

Vilniaus universiteto Teisės fakulteto

Privatinės teisės katedra

Paulinos Bundonytės

V kurso privatinės teisės

civilinės ir verslo teisės

šakos studentės

Magistro darbas

„Vienodai efektyvaus konkurento“ testas ir jo taikymo ribos
“As Efficient Competitor” Test and the Scope of its Application

Vadovas: doc. dr. LL.M, MCI Arb Deividas Soloveičik

Recenzentas: lekt. dr. Stasys Drazdauskas

Vilnius

2024

ANOTACIJA IR PAGRINDINIAI ŽODŽIAI

Darbe analizuojamas pirminis vienodai efektyvaus konkurento (toliau – VEK) testo poreikis ir atsiradimo tikslai bei šio įrankio samprata. Atsižvelgiant į VEK testo sampratą, jos problemas bei teismų praktikoje vyraujančią taikymą apibrėžiamos VEK testo taikymo ribos skirtingose piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi formose, suformuotos institucijų praktikoje bei Įgyvendinimo prioritetų gairėse (su pakeitimais). Galiausiai įvertinami Europos Komisijos pateikti pasiūlymai naujoms gairėms parengti bei pateikiami susisteminti pasiūlymai.

Pagrindiniai žodžiai: piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi vertinimas, naujos Europos Komisijos gairės, vienodai efektyvaus konkurento testo taikymo ribos, vienodai efektyvaus konkurento principas.

The paper analyses the initial need for the as-efficient competitor (hereafter – AEC) test, the objectives of its creation and the concept of this tool. Taking into account the concept of the AEC test, its problems and the prevailing application in case law, it defines the limits of the ECT test's application to different forms of abuse of a dominant position, as developed in the practice of the authorities and in the Guidelines on Implementation Priorities (with amendments). Finally, it assesses the proposals put forward by the European Commission for the development of new guidelines and presents a structured set of proposals.

Key words: the assessment of abuse of a dominant position, the new European Commission guidelines, the limits to the application of the as-efficient-competitor test, the as-efficient-competitor principle.

TURINYS

SANTRUMPŲ SĄRAŠAS	2
IŽANGA	3
1. VEK TESTO ISTORINĖ RAIDA.....	7
1.1. Čikagos ir Harvardo mokyklų pasiūlyti testai ir jų pritaikymas JAV praktikoje..	7
1.2. VEK testo taikymas ir reglamentavimo raida ES ir Lietuvoje	14
2. VEK TESTAS	20
2.1. VEK testas v. VEK principą.....	20
2.2. VEK testo samprata.....	22
2.3. VEK testo kritika.....	25
2.3.1. I tipo klaidų atsiradimo galimybė	25
2.3.2. II tipo klaidų atsiradimo galimybė.....	26
3. VEK TESTO RIBOS.....	28
3.1. VEK testo ribos Įgyvendinimo prioritetų gairėse ir po jų 2023 m. pakeitimų	28
3.2. VEK testo taikymo ribos praktikoje	29
3.2.1. Kaininis piktnaudžiavimas	30
3.2.2. Nekaininis piktnaudžiavimas	35
4. PASIŪLYMAI NAUJOMS GAIRĖMS	40
4.1. Pasiūlymai gairių struktūrai	41
4.2. Pasiūlymai VEK testo sampratai	42
4.3. Pasiūlymai VEK testo taikymui kartu su kitais testais.....	45
IŠVADOS	47
PASIŪLYMAI.....	49
ŠALTINIAI.....	50
SANTRAUKA	64
SUMMARY	65
PRIEDAI.....	66

SANTRUMPŲ SĄRAŠAS

EEB	Europos Ekonominė Bendrija
EK	Europos Komisija
ES	Europos Sąjunga
ESS	Europos Sąjungos Sutartis
ESTT	Europos Sąjungos Teisingumo Teismas
Įgyvendinimo prioritetų gairės	Komisijos komunikatas dėl Įgyvendinimo prioritetų taikant EB sutarties 82 straipsnį dominuojančių įmonių piktnaudžiaujamam antikonkurenciniam elgesiui gairių Nr. 2009/C 45/02
JAV	Jungtinės Amerikos Valstijos
LApT	Lietuvos apeliacinis teismas
LAT	Lietuvos Aukščiausiasis Teismas
LVAT	Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas
Komunikatas	2023 m. kovo 23 d. Europos Komisijos Komunikatas dėl pakeitimų Komisijos komunikato Įgyvendinimo prioritetų taikant EB sutarties 82 straipsnį dominuojančių įmonių piktnaudžiaujamam antikonkurenciniam elgesiui gairėms Nr. C(2023) 1923
Piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi gairės	2025 m. ketvirtajame ketvirtyje planuojamos priimti gairės
Priedas	Priedas prie 2023 m. kovo 23 d. Europos Komisijos Komunikato
S. a.	Metai nenurodyti (lot. <i>sine anno</i>)
SESV	Sutartis dėl Europos Sąjungos Veikimo
V.	Prieš (lot. <i>versus</i>)
VEK	Vienodai efektyvus konkurentas
VEK testas	Vienodai efektyvaus konkurento testas
Žr.	Žiūrint

IŽANGA

Temos aktualumas. ES teismams tris kartus panaikinus EK sprendimus dėl VEK testo argumentavimo klaidų buvimo, šio kriterijaus taikymas tapo neapibrėžtas jo sampratos ir ribų aspektu. 2022 m. sausio 26 d. Bendrasis Teismas *Intel* byloje panaikino EK sprendimu paskirtą 1,06 milijardo eurų baudą dėl netinkamai atlikto nuolaidų vertinimo galimam rinkos uždarymui (The General Court annuls ..., 2022). Nepaisant to, kad šis sprendimas dar gali būti pakeistas Teisingumo Teismo,¹ netinkamas VEK testo pritaikymas rodo jo problematiką. 2022 m. birželio 15 d. Bendrojo Teismo sprendimu *Qualcomm* byloje panaikinta 997 milijonų eurų bauda, skirta už iš išimtinumo susitarimų kylantį piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi. Šiame sprendime ESTT rėmėsi *Intel* byloje pateiktais išaiškinimais dėl įrodymų surinkimo tinkamumo ir vertinimo svarbos VEK testui (Abuse of dominance ..., 2022). 2022 m. rugsėjo 14 d. Bendrasis Teismas iš dalies panaikino EK sprendimą *Google Android* byloje dėl paviršutiniškos VEK testo analizės bei Google teisės būti išgirstam ribojimo (The General Court largely ..., 2022). Dėl to ESTT sumažino Google paskirtą 4,34 milijonų eurų baudą iki 4,125 milijonų eurų.² Šiems EK sprendimams esant panaikintiems dėl netinkamo kriterijų vertinimo, t. y. paties VEK testo trūkumų ar jo klaidingo taikymo, galima daryti išvadą, kad šie standartai nustatyti nepakankamai tiksliai.

SESV 102 straipsnyje apibrėžtas Piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi yra viena iš nedaugelio konkurencijos teisės institutų, kuriame nėra nustatyta jokių gairių antikonkurencinio elgesio analizei atlikti.³ Jei dominuojantis ūkio subjektas taiko išstumiančią kainodarą ir nustato nesąžiningas kainas, tai konkurentai patiria nuostolius ir aiškių kriterijų nustatymas tampa ypač svarbiu konkurencinei padėčiai rinkose išlaikyti. 2023 m. kovo 23 d. neįgyvendinus jokių konsultavimosi su visuomene procedūrų buvo paskelbtas EK Komunikatas ir jo Priedas, kuriais pakeistos Įgyvendinimo prioritetų gairės (2008) (Antitrust: Commission announces Guidelines ..., 2023). Toks EK žingsnis buvo atliktas reaguojant į ESTT panaikintus EK sprendimus *Intel*, *Qualcomm* ir *Google Android*

¹ Iš viešai prieinamų duomenų matyti, kad generalinio Teismo sprendimas buvo apskūstas ir šiuo metu nagrinėjamas Teisingumo teisme byloje *Intel*. Vis dėlto, generalinės advokatės L. Medina pateiktoje išvadoje siūloma šį skundą atmesti.

² Pažymėtina, kad šis sprendimas dar gali būti pakeistas, nes buvo apskūstas Teisingumo Teismui byloje *Google Android*.

³ Literatūroje pabrėžiama, kad priešingai kitoms ES konkurencijos teisės institutams, piktnaudžiavimui dominuojančia padėtimi nustatyti iki šiol nėra priimta jokių vertinimo kriterijus nustatančių EK gairių (angl. *guidelines*), o vertinimas yra nustatytas tik Įgyvendinimo prioritetų gairėmis (angl. *guidance*) (Jalabert-Doury et al., 2023). Nors vertime į lietuvių kalbą šios ypatybės nelieka, tačiau vertintina, kad EK 2025 m. siūlomos priimti Piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi gairės turės didesnę reikšmę.

bylose dėl VEK testo trūkumų arba netinkamo jo taikymo. Atlikus Įgyvendinimo prioritetų gairių ir jas pakeičiančio Komunikato sisteminę analizę matyti, kad jais siekiama sumažinti VEK testo formalų taikymą ir išplėsti EK intervencijos ribas, suteikiant platesnę galimybę vertinti situacijas, kuomet kyla pavojus išstumti ir ne tik VEK, bet ir mažiau efektyvų konkurentą. Taigi piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi vertinimo kriterijų nustatymas, o kartu ir vienas pagrindinių šio vertinimo įrankių – VEK testo pritaikomumas ir jo ribos, tapo vienu iš ES konkurencijos teisės prioritetų.

Be to, siekdama pakeisti esamą neišsames SESV 102 straipsnio reguliavimo ir neaiškius kriterijus numatančių gairių situaciją, 2023 m. kovo 23 d. EK paskelbė savo iniciatyvą 2025 m. priimti naujas Piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi gaires. Jomis bus siekiama užtikrinti didesnę teisinį aiškumą taikant SESV 102 straipsnį, reaguoti į susiformavusią praktiką ir išplėtotą tam tikrų sampratų aiškinimą.⁴ Daugiau nei 15 metų nekeistos gairės dėl sumažėjusio aktualumo privalo būti perrašytos nauja redakcija arba atnaujintos reaguojant į pakitusį VEK testo taikymą. Planuojama, kad EK 2024 m. viduryje viešai paskelbs gairių projektą komentarams pateikti, o Piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi gairės bus priimtos 2025 m. ketvirtame ketvirtyje.

Neatidėliotiną gairių pakeitimo poreikį įrodo ir tai, kad tik 2023 m. kovo 23 d. keistos Įgyvendinimo prioritetų gairės bus panaikintos priėmus Piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi gaires (2025). Atsižvelgiant į tai, kad Komunikato ir Priedo, vertintina, kad didelis dėmesys naujose gairėse bus skiriamas VEK testo sampratai, taikymui, ir ribų nustatymui bei įrodinėjimo procesui. Kadangi naujos gairės bus rengiamos pagal ES institucijų praktiką piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi bylose, tai ypač aktualu išanalizuoti VEK testą, nustatyti jo taikymo ribas bei galimas problemas.

EK patiriami sunkumai taikant VEK testą piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi bylose nėra išimtinis atvejis. Analogiškos kliūtys aktualios ir nacionaliniu lygiu Konkurencijos Tarybai ir teismams. Be to, Konkurencijos įstatymo 7 straipsniui iš esmės įtvirtinant SESV 102 straipsnio vertimą su atitinkamais pakeitimais (lot. *mutatis mutandis*), o nacionalinei praktikai remiantis ES pateikiamu šio straipsnio aiškinimu net ir tais atvejais, kai yra taikoma tik nacionalinė teisė, Piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi gairės neabejotinai pakeis VEK testo taikymą Lietuvos Respublikos nacionalinėje praktikoje. Nesant jokių Konkurencijos įstatymo 7 straipsnio taikymo gairių nacionaliniu lygmeniu, yra siūloma ne tik nustatyti tam tikrus pakeitimus ES lygmeniu, bet ir sukurti teisinį

⁴ Nuo Įgyvendinimo prioritetų gairių priėmimo EK priėmė 27 sprendimus, o ES teismai net 32 sprendimus (McCallum *et al.*, 2023, p. 2), tuo tarpu Įgyvendinimo prioritetų gairės iki 2023 m. kovo 23 d. keistos nebuvo.

aiškumą priimant Konkurencijos tarybos nutarimus dėl piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi vertinimo kriterijų.

Darbo tikslas. Įvertinus skirtingą VEK testo apibrėžtį ir taikymo ypatumus, nustatyti VEK testo sampratą, jo esamas pritaikymo ribas ir pateikti siūlymus dėl VEK testo reglamentavimo tobulinimo.

Darbo tikslui pasiekti yra formuojami šie pagrindiniai **uždaviniai**:

1. atliekant VEK testo raidos analizę JAV, ES ir Lietuvoje, atskleisti VEK testo atsiradimo tikslus bei poreikį, pirminį pritaikymą piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi bylose;
2. įvertinus skirtingas VEK testo apibrėžtis, jo taikymą skirtingose piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi formose, nustatyti VEK testo sampratą bei apibrėžti iš šios sampratos kylančias problemas;
3. analizuojant doktriną ir teismų praktiką įvertinti VEK testo pritaikomumą ir jo ribas piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi bylose, išaiškinti galinčias kilti taikymo problemas;
4. įvertinus gaires, teismų praktikos plėtojimąsi bei kylančias VEK testo taikymo problemas pateikti pasiūlymus naujoms EK gairėms ir nacionaliniam reguliavimui dėl VEK testo.

Darbo objektas. VEK testo sampratos ir jo taikymo ribų analizė.

Darbo metodai. Norint įvykdyti darbo uždavinius ir pasiekti išsikeltą tikslą naudojami šie metodai:

1. istorinis metodas – naudojantis juo įvertinta VEK testo raida JAV ir ES teismų praktikoje bei doktrinoje;
2. sisteminės analizės metodas – padėjo atskleisti VEK testo taikymo svarbą piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi bylose, apibrėžti VEK testo sampratą ir jo taikymo ribas;
3. tarpdisciplininės analizės metodas – pritaikytas vertinant VEK testo skirtingus variantus (pavyzdžiui, Čikagos ir Harvardo mokyklų testus) ir jų skirtumus, formuluojant bendrą sampratą;
4. lyginamasis metodas – pritaikytas siekiant įvertinti ankstesnius VEK testo variantus, VEK testo pritaikymą JAV ir ES, lyginant VEK testo taikymą kaininio ir nekaininio piktnaudžiavimo bylose;
5. lingvistinis metodas – naudotas siekiant išsiaiškinti sąvokų turinį, pavyzdžiui, apibrėžiant ekonomines sąvokas;

6. loginis (dedukcinis) metodas – pritaikytas siekiant nustatyti VEK testo taikymo ribas ir pateikti pasiūlymus gairėms pakeisti;
7. teleologinis ir dokumentų analizės metodas – naudotas siekiant išanalizuoti gairių turinį, susijusį su VEK testu, jų pakeitimų tikslus, tinkamai įvertinti JAV, ES ir Lietuvos teisės aktus.

Darbo originalumas. Lietuvoje nėra mokslinių darbų, kuriuose būtų išsamiai analizuojamas VEK testas ir jo taikymo ribos. Nors piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi jau yra vertintas kituose darbuose, tačiau nė viename jų nebuvo skiriama pakankamai dėmesio VEK bei kitiems piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi nustatymui taikomiems testams. Be to, be trumpų informacinių Komunikato ir Priedo publicistinių apžvalgų, Europoje nedaug darbų, kuriuose būtų išsamiai aptariami VEK testo reglamentavimo pokyčiai Piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi gairėse, pateikiami siūlymai potencialiems VEK testo taikymo pakeitimams ir formuojami pasiūlymai naujoms gairėms. Tai yra pirmasis mokslinis darbas Lietuvoje, kuriame išsamiai analizuojama VEK testo samprata ir VEK testo ribos. Tikimasi, jog šis darbas ne tik paskatins tolimesnį mokslinį diskursą VEK testo taikymo aspektu, tačiau jame pateikti siūlymai taps pagrindu teikiant pasiūlymus dėl EK pateiktų Piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi gairių projekto bei nacionalinio reguliavimo plėtrai.

Svarbiausi šaltiniai. Darbe remtasi įvairiais teisės šaltiniais: norminio pobūdžio teisės šaltiniais (SESV, Konkurencijos įstatymu), švelniosios teisės (angl. *soft-law*) šaltiniais - EK išleistais dokumentais (Įgyvendinimo prioritetų gairėmis, Komunikatu, Priedu, Konkurencijos politikos santrauka), teismų bei institucijų praktika (ES, JAV, Lietuvos). Šie šaltiniai pasirinkti, nes juose numatytas piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi draudimas ir tiesiogiai ar netiesiogiai nustatyti kriterijai vertinimui atlikti, apibrėžtas VEK testas. Daugiausia vadovautasi R. A. Posner bei P. E. Areeda ir D. F. Turner straipsniais, kuriuose suformuotas VEK testas, R. Whish, D. Bailey, M. Mandorff ir J. Sahl leidiniais ir straipsniais, kuriuose suformuota VEK testo samprata ir nustatytos VEK testo ribos tam tikrose piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi formose.

1. VEK TESTO ISTORINĖ RAIDA

1.1. Čikagos ir Harvardo mokyklų pasiūlyti testai ir jų pritaikymas JAV praktikoje

Tinkamų ir aiškių kriterijų nustatymas ūkio subjekto piktnaudžiavimui dominuojančia padėtimi tyrimui atlikti yra laikomas konkurencijos teisės siekiamybe. Nors verslo laisvės ir dirbtinių barjerų rinkoje nebuvimo svarba suvokta dar merkantilizmo⁵ (XV–XVIII a.) metu, tačiau konkurencijos teisė pradėjo formotis daug vėliau. Pirmąją priemonę kovoti su antikonkurenciniais susitarimais, monopolija ir karteliais tapo 1890 m. JAV Kongreso priimtas Šermano aktas (angl. *Sherman Antitrust Act*), o 1936 m. Robinsono ir Patmano aktu (angl. *The Robinson-Patman Act*) JAV nustatytas draudimas išstumti verslo subjektus iš rinkos. Šie teisės aktai žymi vadinamosios „populizmo eros“ pradžią, kuomet siekta apsaugoti mažus ūkio subjektus nuo didesniųjų išstūmimo iš rinkos (Bolton *et al.*, 1999, p. 2250). Iš pradžių teismų praktikoje šie teisės aktai taikyti vadovaujantis tikslo analize, piktnaudžiavimu laikant tuos kainų nustatymo veiksmus, kuriais buvo siekiama pabloginti konkurentų poziciją rinkoje.⁶ Vertinimui atlikti buvo naudojami abstraktūs kriterijai kaip „kainos nustatymas žemiau išlaidų“ (angl. *bellow-cost pricing*) ir „konkurencijos mažinimas“ (angl. *ruinous competition*) (Mandorff, 2013, p. 3). Tačiau šis standartas nebuvo tinkamas, nes į piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi veiksmus taip pat patekdavo prokonkurencinis elgesys ir inovacijų plėtra, nes siekiant pasiūlyti pigesnes ar geresnės kokybės prekes visada egzistuoja tikslas įgyti geresnę nei konkurentų padėtį rinkoje (Elhauge, 2003, p. 268).

Vienas pirmųjų bandymų atrasti tinkamus standartus piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi nustatymui buvo pasiūlytas JAV Aukščiausiojo Teismo *United States v. Grinnell Corp.* byloje. Aiškinant Šermano aktą nustatyti du elementai: (i) monopolinės galios buvimas atitinkamoje rinkoje ir (ii) sąmoningas šios galios įgijimas ar išlaikymas, kuomet nesukuriamas kokybiškesnis ar pigesnis produktas, neegzistuojant verslo sumanumui ar istoriniam atsitiktinumui. Taigi pirmiausiai problemą buvo siekiama išspęsti siūlant konkurento padėties bloginimo testą su prokonkurencine išimtimi. Tačiau nebuvo išaiškinta kaip vertinti abstrakčias „geresnės prekės“ ir „verslo sumanumo“

⁵ Merkantilizmas - (pranc. *mercantilisme* < it. *mercante* – pirklys), ankstyvojo kapitalizmo valstybių ekonominė politika, orientuota į užsienio prekybos ir rinkos ūkio plėtojimą, kapitalo kaupimą. Šalies gamintojų ir prekybininkų interesams apsaugoti buvo naudojamos protekcionizmo priemonės (Čiburienė, 2018).

⁶ Pavyzdžiui, JAV Aukščiausiojo teismo *Moore v. Mead's Fine Bread Co.* byloje nustatytas abstraktus konkurencijos naikavimo ar konkurento išstūmimo tikslas, kuris vėliau pakartotas JAV Apeliacinio Teismo *Forster Mfg. Co. v. FTC* (pirmos kolegijos), *Maryland Baking Co. v. Federal Trade Com'n* (ketvirtos kolegijos), *E.B. Muller Co. v. Federal Trade Commission* (šeštos kolegijos) bylose.

sąvokas, o į šiuos atvejus nepatenkantys prokonkurenciniai veiksmai vertinti kaip piktnaudžiavimas (Elhauge, 2003, p. 263).

Teismų praktikai nenustatant tinkamų kriterijų skatintiniams prokonkurenciniams ir antikonkurenciniams veiksams atskirti bei vieningiems standartams nustatyti, skirtingą požiūrį turinčių Harvardo ir Čikagos mokyklų akademikai ieškojo būdų kaip spręsti esamą problemą. Pirmasis galimą sprendimo būdą – VEK testo konceptą pasiūlė Čikagos universiteto teisės profesorius R. A. Posner dar 1974 m. publikuotame straipsnyje. Jis teigė, kad išstumiančios kainodaros kontekste turėtų būti draudžiami veiksmai, kuriais išstumiamas VEK arba šį padarinį tikėtina sukelti. Siekiant atriboti šiuos veiksmus nuo prokonkurencinių, išskirtos dvi ūkio subjektų praktikos. Pirma, prekių ar paslaugų teikimas už mažesnę nei ūkio subjekto patiriami trumpalaikiai ribiniai kaštai⁷ (angl. *short-run marginal cost*) kainą. Prekių teikimas už mažesnę nei ūkio subjekto prekių išpardavimui (į šiuos kaštus prekių savikaina neįskaitoma) patiriamos išlaidos kainą yra tikslingas tik siekiant išstumti iš rinkos VEK (Posner, 1974, p. 518-519). Taigi, autorius suformavo verslo logika pagrįstą prezumpciją, kad nustatant mažesnes nei trumpalaikiai ribiniai kaštai kainas, egzistuos grobuoniška kainodara. Antra, draustinas prekių teikimas už mažesnę nei patiriami ilgalaikiai ribiniai kaštai (angl. *long-run marginal cost*) kainą, siekiant išstumti konkurentą iš rinkos (Posner, 1974, p. 519). Anot R. A. Posner, vien pats mažesnės kainos nei ilgalaikiai ribiniai kaštai nustatymas *per se* nereiškia, kad yra išstūmimo iš rinkos siekis, o atvirkščiai – jis gali reikšti ir verslo subjekto ketinimą pasitraukti iš rinkos dėl efektyvesnių konkurentų. Atsižvelgiant į tai, kad toks kainų nustatymas ne visada vertintinas kaip socialiai nenaudingas elgesys, jis laikomas neteisėtu tik tinkamai įrodžius siekį išstumti VEK iš rinkos. Vien tik prekių pardavimas žemiau trumpalaikių ribinių kaštų ribos *per se* neturėtų būti vertinamas antikonkurenciniu, nes egzistuoja įprasta verslo praktika siūlyti savo prekes ribotą periodą nemokamai arba už ypač mažą kainą, tikintis galimų pajamų vėliau.⁸ Kadangi toks prekių teikimas potencialiam pirkėjui vykdomas ypač ribotą periodą, jis neturėtų išstumiančio poveikio VEK. R. A. Posner siūlo prekės kainą nustatinėti pagal visas iš tokio pardavimo gautas pajamas ateityje (išskyrus monopolines rinkas) (1974, p. 519), taip sukuriant tikrosios prekės kainos įrodinėjimo problemą. Taigi VEK testo samprata buvo pradėta formuoti 1974 m.

⁷ Nors Įgyvendinimo prioritetų gairėse sistemiškai yra naudojamas žodis „sąnaudos“ kaip žodžio „costs“ vertimas iš anglų kalbos, tačiau atsižvelgiant į sąvokų vartojimą literatūroje, šiame darbe žodžiai „kaštai“ ir „sąnaudos“ bus vartojami kaip sinonimai.

⁸ Pavyzdžiui, supažindinant potencialius pirkėjus su nauju produktu ar suteikiant galimybę ribotą laikotarpį išbandyti produktą potencialiam naujam pirkėjui. Taip pat siekdamas parodyti naują prekę potencialiai rinkai, parduoti greitai gendančius produktus ūkio subjektui sunkiu periodu ir taip bent šiek tiek kompensuoti anksčiau patirtus kaštus. Atitinkamai gali būti siekiama parduoti ir technologiškai greitai senstančias (ar jau pasenusias) prekes (Baumol, 1996, p. 54).

Konkuruojantį būdą pagrįsti piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi plėtojo Harvardo universiteto teisės profesoriai P. E. Areeda ir D. F. Turner 1975 m. publikuotame straipsnyje. Autoriai antikonkurencinius veiksmus pasirinko analizuoti pasitelkdami Platono dedukcinį metodą, t. y. hipotetiškai vertindami kaip būtų nustatinėjamos kainos tobulos konkurencijos atveju. Atsižvelgiant į tai, kad tobulos konkurencijos atveju rinkos kaina būtų lygi ribiniams kaštams, tai ūkio subjektas visada siektų padidinti pelną (arba sumažinti praradimus) prekes parduodamas patiriamų ribinių kaštų kaina, todėl toks elgesys turėtų būti laikomas teisėta praktika (Areeda, Turner, 1975, p. 702). P. E. Areeda ir D. F. Turner sutiko su R. A. Posner vertinimu, kad kainų nustatymo žemiau trumpalaikių ribinių kaštų ribojimas gali rodyti antikonkurencinį elgesį, kadangi siekdamas maksimizuoti pelną ūkio subjektas gali aukoti pelną trumpuoju periodu, tikėdamasis gauti didesnę pelną ateityje, kuomet dėl konkurentų pasitraukimo iš rinkos bus galima taikyti monopolinę kainodarą. Skirtingai nuo R. A. Posner, žemesnių nei trumpalaikiai ribiniai kaštai kainų nustatymas *per se* nesukuria neteisėtumo prezumpcijos, o vertinamas kaip būtina sąlyga antikonkurenciniam elgesiui nustatyti. Vienintelė tokio vertinimo išimtis - kuomet dominuojančio ūkio subjekto nustatytos kainos yra žemiau ribinių kaštų ribos, tačiau yra aukštesnės nei vidutiniai kaštai (1975, p. 713). Tokiais veiksmais iš esmės būtų apribotas tik naujų konkurentų atėjimas į rinką, nepaveikiant esamų konkurentų padėties. Ši išimtis dominuojančiam subjektui nesuteikiama, siekiant supažindinti pirkėjus su naujais produktais sumažinus kainas žemiau ribinių kaštų, nes P. E. Areeda ir D. F. Turner vertinimu, tokie veiksmai suteikia dar didesnę pranašumą prieš smulkiuosius ūkio subjektus. Rinkai subalansuoti ir konkurencijai išlaikyti yra būtina numatyti pozityvią diskriminaciją dominuojančio ūkio subjekto atžvilgiu.

Skirtingai nei R. A. Posner, P. E. Areeda ir D. F. Turner atlaidžiau vertino lygių ar aukštesnių nei ribiniai kaštai kainų nustatymą. Nors šiuo atveju nėra užtikrinamas maksimalus pelnas, tačiau taip pat iš rinkos negali būti išstumtas VEK (Areeda, Turner, 1975, p. 711). Tuo tarpu analizuodami ribiniams kaštams lygią ar didesnę monopolisto nustatytą kainodarą, autoriai kaip probleminius išskiria du atvejus: (i) žemų kainų nustatymą, kuomet egzistuoja dideli barjerai konkurentams patekti į rinką; (ii) žemų kainų nustatymą siekiant išstumti iš rinkos konkurentus (1975, p. 705). Nors atkreipiamas dėmesys į galimus „pilkos zonos“ atvejus, skirtingai nei R. A. Posner, autoriai teigia, kad šių atvejų laikymas piktnaudžiavimu galėtų varžyti technologinę pažangą ar trukdytų iš rinkos išstumti neefektyvius konkurentus. Taigi vertinta, jog lygių ar virš šių kaštų ribos kainodaros nustatymas negali paveikti VEK, jeigu neegzistuoja kitos sąlygos, ribojančios našumą ar sukuriančios papildomus barjerus patekti į rinką.

Įdomiausias P. E. Areeda ir D. F. Turner pasiūlytas pokytis – vadovavimasis ne ribiniais, o vidutiniais kaštais (1975, p. 716-718). Toks pakeitimas padarytas atsižvelgiant į praktinį ribinių kaštų nustatymo sudėtingumą ir aiškų vidutinių kaštų dydį, kuris dažniausiai yra didesnis už ribinius kaštus (žr. 1 lentelę).

1 lentelė. **Kaštų rūšys ir jų įrodinėjimas**

Kaštų rūšis	Kaštų apibrėžimas	Kaštų nustatymo (įrodinėjimo) sudėtingumas
Ribiniai kaštai	Ekonomine prasme tai papildomos išlaidos, padidinus produkcijos apimtį ir patirtos gaminant vieną papildomą gamybos vienetą (Jääskinen išvada, 2012; Westfield, 1966, p. 67).	Nesant vienodos ribinių išlaidų nustatymo metodikos, susiduriama su sunkumais norint surinkti išsamius statistinius duomenis (Jääskinen išvada, 2012). Pavyzdžiui, išlaidų, susijusių su remonto ir priežiūros darbais, sniego ir ledo valymu nuo bėgių arba signalizacijos ir apsaugos sistemų naudojimu, priskyrimas priklauso nuo subjektyvių vertinimų, kurie daro didelį poveikį ribinių išlaidų nustatymo rezultatui (Suvanto, 2004). Dažnai kritikuojami kaip teorinis rodmuo, rodantis produkcijos lygį tobulos konkurencijos sąlygomis (Whish, Bailey, 2021, p. 755).
Vidutiniai kintami kaštai	Visos patirtos sąnaudos, kintančios priklausomai nuo pagaminto prekių kiekio (ESTT AKZO byla).	Kadangi ribinius kaštus yra sudėtinga nustatyti, tai teismų praktikoje vidutiniai kintami kaštai priimtas kaip netobulas šio rodiklio pakaitalas (Baumol, 1996, p. 49). Kuomet didinamos produkcijos apimtys, jis gali būti žemesnis nei ribiniai kaštai, kas lemia klaidingus neigiamus piktnaudžiavimo rezultatus (Edlin ir Farrell, 2002, p. 19).
Vidutiniai bendrieji kaštai	Sudaro fiksuoti ir kintami kaštai (ESTT AKZO byla). Jie yra didesni už vidutinius kintamus kaštus (Whish, Bailey, 2021, p. 757).	Nors nustatymas neatrodo keliantis sunkumus, tačiau sudėtinga įvertinti atvejus, kuomet vienas subjektas gamina kelias prekes. Tokiu atveju bendrų sąnaudų priskyrimas konkrečiai prekei yra daugiau sąlyginis procesas (Mano ir Durand, 2005, p. 33), nes patirtų išlaidų neįmanoma tiksliai paskirstyti.

Šaltinis: sudaryta autorės.

Nors JAV VEK testo taikymas bei piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi analizė netrukus buvo siejama su kainų žemiau vidutinių kintamų kaštų lygio nustatymu, tačiau F. M. Scherer (1976, p. 890) teisės ir ekonomikos doktrinoje šią sąsają kritikavo, nurodydamas, kad formalus kaštų dydžio vertinimas, vietoj tikslo ir padarinių analizės, gali

lemti ekonomiškai nepagrįstų sprendimų priėmimą. Tuo tarpu J. A. Ordover ir G. Saloner (1987, p. 582) laikėsi pozicijos, jog kaininio piktnaudžiavimo veiksmų nustatymas negali būti siejamas išimtinai su ribiniais ar vidutiniais kintamais kaštais, nes piktnaudžiavimo esmė yra signalizavimas konkurentui, kad šis neitų į rinką ar iš jos pasitrauktų. Darbo autorės nuomone, būtent P. E. Areeda ir D. F. Turner pasiūlyto VEK testo populiarumas (ypač kainų vertinimas atsižvelgiant į kaštus) lėmė JAV įsivyravusį formalų kaštų ir taikomos kainodaros vertinimą piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi bylose. Vadinasi, nors VEK testas apibrėžė aiškesnius kriterijus antikonkurencinio elgesio analizei atlikti, tačiau taip pat sukurtos *ad hoc* vertinimo taisyklės, įtvirtinančios formalų monopolijos vertinimą, paremtą kaštų teorija.

Nors P. E. Areeda ir D. F. Turner VEK testas netrukus pritaikytas JAV teismų praktikoje,⁹ tačiau kartu susidurta su jo taikymo praktinėmis problemomis, *inter alia* sudėtingai įgyvendinama ieškovo (nukentėjusiojo) įrodinėjimo pareiga (Causby, 1992, p. 301), kas dažnai lemdavo sprendimų atmesti kaltinimus dėl kaininio piktnaudžiavimo priėmimą. Nepaisant šių sunkumų, VEK testas tapo atspirties tašku teisei analizei piktnaudžiavimo bylose atlikti, kuomet ūkio subjektų nustatomos mažesnės kainos nei patiriami ribiniai kaštai (Kovacic, 2007, p. 45). Galiausiai, teismų praktikoje išsigrynino trys Harvardo mokyklos pasiūlyto testo variantai (žr. 2 lentelę) (Broadley, Hay, 1981, p. 769), kurie numatė lankstesnius standartus, leidžiančius nustatyti pažeidimo buvimą.

2 lentelė. P. E. Areeda ir D. F. Turner testo pritaikymas JAV teismų praktikoje

Testo variantai	Byla	Bylos rezultatas
Ribinių kaštų standartas (P. E. Areeda ir D. F. Turner standartas)	<i>Weber v. Wynne</i>	Piktnaudžiavimas nenustatytas. Byloje nustatyta, kad laikraščių iškarpų paslaugos ribiniai kaštai yra lygūs vidutiniams bendriesiems kaštams. Kadangi nepateikta duomenų, kad ūkio subjekto nustatytos kainos yra žemesnės už vidutinius bendruosius kaštus, nenustatytas barjerų patekti į rinką buvimas ar reali galimybė monopolizuoti esamą rinką, tai toks kainų nustatymas nelaikytas piktnaudžiavimu.
	<i>Murphy Tugboat Co. v. Crowley</i>	Piktnaudžiavimas nenustatytas. Atsakovo nustatytos kainos buvo aukštesnės nei ieškovo. Atsakovui kainas nustačius aukščiau vidutinių kintamų kaštų lygio, vertinta, kad ieškovas turėjo galimybę pakelti kainas. Kadangi ieškovo patirta žala galima laikyti tik dėl atsakovo veiksmų negautas pajamas ir verslo vertę (jei

⁹ Vos per dviejų mėnesių laikotarpį nuo straipsnio išleidimo šis testas buvo pritaikytas JAV Apeliacinio Teismo *Hanson v. Shell Oil Co.* ir *International Air Industries, Inc. v. American Excelsior Co.* bylose ir abejose reikalavimai dėl kaininio piktnaudžiavimo buvo atmesti.

		pasitraukiama iš rinkos), o ne gautas papildomas pajamas dėl nekonkurencingo ieškovo kainų lygio. Ieškovo reikalauta žala pripažinta neįrodyta.
Padidintų ribinių kaštų standartas. Piktnaudžiavimas gali būti nustatytas esant: (i) aukštiems įėjimo barjerams arba (ii) kitiems faktoriams	<i>Robert's Waikiki U-Drive, Inc. v. Budget Rent-A-Car Systems, Inc.</i>	Piktnaudžiavimas nenustatytas. Ieškovas kreipėsi dėl atsakovo išstumiančio pobūdžio veiksmų automobilių nuomos rinkoje, nes pastarasis sudarė sandorius su dviem oro linijomis. Teismas vertino, kad vien konkurentų negalėjimas parduoti pigios prekės <i>per se</i> nerodo kaininio piktnaudžiavimo, jeigu nėra išstumiančio pobūdžio. Nors kiti ūkio subjektai negalėjo veiksmingai konkuruoti dėl tam tikros pirkėjų dalies, byloje nepateikta įrodymų, kad tai lėmė jų išstūmimą iš rinkos.
	<i>Borden, Inc. v. Federal Trade Commission</i>	Pripažintas piktnaudžiavimas. Byloje buvo susidariusi unikali situacija, kuomet monopolistas dėl tinkamos prekės reklamos ir pirkėjų akceptabilumo galėjo taikyti net 30 proc. aukštesnę kainą nei konkurentai. Tuo tarpu kitų VEK ūkio subjektų kainos geografinėje teritorijoje buvo nepaaiškinamai mažos ir VEK buvo priversti prekes pardavinėti žemesnėmis nei patiriami kaštai kainomis. Nustatytas ypač didelių barjerų geografinėje rinkoje buvimas.
	<i>Chillicothe Sand and Gravel Co. v. Martin Marietta Corp.</i>	Piktnaudžiavimas nenustatytas. Nors ūkio subjektas nustatė žemas kainas, tačiau jos niekada nebuvo mažesnės už vidutinės kintamas kainas. Naujų subjektų patekimas į rinką nebuvo ribojamas. Taip pat analizuotas prekių susiejimas, tačiau nustačius, kad šis veiksmas buvo vykdomas dėl paties pirkėjo prašymo ir intereso gauti kelias prekes iš vieno šaltinio, pažeidimas nenustatytas.
	<i>California Computer Prods., Inc. v. IBM Corp.</i>	Piktnaudžiavimas nenustatytas. Atsakovas išrado diskus ir tapo jų dominuojančiu tiekėju. Byloje vertinta, kad atsakovas turėjo teisę reaguoti į konkurentų veiksmus ir sumažinti prekių kainą iki ne mažesnio nei pelninga kainų lygio. Išaiškinta, kad atsakovas turėjo teisę keisti prekių dizainą, siekdamas sumažinti prekių gamintojų kainą ar padaryti juos patrauklesnius pirkėjams.
	<i>Pacific Eng'r & Prod. Co. v. Kerr-McGee Corp.</i>	Pripažintas piktnaudžiavimas. Abu ūkio subjektai turėjo pakankamus pajėgumus patenkinti visai amonio perchlorato paklausai. Kadangi gaminami beveik identiški produktai, tai bet kurios iš jų kainos sumažinimas lemtų kito išstūmimą iš verslo. Įmonės didinti gamybos apimtis skatino mažėjantys ribiniai kaštai kiekvienam naujam vienetui. Nustačius, kad nors atsakovo prekių kainos visada viršijo ribinius ir

**Vidutinių
bendrųjų kaštų
standartas**

	vidutinius kintamus kaštus, tai dar neleido daryti vienareikšmiškos išvados, kad nebuvo piktnaudžiavimo veiksmų. Pastarieji nustatyti diskriminacinio pobūdžio kainų pirkėjams siūlyme, kuomet didmeniniai pirkėjai prekes įsigydavo kelis kartus pigiau.
<i>Richter Concrete Corp. v. Hilltop Basic Resources, Inc.</i>	Piktnaudžiavimas nenustatytas. Vertintas galimas cemento mišinio rinkos monopolizavimas. Nustatyta, kad atsakovas neturėjo realios galimybės monopolizuoti rinką (didžiausia rinkos dalis galėjo siekti 44 proc.), o naujų konkurentų patekimas į rinką buvo nesudėtingas. Atitinkamai nenustatytas antikonkurencinis tikslas ar poveikis.
<i>Transamerica Computer Co. v. IBM Corp.</i>	Piktnaudžiavimas nenustatytas. Vertinta, kad atsakovas nemonopolizavo centrinių procesorių gamybos rinkos, nes nustatytos kainos buvo didesnės už vidutinius bendruosius kaštus ir atsakovas neturėjo galimybių monopolizuoti rinką. Be to, pirkėjai būtų pasirinkę konkurentus, jeigu atsakovas, siekdamas kompensuoti grobuoniškos kainodaros praradimus, būtų pakėlęs kainas.
<i>O. Hommel Co. v. Ferro Corp.</i>	Piktnaudžiavimas nenustatytas. Nepaisant to, kad atsakovo kainos tam tikru laikotarpiu buvo žemesnės už vidutinius bendruosius kaštus, bet aukštesnės už vidutinius kintamus kaštus, piktnaudžiavimas nenustatytas, nes atsakovo rinkos dalies procentas lyginant su konkurentais sumažėjo. Neegzistavo reali galimybė monopolizuoti rinką.

Šaltinis: sudaryta autorės.

Taigi, nors deklaruojama, kad taikomas P. E. Areeda ir D. F. Turner testas, tačiau teismų praktikoje netrukus atsirado trys šio testo variantai, į kuriuos buvo įtraukiami R. A. Posner pasiūlyti kriterijai, t. y. nustatyti griežtesni kriterijai, kuomet dominuojančio ūkio subjekto elgesys bus laikomas antikonkurenciniu. Darbo autorės nuomone, būtent dėl tokių vertinimo skirtumų praktikoje atsirado VEK testo sampratos nevienodas aiškinimas, t. y. jį taikant siaurai ir vertinant kaip kaštų analizės priemonę arba numatant plačią šio testo sampratą, į kurią patenka ketinimai, ribinė kainodara, su kainų nustatymu nesusiję veiksmai ir patekimo į rinką barjerai (Causby, 1992, p. 302). Nors *expressis verbis* nėra įvardijama, tačiau Harvardo mokyklos pasiūlyto testo variantas pastebimas ir JAV Aukščiausiojo Teismo praktikoje, kuomet analizuotas ne vien nustatytų kainų ir patiriamų išlaidų

skirtumas, bet ir išstumiančio antikonkurencinio susitarimo¹⁰ ar realios galimybės vėliau pakėlus kainas padėti taikytos grobuoniškos kainodaros nuostolius.¹¹

Nepaisant Harvardo mokyklos pasiūlyto testo populiarumo Čikagos mokykla toliau gynė savo VEK testo išstumiantiems veiksams taikymą. Patikslinęs anksčiau siūlytus kriterijus ir jų nesiedamas su ūkio subjekto patiriamais kaštais, R. A. Posner sukūrė įrodinėjimu pagrįstą dviejų dalių testą, kurio esmė yra įrodyti, kad galimai piktnaudžiaujantis dominuojančia padėtimi ūkio subjektas, pirma, turi monopolinę galią rinkoje, antra, šio subjekto veiksmai gali išstumti iš rinkos lygiavertį ar efektyvesnį konkurentą (Posner, 2001, p. 149). Nepaisant pokyčių, Čikagos mokyklos VEK testo variantas JAV teismų praktikoje buvo perimtas ne tik lėčiau nei P. E. Areeda ir D. F. Turner VEK testas, tačiau pritaikytas labiau ribotai bei tik žemesniųjų instancijų teismų (Mandorff, Sahl, 2013, p. 6).

Taigi VEK testo ištakas galima rasti JAV Čikagos ir Harvardo mokyklų XX a. vidurio teisės ir ekonomikos doktrinoje, kuria siekta užpildyti piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi vertinimo spragas ir nustatyti tinkamus kriterijus Šermano akto 2 skirsnio ir Robinsono-Patmano akto taikymui.¹² Nepaisant testo kritikos, P. E. Areeda ir D. F. Turner pasiūlytas testas netrukus buvo pradėtas taikyti teismų praktikoje, jo problemas sprendžiant praktikoje suformuojant kelis šio testo variantus, kuriais *de facto* buvo perimtos tam tikros R. A. Posner pateikto vertinimo dalys.

1.2. VEK testo taikymas ir reglamentavimo raida ES ir Lietuvoje

ES 1957 m. sudarius Romos sutartį ir 87 straipsnyje¹³ nustačius draudimą piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi, jeigu tai galėtų paveikti prekybą tarp valstybių narių, iš esmės susidarė panaši situacija kaip ir JAV, kuomet nebuvo nustatytų aiškių kriterijų vertinimui atlikti. Supratus būtinybę nustatyti standartus, šie skirtingai nei JAV pradėti plėtoti pirmiausia ne ES valstybių narių teisės doktrinoje, o pritaikant už Atlanto jau suformuotą VEK testą ES institucijų praktikoje. Nors pirmieji bandymai apibrėžti piktnaudžiavimą ESTT pateikti *Hoffman-La Roche* sprendime suteikė kiek daugiau aiškumo nei JAV Aukščiausiojo Teismo *United States v. Grinnell Corp.* sprendime pateikti neaiškūs

¹⁰ Vertinta JAV Aukščiausiojo Teismo byloje *Matsushita Electric Industrial Co v. Zenith Radio Corp.*

¹¹ JAV Aukščiausiojo Teismo *Brooke Group Ltd v. Brown & Williamson Tobacco Corp.* byloje išaiškinta, kad siekiant nustatyti kaininį piktnaudžiavimą turi būti įrodytos dvi sąlygos: (i) kainodara turi būti mažesnė už ūkio subjekto patiriamus kaštus ir (ii) ūkio subjektas turėjo realią galimybę vėliau išstumti konkurentus susigrąžinti patirtus nuostolius.

¹² Šiuo metu jie kodifikuoti JAV kodekso 15 antraštinės dalies 1 skyriuje.

¹³ Romos sutarties 86 straipsnis iš esmės išliko nepakitęs iki dabar: jis su minimaliais pakeitimais buvo perkeltas į Europos Bendrijos steigimo sutarties 82 straipsnį, o vėliau SESV 102 straipsnį.

„aukščiausios kokybės produkto“ ir „verslinio įžvalgumo“ kriterijai (Elhauge, 2003, p. 261-262), tačiau nurodyti abstraktūs trukdymo kitiems ūkio subjektams ir *per se* konkurencijos iškreipimo standartai nepašalina kilusių vertinimo kriterijų aiškumo problemų.

Įprastai VEK testo ištakos ES yra siejamos su pirmuoju ESTT sprendimu dėl kaininio piktnaudžiavimo AKZO byloje. Nors EK nusprendė taikyti tik antikonkurencinio tikslo buvimo kriterijų, nepriklausomai nuo piktnaudžiaujančio ūkio subjekto nustatytų kainų lygio (EK ir ESTT sprendimai AKZO byloje), ESTT nesutiko su tokiu vertinimu. Suformuota panašaus į JAV Aukščiausiojo Teismo byloje *Brooke Group Ltd v. Brown and Williamson Tobacco Corp.* pateikta VEK testo variantas, kuriuo vertinamas ne tik galimai piktnaudžiaujančio subjekto nustatytas kainų lygis, bet ir antikonkurencinių padarinių kilimo galimybė. Pirma, išaiškinta, kad esant žemiau kintamų kaštų ribos nustatytoms kainoms, kuriomis siekiama išstumti konkurentus, toks elgesys turi būti pripažintas piktnaudžiavimu, nes jam nėra kito paaiškinimo kaip tik siekis išstumti konkurentus iš rinkos (ESTT sprendimas AKZO byloje). Taigi, šioje dalyje perimta R. A. Posner teste suformuota piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi prezumpcija. Antra, nustatytos kainos, esančios aukščiau vidutinių kintamų kaštų ribos, bet žemiau už vidutinius bendruosius kaštus, gali būti laikomos piktnaudžiavimu, jeigu dėl jų yra iš rinkos išstumiamas „veikiausiai toks pats efektyvus konkurentas“ kaip ir dominuojantis ūkio subjektas. Todėl ES buvo atmesta P. E. Areeda ir D. F. Turner pasiūlyta normali kaštų analizė ir taikytas modifikuotas 1974 m. R. A. Posner pasiūlytas testas, jį pakeičiant pagal JAV teismų praktikoje susiformavusią P. E. Areeda ir D. F. Turner testo padidintų ribinių kaštų variantas. Vertintina, kad žodis „veikiausiai“ (angl. *perhaps*) sprendime kilo iš P. E. Areeda ir D. F. Turner suformuotos abejonės, kad nors konkurentas gali būti vienodai efektyvus, bet dėl savo prastesnės finansinės padėties rinkoje¹⁴ yra paveiktas konkurento antikonkurencinių veiksmų (Mandorff, Sahl, 2013, p. 7). Nepaisant to, kad AKZO byloje pateiktas vertinimas yra panašus į *Brooke Group Ltd v. Brown & Williamson Tobacco Corp.* byloje, tačiau dėl skirtingų teisės tradicijų ir egzistuojant kitokioms konkurencijos teisės sistemoms pastebėtini keli VEK testo taikymo skirtumai (žr. 3 lentelę). Vienas jų – kainų sąnaudų testo (angl. *price cost test*) taikymas kartu su VEK testu ES teismų praktikoje. Šie du testai JAV Aukščiausiojo Teismo *Brooke Group Ltd* (1993) byloje, skirtingai nuo JAV apeliacinės instancijos teismų,¹⁵ nebuvo laikyti susijusiais (Nazzini, 2012, p. 222).

¹⁴ Pavyzdžiui, dėl mažesnio likvidaus turto dydžio, ribotos prieigos prie išteklių, mažesnių galimybių gauti nuolaidas iš tiekėjų ir pan.

¹⁵ Pavyzdžiui, JAV Apeliacinio teismo byloje *Northeastern Tel. Co. v. Am. Tel. Tel. Co.* išaiškino, kad ribinių kaštų ir nustatytos kainodaros analizė atitinka Šermano akto tikslą skatinti konkurenciją. Atitinkamai P.

3 lentelė. VEK testo taikymo palyginimas *AKZO (1991)* ir *Brooke Group Ltd (1993)* bylose

Kriterijai	<i>AKZO (1991)</i> byla	<i>Brooke Group Ltd (1993)</i> byla
Piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi teisinis pagrindas	SESV 86 straipsnis (dabar – 102 straipsnis).	JAV kodekso 15 antraštinės dalies 1 skyriaus 13a straipsnis.
Rinkos santykiai	<i>AKZO</i> dominuojanti padėtis.	Oligopoliniai.
Analizuojami kaštai	Vidutiniai kintami kaštai ir vidutiniai bendrieji kaštai.	„Žemiau konkurento kaštų atitinkamo mato“. ¹⁶
VEK testo sąlygos	Jei kainos nustatomos žemiau vidutinių kintamų kaštų, tai preziumuojamas piktnaudžiavimas. Jei žemiau vidutinius bendruosius kaštus, bet aukščiau nei vidutiniai kintami kaštai, tai turi būti tikslas išstumti konkurentą.	(i) kainos yra mažesnės už atitinkamą konkurento kaštų matą, (ii) yra didelė tikimybė susigrąžinti investicijas už taikytas mažesnes nei kaštai kainas.
Padarinių poreikis	Antikonkurencinių padarinių kilimas nebūtinai, bet reikia realios jų kilimo tikimybės, kuomet kainos nustatytos žemiau vidutinių bendrųjų kaštų.	Antikonkurencinių padarinių kilimas nebūtinai, bet reikia jų realios kilimo tikimybės.
Įrodinėjimo sudėtingumas	Žemesnė įrodinėjimo pareiga, nes reikia įrodyti žemesnes už kaštus kainas ir tikslo išstumti konkurentą buvimą.	Aukšta įrodinėjimo pareiga, nes privaloma įrodyti ne tik žemesnes nei kaštai kainas, bet ir realią tikimybę paveikti konkurentus ar susigrąžinti nuostolius.
Kitų testų (be VEK testo) taikymas	Kainų sąnaudų testo taikymas	Vartotojų gerovės testo (angl. <i>consumer welfare test</i>) taikymas

Šaltinis: sudaryta autorės.

Taigi nors VEK testo susiejimas su konkrečiais kaštų dydžiais JAV žemesniųjų teismų praktikoje įsivyravo gerokai anksčiau nei ES, tačiau JAV Aukščiausiasis Teismas vengė jį susieti su konkrečių kaštų dydžio analize. Taip pat dėl ne tokios aukštos įrodinėjimo pareigos, ES institucijos gerokai dažniau pripažindavo piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi pasitelkdami VEK testą nei JAV.

Areeda ir D. F. Turner suformuotas testas pritaikytas JAV Aukščiausiojo Teismo *MCI Communications Corp v. American Telephone and Telegraph Co.* byloje.

¹⁶ Nors šioje byloje JAV Aukščiausiasis Teismas nepateikė paaiškinimo, pagal kokius kaštus reikėtų vertinti piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi, tačiau *United States v. AMR Corp.* byloje išaiškinta, kad turėtų būti vadovaujamasi ribiniais kaštais, o negalint jų nustatyti – vidutiniais kintamais kaštais kaip artimiausiu dydžiu (Edlin, 2018, p. 1006).

Nors doktrinoje ir teismų praktikoje VEK testas suformuotas ir pradėtas taikyti pakankamai anksti, tačiau jis į teisinį reglamentavimą (*soft law* šaltinius) perkeltas tik 2008 m. EK priėmus Įgyvendinimo prioritetų gaires. Iki tol tam tikri abstraktūs VEK testo taikymo principai buvo priimti tik sektoriniame reguliavime, pavyzdžiui, EK Pranešime apie konkurencijos taisyklių taikymą prisijungimo susitarimams telekomunikacijų sektoriuje.¹⁷ Pagrindinis tikslas priimant Įgyvendinimo prioritetų gaires buvo pakeisti ES konkurencijos teisės atskaitos tašką nuo konkurentų apsaugos *per se* į konkurencijos apsaugą (Whish, Bailey, 2021, p. 202). Jau iš 2005 m. gruodžio 19 d. EK pranešimo spaudai bei EK Konkurencijos diskusinio dokumento (2005) matyti, kad šiam tikslui pasiekti pasitelktas VEK testas. Nepaisant to, kad ESTT AKZO byloje nurodė VEK testo variantą, tačiau EK žengė JAV Aukščiausiojo Teismo keliu ir Įgyvendinimo prioritetų gairėse nurodė tik bendrą išaiškinimą apie EK atliekamą patiriamų kaštų ir taikomos kainodaros ekonominių duomenų analizę bei vertinimą, ar tokiomis kainomis yra padengiamos sąnaudos (25 punktas). Atitinkamai, piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi tyrimas, paremtas VEK testu, atliekamas tada, kai nustatoma, kad taikoma kainodara gali apriboti efektyvių konkurentų galimybes (27 punktas). Tokio abstraktaus kriterijaus nustatymas netrukus lėmė debatus apie teismų praktikoje, kada ir kaip VEK testas turėtų būti taikomas (Barbera *et al.*, 2023, p. 4). Skirtingai nei JAV Aukščiausiasis Teismas, EK nevengė nustatyti kaštų, pagal kuriuos bus atliekamas vertinimas, rūšies, tačiau EK rekomenduojami analizuoti kaštai skiriasi nuo AKZO byloje nurodytų.¹⁸ Grobuoniškos kainodaros bylose EK pažymi pelno siekimo (angl. *profit sacrifice test*) ir VEK testų taikymą. Pelno siekimo testas šiuo atveju yra abstraktus ekonominio tikslingumo kriterijus, padedantis identifikuoti patiriamus nuostolius net kainoms esant virš kaštų lygio, lyginant su trumpo periodo pelno maksimizavimo kaina, o VEK testas - saugikliu, užtikrinančiu, kad nebūtų išstumti efektyvūs konkurentai, taikant žemesnes nei patiriami ilgo laikotarpio vidutiniai padidėjimo kaštai (Mandorff, Sahl, 2013, p. 9). Pelno siekimo testas kaip ir VEK testas yra abstraktus ir mažai reglamentuotas. Taigi, Įgyvendinimo prioritetų gairėse numatytas abstraktus VEK testo taikymas suteikia EK didelę laisvę atlikti piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi vertinimą, tačiau toliau VEK testas buvo formuojamas *ad hoc* ES teismų.

¹⁷ Jų 118 punkte numatyta, kad piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi gali atsirasti ūkio subjektui esant vertikaliai integruotam pasrovinėje rinkoje ir nustatant prisijungimo kainas, kurių skirtumas su tik pasrovinėje rinkoje veikiančiu konkurentu yra nepakankamas, kad leistų konkurentui gauti pelną, išskyrus, kai dominuojantis ūkio subjektas įrodo, kad jo veikla yra ypač efektyvi.

¹⁸ EK orientaciniais vertinamais kaštais pasirinko vidutinius nebūtinus kaštus ir ilgo laikotarpio padidėjimo kaštus (26 punktas), tačiau jų vertinimas nėra privalomas ir gali būti atliekama kitų kaštų analizė.

Stipri ES konkurencijos teisė daro didelę įtaką Lietuvos nacionalinei teisei. Konstitucijos 46 straipsnio 3 dalyje, kaip ir ES pirminėje teisėje (ESS 3 straipsnio 3 dalis), yra įtvirtintas sąžiningos konkurencijos principas, iš kurio kartu kyla ir draudimas piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi. Pastarasis įtvirtintas Konkurencijos įstatymo 7 straipsnyje, kuris iš esmės yra *mutatis mutandis* SESV 102 straipsnio perkėlimas į nacionalinę teisę.¹⁹ Nuo Konkurencijos įstatymo priėmimo 1999 m. šis straipsnis išliko nepakitęs.²⁰ Nors gali atrodyti, kad piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi veiksmai gali patekti ir į Mažmeninės prekybos įmonių nesąžiningų veiksmų draudimo įstatymo ribas, tačiau pastarojo 1 straipsnio 2 dalyje nustatyta, kad esant įstatymų konkurencijai piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi atveju taikomas Konkurencijos įstatymas. Lietuvoje nėra jokių teisės aktų, *inter alia* švelniosios teisės (angl. *soft law*) šaltinių, numatančių VEK testo taikymą konkurencijos teisės bylose. Tačiau net ir nesant poveikio prekybai tarp valstybių narių, teismai, nacionalinės institucijos vadovaujasi ES institucijų priimtais sprendimais ir EK gairėmis. Dėl tokio Lietuvos konkurencijos teisės ypatumo VEK testas nacionaliniu lygiu buvo pradėtas taikyti dar iki Įgyvendinimo prioritetų gairių priėmimo. Pirmieji bandymai pritaikyti VEK testą pastebimi jau 2000 m. gruodžio 22 d. Konkurencijos tarybos nutarime,²¹ kuomet išaiškinta, jog dėl AB „Lietuvos telekomas“ sprendimo įmontuoti filtrus konkurentai neturi galimybės prijungti modemus prie telekomunikacinių tinklų, kas susiaurino jų galimybę patekti į duomenų perdavimo paslaugų rinką ir efektyviai joje konkuruoti su monopolininku. Šioje byloje pateiktas išaiškinimas yra ypač abstraktus, ir nors jame galima įžvelgti VEK testo užuomazgas, iš esmės mažai nutolęs nuo Konkurencijos įstatyme numatyto piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi draudimo.

Aiškesnis bandymas taikyti VEK testą matomas 2006 m. spalio 5 d. Konkurencijos tarybos nutarime, kuriame vadovautasi EK Pranešimu apie konkurencijos taisyklių taikymą prisijungimo susitarimams telekomunikacijų sektoriuje ir jame numatytais piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi pasrovinėje rinkoje kriterijais. Pažeidimas nustatytas, nes būdamas vertikaliai integruotas ūkio subjektas taikė tokią didmeninę ir (ar) mažmeninę kainodarą, jog mažmeninėse rinkose veikiantys „protingai efektyvūs konkurentai“ negali gauti normalaus pelno ir yra stumiami iš šių rinkų arba negali į jas patekti dėl sudarytų kliūčių. Pažymėtina, kad nei minėtame pranešime, nei Konkurencijos

¹⁹ Konkurencijos įstatymo 7 straipsnyje poveikis prekybai tarp valstybių narių yra keičiamas į galimą ribojimą konkurencijai, nepagrįstą kitų ūkio subjektų galimybių veikti rinkoje varžymą arba vartotojų interesų pažeidimą.

²⁰ Pasikeitė tik šio straipsnio numeris iš 9 į 7 straipsnį.

²¹ Atitinkamai Vilniaus apygardos administracinio teismo 2001 m. gegužės 17 d. sprendime ir LVAT 2001 m. birželio 27 d. nutartyje, kuriais patvirtintas Konkurencijos tarybos nutarimas.

tarybos nutarime nėra paaiškinta, kas yra laikoma normaliu konkurento gaunamu pelnu ar pateikiami kriterijai, kuriais šis dydis galėtų būti nustatomas. Taigi VEK testas nacionalinėje praktikoje buvo taikomas ne pateikiant konkrečius išaiškinimus, kokių kaštų ir nustatytų kainų skirtumas vertinamas, o *ad hoc* pagal EK pateiktus abstrakčius kriterijus.

Panašus vertinimas išliko ir EK priėmus Įgyvendinimo prioritetų gaires. Konkurencijos tarybos 2010 m. gruodžio 21 d. nutarime nurodoma, jog įvertinus taikytą nuolaidų sistemą, kainų spaudimas nenustatytas, nes nepriklausomai nuo to, kuriuo būdu iš AB „Orlen Lietuva“ būtų perkamas dyzelinas, jį įsigijęs ūkio subjektas galėtų konkurse pateikti netgi žemesnius kainų koeficientus nei buvo pateikti AB „Orlen Lietuva“, todėl taikoma kainodara negalėjo išstumti VEK iš rinkos. Vadinasi Lietuvoje VEK testas nebuvo susietas su konkrečių kaštų analize.

Taigi VEK testas į ES konkurencijos teisę perkeltas iš JAV doktrinos ir teismų praktikos, ES institucijų praktikoje išgryninti konkretesni jo taikymo kriterijai, kurie dažnai kito siekiant atrasti optimaliausią variantą. Kadangi Lietuvai nesant ES valstybe nare, ES teisė darė didelę įtaką nacionalinei konkurencijos teisei, tai netrukus VEK testas pradėtas taikyti ir nacionalinėje praktikoje.

2. VEK TESTAS

2.1. VEK testas v. VEK principą

VEK principas ir testas yra tarpusavyje panašios sąvokos, dažnai siejamos su modernizuota ES konkurencijos teise ir „labiau ekonominio požiūrio“ taikymu. Nors yra pastebimas VEK testo ir VEK principo sinoniminis vartojimas,²² tačiau šios sąvokos neturėtų būti tapatinamos. Taip gali būti sukurtas ypač siauras požiūris į ES konkurencijos teisės tikslus (Gaudin, Mantzari, 2022, p. 125). Nepaisant jų bendrumo, šios sąvokos turi fundamentalių skirtumų (žr. 4 lentelę), todėl negali būti laikomos viena kitos tinkamais pakaitalais. Dėl jų panašumo ir pasitaikančio sinoniminio vartojimo prieš apibrėžiant VEK testo sampratą yra būtina jį atiboti nuo VEK principo.

4 lentelė. **VEK principas v. VEK testą**

Kriterijus	VEK principas	VEK testas
Reglamentavimas	Konkurencijos įstatymo 7 straipsnis, Įgyvendinimo prioritetų gairės.	Įgyvendinimo prioritetų gairės.
Taikymas	Piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi bylose.	Piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi bylose.
Apibrėžtis	VEK apsauga, o ne konkurencijos apsauga <i>per se</i> .	Matematiniais skaičiavimais paremti testai, kuriais pritaikomas VEK principas.
Vientisumas	Viena apibrėžtis.	Kelios matematinės formulės, vertinimo kriterijai, taikomi esant skirtingoms aplinkybėms ir piktnaudžiavimo formoms.
Sąsajumas	Gali būti taikomas, kai netaikomas VEK testas	Netaikomas, jei negalimas VEK principo taikymas
Kaštų ir kainodaros analizė	Nebūtina, bet piktnaudžiavimui nustatyti būtinas kitų testų taikymas.	Būtina.
Kaštų ir kainodaros įrodymai	Nebūtini.	Būtini.
Taikymas su kitais testais	Pirmumas VEK testui, bet negalint jo pritaikyti, taikoma su kitais testais.	Gali būti taikomas.

Šaltinis: sudaryta autorės.

²² Pavyzdžiui, M. Marinova (2018) neanalizuoja VEK principo sampratos, tačiau susidaro įspūdis, kad VEK principo ir testo sąvokos nėra atskirtos, VEK testą interpretuojant kartu kaip principą. Be to, M. Mandorff ir J. Sahl (2013) straipsnyje nurodoma, kad šios sąvokos vartojamos kaip sinonimai, o A. ir X. Boutin (2018) straipsnyje tarp šių sąvokų nedaroma jokia atskirtis.

VEK principas siekia nubrėžti ribą tarp prokonkurencinio elgesio, kuris atspindi konkurencijos esmę, ir konkurentus išstumiančio elgesio (Gaudin, Mantzari, 2022, p. 126). Jis talpina bendrą iš SESV 102 straipsnio ir Konkurencijos 7 straipsnio įstatymo kylantį požiūrį, kad šiuo reguliavimu nėra siekiama apsaugoti konkurentų, kurie yra mažiau veiksmingi nei dominuojantis ūkio subjektas (O'Donoghue, Padilla, 2020, p. 389–393), kadangi mažiau efektyvūs konkurentai yra mažiau patrauklūs pirkėjams pagal kainą, pasirinkimą, kokybę ar inovatyviškumą (ESTT sprendimas *Post Danmark I* byla). Siekiant praktiškai VEK principą pritaikyti yra būtina nustatyti: (i) priežastinį ryšį tarp elgesio ir galimų ar patirtų padarinių, (ii) teisinį užtikrintumą, (iii) konkurentų galimybes tinkamai konkuruoti (ieškoti efektyvesnių sprendimų) (Colomo, 2022). Nepaisant šio principo siejimo su SESV 102 straipsniu, konkrečioje byloje jis gali būti netaikomas įrodžius jo *ad hoc* nepagrįstumą (Colomo, 2021, p. 44).

Tuo tarpu VEK testas padeda pritaikyti VEK principo idėjas atliekant galimo piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi analizę konkrečiose bylose. Siekiant konkretizuoti bendrą principą ir jį pritaikyti bylose, ekonomistai sukūrė įvairius matematiniais skaičiavimais paremtus testus, kurie modifikuoti pagal konkrečią ūkio subjekto nagrinėjamo elgesio rūšį (Barbera *et al.*, 2023, p. 6). Atsižvelgiant į tai, kad VEK testą yra siūloma taikyti ir nekaininio piktnaudžiavimo bylose (žr. darbo 3.2.2. skyrių), vertintina, kad į jo apibrėžtį taip pat turėtų patekti ir kiti vertinimo kriterijai, kuriuos analizuojant įgyvendinamas VEK principas. Taigi VEK testas yra suprantamas siauriau nei VEK principas ir jį pasitelkiant norima nustatyti, ar toks pat veiksmingas konkurentas galėtų efektyviai konkuruoti dominuojančiam ūkio subjektui atliekant nagrinėjamus veiksmus.

Nors literatūroje pritariama ESTT vertinimui, kad VEK principas yra suprantamas plačiau nei VEK testas,²³ nėra sutariama, ar VEK principas galėtų būti pritaikomas kitų kategorijų bylose, kuriose nėra galimybės pritaikyti VEK testą.²⁴ Pirmuoju požiūriu nurodoma, kad VEK testu ir principu siekiama įvertinti hipotetiškai efektyvaus konkurento galimybę pelningai (efektyviai) konkuruoti su dominuojančiu ūkio subjektu, todėl nėra pagrindo VEK principo analizuoti platesniame bylų kategorijų spektre nei VEK testą (Barbera *et al.*, 2023, p. 6). Tokia išvada daroma, nes abiejuose vertinimuose būtų atliekama ūkio subjektų galimo pelningo veikimo analizė pagal esamus techninius

²³ Toks išaiškinimas pateiktas ESTT sprendime *TeliaSonera Sverige* byloje.

²⁴ Šiuo atveju nėra referuojama į situacijas, kuriose dėl konkrečių bylos aplinkybių VEK testas nėra pritaikomas.

pajėgumus. Kitu požiūriu, nepriklausomai nuo VEK testo pritaikymo, VEK principas vis tiek išliektų aktualus, nes SESV 102 straipsnis ir yra susijęs su VEK išstūmimu (Gaudin, Mantzari, 2022, p. 126; Colomo, 2021). Darbo autorės nuomone, platesnė VEK principo samprata gali būti naudinga. VEK testui esant VEK principą įgyvendinančiai priemonei, konkretūs kriterijai kaip pritaikyti VEK testą naujose piktnaudžiavimo formose gali būti nustatomi lėčiau nei kyla poreikis taikyti patį VEK principą, t. y. atsižvelgti į VEK išstūmimą iš rinkos. Ši situacija išliktų VEK testą suvokiant kaip talpinantį į jį panašius kitus testus (pavyzdžiui, ganėtinai efektyvaus konkurento testą), bei darant prielaidą, kad VEK testas taikomas nekaininio piktnaudžiavimo formoms.²⁵ Tačiau VEK testo taikymo negalimumas nereiškia, kad dominuojančio ūkio subjekto elgesys yra tinkamas (Neven, 2023, p. 8). Turėtų būti skiriamas pakankamas dėmesys, siekiant VEK testo taikymo ribas priartinti prie VEK principo, jog pastarasis tam tikra dalimi neišliktų tik teorine abstrakcija, neturinčia praktinio pritaikymo.

Jeigu VEK testas dėl konkrečių bylos aplinkybių negali būti tinkamai pritaikomas, vis tiek galimas VEK principo taikymas. VEK testo pritaikomumas kiekvienoje situacijoje priklauso nuo: (i) galimybės paversti VEK principą į matematinę abstrakciją pagal esamą elgesį ir (ii) duomenų pasiekiamumo (Barbera *et al.*, 2023, p. 6). Šiais atvejais VEK testo nepritaikomumas reiškia, kad dominuojančio ūkio subjekto elgesio negalima paversti matematiniu testu, sudarančiu prielaidas tinkamam vertinimui atlikti, tačiau šios galimybės nebuvimas negali būti vertinamas kaip tuo pačiu ribojantis VEK principo taikymą.

Taigi esant skirtingam šių sąvokų turiniui ir jų taikymo būdai, jos negali būti taikomos kaip sinonimai (Colomo, 2021). Kadangi tai yra dvi skirtingos teisinės kategorijos, o Įgyvendinimo prioritetų gairėse jos yra apibrėžtos tik netiesiogiai, t. y. *expressis verbis* jų neatskiriant tarpusavyje, siūlytina konkrečiai nustatyti šias sąvokas gairėse, jog būtų išvengta tolimesnio jų tapatinimo.

2.2. VEK testo samprata

Kaip ESTT išaiškino *Intel* byloje, SESV 102 straipsniu nėra siekiama rinkoje išlaikyti konkurentus, kurie yra mažiau efektyvūs už dominuojantį subjektą, kadangi mažiau efektyvių konkurentų pašalinimas iš rinkos yra konkurencijos proceso dalis. Atitinkamai, taikant VEK testą turi būti suteikiama apsauga tik efektyviems konkurentams (Whish, Bailey, 2021, p. 775).

²⁵ Doktrinoje pažymima, kad VEK testo pritaikomumas nuolaidų byloms po ESTT sprendimo *Post Danmark II* byloje yra kontraversiškas (Marinova, 2022, p. 627-628).

Atliekant piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi analizę paprastai ieškoma pusiausvyros tarp šių konkuruojančių veiksnių: (i) dominuojančio ūkio subjekto kainų mažinimo, atsižvelgiant į konkurentų sudaromą spaudimą, ir (ii) dominuojančio ūkio subjekto kainų sumažinimo iki tokio lygio, kad būtų išstumti kiti efektyvūs konkurentai. VEK testu yra siekiama nustatyti, ar dominuojančio subjekto taikoma kainodara, *inter alia* taikomos nuolaidos ir suteikiamos papildomos paslaugos, galėtų būti pelningai pasiekta VEK (Makhija *et al.*, 2023, p. 1). Kadangi VEK gali veiksmingiau apriboti dominuojančio subjekto galimybę kelti kainas, tai tokio konkurento išstūmimas tikėtina labiau neigiamai paveiks konkurenciją nei mažiau efektyvaus konkurento.

Nors istoriškai VEK testas yra siejamas su ūkio subjekto patiriamų kaštų ir taikomos kainodaros vertinimu, tačiau jį taip siaurai traktuoti nėra tikslu. Vertintina, kad tokia sąsaja atsirado dėl VEK testo formavimosi kartu su kainų sąnaudų testu (Barbera *et al.*, 2023, p. 2) bei dažnu sėkmingu taikymu grobuoniškos kainodaros ir maržos spaudimo bylose (Nazzini, 2011, p. 221). Nors VEK testas yra suvoktinas kaip VEK principą leidžiantis pritaikyti praktiškai rodiklis, jo negalima sutapatinti tik su formaliu kaštų ir pelno vertinimu. Šio testo esmė yra ne pateikti konkrečią apskaičiavimo formulę, o veikti kaip mąstymo eksperimentas, paaiškinantis, kaip ir kada tam tikra praktika gali lemti neigiamą antikonkurencinį poveikį efektyviems konkurentams (Boutin, Boutin, 2018, p. 52). VEK testo pagrindinė paskirtis yra ne nustatyti konkrečias dominuojančio ūkio subjekto veikimo ribas, kurias peržengus elgesys būtų laikomas antikonkurenciniu, o suteikti galimybę įvertinti *ad hoc* ar konkretus elgesys yra antikonkurencinis. Vis dėlto, VEK testo vertinimas per kainų-sąnaudų prizmę gali padėti suvokti jo esmę taikant ir kitus su VEK susijusius testus. Šiame kontekste VEK testas suvokiamas kaip kiekybinių testų visuma, kurių tikslas – įvertinti galimybę tam tikru elgesiu sukelti antikonkurencinį poveikį, atsižvelgiant į vienodai efektyvų hipotetinį konkurentą (McCallum *et al.*, 2023, p. 6; ESTT spendimas *Unilever Italia* byloje). Kaininio piktnaudžiavimo bylose galima tiek *ex post*, vertinant taikomą antikonkurencinę kainodaros politiką, tiek *ex ante* – vertinant kitą tikėtiną piktnaudžiavimo elgesį analizė (Kostecka-Jurczyk, 2018, p. 156). Dėl patikimesnių duomenų apie patirtus kaštus VEK testo taikymas *ex post* yra laikomas pranašesniu. Kaip nurodoma Įgyvendinimo prioritetų gairių 26 punkte, VEK testas taikomas atsižvelgiant į vidutinės nebūtinės sąnaudas ir ilgo laikotarpio vidutinės padidėjimo sąnaudas, tačiau EK pasilieka teisę taikyti ir kitus patiriamų kaštų rodiklius. Teigiama, kad taip pasirinkta, nes vidutinės nebūtinės sąnaudos leidžia įvertinti tik trumpuoju laikotarpiu patirtus kaštus, o ilgo laikotarpio vidutinės padidėjimo sąnaudos – patiriamus fiksuotus kaštus ilguoju periodu (Ridyard, 2014, p. 128, 133). Kartu turi būti atliekamas ir kito poveikio, įskaitant

masto ir apimties ekonomiją, *know-how* poveikį, pirmojo rinkos dalyvio pranašumą, kuris gali sumažinti patiriamas sąnaudas, vertinimas (More economics based approach ..., s. a.). Vis dėlto, pagrindinė diskusija yra susijusi ne su kaštų pasirinkimu, o EK pareigos taikyti VEK testą.

Tiek Įgyvendinimo prioritetų gairėse, tiek doktrinoje (Nazzini, 2011, p. 221) numatoma VEK testo taikymo galimybė šiose kaininio piktnaudžiavimo bylose: nuolaidų sistemos (angl. *rebates*) (44 ir 60 punktai), agresyvaus elgesio (67 punktas), maržos spaudimo (90 punktas). Toks platus VEK testo pritaikymas suponuoja tam tikrus jo sampratos ir taikymo pokyčius skirtingose bylose.

VEK testo samprata yra plačiausiai suvokiama dominuojančio ūkio subjekto taikomų nuolaidų bylose. EK Komisijos sprendime *Intel* byloje nurodoma, kad šiuo atveju VEK testo taikymas yra hipotetinė užduotis, nes analizuojama, ar konkurentui, kuris yra toks pat efektyvus kaip Intel ir siekia pasiūlyti prekę, kurios pardavimų skaičius yra mažesnis, dėl taikomos nuolaidų sistemos yra neleidžiama patekti į rinką. Pagal Įgyvendinimo prioritetų gairių 41 punktą EK nėra akcentuojami potencialūs nuostoliai, o vertinama ar konkurentas galėtų pateikti tokį patį pasiūlymą kaip dominuojantis ūkio subjektas. Tokiu atveju yra vertinamas taikomos nuolaidos dydis, ir nustatoma, kokia yra pirkėjo faktinė sumokama suma, jei jis siekia pasinaudoti nuolaida (Ezrachi, 2012, p. 215). Be to, nuolaidų bylose esant tam tikros pirkėjų dalies izoliavimui, ribota rinkoje veikiančių konkurentų prieiga prie šių pirkėjų, gali daryti konkurencinį spaudimą net rinkoje įsitvirtinusiui dalyviui. VEK testo taikymas nuolaidų bylose vis dar išlieka kontraversišku po ESTT sprendimo *Post Danmark II* byloje šį testą laikyti netaikomu (Lauer, 2023, p. 7).²⁶ ESTT sprendime *Google Android* byloje šią problemą sprendė VEK testą taikydamas kartu su kitais įrankiais analizei atlikti.

VEK testo kaip matematinių skaičiavimų samprata labiausiai matoma grobuoniškos kainodaros bylose, kuriose teisės doktrinoje jis imtas įvardinti P. E. Areeda ir D. F. Turner testu.²⁷ Nagrinėdama EK Įgyvendinimo prioritetų gairių 65 punkte apibrėžė nuostolingą elgesio testą. Nors jis nėra tiesiogiai susijęs su VEK testu, jo taikymui yra naudojama tų pačių duomenų analizė, t. y. vidutinių nebūtinų sąnaudų ir ilgo laikotarpio vidutinių padidėjimo sąnaudų. Tikėtina, kad toks pasirinkimas yra susijęs su atvejais, kai agresyvus elgesys apima strategijas, nesusijusias su kainomis kaip prekių kūrimas ar reklama (Neven, 2023, p. 572). Tuo tarpu VEK testas šiose bylose būtų atliekamas pasitelkiant kaininio

²⁶ Pavyzdžiui, R. Lauer 2023 m. publikuotas straipsnis.

²⁷ Žr. Whish ir Bailey, 2021, p. 780-781.

piktnaudžiavimo vertinimui nustatytus principus ir koncentruojantis į kainų ir sąnaudų vertinimą.

VEK testo platesnis taikymas kitoms kaininio piktnaudžiavimo formoms kilo iš jo pritaikymo maržos spaudimo (angl. *margin squeeze*) byloms (Gaudin, Mantzari, 2022, p. 128). ESTT įvertinus, kad maržos spaudimas nėra viena iš atsisakymo tiekti, o savarankiška piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi forma (Priedo 5 punktą), ją nuspręsta reglamentuoti atskirame skyriuje. Nepaisant to, kad 2023 m. EK atlikus Įgyvendinimo prioritetų gairių pakeitimus maržos spaudimo veiksmai nustatyti naujame gairių skyriuje, tačiau VEK testo taikymo principai išliko nepakitę ir panašūs į taikomus nuolaidų bylose. VEK testo užduotis yra įvertinti, ar dominuojančio ūkio subjekto tiekėjų rinkoje nustatomos kainos leidžia pelningai konkuruoti efektyviems konkurentams vartotojų rinkoje (90 punktą). Ši analizė ypač aktuali, kuomet dominuojantis ūkio subjektas kartu yra vertikaliai integruotas.

Taigi VEK testas yra suprantamas kaip matematinių skaičiavimų ir atitinkamų duomenų vertinimo visuma, skirta VEK principui įgyvendinti. Nors kartais jis yra siejamas su kainų sąnaudų testo taikymu, tačiau toks siauras VEK testo supratimas nelaikytinas tinkamu, nes trukdytų visa apimtimi įgyvendinti VEK principą. Atitinkamai, iš VEK testo taikymo skirtingų kategorijų kaininio piktnaudžiavimo bylose matyti, kad VEK testo samprata jose šiek tiek skiriasi, tačiau nėra visiškai tapatinama tik su kainų ir sąnaudų vertinimu. Nors visais atvejais jis yra paremtas skaičiavimų atlikimu, tačiau analizuojami duomenys kiekvienu atveju skiriasi, taip suteikdami galimybę užtikrinti tinkamą VEK principo įgyvendinimą.

2.3. VEK testo kritika

Siekiant visapusiškai suvokti VEK testo esmę bei nustatyti jo taikymo galimybes yra būtina išanalizuoti teisės doktrinoje pateikiamą kritiką. Didžiausią įtaką testo sampratos formavimui daro I ir II tipo klaidų taikant VEK testą atsiradimas, kuomet neteisingai nustatomas piktnaudžiavimo veiksmų (ne)buvimas.

2.3.1. I tipo klaidų atsiradimo galimybė

VEK testo kategoriškumas žemų kainų atžvilgiu, pastebimas jau R. A. Posner ir P. E. Areeda ir D. F. Turner suformuotoje teorijoje, gali lemti I tipo klaidų atsiradimą (Mandorff, Sahl, 2013, p. 15). Pavyzdžiui, EK sprendime *AKZO* byloje nustatyta, kad esant keliems

žemų kainų paaiškinimams, tikslo išstumti konkurentus buvimas ar konkurencijos ribojimas gali (bet neturi) būti įrodinėjamas siekiant įrodyti pažeidimo buvimą. Tačiau šis žalingas aiškinimas buvo tinkamai suvaldytas ESTT sprendimu.

Be to, dominuojantis ūkio subjektas ateidamas į rinką patiria tam tikrus nuostolius, kurie iš verslininko (ir visuomenės) pusės dėl ilgą laiką vykdomos veiklos gali būti laikomi padengtais (Mandorff, Sahl, 2013, p. 15). Atitinkamai, dėl pirminiam subjektui egzistavusių žemesnių barjerų patekti į rinką arba turimos įrangos didelio pritaikomumo, pradėjimo vykdyti veiklą išlaidos gali būti ypač mažos. Šių kaštų įtraukimas į VEK testą galėtų lemti situacijas, kuomet ūkio subjektas yra klaidingai pripažįstamas piktnaudžiavęs dominuojančia padėtimi, o tai skatintų konkurentų neefektyvų atėjimą į rinką. Išimtis taikytina sritims, kuriose veiklos vykdymo pradėjimo kaina iš esmės yra pagrindinės patiriamos išlaidos (pavyzdžiui, interneto tinklo ar kompiuterinės įrangos pramonė) (Bolton *et al.*, 1999, p. 2285). Siekiant užtikrinti VEK testo I tipo klaidų sumažėjimą pritartina ESTT *Google Android* byloje nurodytiems argumentams, kad VEK testas turėtų būti vertinamas kaip vienas iš įrankių piktnaudžiavimui dominuojančia padėtimi nustatyti, o ne kaip *prima facie* įrodomąją galią turintys duomenys.

2.3.2. II tipo klaidų atsiradimo galimybė

Pagrindinė VEK testo kritika, ypač sustiprėjusi po ESTT sprendimo *Google Shopping* byloje, yra nukreipta į tai, kad taikant šį testą nėra atsižvelgiama į mažiau efektyvių konkurentų išlikimą rinkoje. Pastarųjų buvimas rinkoje tam tikromis aplinkybėmis gali prisidėti prie vartotojų gerovės ir rinkos funkcionalumo (Adam, Maier-Rigaud, 2009, p. 134; Davis, 2019, p. 6). Jų buvimas pastebimas statine prasme, t. y. neefektyviems konkurentams galint riboti dominuojančio ūkio subjekto kainodarą, ir dinamine prasme, kuomet potencialą turintiems naujiems rinkos dalyviams reikia laiko pasiekti pakankamą efektyvumą (Mandorff, Sahl, 2013, p. 14). Situacijos, kuomet mažiau efektyvių konkurentų poveikis yra įvertinamas netinkamai, gali lemti klaidingą vertinimą, jog pažeidimas neegzistuoja. Su panašia problema susiduriama ir VEK testą analizuojant JAV konkurencijos teisės doktrinoje (US Department of Justice, 2008, p. 44).

EK ir ES teismų atliekamas mažiau efektyvių konkurentų vertinimas nėra vienareikšmis. Nors Įgyvendinimo prioritetų gairių 24 punktą suteikia galimybes EK atlikti dinamiškesnę analizę ir atsižvelgti į mažiau efektyvius konkurentus, ESTT atmesdamas VEK testo taikymą *Post Danmark II* byloje tokio vertinimo neatliko. Tuo tarpu *Google Shopping* byloje ESTT atsižvelgdamas į Google padėtį rinkoje nurodė, kad ne tik

turi būti įvertinamas mažiau efektyvių konkurentų išstūmimo poveikis rinkai, bet ir pastariesiems suteiktos tokios pačios galimybės konkuruoti rinkoje, o Google atliekamas savo teikiamų prekių prioretizavimas laikytinas neteisėtu SESV 102 straipsnio prasme.

Vertintina, kad pastarasis ES teismų praktikos pokytis lėmė Įgyvendinimo prioritetų gairių pakeitimą, kuomet į mažiau efektyvius konkurentus bus galima atsižvelgti dažniau, o ne tik išimtiniais atvejais (24 punktą). Su pakitusiu požiūriu sutinka ne visi, pavyzdžiui, generalinis advokatas A. Rantos *Servizio Elettrico Nazionale and Others* byloje pateiktoje išvadoje kritikavo ES teismų argumentus, kad išstumiančiam elgesiui konstatuoti pakanka nustatyti sukeltus pokyčius rinkai, nes tai savaime nereiškia pablogėjusios vartotojų pozicijos. Darbo autorės nuomone, nors atsižvelgimas į rinkos struktūros pokyčius ne tik išimtiniais atvejais taikant mažiau efektyvaus konkurento testą, galėtų lemti II tipo klaidų sumažėjimą, tačiau taip pat padidintų riziką konkurencijos esmę *per se* pripažinti antikonkurenciniu, kuomet normaliai funkcionuojančioje rinkoje yra išstumiami mažiau efektyvūs konkurentai. Pastebėtina, kad *Google Shopping* byloje Google turėjo išskirtinę monopolinę padėtį prieš konkurentus, t. y. buvo sukūrusi visą vertikaliai integruotą teikiamų paslaugų ekosistemą, todėl konkurentams objektyviai negalint užimti lygiavertės padėties rinkoje ir siekiant nepaversti rinkos monopoline, ESTT priėmė sprendimą dėl „vienodų galimybių“ užtikrinimo. Šis atvejis turėtų būti laikomas išimtinium ir jo išimtinumas turi būti numatytas naujose EK gairėse.

II tipo klaidų atsiradimą taip pat gali lemti vartotojams kilusios žalos neįvertinimas. Nors ES laikomasi pozicijos, kad nėra būtina įrodyti dominuojančio ūkio subjekto veiksmų poveikio vartotojams (ESTT sprendimas *AKZO* byloje), tačiau taip pat pagrindiniu SESV 102 straipsnio kriterijų yra tiesioginės ir netiesioginės žalos vartotojams sukėlimas, įskaitant atsiradusią dėl poveikio rinkos struktūrai (ESTT sprendimas *Continental Can* byloje). Bendrasis Teismas *Intel* byloje išplėtė argumentavimą, kad teigiamas VEK testo rezultatas rodo, jog efektyvus konkurentas gali padengti patiriamus vidutinius išvengiamus kaštus, o ne rinkos uždarymo padarinių nebuvimą. Išimtinių nuolaidų atveju dominuojantis ūkio subjektas gali varžyti kitų konkurentų patekimą į rinką netgi esant galimam konkurentų atėjimui į rinką. Net VEK testui nenustačius piktnaudžiavimo, būtų paveikiama konkurencijos būklė ir padaroma žala vartotojams. Taigi VEK testas turėtų būti laikomas tik vienu iš įrankių konkurencijos teisės pažeidimams nustatyti, o siekiant išvengti vartotojų padėties pažeidimų, jo rezultatai turėtų būti papildyti vartotojų gerovės testo rezultatais.

3. VEK TESTO RIBOS

3.1. VEK testo ribos Įgyvendinimo prioritetų gairėse ir po jų 2023 m. pakeitimų

Priimant Įgyvendinimo prioritetų gaires siekta išvengti formalistinio požiūrio į SESV 102 straipsnį, kuomet bylos prioretizuojamos dėl *per se* kriterijų buvimo, ir pereiti prie labiau ekonominio koncentravimosi į galimus padarinius, kuomet prioritetai yra teikiami atsižvelgiant į rinkos dinamiką ir vyraujančią ekonominę požiūrį (McCallum *et al.*, 2023, p. 2; Antitrust: consumer welfare ..., 2008). Vis dėlto, praėjus beveik 15 metų nuo jų priėmimo ir pakitus ESTT praktikai, dėl sumažėjusio aktualumo kilo poreikis jas atnaujinti. Iki Piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi gairių priėmimo EK pateikė tam tikrus paaiškinimus (pakeitimus) dėl savo požiūrio nustatant kokio draudžiamo elgesio byloms teikti pirmenybę (Antitrust: Commission announces Guidelines ..., 2023). Be kita ko, jose aptartos ir VEK testo taikymo ribos.

Analizuojant 2023 m. Įgyvendinimo prioritetų gairių pakeitimus matyti, kad VEK testo samprata kaininio piktnaudžiavimo bylose dar labiau susieta su kaštų ir kainų lyginimu (25 punktą), taip pritariančią VEK testo kaip kainų sąnaudų testo vertinimui ir priartinant prie JAV taikomo testo sampratos. Atsižvelgiant į tai, kad 2023 m. valdymo plane nurodomas prioritetas EK suteikti įrankius naudoti dirbtinį intelektą duomenų analizei atlikti (Management Plan, 2023, p. 28), vertintina, kad tam kartu yra siekiama pritaikyti VEK testą. Taip pat pakeitimuose nurodoma, kad siekiant nustatyti hipotetinio konkurento galimybių apribojimą EK „galės išnagrinėti“ su sąnaudų ir pardavimo kainomis susijusius ekonominius duomenis. Kadangi iki pakeitimų buvo naudojamas žodis „nagrinės“, tai vertintina, kad EK suteikiama didesnė laisvė kaininio piktnaudžiavimo bylose pasirinkti, ar taikyti VEK testą. Todėl pakeitimais įgyvendinta ESTT *Tomra* ir *Post Danmark II* bylose padaryta išvada, kad VEK testas neturi būti visais atvejais taikomas pažeidimams nustatyti. Pirminėje redakcijoje nustatytų vidutinių nebūtinų ir ilgo laikotarpio vidutinių padidėjimo sąnaudų vertinimas išliko visiškai nepakitęs (26 punktą).

Nustatant antikonkurencinį elgesį VEK testu gauti duomenys visais atvejais bus derinami kartu su kita rinkos uždarymo analize (27 punktą), t. y. ne tik VEK testui parodžius, kad dominuojančio subjekto veiksmai gali apriboti efektyvų konkurentą, bet ir kai tokio poveikio tikimybė nėra nustatoma. Pakeitimais yra įgyvendinami ESTT *Post Danmark II*, *Google Android* bylose pateikti išaiškinimai, kuriose VEK testas pripažįstamas kaip viena iš priemonių konstatuoti konkurencijos teisės pažeidimą. Vertintina, kad tokį VEK testo svarbos sumažėjimą lėmė ESTT pastebėtas II tipo klaidų

EK vertinime atsiradimas, dominuojančiam ūkio subjektui tenkinus VEK testą.²⁸ Nors pagal EK Įgyvendinimo prioritetų gaires VEK testas taikomas pasirinktinai, tačiau toks abstraktus reguliavimas neviseškai atspindi ESTT praktiką. Pirma, atsižvelgiant į *Post Danmark II* byloje nustatytą reikalavimą atsižvelgti į visas aplinkybes, dažnai išreiškiamas požiūris, kad kaininio piktnaudžiavimo bylose EK, norėdama netaikyti VEK testo, turėtų pateikti sprendimo motyvus. Vertintina, kad toks sprendimas būtų tinkamas kaininio piktnaudžiavimo bylose, kuriose įprastai yra taikomas VEK testas. Antra, neakcentuojama, kad bent vienai iš šalių remiantis VEK testo duomenimis, EK privalo šį testą taikyti. Šis aspektas ypač svarbus, nes būtent dėl neatsižvelgimo į šalies pateiktus VEK testo duomenis ESTT panaikino EK sprendimą *Qualcomm* byloje.

Darbo autorės vertinimu, VEK testo taikymo ribų bei svarbos piktnaudžiavimo bylose pakeitimai yra atliekami ne izoliuotai, o kartu su jo sampratos pokyčiais, t. y. jos siaurimu ir priartinimu tik matematiniams skaičiavimams. Sumažėjus VEK testo aprėpčiai, natūraliai kyla jo taikymo poreikio problema. Todėl numatyta jį taikyti kartu su kitais teistais bei nustatytas labiau pasirinktinis nei išimtinėmis aplinkybėmis paremtas testo netaikymas. Taigi, nors iš vienos pusės yra mažinamas labiau ekonominio požiūrio taikymas, tačiau kartu šis požiūris išlaikomas VEK testą išimtinai susiejant su skaičiavimų atlikimu.

3.2. VEK testo taikymo ribos praktikoje

SESV 102 straipsnio nedetalizuojant kitiems ES pirminiams ar antriniams teisės aktams bei nesant parengtų jokių gairių (angl. *guidelines*), šio straipsnio taikymas yra formuojamas tik teismų praktikoje. Esant aktualiam VEK principo taikymui, kartu buvo nustatytos VEK testo taikymo ribos. Atsižvelgiant į EK viešus pareiškimus (Antitrust: Commission announces Guidelines ..., 2023; McCallum *et al.*, 2023) matyti, kad Įgyvendinimo prioritetų gairių (angl. *guidance*) VEK testo samprata ir ribos ypač nutolo nuo teismų praktikos. Todėl iki 2025 m. priimant Piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi gaires EK nedelsiant, t. y. net neinicijavusi konsultavimosi procedūrą, priėmė Įgyvendinimo prioritetų gairių pakeitimus.

VEK testo taikymo ribos ypač priklauso nuo to, ar jis siūlomas taikyti kaininiam ar nekaininiam piktnaudžiavimui dominuojančia padėtimi nustatyti. VEK testui istoriškai pradėtam taikyti grobuoniškos kainodaros bylose, jis ypač dažnai ir sėkmingai taikytinas

²⁸ Žr. *Google Android* ir *Google Shopping* bylas.

kaininio piktnaudžiavimo bylose, išskyrus nesąžiningos kainodaros bylas. Tuo tarpu nekaininio piktnaudžiavimo bylose VEK testo taikymas išliko kaip tik vienas iš galimų ir neprivalomų taikyti įrankių antikonkurenciniam elgesiui nustatyti. Pažymėtina, kad nuolaidoms galint turėti abiejų formų požymių, jas gali būti sunku tiksliai priskirti prie vienos iš kategorijų, tačiau sąlyginėms nuolaidoms turint daugiau panašumų su kaininiu piktnaudžiavimu, jos priskirtos prie šios formos. Toliau VEK testo ribos bus analizuojamos atsižvelgiant piktnaudžiavimo formas.

3.2.1. Kaininis piktnaudžiavimas

VEK testo taikymas kaininio piktnaudžiavimo bylose yra įprasta praktika. Kaip nurodyta ESTT byloje *Servizio Elettrico Nazionale*, veiksmai, apimantys lojalumo nuolaidas, mažų kainų praktiką, pasireiškiančią selektyviomis ar grobuoniškomis kainomis, ir maržos mažinimo praktiką paprastai yra vertinami pagal VEK kriterijų, kuris galėtų atkartoti dominuojančio subjekto poziciją. Paprastai teigiama, kad VEK testo netaikymas šios formos piktnaudžiavimo nustatyme yra išimtis iš bendros taisyklės, todėl jo netaikanti institucija turėtų pagrįsti tokį sprendimą.

3.2.1.1. Grobuoniška kainodara

Grobuoniškos kainodaros bylose labiausiai pastebimas ilgalaikis VEK testo siejimas su kainų ir sąnaudų santykio matematiniu nustatymu. Jose nuosekliai sekama AKZO byloje suformuota išvada (žr. 5 lentelę), kad piktnaudžiavimu gali būti pripažinta tik žemesnė nei vidutiniai bendrieji kaštai kainodara. Kainos, nustatytos žemiau vidutinių kintamų kaštų laikomos „*prima facie* piktnaudžiavimu“ (ESTT sprendimas *France Télécom* byloje), tuo tarpu kainoms esant aukštesnėms už vidutinius kintamus kaštus, bet žemesnėms už vidutinius bendruosius kaštus, turi būti nustatytas tikslo išstumti konkurentą buvimas. Kaip išaiškinta *Post Danmark I* byloje, VEK testo tikslo buvimo kriterijaus netenkintų vien dominuojančio ūkio subjekto agresyvūs veiksmai nukreipti į vieną konkretų konkurento pirkėją, jeigu nėra nustatomas siekis išstumti patį konkurentą.

Praktikoje iškilo problema, jog AKZO byloje nustatyta kaštų sistema galima remtis ne visais atvejais, t. y. sektoriuose kuriuose nekintantys kaštai yra labai aukšti, bet kintami kaštai beveik neegzistuoja (pavyzdžiui, telekomunikacijų srityje, kurioje pagrindinius kaštus sudaro infrastruktūros diegimas) (Whish, Bailey, 2021, p. 785). EK netrukus pasiūlė šiame sektoriuje taikyti ilgo laikotarpio padidėjimo sąnaudas (Pranešimo apie

konkurencijos taisyklių taikymą prisijungimo susitarimams telekomunikacijų sektoriuje (1998) 110 punktas), o vėliau – piktnaudžiavimo bylose vadovautis vidutinėmis nebūtinomis ir ilgo laikotarpio vidutinėmis padidėjimo sąnaudomis (Įgyvendinimo prioritetų gairių 26 punktas). Kadangi EK pasiūlyti (bet neprivalomi) kaštų dydžiai kartu atspindėjo ir vyraujančią ekonomistų poziciją dėl šių kaštų tinkamesnio ir platesnio pritaikymo praktikoje (žr. 5 lentelę), šie dydžiai netrukus buvo pradėti taikyti kartu (pavyzdžiui, ESTT *Post Danmark I*, *Qualcomm* bylos).

5 lentelė. VEK testui naudojami kaštai

Tarpusavyje keičiami kaštai	Pakeičiamumo palyginimas
Vidutiniai kintami kaštai / vidutiniai nebūtinai kaštai	Jie yra lygūs, jeigu dominuojantis ūkio subjektas nepatiria nekintančių išlaidų gamindamas didesnę prekių skaičių, tačiau juos patyrus vidutiniai nebūtinai bus aukštesni nei kintami (Nazzini, 2011, p. 228).
Vidutiniai bendrieji kaštai / Ilgo laikotarpio vidutiniai padidėjimo kaštai	Ūkio subjektui prekiaujant viena preke šie kaštai lygūs, tačiau esant daugiau prekių būtent ilgo laikotarpio vidutiniai padidėjimo kaštai išsprendžia šių kaštų priskyrimo problemą (Nazzini, 2011, p. 229).

Šaltinis: sudaryta autorės.

VEK testu analizuojamų duomenų tinkamumas yra taip pat aktualus ir Lietuvos teismuose. LAT panaikino teismo sprendimą, nes šis rėmėsi dominuojančio ūkio subjekto selektyviai pateiktais prieštarinčiais duomenimis ir neatliko VEK testo. LAT konstatavo, kad esant šioms aplinkybėms teismas turėjo taikyti *contra spoliatorem* (liet. prieš pažeidėją) prezumpciją arba VEK testą, kuriame dominuojančio ūkio subjekto sąnaudos būtų lyginamos su konkurentų (LAT 2021 m. vasario 12 d. nutartis civilinėje byloje). Bylą grąžinus nagrinėti apeliacinės instancijos teismui, buvo pritaikytas AKZO byloje nustatytas sąnaudomis ir kainomis paremtas VEK testo variantas (LApT 2021 m. birželio 28 d. nutartis civilinėje byloje). Toks vertinimas taip pat buvo patvirtintas ir LAT 2022 m. birželio 16 d. nutartimi civilinėje byloje.

Kaštais ir kainomis paremtas VEK testo taikymo privalumas – aukšto teisinio aiškumo užtikrinimas. Dominuojančiam ūkio subjektui žinant savo patiriamus kaštus, jis gali savo veiksmų atitiktį konkurencijos teisei įvertinti tiek *ex ante* nustatydamas kainodarą, tiek *ex post* – numatydamas už atliktus piktnaudžiavimo veiksmus gresiančius padarinius (Barbera *et al.*, 2023, p. 587). Jeigu siūloma nauja prekė besiformuojančiai jos rinkai, siekiant pašalinti teisinio neaiškumo ir netinkamo vertinimo atlikimo galimybę patiriami kaštai yra išdėstomi per 24 mėnesių laikotarpį (ESTT sprendimas byloje *France Télécom*).

Nors VEK testas sėkmingai taikomas grobuoniškos kainodaros bylose, tačiau jo taikymo ribos kyla iš susiejimo su matematine analize. Kadangi VEK testo skaičiavimai yra susieti tik su dominuojančio ūkio subjekto patiriamais kaštais ir kainodara, tai konkurentų efektyvumo lygis yra nesvarbus (Barbera *et al.*, 2023, p. 587). Toks VEK testo taikymas neviseiškai sutampa su VEK principu, nes pastarojo esmė yra užtikrinti, kad VEK galėtų pelningai varžytis rinkoje, o ne nustatyti tam tikrą kainodaros lygį dominuojančiam ūkio subjektui. Neanalizuojamos kitos aktualios aplinkybės kaip rinkos dalyvių skaičius, našumas, pirkėjų siekis pirkti iš tam tikro subjekto, dominuojančio subjekto turimi pranašumai ir pan. Be to, grobuoniškai kainodarai esant labiausiai tikėtina palankiose monopolizavimui rinkose, dominuojantis ūkio subjektas dėl masto ekonomijos turės tam tikrą kaštų pranašumą prieš konkurentus (Hovenkamp, 2014, p. 217). Todėl nors subjekto nustatytos kainos bus virš jo patiriamų kaštų, tačiau vis tiek gali paveikti konkurentus rinkoje: apriboti jų gamybą ar juos išstumti. Vadinasi grobuoniškos kainodaros bylose VEK testas gali būti labai ribotai pritaikomas, kuomet nors dominuojančio ūkio subjekto kainodara yra aukštesnė už vidutinius kintamus ar vidutinius bendruosius kaštus, tačiau dėl jo geresnės padėties rinkoje ar masto ekonomijos, dominuojantis ūkio subjektas taikydamas lygias ar aukštesnes nei patiriami kaštai kainas (tačiau žemesnes nei VEK patiriami kaštai) gali išstumti VEK ar net efektyvesnį konkurentą, patiriantį didesnius kaštus dėl masto ekonomijos nebuvimo.

ES nėra reikalaujama įrodyti negatyvius padarinius konkurencijai (pavyzdžiui, efektyvaus konkurento išstūmimo arba žalos vartotojams, tačiau šie gali būti reikšmingi nustatant grobuonišką kainodarą (ESTT sprendimas *France Télécom*). Kadangi VEK testas negali paaiškinti subjekto taikomos žemesnės nei patiriami kaštai kainodaros, siūlytina VEK testą taikyti kartus su žalos vartotojams testu. Tokiu atveju ne tik būtų praplėstos VEK testo taikymo ribos, tačiau ir sumažinta II tipo klaidų atsiradimo tikimybė.

3.2.1.2. Maržos spaudimas

Maržos spaudimas gali atsirasti, kai subjektas dominuoja pirminėje rinkoje ir tiekia pagrindines žaliavas įmonėms, kurios su ja konkuruoja antrinėje rinkoje (yra vertikaliai integruotas) (Niels *et. al.*, 2016, p. 199). ESTT sprendime *Deutsche Telekom* byloje nurodyta, kad dominuojančio subjekto elgesys piktnaudžiavimu pripažįstamas, kai paliekamas nepakankamas skirtumas tarp pirminės ir antrinės rinkos produktų, ir būtent šis skirtumas, o ne konkrečios pirminės ar antrinės apyvartos kainos nustatymas yra piktnaudžiavimo esmė. VEK testas taikomas pagal grobuoniškos kainodaros bylose

nustatytus kriterijus.²⁹ Nors antikonkurencinių padarinių kilimo įrodymas nėra privalomas, tačiau kaip išaiškinta *TeliaSonera Sverige* byloje, jie turi būti pakankami, kad būtų nustatytas galimas VEK išstūmimas iš rinkos.

Kaip ir grobuoniškos kainodaros atveju, toks VEK testo nustatymas gali sudaryti teisinį aiškumą dominuojančiam subjektui, galinčiam apskaičiuoti maržos dydį. Tačiau dėl šios sampratos piktnaudžiavimu gali būti pripažinti ir veiksmai, kuriais vertikalčiai integruotas subjektas siekia gauti didžiausią pelną, o ne išstumti konkurentus iš antrinės rinkos (Gaudin, Mantzari, 2016, p. 165).

Teisės doktrinoje nurodoma, kad VEK testas gali būti taikomas visiems maržos spaudimo tipams, t. y. išstumiančio ir išnaudojamojo atvejais (Gaudin, Mantzari, 2016, p. 165; Jullien *et al.*, 2014, p. 7, 19). Todėl VEK testo ribos šiose bylose yra panašiai plačios kaip ir grobuoniškos kainodaros. Išstumiančio pobūdžio bylose problemos kyla telekomunikacijų sektoriuje, kuriame dėl masto ekonomijos ir pasiūlos veiksnių vyrauja aukšti atėjimo į rinką barjerai, todėl mažesnių konkurentų kaštai yra didesni (Barbera *et al.*, 2023, p. 588). Vienas iš pasiūlymų – naudoti „pagrįstai“ efektyvaus konkurento testą, *ex ante* nustatant šio testo kriterijus (Barbera *et al.*, 2023, p. 588). Išnaudojamojo maržos spaudimo atveju vertikalčiai integruotas subjektas susidūręs su efektyvesniu konkurentu gali pakelti kainas pirminėje rinkoje (joje gauti pagrindinį pelną) ir nuleisti kainas antrinėje rinkoje (joje pelnas būtų nedidelis ar lygus nuliui), taip neišstumdamas, bet drausmindamas konkurentą antrinėje rinkoje (Jullien *et al.*, 2014, p. 21). Kadangi efektyvesnis konkurentas nėra išstumiamas, bet jo konkuravimo laisvė iš esmės suvaržoma (padidėja įėjimo į rinką barjerai, išstumiami kiti konkurentai, sumažėja galimybė nustatyti kainą), tai toks elgesys turėtų būti analizuojamas pagal VEK testą ir tikslo riboti konkurenciją (o ne jį išstumti) buvimą.

3.2.1.3. Sąlyginių nuolaidų taikymas

Jų esmė yra siekis išlaikyti pirkėjų lojalumą, suteikiant papildomas nuolaidas, kurios netaikomos jeigu pirkėjas pereis pas konkurentus (Barbera *et al.*, 2023, p. 588). Paprastai šios nuolaidos yra siejamos su paslaugų teikimo trukme, įsigyjamų prekių skaičiumi ar numatant išimtinį pirkimą. Siekiant konkuruoti su šias nuolaidas taikančiu subjektu konkurentai turi ne tik taikyti šio kainodarą, bet ir kompensuoti pirkėjo praradimus dėl

²⁹ ESTT sprendime *Deutsche Telekom* taikytos „specifinės prekės sąnaudos“ (angl. *product-specific cost*), kurios prilyginamos vidutiniams išvengiamiems kaštams (Nazzini, 2011, p. 231). ESTT sprendime *Telefónica* byloje EK taikė ilgo laikotarpio vidutinius padidėjimo kaštus.

sąlyginės nuolaidos praradimo. Šiam kainų lygiui esant žemiau konkurento patiriamų kaštų ribos jis negali pelningai varžytis rinkoje. Nors nuolaidų taikymas *per se* nesudaro pažeidimo, tačiau jis gali turėti antikonkurencinį pobūdį, jeigu siekiama panaikinti ar suvaržyti pirkėjo laisvę pasirinkti tiekėją, norint išstumti konkurentus iš rinkos (ESTT sprendimas *Michelin I* byloje).

Šiose bylose VEK testu analizuojama, ar dominuojančio ūkio subjekto taikoma kaina su nuolaida yra mažesnė nei vidutinė kaina, kurią sumokėtų pirkėjas, jei jis pradėtų pirkti prekes iš konkurento, kuris kainodarą nustatytų pagal patiriamus kaštus (ribinius ir nekintančius) vienai prekei, tačiau konkurento nustatyta kaina būtų be nuolaidos (Barbera *et al.*, 2023, p. 588).

Kadangi vertinant nuolaidas yra atsižvelgiama į nuolaidos struktūrą ir konkuruojančią paklausos dalį (Intel and the AEC test ..., 2022), tai VEK testo taikymo poreikis yra diskutuotinas. ESTT *Post Danmark II* byloje išaiškinta, kad VEK testo taikymas šiose bylose nėra privalomas, tačiau gali būti laikomas pagalbiniu įrodymu. VEK testo taikymo pasirinktinumas išlieka ne tik aukščiau kaštų taikomos kainodaros (įskaitant nuolaidas) bylose, tačiau ir kainoms esant žemiau už konkurento patiriamus kaštus. Nuolaidų bylose pasirinkus taikyti VEK testą yra ypač svarbu užtikrinti pakankamai tikslią ir nekeliančią abejonių duomenų analizę. Teisingumo Teismas *Intel* byloje panaikino sprendimus būtent dėl netinkamo, perdėtai formalistinio VEK testo taikymo, kuriuo nebuvo atsižvelgta į lygiaverčio konkurento galimybių ribojimą. Atitinkamai Teisingumo Teismui bylą grąžinus Bendrajam Teismui buvo išaiškinta, kad EK tinkamai neįvertino rinkos dalies, kurią apima tariamas elgesys, ir tokio elgesio trukmės. Todėl vertinta, kad EK negalėjo nustatyti tikėtino antikonkurencinio poveikio ar išstūmimo.

Nors iš ESTT sprendimų *Tomra* ir *Post Danmark II* bylose gali susidaryti įspūdis, kad VEK testas neturėtų būti taikomas sąlyginių nuolaidų bylose, tačiau kaip pažymėta *Post Danmark II* byloje VEK testas neturėtų būti taikomas tik tada, kai dominuojantis ūkio subjektas užima ypač didelę rinkos dalį ir turi struktūrinių pranašumų, nes tokiu atveju veiksmingo konkurento atsiradimas praktiškai neįmanomas. Taigi ESTT praktika VEK testo taikymo ribas sąlyginių nuolaidų bylose sieja su subjekto užimama rinkos dalimi. Darbo autorės nuomone, norint išplėsti VEK testo ribas galima pasinaudoti ESTT sprendime *Oscar Bronner* byloje suformuoto hipotetiškai efektyvaus konkurento testo analogija, vertinant ar hipotetiškai tokią pačią padėtį užimantis konkurentas galėtų pelningai konkuruoti su dominuojančių ūkio subjektu. Šį įrankį būtų būtina derinti su kitais testais, siekiant išvengti aukštos II tipo klaidų rizikos.

Kitas VEK testo taikymą ribojantis veiksnys sąlyginių nuolaidų bylose – tai, kad kainodara gali būti pripažinta antikonkurencine netgi taikant aukštesnes nei patiriami kaštai kainas (ESTT *Tomra* byla). Todėl VEK testui neparodžius piktnaudžiavimo veiksmų, institucija gali nuspręsti, kad dominuojančio ūkio subjekto veiksmai neleido atsirasti lygiaverčiam konkurentui (Gaudin, Mantzari, 2022, p. 130). Be to, kaip *Google Shopping* byloje gali būti nustatyta, kad subjektas turėjo sudaryti „vienodas galimybes“ konkurentams konkuruoti. Šis VEK testo ribojimas yra ypač aktualus srityse, kuriuose ypač svarbi masto ekonomija ir dideli atėjimo į rinką kaštai, pavyzdžiui, telekomunikacijų sektoriuje. Tačiau netgi didelės rinkos dalies turėjimas nėra pakankamas, jeigu nuolaidos poveikis yra nedidelis (Coninck, 2018, p. 76).

Nepaisant ESTT praktikos, pritartina generalinio advokato N. Wahl *Intel* byloje pateiktai išvadai, kad VEK testas sąlyginių nuolaidų bylose negali būti ignoruojamas, nes jis padeda nustatyti veiksmus, dėl kurių efektyviam konkurentui tampa ekonomiškai neįmanoma užsitikrinti klientų paklausos dalies. Tačiau siekiant išvengti I ar II tipo klaidų atsiradimo rekomenduotina jį taikyti kartu su kitais testais.

3.2.2. Nekaininis piktnaudžiavimas

Nors ESTT sprendime *E.N.E.L.* byloje nustatyta, kad ekonominiai pajėgumai yra svarbūs tiek kaininio, tiek nekaininio piktnaudžiavimo bylose, tačiau pastarosiose VEK testo taikymo poreikis nėra toks stiprus kaip kaininiame piktnaudžiavime. Net ir VEK testą laikant tik vienu iš įrankių piktnaudžiavimui dominuojančia padėtimi nustatyti, kaip ESTT vertino *Unilever Italia* byloje, VEK testo svarbos negalima atmesti. Šis testas gali būti naudingas, kai atitinkamos praktikos pasekmės galima įvertinti kiekybiškai.

3.2.2.1. Mišrus sujungimas

Mišrus sujungimas atsiranda, kai dvi ar daugiau prekių yra parduodamos atskirai, bet pirkėjui jas perkant kartu yra taikomos nuolaidos, siekiant išstumti efektyvius konkurentus (Įgyvendinimo prioritetų gairių 48 punktą). Kartais šie veiksmai yra vadinami kelių produktų nuolaidomis, todėl šių bylų analizė yra labai panaši. Tik vertinat kainodarą mišraus susijungimo atveju yra vertinama sujungiamų prekių kaštai ir jiems bendrai nustatyta kaina (su nuolaida).

VEK testas šioms byloms taikomas pagal tai, ar konkurentai parduoda identiškus produktus ir, ar turi realią galimybę tai atlikti. Esant teigiamam atsakymui dominuojančio

subjekto kainodara gali būti pripažįstama piktnaudžiavimu tik tuo atveju, kai viso paketo kaina yra grobuoniška (Nazzini, 2011, p. 244). Tuo tarpu tokios galimybės nesant, tikrinama, ar paketo kaina yra mažesnė nei jo ilgo laikotarpio vidutiniai padidėjimo kaštai (Nazzini, 2011, p. 244).

Mišraus sujungimo bylose VEK testo ribos yra panašios į sąlyginių nuolaidų, t. y. taikymo problemos atsiranda, kuomet dominuojančio ūkio subjekto kainodara (su nuolaidomis) yra aukštesnė nei patiriami kaštai. Dar R. A. Posner pastebėjo, kad VEK testas nepateisina sujungimo ar lojalumo nuolaidos, kuri viršija dominuojančio ūkio subjekto kaštus, bet pablogina konkurentų efektyvumą, nes siekdami konkuruoti pastarieji turi pardavinėti prekes žemiau patiriamų kaštų, o pranašumą suteikti gali tik masto ekonomija (Posner, 2005, p. 240). VEK testas yra netinkamas kuomet išstumiantis poveikis pasireiškia konkurento negalėjimu pasiekti vienodo efektyvumo tik dėl masto ekonomijos nebuvimo. Kadangi šiuo atveju rinkoje veikiantys mažesni subjektai objektyviai negalėtų pasiekti tokio paties efektyvumo, VEK ar hipotetiškai efektyvaus konkurento testas negalėtų parodyti esamo pažeidimo buvimo. Siekiant užpildyti tokias vertinimo spragas, yra siūlytina taikyti iš VEK testo kylantį dinaminį VEK testą (plačiau darbo 4.2. skyriuje), kuris yra sukurtas būtent tokiems atvejams išspręsti. Pažymėtina, kad nors *Google Android* byloje buvo analizuotas prekių sujungimas, tačiau jiems pažeidimams nekylant iš kaininio piktnaudžiavimo VEK testas nebuvo taikytas. Be to, VEK testas neparodo piktnaudžiavimo, kuomet susiejimo lojalumo nuolaidos slopina efektyvių konkurentų konkurenciją, mažindamos mažesnių konkurentų plėtimąsi, tačiau tokio konkurento neišstumia iš rinkos (Elhauge, 2008, p. 414). Nepaisant, kad kainos yra virš patiriamų kaštų lygio, tokiu atveju yra paveikiama vartotojų gerovė, nes panaikina konkurentų norą konkuruoti su dominuojančiu ūkio subjektu sumažinant kainas, kadangi tai būtų mažiau pelninga. Abiem suvaržant pirkėjų galimybes turėti platesnį pasirinkimą ir padidinant rinkos monopolizavimo tikimybę, VEK testas turėtų būti taikomas kartu su vartotojų gerovės testu.

3.2.2.2. Išimtinumo susitarimai

Išimtinumu yra laikoma dominuojančio subjekto praktika įpareigoti pirkėjus įsigyti visas ar didžiąją dalį prekių tik iš šio subjekto (ESTT sprendimas *Hoffmann-La Roche* byloje). Nors išimtinumo susitarimai *per se* nėra draudžiami, tačiau jie gali: (i) dėl fragmentuotos pirkėjų valios išstumti konkurentus iš rinkos, (ii) ilgalaikiai išimtinumo susitarimai gali sudaryti patekimo į rinką barjerus, (iii) ilgalaikiai susitarimai gali uždaryti rinką, nes

konkurentas negalės kompensuoti pirkėjams dėl patiriamų praradimų (Nazzini, 2011, p. 246). Kadangi išimtinumo susitarimai yra laikomi nuolaidų bylų forma, tai VEK testas jiems yra taikomas panašiai. Juose vadovaujasi ESTT sprendimu *Intel* byloje, jog VEK testo išlaikymas savaime nereiškia, kad pažeidimo nėra.

Išimtinių susitarimų atveju VEK testas gali būti sunkiai pritaikomas arba netinkamas, kai pašalinimo iš rinkos praktika derinama su kitais antikonkurenciniais ribojimais (Hajnovicova *et al.*, 2019, p. 146). Tai ypač aktualu į monopoliją linkusioms rinkoms, kurioms būdinga rinkos ekonomija. Todėl net ir nedidelės rinkos dalies uždarymas ar mažiau efektyvaus konkurento išstūmimas iš rinkos gali turėti neigiamus padarinius konkurencijai, nes neliktų su dominuojančiu ūkio subjektu konkuruojančių konkurentų. Tokiems atvejams išspręsti rekomenduojama pagal nustatytus išimtinis atvejus taikyti mažiau efektyvaus konkurento testą. Be to, VEK testas gali būti nesėkmingai taikomas praktikoje dėl skaičiavimo ar duomenų parinkimo klaidų. ESTT sprendime *Google Android* byloje iš dalies panaikino EK sprendimą dėl netinkamai pritaikyto VEK testo, t. y. netinkamai nustatytų dydžių, pavyzdžiui, naudoto netinkamo papildomų kaštų dydžio ar konkurento turimos rinkos dalies nustatymo. EK išimtiniais susitarimams nusprendus taikyti VEK testą, jis turi būti atliekamas griežtai laikantis nustatytų reikalavimų. Atitinkamai, *Qualcomm* byloje ESTT išaiškino, kad nors nėra privaloma taikyti VEK testą, tačiau šaliai jais remiantis atsiliepinuose, EK turi šią analizę atlikti. EK neįvertinus *Qualcomm* pateiktų duomenų apie VEK testo išlaikymą, ESTT pripažino pažeidimo buvimą. Toks vertinimas taip pat patvirtintas *Unilever Italia* byloje, kurioje pritarta generalinio advokato A. Rantos išvadai, kad nepriklausomai nuo to, kokia piktnaudžiavimo forma yra tirama, šaliai įrodinėjant, jog nebuvo tikslo riboti konkurenciją ar rinkos uždarymo efekto, teismas privalo taikyti VEK testą. Taigi, nors VEK testo taikymas šios kategorijos bylose nėra ribojamas, tačiau jo taikymas gali sukelti problemų, kuomet yra netinkamai atliekama analizė. Atsižvelgiant į tai, kad VEK gali parodyti aukšto lygio konkurentų galimybių varžytis apribojimą, jį rekomenduotina taikyti, o dominuojančiam ūkio subjektui jį tenkinus – atlikti ir kitų testų vertinimą.

3.2.2.3. Diskriminacija

Diskriminacija atsiranda, kai tokį patį prekių kiekį įsigyjantiems ar parduodantiems subjektams yra taikoma skirtinga kainodara, neparemta skirtingais jų teikimo kaštais (Whish, Bailey, 2021, p. 801). Nors reaguodamas į *AKZO* byloje pateiktą išaiškinimą dėl

sąnaudų ir kaštų vertinimo ESTT vengę VEK testo taikymo,³⁰ tačiau *Post Danmark I* byloje išaiškinta, kad VEK testo taikymo sritis apima ir kaininės diskriminacijos atvejus (Mandorff, Sahl, 2013, p. 12-13).

SESV 102 straipsnio c daliai susitelkiant į diskriminacinių sąlygų konkurentams nustatymą, taip sudarant nelygiavertes veikimo sąlygas, VEK testu nustatinėjamas nelygiavėrių sąlygų sukūrimas. Tai yra vienintelis testas šiose bylose piktnaudžiavimui dominuojančia padėtimi nustatyti (Nazzini, 2011, p. 248). *Post Danmark I* byloje ESTT nurodė, kad taikoma atrankinė kainodara ar kaininė diskriminacija savaime negali būti laikoma išstumiančiu piktnaudžiavimu. Kainodara buvo vertinama taikant siaurą VEK testo variantą, kurio atveju analizuojami tik kaštai ir nustatytos kainos, o neišlaikius VEK testo pripažįstamas piktnaudžiavimo buvimas. Šioje situacijoje sumaišties įnešė sprendimas *Tomra* byloje, kurioje nustatyta, kad VEK testas yra neprivalomas pažeidimams nustatyti.

Darbo autorės nuomone, dėl diskriminavimo panašumo į grobuonišką kainodarą, pasižyminčią selektyviu pobūdžiu, t. y. paprastai žemesnių kainų nustatymu svarbesniems arba labiau pardavėją pakeisti linkusiems pirkėjams, laikytina, kad VEK testo ribos turėtų būti panašios. Tačiau esant dominuojančio ūkio subjekto siekiui paveikti konkurenciją priešrovinėje arba pasrovinėje rinkoje (pavyzdžiui, prieš tampant vertikaliai integruotu siekiant sumažinti konkurenciją pasrovinėje rinkoje), tai VEK testas turėtų būti taikomas kartu su kitais testais ir kaip nuolaidų bylose net ir nustatčius, kad subjekto nustatyta kainodara yra aukštesnė už patiriamus kaštus, atsižvelgtina į vartotojų gerovę.

3.2.2.4. Kiti atvejai

Literatūroje yra nurodoma, kad VEK testo taikymas neturėtų apsiriboti vien kaininiu piktnaudžiavimu ir kartu turėtų būti taikomas nekaininiam piktnaudžiavimui, t. y. išplečiant VEK testo taikymo ribas (Mandorff, Sahl, 2013, p. 15). Šiose bylose pagrindinė VEK testo problema, yra dažnas negalėjimas palyginti konkrečias kainas ir kaštus (Barbera *et al.*, 2023, p. 589). Tačiau tai nereiškia, kad jo taikymas iš principo negalimas. Be jau aptarto mišraus sujungimo, išimtinių susitarimų, VEK testą taip pat siūloma taikyti atsisakant teikti prekes (Mandorff, Sahl, 2013, p. 15). Pastaruoju atveju VEK būtų naudojamas kaip

³⁰ ESTT sprendime *Irish Sugar* byloje nustatyta kaininė diskriminacija nevertinant patiriamų kaštų ir taikomos kainodaros santykio. ESTT sprendime *Compagnie Maritime Belge Transports* byloje nurodyta, kad dominuojantis ūkio subjektas siekė išstumti vienintelį konkurentą taikydamas šio kainodarą. Kadangi nustatytas siekis išstumti vienintelį konkurentą, tai nustatytas piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi be VEK testo taikymo.

priemonė nustatyti, ar atsisakymas teikti prekes galėjo išstumti konkurentą iš rinkos. Šis vertinimas ypač aktualus, kai prekė yra esminis išteklius.

VEK principas buvo pritaikytas pirmumo sau teikimo (angl. *self-preferencing*) bylose. ESTT sprendime *Google Shopping* byloje vertino, ar sumažėjusi hipotetinio konkurento paklausos dalis su tokiais pačiais kaštais leistų jam pelningai konkuruoti. Atitinkamai, VEK testą tokiu atveju sudarytų priešsrovinių ir pasrovinių kaštų, pasrovinės rinkos elgesio, vienam produktui tenkančių kaštų bei masto ekonomijos analizė (Barbera *et al.*, 2023, p. 590). Esminę problemą šiose bylose sudarytų masto ekonomijos ir sukurtos ekosistemos platformos klausimai. Siekiant išvengti klaidų, VEK testas turėtų būti taikomas kartu su kitais testais – minimalaus efektyvumo lygio testu, nustatymu, ar dėl šio elgesio buvo kliudyta konkurentams pasiekti minimalaus efektyvumo lygį (Barbera *et al.*, 2023, p. 590), tačiau galimas ir mažiau efektyvaus konkurento ar dinamiškai efektyvaus konkurento testų taikymas.

Pabrėžtina, kad VEK testą neracionalu taikyti visoms nekaininio piktnaudžiavimo bylų kategorijoms. Esant elgesiui, kuris gali būti preziumuojamas kaip antikonkurencinis be realios galimybės pateikti paaiškinimus, kaip melagingi pareiškimai ar *reductio ad absurdum* (liet. privedimas prie nesąmonės), VEK principas ir testas netaikytini (Mandorff, Sahl, 2013, p. 16).

4. PASIŪLYMAI NAUJOMS GAIRĖMS

ESTT praktikai pakeitus Įgyvendinimo prioritetų gairėse suformuotas ribas bei atsiradus teisinio aiškumo poreikui, 2023 m. kovo 27 d. EK ėmėsi iniciatyvos priimti Piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi gaires. Tam įgyvendinti nuo 2023 m. kovo 27 d. iki 2023 m. balandžio 24 d. buvo nustatytas pasiūlymų naujoms gairėms pateikimo laikotarpis, į kuriuos atsižvelgdama EK 2024 m. viduryje pateiks naujų gairių projektą (EU competition law – guidelines ..., 2023). Ši iniciatyva sulaukė net 45 pasiūlymų, kurie neapsiribojo tik ES valstybių narių institucijomis, juridiniais asmenimis ar piliečiais. Atsižvelgiant į tai, kad net 24³¹ iš jų akcentavo VEK testo taikymo aiškumo stoką ir netgi 16 aptarė kitus su VEK susijusius testus kaip mažiau efektyvaus konkurento arba dar ne efektyvaus konkurento testą (žr. 6 lentelę, 2 priedą), tai rodo, kad VEK testo tinkamas taikymas bus ypač svarbus Piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi gairėms. Atkreiptinas dėmesys, kad VEK testas dažniau buvo aptartas su konkurencijos teise susijusia akademinė veikla užsiimančių asmenų (žr. 1 priedą), todėl su VEK testu susiję pasiūlymai yra paruošti kokybiškiau nei kiti pasiūlymai. Šiame darbe teikiami pasiūlymai naujoms gairėms, į kuriuos gali būti atsižvelgta teikiant pasiūlymus dėl EK parengto naujų gairių projekto.

6 lentelė. Gautų pasiūlymų sąsaja su VEK testu

Kriterijus	Jį atitinkančių pasiūlymų skaičius
Viso pateikta pasiūlymų	45
Aptarė VEK testo taikymą	24
Aptarė su VEK susijusius testus	16

Šaltinis: sudaryta autorės, remiantis EK pateiktais pasiūlymais 2025 m. Piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi gairėms parengti. Prieiga per internetą: <www.ec.europa.eu>. Plačiau žr. 2 priedą.

Situacija nacionaliniu lygmeniu VEK testo atžvilgiu yra dar sudėtingesnė nei ES, t. y. Lietuvoje Konkurencijos įstatymo 7 straipsnį konkretizuoja tik Konkurencijos tarybos 2020 m. balandžio 7 d. nutarimas Nr. 1S-44 dėl paaiškinimų dėl dominuojančios padėties nustatymo patvirtinimo, kuriame VEK principas ar testas nėra minimas. Pateikiami pasiūlymai taip pat gali būti pritaikomi nustatant VEK testo taikymą nacionalinėje teisėje, pavyzdžiui, papildant minėtą nutarimą nauju skyriumi arba parengiant naujas gaires piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi vertinimui atlikti nacionaliniu lygiu.

³¹ Atkreiptinas dėmesys, kad su konkurencijos teise dirbantys akademikai ir institucijos dažniau teikė pasiūlymus, susijusius su VEK testo taikymu (žr. 1 priedą), todėl vertintina, kad šis testas ar jo taikymo problemos nėra taip plačiai žinomos verslo subjektams ar visuomenei.

4.1. Pasiūlymai gairių struktūrai

Naujose Piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi gairėse turėtų būti aiškiai nustatytas gairių statusas ir ES bei nacionalinės institucijos turėtų nuosekliai jų laikytis. Akademikų darbuose EK *Intel* byloje priimtas sprendimas netaikyti VEK testo buvo kritikuotas, nurodant, kad EK nepakankamai išsamiai paaiškino tokio veiksmo priežastis (pavyzdžiui, Petit, 2018, p. 100-101). Pranešime spaudai EK nurodė, kad piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi tyrimui esant pradėtam prieš priimant gaires, EK nėra jo saistoma (Antitrust: Commission imposes fine ..., 2009). Šie prieštaringi gairių taikymo veiksmai sukūrė ne tik VEK testo taikymo, bet ir Įgyvendinimo prioritetų gairių statuso neaiškumą, kuomet subjektai nebuvo tikri dėl gairių taikymo kitose bylose, ypač kai tyrimas buvo pradėtas iki gairių priėmimo. Norint išvengti panašaus teisinio neapibrėžtumo priėmus naujas gaires yra svarbu, kad EK nevengtų jų taikymo sudėtingesnėse situacijose, o aiškiai pagrįstų, kodėl siekiama netaikyti VEK testo.

Turėtų būti apibrėžtos VEK principo ir testo sampratos, nubrėžianti bendri kriterijai šių kategorijų supratimui. Sutiktina su Linklaters LLP pasiūlyme EK pateikta išvada, kad šios sąvokos turėtų būti atskirtos tarpusavyje. Tai būtų galima padaryti išaiškinant VEK principo ir testo sąvokas, kurios būtų aiškiai konkrečios, apibrėžtos ir nuosekliai taikomos. Taip būtų užkirstas kelias šių kategorijų nepagrįstam jungimui ir sustiprintas VEK principo kaip universalaus standarto, taikytino visoms išstumiančio piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi formoms veikimas. Atitinkamai, VEK testui esant šį principą įgyvendinančiai priemonei, būtų suteiktos platesnės jo taikymo galimybės.

Kaip nustatyta darbo 2.2. ir 3.2. dalyse, VEK testo sampratai ir riboms kaininio ir nekaininio piktnaudžiavimo bylose iš esmės skiriantis, būtų tikslinga pagal šį kriterijų skirstyti VEK testo taikymą. Atsižvelgiant į M. Marinovos pasiūlyme EK pateiktą vertinimą, siūlytina VEK testo taikymą reguliuoti atskiriant kaininio ir nekaininio piktnaudžiavimo bylas. Pirma, tokiu atveju būtų užtikrintas didesnis teisinis aiškumas, nes ūkio subjektai galėtų atlikti savo elgesio *ex ante* ir *ex post* patikrą, išvengdami per daug abstrakčių ar bendrų kriterijų taikymo. Antra, toks informacijos sisteminimas užtikrintų galimybę tinkamai nustatyti išimtis, kurioms esant VEK testas galėtų būti netaikomas. Šių išimčių nustatymas yra ypač svarbus, atsižvelgiant į tai, kad visi 16 apie su VEK susijusius testus rašiusių subjektų nurodė konkretnio mažiau efektyvaus konkurento ir dar ne efektyvaus konkurento testo taikymo reguliavimo poreikį, nustatant konkrečius kriterijus, kada jis bus taikytinas. Trečia, toks skirtumas padėtų užtikrinti tinkamą VEK testo sampratą

ir taikymą bylose, nes būtų galima konkrečiau sureguliuoti skirtingose piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi formose pasitaikančias problemas ir jų sprendimo būdus.

Siekiant išvengti VEK testo I ar II tipo klaidų kartu yra svarbu nustatyti detalesnę kaininio ir nekaininio piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi bylose reguliavimą, aprašant svarbiausių formų praktiką. Taip ne tik būtų galima sumažinti EK klaidų taikant VEK testą tikimybę (pateikiant aiškesnes ir detalesnes gaires), bet ir užtikrinti didesnę teisinę aiškumą. Tai ypač svarbu nekaininio piktnaudžiavimo bylose, kadangi kaip ne kartą yra pastebėta EK pateiktuose pasiūlymuose, jose antikonkurenciniams veiksams nustatyti taikytini kriterijai ir naudojami įrankiai yra neaiškūs, nežinoma jų svarba, todėl kiekvienu atveju yra pateikiamas *ad hoc* vertinimas.

Svarbu palaikyti naujų gairių aktualumą. EK neturėtų kartoti priėmus Įgyvendinimo prioritetų gaires padarytos klaidos, kuomet šios beveik 15 m. nebuvo atnaujintos. Per šį laikotarpį plėtojantis ESTT praktikai jos prarado aktualumą ir tapo nereikšmingos. Pritartina Vodafone Group Plc. išreikštam siekiui, jog naujos gairės būtų reguliariai atnaujinamos, siekiant jų nenutolinti nuo esamos praktikos. Nors šie veiksmai gali atrodyti pertekliniai, tačiau jie leistų išvengti netinkamo VEK testo taikymo ir vėlesnio EK sprendimų panaikinimo.

4.2. Pasiūlymai VEK testo sampratai

Nekaininio piktnaudžiavimo bylose yra sudėtinga nustatyti tinkamus vertinimo kriterijus. Anksčiau kaip vienas iš geriausių standartų buvo siūlytas VEK testas. ESTT *Intel* byloje priimtas sprendimas, kuriame ne tik dar kartą konstatuotas VEK testo taikymo neprivalomumas, bet ir jis laikytas tik vienu iš įrankių antikonkurenciniam elgesiui nustatyti. Toks vertinimas pateiktas, nes Bendrasis Teismas laikė, kad VEK testas negali tinkamai nustatyti piktnaudžiavimo nuolaidomis išstumiančio poveikio, netgi jeigu efektyvus konkurentas teoriškai gali patekti į rinką. Vertintina, jog siauras VEK testo taikymas kyla iš formaliai suvokiamos paties testo sampratos. Nors Įgyvendinimo prioritetų gairėse atlikti pakeitimai siaurinant VEK testo taikymo ribas, šį siejant su kaštų ir kainų vertinimu, tačiau VEK testo taikymo ribas siūlytina plėsti, pritaikant skirtingoms bylų kategorijoms, *inter alia* nekaininiam piktnaudžiavimui. Šią priešpriešą dar labiau paaštrino 2023 m. Įgyvendinimo prioritetų gairių pakeitimai, kuriais dar labiau išplėstas mažiau efektyvus konkurento testo taikymas. Tuo labiau, kad didžioji dalis EK pateiktų pasiūlymų palaikė VEK testo sampratos plėtimą (žr. 7 lentelę). Pažymėtina, kad didžiausia dalis akademinė veikla užsiimančių asmenų siūlė plėsti VEK testo taikymo ribas (žr. 1 priedą),

šià dalį taip pat sudarė didelė dalis didelių ūkio subjektų, kurių veiksmų analizei gali būti taikomas VEK testas.

7 lentelė. **VEK testo samprata.**

Kriterijus	Jį atitinkančių pasiūlymų skaičius
VEK testas suvokiamas siaurai	3
Siūloma plėsti VEK testo sampratą	11
Siekė siaurinti VEK taikymą	0
Palaikė VEK testo taikymą, bet nedetalizavo ribų	10

Šaltinis: sudaryta autorės, remiantis EK pateiktais pasiūlymais 2025 m. Piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi gairėms parengti. Prieiga per internetą: <www.ec.europa.eu>.

Platesnė VEK testo samprata sukeltų teigiamą efektą. Pirma, ji užtikrintų VEK principo įgyvendinimą didesne apimtimi. VEK testą pritaikant prie išstumiančio piktnaudžiavimo formų ir atsisakius tik formalaus kaštų ir kainodaros vertinimo būtų galima užtikrinti efektyvių konkurentų apsaugą prieš dominuojančius subjektus. Antra, būtų nustatyti kriterijai nekaininio piktnaudžiavimo byloms nagrinėti. Šiuo metu nors ir yra deklaruojama, kad VEK testas yra tik vienas iš jų, tačiau nėra tiksliai apibrėžta, kokie kiti standartai galėtų būti taikomi. Sukuriama teisinio neapibrėžtumo situacija, kuomet VEK testas yra atmetamas iš esmės nepasiūlant jokios kitos tinkamesnės alternatyvos. Be to, toks VEK testo taikymas padėtų išvengti jo kaip saugaus uosto naudojimą ir sumažintų II tipo klaidų atsiradimo tikimybę. Siūlytina VEK testą pritaikyti prie atskirų piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi formų, o ne siaurinti jo sampratą ir ribas.

Siekiant reglamentavimo aiškumo, rekomenduotina atsižvelgti į Orange SA pateiktą pasiūlymą VEK testo galimus padarinius suskirstant į tris zonas: (i) juodą, kuomet dėl ypač agresyvios kainodaros preziumuojamas tikslo riboti konkurenciją buvimas, (ii) pilką, kuomet kainodara gali riboti konkurenciją, jeigu yra nustatomas tikslo ją riboti buvimas, (iii) baltą, kuomet laikoma, kad pažeidimo nėra, išskyrus tam tikras išimtis. Tokia sistema iš esmės primena AKZO byloje išdėstyto kaštų ir kainų testo variantą, bet jis būtų naudojamas ne tik grobuoniškos kainodaros ir maržos spaudimo bylose, tačiau dėl savo bendro pobūdžio galėtų būti pritaikomas plačiau. Toks gradavimas taip pat būtų suderinamas su ESTT praktikoje siūloma mažiau efektyvaus konkurento įvertinimu arba konkurencinės padėties išsaugojimo bei dar ne efektyvaus konkurento analize. Pažymėtina, kad dabar Įgyvendinimo prioritetų gairėse numatytas mažiau efektyvaus konkurento vertinimas (24 punktas) iš esmės nesutampa su ESTT praktika, nes pateikia perdėtai bendrą, o ne išimtinį (kaip nurodoma ESTT *Google Shopping* byloje) vertinimą. Taigi į

spalvinių zonų sistemą siūloma inkorporuoti L. Peepkorn pasiūlytą išimčių numatymą, kuomet pažeidimas gali būti nustatytas netgi patekus į baltąją zoną, jeigu nustatomos atitinkamos aplinkybės. Pirma, baltojoje zonoje turėtų būti nustatyta išimtis kuomet reikėtų atsižvelgti į mažiau efektyvių konkurentų išlikimą rinkoje, nes atliekant šį vertinimą iš esmės nukrypstama nuo pagrindinio konkurencijos teisės principo, kad nėra saugomi neefektyvūs konkurentai. Siekiant teisinio aiškumo išimtines aplinkybes reikėtų atriboti nuo šiuo metu gairėse esančių abstrakčių kriterijų nustatymo (24 punktą) ir išimtinius atvejus nustatyti ypač tiksliai, netgi siūlytinas baigtinio sąrašo (lot. *numerus clausus*) sąrašo sudarymas. Pasiūlymas taip pat atitinka ir bendras tendencijas rinkoje, kadangi visi 16 mažiau efektyvaus konkurento vertinimą aptarusių asmenų išreiškė susirūpinimą galimais negatyviais padariniais konkurencijai. Siūlytina nenutolti nuo *Google Shopping* byloje, kurioje šis testas buvo pritaikytas, aplinkybių, t. y. ypač į monopoliją linkusios rinkos buvimo, masto ekonomijos, ypač didelės dominuojančiam ūkio subjektui tenkančios rinkos dalies buvimo bei nedidelių konkurentų, didelių barjerų patekti į rinką buvimo, didelio pavojaus, kad išstūmus konkurentus rinka taps monopoline, buvimo. Tokių išimčių nustatymas ne tik sustiprintų teisinį apibrėžtumą, bet ir užtikrintų, kad EK neims ginti neefektyvių konkurentų. Antra, turi būti numatyta išimtis dar neefektyviam konkurentui. Jais turėtų būti laikomi: (i) neseniai atėję į rinką ūkio subjektai, kurie patiria didesnius kaštus dėl trumpalaikio veikimo rinkoje, (ii) ūkio subjektai, veikiantys ar realiai galintys veikti patirdami tokius pačius kaštus kaip dominuojantis ūkio subjektas. Dažniausiai jiems pasiekti maksimalų efektyvumą trukdo masto ekonomijos nebuvimas. Nors šiuo atveju nekyla išimčių nustatymo ar siekio juos nagrinėti problemos, tačiau kyla piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi tyrimo atlikimo klausimai.

Daugiausiai praktinių problemų baltojoje zonoje išspręsti padėtų dinamiškai efektyvaus konkurento testo taikymas, kurį pasiūlė B. Heiden, N. Petit, T. Schrepel ir S. Ünekbaş. Šis VEK testui artimas testas sukurtas siekiant pritaikyti VEK testą platesniam bylų kategorijų ratui ir užtikrinti esamų jo problemų išsprendimą. Jis būtų atliekamas lyginant dominuojančio subjekto ir konkretaus konkurento patiriamus kaštus vidutiniu ir ilguoju periodu, siekiant nustatyti ar masto ekonomijos nebuvimas sąlygoja konkurento mažesnę efektyvumą. Būtų siekiama nustatyti atvejus, kuomet konkurentas technologiškai yra vienodai efektyvus, ar net efektyvesnis, tačiau dėl masto ekonomijos nebuvimo negali pasiekti maksimalaus efektyvumo, o dominuojantis ūkio subjektas trukdo konkurentui tai pasiekti. Pažymėtina, kad konkurento galimybė būti efektyvesniu neturi būti pagrįsta prielaidomis, o egzistuojančiais konkurento pranašumais organizacine, technologine ar efektyvesnio resursų paskirstymo prasme. Dėl savo universalumo šis testas galėtų būti

taikomas kaininio ir nekaininio piktnaudžiavimo bylose, o pastarosiose netgi ilgainiui galėtų tapti atskaitos tašku vertinant galimus piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi veiksmus. Be to, galėtų sumažinti detalaus reglamentavimo poreikį mažiau efektyvaus konkurento ir dar neefektyvaus konkurento testo atvejais. Siekiant dinamiškai efektyvaus konkurento testo rezultatų nepriešinti VEK testui, dinamiškai efektyvaus konkurento testas turėtų naudojamas dominuojančio subjekto kainodarai patenkant į baltos zonos ribas arba nustatčius, kad VEK testas nėra pritaikomas esamai situacijai.

Dinamiškai efektyvaus konkurento testas turi tas pačias problemas, kurios iš esmės yra būdingos daugeliui siūlomų priemonių. Pirma, juo vertinant konkurento patiriamus kaštus bei efektyvumą, negalimas hipotetinių duomenų vertinimas, todėl gali būti atliekama tik *ex post* kontrolė. Kaip pastebi šio testo idėjos autoriai, hipotetiškai efektyvesnio konkurento vertinimas sukurtų perdėtai didelį neapibrėžtumą, nes galimybė atsirasti hipotetiškai efektyvesniam egzistuoja netgi nesant jokių realių technologinių galimybių. Antra, kadangi pastebima aiški preferencija naujiems rinkos dalyviams, baiminamasi, kad ilgiau rinkoje veikiančių, tačiau pakankamos masto ekonomikos nepasiekusių konkurentų situacija liks neįvertinta, nors jų atžvilgiu piktnaudžiaujantys veiksmai gali būti vykdomi ilgiau. Trečia, dominuojančiam ūkio subjektui negalint numatyti konkurento esamo efektyvumo ir patiriamų kaštų, vertintina, kad jų pagrindu negalėtų būti taikomos baudos. Nepaisant šių problemų, tokio testo taikymas yra labiau apibrėžtas nei dabar gairėse nustatyti abstraktūs standartai.

Atsižvelgiant į dirbtinio intelekto plėtrą bei EK nustatytus tikslus naudotis siūlomais įrankiais analizės tikslumui užtikrinti bei laiko sąnaudoms sumažinti (Management plan, 2023, p. 28), turėtų būti nustatytas dirbtinio intelekto naudojimas VEK testui taikymui. Toks taikymas ypač tiktų kaininio piktnaudžiavimo bylose, kuomet turimų duomenų kiekis yra ypač didelis ir kyla poreikis juos tinkamai susisteminti. Nors technologijos gali būti reikšmingu įrankiu atliekant tyrimą, tačiau būtina skaidriai nustatyti jų taikymą, kad būtų suvoktos iš dirbtinio intelekto taikymo galinčios kilti spragos ir sumažinta klaidų rizika.

4.3. Pasiūlymai VEK testo taikymui kartu su kitais testais

Turėtų būti aiškiai numatyta galimybė VEK testą taikyti kartu su kitais testais. Hipotetiškai efektyvaus konkurento testas taikytinas tuomet, kai nėra galimybių taikyti VEK testą,

tačiau situacijos pobūdis nurodo panašaus testo taikymo poreikį.³² Dėl skirtingo jų pobūdžio šie testai negalėtų būti taikomi kartu. Kiek sudėtingesnė situacija gali susidaryti atliekant dinamiškai efektyvaus konkurento testą, kadangi dominuojančiam ūkio subjektui išlaikius VEK testą gali būti atliekamas tolimesnis vertinimas, siekiant išsiaiškinti, ar rinkoje veikiantys konkurentai nėra efektyvesni. Galiausiai mažiau efektyvus konkurento testas arba konkurencinga padėtis turėtų būti taikomas vietoje VEK testo, tačiau tik išimtiniais EK nustatytais atvejais. Kitaip būtų rizikuojama suteikti apsaugą neefektyviems konkurentams ir taip atgrasyti kitus rinkos subjektus nuo efektyvaus resursų naudojimo ir kaštų mažinimo politikos.

VEK testas yra tik vienas iš galimų įrankių piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi analizei atlikti, tačiau Įgyvendinimo prioritetų gairėse nėra pateikiami kitų galimų taikyti testų pavyzdžiai, jie nekonkretizuojami nei teismų praktikoje. Praktikoje taikomi abstraktūs kriterijai, kurie neužtikrina teisinio tikrumo ir apibrėžtumo principų. Būtina ne tik tikslinti VEK testo reglamentavimą, bet kartu detalčiau reglamentuoti vartotojų gerovės ar pelno siekimo testus. Tai pirma, sudarytų galimybę VEK testo rezultatus palyginti su kitais taikomais standartais ir geriau įvertinti elgesį, kuriuo galimai piktnaudžiaujama dominuojančia padėtimi. Antra, užtikrintų kitų standartų naudojimo galimybę, kuomet VEK testas neduotų aiškių rezultatų arba būtų netaikytinas. Trečia, padėtų įvertinti VEK testo tinkamumą, palyginant jį su kitais galimais standartais. Siūloma nustatyti aiškesnį kitų standartų taikymą piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi bylose.

³² Autorės nuomone, į šias situacijas patenka ESTT *Oscar Bronner* ir *Lithuanian Railways* bylose nagrinėtos situacijos, kuomet nebuvo realių galimybių efektyviam konkurentui atsirasti arba šios galimybės buvo ypač apribotos.

IŠVADOS

1. VEK testas pradėtas formuoti JAV doktrinoje, siekiant nustatyti tinkamus kriterijus piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi draudimus numatančiam Robinsono-Patmano aktui įgyvendinti. Čikagos mokyklos pasiūlytas ir vėliau Harvardo mokyklos įtakoje formavęsis VEK testas greitai buvo pradėtas taikyti JAV praktikoje kaip aiškesnius standartus nustatantis, ekonominiu vertinimu pagrįstas įrankis kaininio piktnaudžiavimo bylose. EEB pasirašius Romos sutartį VEK testas greitai pritaikytas ir ES institucijų praktikoje. ES VEK testas taikytas atliekant ekonominę analizę kartu su tikslo riboti konkurenciją buvimu. Teisės ir ekonomikos doktrinoje VEK testas pasiūlytas, siekiant užpildyti reglamentavimo trūkumą antikonkurencinio elgesio analizei atlikti. Nesant kitų aiškių standartų galimam piktnaudžiavimui dominuojančia padėtimi įvertinti, VEK testo taikymo poreikis nepakito.
2. VEK testo samprata yra susijusi su vieno iš pagrindinių konkurencijos teisėje – VEK principo įgyvendinimu. Pagal Įgyvendinimo prioritetų gairių pakeitimus pastebimas VEK testo sampratos siejimas su kaštų ir sąnaudų vertinimu. VEK testo sampratos (ir kartu jo taikymo) siaurinimui bei ribojimui nepritartina, nes VEK testas turėtų užtikrinti VEK principo taikymą platesniam bylų ratui. Nors VEK testo taikymas skiriasi skirtingose piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi formose, tačiau visais atvejais analizuojami galimai piktnaudžiaujančio ūkio subjekto patiriamų kaštų bei kainodaros duomenys ir objektyvių galimybių efektyviam konkurentui patekti ir (ar) išlikti rinkoje buvimas.
3. VEK testo taikymo ribos skiriasi kaininio ir nekaininio piktnaudžiavimo bylose. Nors VEK testo taikymas nėra privalomas nei vienoje iš jų, tačiau kaininio piktnaudžiavimo atveju yra įprastai taikomas. VEK testas ypač taikytinas grobuoniškos kainodaros arba maržos spaudimo bylose. Dėl savo pobūdžio VEK testas netaikytinas tik nesąžiningos kainodaros bylose. VEK testu vertinamų kaštų rūšies parinkimo problema buvo išspėsta pasirenkant Įgyvendinimo prioritetų gairėse nustatant rekomenduojamų kaštų rūšių vertinimą. Sąlyginių nuolaidų taikymo atveju ESTT dažniau akcentuoja VEK testo taikymo pasirinktinumą. VEK testas paprastai netaikomas, kai dominuojantis ūkio subjektas užima ypač didelę rinkos dalį arba egzistuoja dideli barjerai patekti į rinką. Tuo atveju siūloma taikyti į VEK testą panašius testus: hipotetiškai efektyvaus konkurento testą arba dinamiškai efektyvaus konkurento testą. Kaininio piktnaudžiavimo bylose nesant esminių barjerų patekti į

rinką VEK testas turėtų būtų netaikytinas tik išimtiniais atvejais, nes šis įrankis sukuria teisinį užtikrintumą rinkoje veikiantiems ūkio subjektams.

4. Nekaininio piktnaudžiavimo atveju VEK testas yra tik vienas iš įrankių piktnaudžiavimui dominuojančia padėtimi nustatyti. Šiuo atveju VEK testo taikymas yra kitoks nei kaininio piktnaudžiavimo bylose, nes atsižvelgiama ne tik į dominuojančio ūkio subjekto patiriamus kaštus, tačiau ir į efektyvių konkurentų galimybes realiai konkuruoti su šiuo subjektu. Nekaininio piktnaudžiavimo atveju dominuojančio ūkio subjekto kainodara dažnai viršija patiriamus kaštus, tačiau kiti atliekami veiksmai išstumia efektyvų konkurentą iš rinkos. VEK testą siūloma taikyti kartu su kitais kriterijais, nes taip galima išvengti II tipo klaidų buvimo. Pritariama hipotetiškai efektyvaus konkurento testo arba dinamiškai efektyvaus konkurento testo taikymui nekaininio piktnaudžiavimo bylose, užtikrinant VEK principo veikimą ne tik teoriniu, bet ir praktiniu lygiu bei sumažinant galimų klaidų riziką.
5. Pagal 2023 m. kovo 23 d. EK pateiktą Komunikatą, jo Priedą bei Piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi gairėms parengti pateiktus 45 pasiūlymus daroma išvada, kad VEK testas ir jo taikymo ribos bus vienu iš daugiausiai dėmesio susilauksiančių klausimų rengiant bei vertinant naujas gaires. Iš pateiktų pasiūlymų matyti, jog dabartinis reguliavimas neužtikrina reikiamo aiškumo laipsnio, todėl turėtų būti nustatytas konkrečiau. Nesutinkama su Įgyvendinimo prioritetų gairėse nustatytais pakeitimais siaurinant VEK testo taikymą ir siūloma pateikti bendresnę VEK testo taikymo sampratą. Gairėse turėtų būti nustatytos VEK testo sampratos įvairiose kaininio ir nekaininio piktnaudžiavimo formose. Kaininio piktnaudžiavimo bylose teismai turėtų motyvuoti sprendimą netaikyti VEK testo, o nekaininio piktnaudžiavimo bylose jis turėtų išlikti neprivalomas. Naujose gairėse turėtų būti parengti tikslesni VEK testo taikymo kriterijai kiekvienoje piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi formoje.

PASIŪLYMAI

1. Nustatyti VEK principo ir VEK testo sampratas, jas atskiriant ir numatant VEK testą kaip VEK principą įgyvendinančią priemonę.
2. Nustatyti VEK testo taikymą kaininio ir nekaininio piktnaudžiavimo bylose, numatant pastarojo taikymo galimybę kartu su kitais testais.
3. Situacijas kuomet taikomas VEK testas skirstyti į tris zonas: (i) juodą, kuri iš esmės atitiktų AKZO byloje nustatytą žemiau vidutinių kintamų kaštų kainų taikymą, kuomet antikonkurencinio tikslo buvimas būtų preziumuojamas; (ii) pilką, kuri atitiktų AKZO byloje taikytą standartą, kai kainodara nustatyta aukščiau vidutinių kintamų kaštų, bet žemiau vidutinių bendrųjų kaštų, ir yra būtina įrodyti antikonkurencinio tikslo buvimą; (iii) baltą, kuomet elgesys antikonkurenciniu gali būti laikomas tik esant išimtiniais atvejais, t. y. pritaikius mažiau efektyvaus konkurento testą arba dinamiškai efektyvaus konkurento testą. Taikomos išimtys privalo būti nustatytos gairėse, sudarant baigtinį sąrašą, kuris būtų aiškinamas siaurai.
4. Nustatyti konkrečius atvejus taikyti mažiau efektyvaus konkurento principą. Siūlytina pernelyg nenutolti nuo *Google Shopping* byloje buvusių aplinkybių, t. y. numatant išimtinis atvejus esant ypač į monopoliją linkusios rinkos buvimui (kaip telekomunikacijų sektorius), masto ekonomijos svarbai, ypač didelės dominuojančio ūkio subjekto rinkos dalies bei nedidelių konkurentų buvimui, didelių barjerų patekti į rinką buvimui, didelio pavojaus, kad išstūmus konkurentus rinka taps monopoline, buvimui.
5. Nustatyti dinamiškai efektyvaus konkurento testo taikymą, kuriuo būtų lyginami dominuojančio subjekto ir konkretaus konkurento patiriami kaštai vidutiniu ir ilguoju periodu, siekiant nustatyti ar masto ekonomijos nebuvimas sąlygoja konkurento mažesnę efektyvumą. Jo taikymas turėtų būti numatytas ypač didelės masto ekonomijos svarbos, naujų subjektų atėjimo į rinką atveju bei aukštų barjerų patekti į rinką atveju. Siūlytina dinamišką efektyvaus konkurento testą taikyti tiek kaininio, tiek nekaininio piktnaudžiavimo atveju.
6. Reglamentuoti dirbtinio intelekto naudojimą atliekant VEK testą. Jį siūlytina naudoti atliekant didelės apimties duomenų analizę.
7. Užtikrinant VEK principo įgyvendinimą, kai VEK testą naudoti nėra galimybės, naudotini kiti testai, kurie turėtų būti detalčiai ir aiškiai reglamentuoti gairėse. Tai padės efektyviai reglamentuoti testus ir užtikrinti VEK principo įgyvendinimą.

ŠALTINIAI

TEISĖS NORMINIAI AKTAI

ES teisės norminiai aktai

1. 2008 m. gegužės 9 d. Europos Sąjungos sutarties konsoliduota versija. OL C 115, p. 1.
2. 2008 m. gegužės 9 d. Sutarties dėl Europos Sąjungos Veikimo konsoliduota versija. OL C 115, p. 1.
3. 1957 m. kovo 25 d. Europos ekonominės bendrijos steigimo sutartis. 11957E/TXT, p. 3.

Nacionaliniai teisės norminiai aktai

4. Lietuvos Respublikos Konstitucija (1992). *Valstybės žinios*, 33-1014.
5. Lietuvos Respublikos mažmeninės prekybos įmonių nesąžiningų veiksmų draudimo įstatymas (2009). *Valstybės žinios*, 1-31.
6. Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas (1999). *Valstybės žinios*, 30-856.
7. Lietuvos Respublikos konkurencijos tarybos 2020 m. balandžio 7 d. nutarimas Nr. 1S-44 dėl paaiškinimų dėl dominuojančios padėties nustatymo patvirtinimo (2020). TAR, 7262.

Užsienio valstybių teisės norminiai aktai

8. Robinson–Patman Act (1936). *Public law*, 74-692, *Act of Congress*, 49-1526.
9. United States Code, Title 15 (1926). *Government Publishing Office*, 2368380.
10. Sherman Antitrust Act (1890). *Act of Congress*, 26-209.

ŠVELNIOSIOS TEISĖS (ANGL. SOFT LAW) ŠALTINIAI

11. Europos Komisijos 2023 m. kovo 27 d. komunikatas dėl įgyvendinimo prioritetų taikant EB sutarties 82 straipsnį dominuojančių įmonių piktnaudžiaujamam antikonkurenciniam elgesiui gairių. C(2023) 1923 final.
12. Priedas prie Europos Komisijos 2023 m. kovo 27 d. komunikato dėl įgyvendinimo prioritetų taikant EB sutarties 82 straipsnį dominuojančių įmonių piktnaudžiaujamam antikonkurenciniam elgesiui gairių. C(2023) 1923 final.
13. Directorate-General for Competition Management Plan 2023 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://commission.europa.eu/document/download/7f5a19ba-d4d2->

[46e3-8403-404231101de6_en?filename=comp_mp_2023_en.pdf](#) [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].

14. Europos Komisijos 2009 m. vasario 24 d. komunikatas 2009/C 45/02 dėl įgyvendinimo prioritetų taikant EB sutarties 82 straipsnį dominuojančių įmonių piktnaudžiaujamam antikonkurenciniam elgesiui gairių. OJ C 45, p. 7.
15. European Commission December 2005 DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. Public consultation [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://www.concurrences.com/IMG/pdf/m5496_20090622_20212_en-80.pdf?11277/daa83c8e6636c3336295ca785d1c4567d0565df5027e34a1489c951344465532 [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
16. Europos Komisijos 1998 m. rugpjūčio 22 d. Pranešimas apie konkurencijos taisyklių taikymą prisijungimo susitarimams telekomunikacijų sektoriuje 98/C 265/02. OJ C 265, p. 2.

SPECIALIOJI LITERATŪRA

17. Adam, M., Maier-Rigaud, F. (2009). The Law and Economics of Article 82 EC and the Commission Guidance Paper on Exclusionary Conduct. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 7(1), p. 131-146 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1829076 [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
18. Areeda, P. E., Turner, D. F. (1975). Predatory pricing and related practices under Section 2 of the Sherman Act. *Harvard Law Review*, 88, p. 697–733.
19. Barbera, A., Acosta, N. F., Klein, T. (2023). The Role of the AEC Principle and Tests in a Dynamic and Workable Effects-Based Approach to Abuse of Dominance. *Journal of European Competition Law & Practice*, 14(8), p. 582–594 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://academic.oup.com/jeclap/article/14/8/582/7439624> [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
20. Baumol, W. J. (1996). Predation and the logic of the average variable cost test. *Journal of Law and Economics*, 39(1), p. 49-72.
21. Bolton, P., Brodley, J. F., Riordan, M. H. (2000). Predatory pricing: strategic theory and legal policy. *Georgetown Law Journal*, 88, p 2239-2330.
22. Boutin, A., Boutin, X. (2018). The as efficient competitor test – back to facts. *Competition Law & Policy Debate*, 4(2), p. 51–63.

23. Brodley, J. F., Hay, G. A. (1981). Predatory Pricing: Competing Economic Theories and the Evolution of Legal Standards. *Cornell Law Review*, 66(4), p. 738- 803.
24. Causby, N. (1992). Predatory Pricing: The Evolution of Judicial Standards in the United States and the European Economic Community. *Hastings International Comparative Law Review*, 15(2), p. 297-323 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://repository.uclawsf.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1323&context=hastings_international_comparative_law_review [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
25. Colomo, P. I. (2021). Anticompetitive Effects in EU Competition Law. *Journal of Competition Law & Economics*, 17(2), p. 309–63 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3599407 [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
26. Coninck, R. D. (2018). The as-efficient competitor test: some practical considerations following the ECJ Intel judgment. *Competition Law & Policy Debate*, 4(2), p. 73-80 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://ecp.crai.com/wp-content/uploads/2018/07/CLPD_Vol4_issue-2.pdf [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
27. Davis, P. (2019). As Efficient Competitor Test: An overview of EU and national case law. *Concurrences*, 89776, p. 1-12 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/11._as_efficient_competitor_test-_an_overview_of_eu_and_national_case_law.pdf?55949/d276b723898d8c67304a0ab5c6b846fe27b22ef44e9b099ef53d3ef2d38ab400 [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
28. Edlin, A. S. (2018). Predatory Pricing: Limiting Brooke Groupe to Monopolies and Sound Implementation of Price-Cost Comparison. *The Yale Law Journal Forum*, p. 996-1012.
29. Edlin, A. S., Farrell, J. (2002). The American Airlines Case: A Chance to Clarify Predation Policy. *UC Berkeley Competition Policy Center Working Paper*, CPC02-33 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=507102 [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
30. Elhauge, E. (2009). Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory. *Harvard Law Review*, 123(2), p. 397-481.
31. Elhauge, E. (2003). Defining better monopolization standards. *Stanford Law Review*, 56(253), p. 253-344 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://scholar.harvard.edu/files/einer_elhauge/files/monopolization_standards.pdf [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].

32. Ezrachi, A. (2012). *EU Competition Law. An Analytical Guide to the Leading Cases*. Third edition. London: Bloomsbury Publishing.
33. Gaudin, G., Mantzari, D. (2022). *Google Shopping* and the As-Efficient Competitor Test: Taking Stock and Looking ahead. *Journal of European Competition Law & Practice*, 13(2), p. 125–135 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://academic.oup.com/jeclap/article/13/2/125/6542017> [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
34. Gaudin, G., Mantzari, D. (2016). Margin squeeze: an above-cost predatory pricing approach. *Journal of Competition Law & Economics*, 12(1), p. 151–179 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://academic.oup.com/jcle/article/12/1/151/1750785> [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
35. Hajnovicova, R., Lang, N., L., Usai, A. (2019). Exclusivity Agreements and the Role of the As-Efficient-Competitor Test. *Journal of European Competition Law & Practice*, 10(3), p. 141–158.
36. Hovenkamp, H. (2015). The Areeda-Turner Test for Exclusionary Pricing: A Critical Journal. *Review of Industrial Organization*, 46(3), p. 209–228 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.jstor.org/stable/43550514> [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
37. Jullien, B., Rey, P., Saavedra, C. (2014). The Economics of Margin Squeeze. *IDEI Report* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: http://idei.fr/sites/default/files/medias/doc/by/jullien/Margin_Squeeze_Policy_Paper_revised_March_2014.pdf [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
38. Kovacic, W. E. (2007). Intellectual DNA of modern US competition law for dominant firm conduct: the Chicago/Harvard double helix. *Columbia Business Law Review*, 2007(1), p. 1–80 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://appliedantitrust.com/00_basic_materials/comm/kovacic_intellectual_dna2007.pdf [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
39. Lauer, R. (2023). The Intel saga: what went wrong with the Commission’s AEC test (in the General Court’s view)? *European Competition Journal*, 20(1), p. 45–77 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4246327 [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
40. O’Donoghue, R., Padilla, J. (2020). *The Law and Economics of Article 102 TFEU*. Third edition. London: Hart Publishing.

41. Ordover, J., A., Saloner, G. (1987). *Handbook of Industrial Organization*. New York: North-Holland.
42. Posner, R. A. (2005). Vertical Restraints and Antitrust Policy. *The University of Chicago Law Review*, 72, p. 229-240 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2806&context=journal_articles [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
43. Posner, R. A. (2001). *Antitrust Law*. Second Edition. Chicago: University of Chicago Press.
44. Posner, R. A. (1974). Exclusionary practices and the antitrust laws. *University of Chicago Law Review*, 41(3)(4), p. 506-535 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2853&context=journal_articles [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
45. Ridyard, D. (2013). Interpreting the As-Efficient Competitor Test in Abuse of Dominance Cases. *The Competition Law Review*, 10(2) p. 125-143 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.new.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol10Issue2Art1Ridyard.pdf> [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
46. Makhija, H. R. *et al.* (2023). A Practical Guide to the Implementation of the As-Efficient Competitor (AEC) Test. *The Newsletter of the Pricing Conduct Committee*, p. 1-7 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.analysisgroup.com/globalassets/insights/publishing/2023-a-practical-guide-to-the-implementation-of-the-aec-test.pdf> [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
47. Mandorff, M., Sahl, J. (2013). The Role of the ‘Equally Efficient Competitor’ in the Assessment of Abuse of Dominance. *Konkurrensverket Working Paper Series in Law and Economics*, 2013(1), p. 1-22 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://www.konkurrensverket.se/globalassets/dokument/informationsmaterial/rapporter-och-broschyurer/workingpaper/working_paper_2013-1.pdf [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
48. Mano, M., Durand, B. (2005). A Three-Step Structured Rule of Reason to Assess Predation under Article 82. *Office of the Chief Economist Discussion Paper* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/pred_art82.pdf [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
49. Marinova, M. (2022). The EU General Court’s 2022 Intel Judgment: Back to Square One of the Intel Saga. *European Papers, European Forum, Insight*, 7(2) p. 627–39

- [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://www.europeanpapers.eu/en/system/files/pdf_version/EP_EF_2022_I_028_Miroslava_Marinova_00590.pdf [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
50. Marinova, M. (2018). *Fidelity Rebates in Competition Law: Application of the 'As Efficient Competitor' Test*. Netherlands: Kluwer Law International.
 51. McCallum, L., et al. (2023). A dynamic and workable effectsbased approach to abuse of dominance. *Competition policy brief*, 1/2023(1), p. 1-8 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/40413680-4eda-4ba0-96b1-e3e9d4e22106_en?filename=kdak23001enn_competition_policy_brief_1_2023_Article102_0.pdf [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
 52. Nazzini, R. (2012). The As Efficient Competitor Test. In: Nazzini, R. (2012). *The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102*. Oxford: Oxford Academic.
 53. Neven, D. J. (2023). The As-Efficient Competitor Test and Principle. What Role in the Proposed Guidelines? *Journal of European Competition Law & Practice*, 14(8), p. 565–581 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://academic.oup.com/jeclap/article/14/8/565/7444895> [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
 54. Niels, G., Jenkins, H., Kavanagh, J. (2016). *Economics for Competition Lawyers*. Second edition. Oxford: Oxford University Press.
 55. Nicolas, P. (2018). The case of the European Commission's curious interpretation of the Intel judgment. *Competition Law & Policy Debate*, 4 p. 98-101.
 56. Scherer, F. M. (1976). Predatory Pricing and the Sherman Act: A Comment. *Harvard Law Review*, 89, p. 869-890 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.jstor.org/stable/1340183> [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
 57. Suvanto, T. (2004). *Marginal Cost Pricing*. ECTM Workshop on Rail Infrastructure Charges.
 58. US Department of Justice (2008). *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.faedredrinker.com/webfiles/DOJ%20report.pdf> [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
 59. Westfield, F. M. (1966). Practicing Marginal-Cost Pricing: A Review. *The Journal of Business*, 39(1)(1), p. 67-73 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.jstor.org/stable/2352017?seq=1> [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].

60. Whish, R., Bailey, D. (2021). *Competition Law*. 10th Edition. Oxford: Oxford University Press.

TEISMŲ PRAKTIKA

ESTT praktika

61. *Unilever Italia Mkt. Operations* [CJEU], No. C-680/20, [19.01.2023]. ECLI:EU:C:2023:33.
62. *Lietuvos geležinkeliai v. Commission* [CJEU], No. C-42/21 P, [12.01.2023]. ECLI:EU:C:2023:12.
63. *Servizio Elettrico Nazionale and Others* [CJEU], No. C-377/20, [12.05.2022]. ECLI:EU:C:2022:379.
64. *Intel v. Commission* [CJEU], No. C-413/14, [06.09.2017]. ECLI:EU:C:2017:632.
65. *Post Danmark (Post Danmark II)* [CJEU], No. C-23/14, [06.10.2015]. ECLI:EU:C:2015:651.
66. *Telefónica v. Commission* [CJEU], No. C-274/12 P, [19.12.2013]. ECLI:EU:C:2013:852.
67. *Tomra and Others v. Commission* [CJEU], No. C-549/10 P, [19.04.2012]. ECLI:EU:C:2012:221.
68. *Post Danmark (Post Danmark I)* [CJEU], No. C-209/10, [27.03.2012]. ECLI:EU:C:2012:172.
69. *TeliaSonera Sverige* [CJEU], No. C-52/09, [17.02.2011]. ECLI:EU:C:2011:83.
70. *Deutsche Telekom v. Commission* [CJEU], No. C-280/08 P, [14.10.2010]. ECLI:EU:C:2010:603.
71. *France Télécom v. Commission* [CJEU], No. C-202/07 P, [02.04.2009]. ECLI:EU:C:2009:214.
72. *Compagnie Maritime Belge Transports and Others v. Commission* [CJEU], No. C-395/96 P, [16.03.2000]. ECLI:EU:C:2000:132.
73. *AKZO v. Commission* [CJEU], No. C-62/86, [03.07.1991]. ECLI:EU:C:1991:286.
74. *Michelin v. Commission (Michelin I)* [CJEU], No. C-322/81, [09.11.1983]. ECLI:EU:C:1983:313.
75. *Hoffmann-La Roche v. Commission* [CJEU], No. C-85/76, [13.02.1979]. ECLI:EU:C:1979:36.
76. *Europemballage Corporation and Continental Can Company v. Commission* [CJEU], No. C-6/72, [21.02.1973]. ECLI:EU:C:1973:22.
77. *Costa v. E.N.E.L.* [CJEU], No. C-6/64, [15.07.1964]. ECLI:EU:C:1964:66.

78. *Google and Alphabet v. Commission (Google Android)* [CJEU], No. T-604/18, [14.09.2022]. ECLI:EU:T:2022:541.
79. *Qualcomm v. Commission* [CJEU], No. T-235/18, [15.06.2022]. ECLI:EU:T:2022:358.
80. *Intel v. Commission* [CJEU], No. T-286/09 RENV, [26.01.2022]. ECLI:EU:T:2022:19.
81. *Google and Alphabet v. Commission (Google Shopping)* [CJEU], No. T-612/17, [10.11.2021]. ECLI:EU:T:2021:763.
82. *Intel v. Commission* [CJEU], No. T-286/09, [12.06.2014]. ECLI:EU:T:2014:547.
83. *Irish Sugar v. Commission* [CJEU], No. T-228/97, [07.10.1999]. ECLI:EU:T:1999:246.

Nagrinėjamos bylos

84. *Google and Alphabet v. Commission* [CJEU], No. C-738/22 P [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-738/22&language=en> [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
85. *Commission v. Intel Corporation* [CJEU], No. C-240/22 P [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-240/22> [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].

Generalinių advokatų išvados

86. Generalinės advokatės Laila Medina išvada [ESTT], Nr. C-240/22 P, [2024-01-18]. ECLI:EU:C:2024:65.
87. Generalinio advokato Athanasios Rantos išvada [ESTT], Nr. C-680/20, [2022-07-04]. ECLI:EU:C:2022:586.
88. Generalinio advokato Athanasios Rantos išvada [ESTT], Nr. C-377/20, [2021-12-09]. ECLI:EU:C:2021:998.
89. Generalinio advokato Nils Wahl išvada [ESTT], Nr. C-413/14 P, [2016-10-20]. ECLI:EU:C:2016:788.
90. Generalinio advokato Niilo Jääskinen išvada [ESTT], Nr. C-545/10, [2012-12-13]. ECLI:EU:C:2012:791.

Lietuvos teismų praktika

91. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2022 m. birželio 16 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-98-378/2022.

92. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2021 m. vasario 12 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-186-403/2021.
93. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2010 m. lapkričio 15 d. nutartis administracinėje byloje Nr. I-2345-171/2010.
94. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2001 m. birželio 27 d. nutartis administracinėje byloje Nr. A3-612-01.
95. Lietuvos apeliacinio teismo 2021 m. birželio 28 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 2A-656-585/2021.
96. Vilniaus apygardos administracinio teismo 2001 m. gegužės 17 d. nutartis administracinėje byloje Nr. I5-286-2001.
97. Vilniaus apygardos administracinio 2010 m. lapkričio 15 d. nutartis administracinėje byloje Nr. I-2345-171/2010.

Užsienio valstybių teismų praktika

98. JAV Aukščiausiojo Teismo 1994 m. birželio 17 d. sprendimas byloje *MCI Telecommunications Corp. v. American Telephone and Telegraph Co.*, Nr. 512 U.S. 218 (1994).
99. JAV Aukščiausiojo Teismo 1993 m. kovo 29 d. *Brooke Group Ltd v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, Nr. 509 U.S. 209 (1993).
100. JAV Aukščiausiojo Teismo 1985 m. lapkričio 12 d. sprendimas byloje *Matsushita Electric Industrial Co v. Zenith Radio Corp.*, Nr. 475 U.S. 574 (1986).
101. JAV Aukščiausiojo Teismo 1975 m. spalio 8 d. sprendimas byloje *International Air Industries, Inc. v. American Excelsior Co.*, Nr. 517 F.2d 714 (penkta kolegija 1975).
102. JAV Aukščiausiojo Teismo 1966 m. birželio 13 d. sprendimas byloje *United States v. Grinnell Corp.*, Nr. 384 U.S. 563, 570–571 (1966).
103. JAV Aukščiausiojo Teismo 1954 m. gruodžio 6 d. sprendimas byloje *Moore v. Mead's Fine Bread Co.* Nr. 348 U.S. 115, 118 (1954).
104. JAV apeliacinio teismo 1984 m. gegužės 8 d. sprendimas byloje *Robert's Waikiki U-Drive, Inc. v. Budget Rent-A-Car Systems, Inc.*, Nr. 491 F. Supp. 1199 (devinta kolegija 1984).
105. JAV apeliacinio teismo 1983 m. vasario 15 d. sprendimas byloje *Transamerica Computer Co. v. IBM Corp.*, Nr. 698 F.2d 1377 (devinta kolegija 1983).
106. JAV apeliacinio teismo 1981 m. gegužės 27 d. sprendimas byloje *Northeastern Tel. Co. v. Am. Tel. Tel. Co.*, Nr. 651 F.2d 76 (antra kolegija 1981).

107. JAV apeliacinio teismo 1981 m. vasario 3 d. sprendimas byloje *Borden, Inc. v. Federal Trade Commission*, Nr. 674 F.2d 498 (šešta kolegija 1982).
108. JAV apeliacinio teismo 1980 m. sausio 23 d. sprendimas byloje *Chillicothe Sand and Gravel Co. v. Martin Marietta Corp.*, Nr. 615 F.2d 427 (septinta kolegija 1980).
109. JAV apeliacinio teismo 1979 m. birželio 21 d. sprendimas byloje *California Computer Prods., Inc. v. IBM Corp.*, Nr. 613 F.2d 727 (devinta kolegija 1979)
110. JAV apeliacinio teismo 1977 m. vasario 16 d. sprendimas byloje *Pacific Eng'r & Prod. Co. v. Kerr-McGee Corp.*, Nr. 551 F.2d 790 (dešimta kolegija 1977).
111. JAV Aukščiausiojo Teismo 1976 m. rugsėjo 3 d. sprendimas byloje *Hanson v. Shell Oil Co.*, Nr. 541 F.2d 1352 (devinta kolegija 1976).
112. JAV apeliacinio teismo 1964 m. liepos 29 d. sprendimas byloje *Forster Mfg. Co. v. FTC*, Nr. 335 F.2d 47, 52 (pirma kolegija 1964).
113. JAV apeliacinio teismo 1957 m. balandžio 8 d. sprendimas byloje *Md. Baking Co. v. FTC*, Nr. 243 F.2d 716, 718 (ketvirta kolegija 1957).
114. JAV apeliacinio teismo 1944 m. balandžio 13 d. sprendimas byloje *E.B. Muller & Co. v. FTC*, Nr. 142 F.2d 511, 517 (šešta kolegija 1944).
115. JAV Kanzaso apygardos apylinkės teismo 2001 m. birželio 27 d. sprendimas byloje *United States v. AMR Corp.*, Nr. 140 F. Supp. 2d 1141.
116. JAV Ohajo pietinės apygardos apylinkės teismo 1981 m. balandžio 7 d. sprendimas byloje *Richter Concrete Corp. v. Hilltop Basic Resources, Inc.*, Nr. 547 F. Supp. 893.
117. JAV Pensilvanijos vakarinės apygardos apylinkės apygardos teismo 1979 m. birželio 21 d. sprendimas byloje *O. Hommel Co. v. Ferro Corp.*, Nr. 472 F. Supp. 793.
118. JAV Šiaurės Kalifornijos apygardos apylinkės teismo 1978 m. liepos 27 d. sprendimas byloje *Murphy Tugboat Co. v. Crowley*, Nr. 454 F. Supp. 847.
119. Jungtinių Valstijų Naujojo Džersio apygardos apylinkės teismo 1977 m. vasario 24 d. sprendimas byloje *Weber v. Wynne*, Nr. 431 F. Supp. 1048.

KONKURENCIJOS INSTITUCIJŲ SPRENDIMAI

EK sprendimai

120. Europos Komisijos 2018 m. liepos 18 d. sprendimas byloje AT.40099 – Google *Android*.
121. Europos Komisijos 2009 m. gegužės 13 d. sprendimas byloje COMP/C-3 /37.990 – *Intel*.
122. Europos Komisijos 1985 m. gruodžio 14 d. sprendimas byloje 85/609/EEC – AKZO.

Konkurencijos Tarybos nutarimai

123. Lietuvos Respublikos konkurencijos tarybos 2011 m. lapkričio 22 d. nutarimas Nr. 1S-233 dėl Viasat World Limited ir Viasat AS veiksmų atitikties Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymo 9 straipsnio ir sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo 102 straipsnio reikalavimams.
124. Lietuvos Respublikos konkurencijos tarybos 2010 gegužės 6 d. nutarimas Nr. 2S-12 dėl „Omnitel Extra“ paslaugos reklamos atitikties Lietuvos Respublikos reklamos įstatymo reikalavimams.
125. Lietuvos Respublikos konkurencijos tarybos 2000 m. gruodžio 22 d. nutarimas Nr. 16/b dėl AB „Lietuvos Telekomas“ veiksmų atitikimo Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymo 9 straipsnio nuostatom.

EK PATEIKTI PASIŪLYMAI

126. Dynamic Competition Initiative (DCI): Heiden, B., Petit, N., Schrepel, T., Ünekbaş, S. (2023). Feedback on: EU competition law – guidelines on exclusionary abuses by dominant undertakings Feedback, F3407400 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13796-EU-competition-law-guidelines-on-exclusionary-abuses-by-dominant-undertakings/F3407400_en [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
127. Linklaters LLP (2023). Feedback on: EU competition law – guidelines on exclusionary abuses by dominant undertakings Feedback, F3407301 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13796-EU-competition-law-guidelines-on-exclusionary-abuses-by-dominant-undertakings/F3407301_en [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
128. Marinova, M. (2023). Feedback on: EU competition law – guidelines on exclusionary abuses by dominant undertakings Feedback, F3406192 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13796-EU-competition-law-guidelines-on-exclusionary-abuses-by-dominant-undertakings/F3406192_en [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
129. Orange SA (2023). Feedback on: EU competition law – guidelines on exclusionary abuses by dominant undertakings Feedback, F3407389 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13796-EU-competition-law-guidelines-on-exclusionary-abuses-by-dominant-undertakings/F3407389_en [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].

130. Peeperkorn, L. (2023). Feedback on: EU competition law – guidelines on exclusionary abuses by dominant undertakings Feedback, F3407215 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13796-EU-competition-law-guidelines-on-exclusionary-abuses-by-dominant-undertakings/F3407215_en [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
131. Vodafone Group Plc. (2023). Feedback on: EU competition law – guidelines on exclusionary abuses by dominant undertakings Feedback, F3407397 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13796-EU-competition-law-guidelines-on-exclusionary-abuses-by-dominant-undertakings/F3407397_en [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].

KITI ŠALTINIAI

132. Chowdhury, A. (2022). Intel and the AEC test: ‘Do. Or do not. There is no try.’ Oxera [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.oxera.com/insights/agenda/articles/intel-and-the-aec-test-do-or-do-not-there-is-no-try/> [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
133. Colomo, P. I. (2022). On Case C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale* (III): as efficient competitor principle and effects. Chillin’Competition [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://chillingcompetition.com/2022/05/26/on-case-c-377-20-servizio-elettrico-nazionale-iii-as-efficient-competitor-principle-and-effects/> [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
134. Colomo, P. I. (2021). As efficient competitors in Case T-612/17, *Google Shopping*: the principle and the conflation. Chillin’Competition [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://chillingcompetition.com/2021/11/19/as-efficient-competitors-in-case-t-612-17-google-shopping-the-principle-and-the-conflation/> [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
135. Court of Justice the European Union (2022). Abuse of dominance on the LTE chipsets market: the General Court annuls the Commission decision imposing on Qualcomm a fine of approximately €1 billion. Press release, 99/22 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-06/cp220099en.pdf> [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
136. Čiburienė, J. (2018). Visuotinė lietuvių kalbos enciklopedija [interaktyvus] (modifikuota 2023 m. vasario 7 d.). Prieiga per internetą: <https://www.vle.lt/straipsnis/merkantilizmas/> [žiūrėta 2024 m. balandžio 16 d.].

137. European Commission (2023). Antitrust: Commission announces Guidelines on exclusionary abuses and amends Guidance on enforcement priorities. Press release [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_1911 [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
138. European Commission (2023). EU competition law – guidelines on exclusionary abuses by dominant undertakings [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13796-EU-competition-law-guidelines-on-exclusionary-abuses-by-dominant-undertakings_en [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
139. European Commission (2009). Antitrust: Commission imposes fine of 1.06 billion euros on Intel for abuse of dominant position; orders Intel to cease illegal practices - questions and answers. MEMO [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_09_235 [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
140. European Commission (2008). Antitrust: consumer welfare at heart of Commission fight against abuses by dominant undertakings. Press release [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_08_1877 [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
141. European Commission (2005). Competition: Commission publishes discussion paper on abuse of dominance. Press release [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_05_1626 [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
142. European Economic & Marketing Consultants (s. a.). More economics based approach in Article 102 TEFU: new test procedures. Competition Competence Report [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://www.ee-mc.com/fileadmin/user_upload/New_tests_Article_102.pdf [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
143. General Court of the European Union (2022). The General Court annuls in part the Commission decision imposing a fine of € 1.06 billion on Intel. Press release No 16/22 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-01/cp220016en.pdf> [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].
144. General Court of the European Union (2022). The General Court largely confirms the Commission's decision that Google imposed unlawful restrictions on

manufacturers of Android mobile devices and mobile network operators in order to consolidate the dominant position of its search engine. Press release No 147/22 [interaktyvus]. Prieiga per internetą:

<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-09/cp220147en.pdf>

[žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].

145. Jalabert-Doury, N. *et al.* (2023). From guidance to guidelines: the commission's revised approach to exclusionary conduct [interaktyvus]. Prieiga per internetą:

<https://www.mayerbrown.com/en/insights/publications/2023/05/from-guidance-to-guidelines-the-commissions-revised-approach-to-exclusionary-conduct>

[žiūrėta

2024 m. kovo 20 d.].

146. Suvanto, T. (2004). Marginal Cost Pricing. ECMT Workshop on Rail Infrastructure Charges, Ministry of Transport and Communications of Finland. Prieiga per internetą:

<http://www.internationaltransportforum.org/IntOrg/ecmt/railways/pdf/Rome04FIN.pdf> [žiūrėta 2024 m. kovo 20 d.].

SANTRAUKA

„Vienodai efektyvaus konkurento“ testas ir jo taikymo ribos

Paulina Bundonytė

Darbe išanalizavus teisinį reguliavimą bei ankstesnę teismų praktiką aptariamas VEK testo susiformavimas JAV teisės ir ekonomikos doktrinoje – Čikagos ir Harvardo universitetų akademikų darbuose. Daroma išvada, kad į ES teisę ir institucijų praktiką VEK testas buvo perkeltas iš JAV doktrinos. Nors pasirinktas modifikuotas Čikagos mokyklos teisės profesoriaus R. A. Posner pasiūlytas testo variantas, tačiau lyginant su JAV sumažinta įrodinėjimo našta, siekiant įrodyti pažeidimo buvimą.

VEK testo sampratai suformuoti yra svarbu ją atskirti nuo VEK principo. VEK testas suvokiamas kaip VEK principą įgyvendinanti skaičiavimų visuma. Siūloma VEK testą suprasti ne vien kaip dominuojančio ūkio subjekto kainų ir sąnaudų vertinimą, o kaip bendrą kriterijų visumą analizei atlikti. Vertinama, kad tokiu atveju VEK testas būtų pritaikomas ne tik kaininio, bet ir nekaininio piktnaudžiavimo bylose. Kartu įvertinama pateikiamos VEK testo sampratos problematika I ir II tipo klaidų atžvilgiu.

Analizuojant EK Įgyvendinimo prioritetų gairių pakeitimus ir ESTT praktiką, nagrinėjamos VEK testo taikymo ribos kaininio ir nekaininio piktnaudžiavimo formose. Daroma išvada, kad VEK testas plačiau naudotinas kaininio piktnaudžiavimo bylose, o nekaininio piktnaudžiavimo atveju vertintina, kad tinkamesnis platesnis vertinimas, VEK testo rezultatus kartu tikrinant kitų taikytinų testų pagalba. Atitinkamai, kiekvienos piktnaudžiavimo formos atveju aptariamas VEK testo taikymas ir iš jo galimos kilti problemos bei pateikiami šias problemas galintys išspręsti pasiūlymai.

Įvertinami EK Piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi gairių parengimui pateikti pasiūlymai, atsižvelgiant į juos formuojami susisteminti vieningi siūlymai EK gairių ir nacionalinio reguliavimo priėmimui, šiuos išskirstant į pasiūlymus gairių dėl struktūros, VEK testo sampratos ir taikymo su kitais testais.

SUMMARY

“As-Efficient-Competitor” Test and the Scope of its Application

Paulina Bundonytė

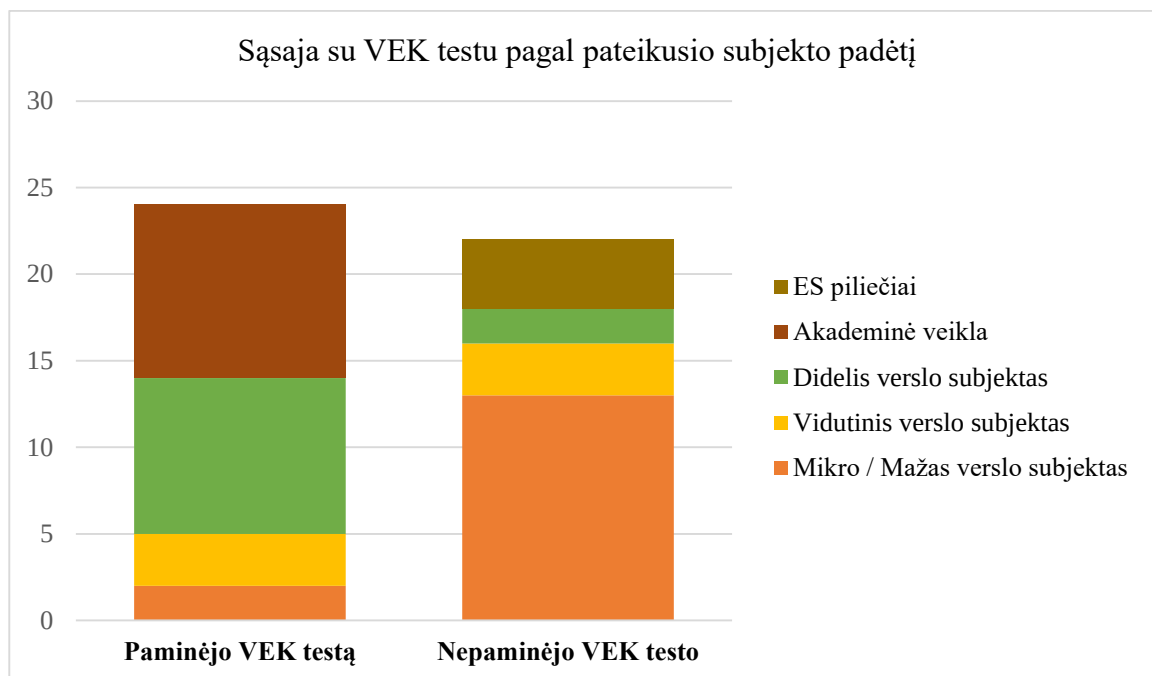
By analysing legal framework and case law this paper discusses the development of the AEC test in the US legal and economic doctrine in the works of academics from the University of Chicago and Harvard University. It concludes that the AEC test has been implemented into EU law and institutional practice from US doctrine, essentially a slightly modified variant of the test proposed by professor R. A. Posner of the Chicago School of Law, but with a lower burden of proof for the an infringement compared to the US.

It is important to distinguish the AEC test from the AEC principle. The AEC test is understood as a set of calculations implementing the AEC principle. The AEC test should not be understood as an assessment of cost price test but more as a set of criteria for the overall analysis. It is considered that the AEC test would then be applicable to non-price as well as price abuse cases. The problems with the concept of the AEC test in relation to type I and type II errors are assessed.

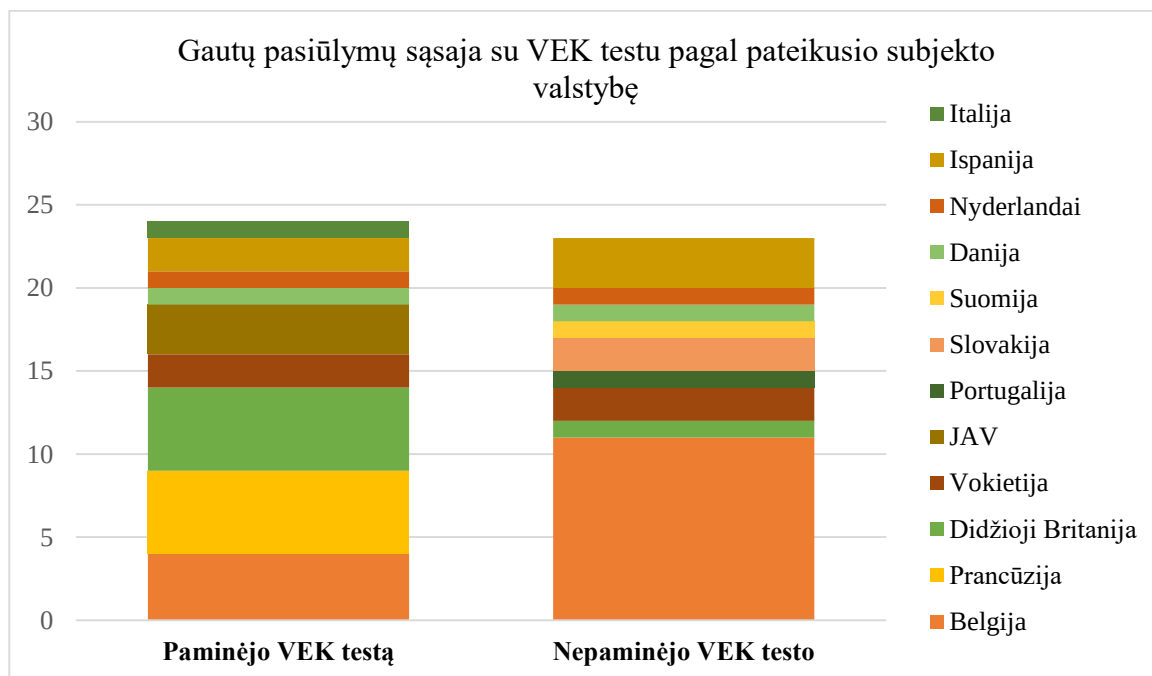
The analysis of the amendments to the EC’s Guidance on the Enforcement Priorities and the CJEU’s case law examines the scope of the application of the AEC test to price based and non-price-based exclusionary conduct. It concludes that the AEC test should be used more broadly in cases of price-based abuses, while in cases of non-price-based abuses it should be applied more broadly, with the results of the AEC test being tested in conjunction with other applicable tests. As for each form of abuse, the application of the AEC test and the problems that may arise are addressed.

The proposals made by the EC for the drafting of the Guidance on the Enforcement Priorities are evaluated and is formulated a structured and unified set of proposals for the adoption of the EC Guidance and the national regulation. It is broken down into proposals for guidelines on the structure, the concept and the application of the AEC test in conjunction with the other tests.

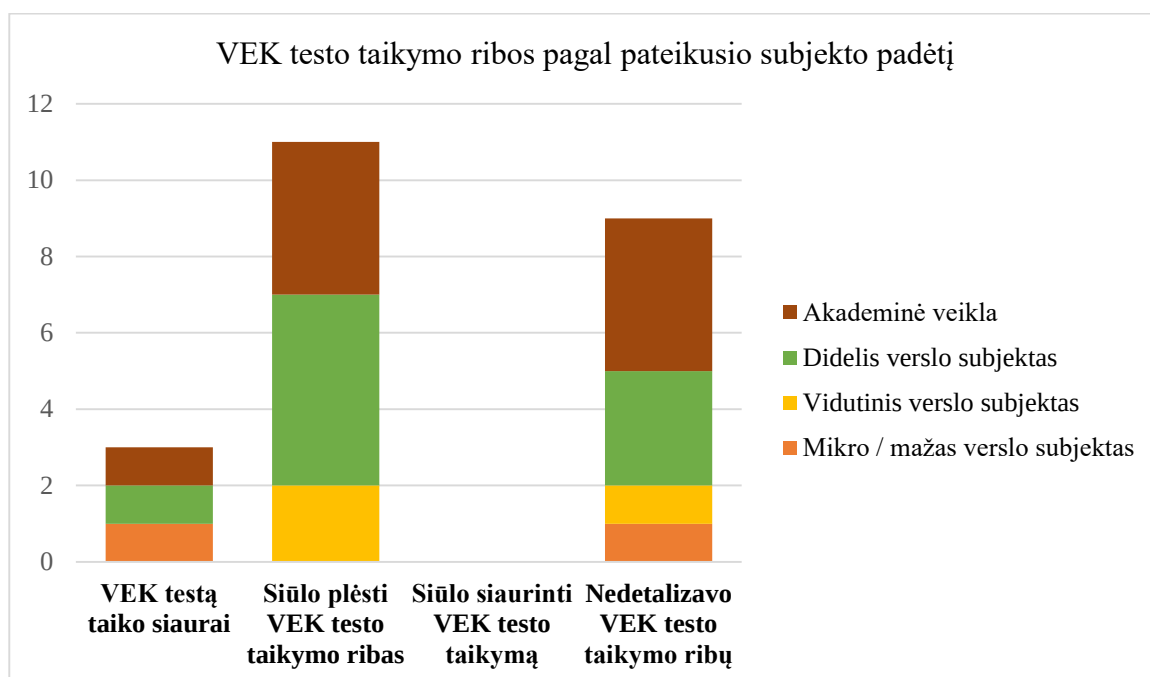
1. EK pateiktų pasiūlymų sąsaja su VEK testu ir juos pateikusių subjektų padėtis



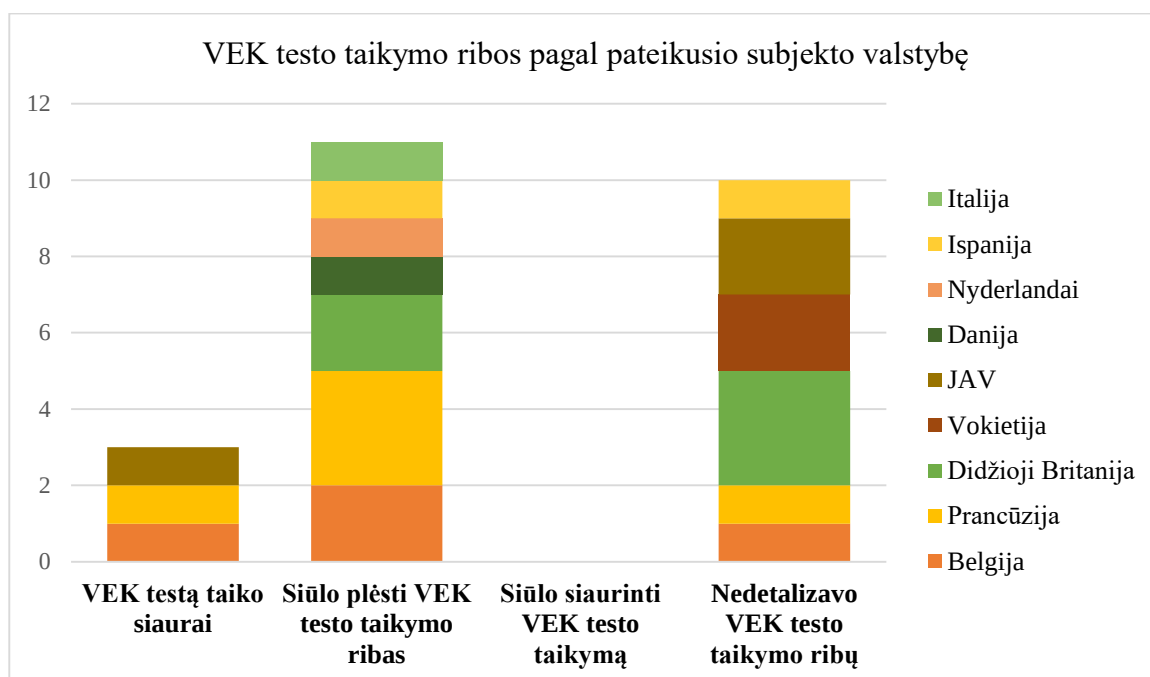
2. EK pateiktų pasiūlymų sąsaja su VEK testu ir juos pateikusių subjektų valstybės



3. Siūlomos VEK testo taikymo ribos ir juos pateikusių subjektų padėtis



4. Siūlomos VEK testo taikymo ribos ir juos pateikusių subjektų valstybės



Fiziniai ir juridiniai asmenys, pasiūlymuose tiesiogiai ar netiesiogiai aptarę VEK testo taikymą:

1. Asociación Española de Defensa de la Competencia, Ispanija,
2. Association des Avocats Pratiquant le Droit de la concurrence – France (APDC), Prancūzija,
3. Association Française d'Etude de la Concurrence, Prancūzija,
4. A. Witt, Vokietija,
5. Compass Lexecon, D. Britanija,
6. Dynamic Competition Initiative (DCI) (B. Heiden, N. Petit, T. Schrepel ir S. Ünekbaş), Italija,
7. European Telecommunication Network Operators' Association (ETNO), Belgija,
8. Frontier Economics, Belgija,
9. Google, JAV,
10. Heinrich Heine University - Chair for Competition Law, Vokietija,
11. Linklaters LLP, Belgija,
12. L. Peeperkorn, Nyderlandai,
13. M. Marinova, D. Britanija,
14. N. Petit, Prancūzija,
15. Open Markets Institute, JAV,
16. Orange SA, Prancūzija,
17. Oxera Consulting LLP, D. Britanija,
18. PostNord, Danija,
19. RBB Economics LLP, D. Britanija,
20. Telefonica S.A, Ispanija,
21. T. Schrepel, Prancūzija,
22. US Chamber of Commerce, JAV,
23. Van Bael & Bellis, Belgija,
24. Vodafone Group Plc, D. Britanija.