepareiškė prieštaravimo). Kyla klausimas, kaip būtų traktuojama situacija, jei asociacijos narys prieštarautų antikonkurenciniam sprendimui, tačiau toks sprendimas būtų priimtas ir narys liktų asociacijoje. Manytina, jog toks nario elgesys, ypač jei prieštaravęs narys vėliau faktiškai veiktų pagal priimtą antikonkurencinį sprendimą, lemtų tokį patį rezultatą, kaip kad sutikimas su konkurencijai prieštaraujančiu asociacijos sprendimu. Atsižvelgiant į šioje pastraipoje pateiktą asociacijos priimtų sprendimų vertinimą, manytina, jog asociacija nėra grynakraujis tarpininkas, nes prie asociacijos sprendimų beveik visada tiesiogiai prisideda ir jos nariai, kas reiškia, jog eliminuojamas bene pagrindinis susitarimų, sudarytų per tarpininką, bruožas – susitariančios konkurentai neturi tiesioginio kontakto ir tiesiogiai susitarimo nesudarinėja. Todėl bendrų agentūrų (asociacijų) priimti sprendimai šiame darbe nebus nagrinėjami. Tuo labiau, kad detalią agentūrų, kaip tarpininkų, veiklos analizę savo 2013 m. magistro darbe pateikė Vilniaus universiteto teisės fakulteto magistrė Dovilė Obulaitytė⁴⁵.

1.4.2. Trečiosios šalys kaip tarpininkai

Draudžiamo susitarimo tarpininkais gali būti ir, iš pirmo žvilgsnio, niekuo su susitariančiais ūkio subjektais nesusiję asmenys. Taip pat jais gali būti advokatai, įvairūs konsultantai, rinkos tyrimų bendrovės. Atsižvelgiant į tai, kad vis didesnė dalis ekonominės veiklos persikelia į internetinę erdvę, ypač dėmesys atkreiptinas į internetinių platformų vaidmenį sudarant draudžiamus susitarimus. Šioje srityje Europos Sąjungos mastu labai svarbios, pralaužusios ledus buvo jau minėtos konsultacijų kompanijos AC-Treuhand atsakomybės už dalyvavimą karteliniuose susitarimuose bylos⁴⁶. Jau pirmojoje, 2008 m., byloje, buvo aiškiai įtvirtinta, jog tretieji asmenys, dalyvaujantys konkurenciją ribojančiame susitarime, bus baudžiami pagal SESV 101 str., tai yra, kaip draudžiamo susitarimo dalyviai.

⁴⁵ OBULAITYTĖ, D. Konkurenciją ribojančių susitarimų sudarymas per tarpininką bei tokių susitarimų įrodinėjimo problemos: magistro darbas. Socialiniai mokslai, teisė (01S). Vilnius: Vilniaus universitetas, 2013.

⁴⁶ Bendrojo Teismo 2008 m. liepos 8 d. sprendimas byloje T-99/04, *AC-Treuhand vs Commission* (2008); Europos Sąjungos Teisingumo Teismo 2015 m. spalio 22 d. sprendimas byloje Nr. C-194/14 P *AC-Treuhand AG v European Commission*.

Europos Sąjungos Bendrasis Teismas pripažino, jog konsultacinė įmonė buvo svarbi kartelio dalis. Išaiškinta, jog nėra būtinybės, kad subjektas, baudžiamas už dalyvavimą antikonkurenciniame susitarime, veiktų atitinkamoje rinkoje kaip konkurentas, pardavėjas ar pirkėjas. Be to, nereikalaujama, kad būtų apribotas tarpininko (konsultacinės įmonės) komercinis savarankiškumas, pakanka paties konkurencijos ribojimo fakto⁴⁷. Jei užfiksuojamas pažeidimas, baudžiamas gali būti kiekvienas susitarime dalyvavęs subjektas. Toks išaiškinimas lemia, jog kiekvienas subjektas gali tapti antikonkurencinio susitarimo dalimi, teismas visiškai neapribojo atsakingų asmenų rato. 2015 m. jau Europos Sąjungos Teisingumo Teismas užtvirtino pirmojoje byloje suformuluotą praktiką ir ją papildė, nuroydamas, jog tam, kad asmuo būtų laikomas atsakingu pagal SESV 101 straipsnį, jis turėjo siekti savo veikimu prisidėti prie bendrų visų dalyvių tikslų, turėjo žinoti, kokių veiksmų planuojama imtis, siekiant antikonkurencinių tikslų. Tokiais savo veiksmais ūkio subjektas (tarpininkas) prisiėmė dalyvavimo konkurenciją ribojančiame susitarime riziką, netgi jei jo paties dalyvavimas buvo pasyvus. Konsultacinė įmonė *AC-Treuhand* mėgino gintis, teigdama, jog SESV 101 straipsnis taikytinas tik: (i) ūkio subjektams, veikiantiems rinkoje, kurioje ribojama konkurencija; arba tiekėjų/pirkėjų rinkoje; arba gretimoje nuo paveiktosios rinkoje; (ii) subjektams, kurių veikimo rinkoje ir sprendimų priėmimo laisvę suvaržo susitarimas ar suderinti veiksmai. Teismas tokius argumentus atmetė ir nurodė, jog nei viena iš šių aplinkybių nebūtina, pažeidimo konstatavimui svarbu pats dalyvavimo antikonkurenciniame susitarime faktas⁴⁸.

Be to, teismas sekė savo ankstesnių sprendimų liniją⁴⁹ ir tai, ką anksčiau taikė draudžiamų susitarimų šalims – konkurentams, pritaikė ir tarpininkui, nekonkuruojančiam toje pačioje rinkoje. Pavyzdžiui, teismas konstatavo, jog konsultacinė įmonė aktyviai dalyvaudavo susitikimuose, kuriuose kartelio nariai tarėsi apie nelegalią veiklą. Tuo atveju, jeigu ji būtų norėjusi išvengti atsakomybės, *AC-Treuhand* privalėjo aiškiai ir viešai pareikšti, kad nesutinka su antikonkurencine veikla, kurią planuoja kartelio nariai⁵⁰. Tai reiškia, jog tarpininko atsisakymui dalyvauti kartelinėje veikloje keliami tokie patys reikalavimai, kaip ir konkurentams. Konstatuotina, kad Europos Sąjungos Teisingumo Teismo praktika aiškiai

⁴⁷ Bendrojo Teismo 2008 m. liepos 8 d. sprendimas byloje T-99/04, *AC-Treuhand vs Commission* (2008), p. 106 .

⁴⁸ VALLERY A., SCHELL C., *AC-Treuhand: Substantial Fines for Facilitators of Cartels. Journal of European Competition Law & Practice*, 2016, p. 2.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

įtvirtina, jog tarpininkauti ar bet kokiais kitais veiksmais prisidėti prie konkurenciją ribojančio susitarimo sudarymo ir/ar vykdymo yra draudžiama ir dėl tokios veiklos tenkančios teisinės pasekmės nesiskiria nuo pasekmių, tenkančių kitiems susitarimo dalyviams – konkurentams.

Tokia pozicija yra diskutuotina, ypač atsižvelgiant į generalinio advokato Nils Wahl išvadą šioje byloje. Savo išvadoje generalinis advokatas išskėlė klausimą, ar SESV 101 straipsnio 1 dalis gali būti taikoma įmonei, kuri nevykdo veiklos nagrinėjamoje arba susijusioje rinkoje ir kuri *stricto sensu* nesudarė konkurenciją ribojančio susitarimo arba nederino veiksmų minėtose rinkose⁵¹. Atsakymas į šį klausimą, anot Nils Wahl, yra vienareikšmis – reikia atsakyti neigiamai. Jis nurodo, jog įmonės elgesiui galėtų būti taikomas SESV numatytas draudimas riboti konkurenciją, jei įmonių elgesiu būtų pašalinamas iš principo rinkoje esantis suvaržymas arba kliūtis. Nors priemonių, kurių imasi įmonės, pobūdis galiausiai nėra itin svarbus, vis dėlto reikia, kad jomis būtų daromas ekonominis spaudimas, kuriuo ribojama konkurencija. Kitaip tariant, tam, kad įmonė galėtų būti laikoma kartelio, kurio tikslas ar poveikis yra konkurencijos ribojimas, dalyve, taip pat reikia, kad tokia įmonė normaliomis rinkos sąlygomis darytų konkurencinį spaudimą (angl. *competitive constraint*) kitoms kartelio dalyvėms, o slaptais antikonkurenciniais veiksmais toks spaudimas būtų mažinamas. Tik tuo atveju, kai aptariama įmonė daro konkurencinį spaudimą, kurį verta apriboti, galima kalbėti apie tokį spaudimą [*competitive constraint*].⁵² Būtent dėl šios priežasties, jog būtina išsiaiškinti, ar ūkio subjektas daro konkurencinį spaudimą kitiems kartelio dalyviams, atitinkamos rinkos apibrėžimas yra labai svarbus taikant SESV 101 straipsnį. Tik apsibrėžus rinką galima pradėti nagrinėti, ar įmonė joje daro spaudimą konkurentams. Advokatas pripažįsta, jog pagal Europos Sąjungos teisę nereikalaujama, kad visi kartelio nariai vykdytų ekonominę veiklą su karteliu susijusioje rinkoje, vis dėlto pagal ją reikalaujama nustatyti, kaip ginčijamu susitarimu siekiama apriboti konkurenciją atitinkamoje rinkoje arba kaip juo daromas toks poveikis⁵³.

Kalbėdamas apie konkretų *AC-Treuhand* atvejį, Nils Wahl nurodė, kad nagrinėjamoje byloje minėtos įmonės negalima laikyti atitinkamoje arba susijusioje rinkoje veikiančia įmone. Nagrinėjamu atveju ji atliko konsultantės vaidmenį, tačiau nesuteikė ir negavo jokių

⁵¹ Generalini advokato Nils Wahl 2015 m. gegužės 21d. išvada byloje Nr. C-194/14 P *AC-Treuhand AG v European Commission*, p. 31-34.

⁵² *Ibidem*, p.48-54.

⁵³ *Ibidem*, p. 53.

antikoncepcinių įsipareigojimų. Ji net potencialiai nevykdė veiklos nagrinėjamose rinkose, kurios yra labai specifinių produktų, t. y. tam tikro tipo šilumos stabilizatorių rinkos; ji vykdė ją savo veiklos srityje, t. y. konsultavimo paslaugų teikimo. Vieninteliai susitarimai, kuriuose galbūt dalyvauja *AC Treuhand*, yra paslaugų teikimo susitarimai, kuriuos ji sudarė su šilumos stabilizatorių kartelyje dalyvaujančiomis įmonėmis. Taigi, ji negali būti laikoma visaverte kartelio, t. y. visų susitarimų ir suderintų veiksmų, susijusių su tam tikrais šilumos stabilizatoriais, kuriais iš esmės siekiama nustatyti kainas, padalyti rinkas ir klientus ir keistis svarbia komercine informacija, dalyve. *AC Treuhand* ir rinkoje veikiančių įmonių sudarytų susitarimų dalykas yra tik paslaugų, kurios, žinoma, yra susijusios su kartelio įgyvendinimu, tačiau skiriasi nuo elgesio, kuriuo kaltinamos kartelio dalyvės, teikimas. Generalinis advokatas pagrįstai konstatuoja, jog *AC Treuhand* nedarė ir negalėjo daryti konkurencinio spaudimo nustatyto kartelio šilumos stabilizatorių sektoriuje dalyvėms. Todėl dėl *AC-Treuhand* veiksmų negalėjo būti ribojama konkurencija, taigi šiam ūkio subjektui negalėjo būti taikomas SESV 101 straipsnio 1 dalyje nustatytas kartelių draudimas⁵⁴. *AC Treuhand* veiksmai padėjo karteliui geriau veikti, padidinant jo veiksmingumą ir jį nuslepiant, tačiau aptariamų veiksmų poveikis konkurencijai daromas tik dėl pačių kartelio dalyvių, veikiančių šilumos stabilizatorių rinkoje, veiksmų ir būtent tai yra svarbiausia aplinkybė, dėl kurios *AC-Treuhand* atsakomybės neturėtų kilti.

Generalinis advokatas prieina prie išvados, jog susitarimai, kurių tikslas ar poveikis nėra konkurencijos ribojimas, tačiau kurie yra susiję su paslaugomis, kuriomis siekiama konkurenciją ribojančio susitarimo šalims padėti tęsti neteisėtus veiksmus, negali būti vertinami atsižvelgiant į SESV 101 straipsnio 1 dalį. Vien įmonės ketinimo riboti konkurenciją negali pakakti, jeigu nėra realaus gebėjimo nulemti šį ribojimą.⁵⁵ Advokatas nerimauja, jog dėl konsultacinės įmonės pripažinimo kartelio dalyve Europos Sąjungoje taikoma antikonkurencinio elgesio nustatymo metodika būtų iš esmės iškreipta. Elgesys ekonominiu požiūriu būtų atsietas nuo būtinybės nustatyti konkurencijos apribojimą ir dėl tokio atsiejimo atitinkamos rinkos apibrėžimas ir minėtoje rinkoje iš principo esančio spaudimo nustatymas taptų visiškai nebereikalingas. Pažymėtina, jog tokios praktikos atsiradimas galėtų iškreipti ne tik SESV 101 straipsnio taikymą, bet ir nulemti, jog už pagalbinko elgesį, kuris, pavyzdžiui, pasireikštų duodant strateginius patarimus arba

⁵⁴ *Ibidem*, p. 62-68.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 70.

atliekant ekonominę analizę, taip pat būtų skiriama bauda taikant SESV 102 straipsnį. Bene didžiausia Nils Wahl išvelgiama problema yra tai, jog taikant SESV 101 straipsnį pakaktų įrodyti, kad įmonė bent šiek tiek padėjo ar pagelbėjo įmonėms, kurios ėmėsi slaptų veiksmų tam tikroje rinkoje, nereikalaujant, kad ji tikrai būtų galėjusi daryti koki nors konkurencinį spaudimą įmonėms, kurios vykdo arba norėtų vykdyti veiklą minėtoje rinkoje, neatsižvelgiant į tai, ar toji įmonė vykdo veiklą šioje rinkoje, t. y. nevertinant kartelio ekonominio pajėgumo. Be to, vieną ar kelis verslo partnerius galima būtų kaltinti prisidėjus prie piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi, neatsižvelgiant į tai, ar jie tikrai užėmė tokią padėtį aiškiai apibrėžtoje rinkoje ir ar galėjo veiksmingai apriboti tam tikroje rinkoje vykstančią konkurenciją.

Generalinis advokatas sutinka, jog iš esmės *AC-Treuhand* veiksmai buvo nesąžiningi ir nemoralūs, tačiau nemato tinkamų teisės aktų, pagal kuriuos už tai būtų galima subjektą nubausti. Jis mano, jog Europos Sąjungos teisėje turėtų atsirasti naujas reguliavimas, pagal kurį būtų galima bausti antikonkurencinių susitarimų bendrininkus⁵⁶. Taip pat galimos ir nacionalinės taisyklės, kurios leistų nacionaliniu lygmeniu bausti ūkio subjektus už bendrininkavimą vykdant draudžiamus susitarimus, kai kuriose jurisdikcijose tokios taisyklės jau yra įgyvendinamos.

Europos Sąjungos Teisingumo Teismas, kaip žinia, į generalinio advokato išvadą neatsižvelgė ir priėmė priešingą sprendimą. Tai, dėl ko advokatas nerimavo, tapo įtvirtintu precedentu. Manytina, jog Teisingumo Teismo sprendime yra trūkumų ir jis kritikuotinas. Tiek teismas, tiek Europos Komisija turėjo galimybes išskirti tarpininko (bendrininko) atliktus veiksmus iš konkurenciją ribojančių susitarimų reglamentavimo apimties ir vis tiek sustabdyti kartelinį susitarimą, prie kurio prisidėjo bendrininkas⁵⁷. Juk sustabdžius pačią antikonkurencinę veiklą, tai yra konkurentų veiksmus, ribojančius konkurenciją, automatiškai sustotų ir gretutinė tarpininko veiklą, kuri be kartelinio susitarimo neturi savarankiškos paskirties. Nebūtų buvę kartelio – nebūtų buvę ir jo nariams padedančio tarpininko⁵⁸. Taigi, reikėtų rauti pačias kenkiančio elgesio šaknis – bausti susitarusius konkuruojančius subjektus, ir tai leistų pilnai neutralizuoti kartelį, nebaudžiant neesminių kartelio veikloje ūkio subjektų. Tačiau dabartinė praktika įveda neaiškumų, kuriuos

⁵⁶ *Ibidem*, p. 86-87.

⁵⁷ VALLERY A., SCHELL C., *AC-Treuhand: Substantial Fines for Facilitators of Cartels. Journal of European Competition Law & Practice*, 2016, p. 4.

⁵⁸ *Ibidem*.

Teisingumo Teismas turės išspręsti ateityje. Kyla klausimų, ar į 101 straipsnio taikymo sritį galėtų patekti ir, pavyzdžiui, konsultaciją kartelio dalyviui suteikęs advokatas ar konsultacinė įmonė, pateikusi rinkos informaciją. Šiuo metu tokie subjektai, bendraudami su antikonkurencinio susitarimo dalyviai, negali būti įsitikinę, kokios pasekmės jų laukia. Iš kitos pusės, galima rasti pakankamai svarių argumentų už Teisingumo Teismo sprendimą. Visų pirma, akivaizdu, jog *AC-Treuhand* elgesys teisinėje visuomenėje yra netoleruotinas ir ši įmonė privalo sulaukti neigiamų pasekmių. Žvelgiant iš moralinės pusės, *AC-Treuhand*, kaip ir susitarę konkuruojantys ūkio subjektai, iš nesažiningų kartelinių veiksmų siekė finansinės naudos galutinių naudotojų sąskaita. Įmonė apie kartelį žinojo viską, tačiau jį ne tik toleravo, bet ir visai įmanomais būdais jį slėpė ir skatino jo egzistavimą, nes už tai gaudavo atlyginimą. Teisingumo Teismas sprendimas davė aiškų ženklą, jog nesažiningas elgesys nebus toleruojamas, todėl neatmestina ir tai, jog Teisingumo Teismas priėmė sprendimą siekdamas atgrasomojo poveikio. Tikėtina, jog teismo sprendimas, kuriuo paskirta nemaža bauda, sumažins subjektų, norinčių veikti kaip tarpininkai antikonkurenciniams susitarimams, ratą. Galima viltis, jog dėl tokio atgrasomojo poveikio apskritai pasunkės konkurenciją ribojančių susitarimų sudarymas, nes neradus tarpininko patiems konkurentams užsiimti kartelio organizavimu yra kur kas sunkiau.

Prieitina išvada, jog Teisingumo Teismas, siekdamas nesusiaurinti SESV 101 straipsnio taikymo ribų, paliko neaiškumą, kuriuos turės išspręsti savo tolesnėje jurisprudencijoje. Po šios bylos atsirado teisinis neaiškumas ir baimė, jog SESV 101 straipsnis gali būti pritaikytas bene bet kuriam ūkio subjektui, turėjusiam bent menkiausią santykį su karteliu ar jo dalyviais. Be to, teismo sprendimas yra ganėtinai kazuistinis, grindžiamas žymiu *AC-Treuhand* vaidmeniu sudarant susitarimą, šios įmonės dalyvavimu susirinkimuose. Europos Sąjungos Teisingumo Teismas vis dar paliko vakuumą praktikoje dėl per bendrą verslo partnerį sudarytą konkurenciją ribojančių susitarimų, kai susitarimai pasiekiami per bendrą verslo partnerį apsikeičiant strategine informacija.

Atskirai reikėtų panagrinėti internetinių platformų, kaip tarpininkų, situaciją. Ši tema ne tik ypač aktuali šiuolaikiniame pasaulyje, bet ir kelianti pasididžiavimą dėl to, jog būtent Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba prisideda prie praktikos šia tema formavimo. Konkurencijos taryba 2012 m. birželio 7 d. *E-turas* nutarime nurodė, jog kelionių agentūros, besinaudodamos internetine E-TURAS sistema, suderino veiksmus dėl nuolaidos, taikytinos

internetu įsigyjamos kelionės, apribojimo iki 3 proc. Labai svarbu nagrinėjamai temai yra tai, jog šio nutarimo 116 punkte Konkurencijos taryba aiškiai nurodė, kad internetinės sistemos savininkas UAB „Eturas“ yra konkurenciją ribojančio susitarimo tarpininkas⁵⁹. Be to, Konkurencijos taryba konstatavo, kad UAB „Eturas“ neužsiima kelionių pardavimo veikla ir neveikia atitinkamoje rinkoje kartu su kelionių agentūromis, tačiau, kaip aprašyta šio nutarimo 3 dalyje, aktyvius veiksmus dėl nuolaidos E-TURAS sistemoje apribojimo atliko būtent UAB „Eturas“. Taigi, nagrinėjant nuolaidos apribojimą E-TURAS sistemoje kaip kelionių agentūrų suderintus veiksmus, būtina atsižvelgti ir į sistemos administratoriaus UAB „Eturas“ įtaką ir vaidmenį kelionių agentūrų veiksmų derinimui⁶⁰. Toliau Konkurencijos taryba pritaikė Europos Sąjungos Teisingumo Teismo praktiką iš *AC-Treuhand* pirmosios bylos ir nurodė, kad subjektas, net ir neveikdamas toje atitinkamoje rinkoje, kurioje yra sudarytas konkurentų susitarimas, taip pat gali būti pripažįstamas tokių susitarimų dalyviu, jei yra tenkinamos šios sąlygos: 1) toks ūkio subjektas prisidėjo prie nagrinėjamo susitarimo (net jei tai daroma vykdant nurodymus ar jo vaidmuo yra tik pagalbinis ar pasyvus); ir 2) toks ūkio subjektas pareiškė valią, įrodančią jo pritarimą, net jeigu jis išreikštas konkliudentiniais veiksmais, susitarimo tikslams⁶¹. Taigi, internetinės platformos, kuriomis pasinaudoję ūkio subjektai riboja konkurenciją horizontaliame lygyje, konkurencijos normų reguliavimo prasme turėtų būti suprantamos taip pat, kaip tarpininkai/kartelio palengvintojai (angl. *facilitator*). Tokios pačios pozicijos laikosi ir Konkurencijos tarybos draudžiamų susitarimų skyriaus vadovė Dina Lurje, nurodžiusi, jog nemato argumentų, kuo internetinė platforma skiriasi nuo AC/Treuhand byloje suformuluoto *facilitator* apibrėžimo⁶². Kita vertus, yra argumentų, jog internetinės platformos galėtų būti laikomos bendru tiekėjų kaip tarpininku, o per platformas sudaryti susitarimai – rato tipo (*hub-and-spoke*) susitarimais. Tai bus aptarta kitoje šio darbo dalyje.

1.4.3. Bendras tiekėjas kaip tarpininkas

Dažnai tarpininko rolę užima bendras konkurentų tiekėjas. Pastebėtina, jog bendro tiekėjo dalyvavimas horizontaliuose konkurenciją ribojančiuose susitarimuose yra

⁵⁹ Lietuvos Respublikos konkurencijos tarybos 2012 m. birželio 7 d. nutarimas Nr. 2S-9, p. 116.

⁶⁰ Lietuvos Respublikos konkurencijos tarybos 2012 m. birželio 7 d. nutarimas Nr. 2S-9, p. 173.

⁶¹ *Ibidem*, p. 174.

⁶² Interviu su Dina Lurje, klausimas Nr. 5.

sutinkamas vis dažniau⁶³. Tokių bylų pradininke Europoje be abejonės laikytina Jungtinė Karalystė⁶⁴, tačiau pastaruoju metu nemažai Europos jurisdikcijų galima rasti pirmųjų formuojamos praktikos apraiškų. Lietuvoje, anot Konkurencijos tarybos draudžiamų susitarimų skyriaus vadovės Dinos Lurje, tokių susitarimų tyrimai nebuvo vykdomi⁶⁵.

Konkurenciją ribojantis susitarimas, sudarytas per tarpininką, kuris yra bendras tiekėjas, dažniausiai remiasi toliau pateikiama schema. A yra mažmenine produkto X prekyba užsiimantis ūkio subjektas ir perka produktą X iš gamintojo B; C taip pat yra mažmenine produkto X prekyba užsiimantis ūkio subjektas ir taip pat perka X iš gamintojo B. Taigi, B yra bendras A ir C tiekėjas, o A ir C subjektai yra toje pačioje rinkoje veikiantys konkurentai⁶⁶. B turi tiesioginį santykį su A ir C, o A ir C tarpusavyje jokio tiesioginio santykio neturi (žiūrėti toliau pateikiamą grafinę schemą). Tuo atveju, jei A subjektas nusprendžia suformuoti kartelį ir susitarti su C dėl X perpardavimo kainų, jis gali pasitelkti B, kuris perduotų informaciją apie A siekius subjektui C. Tuomet subjektas C informuoja B, jog seks A veiksmus rinkoje ir nustatys tokią pačią kainą, o B perduoda šią informaciją subjektui A. B funkcija tokios informacijos mainų atveju dažnai gali būti tiesiog kaip tam tikro laidininko, per kurį keliauja informaciją, konkurentams siekiant išvengti tiesioginio kontakto.

Užsienio teisės šaltiniuose suokalbiai tarp konkurentų, sudaromi per tarpininką (bendrą tiekėją) žinomi kaip stebulės ir stipinų (angl. *hub-and-spoke*) susitarimai. Toks terminas naudojamas, nes tarpininkas yra stebulė (*hub*), t.y. rato centras. Iš centro išeina keletas stipinų (*spoke*) – konkurentų. Konkurentams sudarius draudžiamą susitarimą, atsiranda dar viena rato dalis – ratlankis (*rim*), kuris sujungia konkurentus (*spokes*)⁶⁷, informaciją per

⁶³ SAHUGUET N., WALCKIERS A., Hub-and-Spoke Conspiracies: the Vertical Expression of a Horizontal Desire?. *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, Vol. 5, No. 10, p. 711

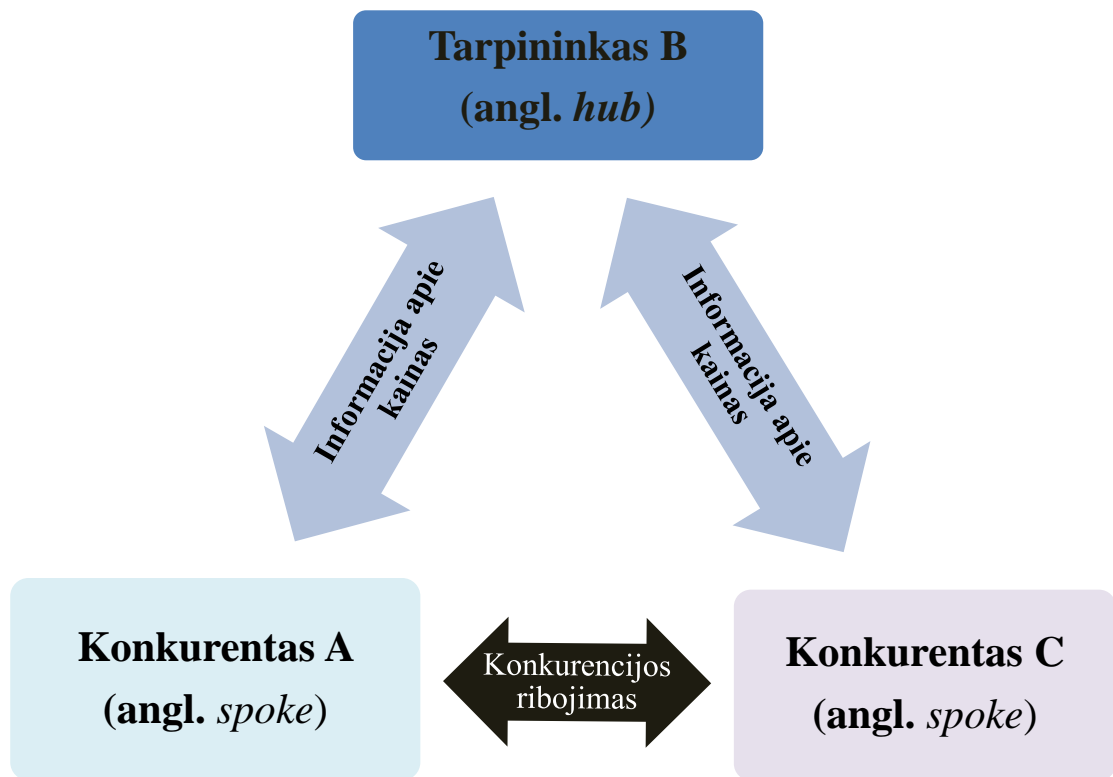
⁶⁴ *Ibidem*, p. 712.

⁶⁵ Interviu su Dina Lurje, klausimas Nr. 1. Dina Lurje nurodė, kad Konkurencijos tarybos praktikoje nebuvo bandoma pritaikyti *hub-and-spoke* doktrinos.

⁶⁶ Pavyzdiniai subjektai A, B ir C ir toliau šiame darbe bus naudojami siekiant parodyti konkurentų (A ir C) bei tarpininko (B) santykius. Pažymėtina, jog užsienio autorių literatūroje draudžiami susitarimai, sudaryti per tarpininką, dažnai pavadinami A-B-C susitarimais.

⁶⁷ BOLECKI A., Polish Antitrust Experience with Hub-and-Spoke Conspiracies, 4(5) *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies* 25, 2011, p.28.

centrą keliauja iš vieno stipino kitam ir ratas užsidaro – atsiranda konkurencijos ribojimas⁶⁸. Toliau pateikiamas grafinis tokių susitarimų atvaizdas.



1 paveikslas. Per tarpininkus sudaryto susitarimo schema. Sudaryta autoriaus.

Esminis skirtumas tarp trečiųjų šalių, kaip tarpininkų, bei tiekėjų, kaip tarpininkų, yra tai, jog trečiosios šalys finansinę naudą dažniausiai gauna tiesiogiai dėl paties draudžiamo susitarimo sudarymo kaip atlygį už tarpininkavimą. Tokios trečiosios šalys tiesiogiai neprisideda prie galutinio produkto, kuriuo prekiauja susitariančios šalys, jos tik teikia su produktu nesusijusias tarpininkavimo paslaugas.

Tuo tarpu kai tarpininkas yra bendras susitariančių ūkio subjektų tiekėjas, jis negauna atskiro atlygio už buvimą tarpininku. Jo nauda pasireiškia tuo, jog jis susitariančioms perpardavinėtojoms parduoda tiekiamus produktus ir uždirba iš šių produktų tiekimo. Kitame veiklos lygmenyje perpardavinėtojai parduoda tiekėjo pateiktą produktą galutiniams vartotojams. Iš galutinio vartotojo gaunama suma pasidalinama tarp perpardavinėtojo ir

⁶⁸ VAN CAYSEELE P. Hub-and-spoke Collusion: Some Nagging Questions Raised by Economists. *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, Vol. 5, No. 3, p. 164

tiekėjo (tiekėjas gauna savo dalį iš galutinės sumos – kainą, kurią jam už produktą sumoka perpardavinėtojas).

Atkreiptinas dėmesys, kad internetinės platformos, per kurias ūkio subjektai sudaro draudžiamus susitarimus, pagal savo pobūdį galėtų būti priskiriamos būtent prie tiekėjų, per kuriuos sudaromi draudžiami susitarimai. Internetinės platformos atitinka tarpininko - tiekėjo kriterijus:

- 1) Jos tiekia perpardavinėtojiui paslaugas, kurios galėtų būti laikomos dalimi galutinio produkto. Klientas, pirkdamas perpardavinėtojo produktą per internetinę platformą, kartu įsigyja ir naudojimosi platformą patirtį, tai sudaro gaunamo produkto visumą. O su trečiosios šalies kaip tarpininko (*facilitator*) teikiamomis paslaugomis galutinio produkto vartotojas niekaip nesusiduria.
- 2) Perpardavinėtojas moka internetinės platformos operatoriui už naudojamą platformą. Perpardavinėtojas privalo patirtas sąnaudas įskaičiuoti į galutinio produkto kainą.
- 3) Internetinės platformos operatorius negauna atlyginimo tiesiogiai už tarpininkavimą draudžiamam susitarimui. Internetinė platforma, veikianti kaip tarpininkas susitarimui, iš to negauna papildomos naudos. Ji nauda gauna iš to, kad susitariančiosios šalys naudoja platformą ir moka atitinkamus mokesčius.

Eturas byloje, pasiekusioje Europos Sąjungos Teisingumo Teismą, generalinis advokatas pateikė savo nuomone dėl susidariusios situacijos priskyrimo prie vadinamųjų *hub-and-spoke* susitarimų. Jis teigė, jog kelionių agentūrų susitarimas nepanašus į vadinamąjį rato tipo susitarimą (angl. *hub and spoke collusion*), susijusį su esant vertikaliems santykiams konkurentų vykdomu informacijos pasikeitimu per bendrą prekybos partnerį, kaip antai platintojų vykdomu informacijos pasikeitimu per bendrą tiekėją. Esant tokiam netiesioginiam pasikeitimui, būtina papildomai išnagrinėti dalyvaujančių šalių ketinimus, nes konfidencialios rinkos informacijos atskleidimas platintojo tiekėjui, ir atvirkščiai, gali būti laikomas teisėta komercine veikla. Priešingai nei pirma nurodyti atvejai, ši byla susijusi su pranešimu, kurį visoms aptariamoms įmonėms vienu metu perdavė jų bendras verslo partneris ir kuris, atsižvelgiant į jo turinį, jokiomis aplinkybėmis negalėtų būti laikomas

teisėto verslo dialogo dalimi⁶⁹. Matome, jog generalinis advokatas dėl susitarimo prie rato tipo susitarimų iš esmės sprendė vadovaudamasis tuo, jog UAB „Eturo“ per ETURAS sistemą kelionių agentūroms perduota informacija (pranešimas) yra aiškiai pažeidžiantis konkurenciją ir jokiomis aplinkybėmis negalėtų būti laikomas teisėta komercine veikla. Šią savo išvadą jis pagrindė nuoroda į profesoriaus O. Odudu straipsnį, kuriame šis profesorius daugiausia nagrinėjo Jungtinės Karalystės teismų praktiką rato tipo susitarimų srityje. Iš advokato teiginių galima daryti išvadą, jog tam, kad susitarimas būtų pripažintas rato tipo susitarimu (*hub-an-spoke*), perduodama informacija būtinai turi turėti panašumą į teisėtą komercinę veiklą. Su šia advokato nuomone nesutiktina, nes:

- 1) Pirma, šiuo atveju tiesioginis kontaktas dėl kainų nustatymo buvo tik tarp vertikalčiai susijusių subjektų – paslaugos teikėjo UAB „Eturas“ ir kiekvienos iš paslauga besinaudojančių kelionių agentūrų. Sutiktina, jog vertikalus kainų nustatymas yra konkurenciją pagal tikslą ribojantis susitarimas. Tačiau tokie vertikalūs kainų nustatymo susitarimai, kai gamintojas juos sudarydavo su keletu perpardavinėtoju, Jungtinės Karalystės praktikoje buvo pripažinti rato tipo susitarimais. Apie tai užsimenama ir paties generalinio advokato nurodytame šaltinyje, profesoriaus O. Odudu straipsnyje⁷⁰.
- 2) Nėra aišku, kodėl generalinis advokatas priėjo prie išvados, jog perduodama informacija turi turėti panašumo į teisėtą komercinę veiklą. Pažymėtina, jog rato tipo susitarimų atveju tikrai kyla problemų atskiriant informaciją, kuria dalijamasi pagrįstai ir teisėtai, nuo informacijos, kuri skirta konkurencijos ribojimui. Tačiau tai yra tokių susitarimų įrodinėjimo problematika, o ne būtinas kvalifikavimo kriterijus.

Atkreiptinas dėmesys, jog Europos Sąjungos Teisingumo Teismas, nagrinėdamas *Eturas* bylą nenagrinėjo klausimo, ar ši situacija priskirtina rato tipo (*hub-and-spoke*) susitarimams⁷¹. Darytina išvada, jog pagal *Eturo* bylą negalima spręsti, prie kurios rūšies susitarimų (rato tipo ar sudarytų per trečiąją šalį) priskiriami draudžiami susitarimai, sudaryti

⁶⁹ Generalinio advokato Maciej Szwed išvada, pateikta 2015 m. liepos 16 d.(1) byloje *ETURAS*, Nr. C-74/14, p. 65.

⁷⁰ ODUDU O., Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion, *European Competition Journal*, 2011, Vol. 7, No. 2, p. 208-209.

⁷¹ Europos Sąjungos Teisingumo Teismo 2016 m. sausio 21 d. sprendimas byloje Nr. C-194/14 P AC-Treuhand AG v European Commission.

per tarpininką internetinę platformą. Manytina, jog šie susitarimai panašesni į rato tipo susitarimus, bet tą patvirtinančios praktikos nėra.

1.5. Per tarpininkus sudarytų konkurenciją ribojančių susitarimų vertinimas: horizontalūs ar vertikalūs susitarimai?

Bene svarbiausias per bendrą tiekėją sudarytų rato tipo susitarimų bruožas – jų balansavimas tarp vertikalaus ir horizontalaus susitarimo. Priklausomai nuo to, kuriai grupei toks susitarimas būtų priskirtas, tai lemtų, ar susitarimo dalyviams būtų taikomos su atleidimu nuo baudmės susijusios konkurencijos teisės nuostatos (Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymo 38 straipsnyje numatyta, jog konkuruojantys ūkio subjektai, pranešę apie bet kokį draudžiamą susitarimą ir esant tam tikroms sąlygoms, atleidžiami nuo baudmės. Tuo tarpu vertikalių susitarimų atveju atleidimo nuo baudmės institutas taikomas tik vertikalaus kainų fiksavimo atveju, kitų vertikalių susitarimų dalyviai šiuo institutu pasinaudoti negali). Taip pat pažymėtina, jog skiriasi *de minimis* taikymo sąlygos⁷². Visgi, sutinkama ir nuomonė, jog dažnai nėra būtina atskirti, koks tai yra susitarimas – svarbu nustatyti konkurencijos ribojimo faktą. Štai Konkurencijos tarybos draudžiamų susitarimų skyriaus vadovė Dina Lurje interviu teigė, jog kai poveikis yra daromas perpardavimo kainai ir turimi įrodymai yra pakankami įrodyti tiesioginius vertikalius susitarimus dėl perpardavimo kainų nustatymo, konkurenciją prižiūrinčios institucijos dažniausiai ir imasi įrodinėti būtent vertikalaus susitarimo buvimą, neapsunkindamos savęs tos konkrečios situacijos neatspindinčio, o ir apskritai sunkiau įrodomo *hub-and-spoke* tipo susitarimo įrodinėjimu. Realus pažeidimo nustatymo efektas rinkai ir konkurencinei aplinkai dažniausiai yra toks pats, kaip ir nustačius *hub-and-spoke* tipo susitarimą⁷³. Sutiktina, jog konkurenciją prižiūrinčių institucijų tikslas yra konkurencinga rinka ir jos turi rinktis užtikrintą būdą šiam tikslui pasiekti, todėl pagrįstai dažniau pasirenkama įrodinėti vertikalius susitarimus. Kita vertus, neabejotina, jog jei per tarpininkus sudarytų susitarimų įrodinėjimas būtų paprastesnis ir/arba konkurenciją prižiūrinčios institucijos turėtų didesnius resursus tyrimams vykdyti, jos siektų įrodyti pilną konkurencijos pažeidimo schemą ir nubausti visus prisidėjusius subjektus

⁷² Konkurencijos tarybos 2000 m. sausio 13 d. nutarimas Nr. 1 „Dėl Reikalavimų ir sąlygų susitarimams, kurie dėl savo mažareikšmio poveikio nelaikomi konkurencijos įstatymo 5 straipsnio 1 ir 2 dalių pažeidimu, patvirtinimo (Dėl Reikalavimų ir sąlygų susitarimams, kurie dėl savo mažareikšmio poveikio negali itin riboti konkurencijos, patvirtinimo)“ (Žin., 2000, Nr. 6-176; 2004, Nr. 181-6732). *De minimis* nėra taikoma, jei konkurencija ribojama pagal tikslą, todėl, atsižvelgiant į toliau šiame darbe pateiksimas išvargas, *de minimis* doktrina nėra svarbi per tarpininkus sudarytų susitarimų atveju.

⁷³ Interviu su Dina Lurje, 6 klausimas.

– taip būtų išaiškinta pati draudžiamo susitarimo esmė. Todėl manytina, jog visgi priskyrimas prie horizontalių ar vertikalinių susitarimų leidžia atskleisti tikrąjį susitarimo poveikslą bei lemia tai, kokį santykį turi įrodinėti konkurenciją prižiūrinčios institucijos. Tuo atveju, jeigu būtų nustatyta, kad tai yra grynakraujai vertikalūs susitarimai, uždavinys būtų kur kas paprastesnis, nes nereiktų įrodyti ryšio tarp A ir C subjektų.

1.5.1. Per tarpininkus sudaryti konkurenciją ribojantys susitarimai kaip vertikalūs susitarimai

Vertikalūs susitarimai – susitarimai tarp dviejų ar daugiau ūkio subjektų, kurių kiekvienas veikia skirtingame prekės gamybos ar platinimo lygmenyje ir kuris apima prekių pirkimo, pardavimo ar perpardavimo sąlygas. Pirmiausia, atkreiptinas dėmesys, kad esminis vertikalūs susitarimo atskyrimo bruožas yra tai, jog susitarimo šalys veikia skirtinguose lygiuose paties susitarimo atžvilgiu⁷⁴. Tai reiškia, jog vertikalūs susitarimai gali būti sudaryti ir tarp konkuruojančių ūkio subjektų, svarbu, kad būtent šio susitarimo požiūriu jie veiktų skirtinguose lygmenyse.

Galima sutikti požiūrį, jog per tarpininkus sudaryti konkurenciją ribojantys susitarimai yra paprasčiausi vertikalūs draudžiami susitarimai, turintys ir papildomą horizontalių poveikį⁷⁵. Teigiama, jog sujudimas tarp konkurencijos teisės srities mokslininkų ir praktikų dėl šio susitarimo specifiškumo yra visiškai nereikalingas ir dirbtinai išpūstas. Šį požiūrį išreiškęs Nicolas Petit yra Liežo universiteto profesorius ir vienas iš svarbios knygos *EU Competition Law and Economics (Oxford University Press, 2012)* bendraautorius, todėl reiktų išnagrinėti ir tokį ganėtinais tiesmuką požiūrį. Žiūrint supaprastintai, tarp subjektų A ir B bei tarp subjektų B ir C sudaromi būtent vertikalūs pobūdžio susitarimai. Kainų kartelio atveju, subjektas B bendrauja tiesiogiai su subjektu A ir susitaria nustatyti tam tikras kainas. Lygiai taip pat B tiesiogiai susitaria ir su C. Konkurencijos teisė įprastai nenagrinėja draudžiamų susitarimų motyvų, todėl jai neturėtų rūpėti tai, jog B dėl kainų su subjektais tarėsi būtent A prašymu. Taigi, lyg ir galima rasti argumentų, kurie leistų laikyti, jog per tarpininkus tiekėjus sudaryti konkurenciją ribojantys susitarimai yra įprasti ir savarankiški

⁷⁴ ŠVIRINAS D. *Vertikaliųjų susitarimų reglamentavimas konkurencijos teisėje*. Mykolo Romerio universitetas, 2004. p. 41

⁷⁵PETIT N. Much ado about nothing [interaktyvus, žiūrėta 2016 m. vasario 19 d.]. Prieiga per internetą: <<http://chillingcompetition.com/2011/02/21/much-ado-about-nothing/>>.

vertikalūs susitarimai. Tačiau, manytina, toks požiūris pernelyg supaprastintų tokių susitarimų vertinimą ir nebūtų atskleista pati antikonkurencinių veikslių esmė.

1.5.2. Per tarpininkus sudaryti konkurenciją ribojantys susitarimai kaip horizontalūs susitarimai

Kitas vertinimas, sutinkamas ne tik doktrinoje, bet ir dalyje teismų praktikos, yra kardinaliai priešingas – teigiama, jog per tarpininką sudaryti konkurenciją ribojantys susitarimai yra horizontalūs. Horizontalūs susitarimai yra sudaromi išskirtinai tarp konkurentų, kurių kiekvienas veikia tame pačiame prekės gamybos ar platinimo lygmenyje. Horizontalus susitarimas apima sąlygas, pagal kurias susitariančios šalys gali pirkti, parduoti ar perparduoti prekes. Horizontalūs susitarimai laikomi pavojingiausiais ir labiausiai ribojančiais konkurenciją.

Per tarpininkus sudarytų susitarimų kvalifikavimo kaip horizontalių pozicija randama svarbioje Jungtinių Amerikos Valstijų byloje *Toys R Us*⁷⁶. Šioje byloje buvo nagrinėjama situacija, kai svarbus žaislų perpardavinėtojas, įmonė Toys R Us, susitarė su pora žaislų gamintojų, jog jų pagaminti žaislai nebus pardavinėjami, jei gamintojai žaislus taip pat tiesiai ir konkuruojančiam žaislų perpardavinėtojui. Kiekvienas iš gamintojų susitarimą su žaislų perpardavinėtoju Toys R Us sudarė su sąlyga, kad tokios pačios sąlygos bus taikomos ir konkuruojantiems žaislų gamintojams. Teismas byloje pasisakė, jog būtent tai, kad gamintojai žinojo, jog tokie patys ribojimai bus taikomi ir jų konkurentams, sąlygojo gamintojų sutikimą su Toys R Us sąlygomis. Teismas nurodė, jog nesant tokio žinojimo, žaislų gamintojai niekaip nebūtų sutikę su tokiais jų verslo ribojimais. Taigi, susitarimą sudarę gamintojai žinojo, jog jų konkurentai daro visiškai tą patį. Teismas aiškiai nurodė, jog tai yra „horizontalus susitarimas“.

Darius Miniotas savo disertacijoje, kurioje nagrinėjo tikslą riboti konkurenciją turinčius vertikalius susitarimus, nurodo, jog kartelinį susitarimą sudarę platintojai iš tiesų gali priversti gamintojus taikyti perpardavimo kainų palaikymo priemones, taip užsitikrindami savo kartelio stabilumą bei didesnę pelną. Tokiu būdu efektyvesniems platintojams yra užkertamas kelias vartotojams pasiūlyti mažesnes kainas, o vartotojai negauna jokios kainų

⁷⁶ Jungtinių Amerikos Valstijų 7 rajono Apeliacinio teismo 2000 m. rugpjūčio 1 d. sprendimas byloje Nr. 98-4107, *Toys R Us, Inc v Federal Trade Commission vs Commission* (2008) ECR II-1501.

padidėjimą atsveriančios naudos, todėl jų gerovė vienareikšmiškai mažėja. Vertikaliu kainų fiksavimu yra siekiama užkirsti kelią atskirų platintojų iniciatyvoms apgautinėti kartelio dalyvius ir taikyti mažesnes kainas. Kita priežastis taikyti vertikalų kainų fiksavimą gali būti noras kuo geriau paslėpti kartelio egzistavimo faktą. Tokiu atveju platintojai įtikina vieną ar kelis gamintojus taikyti vertikalų kainų fiksavimą, atspindinti kartelio sutartą kainų lygį, ir, veikdami slapto, tylaus suokalbio pagrindu, nesudaro jokio papildomo tiesioginio ar netiesioginio tarpusavio susitarimo. Kitaip tariant, vertikalus gamintojo nustatytas perpardavimo kainų fiksavimas atspindi paslėptą horizontalų kartelio dalyvių susitarimą, tačiau dėl skirtingos šių susitarimų teisinės prigimties priežiūros institucijoms tampa kur kas sunkiau aptikti ir įrodyti kartelio egzistavimo faktą. Tokiu būdu platintojai deleguoja kartelio įgyvendinimą bei priežiūrą gamintojui, o pastarasis tampa neteisėto platintojų suokalbio įrankiu⁷⁷. Taigi, daroma išvada, jog tuo atveju, kai gamintojas užima tarpininko rolę ir tik pridengia platintojų horizontalų susitarimą, gamintojas atlieka tik kartelį įgyvendinti padedančio įrankio vaidmenį. Tai leidžia daryti išvadą, jog pagrindinis susitarimas yra būtent horizontalusis, tuo tarpu vertikalūs santykiai tėra tik pagalbiniai, neatliekantys esminės rolės susitarime.

Manytina, jog tiek bylos *Toys R US* sprendime, tiek D. Minioto disertacijoje pateiktoje argumentacijoje yra didelė dalis tiesos. Susitarimų, sudarytų per tarpininką, efektas yra pasiektas tam tikras koordinacijos lygis tarp konkurentų. Taigi, pati susitarimo esmė suponuoja, jog tai yra horizontalus susitarimas. Visa kita, kas supa horizontalų susitarimą, tėra pagalbiniai veiksmai, susitarimą įgyvendinti padedanti forma. Kita vertus, negalima visiškai nereaguoti ir į susitarimo formą, tai yra faktą, jog tokie susitarimai sudaromi per tarpininką ir jų forma gali būti lyg vertikalų susitarimų. Tolesnėje pastraipoje bus aptariamas horizontalių ir vertikalų elementų suderinimas.

1.5.3. Per tarpininkus sudaryti susitarimai kaip mišrūs susitarimai

Turbūt bene plačiausiai sutinkamas požiūris, jog per tarpininkus sudaryti susitarimai yra vertikalūs susitarimai su horizontaliu poveikiu, tai yra, kad šis susitarimas turi tiek vieno, tiek kito susitarimo elementų. Teigiama, jog santykiai tarp konkurentų yra

⁷⁷ MINIOTAS D., Tikslą riboti konkurenciją turinčių vertikalųjų susitarimų vertinimas konkurencijos teisėje: daktaro disertacija. Socialiniai mokslai, teisė (OIS). Vilnius: Vilniaus universitetas, 2015, p. 147-148.

horizontalaus pobūdžio, o santykiai tarp tarpininko (tiekėjo) ir perpardavinėtojo (kiekvieno iš konkurentų) – vertikalaus pobūdžio⁷⁸.

Jungtinės Karalystės konkurencijos bylų apeliacinis tribunolas, kartu su kitais Jungtinės Karalystės teismais, yra neabejotini Europos jurisprudencijos lyderiai dėl per tarpininkus sudarytų konkurenciją ribojančių susitarimų praktikos. *Hasbro* byloje tribunolas pasisakė, jog:

- 1) rado du dvišalius susitarimus ar suderintus veiksmus, kurie veikė paraleliai, ir kuriais perpardavinėtojai susitarė su *Hasbro* kompanija dėl žaislų perpardavimo kainų nustatymo, bei kurie turi tokį patį tikslą ir poveikį;
- 2) atitinkamai nėra būtina nustatyti, ar papildomai buvo sudaryti trišaliai susitarimai ar suderinti veiksmai, turintys tokį patį tikslą ir poveikį⁷⁹.

Anot profesoriaus Odudu, toks išaiškinimas neatsako į klausimą, į kurią pusę labiau kryptama – ar link tokių susitarimų laikymo horizontaliais, ar link vertikalių susitarimų⁸⁰. Tačiau pastebėtina, jog tribunolas sąmoningai išskiria, kad jį apskritai domina tik tokie susitarimai, kurie turi tokį patį tikslą ir poveikį. Taigi, iš visų atskirų susitarimų reikalaujama tikslo ir poveikio vienovės, tik tada apskritai galima kalbėti apie bendrą per tarpininką sudarytą konkurenciją ribojantį susitarimą.

Tačiau, anot Jungtinės Karalystės konkurencijos bylų tribunolo praktikos *Futbolo marškinėlių* byloje, vien tai jog egzistuoja paraleliniai santykiai tarp A ir B bei tarp B ir C subjektų dar jokiū būdu nereiškia, jog yra sudarytas konkurenciją ribojantis susitarimas⁸¹. Tam, kad būtų sudarytas antikonkurencinis susitarimas, būtina nustatyti eilę kitų faktų, kurie bus aptarti tolesnėse šio magistrinio darbo dalyse. Tačiau kalbant apibendrintai, tam, jog atsirastų pažeidimas, būtina santykius (informacijos mainus) tarp A ir B bei tarp B ir C sujungti ir nustatyti aiškų ryšį tarp jų⁸². Kaip minėta aukščiau, ryšys turi būti tokio lygio, jog

⁷⁸ SAHUGUET N., WALCKIERS A., Hub-and-Spoke Conspiracies: the Vertical Expression of a Horizontal Desire?. *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, Vol. 5, No. 10, p. 714

⁷⁹ Jungtinės Karalystės konkurencijos bylų apeliacinio tribunolo 2004 m. gruodžio 14 d. sprendimas byloje Nr. 1014 ir 1015/1/1/03 *Argos Limited and Littlewoods Limited v Office of Fair Trading*, p. 778.

⁸⁰ ODUDU O., Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion, *European Competition Journal*, 2011, Vol. 7, No. 2, p. 210.

⁸¹ Jungtinės Karalystės konkurencijos bylų apeliacinio tribunolo 2004 m. byla Nr.1022/1/1/03 *JJB Sports plc v Office of Fair Trading*, p. 31.

⁸² ODUDU O., Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion, *European Competition Journal*, 2011, Vol. 7, No. 2, p. 205, 236.

atskiri susitarimai turėtų tokį patį tikslą ir poveikį. Nustačius ryšį tarp dviejų susitarimų, pagal profesorių Odudu, susitarimai tampa labiau horizontalūs, nei vertikalūs⁸³.

Atsižvelgiant į pateiktą informaciją ir skirtingas pozicijas, labiausiai pritartina pozicijai, jog per tarpininkus sudaryti horizontalūs susitarimai, turėtų būti laikomi horizontaliais susitarimais teisinio kvalifikavimo prasme. Labai svarbu tai, jog vertikalūs susitarimai yra laikomi mažiau pavojingais konkurencijai nei horizontalūs susitarimai. Niekas nesiginčija, jog sudarius konkurenciją ribojantį susitarimą per tarpininką pasiekiami horizontaliam susitarimui prilygintini rezultatai ir poveikis rinkai. Vadinasi, per tarpininką sudarytas susitarimas yra nemažiau pavojingas, nei horizontalus susitarimas. Tuo tarpu tokio susitarimo kvalifikavimas vertikaliu leistų, kaip minėta, naudotis aukštesne *de minimis* riba⁸⁴, keistų taikytiną atleidimo nuo baudmės reguliavimą, be to, horizontaliems susitarimams dažnai pakanka įrodyti tik patį susitarimo sudarymo faktą, jie dažnai riboja konkurenciją pagal tikslą. Atkreiptinas dėmesys, jog konkurencijos teisėje dominuoja turinio viršenybės prieš formą principas (pavyzdžiui, nėra svarbu, kokia forma sudarytas draudžiamas susitarimas). Kai susitarimas sudaromas per tarpininką, vertikalūs santykiai yra tik draudžiamo susitarimo forma. Tuo tarpu pati susitarimo esmė yra horizontalūs santykiai. Taigi, pirmenybė suteiktina turiniui ir pripažintina, jog per tarpininkus sudaryti draudžiami susitarimai yra horizontalūs.

Susumuojant visą pirmąją darbo dalį, prieitina prie išvados, jog per tarpininką sudarytuose susitarimuose tarpininko vaidmenį gali atlikti neribotas ratas subjektų ir visi šie subjektai gali atsakyti už dalyvavimą kartelyje. Tačiau sunkiausiai įrodomi yra per bendrus konkurentų verslo partnerius pasiekti susitarimai. Šiuos susitarimus sudėtinga atskirti nuo įprastinės verslo praktikos. Taip pat net nustačius, kad informacijos pasikeitimas neatitinka įprastinės praktikos kriterijaus ir riboja konkurenciją, toks susitarimas dar gali būti laikomas vertikaliu. Taigi, per tarpininką bendrą verslo partnerį sudarytų susitarimų esminis skirtumas nuo įprastų horizontalaus pobūdžio susitarimų – jie daug panašesni į įprastus verslo santykius, kur kas sunkiau aptinkamas horizontalus ryšys tarp konkurentų.

⁸³ *Ibidem.*

⁸⁴ Tuo atveju, jeigu pažeidimas padarytas turint tikslą riboti konkurenciją, *de minimis* nebūtų taikomas.

2. Teisinio testo, kurį atlikus galima konstatuoti per tarpininką sudaryto draudžiamo susitarimo buvimą, nustatymas.

2.1. Jungtinėje Karalystėje taikomo testo nustatymas.

Europos Sąjungos mastu nėra bylų, kuriomis būtų suformuota rato tipo susitarimų, kai tarpininko vaidmenį atlieka bendras tiekėjas (ar pirkėjas, nors toks atvejis ir retesnis) praktika. Kaip minėta, šiame darbe būtent tokiems santykiams yra skiriama daugiausia dėmesio. Dėl šios priežasties šiame magistrinio darbo skyriuje bus nagrinėjama Europos Sąjungos šalių narių, daugiausia Jungtinės Karalystės, konkurencijos institucijų bei teismų praktika. Jungtinei Karalystei bus skiriama daugiausia dėmesio, nes būtent šioje šalyje yra suformuluotas aiškus testas, pagal kurį sprendžiama, ar atitinkami per tarpininkus sudaryto konkurenciją ribojančio susitarimo kriterijai.

Europos Sąjungos Teisingumo Teismas yra suformavęs praktiką dėl ūkio subjekto savarankiškumo reikalavimo. Teigiama, jog kiekvienas ekonominis vienetas privalo savo veiklos strategiją ir sprendimus priimti nepriklausomai, įskaitant sprendimus, susijusius su tuo, kam jis parduoda savo prekes ar iš ko jas perka⁸⁵. Toks reikalavimas draudžia bet kokią tiesioginį ar netiesioginį kontaktą tarp nepriklausomų ekonominių vienetų, jei tokio kontakto tikslas ar poveikis būtų paveikti esamo arba potencialaus konkurentų veiksmus rinkoje arba atskleisti konkurentui savo paties planuojamus veiksmus.⁸⁶

Jungtinės Karalystės konkurencijos bylų tribunolas jau minėtoje *Futbolo marškinėlių* byloje nurodė, jog ūkio subjekto nepriklausomumo pareiga yra pažeidžiama ir gali būti konstatuojamas antikoncepcinis horizontalus susitarimas, jei *vienas pardavėjas A slaptai atskleidžia informaciją apie savo ateities kainas tiekėjui B ir galima pagrįstai numatyti, jog B gali pasinaudoti šia informacija tam, kad paveiktų rinkos sąlygas, bei B po to perduoda šią informaciją apie ateities kainodarą konkuruojančiam pardavėjui C*⁸⁷. Visgi, bylai pasiekus Jungtinės Karalystės apeliacinį teismą, pozicija buvo kiek pakoreguota, vietoj pagrįsto numatymo, kad B gali pasinaudoti perduota informacija, kad paveiktų rinką, apeliacinis teismas įtvirtino ketinimo reikalavimą. Apeliacinės instancijos teismas suformulavo, jog

⁸⁵ Europos Teisingumo Teismo sprendimas 1975 m. gruodžio 16 d. sujungtose bylose 40 į 48, 50, 54 į 56, 111, 113 ir 114/73, *Suiker Unie v Commission* (1975) ECR 1663, p. 173.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 174.

⁸⁷ Jungtinės Karalystės konkurencijos bylų apeliacinio tribunolo 2004 m. byla Nr.1022/1/1/03 *JJB Sports plc v Office of Fair Trading*, p.659 .

vienas bendras horizontalaus pobūdžio susitarimas vietoj atskirų vertikalių susitarimų galėtų būti konstatuotas⁸⁸, jei (i) *pardavėjas A atskleidžia tiekėjui B informaciją apie savo ateities kainas tokiomis aplinkybėmis, kai A tikisi, kad B pasinaudos šia informaciją ir paveiks rinkos situaciją perduodamas informaciją kitiems pardavėjams (iš kurių vienas yra ar gali būti C; (ii) B iš tiesų perduoda šią informaciją pardavėjo A konkurentui C tokiomis aplinkybėmis, kuriomis C tampa aiškios aplinkybės, kuriomis B gavo informaciją iš A; (iii) C pasinaudoja gauta informacija ir pagal gautą informaciją pritaiko savo elgesį rinkoje – nustato savo ateities kainas. Suderinti veiksmai dar stipresni, jei egzistuoja ir grįžtamasis ryšys: C perduoda tiekėjui B savo ateities kainodaros informaciją tokiomis aplinkybėmis, kuriomis ji tikisi, kad B pasinaudos šia informacija, kad paveiktų situaciją rinkoje perduodama atskleistą informaciją A (arba ir A, ir kitiems subjektams), o B iš tikrųjų informaciją perduoda*⁸⁹.

Taigi, galima padaryti išvadą, jog informacijos pasikeitimas atitinka per tarpininką sudaryto konkurenciją ribojančio susitarimo kriterijus, jei yra išpildomos šios sąlygos (turi būti išpildomos visos sąlygos):

- 1) Pardavėjas A atskleidžia tiekėjui B jautrią informaciją (pvz. ateities kainodarą), siekdamas, kad B pasinaudotų gauta informaciją tam, jog būtų paveikta rinkos situacija, informaciją perduodant šaliai A konkurentui C.
- 2) B išties perduoda šią informaciją C šaliai ir informuoja ją, kokiomis aplinkybėmis A suteikė šią informaciją šaliai B.
- 3) C pasinaudoja šia informacija nustatydamas savo ateities kainodarą.

Atkreiptinas dėmesys, jog būtina nustatyti, jog A inicijuoja informacijos perdavimą būtent su tikslu paveikti rinkos situaciją ir siekdamas, jog informaciją pasiektų jo konkurentą C. Toks išaiškinimas sveikintinas, nes, kaip jau minėta, jautri informacija subjektą B gali pasiekti ir vykstant įprastiniams komercinio pobūdžio santykiams tarp tiekėjo ir pirkėjo, o tikslo buvimo reikalavimas leidžia apsisaugoti nuo viduriniojo subjekto B savavališkų ir sunkiai sukontroliuojamų veiksmų. Suformuluotas trijų dalių testas leidžia subjektams A ir C

⁸⁸ ODUDU O., *Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion*, *European Competition Journal*, 2011, Vol. 7, No. 2, p. 208.

⁸⁹Jungtinės Karalystės apeliacinio teismo 2006 m. spalio 19 d. sprendimas byloje *JJB Sports v Office of Fair Trading* [2006] EWCA Civ 1318.

būti teisiškai užtikrintiems, jog, tam, kad būtų nustatytas konkurenciją ribojantis susitarimas, būtinas jų sąmoningas ir tikslą riboti konkurenciją turintis dalyvavimas. Tačiau iškyla klausimas dėl subjekto B, būtent kurio veiksmų eilė leidžia subjektams A ir C pasiekti suderintus veiksmus, tikslų. Nei Jungtinės Karalystės konkurencijos bylų tribunolas, nei apeliacinis teismas nepasisakė apie subjekto B tikslus – panašu, jog nėra svarbu, ar B veikia savo interesais ar prieš juos, ar turi tikslą riboti konkurenciją⁹⁰. Taip pat nėra nieko pasakoma apie tai, jog C gali pasinaudoti gauta informacija ne tik tam, jog ribotų konkurenciją, bet atvirkščiai, kad konkuruotų dar nuožmiau⁹¹. Visgi, nepaisant šios kritikos, manytina, jog aukščiau aptarti antikonkurencinio susitarimo, sudaryto per tarpininką, nustatymo kriterijai yra didelis ir svarbus žingsnis į priekį, kuris yra sveikintinas dėl siekio, kad būtų suformuluotas teisinis aiškumas.

Visgi, būtina detaliau aptarti, kaip nustatomi minėti kriterijai. Kyla didelis klausimas, kodėl subjektas B (tarpininkas) yra įtrauktas į jautrios informacijos mainus tarp konkurentų. Yra nuomonių, jog gamintojas B nėra suinteresuotas saugoti ir puoselėti jo pirkėjų A ir C sudarytą antikonkurencinį horizontalų susitarimą, o kaip tik turėtų siekti tokio susitarimo išardymo⁹². Štai ir D. Miniotas savo disertacijoje teigia, kad labai mažai tikėtina, jog gamintojas laisva valia ims taikyti perpardavimo kainų palaikymo priemones, kad būtų pasiektas platintojų horizontalus susitarimas – esant sudarytam platintojų karteliui tai jam bus visiškai nenaudinga. Padidėjusios prekių kainos be jokio tą atsveriančio efekto, esant intensyviai konkurencijai tarp pakeičiamų prekių su skirtingais prekių ženklais, lems ženklų paklausos sumažėjimą ir atitinkamai mažesnę gamintojo apyvartą bei gamybos apimtį⁹³. Su tokiu požiūriu nesutiktina. Kaip nurodo ir profesorius Odudu, paskutiniu metu tapo aišku, jog tarpininko interesai gali būti puikiai patenkinami perduodant komerciškai jautrią informaciją ar kitokiu būdu padidinant skaidrumą tarp jo verslo partnerių – pirkėjų, net jei tai prieštarauja pirkėjų A ar C pageidavimams⁹⁴. Komercinėje praktikoje nuolat sutinkama situacija, kai perpardavinėtojai reikalauja nuolaidų produktams iš gamintojų. Natūralu, jog perpardavinėtojas, sugebantis gauti didžiausią nuolaidą, įgyja didelį konkurencinį pranašumą

⁹⁰ ODUDU O., *Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion*, *European Competition Journal*, 2011, Vol. 7, No. 2, p. 212.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² *Ibidem*, p. 217.

⁹³ MINIOTAS D., *Tikslą riboti konkurenciją turinčių vertikaliųjų susitarimų vertinimas konkurencijos teisėje: daktaro disertacija*. Socialiniai mokslai, teisė (01S). Vilnius: Vilniaus universitetas, 2015, p. 148.

⁹⁴ ODUDU O., *Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion*, *European Competition Journal*, 2011, Vol. 7, No. 2, p. 217.

prieš kitus perpardavinėtojus, nes gali arba prekiauti produktu už mažesnę kainą ir tokiu būdu padidinti pardavimų apimtį, arba gali pridėti didesnę pelno maržą. Puikus tai iliustruojantis pavyzdys yra paviešintas UAB „Maxima“ ir UAB „Mantinga“ susirašinėjimas jų vertikalios susitarimo byloje. Perpardavinėtojos UAB „Maxima“ pozicija labai aiški – ji nuolat ir agresyviai reikalavo mažesnių kainų ir didesnių nuolaidų iš gamintojos UAB „Mantinga“⁹⁵ bei nurodinėjo, jog jiems taikoma produktų kaina turi būti pati mažiausia, UAB „Maxima“ konkurentai jokių būdu negali pirkti iš gamintojo produktų mažesniais kainomis. Ši byla puikiai iliustruoja, su kokių agresyviu spaudimu nuleisti kainas susiduria gamintojai. Taigi, gamintojui žymiai patogiau sumažinti konkurenciją tarp perpardavinėtojų ir tuomet arba siekti didesnės kainos, mokamos perpardavinėtojo gamintojui, arba paprasčiausiai išvengti nuolatinių derybų ir perpardavinėtojo siekio sumažinti gamintojui mokamą kainą.

Todėl teigiama, jog netiesioginiai informacijos mainai atsiranda dėl dviejų elementų – (i) gamintojas B siekia padidinti arba išlaikyti didmeninę kainą, kurią jam už produktus moka perpardavinėtojai A ir C, (ii) subjektas A su šia kaina nesutiktų, nebent žinotų, jog ir jo konkurentas C moka tokią pačią kainą. Taigi, netiesioginiai informacijos mainai susideda iš dviejų susitarimų, kurie abu yra būtini vienas kito įgyvendinimui. Doktrinoje bei jurisprudencijoje⁹⁶ per bendrą verslo partnerį sudaromi draudžiami horizontalaus pobūdžio susitarimai yra skirstomi fazėmis⁹⁷, išskiriant 2 fazes.

Pirmoji fazė (A-B fazė) susideda iš (i) tiesioginio pasikeitimo jautria informacija tarp A ir B; (ii) jautri informacija, kuria pasikeista, yra skirta būti atskleista vienam ar keliems A konkurentams. Antroji (B-C) fazė susideda iš: (i) B atskleidžia A pateiktą informaciją subjektui C; (ii) C, pasitikėdamas informacijos patikimumu, remiasi gauta informacija. Matyti, jog šios dvi fazės savyje apima aukščiau per tarpininkus sudaryto susitarimo konstatavimo kriterijus. Todėl tik įrodžius, kad abi fazės buvo įvykdytos, galima nustatyti per tarpininkus sudaryto konkurenciją ribojančio susitarimo egzistavimą. Tai ir yra Jungtinės Karalystės jurisprudencijoje suformuotas teisinis testas, taikytinas konkurentų per bendrą verslo partnerį sudarytų draudžiamų susitarimų nustatymui.

⁹⁵ Lietuvos Respublikos konkurencijos tarybos 2014 m. gruodžio 4 d. nutarimas Nr. 2S-14/2014.

⁹⁶ Jungtinės Karalystės konkurencijos bylų tribunolo 2012 m. gruodžio 20 d. sprendimas byloje Nr.: 1188/1/1/11 *TESCO STORES LIMITED v OFFICE OF FAIR TRADING*, p. 59,75.

⁹⁷ ODUDU O., Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion, *European Competition Journal*, 2011, Vol. 7, No. 2, p. 218.

2.2. Teisinio testo taikymo Europos Sąjungos teismuose bei kitose valstybėse narėse galimybių įvertinimas.

Kaip jau minėta, Europos Sąjungos teismai nėra išvystę praktikos dėl per bendrus tiekėjus sudarytų draudžiamų susitarimų. Tokios situacijos nėra atskirai aptartos ir horizontalaus bendradarbiavimo gairėse, tačiau, anot Europos Komisijos, joms taikomi bendri gairėse aptariamai principai⁹⁸. Visgi matyti, jog šios temos kol kas bandoma išvengti. Štai *Eturo* byloje generaliniam advokatui iškėlus klausimą, ar kelionių agentūrų per tarpininką UAB „Eturas“ sudarytas susitarimas galėtų būti priskirtas rato tipo (*hub-and-spoke*) susitarimams, Europos Sąjungos Teisingumo Teismas šiuo klausimu nepasisakė. Manytina, jog jurisprudencija dėl rato tipo susitarimų neformuojama, nes bijoma su įrodinėjimu susijusių sunkumų, be to, atbaido ir Jungtinės Karalystės konkurencijos priežiūros institucijos nesėkmės bandant įrodyti tokius susitarimus⁹⁹.

Neabejotina, jog anksčiau ar vėliau tokių susitarimų vertinimo praktika turės būti suformuluota Europos Sąjungos mastu. Manytina, jog turėtų būti priimtas ir taikomas Jungtinės Karalystės teismų suformuluotas testas, kurio reikalavimus atitikus, susiklostę santykiai būtų pripažįstami per tarpininką sudarytu rato tipo draudžiamu susitarimu. Tokia išvada darytina dėl keleto priežasčių.

Pirma, *AC-Treuhand* byloje Europos Sąjungos Teisingumo Teismas nustatė, jog konsultacinė įmonė yra pripažįstama pažeidusi SESV 101 straipsnio nuostatas, nes, be kita ko, siekė savo veikimu prisidėti prie bendrų visų dalyvių tikslų¹⁰⁰. Matome, jog teismas konstatavo siekį, tai yra tikslą, prisidėti prie antikonkurencinės veiklos. Profesorius Odudu savo 2013 m. straipsnyje taip pat nurodo, jog pagal Sąjungos teisę suderinti veiksmai gali būti užfiksuojami tik tada, kai subjektai sąmoningai veikia taip, kad sumažintų su

⁹⁸ European Competition Lawyers Forum (ECLF). *Comments on the Draft Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements*. June 25, 2010. [interaktyvus] [žiūrėta 2016-03-15] Prieiga per internetą: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_horizontals/eclf_en.pdf, p. 6.

⁹⁹ Pvz.: Jungtinės Karalystės konkurencijos bylų tribunolo 2012 m. gruodžio 20 d. sprendimas byloje Nr.: 1188/1/1/11 TESCO STORES LIMITED v OFFICE OF FAIR TRADING.

¹⁰⁰ Bendrojo Teismo 2008 m. liepos 8 d. sprendimas byloje T-99/04, *AC-Treuhand vs Commission* (2008), p 134, 153.

konkurencija susijusias riziką¹⁰¹, čia profesorius rėmėsi *Dyestuffs* byla¹⁰². Matome, jog, kaip ir Jungtinės Karalystės atsakingų institucijų nuomonę, taip ir Europos Sąjungos bylose reikalaujama, jog būtų nustatytas ūkio subjektų siekis riboti konkurenciją, tik tada galima pripažinti, jog buvo sudarytas draudžiamas rato tipo susitarimas. Pažymėtina, jog Europos konkurencijos teisės teisininkų forumo komentaruose apie *hub-and-spoke* susitarimus bei jų nustatymą per tikslo kriterijų, nurodoma, jog Jungtinės Karalystės jurisprudencijoje randamas protingas požiūris, kad verslo subjektams reikia suteikti tinkamo lygio teisinį užtikrinumą tiekimo grandinės viduje¹⁰³. Ypač svarbi ir minėtame forume prieita išvada, jog Jungtinės Karalystės teismuose suformuota rato tipo (*hub-and-spoke*) susitarimų samprata yra puikiai suderinama su egzistuojančia Europos Sąjungos teismų praktika.

Antra, Jungtinės Karalystės precedentuose nagrinėjama tema naudojama vadinamąja *Anic* prezumpcija. Pagal ją preziumuojama, jog įmonės, gavusios iš konkurentų strateginio pobūdžio informaciją, pasirinkdamos savo tolesnį elgesį atsižvelgia į gautą informaciją¹⁰⁴. Ši prezumpcija naudojama tam, jog nereikėtų atskirai įrodinėti aukščiau pateikto trijų dalių testo trečiosios dalies. Akivaizdu, jog šia praktika vadovautis privalo ir Europos Sąjungos teismai, patys suformulavę prezumpcijos taisyklę.

Pagaliau, nėra jokio Europos Sąjungos institucijų išaiškinimo ar komunikato, kuriame būtų pasisakyta, jog Europos Sąjungos institucijos nemato galimybių taikyti Jungtinėje Karalystėje suformuluoto per tarpininką gamintoją sudaryto konkurenciją ribojančio susitarimo nustatymo testo. Be to, ir Konkurencijos tarybos draudžiamų susitarimų skyriaus vadovė Dina Lurje nurodo, jog Konkurencijos taryba, siekdama nustatyti rato (*hub-and-*

¹⁰¹ European Competition Lawyers Forum (ECLF). *Comments on the Draft Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements*. June 25, 2010. [interaktyvus] [žiūrėta 2016-03-15] Prieiga per internetą: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_horizontal/eclf_en.pdf, p. 6.

¹⁰² Europos Teisingumo Teismo 1972 m. liepos 14 d. sprendimas byloje C-48/69 *Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission of the European Communities (Dyestuffs)* (1972) ECR 619, p. 64.

¹⁰³ European Competition Lawyers Forum (ECLF). *Comments on the Draft Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements*. June 25, 2010. [interaktyvus] [žiūrėta 2016-03-15] Prieiga per internetą: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_horizontal/eclf_en.pdf, p. 7.

¹⁰⁴ Europos Teisingumo Teismo 1999 m. liepos 8 d. sprendimas byloje C-49/92, *Komisija vs. Anic*, ECR (1999) I-4125. 121 p.

spoke) tipo susitarimo buvimą, analizei kaip vieną iš testų galėtų naudoti Jungtinėje Karalystėje suformuluotą testą¹⁰⁵.

Atsižvelgiant į pateiktą informaciją, prieitina išvada, jog Europos Sąjungos teismai ir Europos Komisija, o taip pat nacionalinės institucijos, atsakingos už konkurencijos priežiūrą, galėtų remtis Jungtinės Karalystės jurisprudencijoje suformuluota praktika ir naudoti teisinį testą, kuris lemia, ar susiklostę santykiai pripažįstami per tarpininką (bendrą gamintoją ar pirkėją) sudarytu draudžiamu susitarimu.

¹⁰⁵ Interviu su Dina Lurje, klausimas Nr. 2.

3. Per tarpininką sudarytų draudžiamų susitarimų įrodinėjimo praktiniai aspektai.

Didžiausia ir pakankamai akivaizdi problema, kylanti įrodinėjančiai institucijai kai draudžiami susitarimai tarp konkurentų sudaromi per tarpininką – tai, jog tarp susitariančių konkurentų nėra jokio tiesioginio kontakto. Lenkijos konkurenciją prižiūrinti institucija savo praktikoje yra nustačiusi jau ne vieną per tarpininkus sudarytą susitarimą, tačiau jai nei karto nepavyko rasti jokio tiesioginio kontakto¹⁰⁶ ir kiekvienu atveju reikėjo nagrinėti kur kas sudėtingesnę schemą bei įrodyti, kad kontaktas buvo netiesioginis, ką ir implikuoja pati per tarpininkus sudarytų susitarimų sąvoka. Pažymėtina, jog Lenkijos konkurenciją prižiūrinti instituciją savo bylose rėmėsi Jungtinėje Karalystėje suformuluotu testu¹⁰⁷

Rato tipo (*hub-and-spoke*) susitarimai, kuriems skiriama daugiausia dėmesio šiame magistriniame darbe, dėl savo subjektų specifikos yra panašūs į įprastus, teisėtus santykius tarp skirtingų veiklos lygių asmenų (tiekėjų ir perpardavinėtojų). Būtent dėl to esminis iššūkis tokius susitarimus įrodinėjančioms institucijoms yra teisėtų vertikalios pobūdžio santykių atskyrimas nuo draudžiamų susitarimų, sudarytų per tarpininką. Jaučiama, jog kol kas bendra praktika nėra pakankamai išvystyta, kad būtų galima ja remiantis atskirti situacijas, kuriose ūkio subjektas gali ir kartais netgi privalo pasidalinti strategine informacija su verslo partneriu, nuo situacijų, kuriose konkuruojantys ūkio subjektai naudojami bendru verslo partneriu kaip kanalu, kuris palengvina antikonkurencinę veiklą¹⁰⁸. Taigi, konkurenciją prižiūrinčioms institucijoms sudėtinga įrodinėti tai, kas nėra iki galo išvystyta bei aišku. Visgi, sveikintina, jog institucijos to nebijo ir drąsiai imasi nagrinėti santykius, dėl kurių dar nėra aiškių pozicijų. Puikus to pavyzdys – jau nagrinėta *Eturas* byla.

Profesorius Odudu savo straipsnyje apie rato tipo susitarimus nurodo, jog tokiu atveju, palyginus su įprastais horizontaliais susitarimais, įrodymų klausimas yra pasunkintas¹⁰⁹. Pirmoji to priežastis – darbuotojų nepatyrimas, kai darbuotojai neatskiria, jog daro antikonkurencinius veiksmus, taip pat minima laiko tėkmė (manyta, kad omenyje turėta tai, jog esant nepatyrusiems darbuotojams ir/ar praėjus daug laiko sunkiau prisiminti aktualius

¹⁰⁶ BOLECKI A., Polish Antitrust Experience with Hub-and-Spoke Conspiracies, 4(5) *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies* 25, 2011, p.32.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 27-33.

¹⁰⁸ ODUDU O., Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion, *European Competition Journal*, 2011, Vol. 7, No. 2, p. 209.

¹⁰⁹ *Ibidem*, 212.

veiksmus ir poelgius). Be to, kaip trukdis nurodoma dažna darbuotojų kaita, kas lemia, jog tampa sunku atpasakoti veiksmų eigą¹¹⁰.

3.1. Įrodinėjimo proceso materialieji aspektai: ką reikia įrodyti pagal suformuluotą teisinį testą?

Atsižvelgiant į šiame darbe jau pateiktą informaciją, darytina išvada, jog norint įrodyti konkuruojančių ūkio subjektų, pasikeičiant strateginio pobūdžio informacija per tarpininką, kuris yra bendras gamintojas ar pirkėjas, sudaryto susitarimo buvimą, reikėtų įrodyti kiekvieno teisinio testo kriterijaus buvimą. Toliau bus detalai nagrinėjama kiekviena teisinio testo dalis, kokius įrodymus reikia surinkti ir kur galimos įrodinėjimo problemos. Paminėtina, jog įrodinėjimo našta visada gula ant konkurenciją prižiūrinčios institucijos pečių, išskyrus ūkio subjektams tenkantį keleto prezumpcijų paneigimą ar naudojimosi Konkurencijos įstatymo 6 straipsnyje numatyta išimtimi pagrįstumo įrodymą.

Primintina, jog pagal Jungtinės Karalystės praktikoje suformuluotą testą, kuris turėtų būti taikomas ir Europos Sąjungos lygmeniu bei Lietuvoje, konkurentų per bendrą verslo partnerį sudaryti draudžiami susitarimai susideda iš dviejų fazių, tik jas abi nustačius galima konstatuoti tokį susitarimą. Pirmoji fazė (A-B fazė) susideda iš (i) tiesioginio pasikeitimo jautria informacija tarp A ir B; (ii) jautri informacija, kuria pasikeista, yra skirta būti atskleista vienam ar keliems A konkurentams. Antroji (B-C) fazė susideda iš: (i) B atskleidžia A pateiktą informaciją subjektui C; (ii) C, pasitikėdamas informacijos patikimumu, remiasi gauta informacija. Kaip matyti, abi fazės susideda iš veikimo elemento (faktinio informacijos perdavimo) ir mąstymo elemento. Akivaizdu, jog tam, kad būtų užfiksuotas pažeidimas, reikia dviejų veikimo elementų: pirma, vienas konkurentas perduoda informaciją bendram verslo partneriui, antra, bendras verslo partneris perduoda informaciją kitam konkurentui. Kiekvienas veikimo elementas turi būti palydėtas būtina mąstymo būseną (angl. *state of mind*) iš tame veikimo elemente dalyvaujančio asmens. Toliau bus aptariama kiekviena iš fazių ir jų įrodinėjimo problemos.

¹¹⁰ *Ibidem*, 212.

3.1.1. Ūkio subjekto, perduodančio tarpininkui informaciją, tikslo bei veiksmų įrodinėjimas.

Kaip žinia, pirmoji per tarpininką sudaryto draudžiamo susitarimo fazė susideda iš, pirma, tiesioginio pasikeitimo jautria informacija tarp subjektų A ir B, bei antra, ši informacija turi būti skirta būtent atskleisti konkurentams.

3.1.1.1. Tiesioginio pasikeitimo strategine informacija tarp konkurento ir tarpininko įrodymas.

Pirmoji dalis, tiesioginis pasikeitimas informacija tarp perpardavinėtojo A ir tiekėjo B, yra įrodomas užfiksavus tiesioginį informacijos pasikeitimą tarp šių subjektų¹¹¹. Svarbiausias konkurenciją prižiūrinčios institucijos tikslas turėtų būti surasti faktinę informaciją, kaip kad susirašinėjimas, sutartys, pokalbių įrašai, susirinkimų protokolai. Reikalinga, kad būtų užfiksuota, kokia informacija keičiamasi, nes iš to nustatoma, ar informacija yra strateginio pobūdžio. Visgi, ar pasikeitimas tokia informacija suvaržo konkurenciją, yra atskiras įrodinėjimo klausimas. Jungtinės Karalystės konkurencijos bylų tribunolas savo bylose nurodo, jog jautrios verslo informacijos perdavimas iš A į B retai būna legalus¹¹². Todėl tribunolas iš pačių verslo subjektų reikalavo įrodymų, kurie būtų pakankamai stiprūs, kad paneigtų prezumpciją, jog tokią informaciją perdavusi šalis dalyvavo antikonkurencinėje veikloje¹¹³. Taigi, lyg ir matoma pozicija, jog šios dalies įrodinėjimo našta iš esmės norėta perkelti ūkio subjektams, sukuriant stiprią teisinę nelegalumo prezumpciją.

Tačiau, kaip jau minėta, strateginės informacijos atskleidimas (netgi susijusios su ateities kainodara) tarp ūkio subjektų, veikiančių skirtinguose platinimo grandinės lygiuose, sutinkamas dažnai bei yra normali, netgi būtina, verslo praktika.¹¹⁴ Labai geras to pavyzdys būtų supakuota vištiena, kurią gamina paukštynai, o prekiauja prekybos centrai¹¹⁵. Ant šios mėsos pakuočių spausdinama galutinė kaina, taigi, prekybos centrai neišvengiamai turi atskleisti savo ateities kainas paukštynams. Tačiau neatskleidžiant būtų prieita prie

¹¹¹ Jungtinės Karalystės konkurencijos bylų apeliacinio tribunolo 2004 m. byla Nr.1022/1/1/03 *JJB Sports plc v Office of Fair Trading*, p. 141.

¹¹² *Ibidem*, p. 660.

¹¹³ *Ibidem*, p. 200.

¹¹⁴ ODUDU O., Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion, *European Competition Journal*, 2011, Vol. 7, No. 2, p. 230.

¹¹⁵ ODUDU O., Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion, *European Competition Journal*, 2011, Vol. 7, No. 2, p. 230.

absurdiškos situacijos, kad (a) prekybos centruose kiekviena pakuotė turėtų būti pasveriami ir ant jos klijuojama kaina. Tai pabrangintų vištienos kainą rinkoje, nes būtų sunaudojama kur kas daugiau darbo jėgos, (b) vištiena turėtų būti gabenama nesupakuota. Manoma, jog konkurencijos bylų tribunolo požiūris yra nenormalus, ūkio subjektams nukeliama per didelė įrodinėjimo našta. Pažymėtina, jog tokiose situacijose, kuriose tribunolas naudojo neteisėtumo prezumpciją, aukštesnės instancijos teismai pripažino, jog tiekėjas ir klientas neišvengiamai turės susitarimų, tačiau jie turi būti neribojantys konkurencijos¹¹⁶. Dėmesys turėtų būti kreipiamas į tai, kiek ir kokios informacijos yra būtina pasikeisti tiekimo grandinėje bei į tai, koks yra perpardavinėtojo vaidmuo produkto tobulinime, nes būtent perpardavinėtojas sulaukia atsiliepimų iš galutinių vartotojų¹¹⁷. Tokie informacijos atskleidimai yra neabejotinai naudingi ir toks institucijų požiūris gali lemti tai, jog įmonės pradės vengti tokių informacijos mainų, nes, pagal minėtą prezumpciją, jos būtų laikomos pažeidusiomis konkurencijos normas, jei pačios neįrodytų kitaip. Taigi, kur kas tinkamiau būtų, jei įrodinėjimo našta būtų atvirkščiai orientuota – kaltinantysis (konkurenciją prižiūrinti institucija) turėtų įrodinėti, jog jautria verslo informacija buvo pasikeista be pagrįsto teisinio pagrindo. Matoma, jog tokia poziciją palaiko ir Jungtinės Karalystės apeliacinis teismas, nurodęs, jog yra teisėta gamintojui nuolat teirautis savo perpardavinėtojų apie kainas bei kitas sąlygas, kuriomis produktus pardavinėja perpardavinėtojas. Gamintojas pagrįstai gali norėti žinoti šią informaciją savo paties tikslais, jei ši informacija susijusi tik su jo santykiais su kiekvienu perpardavinėtoju atskirai.¹¹⁸

Konkurencijos bylų tribunolas vėlesnėse bylose patvirtino, jog tokį požiūrį priima, ir nurodė, kad paprastas perpardavimo kainų atskleidimas gamintojui negali būti laikomas, be papildomų įrodymų, susitarimu nustatyti perpardavimo kainas¹¹⁹. Dar svarbesnis įrodinėjimo temai yra faktas, jog Jungtinės Karalystės priežiūros institucija pasisakė, kad informacijos

¹¹⁶ Jungtinės Karalystės konkurencijos bylų apeliacinio tribunolo 2004 m. byla Nr.1022/1/1/03 *JJB Sports plc v Office of Fair Trading*, p. 29.

¹¹⁷ ODUDU O., Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion, *European Competition Journal*, 2011, Vol. 7, No. 2, p. 231.

¹¹⁸ Jungtinės Karalystės apeliacinio teismo 2006 m. spalio 19 d. sprendimas bylose Nr. 2005/1071, 1074 and 1623 *Argos Limited and Littlewoods Limited v Office of Fair Trading*, p. 99.
19 October 2006

¹¹⁹ ODUDU O., Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion, *European Competition Journal*, 2011, Vol. 7, No. 2, p. 231.

apie kainodarą pasikeitimas tarp skirtingose platinimo grandinės lygiuose esančių subjektų nebūtinai yra susitarimo įrodymas¹²⁰.

Toks pats požūris randamas ir kitose jurisdikcijose. Štai Jungtinėse Amerikos Valstijose vienas iš apeliacinių teismų taip pat legitimavo komerciškai jautrios informacijos mainus tarp vertikalių santykių dalyvių, nurodydamas, kad dažnu atveju rinkos strategija bus konsultacijų tarp tiekėjo ir jo perpardavinėtojų dalykas. Jei *per se*¹²¹ taisyklė būtų naudojama su rinkodara susijusiems gamintojo prašymams patarti, skirtiems platintojui, tai uždraustų svarbiausią gamintojo informacijos šaltinį, pagal kurį galima formuluoti savo veikimo rinkoje strategiją¹²². Panašios pozicijos laikosi ir Europos Sąjungos teismai¹²³. Taigi, akivaizdu, jog konkurenciją prižiūrinčioms institucijoms nepakanka užfiksuoti fakto, jog subjektas A pasikeitė su savo tiekėju B strategine verslo informacija. Būtina papildomai įrodyti, jog šis pasikeitimas apribojo konkurenciją. Tai yra žymiai sudėtingiau ir neatsiejamai susiję su toliau aptariamais kitų dalių įrodymais.

3.1.1.2. Ūkio subjekto, perduodančio informaciją tarpininkui, tikslo keistis informacija su konkurentu įrodymas.

Antrosios dalies įrodymas yra nemažiau komplikuoatas. Šioje dalyje būtina įrodyti, jog A, perduodamas jautrią informaciją, siekė ir žinojo, jog B panaudos šią informaciją rinkai paveikti, tai yra perduos ją A konkurentams ar bent vienam iš jų¹²⁴. Ši informacija yra būtina, nes būtina užtikrinti, jog A nesąmoningai ir be jos pačios žinios netaps kartelio dalimi vien dėl to, kad jos informaciją konkurentui nukreips subjektas B¹²⁵. Vadinasi, reikia įrodyti subjekto A minčių eigą (angl. *state of mind*) tuo metu, kai jis perdavinėjo informaciją

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ *Per se* pažeidimų koncepcija žinoma JAV konkurencijos teisėje ir naudojama, kai nustačius tam tikrus konkurenciją pažeidžiančius veiksmus, jie laikomi pažeidimais savaime, nebegalimos jokios išimtys. Šios koncepcijos artimiausias Europos Sąjungoje vartojamas atitikmuo – konkurencijos teisės pažeidimas pagal tikslą, tačiau netgi esant tokiam pažeidimui, Europos Sąjungoje galimas išimčių taikymas. Todėl Europos Sąjungos, įskaitant Lietuvos, konkurencijos teisėje *per se* koncepcija nėra oficialiai pripažįstama. Tiesa, *per se* sąvoką galima sutikti Lietuvos Vyriausiojo administracinio teismo konkurencijos bylų jurisprudencijoje. Tačiau tai yra netikslu dėl *per se* koncepcijos ir Konstitucijos įstatymo 6 straipsnio neatitikimų.

¹²² Jungtinių Amerikos Valstijų 8 rajono Apeliacinio teismo 1987 m. liepos 13 d. sprendimas byloje *Lomar Wholesale Grocery, Inc v Dieter's Gourmet Foods, Inc*. [iš <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/824/582/121933/>>[interaktyvus][žiūrėta 2016-03-21]].

¹²³ ODUDU O., Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion, *European Competition Journal*, 2011, Vol. 7, No. 2, p. 231.

¹²⁴ Jungtinės Karalystės apeliacinio teismo 2006 m. spalio 19 d. sprendimas byloje Nr. 2005/1071, 1074 and 1623 *Argos Limited and Littlewoods Limited v Office of Fair Trading*, p. 104..

¹²⁵ Jungtinės Karalystės konkurencijos bylų apeliacinio tribunolo 2004 m. byla Nr.1022/1/1/03 *JJB Sports plc v Office of Fair Trading*, p. 660.

tarpininkui B. Horizontalaus kontakto tarp konkurentų atveju, vien ateities kainodaros elementų atskleidimo fakto nustatymo pakaktų, jog būtų konstatuota, jog informaciją perdavusio subjekto minčių eiga buvo nukreipta į konkurencijos ribojimą¹²⁶. Atsiradus tarpininkui, tai nustatyti yra labai sudėtinga, nes dažniausiai A bus juridinis asmuo, pats savaime nevykdantis mąstymo proceso, be to, akivaizdu, jog minčių eiga yra subjektyvus dalykas, kurį reikia įrodyti objektyviomis priemonėmis.

Dairy byloje konkurencijos bylų tribunolas nurodo, jog tuo atveju, jeigu nėra jokios teisėtos komercinės priežasties subjektui A atskleisti savo ateities kainodarą tiekėjui B, tai gali lemti reikalingos minčių eigos nustatymą (tai yra, kad siekiama perduoti informaciją konkurentui)¹²⁷. Nustatinėjant, ar yra teisėta priežastis, svarbu atskirti bendravimą, skirtą tam, jog perpardavinėtojas nuleistų kainas, nuo bendravimo, skirto tam, kad pakeltų ar palaikytų kainas. Jei planuojama mažinti galutiniam vartotojui skirtą kainą, perpardavinėtojas gali pagrįstai atskleisti savo siekius tiekėjui, pavyzdžiui, bandydamas gauti mažesnę kainą, kad kompensuotų dalį prarandamos maržos. Daug atidžiau žiūrima į perpardavinėtojo norą atskleisti planus išlaikyti ar padidinti kainas. Viena iš teisėtų to priežasčių neabejotinai galėtų būti laikoma būtinybė iš anksto išspausdinti ir priklijuoti kainas prie pakuočių¹²⁸. Teigtina, jog esant tokiai būtinybei, konkurenciją prižiūrinčiai institucijai būtų labai sunku (netgi sunkiai įmanoma) įrodyti, jog subjektas A informaciją apie ateities kainas subjektui B atskleidžia ne tik siekdamas, kad kainos būtų išspausdintos ant pakuotės, bet ir norėdamas, jog ši informacija būtų perduota konkurentui C. Esant teisėtai ir pagrįstai priežasčiai atskleisti komerciškai jautrią informaciją tiekėjui, per tarpininką sudaromų horizontalių susitarimų įrodymas būtų labai apsunkintas.

Doktrinoje išskiriami 3 pagrindiniai keliai¹²⁹, kuriais galima įrodyti A siekį, kad informaciją pasiektų C:

1. Siekis nustatomas dėl dvikrypčio informacijos srauto. Kai A ne tik teikia komerciškai jautrią informaciją subjektui B, bet taip pat ir gauna tokios paties pobūdžio informaciją,

¹²⁶ Jungtinės Karalystės konkurencijos bylų tribunolo 2012 m. gruodžio 20 d. sprendimas byloje Nr.: 1188/1/1/11 *TESCO STORES LIMITED v OFFICE OF FAIR TRADING*, p. 65.

¹²⁷ Jungtinės Karalystės konkurencijos bylų tribunolo 2012 m. gruodžio 20 d. sprendimas byloje Nr.: 1188/1/1/11 *TESCO STORES LIMITED v OFFICE OF FAIR TRADING*, p. 72.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ ODUDU O., Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion, *European Competition Journal*, 2011, Vol. 7, No. 2, p. 233.

kylančią iš C, per subjektą B. Tokiu atveju A gali ir turi suprasti, jog jos teikiama informacija pasieks konkurentą C¹³⁰. *Hasbro* byloje, kurioje ir suformuota ši taisyklė, perpardavinėtojas A pranešė savo ateities kainodaros planus gamintojui/tiekėjui *Hasbro*, bet taip pat iš *Hasbro* sulaukdavo ir informacijos apie konkurento C planus.

2. Komerciškai jautri informacija gali būti pagrįstai atskleidžiama ikisutartinėje, derybinėje stadijoje tarp potencialių verslo partnerių. Tuomet pagrįstai galima kalbėtis apie tam tikras galutiniam vartotojui taikomas nuolaidas, diskutuoti apie pelno maržas ir panašiai. Tačiau tuomet, kai susitarimas jau sudarytas, nebėra teisinio pagrindo aptarinėti jautrią informaciją ir gali būti nustatomas siekis atskleisti informaciją konkurentui.¹³¹ Tai aktualu, jei bendras verslo partneris vienu metu bendrauja su keletu tarpusavyje konkuruojančių ūkio subjektų.

3. Kaip siekis atskleisti informaciją konkurentui traktuojamos situacijos, kai konkurentas A pasiskundžia tarpininkui B apie konkurento C veiklą atitinkamoje rinkoje, o subjektas B, atsižvelgdamas į A skundą, veikia taip, jog yra apribojama konkurento C konkurencinė veikla.¹³² Tačiau pažymėtina, jog jei A skundžiasi tik siekdamas išsiderėti geresnes sąlygas iš tiekėjo B sau pačiam ir nesitiki jokių neteisėtų veiksmų ir jų nenumato, subjektas A neturėtų būti laikomas turinčiu siekį perduoti informaciją konkurentui C. Svarbu ir tai, jog tokie skundai netaptų horizontalaus draudžiamo susitarimo, sudaryto per tarpininką, priežiūros įrankiu. Konstatuotina, jog tam, kad nustatyti suderintus veiksmus skundo atveju, reikia nustatyti: kad A pasiskundė subjektui B dėl konkurento C veiksmų ir siekdamas, jog B pakeistų C veiklą, o B ėmėsi veiksmų, nukreiptų į C.

Kiekvienas iš šių kelių turi tiek privalumų, tiek trūkumų. Pirmasis atvejis, manytina, yra pats aiškiausias. Jeigu jautri verslo informacija keliauja iš vieno konkurento kitam ir atvirkščiai, tai jau jokių būdu neturėtų būti laikoma atsitiktinumu ar savavališkais B veiksmais. Antrasis kelias yra sunkus ir sudaro daug problemų įrodinėjančiai pusei, o besiginantiems subjektams atidaro daugybę kelių sugalvoti scenarijus, kurie padėtų jų veiklai atrodyti teisėtai. Niekas negalėtų paneigti, jog komercinė veikla dažniausiai yra dinamiška, kainos daugelyje rinkų nuolat daugiau ar mažiau svyruoja, todėl iš esmės kiekvienas ūkio

¹³⁰ Jungtinės Karalystės apeliacinio teismo 2006 m. spalio 19 d. sprendimas byloje Nr. 2005/1071, 1074 and 1623 *Argos Limited and Littlewoods Limited v Office of Fair Trading*, p. 144.

¹³¹ ODUDU O., Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion, *European Competition Journal*, 2011, Vol. 7, No. 2, p. 234.

¹³² Jungtinės Karalystės konkurencijos bylų apeliacinio tribunolo 2004 m. byla Nr.1022/1/1/03 *JJB Sports plc v Office of Fair Trading*, p. 664.

subjektas galėtų pagrįstai teigti, jog jis nuolat yra derybinėje stadijoje su tiekėju (subjektu B). Atsižvelgiant į tai, kad už draudžiamą susitarimą atsako visi jo dalyviai, įskaitant tarpininką, tikėtina, jog tiekėjas – tarpininkas B imtųsi visų veiksmų, kad išvengtų atsakomybės, įskaitant kooperavimąsi su A. Todėl manytina, jog abu šie subjektai bylos metu teigtų, jog A atskleidė jautrią informaciją būtent derybų metu. Įrodinėjančiai institucijai tą paneigti būtų labai sunku. Skundo dėl konkurento veiksmų atveju tikėtina, jog tam, kad būtų nustatytas siekis atskleisti informaciją konkurentui, subjektas A turėtų *expressis verbis* nurodyti tarpininkui B, kad jis tikisi, jog tarpininkas pažabos konkurento C veiksmus rinkoje, o prižiūrinti instituciją turėtų įrodymą apie tokį teiginį. Priešingu atveju būtų susiduriama su didelėmis problemomis įrodinėjant, jog A nesiekė tiesiog išsiderėti sau geresnių sąlygų. Taigi, įrodyti, jog A, perduodamas jautrią informaciją, siekė ir žinojo, jog B panaudos šią informaciją rinkai paveikti, tai yra perduos ją A konkurentams ar bent vienam iš jų, yra sudėtinga, turi būti rasti svarūs įrodymai, kuriose, geriausiu atveju, turėtų būti *expressis verbis* išreikštas siekis paveikti konkurenciją. Tokių įrodymų neradus, įrodyti tikslą perduoti informaciją tarpininkui galima bandyti pasitelkiant liudytojus, tačiau besiginantys ūkio subjektai turi daug kelių pateikti savas įvykių versijas, ypač jei jų darbuotojai, prisidėję prie konkurencijos ribojimo, yra lojalūs ir sumanūs.

3.1.2. Tarpininko veiksmų bei ūkio subjekto, gaunančio iš tarpininko informaciją, veiksmų bei tikslo įrodymas.

Antroji (subjektų B ir C) per tarpininką sudaryto draudžiamo susitarimo fazė susideda iš: (i) B atskleidžia A pateiktą informaciją subjektui C; (ii) C, pasitikėdamas informacijos patikimumu, remiasi gauta informacija ir atitinkamai veikia rinkoje.

3.1.2.1. Tarpininko veiksmų įrodymas.

Pirmoji dalis, jautrios komercinės informacijos atskleidimas. B, kuris gavo informaciją iš A, atskleidžia ją konkurentui C. Čia ir yra svarbiausia per tarpininką sudaryto susitarimo praktinė dalis – informacija faktiškai turi pasiekti konkurentą. Informacijos atskleidimas leidžia konkurentui žinoti apie ūkio subjekto numatomus veiksmus rinkoje¹³³.

¹³³ Europos Sąjungos Teisingumo Teismo 1998 m. gegužės 28 d. sprendimas byloje *John Deere*, Nr. C-7/95 P, p. 88.

3.1.2.2. Informaciją gaunančio subjekto veiksmų bei tikslo įrodymas.

Atroji dalis – C privalo pasitikėti gautos informacijos patikimumu ir veikti pagal ją. Gali būti teigiama, jog netgi nustačius, jog A perdavė jautrią informaciją subjektui B su tikslu paveikti konkurento C veiksmus rinkoje, o subjektas B, turėdamas tokį patį tikslą, ją perdavė subjektui C, tam, kad būtų užfiksuotas susitarimas, būtina ir kito susitariančio konkurento valia – C turi išreikšti savo valią dalyvauti sąmoksle¹³⁴. Tokios pozicijos laikomasi ir Jungtinės Karalystės *Futbolo marškinėlių* byloje, kur nurodoma, jog tiek suderintiems veiksmams, tiek susitarimui yra visiškai būtina, kad būtų suderinta valia tarp dviejų ar daugiau ūkio subjektų¹³⁵. Tačiau tai kiek prieštarauja horizontalaus bendradarbiavimo gairėse suformuluotai pozicijai, jog vienašalio informacijos atskleidimo pakanka tam, jog būtų konstatuotas suderintais veiksmais pasireiškiantis suokaltis¹³⁶. Svarbu tai, jog dėl informacijos atskleidimo būtų sumažėjęs neužtikrintumas tarp rinkos dalyvių, o padidėjęs skaidrumas, tai jau aptarta anksčiau, šio darbo dalyje apie suderintus veiksmus. Manytina, jog toks požiūris reiškia, jog ir B informacijos atskleidimas, jei nėra jokios reakcijos iš C, turėtų būti laikomas vienašaliu informacijos atskleidimu, kuris sumažina neaiškumą rinkoje. C, gavusi tokią informaciją, turi kur kas daugiau aiškumo dėl rinkos situacijos ir gali veikti atitinkamai¹³⁷.

Visgi, tam, jog būtų konstatuoti suderinti veiksmai, neužtenka tik sumažinti skaidrumą, reikia, jog atsirastų suvaržymai, tai yra, gavėjas pasikliautų gauta informacija ir atitinkamai veiktų¹³⁸. Tas pats taikytina ir per tarpininkus sudarytiems susitarimams, kai vienas konkurentas informaciją per tarpininką perduoda kitam konkurentui. Įrodinėjimo našta, tenkanti konkurenciją prižiūrinčiai institucijai, yra paremta didesnių tikimybių teorija – reikia įrodyti, jog labiau tikėtina, kad buvo pasikliaujama gauta informacija, nei priešingai¹³⁹. Toks įrodinėjimo standartas taikomas ir per tarpininkus sudarytų draudžiamų susitarimų bylose. Aktualus Jungtinės Karalystės konkurencijos bylų tribunolo pasisakymas šia tema: svarbu

¹³⁴ ODUDU O., *Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion*, *European Competition Journal*, 2011, Vol. 7, No. 2, p. 220.

¹³⁵ Jungtinės Karalystės konkurencijos bylų apeliacinio tribunolo 2004 m. byla Nr.1022/1/1/03 *JJB Sports plc v Office of Fair Trading*, p. 22.

¹³⁶ 2011 m. sausio 14 d. Europos Komisijos komunikatas Nr. 2011/C 11/01, *Sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo 101 straipsnio taikymo horizontaliesiems bendradarbiavimo susitarimams gairės*, p. 62.

¹³⁷ Generalinio advokato VESTERDORF 1991 m. liepos 10 d. nuomonė Europos Sąjungos Teisingumo Teismo byloje *Rhone-Poulenc*, p. 941.

¹³⁸ ODUDU O., *Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion*, *European Competition Journal*, 2011, Vol. 7, No. 2, p. 222.

¹³⁹ *Ibidem*.

atskirti du atskirus dalykus: kas yra testas ir kokie yra priimtini įrodymai, kad testo reikalavimai būtų patenkinti. Testui taikomas įprastinis tikimybių svorio standartas – pasirenkamas tas variantas, kuris yra labiau tikėtinas. Tuo tarpu įrodymų rinkimui taikytini reikalavimai priklauso nuo kaltinimo rimtumo – kuo rimtesnis, didesnę atsakomybę užtraukiantis kaltinimas, tuo kokybiškesni ir didesni įrodymai turėtų būti.¹⁴⁰

Nagrinėjant informacijos patikimumo klausimą, būtina atkreipti dėmesį, jog C ne tik turi gauti informaciją, bet ir turi žinoti aplinkybes, kuriomis A atskleidė informaciją tarpininkui B¹⁴¹. Spręsdamas, ar informacija yra patikima ir tikrai kylanti iš konkurento A, C vertins informacijos patikimumo tikimybę, taip pat lygins gautą informaciją su jo turima (ar tokia, kurią gali gauti) iš kitų šaltinių, pavyzdžiui, iš paties C darbuotojų vykdomos rinkos analizės. Jis pasikliaus per tarpininką gauta informacija tuo atveju, jei matys, kad ši informacija gali būti naudingesnė, tikslesnė ar kitais parametrais geresnė už jo turimą. Akivaizdu, jog kuo toliau nuo subjekto yra nutolęs informacijos kilmės šaltinis, tuo sunkiau asmeniui gauta informacija pasitikėti. Kita vertus, jeigu vienam iš potencialių susitarimo dalyvių yra sunku atsekti tikrąjį informacijos šaltinį, tikėtina, jog ir konkurenciją prižiūrinčioms institucijoms bus sunku nustatyti visą per tarpininką sudaryto draudžiamo susitarimo schemą, o tuo labiau – ją įrodyti.

Kyla natūralus klausimas, ar C gavus jautrią informaciją negalėtų būti taikoma prezumpcija, jog ji šia informacija pasikliauja. Čia konkurencijos priežiūros institucijų naudai pasitarnauja *Anic* prezumpcija, kuri skelbia: jei neįrodoma kitaip, taikomas prezumpcija, jog subjektai, dalyvaujantys suderintuose veiksmuose ir toliau veikiantys rinkoje, pasinaudoja iš konkurentų gauta informacija ir veikia rinkoje vadovaudamiesi ja¹⁴². Tai taikytina ir vienašališkai gautai informacijai – jei ją gavęs asmuo toliau veikia rinkoje, prezumpcija jo atžvilgiu galioja. Manoma, jog C praktiškai neišvengiamai veiks atsižvelgdama į gautą informaciją¹⁴³, todėl suderintų veiksmų konstatavimas vienai šaliai atskleidus informaciją laikytinas pagrįstu. Europos Sąjungos Teisingumo Teismas yra

¹⁴⁰ Jungtinės Karalystės konkurencijos bylų apeliacinio tribunolo 2004 m. byla Nr.1022/1/1/03 *JJB Sports plc v Office of Fair Trading*, p. 178, 199.

¹⁴¹ Jungtinės Karalystės konkurencijos bylų apeliacinio tribunolo 2004 m. byla Nr.1022/1/1/03 *JJB Sports plc v Office of Fair Trading*, p. 141.

¹⁴² Europos Teisingumo Teismo 1999 m. liepos 8 d. sprendimas byloje C-49/92, Komisija vs. *Anic*, ECR (1999) I-4125. 121 p.

¹⁴³ Generalinio advokato VESTERDORF 1991 m. liepos 10 d. nuomonė Europos Sąjungos Teisingumo Teismo byloje *Rhone-Poulenc*, p. 941.

nurodęs, kaip reikėtų elgtis gavus nepageidautiną antikonkurencinio pobūdžio informaciją, kad būtų išvengta nebylaus pritarimo ir atsakomybės už antikonkurencinius veiksmus – būtina viešai pareikšti nepritarimą antikonkurenciniams veiksams ir atsitraukimą nuo jų, taip pat galima (bet privalomai nereikalaujama) pranešti priežiūros institucijoms¹⁴⁴. Subjektas, įrodęs, jog pasielgė būtent taip, galėtų paneigti jam taikomą kaltumo prezumpciją.

Darytina išvada, jog dominuojantis klausimas, į kurį būtina atsakyti, siekiant įrodyti per tarpininką sudaryto draudžiamo susitarimo egzistavimą, yra šis: ar dalyvaujantys subjektai siekė konkurencijos ribojimo? Manychiau, jog tokio klausimo kėlimas yra pagrįstas ir būtinas kiekvienu atveju, kai kalbama būtent apie per tarpininką sudarytus susitarimus. Žinoma, tai reiškia, jog iš esmės atmetama galimybė, jog susitarimas, sudarytas per tarpininką, galėtų riboti konkurenciją pagal poveikį. Tai gerokai apriboja konkurenciją prižiūrinčių institucijų veiksmų laisvę ir galimybes įrodyti antikonkurencinį trišalį susitarimą, jei trūksta bent vienos detalės (bent vieno subjekto siekio įrodyti nepavyksta). Tačiau manytina, jog jokių geresnių variantų šiuo metu nėra. Susitarime dalyvaujant trims šalims, didžiausia specifika yra tai, jog pirma ar trečia šalis gali nežinoti, ką, kartais net veikdama jų vardu, veikia vidurinioji šalis. Todėl pradėjus vertinti tokius susitarimus pagal poveikį, neabejotina, jog būtų susiduriama su situacijomis, kai vienas iš trejeto visiškai nesiekė riboti konkurencijos (pavyzdžiui, tiesiog savo tiekėjui nurodydavo planuojamas kainas, norėdamas nusiderėti mokamą sumą), tačiau dėl kitų dviejų subjektų veiksmų buvo be jokios žinios ir valios įtrauktas į konkurencijos ribojimą. Už tokią susidariusią situaciją sąžiningai veikiantis subjektas negali atsakyti, tai iš esmės pažeistų teisinio tikrumo principą bei suvaržytų ekonominę laisvę. Todėl visiškai pritarina suformuluoto testo, pagal kurį būtina nustatyti visų dalyvaujančių subjektų siekį keistis informacija tarp konkurentų ir tokiu būdu riboti konkurenciją¹⁴⁵, taikymui. Sutiktina, jog šis testas, nors yra geriausias variantas, yra tikrai sudėtingai įrodomas, nes reikia nagrinėti subjektų mąstymo būklę ir nustatyti jų tikslus. Be to, reikia įrodyti kur kas daugiau žingsnių, nei įprastų horizontalių kartelių atveju. Manytina, jog būtent dėl šios priežasties rato tipo susitarimų praktikos kol kas yra tikrai ne daug.

¹⁴⁴ ODUDU O., *Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion*, *European Competition Journal*, 2011, Vol. 7, No. 2, p. 223.

¹⁴⁵ Vadovaujantis *Anic* prezumpcija, informacijos pasikeitimas tarp konkurentų leidžia taikyti prezumpciją, jog yra ribojama konkurencija. Taigi, galima teigti, jog konkurentai, turintys tikslą keistis jautria informacija, turi ir tikslą riboti konkurenciją.

3.2. Horizontalaus per tarpininkus sudaryto susitarimo įrodinėjimas pagal suformuluoto testo reikalavimus. *Maxima/Mantinga* bylos pavyzdys.

Siekiant atskleisti testo taikymą bei galimas įrodinėjimo problemas konkrečios bylos kontekste, toliau bus bandoma nustatyti, ar Konkurencijos tarybos byloje *Maxima/Mantinga*¹⁴⁶ buvo galima pritaikyti draudžiamiems per tarpininką sudarytiems rato tipo susitarimams nustatyti skirtą testą ir konstatuoti ne tik vertikalų susitarimą tarp gamintojos ir didžiausio prekybos centro, bet ir horizontalų prekybininkų kartelį. Būtent ši byla analizei pasirinkta dėl tirtų ūkio subjektų, kurie atitinka klasikinių *hub-and-spoke* susitarimų dalyvių apibrėžimus: UAB „Mantinga“ – gamintojas, UAB „Maxima LT“ ir kiti prekybos tinklai – konkurentai, kurie perka produktus iš bendro gamintojo UAB „Mantinga“. Taip pat ši byla įdomi dėl didelio atgarsio visuomenėje bei iliustratyvaus susirašinėjimo. Pažymėtina, jog Konkurencijos tarybos draudžiamų susitarimų skyriaus vadovė Dina Lurje savo interviu nurodė, jog Konkurencijos taryba šioje byloje netyrė *hub-and-spoke* tipo susitarimo buvimo, buvo tiriamas tik vertikalus kainų fiksavimas¹⁴⁷. Tai kiek stebina, matant, jog byloje aktyviai nagrinėtas ne tik nubaustos UAB „Maxima LT“, bet ir kitų prekybos tinklų susirašinėjimas su UAB „Mantinga“.

Pirma, nagrinėtina, ar įvyko tiesioginis pasikeitimas jautria informacija – šiuo atveju informacija apie kainas, tarp konkurento A – UAB „Maxima LT“ (toliau – Maxima) ir tarpininko B – UAB „Mantinga“ (toliau – Mantinga). Iš byloje pateikto susirašinėjimo matyti, jog Maxima nuolat informuodavo apie savo pardavimo kainas Mantingą, jas derindavo. Be to, akivaizdu, jog tai nebuvo būtina įprastiems komerciniams santykiams (Konkurencijos taryba konstatavo pažeidimą dėl vertikalaus susitarimo, nustatant perpardavimo kainas), tai taip pat nebuvo derybų dalis, kaip bandė teigti Maximos ir Mantingos advokatai¹⁴⁸. Taigi, neabejotina, jog Maxima teikdavo jautrią informaciją Mantingai.

Antra, reikia nustatyti, ko Maxima siekdavo, perduodama jautrią informaciją Mantingai. Pavyzdžiui 2007 m. liepos 16 d. susirašinėjime UAB „Maxima LT“ komercijos vadybininkė M. Č. elektroniniu laišku atsiuntė Mantingai tokią informaciją: „Kadangi ivyko nesusisnekejimas del baziniu kainu, todėl prieda prie sutarties pasirasom su jusu atsiustom

¹⁴⁶ Lietuvos Respublikos konkurencijos tarybos 2014 m. gruodžio 4 d. nutarimas Nr. 2S-14/2014;

¹⁴⁷ Interviu su Dina Lurje, klausimas Nr. 4.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p.172.

bazinem kainom. Taciau jus įsipareigojate tas pakeltas kainas išlaikyti ir kitur, jeigu jos nukris, mes taip pat privalėsime nusikainuoti iki baziniu kainu ir tada vel sesim visi prie stalo deryboms.“ Atkreiptinas dėmesys, jog nutarime Konkurencijos taryba konstatavo, kad bazinės kainos sąvoka Maxima ir Mantinga susirašinėjime atitiko lentynos kainą, tai yra perpardavimo kainą. Taigi, Maxima atstovės žinutė turėtų būti suprantama taip: Maxima pateikia kainas, kuriomis numato prekiauti Mantingos gaminamais produktais (atskleidžia informaciją apie ateities kainas). Maxima aiškiai nurodo Mantingai, jog tokios kainos turi būti išlaikytos ir kituose prekybos centruose – Mantingos prašoma rinkos dalyviams iškomunikuoti Maximos perduotą informaciją ir nustatyti Maximos kainas kaip visos rinkos kainų standartą. Be to, Maxima susirašinėjime su Mantinga kartais skundžiasi tuo, jog konkurentai nesilaiko bazinių (perpardavimo) kainų, o Mantinga, kaip matyti iš laiškų kitiems prekybos tinklams, nuolat primindavo tinklams, jog reikėtų laikytis bazinių kainų. Šie ir kiti susirašinėjimo pavyzdžiai leidžia neabejotinai konstatuoti, kad Maxima tarpininkui Mantinga perduodavo jautrią informaciją su tikslu, kad ta informacija pasiektų kitus prekybininkus ir būtų ribojama konkurencija.

Tai, kad Maxima perduodavo savo planus rinkoje konkurentams su siekiu riboti konkurenciją, aiškiai konstatavo ir Konkurencijos taryba, nutarimo 199 punkte nurodžiusi:

„Konkurencijos tarybos nustatytos aplinkybės taip pat rodo, kad UAB „Maxima LT“ ir UAB „Mantinga“ tarpusavyje suderinti kainų pasikeitimai (įskaitant ir „lentynos“ kainas) daro įtaką bazinių kainų pasikeitimams kitų pirkėjų atžvilgiu. Pastarųjų situacija buvo „priderinama“ prie įmonei UAB „Maxima LT“ tinkamų kainų keitimo datų. Kaip nurodo UAB „Mantinga“ darbuotojai aukščiau minimame 2009 m. balandžio 28 d. elektroniniame laiške, suderinę „lentynos“ kainų keitimo datą su UAB „Maxima LT“ informuoja apie jos pasikeitimą ir kitus mažmeninės prekybos tinklus.“

Taip pat iškalbingas ir nutarimo 335 punktas, kuriame konstatuojama, jog kiti prekybos tinklai buvo skatinami prisidėti prie Maximos ir Mantingos susitarimo. Galima teigti, jog pirmoji fazė turėtų būti laikoma įrodyta. Toliau reikia įrodyti antrosios fazės dalių įgyvendinimą. Įrodytina, jog (i) Mantinga atskleisdavo Maximos pateiktą informaciją konkurentams – kitiems prekybos centrams; (ii) kiti prekybos centrai pasitikėdavo tokios informacijos patikimumu ir remdavosi gauta informacija priimdami sprendimus rinkoje.

Dėl to, jog Maximos perduota informacija būdavo atskleidžiama kitiems prekybos tinklams, klausimų nekyla. Mantinga visiems tinklams nurodydavo bazinę kainą, taigi, visi gaudavo informaciją apie vienas kito (įskaitant Maximos) numatomas kainas lentynoje, nes buvo įvestas bendras kainos standartas – perpardavinėtojai turėjo prekiauti Mantingos nurodoma vadinama bazine kaina. Be to, kaip jau minėta, Maxima pateikdavo informaciją, nuo kada keičiama prekių kaina jos parduotuvėse, tuomet Mantinga šią informaciją perduodavo kitiems prekybos tinklams. Taigi, laikytina, jog yra įrodyta, kad Mantinga kaip tarpininkas atskleisdavo Maximos pateiktą informaciją kitiems prekybos tinklams.

Pagaliau, reikėtų įrodyti, jog kiti prekybos centrai pasitikėdavo tokios informacijos patikimumu ir remdavosi gauta informacija. Manytina, jog čia ir kyla problemos. Iš Konkurencijos tarybos nutarime pateikto susirašinėjimo matyti, jog šio klausimo įrodymai yra prieštaringi. Viena vertus, susirašinėjimas tarp UAB „Prisma LT“ ir Mantinga tarsi ir patvirtina, kad bent jau UAB „Prisma LT“ jai perduotą informaciją laikydavo patikima. Štai 2010 m. balandžio 2 d. UAB „Prisma LT“ pirkimo vadybininkė rašė: „O kaip su lentynomis darys kiti tinklai?“

Netrukus ji gavo atsakymą iš Mantingos: „Kiti nemazins, tam kuris tai padaryti gali, kainu nemazinom :)“. Gavusi šį atsakymą, UAB „Prisma LT“ pirkimo vadybininkė patvirtino, jog jai tokia informacija tinka ir UAB „Prisma LT“ tinkle kainos bus pakeistos nuo 7 dienos. Taigi, matyti, jog UAB „Prisma LT“ ne tik pasitikėjo gauta informacija, tačiau ir veikė pagal ją. Todėl net nebūtinai *Anic* prezumpcijos naudojimas.

Kita vertus, susirašinėjime tarp Mantinga ir prekybos tinklų, Mantinga ne kartą pakartojo, jog ji negali priversti laikytis perpardavimo (lentynų) kainų. Taip pat Mantinga yra nurodžiusi, jog „Negaliu garantuoti, kad visi musu pirkejai prekiaus bazinėmis kainomis. Kaip žinote siuo metu dauguma pirkeju nesilaiko rekomenduojamu kainu. Ju privesrti prekiauti viena ar kita kaina negaliu.“ Vadinasi, byloje buvo prieštaringų įrodymų būtent dėl antrosios fazės antrosios dalies – subjekto C reakcijos į gautą informaciją ir pasitikėjimo informacijos patikimumu. Tikėtina, jog būtent tai neleido Konkurencijos tarybai padaryti išvados, kad tikrai egzistavo horizontalus per tarpininką Mantinga sudarytas draudžiamas susitarimas.

Dar vienas iš trūkumų, kurį galima matyti nutarime cituojamuose susirašinėjimuose, jog nėra nei vieno epizodo, kuriame laišškai atspindėtų visą konkurentų bei tarpininkų veiklą nuo pradžios iki pabaigos derinant kainą būtent dėl kažkokio konkretaus produkto. Susirašinėjimas yra fragmentiškas ir manytina, jog Konkurencijos taryba laikė, jog kiti ūkio subjektai nėra įsipareigoję laikytis susitarimo nustatyti kainas. Įrodymai labai iliustratyvūs ir galima susidaryti gana aiškų bendrą vaizdą, tačiau, bandant nagrinėti konkrečiais epizodais, nei vienas epizodas nėra iki galo pagrįstas testo reikalavimus atitinkančiais įrodymais.

Visgi, manytina, jog byloje buvo tikrai rimtų ir abejones nusveriančių įrodymų (pavyzdžiui, aukščiau minėtas susirašinėjimas su UAB „Prisma LT“), iš kurių aiškiai matyti, jog buvo derinamos kainos horizontaliame lygmenyje. Pastebėtina, jog prekybos tinklų darbuotojai apie kainų derinimą bendravo labai atvirai, visiškai to neslėpdami, Mantinga tokią veiklą netgi vadino noru būti „sąžininga“. Panašu, jog susirašinėjimo metu, tai yra 2006 – 2010 m. Lietuvoje Konkurencijos įstatymo reikalavimai bei Konkurencijos tarybos veikla dar buvo mažai žinoma. Taip teigtina todėl, kad šiuo metu, po tikrai atgrasantį poveikį turinčių, viešai nuskambėjusių pastarojo meto tarybos tyrimų, ūkio subjektai į Konkurencijos įstatymo reikalavimus žiūri neabejotinai atidžiau ir tokio atviro pobūdžio susirašinėjimas dėl kainų derinimo sunkiai įsivaizduojamas. Todėl tai, jog *Maxima/Mantinga* byloje Konkurencijos taryba visgi nenustatė ir netgi nenagrino horizontalaus per tarpininką sudaryto draudžiamo susitarimo buvimo, dar kartą patvirtina išvadą, jog Jungtinėje Karalystėje suformuluotas tokių susitarimų nustatymo testas yra labai daug reikalaujantis ir įrodyti visus susitariančių subjektų žingsnius pagal testo reikalavimus yra nepaprastai sunku.

3.3. Praktinės įrodymų rinkimų problemos.

Visų pirmą paminėtina, jog pakankamai sunku rasti informacijos, kokias praktinio pobūdžio problemas patiria Konkurencijos taryba, rinkdama neteisėtų veiksmų įrodymus. Konkurencijos taryba viešina tik savo nutarimus, tuo tarpu likusi bylos dalis, kartu su visais įrodymais, nėra viešinama. Dabartinis Konkurencijos tarybos narys E. Šatas savo 2010 m. interviu yra minėjęs vieną iš tokio slaptumo priežasčių: "Nenorėčiau detalizuoti, kaip Konkurencijos tarybos įgalioti pareigūnai atlieka patikrinimus ir įrodinėja pažeidimus, nes tai perskaitę ūkio subjektai galėtų imtis atitinkamų veiksmų ir paslėpti įrodymus"¹⁴⁹. Kita vertus,

¹⁴⁹[žiūrėta 2016 m. kovo 20 d.]. Prieiga per internetą: < <http://kauno.diena.lt/dienrastis/ekonomika/maisto-kainas-ispute-karteliai-304352#ixzz43a6lLh7S> >

dar labiau tokį slaptumą galima suprasti turint omenyje tai, jog konkurencijos bylų metu tarybai pateikiama daugybė informacijos, kuri yra konfidencialaus pobūdžio ir verslo subjektams labai svarbu, jog ši informacija nebūtų viešinama.

Nepaisant aiškaus Konkurencijos tarybos siekio slėpti savo naudojamą veiklos priemones, nagrinėjant Konkurencijos tarybos bylas, galima susidaryti tam tikrą įspūdį, kokiomis priemonėmis dažniausiai įrodinėjami pažeidimai. Pastebėtina, jog bene dažniausiai draudžiami susitarimai įrodinėjami pasitelkiant ūkio subjektų susirašinėjimą, kuris randamas patikrinimų patalpose metu. Tokie įrodymai buvo bene pagrindiniai *Maxima/Mantinga*¹⁵⁰, *Forum Cinemas*¹⁵¹, *Vėjo jėginių*¹⁵² ir daugelyje kitų bylų. Viena vertus, kai susitarimai sudaromi per tarpininką, lyg ir turėtų būti išsiunčiama daugiau laiškų, nes atsiranda papildomas laiškus gaunantis subjektas. Tikėtina, kad esant daugiau laiškų, konkurenciją prižiūrinčios institucijos šansai tokius laiškus aptikti padidėja. Kita vertus, kartelio organizatorius, ypač, jei tai yra konsultacinė įmonė ar advokatų kontora, gali būti gerai susipažinęs su konkurencijos prižiūrėtojų metodais ir imtis priemonių, kad bet koks susirašinėjimas būtų paslėptas. Tokio profesionalaus kartelių organizatoriaus dalyvavimas antikonkurencinėje veikloje be jokių abejonių neigiamai paveiktų priežiūros institucijų galimybes įrodyti neteisėtus veiksmus.

Dar didesnės problemos iškyla, jei nėra randama jokio susirašinėjimo. Per tarpininką sudaryti konkurenciją ribojantys susitarimai pasižymi tuo, jog horizontalų susitarimą pasiekiantys konkurentai tiesioginio ryšio tarpusavyje neturi¹⁵³. Taigi, nėra jokių galimybių tokius subjektus besikeičiančius informacija užfiksuoti susitikimo metu. Taip pat nėra tiesioginių pokalbių tarp jų.

Pripažįstama, jog Informacijos mainai tiek tiesiogiai, tiek per tarpininką gali pažeisti Konkurencijos įstatymą, o vertinimas priklausys nuo to, koks yra informacijos jautrumas bei detalumas. Keitimasis informacija per tarpininką gali sumažinti Konkurencijos įstatymo pažeidimo riziką tuo atveju, kai skelbiama apibendrinta informacija¹⁵⁴. Matoma

¹⁵⁰ Lietuvos Respublikos konkurencijos tarybos 2014 m. gruodžio 4 d. nutarimas Nr. 2S-14/2014.

¹⁵¹ Lietuvos Respublikos konkurencijos tarybos 2015 m. gruodžio 18 d. nutarimas Nr. 2S-19/2015.

¹⁵² Lietuvos Respublikos konkurencijos tarybos 2015 m. vasario 11 d. nutarimas Nr. 2S-2/2015.

¹⁵³ BOLECKI A., Polish Antitrust Experience with Hub-and-Spoke Conspiracies, 4(5) *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies* 25, 2011, p.30.

¹⁵⁴ Prieiga per internetą: <http://www.kt.gov.lt/index.php?show=kaip_asoc_3_info_mainu_gresmes> [žiūrėta 2016-03-20].

Konkurencijos tarybos pozicija, jog per tarpininką galima keistis tam tikro pobūdžio informacija, kokia keistis tiesiogiai konkuruojantiems ūkio subjektams nereikėtų. Atitinkamai manytina, jog konkurenciją prižiūrinčioms institucijoms sunkiau įrodinėti susitarimą, sudarytą per partnerį, nes yra didesnės tolerancijos ribos informacijai, kuria keičiamasi.

Konkurencijos tarybos draudžiamų susitarimų skyriaus vadovė Dina Lurje interviu nurodė šias praktinio pobūdžio įrodymų rinkimo problemas: būtina įrodyti 2 kontaktus tarp skirtingų ūkio subjektų (t.y. tarp pirmo konkurento ir tarpininko, tarp tarpininko ir antro konkurento), kai tiesioginio susitarimo atveju užtenka nustatyti vieną kontaktą tarp konkurentų. Taigi, neretai reikia atlikti daugiau įrodymų rinkimo veiksmų. Be to, atliekant tyrimo metu surinktos medžiagos analizę yra sudėtingiau atskirti įprastą komercinį bendravimą tarp tiekėjo ir pirkėjo, nuo konkurenciją ribojančio keitimosi informacija. Tiesioginio kontakto tarp konkurentų atveju dažniausiai bet koks kontaktas Konkurencijos tarybai galėtų sukelti įtarimą, kad gali būti draudžiamo susitarimo požymių. Tuo tarpu, kai informacija keičiasi verslo partneriai, tiekėjas ir pirkėjas, toks apsikeitimas, bent iš pirmo žvilgsnio, nesuponuoja draudžiamo susitarimo ir nekelia įtarimų¹⁵⁵. Taigi, Konkurencijos tarybos atstovė tik patvirtino šiame darbe jau ne kartą išryškintą problemą, jog per tarpininkus sudaryti susitarimai dėl savo specifikos yra kur kas sunkiau įrodomi.

Apibendrinant šią darbo dalį, teigtina, jog konkurenciją prižiūrinčios institucijos, norinčios atskleisti per tarpininką sudarytą draudžiamą susitarimą, ne tik turi atlikti tikrai sudėtingai įrodomą testą, bet ir patiria didesnių praktinių sunkumų renkant informaciją nei įprastų draudžiamų susitarimų atveju.

¹⁵⁵ Interviu su Dina Lurje, klausimas Nr. 3.

Išvados

1. Per tarpininką sudaryti draudžiami susitarimai pasižymi šia specifika:
 - 1.1. jie dėl vertikalios pobūdžio elementų daug panašesni į įprastus verslo santykius ir kur kas sunkiau aptinkamas horizontalus ryšys tarp konkurentų. Todėl šios rūšies susitarimų įrodinėjimas yra probleminis klausimas;
 - 1.2. jie laikytini horizontaliais susitarimais, kuriais pasiekiamas konkurencijos ribojimas nesiskiria nuo tiesiogiai sudaryto kartelio;
 - 1.3. juos tikslinga skirti nuo draudžiamų vertikalių susitarimų, nes per tarpininką sudarytų susitarimų apimtis yra didesnė, dalyvauja daugiau ūkio subjektų, be to, tokių susitarimų traktavimas kaip vertikalių neatskleidžia viso nesąžiningų veiksmų poveikio;
 - 1.4. atsakomybė kyla ir tarpininkui, kuris rinkoje, kurioje pasireiškia konkurencijos ribojimas, neveikia. Dėl to tikslinga išskirti ir tarpininko vaidmenį, nes nenurodžius subjekto kaip tarpininko, jis galėtų išvengti atsakomybės už savo antikonkurencinius veiksmus;
 - 1.5. tarpininko buvimo ir jo atsakomybės klausimas gali kilti tik esant konkurencijos ribojimui pagal tikslą. Per tarpininkus sudaryti draudžiami susitarimai pagal poveikį negali būti vertinami, nes tai sudarytų situaciją, kai ūkio subjektai galėtų atsakyti už antikonkurencinius veiksmus, kurie buvo pasiekti be jų žinios.
2. Jungtinės Karalystės jurisprudencijoje suformuluotas teisinis testas, kurį atlikus galima konstatuoti per tarpininką sudaryto draudžiamo susitarimo buvimą, yra tinkamiausia metodika tokių susitarimų nustatymui. Testas susideda iš šių būtinų dalių:
 - 1) Nustatomas tiesioginio pasikeitimo strategine verslo informacija tarp vieno iš konkurentų ir bendro verslo partnerio faktas;
 - 2) Nustatomas informaciją perduodančio konkurento siekis, jog jautri informacija per tarpininką būtų atkleista antrajam konkurentui;
 - 3) Nustatomas tiesioginio pasikeitimo tarp tarpininko ir antrojo konkurento strategine informacija, kylančia iš pirmojo konkurento, faktas;
 - 4) Nustatoma, jog antrasis konkurentas pasitikėjo gautos informacijos patikimumu ir šaltinio tikrumu bei rėmėsi gauta informacija veikdamas rinkoje.

Šis testas turėtų būti taikomas ir Europos Sąjungoje bei kitose valstybėse narėse.

3. Kyla šios pagrindinės įrodinėjimo problemos:

- 3.1. testo įrodymas susideda iš daugelio žingsnių, todėl įrodinėjimo procesas yra kur kas sudėtingesnis, nei tiesioginių horizontalių susitarimų atveju, kur dažnai užtenka įrodyti vieną kontaktą tarp konkurentų. Šiuo atveju reikia įrodyti bent 2 kontaktus – tarp pirmo konkurento ir tarpininko bei tarpininko ir antro konkurento. Atitinkamai turi būti surenkama daugiau įrodymų;
- 3.2. ypač sudėtinga įrodyti subjektyvų ūkio subjektų mąstymo procesą – konkurentų siekį, jog informacija pasiektų kitą konkurentą, taip pat sudėtinga nustatyti, ar informaciją gavęs konkurentas pasitikėjo jos tikrumu;
- 3.3. sudėtinga atskirti įprastą komercinį bendradarbiavimą nuo konkurenciją ribojančių informacijos mainų;

Visgi, su problemomis turi būti susitaikoma, nes aukščiau aptartas testas yra geriausias variantas per tarpininkus sudarytų susitarimų nustatymui. Bet koks įrodinėjimo proceso palengvinimas lemtų tai, jog į draudžiamų veiksmų apimtį galėtų patekti ir teisėti komerciniai santykiai, o konkuruojantys subjektai būtų neapsaugoti nuo įtraukimo į draudžiamą susitarimą vien savavališkais tarpininko veiksmais.

Literatūros sąrašas

Teisės norminiai aktai:

1. Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas. Valstybės žinios, 1999, Nr. 30-856; 2012, Nr. 42-2041.
2. Europos Komisijos komunikatas, Sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo 101 straipsnio taikymo horizontaliesiems bendradarbiavimo susitarimams gairės, 2011, OL, C 11.
3. Konkurencijos tarybos 2000 m. sausio 13 d. nutarimas Nr. 1 „Dėl Reikalavimų ir sąlygų susitarimams, kurie dėl savo mažareikšmio poveikio nelaikomi konkurencijos įstatymo 5 straipsnio 1 ir 2 dalių pažeidimu, patvirtinimo (Dėl Reikalavimų ir sąlygų susitarimams, kurie dėl savo mažareikšmio poveikio negali itin riboti konkurencijos, patvirtinimo)“ (Žin., 2000, Nr. 6-176; 2004, Nr. 181-6732).
4. Sutartis dėl Europos Sąjungos veikimo. Suvestinė redakcija, 2012, OL C 326.

Specialioji literatūra:

5. KESERAUSKAS Š. *Setting Priorities for a Small Country's Competition Authority. Lessons and Suggestions Based on Two decades of Competition Policy Experience in Lithuania*. Lambert Academic Publishing. 2011.
6. ŠVIRINAS D. *Vertikaliųjų susitarimų reglamentavimas konkurencijos teisėje*. Mykolo Romerio universitetas, 2004.
7. WHISH R., BAILEY D. *Competition Law*, 7th edition. Oxford: Oxford University Press, 2012.
8. BENNETT M., COLLINS P., The Law and Economics of Information Sharing: The Good, the Bad and the Ugly, *European Competition Journal*, 2010, Vol. 6, No. 2.
9. BOLECKI A., Polish Antitrust Experience with Hub-and-Spoke Conspiracies, 4(5) *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies* 25, 2011.
10. MEZZANOTTE FÉLIX E. The Anti-Collusion Toolkit: Limits of a Policy that Combats the Facilitation of Collusion. *European Law Journal*, July 2011, Vol. 17, No.4.

11. ODUDU O.. Hub and Spoke Collusion iš LIANOS I., GERARDIN D., *Handbook on European Competition Law: Substantive Aspects* , Cheltenham: Edward Elgar, 2013.
12. ODUDU O., Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion, *European Competition Journal*, 2011, Vol. 7, No. 2.
13. SAHUGUET N., WALCKIERS A., Hub-and-Spoke Conspiracies: the Vertical Expression of a Horizontal Desire?. *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, Vol. 5, No. 10.
14. VAN CAYSEELE P. Hub-and-spoke Collusion: Some Nagging Questions Raised by Economists. *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, Vol. 5, No. 3.
15. VALLERY A., SCHELL C., AC-Treuhand: Substantial Fines for Facilitators of Cartels. *Journal of European Competition Law & Practice*, 2016.
16. MINIOTAS D., *Tikslą riboti konkurenciją turinčių vertikaliųjų susitarimų vertinimas konkurencijos teisėje*: daktaro disertacija. Socialiniai mokslai, teisė (01S). Vilnius: Vilniaus universitetas, 2015.
17. OBULAITYTĖ, D. *Konkurenciją ribojančių susitarimų sudarymas per tarpininką bei tokių susitarimų įrodinėjimo problemos*: magistro darbas. Socialiniai mokslai, teisė (01S). Vilnius: Vilniaus universitetas, 2013.

Praktinė medžiaga:

18. Bendrojo Teismo 2008 m. liepos 8 d. sprendimas byloje T-99/04, *AC-Treuhand vs Commission* (2008) ECR II-1501.
19. Europos Komisija, 1986 m. balandžio 23 sprendimas byloje *Polypropylene OJ* Nr. L230/1.
20. Europos Sąjungos Teisingumo Teismas, 2009 m. birželio 4 d. sprendimas *T-Mobile Netherlands* Nr. C-8/08, EU:C:2009:343.
21. Europos Sąjungos pirmosios instancijos teismo 2008 m. liepos 8 d. sprendimas byloje Nr. T-53/03.
22. Europos Sąjungos Teisingumo Teismo 1999 m. liepos 8 d. sprendimas byloje C-49/92, *Komisija vs. Anic*, ECR (1999) I-4125.

23. Europos Sąjungos Teisingumo Teismo 2006 m. lapkričio 23 d. sprendimas byloje Nr. C-238/05 *Asnef Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, (2006) ECR I-11125.
24. Europos Sąjungos Teisingumo Teismo 2015 m. spalio 22 d. sprendimas byloje Nr. C-194/14 P *AC-Treuhand AG v European Commission*.
25. Europos Sąjungos Teisingumo Teismo 1998 m. gegužės 28 d. sprendimas byloje *John Deere*, Nr. C-7/95 P.
26. Europos Teisingumo Teismo sprendimas 1975 m. gruodžio 16 d. sujungtose bylose 40 į 48, 50, 54 į 56, 111, 113 ir 114/73, *Suiker Unie v Commission* (1975) ECR 1663.
27. Europos Teisingumo Teismo 1972 m. liepos 14 d. sprendimas byloje C-48/69 *Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission of the European Communities (Dyestuffs)* (1972) ECR 619.
28. Generalinio advokato Nils Wahl 2015 m. gegužės 21 d. išvada byloje Nr. C-194/14 P *AC-Treuhand AG v European Commission*.
29. Generalinio advokato Maciej Szpunar išvada, pateikta 2015 m. liepos 16 d.(1) byloje *ETURAS*, Nr. C-74/14.
30. Generalinio advokato Vesterdorf 1991 m. liepos 10 d. nuomonė Europos Sąjungos Teisingumo Teismo byloje *Rhone-Poulenc*.
31. Jungtinių Amerikos Valstijų 7 rajono Apeliacinio teismo 2000 m. rugpjūčio 1 d. sprendimas byloje Nr. 98-4107, *Toys R Us, Inc v Federal Trade Commission*.
32. Jungtinių Amerikos Valstijų 8 rajono Apeliacinio teismo 1987 m. liepos 13 d. sprendimas byloje *Lomar Wholesale Grocery, Inc v Dieter's Gourmet Foods, Inc*.
33. Jungtinės Karalystės konkurencijos bylų apeliacinio tribunolo 2004 m. gruodžio 14 d. sprendimas bylose Nr. 1014 ir 1015/1/1/03 *Argos Limited and Littlewoods Limited v Office of Fair Trading*.
34. Jungtinės Karalystės konkurencijos bylų apeliacinio tribunolo 2004 m. byla Nr.1022/1/1/03 *JJB Sports plc v Office of Fair Trading*.
35. Jungtinės Karalystės apeliacinio teismo 2006 m. spalio 19 d. sprendimas byloje *JJB Sports v Office of Fair Trading* [2006] EWCA Civ 1318.
36. Jungtinės Karalystės konkurencijos bylų tribunolo 2012 m. gruodžio 20 d. sprendimas byloje Nr.: 1188/1/1/11 *Tesco stores limited v Office of Fair Trading*.

37. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2011 m. kovo 28 d. sprendimas administracinėje byloje *KOMAA prieš Konkurencijos tarybą*, Nr. A525-2577/2011.
38. Lietuvos Respublikos konkurencijos tarybos 2012 m. birželio 7 d. nutarimas Nr. 2S-9.
39. Lietuvos Respublikos konkurencijos tarybos 2014 m. gruodžio 4 d. nutarimas Nr. 2S-14/2014.
40. Lietuvos Respublikos konkurencijos tarybos 2015 m. gruodžio 18 d. nutarimas Nr. 2S-19/2015.
41. Lietuvos Respublikos konkurencijos tarybos 2015 m. vasario 11 d. nutarimas Nr. 2S-2/2015.

Internetiniai šaltiniai:

42. European Competition Lawyers Forum (ECLF). *Comments on the Draft Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements*. 2010 m. birželio 25 d. [interaktyvus] [žiūrėta 2016-03-15] Prieiga per internetą: <http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_horizontals/eclf_en.pdf>.
43. Interviu su Elonu Šatu. [interaktyvus] [žiūrėta 2016 m. kovo 20 d.]. Prieiga per internetą: < <http://kauno.diena.lt/dienrastis/ekonomika/maisto-kainas-isper-karteliai-304352#ixzz43a6lLh7S>>.
44. Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba. *2014 m. ataskaita*, [interaktyvus] [žiūrėta 2016-02-08] prieiga per internetą: <http://kt.gov.lt/veikla/ataskaitos/2014_lt.pdf>.
45. Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba. *Informacijos mainų grėsmės*, [interaktyvus] [žiūrėta 2016-03-20], prieiga per internetą:<http://www.kt.gov.lt/index.php?show=kaip_asoc_3_info_mainu_gresmes>.
46. ODUDU O., *e-books: Vertical participation in hub and spoke agreements*, [interaktyvus] [žiūrėta 2016-02-03] prieiga per internetą: <<http://competitionbulletin.com/2013/07/18/e-books-vertical-participation-in-hub-and-spoke-agreements/>>.
47. PETIT N., *Much ado about nothing* [interaktyvus, žiūrėta 2016 m. vasario 19 d.]. Prieiga per internetą: < <http://chillingcompetition.com/2011/02/21/much-ado-about-nothing/>>.

48. VAN CAYSEELE P., MIEGIELSEN S. Hub and spoke collusion by embargo. *KU Leuven Center for Economic Studies Discussion Paper, 2013*, p. 4-6. [interaktyvus, žiūrėta 2016 m. vasario 15 d.]. Prieiga per internetą: <<http://feb.kuleuven.be/drc/Economics/research/dps-papers/dps-13/dps1324.pdf>>.
49. WIJCKMANS F., Frank Wijckmans talk to Law Vox about competition law, *Oxford Law Vox* [interaktyvus, žiūrėta 2016 m. vasario 15 d.]. Prieiga per internetą: <<https://soundcloud.com/oupacademic/frank-wijckmans-talk-to-law-vox-about-competition-law>>.

Per tarpininkus sudarytų konkurenciją ribojančių susitarimų įrodinėjimo problemos

Santrauka

Šio magistrinio darbo tyrimo objektas – nustatyti per tarpininkus sudarytų konkurenciją ribojančių susitarimų įrodinėjimo problemas, daugiausiai dėmesio skiriant susitarimams, kai tarpininko vaidmenį atlieka bendras konkuruojančių subjektų verslo partneris. Problemas siekiama atskleisti išryškinant tokių susitarimų specifinius skirtumus, lyginant su klasikiniais horizontaliais susitarimais, bei suformuluojant teisinį testą, kurį reikia atlikti, kad būtų įrodytas per tarpininką sudarytas susitarimas. Tuomet nagrinėjama, kokios įrodinėjimo problemos kyla atliekant teisinį testą.

Per tarpininkus sudaryti draudžiami susitarimai dėl vertikalios pobūdžio elementų daug panašesni į įprastus verslo santykius ir kur kas sunkiau aptinkamas horizontalus ryšys tarp konkurentų. Atsakomybė už tokius susitarimus kyla ir tarpininkui, kuris rinkoje, kurioje pasireiškia konkurencijos ribojimas, neveikia. Todėl tikslinga išskirti ir tarpininką kaip subjektą. Tokie susitarimai gali būti nustatomi tik esant konkurencijos ribojimui pagal tikslą.

Jungtinės Karalystės jurisprudencijoje suformuluotas teisinis testas, kurį atlikus galima konstatuoti per tarpininką sudaryto draudžiamo susitarimo buvimą, yra tinkamiausia metodika tokių susitarimų nustatymui. Šis testas galėtų būti taikomas ir Europos Sąjungos institucijų bei kitų valstybių narių. Testas susideda iš šių būtinų dalių: 1) Nustatomas tiesioginio pasikeitimo strategine verslo informacija tarp vieno iš konkurentų ir bendro verslo partnerio faktas; 2) Nustatomas informaciją perduodančio konkurento siekis, jog jautri informacija per tarpininką būtų atkleista antrajam konkurentui; 3) Nustatomas tiesioginio pasikeitimo tarp tarpininko ir antrojo konkurento strategine informacija, kylančia iš pirmojo konkurento, faktas; 4) Nustatoma, jog antrasis konkurentas pasitikėjo gautos informacijos patikimumu ir šaltinio tikrumu bei rėmėsi gauta informacija veikdamas rinkoje.

Šio testo įrodymas susideda iš daugelio žingsnių, tai kelia didelius sunkumus konkurenciją prižiūrinčioms institucijoms. Reikia atlikti žymiai daugiau įrodymų rinkimo veiksmų. Ypač sudėtinga įrodyti ūkio subjektų mąstymo procesą – konkurentų siekį, jog informacija pasiektų kitą konkurentą, taip pat sudėtinga nustatyti, ar informaciją gavęs konkurentas pasitikėjo jos tikrumu. Sudėtinga atskirti įprastą komercinį bendradarbiavimą

nuo konkurenciją ribojančių informacijos mainų. Tačiau bet koks įrodinėjimo proceso palengvinimas lemtų tai, jog į draudžiamų veiksmų apimtį galėtų patekti ir teisėti komerciniai santykiai, o konkuruojantys subjektai būtų neapsaugoti nuo įtraukimo į draudžiamą susitarimą vien savavališkais tarpininko veiksmais.

Problems of Proof of Competition Restricting Agreements Concluded through the Intermediary

Summary

The object of this paper is to identify problems of proof of competition restricting agreements concluded through the intermediary, focusing on hub-and-spoke type agreements where the intermediary is a common business partner for competing subjects. The specifics of such agreements are highlighted and the legal test which helps detect hub-and-spoke agreements is formulated in order to reveal those problems.

Agreements concluded through the intermediary have vertical elements which make such agreements look like common business practice. For this reason, the horizontal link is much harder to detect. The intermediary, even if it does not operate in the market in question, is also liable for such breach of competition law. So it is necessary to identify the intermediary and its status. Such collusions can only be reached when there is a purpose to restrict competition.

The legal test, formed by United Kingdom institutions, is the most appropriate method for diagnosing agreements concluded through the intermediary. Institutions of European Union as well as institutions of other member states could use this test in their cases. The test consists of 4 necessary elements: 1) a direct exchange of commercially sensitive information between first competitor and intermediary; 2) the commercially sensitive information directly exchanged is intended to be disclosed to one or more of the other competitors; 3) intermediary discloses first competitor's commercially sensitive information in discussions with second competitor; 4) second competitor, confident that the information is credible, relies on the disclosed information.

Proving every element of the legal test requires many different steps from the competition authority. That causes severe difficulties. It is necessary to gather much more evidence. It is particularly difficult to prove the state of mind of subjects: the intention of first competitor to disclose the information to his competitor and second competitor's confidence that the information is credible. It is also hard to separate common business practice from the information exchange which restricts competition. However, any facilitation of procedure of

proving agreements concluded through the intermediary would be harmful. It could determine that perfectly legitimate action would be treated as a breach of competition law.

**Interviu su Lietuvos Respublikos konkurencijos tarybos draudžiamų susitarimų
skyriaus vadove Dina Lurje**

Simas Pauža klausimas	Dina Lurje atsakymas
1. Ar KT praktikoje buvo bandoma pritaikyti hub-and-spoke doktriną?	Nebuvo.
2. Jūsų manymu, ar Konkurencijos taryba, tirdama hub-and-spoke susitarimus, galėtų remtis Jungtinėje Karalystėje suformuluotu tokių susitarimų nustatymo testu?	Tai nebūtų privaloma Tačiau, manau taip, tai galėtų būti vienas iš Konkurencijos tarybos analizei naudojamų testų.
3. Kokias įrodinėjimo problemas galėtumėte paminėti kaip potencialias hub-and-spoke tipo susitarimų įrodinėjimo problemas?	Jungtinės Karalystės jurisprudencijoje yra suformuluotas 4 žingsnių testas, įrodinėjant hub-and-spoke tipo susitarimo buvimą būtina įrodyti visų 4 žingsnių egzistavimą. Vadinasi, jei vadovautumėmės šiuo testu, reikėtų įrodyti kur kas sudėtingesnę schemą, nei tiesioginio susitarimo atveju. Yra praktinio pobūdžio problema – būtina įrodyti 2 kontaktus tarp skirtingų ūkio subjektų (t.y. tarp pirmo konkurento ir tarpininko, tarp tarpininko ir antro konkurento), kai tiesioginio susitarimo atveju užtenka nustatyti vieną kontaktą tarp konkurentų. Taigi, neretai reikia atlikti daugiau įrodymų rinkimo veiksmų. Be to, atliekant tyrimo metu surinktos medžiagos analizę yra sudėtingiau atskirti įprastą komercinį bendravimą tarp tiekėjo ir pirkėjo, nuo konkurenciją ribojančio keitimosi informacija. Tiesioginio kontakto tarp konkurentų atveju dažniausiai bet koks kontaktas Konkurencijos tarybai galėtų sukelti įtarimą, kad gali būti draudžiamo susitarimo požymių. Tuo tarpu, kai informacija keičiasi verslo partneriai, tiekėjas ir pirkėjas, toks apsikeitimas, bent iš pirmo žvilgsnio, nesuponuoja draudžiamo susitarimo ir nekelia įtarimų.
4. Ar Konkurencijos taryba Maxima/Mantinga byloje tyrė hub-and-spoke tipo susitarimo buvimą tarp konkuruojančių prekybos tinklų?	Tai nebuvo tiriama, buvo tiriamas tik vertikalus kainų fiksavimas. Nustatytas perpardavimų kainų fiksavimas tarp Maximos ir Mantingos.
5. Kaip manote, prie kurių subjektų būtų priskiriamos internetinės platformos, tarpininkaujančios draudžiamoms susitarimams: a) susitarimui	Viskas priklausytų nuo aplinkybių konkrečioje byloje ir konkrečiai internetinei platformai priskirto elgesio konkrečiu atveju. Tačiau nematau argumentų, kodėl internetinė platforma (kaip ir bet kuris kitas ūkio subjektas) savaime negalėtų patekti į AC/Treuhand byloje suformuluotą <i>facilitator</i> apibrėžimą, ar būti pripažinta

<p>tarpininkaujančių trečiųjų šalių (angl. facilitator); b) susitarimui tarpininkaujančių bendrų verslo partnerių (Hub-and-spoke susitarimų tarpininkas).</p>	<p>ttarpininku hub-and-spoke susitarimų atvejais.</p>
<p>6. Europos Sąjungoje hub-and-spoke tipo susitarimai konstatuojami labai retai. Lietuvoje toks susitarimas niekada nebuvo nustatytas. Kaip manote, kodėl susidariusi tokia situacija su šiais susitarimais?</p>	<p>Pirma, kaip minėta, tokie susitarimai yra kur kas sunkiau įrodomi, o gal ir sunkiau įgyvendinami, todėl rečiau egzistuojantys? Antra, konkurencijos institucijos vertina turimus įrodymus ir tai, kokiam konkurencijos parametrui yra daromas poveikis konkrečiu elgesiu. Kai poveikis yra daromas perpardavimo kainai ir turimi įrodymai yra pakankami įrodyti tiesioginius vertikalius susitarimus dėl perpardavimo kainų nustatymo, konkurenciją prižiūrinčios institucijos dažniausiai ir imasi įrodinėti būtent draudžiamo vertikalios susitarimo buvimą, neapsunkindamos savęs tos konkrečios situacijos neatspindinčio, o ir apskritai sunkiau įrodomo hub-and-spoke tipo susitarimo įrodinėjimu. Realus pažeidimo nustatymo efektas rinkai ir konkurencinei aplinkai dažniausiai yra toks pats, kaip ir nustatytas hub-and-spoke tipo susitarimą. Pasirinkimas dažniausiai priklauso nuo turimų įrodymų ir konkrečios tiriamų aplinkybių.</p>