

MYKOLO ROMERIO UNIVERSITETO
TEISĖS FAKULTETO
VERSLO TEISĖS KATEDRA

GINTARĖ KUDULYTĖ
VERSLO TEISĖS STUDIJŲ PROGRAMA

**PIKTNAUDŽIAVIMAS DOMINUOJANČIA PADĖTIMI, PASIREIŠKIANČIIS
NESĄŽININGŲ KAINŲ NUSTATYMU. ESMĖ IR YPATUMAI**

Magistro baigiamasis darbas

Darbo vadovas –
Dr. Daivis Švirinas

Vilnius
2006

TURINYS

ĮVADAS.....	3
1 skyrius. DOMINUOJANTI PADĖTIS (angl. <i>dominant position</i>).....	7
1.1 Dominuojančios padėties sąvoka bei samprata.....	7
1.2 Dominuojančios padėties nustatymo kriterijai.....	9
1.2.1 Atitinkamos rinkos apibrėžimas.....	10
1.2.2 „Dominavimo“ fakto nustatymas.....	14
1.3 Kolektyvinė dominuojanti padėtis.....	18
2 skyrius. PIKTNAUDŽIAVIMAS (angl. <i>abusive behaviour</i>). Esmė ir ypatumai.....	20
2.1 Piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi samprata, prigimtis ir esmė.....	20
2.2 Piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi samprata rūsų.....	23
3 skyrius. PIKTNAUDŽIAVIMAS DOMINUOJANČIA PADĖTIMI, NUSTATANT NESĄŽININGAS KAINAS.....	26
3.1 „Nesąžiningų kainų“ apibrėžimas.....	26
3.2 Pagrindinės sąvokos.....	27
3.3 Nepagrįstai didelės kainos.....	29
3.3.1. Ekonominiai nepagrįstai didelių kainų aspektai.....	29
3.3.2. Nepagrįstai didelių kainų analizės kriterijai teismų praktikoje.....	30
3.3.3. Tinkamos teisės taisyklės nustatymas.....	36
3.4 „Grobuoniškos“ kainos.....	42
3.4.1. Ekonominiai „grobuoniškų“ kainų aspektai.....	42
3.4.2. „Grobuoniškų“ kainų įvertinimo teorijos.....	45
3.4.3. „Grobuoniškų“ kainų analizės kriterijai Jungtinėse Amerikos Valstijose.....	46
3.4.4. AKZO bylos taisyklė.....	54
IŠVADOS.....	59
LITERATŪROS SĄRAŠAS.....	61
SANTRAUKA (lietuvių kalba).....	66
SUMMARY (anglų kalba).....	68

ĮVADAS

Konsoliduotos Europos Bendrijos steigimo sutarties 3 straipsnio (g) dalis kaip vieną pagrindinių Europos Bendrijos uždavinių numato sukurti „sistemą, kuri užtikrintų, kad konkurencija bendrojoje rinkoje nebus iškraipoma“. Kai konkurencija funkcionuoja tinkamai, ji atlieka išteklių paskirstymo, skatinimo bei inovacinę funkcijas, padedančias ekonominei veiklai visoje Bendrijoje darniai plėtotis.

Beveik keturis dešimtmečius Komisija ir Bendrijos teismai vystė konkurencijos teisės principų, taisyklių, procedūrų ir sprendimų priėmimo įrankių sistemą. Dabar Europos Sąjungos konkurencijos teisė yra viena iš sėkmingiausių pasaulio konkurencijos režimų¹.

Europos Bendrijos konkurencijos taisyklės reguliuoja ūkio subjektų (arba įmonių, jei vartosime Konsoliduotos Europos Bendrijos steigimo sutarties formuluotes)² veiksmus verslo sferoje. Kyla klausimas, ar toks reguliavimas reikalingas? Ar šių laikų rinka negali būti apibūdinama A. Smito „nematomos rankos“ metafora? Iš tiesų, nekoordinuojami individų sprendimai nesukelia ekonominės anarchijos tobuloje konkurencijoje³. Tačiau šiuo metu, pasaulio ekonomikai išgyvenant didžiulius pokyčius, vykstant globalizacijos procesams ir kapitalui bei galiai rinkoje vis dažniau susitelkiant į vienas rankas, kompetetingų konkurencijos institucijų įsikišimas tampa neišvengiamas ir labai reikalingas. Pasinaudodami dominuojančia padėtimi rinkoje, ūkio subjektai gali iškreipti konkurenciją, paveikdami valstybių tarpusavio prekybą ir darydami žalą vartotojams.

Vienas pagrindinių Europos Sąjungos konkurencijos politikos ekonominių tikslų yra susijęs su kainų dydžiu. Dominuojantis ūkio subjektas gali piktnaudžiauti savo padėtimi, nustatydamas nesąžiningas – nepagrįstai dideles arba „grobioniškas“ – kainas. Kainų konkurencija yra laisvos ir atviros konkurencijos esmė. Todėl šiame darbe nesąžiningų kainų nustatymas yra nagrinėjamas, atskleidžiant jį sąlygojančias ekonomines priežastis, taip pat ne tik teisinius, bet ir ekonominius kriterijus, kuriais remiantis turėtų būti vertinamos ūkio subjekto nustatytos kainos. Didelis dėmesys skiriamas ekonominėms ūkio subjektų nustatomų kainų pasekmėms ir tų pasekmių reikšmei įvertinant ūkio subjekto veiksmus kaip piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi, pasireiškiantį nesąžiningų kainų nustatymu.

Draudimą piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi, nustatant nesąžiningas kainas, numato EBS Sutarties 82 (a) straipsnis. Atitinkama norma yra nustatyta ir Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymo 9 straipsnio 1 dalyje. Bet kuriuo su šiuo draudimu susijusiu atveju, yra itin svarbūs du elementai: turi būti įrodyta, kad ūkio subjektas užima dominuojančią padėtį

¹ Faul J., Nikpay A. The EC Law of Competition. London, Oxford university press, 1999. P. vii

² Šiame darbe terminai „ūkio subjektas“ ir „įmonė“ vartojami lygiagrečiai. Sąvoka „įmonė“, mūsų manymu, yra tiksli, atsižvelgiant į nagrinėjamą temą, nes suponuoja tik komercinius subjektus ir kartu neapsiriboja viena organizacijos teisine forma.

³ Martinkus B., Žilinskas V. Ekonomikos pagrindai. Kaunas, Technologija, 1997. P. 30

rinkoje ir kad ta dominuojančia padėtimi buvo piktnaudžiauta. Todėl šiame darbe yra nagrinėjami ir atskleidžiami ir fundamentalūs nesažiningų kainų įvertinimo sunkumai, kylantys įrodant įmonės dominavimą ir piktnaudžiavimą šia padėtimi.

Magistrinio baigiamojo darbo problema. Konkurencijos politika Europos Sąjungoje yra grindžiama integracija, teisingumu ir sąžiningumu. Šie konkurencijos teisės tikslai sąlygoja smulkių ir vidutinių įmonių apsaugą Europos Sąjungoje. Tačiau vienas pagrindinių konkurencijos teisės tikslų yra ir rinkos efektyvumo skatinimas, kontroliuojant ūkio subjektus taip, kad būtų užtikrinta vartotojų gerovė. Europos Bendrijos konkurencijos teisėje nėra susiformavusios vienareikšmės nuostatos, kokias vertybes siekiama apsaugoti, ribojant ūkio subjektų veiksmų laisvę – ar norima konkurencingos rinkos taip pat kaip laisvos, ar EB Sutarties konkurencijos taisyklių tikslas yra kuo daugiau įmonių rinkoje? Europos Sąjungoje nėra nustatyti piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi vertinimo principai, esant šių vertybių kolizijai. Nors ekonominė analizė vaidina vis didesnę vaidmenį Europos Sąjungos sprendimų priėmimo ir teisės aktų kūrimo procesuose, ekonominio principo, kaip kriterijaus, naudojimas bei jo santykinė svarba lyginant su politiniais kriterijais, tokiais kaip integracija, ir dabar išlieka ginčytinas ir spekuliatyvus klausimas. Šiame darbe atitinkamų konkurencijos taisyklių analizė atliekama laikantis požiūrio, kad konkurencijos politika yra ekonominė politika, susijusi su ekonominėmis struktūromis, ekonominiu elgesiu ir ekonominiais rezultatais.

Temos ištyrimo lygis. Atsižvelgiant į piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi, nustatant nesažiningas kainas, instituto svarbą pabrėžtina, jog Lietuvoje trūksta šios srities mokslinės analizės. Keletas konkurencijos teisės problemų tyrinėtojų stengėsi atskleisti draudžiamų susitarimų konkurencijos teisėje problematiką⁴ arba susitelkė ties Europos Bendrijos Steigimo sutarties ir Lietuvos Respublikos konkurencijos teisės santykio nagrinėjimu⁵.

Tuo tarpu užsienio šalių mokslininkai šiam klausimui skiria didžiulį dėmesį. Paminėtini tokie Europos Bendrijos konkurencijos teisės tyrinėtojai, kaip D. G. Goyder⁶, V. Korah⁷, A. Jones ir B. Sufrin⁸, atlikę išsamią piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi nustatant nesažiningas kainas, sampratos, kriterijų ir iškylančių teorinių bei praktinių sunkumų analizę.

⁴ I.Norkus. draudžiami susitarimai pagal Europos Bendrijos konkurencijos teisę. Daktaro disertacija, socialiniai mokslai: teisė (01S)/ VU. Vilnius, 2001; D.Švirinas. Vertikaliųjų susitarimų reglamentavimas konkurencijos teisėje. Daktaro disertacija, socialiniai mokslai: teisė (01S)/ LTU. Vilnius, 2004.

⁵ I.Norkus. Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas vs. Europos Bendrijos sutartis// Teisė. Mokslo darbai. 2000, tomas 37, P. 84-96; L.Darulienė. Europos Bendrijos ir Lietuvos konkurencijos teisės šaltiniai// Jurisprudencija. 2002, tomas 27(19), P. 33-43.

⁶ Goyder D. G. EC Competition Law. Fourth edition. London, Oxford university press, 2003.

⁷ Korah V. An introductory guide to EC Competition Law and Practice. Hart publishing, 2004.

⁸ Jones A., Sufrin B. EC Competition Law. Texts, Cases and Materials. Second Edition. London, Oxford university press, 2003.

Svarbu paminėti profesorius P. Areeda ir D. F. Turner⁹ – Jungtinių Amerikos Valstijų mokslininkus, kurių sukurta „grobioniškų“ kainų įvertinimo analizė padarė didžiulį poveikį JAV konkurencijos teisės formavimuisi.

Pabrėžtina ir tai, kad nors Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas įgyvendina Europos Sąjungos teisės aktus piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi instituto reguliavime, o kapitalo susitelkimo vienosė rankosė procesai vyksta ir Lietuvoje, normų dėl nesąžiningų kainų taikymo praktika čia nėra susiformavusi. 1993 – 2006 m. Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba priėmė tik keletą nutarimų, kurie užfiksavo Konkurencijos įstatymo pažeidimus, padarytus atitinkamosė rinkosė dominuojančių ūkio subjektų. Kadangi šie nutarimai nepateikė jokių gairių, kaip turėtų būti analizuojama ir įvertinama ūkio subjekto kainų struktūra, šiame darbe analizuojama Europos Teismo praktika tosė bylosė, kuriose buvo suformuluotos atitinkamos konkurencijos teisės taisyklės ar nesąžiningų kainų įvertinimo gairės.

Magistrinio baigiamojo darbo hipotezės:

1. Būtina patikslinti konkurencijos teisės normas Europos Sąjungoje ir Lietuvos Respublikoje, formuluojant jas taip, kad būtų išvengta vertinamųjų sąvokų (tokių kaip „efektyvi konkurencija“, „veiksmingas ribojimas“, „apčiuopiamu mastu“). Tokios konkurencijos teisės normos būtų tikslesnės, objektyvesnės ir, užtikrindamos didesnį teisinio apibrėžtumo lygį, leistų išvengti nepagrįsto kišimosi į ūkio subjektų veiklą ir brangiai kainuojančių bylinėjimosi procedūrų. Taip būtų užtikrinamas ir vienas pagrindinių Europos Sąjungos principų – proporcingumas;
2. Būtina nustatyti tiksliai apibrėžtus, ekonomine analize paremtus kriterijus, pagal kuriuos kompetetingos konkurencijos institucijos vertintų ūkio subjekto kainų struktūrą kaip nesąžiningą. Tokie kriterijai turėtų būti nustatyti teisės aktuose ir vienodai taikomi kiekvienoje konkrečioje byloje. Tai padidintų kompetetingų institucijų veiklos, kontroliuojant ūkio subjektų veiklą, efektyvumą, ribotų nepagrįstą kišimąsi į ūkio subjektų veiklą, ir užtikrindami proporcingumo bei teisinio tikrumo principų įgyvendinimą, neribotų teisingos konkurencijos, inovacijų rinkoje ir verslo subjektų iniciatyvos;
3. Ūkio subjektų veiksmus, nustatant nesąžiningas kainas, būtina vertinti atsižvelgiant tik į objektyvius kriterijus, išvengiant bet kokio subjektyvių ūkio subjekto siekių vertinimo. Todėl teisės aktuose turėtų būti nurodyti aiškūs ekonomine analize pagrįsti kriterijai, įgalinantys teismus ir kompetetingas konkurencijos institucijas tiksliai įvertinti realų ar potencialų ūkio subjekto veiksmų poveikį valstybių narių tarpusavio prekybai ar vartotojų gerovei. Bet kokios ūkio subjekto kainų įvertinimo taisyklės, kaip ir visa konkurencijos

⁹ Areeda P., Turner D. F. Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act // Harvard Law review. 1975, Nr.88.

teisė, turėtų neleisti pašalinti iš rinkos tik tų konkurentų, kurie yra pajėgūs efektyviai veikti rinkoje ir kurių buvimas rinkoje didina vartotojų gerovę. Tik remiantis tokiais kriterijais padarytomis išvadomis ūkio subjektui būtų nustatomi proporcingumo principą atitinkantys įpareigojimai;

4. Ūkio subjektų veiksmų vertinimo kriterijus būtina nustatyti taip, kad jie kuo mažiau ribotų laisvą ir atvirą konkurenciją kainomis. Dominuojantys ūkio subjektai ne tik turi teisę, bet turėtų būti skatinami konkuruoti kainomis.

Magistrinio baigiamojo darbo tikslas ir uždaviniai. Šio darbo tikslas - atskleisti sunkumus, su kuriais susiduria teismai ir kompetetingos konkurencijos institucijos, įvertindamos ūkio subjekto veiksmus kaip piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi, pasireiškiantį nesąžiningų kainų nustatymu, bei nustatyti, kokie dominuojančio ūkio subjekto veiksmai pagrįstai turėtų būti pripažinti piktnaudžiavimu nustatant nesąžiningas kainas ir kaip turėtų būti formuluojami bei kokiais elementais turėtų būti paremti tokio piktnaudžiavimo įvertinimo kriterijai. Magistrinio baigiamojo darbo uždaviniai: analizuoti susijusią Europos Sąjungos ir jos valstybių narių kompetetingų institucijų ir teismų praktiką, lyginamuoju aspektu vertinti Lietuvos Respublikos Konkurencijos tarybos nutarimus, analizuoti užsienio šalių teisės doktriną bei ekonomikos mokslininkų pasiūlymus išskylančioms problemoms šioje srityje spręsti.

Magistrinio baigiamojo darbo metodai. Siekiant kuo išsamesnės ir objektyvios piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi, pasireiškiančio nesąžiningų kainų nustatymu, analizės, darbe naudojami:

Sisteminės analizės metodas. Remiantis šiuo metodu analizuojami ir atskleidžiami sisteminiai teisės normų ryšiai, teisės normų santykis kompetetingų institucijų formuojama praktika.

Lyginamasis metodas. Remiantis šiuo metodu nagrinėjami skirtingų konkurencijos teisės sistemų nustatomi nesąžiningų kainų įvertinimo kriterijai, atskleidžiami šių kriterijų privalumai ir trūkumai.

Dokumentų analizės metodas. Šis metodas bus naudojamas teisės aktų, teismų bei kitų kompetetingų institucijų praktikos analizei.

1 skyrius. DOMINUOJANTI PADĖTIS (angl. *dominant position*)

1.1. Dominuojančios padėties sąvoka bei samprata

Konsoliduotos Europos Bendrijos steigimo sutarties (toliau tekste – EBS Sutartis) konkurencijos taisyklės¹⁰ yra taikomos tik toms įmonėms, kurios užima dominuojančią padėtį bendrojoje rinkoje ar žymioje jos dalyje. Vis dėl to šios nuostatos yra labiau susijusios ne su įmonės monopolinės galios įgyjimu, o su tuo, kaip ta galia naudojama. EBS Sutarties 82 str. Nustato, jog „kaip nesuderinamas su bendrąja rinka draudžiamas bet koks vienos ar keleto įmonių piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi bendrojoje rinkoje arba didelėje jos dalyje, galintis paveikti valstybių narių tarpusavio prekybą“.

Vienas iš tokio piktnaudžiavimo būdų yra „nesąžiningų pirkimo ar pardavimo kainų <... > tiesioginis ar netiesioginis nustatymas“, kaip tai nurodo minėto straipsnio (a) dalis. Taigi EBS Sutarties 82 (a) str. pažeidimu bus laikomos ne bet kurios Europos Sąjungoje įsteigtos įmonės nustatytos nesąžiningos kainos. Esminis tokio pažeidimo sudėties elementas yra taip veikiančios įmonės užimama dominuojanti padėtis.

Tačiau įvertindami ūkio subjekto užimamą padėtį rinkoje kaip „dominuojančią“, teismai ir kompetetingos konkurencijos institucijos visame pasaulyje susiduria su sunkumais ir yra kritikuojami dėl diskutuotinių išvadų. Pagrindinė priežastis – nebuvimas tikslių, objektyvių ir universalių kriterijų, kuriuos būtų galima taikyti kiekvienu konkrečiu atveju, sprendžiant klausimą, ar įmonė yra dominuojančioje padėtyje. Tokių kriterijų parinkimas pirmiausia priklauso nuo tikslaus „dominuojančios“ padėties sąvokos apibrėžimo, kurio EBS Sutartis nepateikia. Lotynų kalba „dominatio“ reiškia vyravimą, buvimą aukščiau ko nors¹¹. Taigi komerciniame, prekybos kontekste ši sąvoka nurodytų įmonės padėtį, leidžiančią jai vyrauti atitinkamoje rinkoje. Biologijos moksle „dominavimas“ yra alelinių genų sąveika – kai vienas (dominuojantis) genas stelbia kito (recesyvinio) geno veikimą. Čia taip pat galima išvelgti paralelę su dominuojančiu ūkio subjektu – esminis jo bruožas yra tai, kad jis stelbia, riboja kitų įmonių veikimą. Tačiau tokie sąvokos apibrėžimai nėra ir negali būti pakankami praktiniam taikymui konkurencijos teisėje.

Skirtingai nei EBS Sutartis, Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas¹² 2 straipsnio 11 dalyje apibrėžia dominuojančios padėties sąvoką:

¹⁰ Konsoliduota Europos Bendrijos steigimo sutartis. VI antraštinė dalis “Konkurencijos, mokesčių ir teisės aktu derinimo bendrosios taisyklės”. I skyrius “Konkurencijos taisyklės”.

¹¹ Bendorienė A., Bogušienė V., Dagytė E. ir kt. Tarptautinių žodžių žodynas. Ketvirtasis leidimas. Vilnius: Alma littera, 2005. P. 179

¹² Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas // V.Ž. 1999, Nr. 30-856.

„Dominuojanti padėtis – vieno ar daugiau ūkio subjektų padėtis atitinkamoje rinkoje, kai tiesiogiai nesusiduriama su konkurencija arba kuri įgalina daryti vienpusę lemiamą įtaką atitinkamoje rinkoje, veiksmingai ribojant konkurenciją“.

Ši sąvoka iš esmės atspindi Europos Sąjungos teismų praktikos formuluotus dominuojančios padėties apibrėžimus. Vienoje pirmųjų bylų, kilusių iš EBS Sutarties 82 str., - *United Brands*¹³, - Europos Teisingumo Teismas (toliau tekste – ETT) charakterizavo dominuojančią padėtį kaip „ekonominės galios padėtį, įgalinančią įmonę <...> apčiuopiamu mastu veikti nepriklausomai nuo jos konkurentų, pirkėjų ir galiausiai vartotojų. Ji kyla iš faktorių sudėties, kurie, nagrinėjami atskirai vienas nuo kito, nėra lemiami (tokios padėties nustatymui)“.

Kitoje, *Hoffmann-La Roche* byloje¹⁴ ETT pateikė platesnį dominuojančios padėties apibrėžimą: „Dominuojanti padėtis <...> susijusi su ekonomine galia, dėl kurios įmonė gali išvengti efektyvios konkurencijos atitinkamoje rinkoje, ir apčiuopiamu mastu veikti nepriklausomai nuo jos konkurentų, pirkėjų ir galiausiai vartotojų. Tokia padėtis visiškai nepašalina konkurencijos, kaip monopolio ar kvazi-monopolio atveju, bet įgalina šią įmonę jei ne panaikinti, tai bent jau daryti apčiuopiamą įtaką konkurencijos vystymosi sąlygoms ir veikti nepaisant šių sąlygų ir nepatirti žalos dėl tokio nepaisymo. <...> Dominuojanti padėtis gali kilti iš kelių faktorių, kurie, nagrinėjami atskirai vienas nuo kito, nebūtinai yra ribojantys. Tačiau tarp šių faktorių ypatingą reikšmę turi užimamos rinkos dalies dydis“.

Byloje *Michelin*¹⁵ teismas konstatavo:

„Sprendžiant, ar yra užimama dominuojanti padėtis, nėra būtina, kad konkurencija tarp pakeičiamų produktų visiškai neegzistų tol, kol tokia konkurencija nepaveikia įmonės galimybės apčiuopiamai paveikti sąlygų, kurioms esant įmonė tai konkurencijai galėtų daryti spaudimą, ar bent jau elgtis didele dalimi neatsižvelgiant į konkurenciją ir dėl to nepatiriant jokių neigiamų padarinių“.

Taigi, remiantis Europos Teismo (toliau tekste – Teismas) praktika, yra galimos dvi situacijos, kuriomis gali pasireikšti įmonės dominavimas rinkoje¹⁶:

- a) Situacija, kai įmonė tiesiogiai nesusiduria su konkurencija (arba „galimybė išvengti efektyvios konkurencijos“, kaip tai apibrėžia ETT); ir/arba
- b) Situacija, kai įmonė gali daryti vienpusę lemiamą įtaką atitinkamoje rinkoje veiksmingai ribodama konkurenciją (arba „galimybė apčiuopiamu mastu veikti nepriklausomai nuo konkurentų, tiekėjų ar pirkėjų ir vartotojų“, kaip tai apibrėžia ETT).

¹³ *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities*. Case 27/76 [1978] ECR 207: 1 CMLR 429

¹⁴ *Hoffmann-La Roche v Commission of the European Communities*. Case 85/76 [1979] ECR 461, 520: 3 CMLR 211, 274

¹⁵ *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities*. Case 322/81 [1983] ECR 3461

¹⁶ taip pat: Lietuvos Respublikos Konkurencijos tarybos nutarimas Nr. 52 „Dėl Konkurencijos tarybos paaiškinimų dėl dominuojančios padėties nustatymo“//Valstybės žinios.2000,Nr. 52-1516. P. 7-8

Pirmoji situacija galima, kai įmonė yra vienintelis gamintojas ar pardavėjas atitinkamoje rinkoje. Įvertinant antrąją situaciją labai svarbus kriterijus yra užimamos rinkos dalies dydis, tačiau absoliutus dominavimas rinkoje nėra reikalaujamas. Tai geriausiai iliustruoja *United Brands* byla, kur dominuojanti kompanija pralaimėjo karą su savo pagrindiniu konkurentu (*Chiquita* bananų gamintojas prieš *Dole* bananus). Šie kriterijai ūkio subjekto dominavimo įvertinimui yra kritikuotini, nes tokios vertinamosios sąvokos kaip „efektyvi konkurencija“, „veiksmingas ribojimas“, „apčiuopiamas mastas“, daro juos netikslius, neobjektyvius.

Taigi pirmoji problema, su kuria susiduria teismai ir kompetetingos konkurencijos institucijos – universalių dominuojančios padėties įvertinimo kriterijų nebuvimas. Tokie kriterijai turėtų būti tiksliai apibrėžti ir vienodai taikomi kiekvienoje konkrečioje byloje, kad būtų įgyvendinti tokie tarptautinės teisės principai kaip proporcingumas ir teisinis aiškumas¹⁷. Tikslūs, kiekybiškai apibrėžti kriterijai neleistų kompetetingoms institucijoms be reikalo kištis į ūkio subjektų veiklą ir panaikintų abejones įmonės viduje, imantis naujos veiklos ar, pavyzdžiui, naujos kainų politikos.

1.2. Dominuojančios padėties nustatymo kriterijai

Dominuojančios padėties koncepcija nėra apribojama didelio masto rinkomis, ji taip pat taikoma siauroms rinkoms, kuriose viena įmonė įstatymo ar kitu pagrindu įgijo monopolį ar labai didelę rinkos dalį ir tokią poziciją, kuri panaikina ar žymiai riboja konkurenciją¹⁸. Taigi bet kuris ūkio subjektas, kuriam priklauso išimtinės teisės vykdyti įstatymu nustatytą veiklą, deleguotą viešosios valdžios, privalo vykdydamas savo pareigas nepiktnaudžiauti jam suteiktomis galiomis.

Ūkio subjekto dominuojančios padėties nustatymas susideda iš dviejų etapų: atitinkamos rinkos apibrėžimo ir „dominavimo“ fakto nustatymo. Tipiškas būdas įrodyti dominuojančią padėtį yra įmonės rinkos galios nustatymas¹⁹. Savo ruožtu atitinkamos rinkos apibrėžimas sudaro kontekstą, kuriame įrodymai apie rinkos galią turi prasmę. Todėl pirmiausia yra būtina nustatyti atitinkamą produkto bei atitinkamą geografinę rinkas, kurios sudaro atitinkamos rinkos apibrėžimą.

¹⁷ Soriano L. M. How Proportionate Should Anti-competitive State Intervention Be? // *European Law Review*. 2003, Nr. 28-1.

¹⁸ Goyder D. G. *EC Competition Law*. Fourth edition. London, Oxford university press, 2003. P. 269

¹⁹ *European Community Competition Law in Practice*. London, Oxford university press, 2004. P. 43

1.2.1. Atitinkamos rinkos apibrėžimas

Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas²⁰ apibrėžia atitinkamą rinką kaip „tam tikros prekės rinką tam tikroje geografinėje teritorijoje“. Prekės rinka, remiantis šiuo įstatymu, yra „visuma prekių, kurios pirkėjų požiūriu yra tinkamas pakaitalas viena kitai pagal jų savybes, naudingumą ir kainas“. „Geografinė teritorija (geografinė rinka) – teritorija, kurioje visi ūkio subjektai susiduria su iš esmės panašiomis konkurencijos sąlygomis²¹ tam tikroje prekės rinkoje ir kuri, atsižvelgiant į tai, gali būti atskiriama lyginant su greta esančiomis teritorijomis“.

Taip pat yra išskiriama „laikinoji rinka“, paprastai susijusi su sezoninio pobūdžio prekėmis (kaip, pavyzdžiui, bananai *United Brands* byloje). Prekės gali būti sezoninio pobūdžio dėl tam tikrų oro sąlygų ar dėl vartotojų įpročių.

Teisės teroretikai išskiria keturis klausimus, į kuriuos pirmiausia reikia atsakyti nustatant, ar įmonė užima dominuojančią padėtį²²:

1. Kuri įmonė yra įtariama kaip dominuojanti?
2. Kokie šios įmonės produktai²³ yra susiję su byla?
3. Kas yra įmonės klientai (tai yra, kas konkrečiai – tiekėjai, platintojai ar galutiniai vartotojai - perka įmonės prekes ar paslaugas)?
4. Kokie produkto substitutai yra prieinami klientams (abiejose – pasiūlos ir paklausos pusėse) atitinkamoje rinkoje?

Šie klausimai sudaro atitinkamos rinkos apibrėžimo konstrukciją. Atsakymas į juos identifikuoja atitinkamą produkto ir atitinkamą geografinę rinkas. Pažymėtina, jog pagrindinis atitinkamos rinkos nustatymo tikslas – identifikuoti nagrinėjamo ūkio subjekto konkurentus.

Atitinkamos rinkos apibrėžimas susideda iš dviejų etapų:

1. Prekės rinkos apibrėžimo;
2. Geografinės rinkos apibrėžimo.

Prekės rinkos apibrėžimas

Prekės rinka apibrėžiama nustatant prekes, kurios yra ar gali būti pakeičiamos viena kita dėl savo savybių, kainos ir naudojimo pobūdžio. Bendra taisyklė yra ta, kad kuo platesnis prekės rinkos apibrėžimas (tas pats taikoma ir geografinėi rinkai), tuo sunkiau yra konstatuoti

²⁰ Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas// V.Ž. 1999, Nr. 30-856

²¹ Tas pats įstatymas apibrėžia konkurencijos sąlygas kaip “visokius pirkimo ar pardavimo ekonominius parametrus, iš kurių svarbiausiais laikomi kainos, nuolaidos, antkainiai ar kitokie mokėjimai bei juos įtakojančios veiksniai (ūkinės veiklos teisiniai ribojimai, valstybės valdymo ir savivaldos institucijų teikiama pagalba, gamybos technologijos ir kaštai, prekių naudojimo ar vartojimo ypatybės, transportavimo galimybės ir pan.)”

²² European Community Competition Law in Practice. London, Oxford university press, 2004. P. 42; Korah V. An introductory guide to EC Competition Law and Practice. Hart publishing, 2004. P. 152

²³ Tekste vartojama sąvoka “produktas” apima ir gaminamas ar parduodamas prekes, ir teikiamas paslaugas.

dominuojančią padėtį²⁴. Taip yra dėl to, kad prekių pakeičiamumo galimybės tiesiogiai priklauso nuo prekės rinkos apibrėžimo platumo.

Apibrėžiant prekės rinką nagrinėjamas tiek paklausos pakeičiamumas (tai yra pirkėjų galimybės keisti vieną prekę kita ar pirkti ją kitoje teritorijoje)²⁵, tiek pasiūlos pakeičiamumas (tai yra tiekėjų galimybės pradėti tiekti atitinkamas prekes ar pradėti tiekti jas iš kitų teritorijų)²⁶.

Pakeičiamumui nustatyti Europos Komisija (toliau tekste – Komisija) naudoja testą²⁷, pagal kurį, įvertinant prekės pakeičiamumą, atsižvelgiama į įmonės taikomo mažo ilgalaikio prekės kainos padidėjimo padarinius. Jei kainos padidėjimas 5 – 10 proc. būtų nenaudingas įmonei, nes vartotojai pasirinktų kitą, substitucinį produktą, tuomet šis produktas turėtų būti įtrauktas į atitinkamos prekės rinkos apibrėžimą. Tinkamas pakaitalas prekei yra nustatomas atsižvelgiant į jo savybes, naudojimą ir kainas.

Laikas, analizuojant pakeičiamumo galimybę, taip pat labai svarbus. Būtina nustatyti, ar reaguodami į nežymų ilgalaikį santykinį prekės kainos padidėjimą kiti tiekėjai gali per trumpą laikotarpį pradėti tiekti atitinkamas prekes, nepatirdami žymių papildomų išlaidų pritaikant tokiai veiklai savo verslą, ir nesiimdami per didelės rizikos. Galimybė nagrinėjama būtent per trumpą laikotarpį, kadangi ilgo laiko tarpo nagrinėjimas pateiktų daugiau substitutų galimybių nei realiai yra konkrečioje situacijoje. Pavyzdžiui, kitos teritorijoje veikiančios įmonės galėtų per ilgą laikotarpį pritaikyti turimą įrangą naujai gamybai, pasamdyti ir apmokyti personalą, pasirašyti reikalingas sutartis ir panašiai. Tačiau vartotojai per šį laikotarpį nukentėtų, nes realiai nebūtų kuo pakeisti pabrangusį produktą. *Hoffmann-La Roche* byloje Komisija teigė:

„Kai pasiūlos pakeičiamumas reikalautų jau turimo materialaus ir nematerialaus turto pritaikymo, papildomų investicijų, strateginių sprendimų ar terminų atidėjimo, tai nebus laikoma atitinkamos rinkos apibrėžimo dalimi“.

Byloje *United Brands* Komisija nurodė, kad pasiūlos pakeičiamumas yra „greičiausia ir efektyviausia drausminė jėga prekės tiekėjui, ypač kainų sprendimų srityje“.

Produktų kokybės, kainos ir prieinamumo atitikimas praktikoje yra sunkiai nustatomas. Teisės teoretikų ir ekonomistų buvo kritikuojama daugelis Teismo bylų, tarp jų ir *United Brands*, kur unikalios bananų charakteristikos buvo skrupulingai nagrinėjamos ir pavertė niekais argumentus, kad bananai turėtų būti laikomi visų rūšių vaisių rinkos dalimi. Teismas palaikė Komisijos požiūrį, kad atsižvelgiant į prieinamumą visus metus, kainą, tinkamumą atitinkamiems vartotojų tipams (nuo mažo iki seno) ir kitas charakteristikas, bananai turėtų sudaryti atskirą rinką. Šis sprendimo dalis buvo smarkiai kritikuojama įvairių komentatorių, kurie

²⁴ European Community Competition Law in Practice. London, Oxford university press, 2004. P. 44

²⁵ Kaip byloje *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities*. Case 27/76 [1978] ECR 207: 1 CMLR 429

²⁶ Kaip byloje *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities*. Case 6/72 [1973] ECR 215

²⁷ European Community Competition Law in Practice. London, Oxford university press, 2004. P. 45

teigė, jog Teismo požiūris dėl substitutų buvo paremtas nepakankamais ekonominiais duomenimis ir tyrimais, kurie parodytų paklausos elastingumą tarp bananų ir kitų vaisių.

Byloje *Ahmed Saeed*²⁸ ETT pažymėjo, jog „kiekviena byla turi būti sprendžiama individualiai, remiantis tik jos faktais“. Mūsų nuomone, pakeičiamumo kriterijų taikymo skirtumai nagrinėjant konkrečias bylas, aiškios ir išsamios taisyklės nebuvimas apsunkina teismų ir kompetingų konkurencijos institucijų darbą bei trukdo įgyvendinti teisinio aiškumo principą. Kiekviena byla turėtų būti sprendžiama atsižvelgiant tik į joje nustatytus faktus, tačiau – taikant objektyvią taisyklę, o ne kiekvienoje byloje sukuriant naują. Nepagrįsti tyrimai ir jų sąlygotos brangios bylinėjimosi procedūros paneigia vieną pagrindinių Europos Sąjungos principų – proporcingumą²⁹. Todėl reikėtų sukurti objektyvią, tikslią, kiekybiniais kriterijais paremtą ir universalią taisyklę prekės pakeičiamumui nustatyti. Tokia taisyklė galėtų apimti, pavyzdžiui, realiai vykusios substitucijos netolimoje praeityje įrodymus, kiekybinius ekonominius ir statistinius tyrimus, vartotojų ir konkurentų požiūrio tyrimą, kliūtis nukreipiant paklausą į substitucinius produktus, skirtingų vartotojų kategorijų buvimą (kas gali parodyti specifinių tinkamų rinkų egzistavimą).

Geografinės rinkos apibrėžimas

Užimamos rinkos dalies dydis įvertinant ūkio subjekto dominuojančią padėtį turi reikšmę tik tada, kai nustatoma atitinkama geografinė rinka, su kuria tas dydis susijęs³⁰. Atitinkamos rinkos nustatymas piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi atveju prasideda EBS Sutarties 82 str. žodžiais: „<...> bendrojoje rinkoje arba didelėje jos dalyje <...>“.

Geografinė rinka apibrėžiama nustatant teritoriją, kurioje vyksta ar gali vykti prekės pakeičiamumas. Europos Sąjungos atveju visa Europos Sąjungos teritorija teoriškai gali būti laikoma atitinkama geografinė rinka, tačiau dėl įvairių teisinio pobūdžio kliūčių geografinė rinka gali neapimti visos Europos Sąjungos teritorijos. Kuo lengviau į konkrečią teritoriją atgabenti prekes, tuo platesnė bus galima rinka. Paprastai konkurencijos taisyklių pažeidimu įtariamam ūkio subjektui yra palankiau įrodinėti, kad rinka yra platesnė, nes taip sumažėja jo užimama santykinė rinkos dalis. ETT tvirtino, kad skirtingose teritorijose turi būti homogeniškos sąlygos prekybai, kad atsirastų pakankamas pagrindas rinkos galios analizei.

Dėl prekybos sąlygų vienodumo teritorijoje valstybės narės teritorija dažnai sudaro natūralią geografinę aplinką, ekvivalentišką komercinei teritorijai, kurioje vyksta konkurencija³¹.

²⁸ *Ahmed Saeed Flugreisen and Silver Line Reisebüro GmbH v Centrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.* Case 66/86 [1989] ECR 803

²⁹ Soriano L. M. How Proportionate Should Anti-competitive State Intervention Be? // *European Law Review*. 2003, Nr. 28-1.

³⁰ Goyder D. G. *EC Competition Law*. Fourth edition. London, Oxford university press, 2003. P. 274

³¹ Goyder D. G. *EC Competition Law*. Fourth edition. London, Oxford university press, 2003. P. 274

Ankstyvosiose Europos Teismo bylose buvo daryta prielaida, kad geografinė rinka būtų jei ne visa Europos Sąjungos teritorija, tai bent jau ne mažesnė nei individualios narės teritorija. Šia tendencija buvo pirmą kartą suabejota *Sugar Cartel*³² byloje, kur ETT Pietų Vokietiją pripažino geografinė rinka cukraus pardavimams. ETT sutiko su Komisijos požiūriu, kad esminė valstybės narės dalis ar jos regionas taip pat gali sudaryti rinką, jei pardavimų apimtis ten yra pakankama.

Kai kurie teisės teoretikai teigia, jog „tiek Komisija, tiek ETT dažnai apriboja geografinę rinką vienos valstybės narės teritorija, nors yra aiškūs išorinės konkurencijos įrodymai ir paklausos elastingumas“³³. Pažymėtina, jog apibrėžiant geografinę rinką, Komisija įvertina ir tai, kad ūkio subjektas organizuoja savo prekės distribuciją remdamasis savo šalies nacionaline teise, arba per dukterines įmones nacionalinėse rinkose ir vertina tai kaip įrodymą, kad tas ūkio subjektas laiko atitinkamos šalies teritoriją atitinkama geografinė rinka savo prekei.

United Brands byloje Komisija laikė Vokietiją, Daniją, Airiją, Nyderlandus, Belgiją ir Liuksemburgą geografinė rinka, kadangi visose šešiose valstybėse buvo užtikrinta laisva bananų konkurencija (nepaisant to, kad buvo skirtingos pardavimo sąlygos, pavyzdžiui, transporto kainos), tačiau kitose trijose valstybėse narėse, - Prancūzijoje, Italijoje, Jungtinėje Karalystėje – egzistavo tam tikras valstybės kišimasis į rinką.

Gali atsitikti taip, kad konkrečioje byloje geografinė rinka yra akivaizdi, todėl išsami Komisijos ar teismo analizė čia nereikalinga. Taip buvo, pavyzdžiui, *Comercial Solvents* byloje - įmonė buvo pripažinta užimanti monopolinę padėtį pasaulio mastu. Taigi ji aiškiai užėmė dominuojančią padėtį bendrojoje rinkoje.

Atitinkamą geografinę rinką svarbu apibrėžti dėl kelių priežasčių:

- a) Kartu su atitinkamos prekės rinkos apibrėžimu tai padeda apibrėžti atitinkamą rinką, kurioje bus vertinama ūkio subjekto užimama rinkos dalis. Taigi geografinės rinkos apibrėžimas netiesiogiai padeda nustatyti ūkio subjekto dominavimą rinkoje;
- b) Nustačius geografinę teritoriją, išaiškėja kompetetingų institucijų jurisdikcijos klausimai. Jei dominuojanti padėtis užimama tik nežymioje bendrosios rinkos dalyje, bus taikomas *de minimis* argumentas. Nustatytos geografinės rinkos dydis sąlygoja, ar byla susijusi su žymia bendrosios rinkos dalimi ir ar daromas poveikis valstybių narių tarpusavio prekybai. Nepaisant to, koks piktnaudžiaujantis ūkio subjekto elgesys bebūtų, jei tas ūkio subjektas yra didelė žuvis mažame tvenkinyje, Europos Komisija nesusidomės³⁴.

³² *Sugar Cartel* bylos 40-48,50,54,56,111,113,114/73 [1975] ECR 1991-4: [1976] 1 CMLR 463-5

³³ European Community Competition Law in Practice. London, Oxford university press, 2004. P. 47

³⁴ European Community Competition Law in Practice. London, Oxford university press, 2004. P. 47

1.2.2. „Dominavimo“ fakto nustatymas

Ūkio subjekto užimamos dominuojančios padėties įrodymo sąlyga, remiantis Komisijos ir Europos Teismo praktika, yra keleto faktorių buvimas. Šie kriterijai, jeigu vertinami atskirai vienas nuo kito, nebūtinai yra lemiantys. Bene svarbiausias iš šių faktorių yra labai didelės rinkos dalies užėmimas.

Pažymėtina, jog ankstesnio ūkio subjekto dominavimo faktas neturi prejudicinės galios byloje, kurios faktinės aplinkybės yra kitokios. Tačiau jei faktinės aplinkybės yra tos pačios, dominavimo faktų galima remtis ginant savo interesus nacionaliniame teisme. Teisėtos monopolijos turėjimas – pavyzdžiui, patentų, autorinių teisių ar registruoto dizaino pagrindu – taip pat nėra pakankama sąlyga pripažinti ūkio subjekto dominavimą to produkto rinkoje. Net ir šiuo atveju bus įvertinamas produktų pakeičiamumas ir kiti kriterijai³⁵. Verta paminėti ir tai, jog ETT yra ne kartą pažymėjęs³⁶, kad „laikinas nepelningumas ar netgi nuostoliai nėra nesuderinami su dominuojančia padėtimi“.

Teisės teoretikai teigia, jog nors Europos teismo kriterijai dominuojančiai padėčiai nustatyti yra aiškūs, praktikoje susiduriama su dideliais sunkumais, siekiant įrodyti, kad šie kriterijai yra patenkinami konkrečioje byloje³⁷.

Ūkio subjekto užimama rinkos dalis

Rinkos galia objektyviai galėtų būti įvertinta, nustatčius prekės pakeičiamumą, pasiūlos ir paklausos elastingumą, monopolio teikiamą naudą įmonei, taip pat įmonės vykdomą kainų politiką. Tačiau šie kriterijai praktikoje yra ir sunkiai nustatomi, ir sunkiai tiksliai apibrėžiami. „Paprasčiausias ir todėl patikimiausias būdas yra ūkio subjekto užimamos rinkos dalies nustatymas. Jis duoda apytikrę ir naudotiną (angl. „*rough and ready*“) diagnozę ir gali patvirtinti dominavimo buvimą ten, kur sudėtingesnė analizė jį paneigia“³⁸. Be to, sudėtingą analizę gali būti labai sunku atlikti, o tai sąlygoja labai ilgą bylos sprendimą. Barry Hawk vadina rinkos dalies, kaip gairės, naudojimą „neišvengiama blogybe“³⁹.

Byloje *Court in Metro (No. 2)*⁴⁰ ETT pabrėžė, kad dominuojanti padėtis jokia būdu negali būti pripažinta, kai subjektas užima mažiau nei 10 proc. elektros prietaisų laisvalaikio rinkos ir

³⁵ European Community Competition Law in Practice. London, Oxford university press, 2004. P. 48

³⁶ Pavyzdžiui, bylose NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities. Case 322/81 [1983] ECR 3461; *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities*. Case 27/76 [1978] ECR 207: 1 CMLR 429.

³⁷ Craig P., de Burca G. EU Law – Text, Cases and Materials. Third edition. London, Oxford University press, 2003; Goyder D. G. EC Competition Law. Fourth edition. London, Oxford university press, 2003; Jones A., Sufrin B. EC Competition Law. Texts, Cases and Materials. Second Edition. London, Oxford university press, 2003.

³⁸ European Community Competition Law in Practice. London, Oxford university press, 2004. P. 49

³⁹ European Community Competition Law in Practice. London, Oxford university press, 2004. P. 48

⁴⁰ Court in Metro Case 75/84 [1986] ECR 3021: [1987] 1 CMLR 118

mažiau nei 7 proc. spalvotų televizorių rinkos. Praktikoje atrodo neįtikėtina, kad įmonė, užimanti rinkos dalį, mažesnę nei 25 proc., būtų laikoma esanti dominuojančioje padėtyje⁴¹. Verta paminėti, kad koncentracija, žymiai ribojanti konkurenciją, negali būti sukurta, jei šalių bendrai užimama rinkos dalis neviršija 25 proc. Viršijus šį procentą, dominavimas tampa svarstytinas⁴². Tuomet kuo daugiau procentų rinkos užimama, tuo sunkiau išvengti prezumpcijos, kad ūkio subjektas pelnosi iš sumažėjusio konkurencinio spaudimo sąlygotos mažesnės veiksmų kontrolės. Kai užimamos rinkos dalis pasiekia 45 proc., ūkio subjektui tampa beveik neįmanoma Komisijoje įrodyti, kad jam stinga rinkos galios, nebent atitinkamoje rinkoje, kur tas subjektas veikia, veiktų dar viena įmonė, kuri dalytųsi atitinkamo dydžio rinkos dalimi⁴³. Taigi nustatant rinkos dalies dydį, svarbi ir nagrinėjamo ūkio subjekto konkurentų padėtis rinkoje. Byloje *British Airways/Virgin*⁴⁴ rinkos dalis, kurią užėmė „British Airways“, buvo 39,7 proc. oro bilietų pardavimų Didžiojoje Britanijoje, o šios įmonės didžiausiam konkurentui priklausė 5,5 proc. rinkos dalis. Toks santykis buvo laikomas pakankamu dominuojančios padėties įrodymu, tiesa, kartu su keliais kitais faktoriais, tokiais kaip atliekamų maršrutų į ir iš Didžiosios Britanijos skaičius, didžiulis įmonės lėktuvų skaičius didžiuosiuose Jungtinės Karalystės oro uostuose ir pan.

Hoffmann-La Roche byloje Komisija taip pat rėmėsi įmonės užimama vitaminų rinkos dalimi, lygindama šios įmonės ir jos konkurentų užimamas rinkos dalis. Šioje byloje rinkos dalies dydis įtvirtinamas kaip pagrindinis, tačiau ne lemiamas kriterijus. ETT čia pažymėjo, kad „labai didelės rinkos dalys pačios savaime, išskyrus tik išimtinus atvejus, yra dominuojančios padėties buvimo įrodymas“. Vėliau, *AKZO* byloje⁴⁵ ETT įtvirtino prezumpciją, jog „labai didelė“ rinkos dalimi laikoma ir dominuojančią padėtį įrodo (nesant išskirtinių aplinkybių) rinkos dalis, sudaranti 50 proc. atitinkamos rinkos.

Pažymėtina, jog dominuojančios padėties nustatymas niekada nėra tik kiekybinio pobūdžio užduotis. Komisija ir Teismas visada nagrinėja ir taip vadinamą „kelių faktorių kombinaciją“ (angl. „*combination of several factors*“), kuri yra kokybinė atitinkamos rinkos prigimtis. Įmonės dydis ir jos apyvartos mastas negali būti vieninteliai dominuojančios padėties įrodymai. *Hoffman-La Roche* byloje ETT atsižvelgė į produktų asortimentą ir tai, kad įmonė išlaikė rinkos dalį per tam tikrą periodą. Taigi visada bus svarbūs konkurentų skaičius ir galia, taip pat ūkio subjekto turimos rinkos dalies stabilumas. Bus įvertinamos konkurentų galimybės adekvačiai reaguoti į rinkos lyderės gamybos apimtį sumažinimą ar padidinimą, arba kainų padidinimą.

⁴¹ Goyder D. G. *EC Competition Law*. Fourth edition. London, Oxford university press, 2003. P. 277

⁴² Goyder D. G. *EC Competition Law*. Fourth edition. London, Oxford university press, 2003. P. 274

⁴³ Goyder D. G. *EC Competition Law*. Fourth edition. London, Oxford university press, 2003. P. 276

⁴⁴ *British Airways/Virgin* [2000] 4 CMLR 999: on appeal to the CFI as Case T-219/99

⁴⁵ *AKZO Chemie BV v Commission of the European Communities*. Case C-62/86 [1991] ECR I-3359

Europos Bendrijos Steigimo sutarties 82 str. kalba apie įmonę, kuri yra dominuojančioje padėtyje atitinkamoje rinkoje. Jokios dominavimo kategorijos ar laipsniai neminimi. ES Teismų ar Komisijos praktikoje taip pat nėra nustatyta konkrečios procentinės išraiškos, kuri žymėtų dominavimą, nors *Hoffmann-La Roche* byloje ETT pažymėjo, kad labai didelės rinkos dalys pačios savaime, išskyrus tik išimtinus atvejus, yra dominuojančios padėties buvimo įrodymas. *AKZO v. Commission* byloje ETT įtvirtino prezumpciją, kad 50 proc. rinkos dalis gali būti laikoma „labai didelė“. Tačiau Europos Teismo praktikoje buvo keletas bylų, kuriose rinkos dalis, užimama konkrečios įmonės, viršijo 90 proc. atitinkamos rinkos⁴⁶. Tačiau kai užimama ūkio subjekto rinkos dalis yra pakankama dominuojančios padėties konstatavimui, Teismas nedaro skirtumo tarp dominuojančio ūkio subjekto, kuris užima, tarkime, 50 proc. dydžio rinkos dalį, ir ūkio subjekto, kuris užima daugiau nei 90 proc. atitinkamos rinkos, įpareigojimų nedalyvauti atitinkamoje veikloje. Mūsų nuomone, tokia Teismo praktika yra ydinga dėl ir vienam, ir kitam ūkio subjektui nustatomų vienodai apsunkinančių įpareigojimų dėl kainų politikos ar kitų piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi būdų. Atitinkami įmonės, užimančios 90 proc. rinkos dalį, veiksmai negali būti vienodai ribojantys konkurenciją ar taip pat veikiantys valstybių narių tarpusavio prekybą, kaip to ūkio subjekto, kuris užima dvigubai mažesnę rinkos dalį. Todėl, mūsų nuomone, turėtų būti sukurti gilia ekonomine analize pagrįsti kriterijai, įgalinantys teismus ir kompetetingas konkurencijos institucijas tiksliai įvertinti realų ar potencialų ūkio subjekto veiksmų poveikį ir remiantis iš to padarytomis išvadomis, uždėti įmonei proporcingus įpareigojimus. Mūsų nuomone, dėl piktnaudžiavimo turėtų būti baudžiami tik tie ūkio subjektai, kurie atitinkamoje rinkoje, apsaugotoje žymių įėjimo kliūčių, turi monopolį.

Pažymėtina, jog LR konkurencijos įstatymas įtvirtina prezumpciją, jog ūkio subjektas, kurio užimama rinkos dalis yra ne mažesnė nei 40 proc., yra dominuojantis.

Įėjimo į rinką kliūtys

Nei Teismas, nei Komisija nėra nustatę konkrečios procentinės rinkos dalies išraiškos, kuri pati savaime įrodytų dominavimą. Įėjimo į rinką kliūtys bei jų sąlygotas potencialių konkurentų patekimo į rinką greitis yra svarbūs papildomi faktoriai.

Egzistuojančios kliūtys gali būti būdingos atitinkamai rinkai, arba sukurtos dominuojančio toje rinkoje ūkio subjekto⁴⁷. Kliūtys, būdingos atitinkamai rinkai, apims Bendrijos ar valstybės narės teisinį reglamentavimą, pavyzdžiui, dėl visuomenės sveikatos ir saugumo užtikrinimo, bei riziką daryti dideles kapitalo investicijas siekiant patekti į rinką, kurios

⁴⁶ Pavyzdžiui, *Compagnie Maritime Belge v. Commission of the European Communities*. Case C-395/96 P [2000] ECR I-1365: CMLR 1076

⁴⁷ Goyder D. G. *EC Competition Law*. Fourth edition. London, Oxford university press, 2003. P. 275

vėliau gali neatsipirkti. Kliūtys, kurias sukuria dominuojantis ūkio subjektas, gali apimti intelektinės nuosavybės teisių naudojimą, taip pat – poreikį didžiulių investicijų naujo prekės ženklo reklamai bei marketingui. Taigi „įėjimo į rinką kliūtys“ yra bet kokie veiksniai, kurie apsunkina į monei įėjimą į naują rinką.

Įėjimas yra veiksmingas, jeigu⁴⁸:

- Nauji dalyviai sugebės greitai ir reikšmingai daryti įtaką prekės kainai atitinkamoje rinkoje;
- Rinkoje sparčiai diegiamos naujovės;
- Nauji rinkos dalyviai sėkmingai perimtų iš esamų rinkos dalyvių pardavimų bei rinkos dalį;
- Rinkos augimo perspektyvos yra palankios naujiems dalyviams;
- Nauji rinkos dalyviai su savo pajėgumais sugebės įeiti į rinką tokiu mastu, kad apribotų ūkio subjekto galimybes elgtis rinkoje nepriklausomai.

Išvada: byloje padaryti svarbi yra potencialių konkurentų patekimo į rinką trukmė. Patekimo į rinką kliūtys yra vertinamos svarstant patekimo į rinką trukmę trumpame laiko periode⁴⁹. *Michelin* byloje⁵⁰ ETT konstatavo:

„Pasiūlos elastingumas tarp padangų sunkiesiems ir lengviesiems automobiliams neegzistuoja dėl žymių gamybos proceso, taip pat gamyboje naudojamų įrenginių skirtumų. Faktas, kad žymios laiko ir kapitalo sąnaudos reikalingos tam, kad lengvųjų automobilių padangų gamyklos būtų pritaikytos gaminti sunkiųjų automobilių padangas ar atvirkščiai, reiškia išskirtinio ryšio, įgalinančio pritaikyti gamybą paklausai rinkoje, tarp šių dviejų kategorijų padangų nebuvimą“.

1.3. Kolektyvinė dominuojanti padėtis

Kolektyvinio dominavimo samprata kyla iš EBS Sutarties 82 str., kuris nurodo, jog draudžiamas „bet koks vienos ar kelių įmonių piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi“.

Kyla klausimas, ar EBS Sutartis šiuo straipsniu kontroliuoja įmonių, veikiančių kaip oligopolijos, kai rinkoje dominuoja keletas stambių tiekėjų, veiklą? ETT paneigė šią hipotezę *Hoffmann-La Roche* byloje, atskirdamas dominuojančios padėties sąvoką nuo paraleliai vykdomų veiksmų, būdingų oligopolijoms:

⁴⁸ Lietuvos Respublikos Konkurencijos tarybos nutarimas Nr. 52 „Dėl Konkurencijos tarybos paaiškinimų dėl dominuojančios padėties nustatymo“//Valstybės žinios.2000,Nr. 52-1516. P. 21-25.

⁴⁹ Pavyzdžiui, *Hoffmann-La Roche v Commission of the European Communities* . Case 85/76 [1979] ECR 461,541: CMLR 211, 290

⁵⁰ *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities*. Case 322/81 [1983] ECR 3461

„esant oligopolijai atliekami veiksmai veikia vieni kitus, o kai yra dominuojančią padėtį turinti įmonė, įmonės, kuri gauna naudą dėl tokios padėties, elgesys daugiausia yra nulemtas vienašališkai“⁵¹.

Kelių įmonių piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi yra realus tik tada, jei tokios įmonės yra susietos bet kokios formos ekonominiais ryšiais ir vieningai įgyvendina šių ryšių sąlygotą galią atitinkamoje rinkoje⁵². Tai taikoma kolektyvinėms bendrovėms (angl. *corporate groups*), veikiančioms kaip vienas vienetas, pavyzdžiui, patronuojanti ir dukterinė bendrovės, kaip byloje *Commercial Solvents*⁵³. Teismo praktikoje kolektyvinio dominavimo samprata laikyta taikytina tik dviems ar daugiau įmonių, sąveikaujančių vertikaliame lygyje. Nesusijusių ūkio subjektų vieningi veiksmai patenka į EBS Sutarties 81 str. taikymo sritį. Byloje *Zuchner v. Bayerische Vereinsbank*⁵⁴ buvo pažymėta:

„vienas iš dominuojančios padėties požymių pagal 86 (dabar – 82) str., yra vienašališka prigimtis. Iš to seka, <...> kad tik 85 (dabar – 81) str. yra taikytinas, jei faktai rodo sutartinių veiksmų buvimą“.

Tačiau pažymėtina, kad EBS Sutartyje nėra numatyta jokių išimčių, leidžiančių legalizuoti piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi. Kelių ūkio subjektų veiksmai gali kartu pažeisti tiek EBS Sutarties 81 str., tiek ir 82 str. ir turi būti vertinami pagal abiejų institutų – draudžiamų susitarimų ir piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi – normas.

Svarbu paminėti, kad ekonominių ryšių buvimas tarp kelių ūkio subjektų nėra pakankamas pagrindas konstatuoti kolektyvinį dominavimą. Susijusios įmonės turi veikti tokiu būdu, kad būtų patenkinami visi kriterijai, taikomi nustatant vienos įmonės dominuojančią padėtį. Byloje *Italian Flat Glass*⁵⁵ PIT pripažino, kad kolektyvinė dominuojanti padėtis yra galima ir ji būtų tuo atveju, „kai dvi ar daugiau įmonių, pasinaudodamos sutartimis ar leidimais, įgyja technologinę iniciatyvą ir dėl to gali veikti iš esmės nepriklausomai nuo savo konkurentų ir klientų“.

LR konkurencijos įstatymo 3 straipsnio 11 dalis taip pat numato atvejį, kai ne vienas, o keletas ūkio subjektų kartu užima dominuojančią padėtį. Konkurencijos tarybos Paaiškinimuose dėl dominuojančios padėties nustatymo⁵⁶ nurodoma, kad „keletas ūkio subjektų užima bendrą dominuojančią padėtį, jeigu jie kaip visuma gali daryti vienpusę lemiamą įtaką atitinkamoje rinkoje, veiksmingai ribodami konkurenciją. Tokia galimybė atsiranda, pirma, jeigu nėra

⁵¹ *Hoffmann-La Roche v Commission of the European Communities*. Case 85/76 [1979] ECR 461,541: CMLR 211, 290

⁵² *European Community Competition Law in Practice*. London, Oxford university press, 2004. P. 52

⁵³ *Commercial Solvents Corp v. Commission of the European Communities*. Case 6-7/73 [1974] ECR 223

⁵⁴ *Gerhard Zuchner v Bayerische Vereinsbank AG*. Case 172/80 [1981] ECR 2021

⁵⁵ *Italian Flat Glass*. Case T-68,77,78/89 [1992] ECR II-1403

⁵⁶ Lietuvos Respublikos konkurencijos tarybos nutarimas „Dėl Konkurencijos tarybos paaiškinimų dėl dominuojančios padėties nustatymo“ // V.Ž. 2000, Nr. 52-1516. P. 21-25

veiksmingos konkurencijos tarp šios grupės ir likusių ūkio subjektų rinkoje, esančių už šios grupės ribų, ir, antra, jeigu šios grupės nariai tarpusavyje veiksmingai nekonkuruoja“.

Čia įtvirtinta prezumpcija, kad keli ūkio subjektai užima bendrą dominuojančią padėtį rinkoje, jei ši bendrai užimama rinkos dalis sudaro daugiau kaip 70 procentų, o kitų konkurentų rinkos dalys yra santykinai mažesnės.

Remiantis Paaiškinimais, - nagrinėdama, ar yra veiksminga konkurencija tarp šios grupės kaip visumos ir likusių ūkio subjektų, Konkurencijos taryba remiasi tais pačiais kriterijais, kaip ir analizuodama vieno ūkio subjekto dominuojančią padėtį, tačiau taiko juos keleto ūkio subjektų grupės kaip visumos ir kitų ūkio subjektų, esančių už šios grupės ribų, atžvilgiu.

Nagrinėdama, ar ūkio subjektų grupės nariai tarpusavyje veiksmingai nekonkuruoja, Konkurencijos taryba siekia nustatyti, ar šie ūkio subjektai elgiasi lygiagrečiai, t.y. ar jie seka vienas kitu, veikdami tuo pačiu būdu ir vengdami tarpusavio konkurencijos, o ypač - atlikdami vienodus ar panašius konkurenciją ribojančius veiksmus kitų ūkio subjektų atžvilgiu. Lygiagretus ūkio subjektų elgesys yra tikėtinas, kai tarp rinkos lyderių nėra didelių skirtumų (asimetrijos), prekė yra homogeniška, rinka - skaidri, o sąsajos tarp ūkio subjektų leidžia gauti informaciją iš konkurentų bei stebėti jų veiksmus rinkoje.

2 skyrius. PIKTNAUDŽIAVIMAS (angl. *abusive behaviour*).
Esmė ir ypatumai

2.1. Piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi samprata, prigimtis ir esmė

Nei EBS Sutartis, nei LR Konkurencijos taryba nepateikia konkretaus „piktnaudžiavimo“ dominuojančia padėtimi sąvokos apibrėžimo. EBS Sutarties 82 str. pateiktas ūkio subjekto veiksmų, laikytinų piktnaudžiavimu, sąrašas nėra išsamus, kaip teismas pažymėjo *Continental Can* byloje⁵⁷: „Sąrašas paprasčiausiai pateikia pavyzdžius, ne išsamų išvardijimą ...“. Taigi sąvoka yra atskleidžiama pateikiant kai kuriuos ūkio subjekto veiksmų, kurie būtų laikomi piktnaudžiavimu, pavyzdžius.

EBS Sutarties versijoje prancūzų kalba tai pateikta kaip „abusive exploitation“ (piktnaudžiaujantis išnaudojimas), kas, kai kurių teisės komentatorių nuomone⁵⁸, aiškiau perteikia šių ūkio subjekto veiksmų tikslą.

„Piktnaudžiavimas“ reiškia, kad ūkio subjektas dalyvauja tam tikroje veikloje. Tik buvimas dominuojančioje padėtyje savaime nėra piktnaudžiavimas. Tai buvo išaiškinta Teismo *Michelin*⁵⁹ byloje:

„Nustatymas, kad įmonė yra dominuojančioje padėtyje savaime nėra kaltinimas, tai tiesiog reiškia, kad nepaisant priežasčių, kurios sąlygojo įmonę užimti dominuojančią padėtį, ta įmonė neša individualią atsakomybę (angl. *special responsibility*) savo elgesiu nesilpninti tikros, natūralios, neiškreiptos konkurencijos bendrojoje rinkoje“.

Taigi dėl šios „individualios atsakomybės“ doktrinos elgesys, kuris galėtų būti toleruojamas, jei būtų atliekamas įmonės, neužimančios dominuojančios padėties rinkoje, bus smerktinas pagal EBS Sutarties 82 str., jei atliekamas dominuojančią padėtį užimančios įmonės. Generalinis Advokatas Fenelly panaudojo terminą „super-dominuojanti“ (angl. *super-dominant*) įmonė savo nuomonėje *Compagnie Maritime Belge* byloje⁶⁰. Jis apima ne tas įmones, kurios užima dominuojančią padėtį, bet kurioms priklauso reali ar kvazi monopolija. Kai įmonė užima tokią padėtį, jos ypatinga atsakomybė konkurencijos procese yra atitinkamai apsunkinta, ir todėl labiau tikėtina, kad jos elgesys bus pripažintas piktnaudžiavimu⁶¹.

⁵⁷ *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities*. Case 6/72 [1973] ECR 215

⁵⁸ *European Community Competition Law in Practice*. London, Oxford university press, 2004. P. 54

⁵⁹ *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities*. Case 322/81 [1983] ECR 3461

⁶⁰ *Compagnie Maritime Belge v. Commission*. Case C-395/96 P [2000] ECR I-1365: CMLR 1076

⁶¹ Jones A., Sufirin B. *EC Competition Law. Texts, Cases and Materials*. Second Edition. London, Oxford university press, 2003. P. 323

Fundamentali piktnaudžiavimo prigimtis gana aiškiai buvo nurodyta ETT sprendime *Hoffmann-La Roche*⁶² byloje, kur teismas pažymėjo, kad piktnaudžiavimas yra nenormalus elgesys (angl. *abnormal behaviour*) - toks, kurio nebūtų normalios konkurencijos sąlygomis, - kuris sąlygoja arba egzistuojančios konkurencijos išnykimą, susilpnėjimą, arba jos stagnaciją esančiame lygmenyje:

„piktnaudžiavimo sąvoka yra objektyvi sąvoka, susijusi su įmonės, užimančios dominuojančią padėtį, elgesiu, kuris yra toks, kad daro poveikį rinkos struktūrai, kurioje dėl tokios įmonės egzistavimo sumažėja konkurencijos lygis ir kuris, taikant metodus, kitokius nei tie, kurie lemia normalią prekių ar paslaugų konkurenciją, paremtą komercinėmis sutartimis, trukdo išlaikyti rinkoje egzistuojančios konkurencijos tam tikrą lygį arba trukdo tokiai konkurencijai augti“.

Šis apibrėžimas, mūsų nuomone, yra priimtinas, nes apima ne tik veiksmus, nurodytus EBS Sutarties 82 straipsnyje, bet ir eilę kitų praktikų, kurios bendrijos teismuose buvo laikomos pažeidžiančiomis šį straipsnį. Esminis šio apibrėžimo elementas yra tai, kad ETT aiškiai ir nedviprasmiškai pažymi, jog piktnaudžiavimo sąvoka traktuotina objektyviai – lemiamą reikšmę turi ūkio subjekto veiksmų padariniai, o ne jo ketinimai. LR Konkurencijos taryba taip pat laikosi nuomonės, kad nustatant piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi faktą neturi būti atsižvelgiama į subjektyvius ūkio subjekto ketinimus⁶³.

Vis dėl to, daug svarbių Komisijos ir Bendrijos Teismų nutarimų, susijusių su šiuo straipsniu, yra priešaringi ir kritikuotini tiek teisininkų, tiek ekonomistų. Pirmiausia tai pasakytina apie Teismo sprendimą *Tetra Pak* byloje⁶⁴, kur buvo pažymėta, jog dominuojantis ūkio subjektas gali naudoti savo rinkos galią vienoje rinkoje, kad paveiktų konkurentą kitoje⁶⁵, tai yra įmonė gali būti dominuojanti vienoje rinkoje, bet piktnaudžiauti ir taip savo elgesiu pažeisti EBS Sutarties 82 str. kitoje. *Tetra pak* byloje teismas pažymėjo, kad dominuojanti įmonė kitoje rinkoje, kurioje ji nedominuoja, gali savo elgesiu pažeisti EBS Sutarties 82 str. tik esant specialioms aplinkybėms. Specialios aplinkybės šioje byloje buvo artimi, asociatyvūs dviejų rinkų ryšiai, taip pat įmonės kvazi monopolis rinkoje, kurioje ji užėmė 90 proc. rinkos dalį. Šis „įtakos“ aspektas kritikuotas daugelio autorių, pažymint, kad yra „pavojingai platus“⁶⁶. Mūsų nuomone „įtakos“ aspektas yra ydingas dėl to, kad nėra paremtas aiškiais, konkrečiais ir objektyviais kriterijais. Susidaro įspūdis, jog Teismas pasiliko sau teisę kiekvienu konkrečiu atveju iš naujo vertinti įvairias aplinkybes, kurios galėtų turėti reikšmės tokios įtakos tarp dviejų rinkų nustatymui.

⁶² *Hoffmann-La Roche*. Case 85/76 [1979] ECR 461,541: CMLR 211, 290

⁶³ LR Konkurencijos tarybos nutarimas „Dėl AB „Lietuvos telekomas“ veiksmų atitikimo konkurencijos įstatymo 9 str. 2 punkto reikalavimus“. P. 2/b

⁶⁴ *Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities*. Case C-333/94 P. [1996] ECR I-5951

⁶⁵ taip pat – *Telemarketing SA* Case [1985] ECR 3261, [1986] 2 CMLR 558

⁶⁶ Jones A., Sufirin B. *EC Competition Law. Texts, Cases and Materials*. Second Edition. London, Oxford university press, 2003. P. 326; Korah V. *An introductory guide to EC Competition Law and Practice*. Hart publishing, 2004. P. 160

Teismų ir kompetetingų konkurencijos institucijų nutarimai taip pat kritikuojami dėl nepakankamai gilios įvairių piktnaudžiavimo tipų (ypač susijusių su kaina) analizės ir nepateikimo tikslių, kiekybiškai apibrėžtų kriterijų, kurie padėtų tiksliai išsiaiškinti, kokie specifiniai elgesio tipai gali būti pripažinti piktnaudžiavimu⁶⁷. Yra aišku, kad EBS Sutarties 82 str. pateiktas tik pavyzdinis, ne išsamus draustinų ūkio subjekto veiksmų sąrašas. Tačiau ar ūkio subjektai, užimantys dominuojančią padėtį, gali prieš imdamiesi jiems naudingos veiklos tiksliai numatyti, kaip toks elgesys bus įvertintas kompetetingų konkurencijos institucijų? Kritiku teigimu kai kurios praktikos, pripažintos kaip piktnaudžiaujančios, atspindi normalų konkurencinį didesnių bendrovių elgesį⁶⁸.

Mūsų nuomone, *Hoffmann-La Roche* byloje pateiktas piktnaudžiavimo apibrėžimas aiškiai nurodo esminį elementą, Teismui ir Komisijai įvertinant ūkio subjekto elgesį kaip piktnaudžiavimą – tai ūkio subjekto elgesio poveikis, pasireiškiantis realių ar potencialių konkurentų pašalinimu iš rinkos, nesvarbu, kokią formą šis elgesys įgauna. Problema čia yra ta, kad neaišku, ar autoritetingos konkurencijos įstaigos, taikydamos EBS Sutarties 82 str., kreipia dėmesį tik į pašalinimą vienodai efektyviai rinkoje veikiančių ūkio subjektų, ar svarbios čia yra ir mažiau efektyvios įmonės. Ar yra siekiama teisingos konkurencijos taip pat kaip laisvos, ar kompetetingų institucijų tikslas yra kuo daugiau įmonių rinkoje, nepaisant jų efektyvumo?

Įrodant EBS Sutarties 82 str. pažeidimą, kaip ir 81 str. pažeidimo atveju, turi būti konstatuota ūkio subjekto veiksmų įtaka prekybai tarp valstybių narių. Nesant tokios įtakos, svarstyti galimybė įmonės veiksmus vertinti išimtinai pagal nacionalinę konkurencijos teisę. Tačiau skirtingai nuo 81 str. pažeidimų, kur įmonių susitarimo tikslas ar poveikis konkurencijai bei prekybai turi būti reikšmingas, 82 str. pažeidimo atveju nėra nustatyta jokie ypatingo kriterijaus, vertinant dominuojančio ūkio subjekto veiksmų poveikį konkurencijai, vartotojų interesams ar prekybai.

Mūsų nuomone, būtent šie – efektyvių konkurentų bei veiksmų poveikio aspektai turėtų būti preciziškai išanalizuoti kompetetingų institucijų rekomendacinio pobūdžio teisės aktuose, nurodant konkrečius ir ekonomine analize pagrįstus kriterijus, kuriais remiantis būtų objektyviai įvertinamas ūkio subjekto poveikis konkurencijai, atsižvelgiant tik į grėsmę tiems realiams ar potencialiems konkurentams, kurie yra pajėgūs efektyviai veikti atitinkamoje rinkoje ir patenkinti joje kylančią paklausą.

2.2. Piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi rūšys

EBS Sutarties 82 str. nustato draudimą piktnaudžiauti, nenurodydamas piktnaudžiavimo rūšių. Komisija ir Teismas nagrinėjamosiose bylose taip pat paprastai nesiremia konkrečiais EBS

⁶⁷ European Community Competition Law in Practice. London, Oxford university press, 2004. P. 55

⁶⁸ Goyder D. G. EC Competition Law. Fourth edition. London, Oxford university press, 2003. P. 282, 284, 287

Sutarties 82 str. punktais, nurodančiais piktnaudžiavimo pavyzdžius, arba remiasi daugiau nei vienu iš jų, arba, jei remiasi vienu, nenurodo, kaip šioje Sutartyje nurodytą pavyzdį atspindi bylos faktai. Tai paskatino teisės teoretikų diskusijas, ar nebūtų naudinga klasifikuoti piktnaudžiavimą⁶⁹. Kadangi nei EBS Sutartis, nei Komisija ar Teismas savo sprendimuose piktnaudžiavimo rūšių nenurodo, galima daryti išvadą, - kad ir kokia forma pasireikštų dominuojančio ūkio subjekto piktnaudžiavimas savo padėtimi, toks elgesys yra sąlyginai vienodai pavojingas valstybių narių tarpusavio prekybai ir yra draudžiamas nepaisant to, kad vieno tipo piktnaudžiavimas tikėtinai sukeltų lengvesnes pasekmes nei kitos rūšies piktnaudžiaujantis elgesys. Pažymėtina, kad EBS Sutartyje nėra numatyta jokių išimčių, leidžiančių legalizuoti piktnaudžiavimą. Ūkio subjektų, patenkančių į EBS Sutarties 81 (3) str. numatytų išimčių taikymo sritį, veiksmai vis dėl to turi atitikti ir 82 str. reikalavimus.

Tačiau piktnaudžiavimo skirstymas į rūšis gali padėti išsiaiškinti elgesio tipus, kurie kompetetingų institucijų būtų pripažinti piktnaudžiavimu, nors ir nėra nurodyti tarp EBS Sutarties 82 str. pateiktų pavyzdžių. Taip, teisės doktrinos pagalba, yra pasiekiamas didesnis teisinis aiškumas ūkio subjektams, besiruošiantiems imtis pelną didinančių veiksmų, kurie vienaip ar kitaip yra nukreipti prieš realius ar potencialius konkurentus.

Dauguma teisės komentatorių piktnaudžiavimą skirsto į dvi rūšis – išnaudotojišką piktnaudžiavimą (angl. *exploitative abuses*), reiškiantį nesąžiningų sąlygų vartotojams nustatymą, ir antikonkurencinį piktnaudžiavimą (angl. *exclusionary abuses*, arba *anti-competitive abuses*), kuris panaikina arba sumažina kitų ūkio subjektų galimybę konkuruoti su dominuojančiu subjektu (konkurentus pašalinantis elgesys)⁷⁰.

John Temple Lang siūlo piktnaudžiavimą skirstyti į tris rūšis⁷¹:

- Išnaudotojiškas piktnaudžiavimas (pavyzdžiui, per didelės kainos);
- Antikonkurencinis piktnaudžiavimas (pavyzdžiui, papildomų įsipareigojimų nustatymas, nevienodų sąlygų taikymas lygiaverčiams sandoriams);
- Represišką piktnaudžiavimas (angl. *reprisal abuses*) (pavyzdžiui, atsisakymai derėtis, grobuoniškos kainos).

Mūsų nuomone, autoriaus išskiriamas „represišką“ piktnaudžiavimas yra tik tam tikras antikonkurencinio elgesio atspalvis, nurodantis sunkias tokio elgesio pasekmes. Jis nėra išskiriamas remiantis konkrečiais papildomais kriterijais, kitokiais nei tie, pagal kuriuos išskiriamas „antikonkurencinis“ piktnaudžiavimas. Terminas „represišką“ tik nurodo, jog dėl tokio elgesio realūs ar potencialūs piktnaudžiaujančio ūkio subjekto konkurentai yra pašalinami

⁶⁹ Craig P., de Burca G. *EU Law – Text, Cases and Materials*. Third edition. London, Oxford University press, 2003; Korah V. *An introductory guide to EC Competition Law and Practice*. Hart publishing, 2004; ir kiti.

⁷⁰ Goyder D. G. *EC Competition Law*. Fourth edition. London, Oxford university press, 2003. P. 283; Jones A., Suftrin B. *EC Competition Law. Texts, Cases and Materials*. Second Edition. London, Oxford university press, 2003. P. 322

⁷¹ *European Community Competition Law in Practice*. London, Oxford university press, 2004. P. 55

iš rinkos. Tačiau „antikonkurencinis“ piktnaudžiavimas yra išskiriamas remiantis tuo pačiu kriterijumi, todėl „represiško“ piktnaudžiavimo išskyrimas yra netikslingas.

Kiti autoriai nurodo, jog klasifikacija yra pateikta pačiame EBS Sutarties 82 str. ir siūlo atitinkamu elgesio tipu paremtą klasifikaciją⁷²:

- Nesąžiningų kainų nustatymas;
- Raidos ribojimai;
- Nevienodų (diskriminacinių) sąlygų taikymas;
- Papildomų įsipareigojimų nustatymas.

Pabrėžtina, jog EBS Sutarties 82 str. pateiktas piktnaudžiavimo pavyzdžių sąrašas nėra išsamus. Tai atsispindi ir pačiame straipsnio tekste („<...> Toks piktnaudžiavimas konkrečiai gali būti: <...>“), ir yra aiškiai pasakyta Teismo *Continental Can* byloje⁷³: „Sąrašas paprasčiausiai pateikia pavyzdžius, ne išsamų išvardijimą ... “. Dėl šios priežasties tokia piktnaudžiavimo klasifikacija nepasiekia savo tikslo - suteikti daugiau teisinio aiškumo, nes yra neišsamūs.

Taigi priimtinausias piktnaudžiavimo skirstymas yra tas, kuris nurodo dvi jo rūšis – išnaudotojišką bei antikonkurencinį piktnaudžiavimą. Šis skirstymas apimtų ir nenurodytus EBS Sutarties 82 str. pavyzdiniame draustino elgesio sąrašą piktnaudžiavimo būdus, tokius kaip piktnaudžiavimą teismo procesu ar nepagrįstų sąlygų su sutarties partneriais reikalavimą (vadinamosios „angliškos sąlygos“), individualaus savininko ar kolektyvinių bendruomenių atsisakymą suteikti licencijas į intelektualinės nuosavybės teises (arba kitaip – piktnaudžiavimą jų naudojimu). Taip yra todėl, kad šis skirstymas yra grindžiamas ne konkrečiais galimo elgesio tipais, o bet kokio elgesio, kurio imasi ūkio subjektas, padariniais. Tai atsispindi Teismo ir Komisijos nuostata piktnaudžiavimo sąvoką traktuoti objektyviai. Tačiau pažymėtina, kad skirstymas yra sąlyginis, kadangi dauguma piktnaudžiavimo atvejų atitinka abiejų minėtų rūšių požymius. Sėkmingai ūkio subjekto įvykdytas antikonkurencinis piktnaudžiavimas gali paskatinti jį vykdyti išnaudotojišką verslo politiką, arba jie gali būti vykdomi tuo pačiu metu.

Svarbu yra tai, kad žiūrint į šias dvi elgesio rūšis kaip į sąlygas, kada galima pripažinti ūkio subjekto elgesį piktnaudžiavimu, šios dvi sąlygos nėra taikomos kumuliatyviai. Tai yra, užtenka vien fakto, kad dominuojančio ūkio subjekto veiksmai daro žalą vartotojams, arba kad tokie veiksmai kenkia rinkos struktūrai, kad būtų konstatuotas EBS Sutarties 82 str. pažeidimas. Tuo tarpu remiantis Section 2 of Sherman Act, išnaudotojiškas piktnaudžiavimas paprastai nebus draudžiamas.

Panašias piktnaudžiavimo rūšis galima išskirti ir analizuojant KĮ 9 str., pagal kurį draudžiamas antikonkurencinis elgesys, nepagrįstai varžantis kitų ūkio subjektų galimybes veikti rinkoje arba elgesys, kuris pažeidžia vartotojų interesus. Pažymėtina, kad Didžiosios Britanijos

⁷² European Community Competition Law in Practice. London, Oxford university press, 2004. P. 56

⁷³ *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities*. Case 6/72 [1973] ECR 215

Vyriausybės 1992 m. lapkričio mėn. išleistas aktas dėl piktnaudžiavimo rinkos galia („Government’s Green Paper of Abuse of Market Power“) tiesiogiai nustato piktnaudžiavimo skirstymą į „antikonkurencinį“ ir „išnaudotojišką“ ir naudoja tai kaip sistemą, įgalinančią paremti praktinius piktnaudžiaujančio elgesio pavyzdžius⁷⁴.

Pagal piktnaudžiaujančio dominuojančia padėtimi ūkio subjekto veikimo būdą, išskiriamos dvi piktnaudžiavimo kategorijos:

1. Piktnaudžiavimas, nesusijęs su kainų nustatymu;
2. Piktnaudžiavimas, susijęs su kainų nustatymu.

Piktnaudžiavimo, nesusijusio su kainų nustatymu, kategorijai priskirtini tokie ūkio subjekto veiksmai kaip įsipareigojimo nekonkuruoti nustatymas, susiejimo susitarimai, atsisakymas tiekti, papildomų įsipareigojimų nustatymas. Tuo tarpu piktnaudžiavimas, susijęs su kainų nustatymu, apima per didelių (angl. *excessive*), grobuoniškų (angl. *predatory*) kainų nustatymą, diskriminacinių (angl. *discriminatory*) kainų ir nesąžiningų nuolaidų taikymą.

⁷⁴ Goyder D. G. EC Competition Law. Fourth edition. London, Oxford university press, 2003. P. 285

3 skyrius. PIKTNAUDŽIAVIMAS DOMINUOJANČIA PADĖTIMI, NUSTATANT NESĄŽININGAS KAINAS

3.1. „Nesąžiningų kainų“ apibrėžimas

EBS Sutarties 82 str. nustato, kad „draudžiamas bet koks vienos ar keleto įmonių piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi bendrojoje rinkoje arba didelėje jos dalyje, galintis paveikti valstybių narių tarpusavio prekybą. Toks piktnaudžiavimas konkrečiai gali būti: a) nesąžiningų pirkimo ar pardavimo kainų <...> nustatymas“. Šitokia ūkio subjekto kainų nustatymo praktika taip pat būtų 1998 m. UK Competition Act⁷⁵ Chapter II, Section 18 pažeidimas, ir pažeistų konkurencijos taisyklės kitose valstybėse narėse. Lietuvos Respublikoje analogiškas draudimas įtvirtintas LR konkurencijos įstatymo⁷⁶ 9 straipsnio 1 dalyje.

Nėra visuotinai pripažinto „nesąžiningos kainos“ apibrėžimo. Marksistams ekonomistams „sąžininga“ kaina laikytina ta, kuri lygi darbo, reikalingo produkcijos pagaminimui, vertei. Klasikinės ekonomikos atstovai, tokie kaip David Ricardo, taip pat laikėsi kaštais paremtos vertės teorijos. Neoklasicizmo ekonomikos teoretikams, „sąžininga“ prekės ar paslaugos vertė yra nustatoma pagal pusiausvyros kainą, kylančią iš laisvos pasiūlos ir paklausos sąveikos konkurencingoje rinkoje.⁷⁷

Ūkio subjekto kainų politikos įvertinimas pagal EBS Sutarties 82 (a) str., susiduria su daugybe conceptualių ir praktinių sunkumų. Šiuolaikinė ekonomikos teorija teigia, kad rinka yra efektyviausia, kai kainos yra „konkuruojančios“. Didesnėmis kainomis nukenčia vartotojai ir sumažinama bendroji gerovė. Mažesnėmis kainomis, įmonės nesusigražina savo investicijų, kas lemia nepakankamas pajamas ir neveiksmingas išlaidas⁷⁸. Politika, kuri tiksliai identifikuotų ir baustų konkurencijos teisės pažeidimus, vienareikšmiškai pakeltų socialinę gerovę. Taigi dominuojančios įmonės turėtų nustatyti konkurencingas kainas, tai yra jos turėtų veikti taip, lyg veiktų konkurencingoje rinkoje. Deja, nėra aišku, koks konkurencinis elgesys kiekvienoje situacijoje yra tinkamas, ypač dinamiškose pramonės šakose, kur esminę reikšmę turi investicijos ir inovacijos. Dar daugiau, - net jei būtų nustatytas tinkamas „konkurencingos kainos“ etalonas, vis dar būtų neaišku, kaip, remiantis informacija, kuri paprastai yra prieinama kompetetingoms institucijoms, tiksliai įvertinti, ar nustatytos kainos praktikoje atitinka šį etaloną⁷⁹.

Atsakymas į klausimą, kaip kompetetingos konkurencijos įstaigos ir teismai galėtų atskirti konkurencingas kainas nuo nesąžiningų, yra didžiulės svarbos. Realus teisės taisyklių dėl

⁷⁵ United Kingdom Competition Act 1998 // www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1998/19980041.htm

⁷⁶ Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas // V.Ž. 1999, Nr. 30-856.

⁷⁷ Evans D. S., Padilla A. J. Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules // Journal of Competition Law & Economics. 2005, Nr. 1. P 19-27

⁷⁸ Ibid

⁷⁹ Ibid

piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi, susijusio su kainų nustatymu, poveikis vartotojų gerovei priklauso nuo kompetetingų institucijų galimybės teisingai įvertinti, ar kainos yra nesąžiningos.

„Nesąžiningos pirkimo ar pardavimo kainos“ gali būti ir išnaudotojiško, ir antikonkurencinio piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi dalykas. Europos Sąjungos konkurencijos taisyklės pasmerkia kaip „išnaudotojišką piktnaudžiavimą“ tokias dominuojančią padėtį užimančių įmonių kainų politikas, kurių galimas rezultatas yra tiesioginiai vartotojų gerovės nuostoliai. Tokia kainų politika yra „per didelių“ (angl. *excessive*) kainų nustatymas. Tuo tarpu antikonkurencinio piktnaudžiavimo, kuris panaikina arba sumažina kitų ūkio subjektų galimybę konkuruoti su dominuojančiu subjektu, forma, yra „grobuonišką“ (angl. *predatory*) kainų nustatymas. Tačiau pažymėtina, jog per didelės kainos nustatymas taip pat gali būti antikonkurencinis piktnaudžiavimas ir turėti tą patį, konkurentus pašalinantį poveikį.

Toliau šiame skyriuje mes nagrinėjame alternatyvių teisinių taisyklių, reguliuojančių per didelių ar grobuoniškų kainų nustatymą, privalumus ir trūkumus, ypatingą dėmesį skiriant neteisingo kainų įvertinimo ir neteisingo ūkio subjekto apkaltinimo tikimybei ir šitokių klaidų kainai. Remiantis šia analize, aptarsime galimybę taikyti teisės taisykles, kurios maksimaliai padidintų ilgalaikę vartotojų gerovę, nereikalaujamos jokio *ex post* įsikišimo į dominuojančių įmonių kainų nustatymo politiką. Galima šios taisyklės išimtis taip pat aptariama.

3.2. Pagrindinės sąvokos

Yra teigiama, kad teisininkai nei vienoje srityje nėra tiek priklausomi nuo ekonominių teorijų, kaip pagrįsdami ir argumentuodami atitinkamą ūkio subjekto kainų įvertinimą⁸⁰. Dauguma teorijų „nepagrįstai didelių“ ar „grobuoniškų“ kainų įvertinimui yra grindžiamos ūkio subjekto nustatytų produkto kainų ir kaštų, reikalingų to produkto gamybai, sąveikos analize. Čia susiduriama su ūkio subjekto kaštų apskaičiavimo problemomis. Todėl pirmiausia reikalinga pateikti galimų ūkio subjekto kaštų apibrėžimus.

Sąnaudos (angl. *input*) – gamybos procese naudojami ekonominiai ištekliai (darbo jėga, medžiagos, įrengimai, kapitalas ir kita). Plačiąja prasme tai bet kuriam tikslui naudojamos lėšos, medžiagos, darbas ir panašiai.

Bendrieji kaštai (angl. *total cost*)– tai visos piniginės išlaidos, susijusios su produkcijos pagaminimu arba tam tikrų paslaugų realizavimu. Tai pastoviųjų ir kintamųjų kaštų, gaminant tam tikrą produkciją ar teikiant paslaugas, bendra suma per tam tikrą laikotarpį.

⁸⁰ Ritter C. Does the Law of Predatory Pricing and Cross-Subsidisation Need a Radical rethink? // World Competition. 2004, Nr. 27-4; Kingdon J. S. Economic Argument in Anti-Trust Cases: An American Litigator's Perspective // European Competition Law Review, 1987. Nr. 8-4. P. 32

Vidutiniai bendrieji kaštai, arba vidutiniai kaštai (angl. *average total cost*) – tai bendrųjų kaštų dalis, tenkanti vienam produkcijos (paslaugos) vienetui; jie lygūs bendrųjų kaštų ir pagamintų produkcijos vienetų santykiui. Vidutiniai bendrieji kaštai yra dviejų rūšių: pastovieji (fiksuoieji) kaštai ir kintamieji kaštai.

Pastovieji (fiksuoieji) kaštai⁸¹ (angl. *fixed cost*) – tai išlaidos, kurios nekinta keičiantis (didėjant ar mažėjant) gaminamos produkcijos (paslaugos) kiekiui. Taigi jie nekinta priklausomai nuo gamybos apimtys⁸².

Kintamieji kaštai⁸³ (angl. *variable cost*) - tai išlaidos, kurios kinta priklausomai nuo gaminamos produkcijos kiekio.

Vidutiniai pastovieji (fiksuoieji) kaštai (angl. *average fixed cost*) – tai pastoviųjų (fiksuoieji) kaštų dalis, tenkanti vienam produkcijos (paslaugos) vienetui; jie lygūs pastoviųjų kaštų ir pagamintų produkcijos vienetų santykiui.

Vidutiniai kintamieji kaštai (angl. *average variable cost*) – tai kintamųjų kaštų dalis, tenkanti vienam produkcijos (paslaugos) vienetui; jie yra lygūs kintamųjų kaštų ir pagamintų produkcijos vienetų santykiui. Pabrėžtina, kad vidutiniai kintamieji kaštai visada yra didesni, nei vidutiniai bendrieji kaštai.

Ribiniai kaštai (angl. *marginal cost*) – tai bendrųjų kaštų padidėjimas, gaminant papildomą produkcijos vienetą⁸⁴. Jie išreiškiami bendrųjų kaštų prieaugio (padidėjimo) ir bendrojo produkcijos prieaugio santykiu. yra visų kaštų padidėjimas, pagaminus vieną papildomą produkcijos vienetą.

Trumpasis laikotarpis (angl. *short run*) – tai laiko tarpas, kuriuo pasitelkiami gamybos veiksniai (ištekliai) maždaug yra pastovūs, ir ūkio subjektas nekeičia savo technologijos pajėgumų.

Ilgasis laikotarpis (angl. *long run*) – tai toks laiko tarpas, per kurį ūkio subjektas sugeba pakeisti naudojamus pagrindinius gamybos veiksnius, pirmiausia kapitalo ir gamtinių išteklių (žemės) apimtis.

⁸¹ Į juos paprastai įeina dauguma ūkio subjekto valdymo išlaidų, skolų palūkanos, nuvertėjimas, turto mokesčiai ir panašios išlaidos. Ir nors neįeina į buhalterinę apskaitą, fiksuotieji kaštai apima ateities investicijų, norint pritraukti kapitalą į įmonę, kompensaciją (susigrąžinimą) – ką ekonomistai laiko galimybės kaštais.

⁸² Trumpai tariant, yra visiškai tikslu sakyti, kad fiksuoti kaštai yra tie, kurie tęsiasi ir įmonei visiškai sustabdžius gamybą.

⁸³ Jiems paprastai priskiriamos išlaidos medžiagoms, kuriai, remontui ir eksploatacijai, darbo jėgai, kuri tiesiogiai naudojama produkto gamybai, taip pat netiesioginei darbo jėgai, tokiai kaip gamyklos apsaugos paslaugos. Pažymėtina, kad ETT byloje AKZO darbo užmokesčio kaštus priskyrė fiksuotiesiems kaštams. Šie sąvokų aiškinimo neatitikimai tik dar kartą patvirtina, kad “nesąžiningų” kainų įvertinimas susiduria su fundamentaliomis problemomis. Kas yra kintama, priklauso nuo laiko tarpo. Daugiausia kaštų, įskaitant darbo jėgą, yra fiksuotieji trumpame laiko tarpe, tačiau mažai kaštų gali būti laikomi fiksuotaisiais palyginti ilgame laiko tarpe, kol, pavyzdžiui, statoma nauja gamykla. Ilgėjant laiko periodui, daugiau kaštų tampa kintamaisiais. Per ilgą laiko tarpą visi kaštai yra kintamieji.

⁸⁴ Čia atsiskleidžia ribinių ir kintamųjų kaštų ryšys, nes fiksuotieji kaštai nekinta nuo gamybos apimtys. Ribiniai kaštai mažėja, mažėjant gamybos apimčiai.

3.3. Nepagrįstai didelės kainos

Nepagrįstai didelės kainos yra akivaizdžiausias pavyzdys, kaip dominuojantis ūkio subjektas gali išnaudoti savo pozicijas. Ekonominė teorija teigia, kad kainos monopolinėje rinkoje paprastai yra didesnės už tas, kurios nusistovi konkurencingoje aplinkoje. Nepagrįstai didelės kainos įeina į didžiausių monopolijos blogybių sąrašą. Tačiau daugelio teisės teoretikų⁸⁵ teigimu, šios kainos labiau yra pro- negu anti- konkurencinės, kadangi jos, sąlygodamos didelį pelną, kaip masalas veikia potencialius konkurentus. Kompetetingų institucijų įsikišimo prireikia, kai naujų varžovų patekimas į rinką yra labai apsunkintas kitų kliūčių, ir potencialūs konkurentai realiai negali pradėti veikti rinkoje. Vis dėl to kainų reguliavimas yra laisvos rinkos antitezė. Komisija yra pažymėjusi⁸⁶:

„Dominuojanti padėtis savaime nėra prieštaraujanti konkurencijos taisyklėms. Vartotojai gali nukentėti dėl to, kaip tokia įmonė naudoja savo pozicijas, ypač jei ji nustato kainas, didesnes negu tos, kurios būtų esant efektyviai konkurencijai. Tačiau Komisija nekontroliuoja ir nesmerkia aukšto kainų lygio paties savaime. Ji labiau atsižvelgia į įmonės elgesį, kuriuo siekiama išlaikyti dominuojančią padėtį, nukreipiant veiksmus prieš konkurentus ar naujus, įžengiančius į rinką narius, kurie sąlygotų efektyvią konkurenciją ir su ja susijusį kainų lygį“.

3.3.1. Ekonominiai nepagrįstai didelių kainų aspektai

Dažnai yra sunku nuspręsti, kas sudaro nepagrįstai didelę kainą. Statiškose pramonės šakose, kur investicijos yra labiau išimtis nei norma, ir kur produkcija nėra didžiulio masto, „konkurencinga“ kaina yra nustatoma pagal kaštus, reikalingus pagaminti produkcijai, patenkinančiai paklausą. Nustačius didesnes kainas, atsiranda vartotojų, kurie lygina prekės vertę su jos kaina ir nustoja tą prekę pirkti. Kainų padidėjimas turi du neigiamus efektus vartotojų gerovei: pirma, jis perkelia mokesčius nuo įmonių vartotojams, nes kiekvienas vartotojas, perkantis siūlomą prekę ar paslaugą, moka už ją daugiau, nei konkurencingoje rinkoje. Antra, taip iš rinkos išstumiami kai kurie vartotojai.

Vis dėl to, konkurencija retai yra statiška, nekintanti ir pramonės šakos paprastai yra didžiulės masto ir galimybių ekonomijos. Dinamiškose pramonės šakose, kur fiksuotos kainos yra didelės, o pelno kaštai maži, „konkurencinga“ kaina nėra nustatoma pagal ribinius kaštus. Kainos čia yra nustatomos pagal vartotojo galimybę mokėti tiek, kad būtų padengiami fiksuotieji

⁸⁵ Jones A., Sufrin B. EC Competition Law. Texts, Cases and Materials. Second Edition. London, Oxford university press, 2003. P. 328; Evans D. S., Padilla A. J. Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules // Journal of Competition Law & Economics. 2005, Nr. 1. P. 14

⁸⁶ Goyder D. G. EC Competition Law. Fourth edition. London, Oxford university press, 2003. P. 269

kaštai taip, kad mažiausiai būtų ribojama gamyba. Trumpai tariant, tokiose pramonės šakose nei manoma nustatyti „konkurencingos“ kainos remiantis tik informacija apie kaštus.

Taigi pagrindinė problema įrodant nesąžiningas, ar konkrečiai nepagrįstai dideles kainas, - įtariamos įmonės kainų struktūros įvertinimas. Egzistuoja įvairios kainų įvertinimo teorijos, tačiau tikslaus sutarimo nėra ir tikslus nustatymas, kokia kaina būtų buvusi labiau konkurencingoje rinkoje, praktikoje yra iš esmės nei manomas⁸⁷.

Teismas jau yra nagrinėjęs nemažai bylų, kuriose ūkio subjektai buvo kaltinami nustatę nepagrįstai dideles kainas. Šie praktikos pavyzdžiai atskleidžia, kad kainų įvertinimas turi žymių konceptualių ir praktinių trūkumų, ir kad kiekvienas kriterijus, nustatytas įrodyti nepagrįstai dideles kainas, susiduria su neteisingų išvadų tikimybe kažkuriuo konkrečiu atveju.

3.3.2. Nepagrįstai didelių kainų analizės kriterijai teismų praktikoje

*United Brands*⁸⁸ byloje Komisija nutarė, kad bananų kaina yra nepagrįstai didelė Vokietijoje, Danijoje ir Beneliukso valstybėse. Ji lygino kainą su nerūšinių bananų kaina, konkurentų tiekiamų bananų kaina ir pačių *Chiquita* bananų kaina Airijoje bei pažymėjo, kad produkto kaina buvo „nepagrįstai didelė, atsižvelgiant į ekonominę tiekiamo produkto vertę“. ETT sutiko, kad kaina, neatitinkanti produkto „ekonominės vertės“ gali būti pripažinta nepagrįstai didele, tačiau pabrėžė, kad Komisija netinkamai įsigilino į *Chiquita* bananų tiekėjo kainų nustatymo schemą ir nepateikė pakankamai įrodymų. Kyla klausimas, kokia kita galėtų būti bananų ekonominė vertė, jei ne ta, kuri išreiškiama kaina, kurią pasiruošę už prekę sumokėti vartotojai? Teismas pažymėjo, kad tai galėtų būti nustatoma palyginus bananų pardavimo kainą ir kaštus, reikalingus šiai produkcijai, taip išaiškinant ribinių kaštų lygį:

„Klausimai, į kuriuos reikia atsakyti, yra ar kaštų skirtumas buvo realiai pateisinamas ir ar nustatyta kaina tikrai buvo nepagrįstai didelė, ir, jei atsakymas į šį klausimą yra teigiamas, ar kaina, kuri buvo nustatyta, yra nesąžininga savaime ar lyginant su konkuruojančių produktų kaina“.

Taigi ETT nustatė dviejų pakopų analizę. Pirmiausia jis reikalauja realių kaštų ir kainų palyginimo. Antroje analizės pakopoje reikia apibrėžti, ar nustatytoji kaina yra per didelė pati savaime, ar lyginant su konkuruojančių produktų. Problema ta, kad teismas nenurodė, kaip tiksliai turėtų būti nustatomos individualios kainos ar grupė kainų, kad jos būtų įvertintos kaip nepagrįstai didelės. ETT taip pat nesukonkretino to ribinių kaštų lygio, kuriam esant ūkio subjekto gaunamas pelnas būtų laikytinas nepagrįstai dideliu, o pats ūkio subjektas –

⁸⁷ Evans D. S., Padilla A. J. Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules // Journal of Competition Law & Economics. 2005, Nr. 1. P. 15-16

⁸⁸ *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities*. Case 27/76 [1978] ECR 207: 1 CMLR 429

piktnaudžiaujančiu dominuojančia padėtimi. Tačiau teismas nurodė, kad detali kainų analizė yra esminė kiekvienos bylos prielaida.

Būtent todėl yra neaišku, kaip ši analizė galėtų būti pritaikoma plačiau ir kokias tolesnes gaires ji suteikia konkurencijos kompetetingoms įstaigoms ir dominuojančioms įmonėms. Pirmoji analizės dalis praktikoje yra sunkiai įgyvendinama. Vienokias jos įgyvendinimo galimybes turi kontroliuojančiosios įstaigos, besispecializuojančios atitinkamoje pramonės šakoje, nes jos turi buhalterijų personalą, kurie gali tikrinti įmonės dokumentus, ir ekonomistus, kurie gali analizuoti kaštus. Tačiau visiškai kitokias galimybes turi konkurencijos įstaigos ir teismai. Dar problematiškesnė yra antroji analizės dalis, kadangi nėra jokio patikimo standarto, kaip daugumoje pramonės šakų apibrėžti „konkurencingą“ pelno ribą. Ypač tai pabrėžtina kalbant apie dinamiškas rinkas, kuriose pagrindinį vaidmenį atlieka investicijos bei inovacijos. Antroji analizės dalis ne tik neapibrėžta, neaiški, kokia yra ir pirmoji dalis, tačiau kartu - visiškai subjektyvi. Kada galima pasakyti, kad kaina per didelė „pati savaime“? Į šį klausimą nėra objektyvaus atsakymo, bet koks galimas atsakymas remtųsi vertinamaisiais kriterijais. Jei nustatoma, kad kaina yra per didelė, lyginant „su konkuruojančių produktų kaina“, kyla klausimas, kokie konkuruojantys produktai turėtų būti lyginami? Kaip galima žinoti, kad lyginami visiškai tokie pat produktai? Ir kaip elgtis situacijoje, kai konkurentų nustatytos kainos irgi yra per didelės? O jei jos – „grobioniškos“?

Mūsų manymu, nustatant ribinių kaštų lygį kaip kriterijų kainos įvertinimui, būtina nurodyti gaires, kokie ribiniai kaštai yra priimtini konkurencijos teisės požiūriu, kadangi atitinkamas pelnas dažnai yra gyvybiškai svarbus galimybei investuoti į naujoves ir taip išsilaikyti dinamiškoje rinkoje. Tokios gairės užtikrintų teisinį aiškumą ir sumažintų *ex post* įsikišimo į dominuojančių įmonių kainų nustatymo politiką poreikį.

General Motors *byloje*⁸⁹ ETT rėmėsi požiūriu, kad kaina turi atitikti produkto „ekonominę vertę“. Šioje byloje automobilių gamintojai nustatė didelę kainą dokumentų, be kurių jų gaminami automobiliai negalėjo savininkų būti importuojami, išdavimui. Dokumento reali ekonominė vertė yra labai maža, tačiau jo „vertė“ automobilių savininkams buvo didžiulė, kadangi be šio sertifikato jie negalėjo įvežti į savo šalį įsigyto automobilio. ETT nusprendė, jog piktnaudžiaujama nebuvo, ir todėl nelaiškė sąvokų „ekonominė vertė“ ar „nepagrįstai didelė kaina“ detalizavimo svarbiu. Tačiau pažymėtina, jog šis sprendimas buvo naudingas Komisijai tuo, kad patvirtino, jog ūkio subjekto naudojamas kainų nustatymo mechanizmas, trukdantis nacionalinių rinkų integracijai (apsunkinant paralelius importus), būtų laikomas konkurencijos normų pažeidimu.

⁸⁹ *General Motors BV v Commission of the European Communities*. Case C-551/03 P. [2003] ECR I-3173

Byloje *Ministere Public v. Tournier*⁹⁰, apie ūkio subjekto nustatytas kainas teismas pasakė:

„Kai įmonė, užimanti dominuojančią padėtį, nustato mokesť už savo paslaugas, kuris yra pastebimai didesnis nei tas, kuris nustatytas kitose valstybėse narėse, kai atitinkamu pagrindu buvo palygintas mokesčių lygis (angl. *fee level*), šis skirtumas turi būti laikomas piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi indikatoriumi. Tokiu atveju įtariamoji įmonė, remdamasi objektyviais lyginamų valstybių rinkų skirtumais, turi pateisinti šį skirtumą“.

Taigi jei nustatoma, kad kainos skirtingose valstybėse narėse tokiam pačiam produktui skiriasi, įrodinėjimo našta yra perkeliama įmonei. Kaip byloje *Deutsche Grammophon*⁹¹ pažymėjo ETT, faktas, jog produkto kaina vienoje valstybėje narėje skiriasi nuo kainos kitoje, nebūtinai reiškia piktnaudžiavimą, tačiau bus lemiamas faktorius, jei tas skirtumas yra labai žymus ir nepateisinamas jokiais objektyviais kriterijais.

Didžiosios Britanijos konkurencijos kompetetinga institucija – *United Kingdom Competition Commission Appeal Tribunal* (toliau tekste – CCAT) – 2001 m. nagrinėjo bylą *Napp Pharmaceuticals v. Director General of Fair Trading*⁹². Byla rėmėsi 1998 m. *Competition Act*⁹³. Napp Pharmaceutical Holdings įmonė (toliau tekste – Napp) buvo pirmoji, pradėjusi gaminti ilgalaikio poveikio morfino produktą (toliau tekste – morfinas) Didžiojoje Britanijoje 1980 metais, ir turėjo patentą šiam vaistui iki 1992 metų. Be Napp, rinkoje bylos metu dar veikė du morfino tiekėjai. Ilgalaikio poveikio morfino rinkoje buvo dvi klientų grupės: taip vadinama bendruomenė (arba bendrosios praktikos specialistai) ir ligoninės. Napp užėmė didesnę nei 90 proc. rinkos dalį abiejose grupėse. Įmonė buvo pripažinta užimanti dominuojančią padėtį, o jos pardavimai ligoninėms buvo pripažinti grobuoniškais, pardavimai bendruomenei – nepagrįstai didelėmis kainomis. Remiantis 1998 m. Didžiosios Britanijos *Competition Act*, kaina laikoma per didelė, „jei viršija tą, kuri būtų nustatyta konkurencingoje rinkoje ir jei yra aišku, kad dėl didelio pelno naujas varžovas sėkmingai nepateks į rinką pagrįstu periodu“.

Palyginimai, naudoti Napp kainų įvertinimui byloje, nė kiek ne mažiau kontroversiški nei tie, kuriuos *United Brands* byloje naudojo Komisija. Pavyzdžiui, CCAT pateisino Napp kainas patento galiojimo laikotarpiu, tačiau nurodė, kad kainos, nustatytos po patento galiojimo laiko pasibaigimo, turėjo būti sumažintos. Nors tiesa tai, kad patentų teisė užtikrina įmonėms tam tikrą periodą išlaidų susigrąžinimui, šis laiko periodas nėra kažkoks stebuklingas skaičius. Nėra jokios priežasties manyti, kad tikslus metų, kuriais galioja patentas, skaičius yra tikslus laiko tarpas, reikalingas visiškai susigrąžinti investicijų išlaidas ir atgauti pakankamą stimulą inovacijoms. Taip pat nėra priežasties teigti, kad kainos turėtų staiga nusileisti iki ribinių kaštų lygio, kai tik

⁹⁰ *Ministere Public v. Tournier* 395/87, [1989] ECR 2521, [1991] 4 CMLR 248

⁹¹ 78/70, *Deutsche Grammophon v. Metro* [1971] ECR 487, [1971] CMLR 631

⁹² Decision of the Director General of fair trading No CA98/2/2001 // www.oft.gov.uk/NR/rdonlyres/07EF6E4E-76F4-4C99-99CF-4200A622D6CE/0/napp.pdf

⁹³ United Kingdom Competition Act 1998 // www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1998/19980041.htm

sankcionuota monopolija pasibaigia. Paprastai, kai baigiasi patento laikotarpis, nepatentuotų vaistų gamintojai tampa tos įmonės konkurentais, nors jų investicijos yra gerokai mažesnės.

CCAT taip pat palygino Napp kainas su kainomis, nustatytomis konkurentų. Bendruomenės grupėje 2000 m. Napp kainos 33-67 proc. buvo didesnės nei konkurentų. Lyginant Napp kainas su tos pačios įmonės kainomis valstybės viduje ir eksportuojant, nustatyta, jog Napp bendruomenės grupės kainos buvo daugiau nei 10 kartų didesnės už kainas ligoninės sektoriuje, ir apie 4-7 kartus didesnės nei morfino eksporto kainos. Lyginant paties Napp kainas skirtingais laikotarpiais, buvo nustatyta, jog per 10 metų nuo patento galiojimo pasibaigimo Napp kainos nekito. Napp tiekė morfiną bendruomenės segmentui didesnėmis kainomis nei ligoninės segmentui, tačiau aišku, kad toks palyginimas negali įrodyti nepagrįstai didelių kainų. Ligoninės segmento kaina aiškiai yra netinkama kaip palyginimas, kokia turėtų būti konkurencinė kaina rinkoje. Napp žemos kainos ligoninės klientų grupei buvo pačios pripažintos per mažomis, kas savaime turėtų padaryti ligoninėms nustatytas kainas negaliojančiu standartu. Konkurentų kainos, nustatytos bendruomenės segmente, buvo žemesnės nei Napp kainos tame pačiame segmente, tačiau kaip nepagrįstai didelių kainų įrodymas šis palyginimas visiškai ekonomiškai netinkamas. Napp produktas du dešimtmečius buvo rinkos standartas, taigi aišku, kad jis turėjo ir ženklo atpažįstamumą, ir vartotojų pasitikėjimą. Atsižvelgiant į faktą, kad žinomo vardo vaistų pastovūs kaštai viršija jų nepatentuotų kopijų pastovius kaštus, bet koks tikslus skaičius kaip nepagrįstai didelių kainų standartas būtų ginčytinas. Taigi šie palyginimai patys savaime yra silpni. Tuo labiau, kad rinkoje veikė Napp konkurentai, o vartotojai vis tiek pirko Napp morfiną. Kas būtų tikslesnis tinkamos kainos standartas, jei ne tai, kiek už produktą yra pasiryžę mokėti vartotojai?

Taigi kriterijus, pagal kurių kainos gali būti įvertintos kaip „nepagrįstai didelės“, praktikoje labai sunkiai nustatomas. Nei Teismo, nei Komisijos analizė konkrečiose bylose nebuvo autoritetingi šaltiniai, kuriais galima būtų remtis⁹⁴. Kiekvieno kriterijaus, kuriuo siekiama identifikuoti nepagrįstai dideles kainas, taikymas praktikoje gali sąlygoti klaidingas išvadas. Šios klaidos kainuoja daug - neteisingas išteisinimas gali leisti iš rinkos pašalinti vienodai efektyvų konkurentą. Neteisingas apkaltinimas stabdo įmonių iniciatyvą investicijoms ir inovacijoms, kas galiausiai sąlygoja nenaudą vartotojams. Kriterijaus dėl nepagrįstai didelių kainų pasirinkimas iš principo turėtų remtis pragmatiška analize, kokia klaida yra labiau tikėtina ir daugiau kainuosianti. Nagrinėjant optimalios konkurencijos politikos galimybes, reikia turėti galvoje, kad šios klaidos yra labiau norma, nei išimtis⁹⁵.

Kai kurie ekonomistai bandė išvengti šių sunkumų, siūlydami įvertinant nepagrįstai dideles kainas vietoje kainos - kaštų santykio atsižvelgti tik į ūkio subjekto gaunamą pelną.

⁹⁴ Goyder D. G. EC Competition Law. Fourth edition. London, Oxford university press, 2003. P 284

⁹⁵ Evans D. S., Padilla A. J. Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules // Journal of Competition Law & Economics. 2005, Nr. 1. P. 21

Remiantis šiuo alternatyviu požiūriu, konkrečios įmonės kainos yra įvertinamos kaip nepagrįstai didelės, jei įmonė gauna didesnę pelną, nei galėtų tikėtis identiškoje konkurencingoje rinkoje, - jei dominuojančios įmonės gaunamas pelnas yra didesnis nei nustatyti vidutiniai kapitalo kaštai (angl. *average cost of capital*). Tačiau praktikoje įvertinant šiuos kintamus dydžius susiduriama su apskaičiavimo problemomis. Pavyzdžiui, apskaičiavimas komplikojasi, kai svarstomos kainų nustatymo schemos, skirtos maksimaliai padidinti grupės susijusių prekių ir paslaugų pardavimus. Problemos iškyla ir tada, kai produkto gamyba yra analizuojama dalimis įmonės filialuose, keliose skirtingose šalyse, arba kelių metų laikotarpyje. Apskaičiavimo procedūros neapima reklamos, nei skaičiuoja infliacijos ir nei vertina pelno gavimo rizikos.

Taigi pelno apskaičiavimas piktnaudžiavimo įvertinimui neatspindi ekonomiškai realaus pelno. Jis yra labai skirtingas skirtingose pramonės šakose, skirtingose įmonėse ir net skirtingu laiku toje pačioje įmonėje. Šios problemos yra ypač aštrios pramonės šakose, kur įmonės pastoviai investuoja. Šiose industrijose pasiseka tik kelioms įmonėms, tačiau laimėtojai paprastai mėgaujasi didžiuliu pelnu. Šis pelnas atrodytų per didelis, vertinant jį *ex post*, atsižvelgiant į tai, kad pelno šaltinis yra inovacijos. Tačiau, žiūrint iš *ex ante* perspektyvos ir tada, kai kapitalo kaštai yra įskaičiuojami į riziką, ūkio subjekto gaunamas pelnas yra normalus. Taigi praktikoje susiduriama su dideliais sunkumais nustatant, kokia tiksli pelno dalis ir kokia kainos dalis yra ūkio subjekto naudojimosi savo dominuojančia padėtimi rezultatas, o ne atitinkamos konkurencijos taktikos padarinys. Todėl „nepagrįstai didelio pelno“ teorija nepagrįstai didelių kainų įvertinimui nė kiek ne mažiau diskutuotina, nei tiesioginė kainos - kaštų teorija.

Tiek kainos-kaštų santykio, tiek „nepagrįstai didelio pelno“ formulės praktikoje yra neveiksmingos dėl dviejų priežasčių. Pirmiausia, nėra pasiektas susitarimas dėl kainų analizės metodo. Antra, teiginys, kad „rezultatas (kaina arba pelnas) yra nepagrįstai didelis“, reiškia lyginimą su kažkuo kitu, tačiau neaišku, su kuo gautas rezultatas turėtų būti lyginamas. ETT pripažino produkto kainų analizės sunkumus, tačiau pažymėjo, kad egzistuoja įvairiais kriterijais paremti analizės metodai nepagrįstai didelių kainų įvertinimui ir Komisija turėtų remtis jais, įvertindama ūkio subjekto nustatytas kainas. Tačiau problema išlieka, kadangi tokių metodų yra daugybė, bet nei vienas iš jų nėra pripažintas objektyviu ir pakankamu, kad galėtų būti taikomas kiekvienoje konkrečioje byloje.

Nėra tokios kainos-kaštų ar pelno etalonų taisyklės, kuri realizuotų EBS Sutarties 82 (a) str. ar jo atitikmenis valstybėse narėse tokiu būdu, kad patenkintų dvi sąlygas: objektyvumo ir efektyvumo⁹⁶. Tarkime, kaina (arba pelno rodikliai) yra nepagrįstai didelė EBS Sutarties 82 (a) str. prasme, jei yra didesnė nei pasirinktas komparatorius. Kad būtų objektyvi, taisyklė turėtų:

1. Patikslinti, koks kainos ir pelno matas bus naudojamas palyginime;
2. Identifikuoti aiškų, nedviprasmišką ir veiksmingą „komparatorių“;

⁹⁶ Evans D. S., Padilla A. J. Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules // Journal of Competition Law & Economics. 2005, Nr. 1. P. 22-23

3. Apibrėžti kainos ar pelno kintamojo „kritinį slenkstį“.

Taisyklė turėtų patikslinti skirtingas sąlygas, atsižvelgiant į ekonominės veiklos tipą, tačiau tai ji turėtų padaryti *ex ante* ir objektyviai. Pavyzdžiui, jei etalonas yra konkurentų nustatytos kainos, taisyklė turėtų apibrėžti kokios kainos bus lyginamos, o tai yra nepaprastas reikalavimas skirtingose pramonės šakose. Taisyklė taip pat turėtų patikslinti, kurie konkurentai būtų įtraukiami į palyginimą, kuriose valstybėse, ir kuriuo laikotarpiu. Maža to, ji turėtų apibrėžti, koks yra „kritinis“ kainos diferencialas.

Objektyvi taisyklė užtikrina teisinį aiškumą. Tai yra svarbiausia, nes kitaip įmonės nežinotų, kaip būtų vertinami jų veiksmai. Galimybė numatyti, kaip vienas ar kitas veiksmas būtų vertinamas kompetetingų institucijų, leidžia išvengti verslo investicijų užšaldymo. Kad būtų efektyvus, bendras etalonas turėtų nustatyti, kad kainos yra nepagrįstai didelės tik tada, kai nustatytos lygyje, kuris sumažina pastovų ir dinamišką rinkos veiksmingumą vartotojų nenaudai - kai vartotojams sąlygojama žala per ilgą laiko tarpą.

Taigi po kelis dešimtmečius trunkančių debatų kaip reguliuoti ekonomiškai naudingas pramonės šakas, turėtų būti aišku, kad nėra būdo, kaip patenkinti šiuos du reikalavimus – objektyvumo ir efektyvumo – praktikoje⁹⁷. Tinkamos kainos, pelno ir kaštų, taip pat ir kritinio slenksčio sąvokos turi būti susietos su konkrečia byla tokiu būdu, kuris yra sunkiai numatomas prieš atsirandant faktams. Ir net jei konkretūs bylos faktoriai yra aiškūs, šie kriterijai liktų labai diskutuoti, kontraversiški ir vertinamieji.

3.3.3. Tinkamos teisės taisyklės nustatymas

Taigi bet koks teisinis standartas nepagrįstai didelėms kainoms sąlygos arba neteisingą nuteisimą (toliau - I tipo klaida), arba neteisingą išteisinimą (toliau – II tipo klaida)⁹⁸. Baudžiamojoje teisėje I tipo klaida būtų laikoma pavojingesne, tačiau svarstant empiriškai ir objektyviai, nėra aišku, kuri klaida būtų mažiau pageidautina. Tai priklauso nuo sąlyginės tos klaidos atsiradimo tikimybės ir kainos, kurią už tą klaidą tektų sumokėti. Per didelių kainų atveju mes manome, kad I tipo klaidos yra rimtesnės, ypač dinamiškose pramonės šakose, kur investicijos ir inovacijos yra svarbiausi įmonės rinkos dalį ir pelną sąlygojantys veiksniai.

Neteisingo nuteisimo klaidos kaina pasireiškia stimulo investavimui ir inovacijoms sumažinimu ne tik toms įmonėms, kurios veikia taip reguliuojamoje pramonės šakoje, bet ir visoje ekonomikoje, nes sumažina tikimybę sėkmingai susigrąžinti investicijas. Griežta nepagrįstai didelių kainų reguliavimo politika yra viršutinės pelno ribos ekvivalentas⁹⁹. Kadangi

⁹⁷ Ibid

⁹⁸ Ibid

⁹⁹ Ibid

pelnas paprastai nėra aiškus *ex ante*, įmonė gali norėti investuoti, tik jei tikėtinas jos investicijų susigrąžinimas viršija kapitalo kaštus. Investicijos yra pelningos *ex ante*, kai įmonės kainų politika yra neribojama, bet ne tada, kai yra nustatyta viršutinė pelno riba¹⁰⁰. Taigi I tipo klaidos kaina yra vartotojų gerovės nuostoliai, kylantys iš naujovių deficito, kai netiekiamos naujos prekės ar paslaugos, kurioms yra susiformavusi potenciali paklausa.

II tipo klaidos kaina yra tie vartotojų gerovės nuostoliai, kurie kyla iš antikonkurencinės kainos, ir turi dvejopą rezultatą:

1. Kai kurie vartotojai yra pašalinami iš tam tikros prekės ar paslaugos vartojimo; ir
2. Kai kurie vartotojai moka daugiau, nei mokėtų konkurencingoje rinkoje už tas pačias jiems reikalingas prekes.

I tipo klaidos kaina tikėtina bus didelė dinamiškose industrijose, kur įmonės konkuruoja dėl rinkos, pradėdamos naujas prekes ar paslaugas, taip pat besiplečiančiose industrijose, kur potencialūs rinkos dalyviai dar svarsto galimybę pradėti veikti toje rinkoje, ir tose susiformavusiose industrijose, kur dėl technologinių pokyčių įmonės turi galimybę pagerinti savo paslaugas. Šios klaidos kaina bus didelė pramonės šakose, kur teismo procesai ir klaidos yra dažni, kur eksperimentavimas kainuoja daug, bet sėkmės atveju investicijų susigrąžinimas yra didžiulis. Muzikos įrašų industrija yra pavyzdys, kaip keletą labai populiarių albumų pelnas atperka daugybę nepelningų veiksmų. Visais šiais atvejais naujovių deficitas rinkoje bus didelis, tuo tarpu jau susiformavusiose ar net mažėjančiose apimties industrijose, kur investavimas daugiau nebėra vienas pagrindinių faktorių, šie nuostoliai nebus labai dideli.

II tipo klaidos yra daug kainuojančios, kai kainos-kaštų riba yra didelė (taigi vartotojai moka daug daugiau už jiems reikalingus produktus) ir paklausos elastingumas yra didelis (todėl vartotojai yra dažnai pašalinami iš rinkos). Taigi pusiausvyros kainos-kaštų riba turi būti maža, kai paklausos elastingumas yra didelis, nes taip būtų apribota tikėtina II tipo klaidos kaina¹⁰¹.

II tipo klaidų kainos yra mažos tose industrijose, kuriose nėra įėjimo į rinką kliūčių ir trumpo laikotarpio pelnas sumažėja, pasirodžius naujiems dalyviams. Taip yra todėl, kad rinkos, neturinčios žymių įėjimo kliūčių, jėgos gali eliminuoti pelno perviršį pakankamu laiko periodu.

Pažymėtina, kad II tipo klaidos susiduria su didele tikimybe būti aptiktos dėl kruopštaus dominuojančių įmonių veiklos tyrimo. Galimybė aptikti I tipo klaidą yra mažesnė. Dėl to, kol I tipo klaidos dažnai sąlygos ilgalaikius ir plataus efekto padarinius, II tipo klaidų padariniai tikėtina greitai bus apriboti ir truks sąlyginai trumpą laiką.

Vieno ar kito tipo klaidos tikimybė priklausys nuo tikslaus kainos nustatymo taisyklės apibrėžimo. Svarstant minėtą taisyklę „kaina yra nepagrįstai didelė, jei viršija kaštus X proc.“, I tipo klaidos yra labiau tikėtinos, kai X yra sąlyginai mažas. Atvirkščiai bus su II tipo klaidomis. I tipo klaidos bus tiksliau nustatomos ten, kur jos yra brangiausiai kainuojančios, t.y. dinamiškose

¹⁰⁰ Ibid

¹⁰¹ Ibid

industrijose ir industrijose, kur konkurenciją ir gerovę valdo investavimas. Taip yra tose industrijose, kur gerovės inovacijų vertė yra didesnė, ir kur kainos-kaštų ribos, kurių reikia įmonėms konkuruoti, taip pat yra didelės.

Visame pasaulyje ekonomiškai naudingų sričių reguliavimas pateikia daugybę nepasiteisusių teisingos kainos ir pelno taisyklių pavyzdžių. Pavyzdžiui, XX amžiaus pradžioje JAV elektros pramonės reguliavimas nustatė pelno pasidalijimo taisyklę, kad apribotų įmonių gaunamo pelno dydį, tačiau šios praktikos buvo atsisakyta 1950 metais, kai šitaip reguliuotos pramonės šakos įmonės pradėjo patirti nuostolius¹⁰². Daugelyje pasaulio valstybių telekomunikacijų pramonės reguliavimo aktai mėgino taikyti ilgalaikio prieaugio kaštų ribos taisykles, nustatydami kainų gaires. Tačiau ši praktika yra labai kontroversiška ir linkusi į klaidas. Šie kainų modeliai nepateikė tikslių apskaičiavimo būdų, apimančių indėlius, paklausos elastingumą, ir todėl pakankamai tiksliai negalėjo nurodyti veiksmingos kaštų apskaičiavimo taisyklės specifinėje telekomunikacijų industrijoje.

Daugybė vėlesnių modelių koncentravosi ties kainų viršutine riba, tačiau taip pat buvo problemiški. Didžiojoje Britanijoje viršutinė kainų riba, nustatyta telekomunikacijų įmonių paslaugoms, buvo kaltinama kaip sąlygojusi paslaugų kokybės pablogėjimą, nes davė stiprų stimulą ūkio subjektams sumažinti kaštus¹⁰³.

Šiandien didžioji pasaulio ekonomikos dalis yra užpildyta gana sudėtingų verslo formų. Taigi kyla klausimas, koks būtų tinkamiausias nepagrįstai didelių kainų reguliavimo modelis. Toliau šiame darbe mes analizuojame alternatyvias teisės taisykles, kurios galėtų būti taikomos visose pramonės šakose ir visais nesažiningų - nepagrįstai didelių - kainų nustatymo atvejais. Taip pat yra apsvarstoma galimybė nustatyti lankstesnę teisės taisyklę, kuri leistų nepagrįstai didelių kainų įvertinimą „konkrečios bylos“ pagrindu. Šios alternatyvios teisės taisyklės yra svarstomos, atsižvelgiant į jų nustatymo ir įgyvendinimo galimybę ir poveikį vartotojų gerovei ir valstybių narių tarpusavio prekybai klaidos atveju.

Daug teisės teoretikų siūlo nustatyti objektyvią taisyklę, patikslinant, pavyzdžiui, kad įmonė yra pripažintina kaip nustatanti nepagrįstai dideles kainas, kai jos kainos yra X proc. didesnės nei įmonės vidutiniai kintamieji kaštai (toliau tekste – VKK)¹⁰⁴. Kai kada kainos-kaštų ribų, didesnių nei X proc., draudimas bus veiksmingas, nes tokios pozityvios ribos skatins investicijas ir inovacijas. Tačiau kitomis aplinkybėmis ta pati politika sąlygos nepakankamą gamybą ir stabdys investavimą. Šiuos sunkumus jau seniai suprato teismai, ekonomistai ir teisės teoretikai. Tačiau niekam nepavyko pateikti aiškių ir visoms situacijoms tinkamų rekomendacijų.

¹⁰² Ibid

¹⁰³ Ibid

¹⁰⁴ Jones A., Sufrin B. EC Competition Law. Texts, Cases and Materials. Second Edition. London, Oxford university press, 2003. P 328; Korah V. An introductory guide to EC Competition Law and Practice. Hart publishing, 2004. P. 156

Komisija, reaguodama į šias problemas, teigia, kad ji „paprastai nekontroliuoja ir nesmerkia aukšto kainų lygio paties savaime, o analizuoja dominuojančios įmonės elgesį rinkoje, kuriuo ji siekia išlaikyti savo dominuojančią padėtį, ir kuris paprastai yra nukreiptas prieš konkurentus ar naujus rinkos dalyvius, kurie galėtų rinkoje sąlygoti efektyvią konkurenciją ir su ja susijusį kainų lygį“⁴⁰⁵.

Tarp visų siūlomų teisės taisyklių, skirtų reguliuoti nepagrįstai dideles kainas, tik kelios turi prasmę, atsižvelgiant į I ir II tipo klaidų tikimybę ir kainą bei objektyvumo ir efektyvumo reikalavimus:

- *Per se teisėtumo* (angl. *per se legality*) taisyklė. Pagal šią taisyklę, jokia kaina negalėtų būti pripažinta nesažininga ar nepagrįstai didele.
- *Modifikuota per se neteisėtumo* (angl. *modified per se illegality*) taisyklė. Kainos būtų preziumuojamos neteisėtomis, jei yra X proc. didesnės nei kaštai, reikalingi produkto gamybai. Įtariamasis ūkio subjektas galėtų paneigti šią prezumpciją, pateikdamas įrodymus apie žymų *ex ante* produktyvumą.
- *Struktūrinė priešasties taisyklė* (angl. *structured rule of reason*). Pagal šią taisyklę pirmiausia reikėtų susikoncentruoti ties analize tų pramonės šakų, kuriose įėjimo į rinką kliūtys yra didelės ir kuriose *ex ante* stimulai investicijoms ir inovacijoms nevaidina jokio, ar bent jau vaidina ribotą, vaidmenį. Antroje tyrimo pakopoje būtų atliekamas *modifikuotos per se neteisėtumo taisyklės* įtvirtintas kainos-kaštų palyginimas. Galiausiai, paskutinėje stadijoje, numatytojo pelno dydis būtų svarstomas ir lyginamas su realiai iš produkcijos gauto pelno dydžio deformacijomis, sąlygotomis didelių kainų.

Žiūrint iš galimos klaidos kainos perspektyvos, *struktūrinė priešasties taisyklė* yra priimtinesnė nei *modifikuota per se neteisėtumo taisyklė*. Taip yra todėl, kad pirmoji *struktūrinės priešasties taisyklės* dalis susiaurina galimos intervencijos į ūkio subjektų veiklą apimtį tose industrijose, kuriose gamybos kaštai ir I tipo klaidos tikimybė yra maži. Atsižvelgiant į tai, kad antroji ir trečioji stadijos *struktūrinėje priešasties taisyklėje* yra iš principo identiškos dviems *modifikuotos per se neteisėtumo taisyklės* stadijoms, galime daryti išvadą, jog pastaroji taisyklė būtinai sąlygos daugiau ir brangesnių klaidų, nei *struktūrinės priešasties taisyklė*.

Taigi, optimalios teisės taisyklės pasirinkimas susiaurėja tarp rinkimosi iš *struktūrinės priešasties* ir *per se teisėtumo* taisyklės. Vienas svarbiausių šio pasirinkimo faktorių akivaizdžiai yra klaidos tikimybės ir klaidos kainos nustatymas. Kitas svarbus faktorius yra taisyklės taikymo administraciniai ir įgyvendinimo kaštai.

¹⁰⁵ Goyder D. G. EC Competition Law. Fourth edition. London, Oxford university press, 2003. P. 271

Per se teisėtumo taisyklė yra paprastesnė ir pigesnė jos nustatymo ir taikymo prasme. Tačiau ji lemtų daugiau II tipo klaidų, ypač tose pramonės šakose, kur įėjimo į rinką kliūtys yra didelės. Kita vertus, ši taisyklė leistų visiškai išvengti neteisingų nuteisimų (I tipo klaidų).

Struktūrinė priešasties taisyklė sąlygotų abiejų tipų klaidas, tačiau jos pirmoji (pramonės šakos analizės) ir paskutinioji (lauktojo ir gautojo pelno lyginimo) stadijos tikėtinai sumažintų I tipo klaidų kainą. Taikant šią taisyklę, I ir II tipo klaidų tikimybė ir padariniai visiškai priklauso nuo kainos-kaštų palyginimo formulotės antroje analizės stadijoje, tai yra pasirenkamos X vertės bei tikslų „kainos“ ir „kaštų“ apibrėžimų, taikytinų praktikoje.

Per se teisėtumo taisyklės sąlygota neteisingų nuteisimų klaidos kaina turi būti palyginta su papildomais administraciniais kaštais, reikalingais įgyvendinant *struktūrinės priešasties taisyklės* modelį, taip pat ir su neteisingų nuteisimų klaidos kaina, kurią tenka sumokėti taikant tą modelį. Šio palyginimo rezultatas priklauso nuo išankstinių įsitikinimų apie tikėtiną kiekvieno tipo klaidos kainą ir galimybę kompetetingoms institucijoms ir teismams atskirti gerovę didinančias nuo gerovę mažinančių kainų. Ar kainos, viršijančios kaštus, paprastai yra pakankamos ir veiksmingos? Ar institucijų ir teismų sprendimai visada tikslius? *Per se teisėtumo taisyklė* yra tinkamiausia, jei tikėsime, kad paprastai kaina, viršijanti kaštus, yra didinanti gerovę ir kad institucijos ir teismai negali kruopščiai atskirti žalingų kainų nuo naudingų.

Mūsų manymu, institucijų ir teismų (ar bet kurio ekonomisto) galimybė tiksliai ir be nereikalingo kišimosi atskirti teisingą kainą nuo neteisingos, praktikoje yra labai nedidelė. Be to, kaina, viršijanti kaštus, paprastai yra veiksminga, kadangi ūkio subjektui tenka padidinti jo kintamuosius kaštus, kad būtų padengti fiksuotieji kaštai, finansuojamos naujos investicijos ir įgyvendinamos inovacijos. Šiuo atveju, geriau toleruoti visas kainas, nei rizikuoti, kad bus uždrausta daugybė efektyvių kainų politikų, vien tik bandant nustatyti, kurios iš jų žalingos.

Bendro *per se teisėtumo* teisinio modelio įtvirtinimo visiems nepagrįstai didelių kainų atvejams privalumas yra tas, kad jis gerokai supaprastina teisės taikymą, aprūpindamas įmones aiškesne teisine aplinka ir leidžia institucijoms koncentruotis ties kitais, sunkesniais pažeidimais. Vis dėl to, kai kuriais išimtiniais atvejais, gali būti labiau pageidaujama kompetingų institucijų intervencija, ūkio subjektui nustačius pernelyg dideles kainas. Tokios išimtinės aplinkybės, pateisinančios EBS Sutarties 82 (a) str. ir jo atitikmenų valstybėse narėse taikymą per didelių kainų atveju, yra trys:

1. Įmonė užima monopolinę padėtį rinkoje, ir tokia jos padėtis nėra praeities investicijų ar inovacijų rezultatas, o yra sąlygota neįveikiamų teisinių kliūčių įėjimui į rinką;
2. Įmonės nustatytos prekių ar paslaugų kainos žymiai viršija įmonės vidutinius bendruosius kaštus (toliau tekste – VBK); ir
3. Yra tikimybė, kad tokios kainos riboja naujų prekių ar paslaugų atsiradimą gretimose rinkose.

Šios trys sąlygos, kurios turėtų būti taikomos kiekvienoje konkrečioje byloje, taikomos kumuliatyviai – užtenka, kad situacija netenkintų vienos iš jų, ir kainos turi būti pripažįstamos sąžiningomis.

Pirmosios ir antrosios sąlygų taikymas užtikrina sąlyginai mažą neteisingo nuteisimo kainą konkrečiu atveju, o neteisingo išteisinimo klaidos kaina (kai kurių vartotojų pašalinimas iš rinkos ir didesnė tų pačių paslaugų kaina) šiuo atveju bus didelė. Tačiau šių dviejų sąlygų neužtenka, kad būtų pateisintas kompetetingų institucijų įsikišimas į ūkio subjekto veiklą. Teisėtas monopolistas gali dalyvauti ar planuoti dalyvauti brangiuose investiciniuose projektuose, kurių rizika būtų labai padidinta kainų reguliavimo atveju. Todėl negalima manyti, kad patenkinus pirmasias dvi sąlygas, neteisingo nuteisimo kaina bus lygi nuliui. Štai kodėl reikalinga trečioji sąlyga. Ji tarnauja kaip būdas užtikrinti, kad neteisingo išteisinimo kaina bus daug didesnė, nei neteisingo nuteisimo.

Šis modifikuotas *per se teisėtumo* standartas, taikomas kartu su trijų išimtinių aplinkybių testu, visiškai atitinka Komisijos praktiką *General Motors*¹⁰⁶ ir *British Leyland*¹⁰⁷ bylose. Abiem atvejais, mašinų kompanija nustatė labai didelę kainą dokumentų, reikalingų importuoti automobilį į kitą valstybę narę, išdavimui. Dokumentų išrašymo kaštai buvo maži, tačiau vartotojams jų vertė buvo didžiulė, nes kitaip jie nebūtų galėję importuoti savo automobilių. Šiais atvejais Komisija laikė, kad kainos, laikomos nepagrįstai didelėmis, „buvo nustatytos su intencija apsunkinti paralelius importus ir eksportus“.

Tačiau mūsų siūlomas požiūris yra nesuderinamas, ar bent jau ne visiškai, su EBS Sutarties 82 (a) str. taikymu (per didelių kainų atveju) rinkose, neseniai atsivėrusiose konkurencijai, tokiose kaip telekomunikacijų pramonė. Vyrauja požiūris, jog įmonės tokiose industrijose pasiekė savo padėtį ne dėl didžiulio efektyvumo, bet dėl valstybės intervencijos. Tokios rinkos taip pat yra charakterizuojamos didelėmis įėjimo kliūtimis, todėl teigiama, kad per didelės kainos čia turi būti kontroliuojamos, nes virškonkurencinis pelnas nepritrauks naujų dalyvių. Nors mes sutinkame, kad tinkama viešoji politika dėl įmonių, turinčių realią ar potencialią rinkos galią, priklauso nuo rinkos galios įgyjimo pagrindo, besąlyginė prielaida, kad visos įmonės, turinčios rinkos galią naujai liberalizuotuose sektoriuose turėtų būti *a priori* laikomos „tuščiais monopolistais“, negali būti teisinga, net jei jos kažkuriuo atžvilgiu būtų kontroliuojamos valdžios. Priešingai, remiantis įrodymais, dauguma įmonių, priklausančių telekomunikacijų, energijos ir transporto sektoriams visoje Europoje investuoja milžiniškus pinigus konkurencijai su naujais dalyviais.

Ši išimtis susijusi su situacijomis, kai dominuojanti įmonė turi teisėtą monopolį atitinkamoje rinkoje ir nepagrįstai didelės kainos, nustatytos prekėms ir paslaugoms teisėto

¹⁰⁶ *General Motors BV v Commission of the European Communities*. Case C-551/03 P. [2003] ECR I-3173

¹⁰⁷ *British Leyland Public Limited Company v Commission of the European Communities*. Case 226/84 [1986] ECR 3263

monopolisto, tikėtinai stabdys naujų produktų atėjimą į rinką ar gretutinių rinkų kūrimą. Ši išimtis atitinka Komisijos praktiką *General Motors* ir *British Leyland* bylose.

Skirtingai nei Europos Sąjungos, JAV konkurencijos teisė (angl. *antitrust law*) nedraudžia nepagrįstai didelių kainų. Byloje *Trinko*, JAV Aukščiausiojo teismo buvo pažymėta: „paprasčiausias monopolinės galios turėjimas ir su šia galia susijęs monopolinių kainų nustatymas nėra tik teisėtas; tai svarbus laisvos rinkos sistemos elementas. Galimybė nustatyti monopolines kainas – bent jau trumpu periodu – yra tai, kas iškelia į žvalgumą versle į pirmąją vietą; tai skatina riziką, sąlygoja inovacijas ir ekonomikos augimą“.¹⁰⁸

Mūsų manymu, nėra teisinga manyti, kad didelės kainos gali būti nesąžiningos pačios savaime. Bet koks vertinimas, ar kainos yra nepagrįstai didelės, turėtų atsižvelgti į *ex ante* netikrumą, su kuriuo susiduria ūkio subjektas, ypač tose pramonės šakose, kurios yra tyrimais paremtos, inovacinės, kuriose laimėtojai ne tik turi susigrąžinti savo plėtros ir skatinimo kaštus, tačiau taip pat privalo finansuoti tyrimus ir vystymą daugybės produktų, kurie nepadengia savo kaštų, taip pat ir tyrimų vykdymą, kuriant naujus produktus, kurių didelė dalis pasirodo nesėkmingi. Nėra teisinga manyti, kad nepagrįstai didelės kainos gali būti pakankamai tiksliai identifikuotos teismų ir teigti, jog teismai yra geresnis mechanizmas nesąžiningai aukštų kainų sureguliuvimui, nei rinkas. Todėl tinkamiausia taisyklė nepagrįstai didelių kainų reguliavimui Europos Sąjungoje ir Lietuvos Respublikoje, mūsų manymu, būtų JAV priimta *per se teisėtumo taisyklė*, taikoma atsižvelgiant į tris išimties aplinkybes.

3.4. „Grobuoniškos“ kainos

Vienas antikonkurencinio piktnaudžiavimo, kuris panaikina arba sumažina kitų ūkio subjektų galimybę konkuruoti su dominuojančiu subjektu, būdų yra „grobuoniškų“ (angl. *Predatory*) kainų nustatymas. Kai kurie autoriai¹⁰⁹ teigia, jog „grobuoniškų“ kainų nustatymas konkurencijai yra daug pavojingesnis, nei kitokių nesąžiningų kainų nustatymas, nes sąlygoja konkurentų pašalinimą iš rinkos, kai tuo tarpu nepagrįstai didelės kainos paprastai pritraukia naujus konkurentus į rinką. Klasikinė „grobuoniškumo“ forma yra tokia kainų politika, kai dominuojantis ūkio subjektas sąmoningai, dirbtinai palaiko savo produktams labai žemo lygio kainas tam, kad pašalintų ar išstumtų iš rinkos silpnesnius konkurentus, nesugebančius konkuruoti tokia kainų lygyje, o vėliau nustatytų normalias, o dažniausiai – dar aukštesnes kainas. Taigi „paaukotas“ pelnas yra kompensuojamas susilpninus ar visiškai panaikinus konkurenciją.

¹⁰⁸ Evans D. S., Padilla A. J. Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules // Journal of Competition Law & Economics. 2005, Nr. 1. P. 14

¹⁰⁹ Goyder D. G. EC Competition Law. Fourth edition. London, Oxford university press, 2003. P. 286

3.4.1. Ekonominiai „grobūniškų“ kainų aspektai

Kai kurie ekonomistai teigia, kad „grobūniškų“ kainų nustatymas praktikoje yra neįmanomas:

„Atrodo neprotinga <...> nustatyti taisykles, reguliuojančias fenomeną, kuris tikriausiai nė neegzistuoja, arba kurį, jei jis ir egzistuoja retais atvejais, teismams bus didžiulis sunkumas atriboti nuo konkurencinio elgesio“¹¹⁰. Dominuojanti įmonė patirtų nuostolių sulig kiekvienu pardavimu, o kad išstumtų konkurentą, ji turėtų ta žema kaina patenkinti padidėjusią paklausą¹¹¹. Tikėtina, kad po kainų sumažinimo į rinką bandytų patekti kitas varžovas. Tai ir paskatino ekonomistus teigti, jog tik įmonė, labiau susidomėjusi užimama rinkos dalimi ir gamybos mastu nei pelno gavimu, galėtų tam ryžtis¹¹².

Nors JAV konkurencijos teisė paprastai nėra susijusi su kainų konkurencijos ribojimu, yra pripažįstama, kad tam tikromis aplinkybėmis mažos kainos gali turėti antikonkurencinį efektą¹¹³. Taigi, nors „grobūniškumas“ atrodo mažai tikėtinas, dauguma ekonomistų sutinka, kad esant tam tikroms sąlygoms jis yra realus, ir pripažįsta poreikį nustatyti teisės taisykles, reguliuojančias šią kainų politiką.

Tačiau formuluojant tokias taisykles reikia didžiulio kruopštumo. Teismai „grobūniškų“ kainų bylose naudojo tokias tuščias formuluotes kaip „kainos žemiau kaštų“ ar „grobūniškumo ketinimai“. Šie standartai suteikia mažai, jei iš viso suteikia, pagrindo kainų analizei. Todėl būtina suformuluoti veiksmingą ir prasmingą analizę, kuri ekonominiu pagrindu atskirtų „grobūniškas“ ir konkurencines kainas.

Teisės teoretikai ir ekonomistai išskiria kelias sąlygas, kurioms esant pardavimai „grobūniškomis“ kainomis yra komerciškai pagrįsti. Šios prielaidos yra būtinos siekiant įrodyti, kad ūkio subjektas nustato „grobūniškas“ kainas:

1. Dominuojančios padėties įrodymas¹¹⁴. Per didelės kainos ir grobūniškos kainos nėra įmanomos, jei įmonė neužima dominuojančios padėties. Kitos piktnaudžiavimo formos, pavyzdžiui, diskriminacinės kainos, gali būti praktikuojamos ir įmonės, neužimančios dominuojančios padėties. Jei nėra tokios padėties, ši kainų politika tik pritraukia konkurentus ir yra nuostolinga bei neveiksminga. Kai kurie ekonomistai teigia, kad grobūniškumui nustatyti įmonė turi užimti „super-dominuojančią“ padėtį¹¹⁵. Čia labai svarbu tiksliai nustatyti atitinkamą rinką.

¹¹⁰ Jones A., Sufrin B. EC Competition Law. Texts, Cases and Materials. Second Edition. London, Oxford university press, 2003. P. 332

¹¹¹ Korah V. An introductory guide to EC Competition Law and Practice. Hart publishing, 2004. P. 157

¹¹² Ibid

¹¹³ Areeda P., Turner D. F. Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act // Harvard Law review. 1975, Nr.88. P. 62

¹¹⁴ Jones A., Sufrin B. EC Competition Law. Texts, Cases and Materials. Second Edition. London, Oxford university press, 2003. P. 333

¹¹⁵ Ibid. P. 333

2. Įrodymai, kad yra įmanomas nuostolių padengimas, arba kompensacija¹¹⁶. Jei įėjimas į rinką yra lengvas, tokia politika niekada neatsipirktų. Todėl be pagrįstos nuostolių susigrąžinimo tikimybės ūkio subjektui nėra jokio racionalaus pagrindo taip veikti. „Grobuoniškumas“ gali ir pats sudaryti kliūtį įėjimui į rinką. Tačiau nesant kitų kliūčių, „grobuoniškas“ kainas nustatanti įmonė tik patirtų nuolatinius nuostolius¹¹⁷. Nuostoliai, patirti „grobuoniškų“ kainų nustatymo metu, gali būti padengti tik tose rinkose, kuriose yra ir kitos didelės įėjimo kliūtys¹¹⁸. Dar daugiau, jei įmonė dominuoja daugiau nei vienoje rinkoje, jai gali būti naudinga nustatyti grobuoniškas kainas vienoje iš rinkų, siekiant įgyti agresyvaus konkurento reputaciją didesnėje rinkoje ir taip sulaikyti potencialius tos rinkos dalyvius¹¹⁹.
3. Įrodymas, kad ūkio subjektas, nustatantis itin mažas kainas, turi didesnę finansinę galią išlikti rinkoje, nei jo konkurentai¹²⁰. „Grobuoniškumas“ nebus sėkmingas, ir todėl nėra tikėtina kad jis bus vykdomas, kai taip piktnaudžiančios įmonės konkurentų resursai, atsargos yra prilyginami jos pačios atsargoms. Nors įmonė gali priversti savo konkurentus prie bankroto, jų ilgalaikis turtas gali išlikti rinkoje, kitų įmonių nuosavybėje.
4. Siekio eliminuoti konkurentą įrodymas¹²¹. Kadangi „grobuoniškų“ kainų politika sąlygoja nuostolius, be tokio siekio ši politika neracionali. Ekonomistai dažnai vartoja sąvoką „intencija pašalinti“ (angl. *intent to exclude*), kad apibrėžtų elgesį, kuris būtų ekonomiškai nepagrįstas, nebent pašalintų konkurentus. Ši interpretacija yra objektyvi ir leidžia išvengti dokumentų su grąšinančiais teiginiais paieškos.
5. Pelno atsisakymo trumpame laiko periode įrodymas¹²². Tik trumpo laikotarpio nuostoliai galėtų būti kompensuoti aukštesnės monopolinės kainos, kuri bus nustatyta, kai iš rinkos pašalinami konkurentai.
6. Monopolinės padėties ne vienoje rinkoje įrodymas¹²³. Kai kurie autoriai teigia, jog „grobuoniška“ politika yra racionali – ir galima – tik tuomet, kai dominuojantis ūkio subjektas turi galimybę kompensuoti vienoje rinkoje patiriamus nuostolius iš savo veiklos kitoje rinkoje. „Grobuoniškumas“ taip pat gali būti vykdomas vienoje rinkoje,

¹¹⁶ Areeda P., Turner D. F. Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act // Harward Law review. 1975, Nr.88. P. 62

¹¹⁷ Jones A., Sufrin B. EC Competition Law. Texts, Cases and Materials. Second Edition. London, Oxford university press, 2003. P 332

¹¹⁸ Areeda P., Turner D. F. Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act // Harward Law review. 1975, Nr.88. P 63

¹¹⁹ Korah V. An introductory guide to EC Competition Law and Practice. Hart publishing, 2004. P 160

¹²⁰ Areeda P., Turner D. F. Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act // Harward Law review. 1975, Nr.88. P. 63

¹²¹ Korah V. An introductory guide to EC Competition Law and Practice. Hart publishing, 2004. P 163

¹²² Areeda P., Turner D. F. Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act // Harward Law review. 1975, Nr.88. P. 65

¹²³ Smith P. A. The Wolf In Wolf's Clothing: The Problem with Predatory Pricing // European Law Review. 1989, Nr. 14-4. P 34

siekiant nuo potencialių konkurentų apsaugoti kitą rinką. Tai pasiekama sudarant potencialiems konkurentams agresyvaus varžovo įspūdį.

7. Informacijos stokos įrodymas¹²⁴. Ši prielaida glaudžiai susijusi su ūkio subjekto reputacija rinkoje. Jis gali neturėti realios galimybės vykdyti „grobunišką“ politiką atitinkamoje rinkoje, tačiau jo reputacija ar veiksmai kitose rinkose gali stabdyti potencialius konkurentus, nežinančius tikrosios padėties.

3.4.2. „Grobuniškų“ kainų įvertinimo teorijos

Pagrindinė kritika, išsakoma teisės teoretikų „grobuniškumo“ nustatymui teismų praktikoje ir literatūroje yra nesugebėjimas aiškiai ir tiksliai apibrėžti, kokia praktika sudarytų šį pažeidimą. Egzistuoja įvairios „grobuniškų“ kainų įvertinimo teorijos, tačiau tikslaus sutarimo nėra. Nepatenkinti konkurentai gali automatiškai preziumuoti „grobuniškumą“, kai konkurento kaina yra mažesnė nei jų kaštai, neatsižvelgdami į tai, kad galbūt konkurento kaštai yra gerokai mažesni už jų produkcijos kaštus. Produkcijos pardavimas patiriant nuostolių taip pat gali būti palaikytas netinkamu, net jei pardavėjas mėgino parduoti prekes ar paslaugas didesne kaina, arba jei jis, nustatydamas itin mažas kainas, nutraukia gamybą. Taigi pagrindinė problema įrodant „grobuniškas“ kainas yra įtariamos įmonės kainų struktūros įvertinimas.

Dauguma teorijų „grobuniškų“ kainų įvertinimui yra grindžiamos kainų, mažesnių nei ūkio subjekto kaštai, reikalingi produkcijai, nustatymu. Čia susiduriama su ūkio subjekto kaštų apskaičiavimo problemomis. Kiekvienoje byloje Komisija ir įtariamas ūkio subjektas pateikia labai skirtingus kaštų skaičiavimus. Kyla klausimas, kurie iš ūkio subjekto kaštų yra tiesiogiai susiję su „grobuniškumu“ - kuriuos kaštus reikėtų nagrinėti įvertinant, ar kainos yra mažesnės nei kaštai. Pirmiausia turime nuspręsti, kokie kaštai yra svarbiausi įmonei, siekiančiai maksimaliai padidinti pelną, kadangi šito siekianti įmonė nenustato grobuniškų kainų¹²⁵. Pelną didinanti gamyba bet kuriam ūkio subjektui, konkurencingam ar monopolistiniam, yra ta, kur bet koks gamybos apimties padidėjimas sąlygoja įplaukas, didesnes už kaštus. Taigi, sprendama ar padidinti, ar sumažinti gamybos apimtį, įmonė atsižvelgia ir reaguoja į kaštų bei pelno padidėjimo efektus.

Tobulos konkurencijos sąlygomis įmonė visada didina pelną, gamindama produkciją tokia apimtimi, kad jos ribiniai kaštai būtų lygūs rinkos kainai. Taip yra todėl, kad tobuloje rinkoje įmonė priima savaime susiformavusią rinkos kainą, nes neturi galios paveikti tos rinkos kainos gamybos apimties pakeitimais. Todėl ribinės įplaukos iš vieno papildomo produkcijos vieneto

¹²⁴ Smith P. A. The Wolf In Wolf's Clothing: The Problem with Predatory Pricing // European Law Review. 1989, Nr. 14-4. P. 34

¹²⁵ Areeda P., Turner D. F. Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act // Harvard Law review. 1975, Nr.88. P. 67

pardavimo yra lygios rinkos kainai. Taigi, kai kaina yra lygi ribiniams kaštams, gamybos apimties pakeitimai sumažins pelną. Tobula rinka taip pat užtikrina efektyvų išteklių paskirstymą: rinkos kaina atspindi, kiek vartotojai yra pasiruošę mokėti už paskutinį produkcijos vienetą, ribiniai kaštai atskleidžia visus reikalingus kaštus jam pagaminti, o didesnė kaina sąlygotų gamybos apimties sumažėjimą, todėl kai kurie vartotojai netektų galimybės pirkti prekę, už kurią jie buvo pasiruošę mokėti produkcijos savikainą.

Tačiau įmonė, turinti monopolinę galią rinkoje, gali pati nustatyti rinkos kainą, keisdama gamybos apimtį. Monopolistui susidūrus su paklausos sumažėjimu ir nedalyvaujant efektyvioje konkurencijoje, gamybos apimties padidėjimas sumažins rinkos kainą. Todėl jo ribinės įplaukos yra visada mažesnės už kaštus, kas sąlygoja tai, kad monopolistas visada nustatys kainą, kuri viršija ribinius kaštus. Todėl monopolisto kaina yra aukštesnė, o gamyba mažesnės apimties, nei socialinis optimumas.

Todėl nesąžiningų, konkrečiai – „grobuoniškų“ kainų analizei svarbiausi yra ribiniai kaštai.

3.4.3. „Grobuoniškų“ kainų analizės kriterijai Jungtinėse Amerikos Valstijose

JAV teismai pripažįsta „grobuoniškomis“ tik tas kainas, kurios iš tikrųjų yra labai mažos: jie laikosi Harvard Law Review straipsnyje profesorių *P. Areeda ir D. Turner* nustatytos „grobuoniškumo“ analizės, kuri yra paremta pakankamumo kriterijumi: jei pardavimai vykdomi mažesnėmis kainomis negu vidutinis kintamas kaštų (VKK) lygis, jie preziumuojami „grobuoniškais“¹²⁶. Ši analizė turi didžiulę reikšmę JAV teismų ir kompetetingų konkurencijos institucijų sprendimų dėl „grobuoniškų“ kainų priėmimo procese.

Profesoriai teigia, kad pelną didinanti įmonė paprastai stengiasi padidinti pelną ar sumažinti nuostolius trumpame laiko periode. Konkurencinėje rinkoje tokia įmonė veiktų taip, kad jos ribiniai kaštai būtų lygūs kainai, monopolistas veiktų taip, kad jo ribiniai kaštai būtų lygūs ribinėms įplaukoms. Įmonė, nustatanti pelną didinančią kainą trumpame periode aiškiai nėra „grobikas“. Taigi būtina, tačiau nepakankama sąlyga „grobuoniškumui“ yra pelno „paaukojimas“ būtent trumpame laiko periode¹²⁷. Įmonė gali visiškai teisingai apskaičiuoti, kad trumpo laikotarpio nuostoliai bus daugiau nei kompensuoti aukštesnės monopolinės kainos, kuri gali būti nustatyta, kai iš rinkos pašalinami konkurentai¹²⁸.

¹²⁶ Korah V. An introductory guide to EC Competition Law and Practice. Hart publishing, 2004. P. 157

¹²⁷ Kiti autoriai taip pat laikosi tokios nuomonės: Smith P. A. The Wolf In Wolf's Clothing: The Problem with Predatory Pricing // European Law Review. 1989, Nr. 14-4. P. 36-38

¹²⁸ Areeda P., Turner D. F. Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act // Harvard Law review. 1975, Nr.88. P. 70

Tačiau ne visi sąmoningi trumpo laikotarpio pelno „paaukojimai“ yra neteisėti. Įmonė gali sąmoningai suplanuoti trumpo laikotarpio nuostolius, kai monopolis nėra nei siekiamas, nei galimas, ir kai, naujo rinkos dalyvio atžvilgiu, tokie veiksmai greičiau skatina, o ne stabdo konkurenciją. Todėl nėra standarto, kuris būtų adekvati priemonė apibrėžti teisėtą kainos lygį visoms įmonėms bendrai. Tinkamo kainos lygio apibrėžimas reikalauja supratimo apie įmonės kainų ir įvairių kaštų sąveiką.

Kai ūkio subjekto nustatyta kaina lygi vidutiniams kaštams, jo pelnas padengia visus produkcijos gamybos kaštus. Tačiau kainos ir vidutinių kaštų sąveika neapibrėžia, ar įmonė didina pelną - tai parodo tik ar įmonė gauna normalias, ar žemesnes nei normalias, įplaukas.

Tokios kainos gali būti nustatomos dviem formomis:

1. Kainos ribojimas (angl. *limit pricing*). Įmonė gali laikinai nustatyti kainą, mažesnę nei pelną didinanti kaina, siekdama atbaidyti potencialius ar pašalinti esamus konkurentus; arba
2. Laikinas kainų sumažinimas iki vidutinių kaštų. Įmonė pirmiausia gali nustatyti pelną didinančią kainą, sumažinti ją, kai pasirodo nauji varžovai, ir tuomet pakelti kainą, kai konkurentai yra pašalinami.

Tačiau abiem atvejais toks elgesys turėtų būti laikomas negrobuonišku tol, kol kainos yra lygios arba viršija VBK¹²⁹. Toliau pateikiama kiekvienos kainų nustatymo formos analizė. Mes tariame, kad kaina yra lygi ar viršija vidutinius kaštus ir ribinius kaštus.

Kainos ribojimas

Monopolistas, apsaugotas įėjimo į rinką kliūčių, gali nustatyti bet kokią jo pelną didinančią kainą. Galimybė kitoms įmonėms įveikti šias kliūtis taip pat gali paveikti monopolisto kainas. Jei sumažėjęs monopolisto pelnas, nustačius mažesnę kainą, vis dėl to yra didesnis, nei konkurencingoje rinkoje nustačius didesnę kainą, monopolistas nustatys mažesnę kainą¹³⁰. Kainų ribojimo esmė – įmonė pasiekia perteklinį produktyvumą (angl. *excess capacity*) ir naudoja tai kaip priemonę atbaidyti potencialius konkurentus, nes jei jie bandys patekti į rinką, ji padidins gamybos apimtį ir sumažins kainas. Taigi monopolistas riboja savo produkcijos kainas, kad susilpnintų konkurentų galimybes. Tai gali apsaugoti nuo konkurencijos stiprėjimo.

Didesnis įmonių skaičius rinkoje gali sąlygoti daugiau išradimų ir inovacijų, bei greitesnę esamų inovacijų sklaidą ekonomikoje. Tačiau šie argumentai, pasak profesorių, nepateisina kainų ribojimo draudimo. Geresnės prekės ar paslaugos, sėkmingos inovacijos ar kitokia efektyvi konkurencija visada veda į konkurentų pašalinimą. Konkurentų pašalinimas nustatant kainas, lygias vidutiniams kaštams, taip pat yra privalumų konkurencija – yra pašalinami tik tie

¹²⁹ Ibid. P. 71-72

¹³⁰ Ibid. P. 71-72

potencialūs varžovai, kurie negali išlikti dėl mažesnio savo efektyvumo. Ir mažesnės kainos, ir didesnė gamybos apimtis, ir monopolisto gamybos galių naudojimas yra socialiai naudingi.

Taigi, net nesvarstydami didžiulių administracinių problemų, kurias sukeltų monopolistų kainų priežiūra, mes teigiame, kad daugiau ar mažiau laikinos mažos kainos yra naudinga konkurencija, o ne piktnaudžiavimas galia.

Laikinas kainų sumažinimas iki vidutinių kaštų

Kai įėjimas į rinką yra lengvas ir sąlyginai pigus, monopolistas turėtų išlaikyti žemesnę kainą, kad užbėgtų už akių dar vienam konkurento bandymui patekti į rinką. Tačiau jei naujas varžovas turi daryti didžiules investicijas į įrenginius, personalo mokymus, distribucijos vystymą ar produkcijos rėmimą, jis neįeis į rinką be tikimybės, kad galės veikti pakankamai ilgu periodu, susigražindamas bent jau šiuos pirminius kaštus¹³¹. Todėl potencialus konkurentas, kuris negalės išlikti nustatydamas kainą, kuri padengtų kaštus, neis į rinką, kai yra galimybė, jog monopolistas, reaguodamas į jo atėjimą, nustatys žemesnę kainą. Kadangi monopolistas, sumažindamas kainą, atbaidytų potencialius konkurentus, monopolis bus išlaikytas be laikino kainų sumažinimo, ir todėl vartotojai nepatirs ilgalaikės naudos, sukeltos gamybos padidinimo ir mažesnės kainos nustatymo.

Šis rezultatas nėra patenkinamas. Tačiau, nepaisant vartotojų ilgalaikės naudos praradimo, šis atvejis yra analitiškai neatskiriamas nuo pirmesniojo. Bet kuriuo atveju, maža kaina, lygi ar viršijanti vidutinius kaštus yra naudinga konkurencijai ir pašalina tik mažiau efektyvius konkurentus¹³².

Laikini kainų sumažinimai, reaguojant į potencialius ar realius varžovus, neturėtų būti pripažįstami neteisėtais ir dėl didžiulių administracinių problemų, stengiantis adekvačiai, efektyviai ir be bereikalingo kišimosi į tinkamą kainų nustatymo politiką tokius veiksmus kontroliuoti. Nėra jokio patenkinamo kontrolės metodo. Galima bandyti uždrausti didelę monopolinę kainą ir taip užtikrinti, kad vartotojai visada turės naudą iš konkurencingų kainų¹³³. Tačiau yra rimtų teorinių ir praktinių sunkumų apibrėžiant, kas yra „konkurencinga“ kaina. Tokios kainos apibrėžimas reikalautų nuolatinio nagrinėjimo kaip keičiasi kaštai, paklausa ir technologinės funkcijos. Teismams būtų užkrauta sunki, besitęsianti ir nevaldoma našta, prižiūrint ekonominių įmonių elgesį. Dar daugiau, monopolistai, kurių galia buvo teisėtai pasiekta patentais, negali būti atriboti nuo monopolinės naudos be patentų teisės tikslo paneigimo. Taip pat, monopolinės naudos neigimas tų, kurių galia buvo pasiekta dėl didžiausios patirties, įgūdžių,

¹³¹ Ibid. P. 73

¹³² Ibid. P. 74

¹³³ Ibid. P. 69

numatymo gebėjimo, gali eliminuoti stimulą siekti tokių įgūdžių. Galiausiai, tokių kainų kontrolė turėtų neigiamą efektą veiksmingumo ir inovacijų aspektais.

Alternatyviai, galima būtų drausti monopolistams mažinti kainas žemiau tų, kurias nustato konkurentai¹³⁴. Tai garantuotų potencialių ir realių konkurentų apsaugą nuo bet kokių kainų konkurencijos iniciatyvų iš monopolisto pusės. Tačiau šis metodas sukeltų esminių administracinių problemų. Pirmiausia, tai paskatintų neefektyvių įmonių atsiradimą rinkoje. Tokiems apribojimams turėtų būti nustatyta tiksli laiko riba – jie gali tęstis tik iki tol, kol nauji konkurentai padengia pirminius savo kaštus - nes kitaip nauji konkurentai būtų motyvuojami išlaikyti monopolines kainas ir apribojimas savaime turėtų antikokurencinį efektą.

Tokių taisyklių įgyvendinimas reikalautų prisitaikymo prie kaštų ir paklausos pokyčių. Kainos riba turėtų būti pakelta kartu su tokių kaštų, kaip darbo užmokestis ir medžiagos, padidėjimu, arba su paklausos padidėjimu, kuris gali būti tik ribinių kaštų, didesnių nei kainų riba, atveju¹³⁵. Tokiu atveju, fiksuota viršutinė kainų riba sąlygotų arba neekonomiškai didelę gamybos apimtį (kai kaina yra mažesnė nei ribiniai kaštai), arba nepakankamą gamybos apimtį paklausai patenkinti.

Taigi taisyklė, draudžianti kainos sumažinimą, uždėtų institucijoms ir teismams administracinę našta, kurios nepateisina spekuliacinė, hipotetinė nauda, kurią gali duoti tokia taisyklė. Taigi mes pritariame profesoriams *P. Areeda ir D. Turner* - kaina, lygi ar viršijanti vidutinius kaštus, turėtų būti laikoma „negrobuoniška“, nepaisant to, ji nustatyta laikinai ar ne.

Ribinių kaštų kaina (angl. marginal-cost pricing)

Kainos ribojimas bei laikinas kainų sumažinimas iki vidutinių kaštų sukelia grėsmę potencialiems ir realiems konkurentams kaip kaina, pelninga monopolistui, bet ne varžovams rinkoje. Tačiau kai kuriais atvejais monopolisto kaina ir monopolistui gali duoti mažesnę nei normalų pelną. T.y., ji gali būti žemiau vidutinių kaštų ir žemiau nuostolius padengiančios kainos. Kadangi tokia kaina duoda mažesnę nei normalų kapitalo sugrįžimą, ji gali būti grėsmė ir vienodai efektyvių konkurentų išlikimui, jei jie turi mažesnę išlikimo galią nei monopolistas. Profesoriai svarstė šias nuostolingas kainas dvejose kategorijose:

1. Kainos, lygios ar didesnės nei ribiniai kaštai; ir
2. Kainos, mažesnės nei ribiniai kaštai.

Abiem atvejais svarstoma situacija, kai ribiniai kaštai yra mažesni nei vidutiniai, nes tik tokiu atveju potencialus ar realus konkurentas gali būti sunaikintas ne todėl, kad yra mažiau efektyvus, bet todėl, kad neturi pakankamai kapitalo.

¹³⁴ Ibid. P. 73

¹³⁵ Ibid. P. 73

Kainos, lygios ar didesnės nei ribiniai kaštai

Kainos, lygios ar viršijančios ribinius kaštus, net jei jos nėra pelną didinančios, neturėtų būti laikomos „grobūniškomis“¹³⁶. Jei monopolistas gamina taip, kad jo produkcijos kaina lygi ribiniams kaštams, tik mažiau efektyvios įmonės patirs didesnius nuostolius vienam produkcijos vienetui. Efektyvesnės įmonės praras mažiau ar net veiks pelningai. Ūkio subjekto įpareigojimas nustatyti aukštesnę kainą sumažintų pramonės šakos gamybos apimtį ir išseikvotų ekonomikos resursus trumpame periode¹³⁷. Todėl kainos, lygios ribiniams kaštams, nustatymas yra konkurencingas ir socialiai optimalus rezultatas.

Ribinių kaštų dydžio kainų draudimas taip pat sukeltų rimtas administracines problemas. Jei monopolistui būtų uždrausta mažinti kainas iki ribinių kaštų, tuomet būtų reikalinga nustatyti leidžiamą kainos ribą. Tokia riba turėtų būti ne aukštesnė kaip monopolisto nuostolius padengianti kaina, nes aukštesnė kaina nėra „grobūniška“ ir sąlygotų monopolisto patiriamus didesnius nuostolius. Tačiau toks kainos lygis būtų sunkiau administruojamas, negu ribinių kaštų kaina. Sunku yra nustatyti įmonės ribinius kaštus, dar sunkiau yra apskaičiuoti, kas būtų nuostolius padengianti kaina. Ūkio subjektas būtų įpareigotas ne tik tiksliai apskaičiuoti savo ribinius kaštus, bet ir numatyti paklausą bei konkurentų atsaką kainomis bei gamybos apimtimi į tą kainą, kurią jis gali nustatyti. Laikyti monopolistą atsakingu dėl neteisingų apskaičiavimų būtų netoleruotina našta ir sąlygotų didelių kainų politiką, nes ūkio subjektas siektų apsisaugoti. Apskaičiuoti, kokia būtų nuostolius padengianti kaina yra sunku tiek *post facto*, tiek *a priori*¹³⁸.

Ribinių kaštų kaina turėtų būti toleruojama, net jei ūkio subjekto pelnas galėtų būti padidintas, veikiant mažesne gamybos apimtimi ir nustatant aukštesnę kainą, nes, be kitų priežasčių, ribinių kaštų kaina veda į tinkamą išteklių paskirstymą ir yra suderinama su naudinga konkurencija. Todėl mes sutinkame su profesorių išvada, kad ribinių kaštų kainos draudimas negali būti pateisinamas nei ekonominiais, nei administraciniais pagrindais.

Kainos, mažesnės nei ribiniai kaštai

Nėra jokios racionalios priežasties pateisinti kainas, mažesnes už ribinius kaštus. Monopolistas ne tik pats patiria nuostolių, bet taip pat švaisto socialinius išteklius. Kainos, mažesnės nei ribiniai kaštai, labai padidina tikimybę, kad konkurencija bus sumažinta ar jos augimas sustabdytas dėl priežasčių, nesusijusių su monopolisto efektyvumu. Todėl tokia monopolisto kainų politika turėtų būti preziumuojama kaip „grobūniška“.

¹³⁶ Ibid. P. 79

¹³⁷ Ibid. P. 68

¹³⁸ Areeda P., Turner D. F. Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act // Harward Law review. 1975, Nr.88. P. 68

Tačiau yra galima viena šios taisyklės išimtis - kai kaina, nors ir mažesnė nei ribiniai kaštai, yra lygi ar viršija VKK. Tokia kaina turėtų sudaryti išimtį, nes nėra tikėtina, kad ji turėtų kokią žymų antikonkurencinį poveikį¹³⁹. Šis atvejis galimas tik tuomet, jei paklausa viršija tai, ką įmonė gali pagaminti minimaliais vidutiniais kaštais. Jei paklausos perviršis yra laikinas, nėra naujo konkurento poreikio. Jei ilgalaikis, kainos, mažesnės nei ribiniai kaštai, sąlygojančios didelę gamybos apimtį, gali turėti neigiamą efektą potencialiems ir realiems konkurentams. Tačiau žalingas efektas bus minimalus, nes kaina yra aukštesnė nei monopolisto vidutiniai kaštai didžiausiu gamybos apimties efektyvumu, ir vienodai efektyvūs konkurentai šia kaina gautų normalų pelną. Todėl yra neįtikėtina, kad monopolistas tęstų šią praktiką ilgame laiko periode, - nes pelno atgavimo perspektyva po tokio „grobuoniškumo“ būtų labai miglota.

VKK kaip ribinių kaštų pakaitalas

Taigi ribiniai kaštai yra tas kriterijus, kuris ekonomiškai atskiria priimtina, konkurencinį elgesį nuo „kainų, mažesnių už kaštus“ „grobuoniškumo“. Svarbiausia administracinė problema šios ribos taikymui praktikoje yra ūkio subjekto ribinių kaštų apskaičiavimas. Kaštai, reikalingi pagaminti ir parduoti paskutinį produkcijos vienetą, nėra lengvai nustatomi remiantis įprastomis verslo apskaitomis, kurios paprastai apskaičiuoja tik VKK¹⁴⁰. Taigi yra poreikis pastaruosius panaudoti kaip ribinių kaštų indikatorių¹⁴¹.

VKK taisyklė, kaip ir ribinių kaštų taisyklė, turi būti pakankamai lanksti, kad suteiktų įmonei galimybę įrodyti, kad jos nustatyta kaina buvo lygi ar viršijo pagrindai apskaičiuotus VKK. Įmonė gali pagrindai nustatyti savo kainų ir gamybos apimties lygius, atsižvelgdama į numatomus kaštus, o ne tuos kaštus, kurie buvo reikalingi produkcijos gamybai praeityje. Nors praeities kaštai gali būti geriausias apytikslis ateities kaštų indikatorius, įmonė vis dėl to turi turėti galimybę pagrįsti, kodėl numatomi kaštai yra didesni. Taigi pagal šią taisyklę „grobuoniška“ kaina pripažįstama tik ta, kuri yra mažesnė nei pagrindai numatomi trumpo laikotarpio ribiniai kaštai (TLRK). „Pagrindai numatomi“ reiškia, kad įmonės ribiniai kaštai nėra nagrinėjami *post facto*, o yra nustatomi pagal tai, kas atrodė pagrindai prekybos „grobuoniškomis“ kainomis metu. Jei galiausiai TLRK pasirodė besantys didesni nei buvo numatyti, įmonė neturėtų būti baudžiama už „grobuoniškas“ kainas.

Ribinių kaštų pakeitimo VKK pasekmės priklauso nuo šių dviejų kaštų apskaičiavimo sąveikos. Ribiniai kaštai gali būti lygūs, mažesni ar didesni už VKK, priklausomai nuo to, ar

¹³⁹ Ibid

¹⁴⁰ Ibid

¹⁴¹ Tuo labiau, kad ribiniai kaštai, kaip piktnaudžiavimo kriterijus, nėra pakankamas. Išlaidos parduodant bilietą paskutinei vietai lėktuve gali būti lygios nuliui, tačiau jei dar vieno papildomo keleivio priėmimas sąlygoja papildomo lėktuvo pakilimo poreikį, tuomet ribiniai kaštai yra didžiuliai.

VKK yra pastovūs (tuomet ribiniai kaštai bus lygūs VKK), mažėjantys (tuomet ribiniai kaštai bus mažesni už VKK), ar augantys (šiuo atveju ribiniai kaštai viršys VKK). Remiantis ribinių kaštų standartu, VKK taisyklė atitinkamai gali būti identiška, labiau ribojanti arba daugiau leidžianti.

Nėra jokios priežasties tikėtis, kad konkreti įmonė veiks tokiu būdu, kad ribiniai kaštai bus lygūs VKK, tačiau kai du šių kaštų dydžiai yra identiškai atitinkamame gamybos apimties lygyje, vieno pakeitimas kitu nesukelia jokių problemų.

Kai įmonė, padidindama gamybos apimtį, sumažina vieneto kintamuosius kaštus, kaina pagal VKK taisyklę turi viršyti ribinius kaštus. Nors VKK standartas yra labiau ribojantis šiomis aplinkybėmis, ši analizė yra tinkama, nes įmonė, kuri nustato kainą, mažesnę nei jos VKK, aiškiai nepadengia savo nuostolių. Vienintelis argumentas, pateisiantis kainas, mažesnes nei VKK yra tai, kad įmonė tik pradeda veiklą ir dar nepasiekė laukiamo gamybos apimties lygio.

Kai ribiniai kaštai viršija VKK, VKK taisyklė gali suteikti galimybę įmonei nustatyti kainą, mažesnę nei ribiniai kaštai. Todėl šis ribinių kaštų pakeitimas VKK yra dar tinkamesnis, nei siūlyta išimtis iš ribinių kaštų taisyklės, - kai kaina yra lygi ar viršija vidutinius kaštus.

Atsižvelgiant į sąlyginai mažą „grobūniškumo“ galimybę, švelnesnė, mažiau ribojanti taisyklė yra priimtina, nes teismo proceso dėl „grobūniškų“ kainų grėsmė labiau sulauko nuo tinkamos kainų konkurencijos, nei nuo „grobūniškų“ kainų nustatymo¹⁴². Bet kokios abejonės ar įrodymų nepakankamumas byloje turėtų sąlygoti įmonės „išsteisinimą“. Taigi nepaisant to, kad VKK skiriasi nuo ribinių kaštų, tai yra naudingas ir priimtinas pakaitalas „grobūniškų“ kainų analizei. Todėl kaina, lygi ar viršijanti pagrįstai numatomus VKK, turėtų būti preziumuojama teisėta. Kaina, mažesnė už pagrįstai numatomus VKK, turėtų būti preziumuojama neteisėta.

Areeda – Turner „grobūniškų“ kainų analizės problemos

Nors šia analize yra remiamasi JAV teismuose ir kompetetingose institucijose, ji vis dar skatina audringas teisės teoretikų ir ekonomistų diskusijas.

Dažniausiai profesorių *P. Areeda* ir *D. Turner* nustatytas „grobūniškų“ kainų įvertinimo metodas yra kritikuojamas dėl to, kad TLRK nėra tinkamas kriterijus „grobūniškų“ kainų įvertinimui. Esą kainos, truputį viršijančios TLRK, taip pat gali būti „grobūniškos“. Tačiau ši kritika stokoja tikslesnės ekonominės kaštų ir kainos santykio analizės.

Kiti autoriai teigia, jog VKK yra netinkamas TLRK pakaitalas, nes suteikia įmonei daugiau galimybių¹⁴³. Tačiau profesoriai pripažino, kad VKK taisyklė yra švelnesnė ir, mūsų manymu, tinkamai pagrindė jos pasirinkimą. Bet kokie ribojimai, siekdami savo pagrindinio

¹⁴² Areeda P., Turner D. F. Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act // Harvard Law review. 1975, Nr.88

¹⁴³ Scherer F. M. Predatory Pricing Under Section 2 Of The Sherman Act. Harvard Law review. 1976, Nr. 89. P. 52

tikslo, vis dėl to turėtų skatinti, o ne stabdyti verslumą bei tinkamą kainų konkurenciją, nes taip yra pasiekama nauda vartotojui.

Dar vienas argumentas, nukreiptas prieš kainos – kaštų analizę yra tai, kad sunku nustatyti tikslią ribą tarp fiksuotų ir kintančių kategorijų (kaip parodė *AKZO* byla ETT). Klasifikacija priklauso nuo pramonės šakos ir laiko tarpo, į kurį atsižvelgiama. Tačiau ši problema iškyla ne tik profesorių *P. Areeda* ir *D. Turner* analizėje, tačiau ir bet kurioje kitoje, siekiančioje įvertinti ūkio subjekto nustatytas kainas, atsižvelgiant į ekonominę produkto vertę, arba jo gamybos kaštus. Profesoriai pripažino šią problemą ir pasiūlė tam tikrus kaštus visada laikyti fiksuotais: mokesčiai, kurie nepriklauso nuo gamybos apimties (angl. *taxes which do not vary with output*), nuvertėjimas (angl. *depreciation*), skolų palūkanos (angl. *interest on debt*).

Tačiau reikia pripažinti, kad tam tikrose rinkose, kur VKK ar TLRK gali būti minimalūs, ši analizė netinkama. Tai pasakytina, pavyzdžiui, apie intelektinės nuosavybės, arba „tinklų“ (angl. *network*) industrijas. Čia kuo daugiau žmonių priklauso tinklui, tuo naudingesnė vartotojui yra narystė. Tokiose pramonės šakose dažnai vyksta lenktynės būti pirmajam, sukūrusiam tokį tinklą, todėl yra tendencija nustatyti labai žemas kainas. Konkurentai, kurie dėl didesnių kainų plečiasi lėtai, staiga gali pastebėti, kad kiekvienas potencialus vartotojas jau pasirinko mažos kainos produktą. Čia kartais pralaimi net aukštesnės technologijos. Nors sukurti tinklą yra labai brangu, tačiau jį jau įsteigus, naujo vartotojo prijungimas iš esmės nieko nekainuoja. Šiomis aplinkybėmis, įmonės nustatytos pradinės kainos, mažesnės nei kaštai, gali būti nustatytos pagrįstai, pagerėjus technologijoms ir išsiplėtus tinklui visi kaštai yra kompensuojami. Taigi itin maža kaina čia yra ekonomiškai pagrįsta net tada, kai nėra ketinimo ją vėliau pakelti. Ciklinėse pramonės šakose, kurios susiformuoja, pavyzdžiui, dėl sezoninio prekių pobūdžio, yra įprasta produkcijai nustatyti itin žemas kainas verslo ciklo nuosmūkio metu, ir kompensuoti tai pakilimo metu. Būtų nelogiška bausti įmonę tuo pagrindu, kad ankstesnės kainos yra žemiau atitinkamo lygio, o vėliau nustatytos kainos yra didesnės.

3.4.4. *AKZO* bylos taisyklė

Svarbiausia Europos Teismo byla piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi, nustatant „grobuoniškas“ kainas, srityje yra *AKZO*¹⁴⁴.

Įmonė *ECS* buvo mažas benzoilo peroksido (angl. *benzoyl peroxide*) gamintojas Didžiojoje Britanijoje. *ECS* tiekė savo produktą kaip miltelių priedą mažoje rinkoje, apimančioje tik Didžiąją Britaniją ir Airiją. Ši įmonė planavo išplėsti savo pardavimus Bendrijoje, tiekdamą savo produktą ir plastikų pramonei, - daug didesnei rinkai. Įmonė *AKZO* liko nepatenkinta šia

¹⁴⁴ *AKZO Chemie BV v Commission of the European Communities*. Case C-62/86 [1991] ECR I-3359

galima konkurencija Europoje, ir kelerius metus gąsdino *ECS* teigdama, kad imsis represijų, sumažindama atitinkamas kainas, nebent *ECS* atsisakytų savo intensijų plėstis į plastikų rinką. Pažymėtina tai, kad savo grasinimus *AKZO* išdėstė raštu.

AKZO buvo daug didesnė kompanija, kurios pardavimai miltelių priedų rinkoje buvo daug mažesni, palyginus su prekyba su plastikų rinkoje. *AKZO* tam, kad apsaugotų savo pozicijas svarbesnėje rinkoje, buvo pasiruošusi ir tikėtinai turėjo galimybę sumažinti savo produkcijos kainas miltelių priedų rinkoje taip, kad pašalintų *ECS* iš šios rinkos.

Komisija nutarė, kad *AKZO* grobuoniškų kainų politika ir gąsdinimai priversti *ECS* pasitraukti iš rinkos sudarė EBS Sutarties 82 (a) str. pažeidimą. *AKZO* buvo nubausta 10 milijonų ECU dydžio bauda. Tačiau Komisija nepateikė jokių tikslų kainų nustatymo taisyklių ir neapibrėžė lygio, kuriame kainų sumažinimas tampa dominuojančios įmonės piktnaudžiavimu. Ji susikoncentravo ties dominuojančios įmonės tikslais, kurie rodė *AKZO* intenciją *ECS* eliminuoti ar priversti patirti nuostolių atitinkamose rinkose.

ETT sprendimas detalizavo pagrindą, kuriuo buvo įrodytas piktnaudžiavimas. Jis pažymėjo, kad taikant *Hoffmann-La Roche* bylos¹⁴⁵ principus *AKZO* byloje, yra preziumuojama, kad nustatytos kainos, kurios yra žemiau VKK lygio, yra neteisėtos pačios savaime, nes skirtos konkurento eliminavimui. Dominuojanti įmonė neturi kito intereso tokiems veiksams, kaip tik konkurento išstūmimą, turint tikslą vėliau pakelti kainas. Priežastis teigti, kad ji neturi kito tikslo yra jos nuostolinga veikla.

Dar daugiau, netgi aukštesnio lygio nei VKK lygis kainos vis dar būtų preziumuojamos kaip piktnaudžiaujančios, jei jos neviršytų VBK ir būtų „dalis sąmoningo plano eliminuoti konkurentą“, turintį mažesnius finansinius išteklius. Dominuojanti įmonė yra pajėgi išstumti ūkio subjektus, kurie veikia taip pat efektyviai kaip ir ji, bet negali atlaikyti konkurencijos dėl savo finansinės galios.

AKZO bylos taisyklės problemos ir jų sprendimo būdai

Kai kurie teisės teoretikai¹⁴⁶ teigia, jog JAV konkurencijos teisė yra priimtinesnė nei Europos Sąjungos tuo aspektu, kad EBS Sutarties 82 str. reikalauja ūkio subjekto „dominuojančios padėties“ įrodymų „grubuoniškumo“ vykdymo laikotarpiu. Todėl Europos Sąjungos, kitaip nei JAV „grubuoniškumo“ taisyklė, neapims atvejų, kai įmonės dominavimas yra „grubuoniškų“ kainų rezultatas. Tačiau kainų, mažesnių nei kaštai nustatymas, sąlygoja nuostolius, patiriamus ilgesnį ar trumpesnį laikotarpį. Taip veikiantis ūkio subjektas turi disponuoti ne tik didžiulėmis kapitalo atsargomis, tačiau sėkmingam „grubuoniškumui“ į vykdyti

¹⁴⁵ *Hoffmann-La Roche*. Case 85/76 [1979] ECR 461,541: CMLR 211, 290

¹⁴⁶ Ritter C. Does the Law of Predatory Pricing and Cross-Subsidisation Need a Radical rethink? // World Competition. 2004, Nr. 27-4. P. 44

jis taip pat turi būti apsaugotas įėjimo į rinką kliūčių. Jis turi būti pajėgus veikti tokia gamybos apimtimi, kad patenkintų dėl sumažėjusių kainų atsiradusią didesnę paklausą rinkoje. Todėl mes pritariame tiems konkurencijos teisės komentatoriams, kurie teigia, jog „grobuoniškos“, kaip ir nepagrįstai didelės, kainos nėra įmanomos, jei įmonė neužima dominuojančios padėties¹⁴⁷.

Pagal *AKZO* byloje nustatytą analizę įmonės intencija yra lemiamas veiksnys, kai kainos svyruoja tarp VKK ir VBK. Tačiau šis kriterijus yra problematiškas, kadangi galima teigti, jog visos įmonės nori pašalinti savo konkurentus. Nėra aišku, ar Komisija turi įrodyti dominuojančio ūkio subjekto planą pašalinti konkretų konkurentą, ar užtenka bendros agresyvios konkurencijos strategijos, kuri galėtų eliminuoti konkurentus, įrodymo. *Wanadoo* bylos¹⁴⁸ sprendime matyti, kad Komisija pasirinko antrąją – ne tokią griežtą – interpretaciją. Iš Teismo sprendimo *Tetrapak (No. 2)* byloje¹⁴⁹ aišku, kad Komisija neturi įrodyti, jog dominuojanti kompanija pakels kainas, kai konkurentas atitinkamoje rinkoje bus eliminuotas ar susilpnintas. Komisijai pakanka įrodyti, kad kainos buvo pakankamai žemos, kad pašalintų varžovą iš rinkos. Taip pat nėra reikalaujama įrodyti, kad dominuojanti įmonė galės susigrąžinti nuostolius ateityje.

Mūsų nuomone, tai, kad ne padariniai, o ketinimai yra „grobuoniškų“ kainų įvertinimo objektas, yra vienas didžiausių *AKZO* taisyklės trūkumų. Tai, kad *ECS* realiai neprarado atitinkamos rinkos dalies dėl *AKZO* veiksmų, sąlygojo tik baudos, nustatytos įmonei *AKZO*, sumažinimą iki 7,5 milijono ECU, tačiau neturėjo reikšmės kainų įvertinimui. Byloje pateikta formuluotė „vykdomas kaip plano dalis“ daro aliuziją į tam tikrą lygį sąmoningos ir sistemingos strategijos. *AKZO* antikonkurencinės intencijos buvo išaiškintos iš šios įmonės rašytinių dokumentų. Tačiau ši byla buvo pamoka kitiems ūkio subjektams, ir tikėtina, kad šioje srityje įmonės atsargiau vertins tai, ką įformina raštu. Nesant rašytinių įrodymų, „intencijos“ kriterijus yra labai diskutuotinas, nes bet kuri įmonė norėtų pašalinti savo konkurentus. Maža to, kai kurie komentatoriai netgi teigia, jog ir *AKZO* rašytiniuose dokumentuose išsakyti grasinimai galėjo būti interpretuojami įvairiai¹⁵⁰, taigi nebuvo neabejotinas intencijos įrodymas. Todėl, vietoje „intencijos“ analizės, yra būtina nustatyti aiškų, objektyvų kriterijų. Mūsų nuomone, tinkamiausias kriterijus čia būtų reali įmonės galimybė kompensuoti „grobuoniškumo“ laikotarpiu patirtus nuostolius. Jei ūkio subjektas imasi „grobuoniškų“ kainų nustatymo, tačiau planas nepavyksta, ši situacija yra naudinga vartotojams – laikinas kainų sumažėjimas, ir žalinga tik pačiam dominuojančiam ūkio subjektui.

¹⁴⁷ Jones A., Sufrin B. *EC Competition Law. Texts, Cases and Materials. Second Edition.* London, Oxford university press, 2003. P 332; Smith P. A. *The Wolf In Wolf's Clothing: The Problem with Predatory Pricing // European Law Review.* 1989, Nr. 14-4. P. 34

¹⁴⁸ Action brought on 10 August 2004 by *Wanadoo S.A. against the Commission of the European Communities.* Case T-339/04: Official Journal C 262 , 23/10/2004 P. 0053 - 0053

¹⁴⁹ *Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities.* Case C-333/94 P. [1996] ECR I-5951

¹⁵⁰ Kon S., Turnbull S. *Pricing And the Dominant Form: Implications Of The Competition Commission Appeal Tribunal's Judgement In The Napp Case // European Competition Law Review.* 2003, Nr. 24-2. P. 21

JAV „grobioniškumas“ pripažįstamas turintis dvi fazes – „grobioniškų“ kainų nustatymo fazę ir „kompensacijos“ (angl. *recoupment*) fazę¹⁵¹. Pirmoji fazė suprantama kaip investicija į strategiją, kuri turi atnešti pelną. Taigi pripažįstami monės kainos „grobioniškais“ yra būtina įrodyti, kad antroji fazė buvo reali ir kad visa „grobioniška“ strategija pasibaigė ar būtų pasibaigusi pelno gavimu.

Įrodant galimą piktnaudžiaujančio ūkio subjekto pelną iš šios strategijos, turėtų būti analizuojama atitinkamos rinkos struktūra, kliūtys įeiti į rinką. Jei patekimui į rinką daugiau kliūčių nėra, įmonė negalės susigražinti patirtų nuostolių, nes kovos su vis naujais konkurentais ir negalės kompensuoti patiriamų nuostolių. Taigi „grobioniškumas“ čia nepasiteisintų. Tačiau, nors kompensacija būtų lengvai įrodoma tais atvejais, kai „grobioniškumas“ jau pasiekė savo antrąją fazę, šis kriterijus būtų sunkiai nustatomas tuomet, kai investicijų susigražinimas dar neprasidėjo. Teismas ar kompetetinga institucija tokiu atveju būtų įpareigoti numatyti atitinkamos rinkos vystymosi tendencijas, naujas galimas kliūtis. Tokiu atveju galėtų būti atsižvelgiama į ūkio subjekto „intenciją“.

Teisinėje ir ekonominėje literatūroje nėra pasiektas bendras sutarimas, ar kompensacijos galimybė turėtų sudaryti atskirą reikalavimą įrodant „grobioniškas“ kainas, ar tai – tik dominuojančio subjekto elgesio paaiškinimas, neturintis didesnės praktinės reikšmės¹⁵². Kadangi „grobioniško“ siekio pašalinti iš rinkos konkurentus esmė yra vėlesnis kainų padidėjimas iki tokio lygio, kad ūkio subjektas naudotųsi sustiprintos savo dominuojančios padėties teikiama nauda, mūsų nuomone ne ketinimai, o padariniai turėtų būti „grobioniškų“ kainų įvertinimo objektas. Šis kriterijus yra aiškus ir remiasi objektyvia analize, o ne sunkiai įrodomais subjektyviais siekais.

Tinkamas „grobioniškų“ kainų reguliavimas turi esminę reikšmę bendrosios rinkos vertybių įgyvendinimui. Jei ūkio subjekto kainos, mažesnės nei tos, kurias nustato įtariamojo „grobioniškumu“ konkurentai, bus laikomos nesąžiningomis, kainų konkurencija bus užšaldyta. Tokį pat poveikį turi ir teisinio aiškumo stoka, neleidžianti ūkio subjektui tiksliai žinoti, kaip kompetetingų institucijų būtų įvertinti jo planuojami atlikti veiksmai¹⁵³. Todėl labai svarbu nustatyti veiksmingą taisyklę, kuri atskleistų ES konkurencijos teisės vertybių hierarchiją – ar norima konkurencingos rinkos taip pat kaip laisvos, ar EBS Sutarties konkurencijos taisyklių tikslas yra kuo daugiau įmonių rinkoje?

¹⁵¹ Ryan A., Soames T. Predatory Pricing In Air Transport // *European Competition Law Review*. 1994, Nr. 15-3; Ritter C. Does the Law of Predatory Pricing and Cross-Subsidisation Need a Radical rethink? // *World Competition*. 2004, Nr. 27-4.

¹⁵² Lindeborg S. P., Pettersson T. Comments On A Swedish Case On Predatory Pricing – Particularly On Recoupment // *European Competition Law Review*. 2001, Nr. 22-3.

¹⁵³ Jones A. Distinguishing Predatory Prices From Competitive Ones: Tetra Pak II // *European Intellectual Property Review*. 1995. Nr. 17-5.

Šiuo metu Europos Sąjungos konkurencijos teisėje nėra nustatyta jokie pakankamo „grobuniškumo“ apibrėžimo, atskiriančio jį nuo tam tikro lygio konkurencijos. Nors yra teigiama, jog „grobuniškos“ kainos turi būti vertinamos kiekvienos bylos pagrindu, atsižvelgiant į tos bylos aplinkybes, mūsų manymu „grobuniškų“ kainų įvertinimo standartas, kaip ir bet kokia kita teisės taisyklė, turėtų nubrėžti aiškia ribą tarp teisėtų ir „nesąžiningų“ kainų, taip suteikdamas bendrojoje rinkoje veikiantiems ūkio subjektams pakankamai teisinio aiškumo.

Ūkio subjekto kainų įvertinimas turėtų būti paremtas vidutinių kintamųjų kaštų analize – labiau preciziška, lengviau apskaičiuojama ir mažiau ideologiška, negu ji yra dabar¹⁵⁴. „Grobuniškos“ kainos turėtų būti įrodomos tik aiškiais, nedviprasmiškais skaičiavimais, kad konkurencijos teisė netaptų įrankiu įmonėms rinkoje išlaikyti kuo aukštesnes kainas.

Įvertinant ūkio subjekto kainas kaip „grobuniškas“, reikia nustatyti, ar yra galimybė, kad dėl tokių kainų nustatymo iš rinkos bus pašalinti tokio pat efektyvumo kaip ir įtariamais „grobikas“ ūkio subjektai. Konkurencijos politika yra suformuota konkurencijos, o ne konkurentų apsaugai¹⁵⁵. „Grobuniškumo“ įvertinimo taisyklė, kaip ir visa konkurencijos teisė, turėtų neleisti pašalinti iš rinkos tik tų konkurentų, kurių buvimas rinkoje didina vartotojų gerovę.

Todėl kitas žingsnis, įvertinant ūkio subjekto kainas kaip „grobuniškas“, turėtų būti „grobuniškų“ investicijų kompensacijos galimybės analizė. Deja, iki šiol Europos Teismo ir Komisijos praktikoje šiam aspektui dėmesio nebuvo skirta. Tačiau yra didžiulis skirtumas tarp racionalaus „grobuniškumo“ ir kainų sumažinimo, kai taip pasielgęs ūkio subjektas tam tikrą laiką sąlygoja naudą vartotojams dėl mažų kainų ir galiausiai pakenkia tik sau, negalėdamas susigrąžinti šių investicijų.

Taigi, Komisijai įrodžius, kad ūkio subjekto nustatytos kainos buvo mažesnės, nei leidžia įtvirtinta aiški, kaštais paremta taisyklė, įtariamajam turi būti suteikta galimybė įrodyti tokios kainų struktūros pagrįstumą. Pabrėžtina, kad Europos Sąjungos konkurencijos teisė taip pat turėtų pateikti galimų ūkio subjekto gynybos būdų gaires. Jei pagrįstumas nėra įrodomas, Komisijos užduotis būtų sėkmingos „grobuniškų“ investicijų kompensacijos galimybės įrodymas.

¹⁵⁴ Ritter C. Does the Law of Predatory Pricing and Cross-Subsidisation Need a Radical rethink? // World Competition. 2004, Nr. 27-4.

¹⁵⁵ Ibid. P. 67

IŠVADOS

1. Būtina patikslinti konkurencijos teisės normas, apibrėžiančias dominuojančią padėtį Europos Sąjungoje ir Lietuvos Respublikoje, formuluojant jas taip, kad būtų išvengta vertinamųjų sąvokų (tokių kaip „efektyvi konkurencija“, „veiksmingas ribojimas“, „apčiuopiamu mastu“). Tokie kriterijai turėtų būti tiksliai apibrėžti ir vienodai taikomi kiekvienoje konkrečioje byloje. Universalūs dominuojančios padėties į vertinimo kriterijai būtų tikslesni, objektyvesni, lengviau taikomi ir, užtikrindami didesnę teisinio apibrėžtumo lygį, leistų išvengti nepagrįsto kišimosi į ūkio subjektų veiklą ir brangiai kainuojančių bylinėjimosi procedūrų. Taip būtų užtikrinamas ir vienas pagrindinių Europos Sąjungos principų – proporcingumas;
2. Būtina nustatyti tiksliai apibrėžtus, ekonomine analize paremtus kriterijus, pagal kuriuos kompetetingos konkurencijos institucijos nustatytų atitinkamą rinką ar vertintų ūkio subjekto kainų struktūrą kaip nesąžiningą. Tokių kriterijų, kaip prekės pakeičiamumo ar ūkio subjekto kaštų analizės taikymo skirtumai nagrinėjant konkrečias bylas, aiškios ir išsamios taisyklės nebuvimas apsunkina teismų ir kompetetingų konkurencijos institucijų darbą bei trukdo įgyvendinti teisinio aiškumo principą. Kiekviena byla turėtų būti sprendžiama atsižvelgiant tik į joje nustatytus faktus, tačiau – taikant objektyvią taisyklę, o ne kiekvienoje byloje sukuriant naują. Tokie kriterijai turėtų būti nustatyti teisės aktuose ir vienodai taikomi kiekvienoje konkrečioje byloje.
3. Ūkio subjektų veiksmus, nustatant nesąžiningas kainas, būtina vertinti atsižvelgiant tik į objektyvius kriterijus, išvengiant bet kokio subjektyvių ūkio subjekto siekių vertinimo. Todėl teisės aktuose turėtų būti nurodyti aiškūs ekonomine analize pagrįsti kriterijai, įgalinantys teismus ir kompetetingas konkurencijos institucijas tiksliai įvertinti realų ar potencialų ūkio subjekto veiksmų poveikį valstybių narių tarpusavio prekybai ar vartotojų gerovei. Ūkio subjekto kainų įvertinimo taisyklės turėtų aiškiai nurodyti taikomos konkurencijos teisės vertybių hierarchiją, ir saugoti konkurenciją, o ne konkurentus ir neleisti pašalinti iš rinkos tik tų konkurentų, kurie yra pajėgūs efektyviai veikti rinkoje ir kurių buvimas rinkoje didina vartotojų gerovę.
4. Būtina rekomendacinio pobūdžio teisės aktuose pateikti tikslus, ekonomine poveikio valstybių narių tarpusavio prekybai analize pagrįstus kriterijus, kurie padėtų tiksliai išsiaiškinti, kokie specifiniai elgesio tipai gali būti pripažinti piktnaudžiavimu. Tokie kriterijai turėtų eliminuoti kompetetingų institucijų klaidos tikimybę ir sudaryti aiškia teisinę aplinką dominuojančią padėtį užimantiems ūkio subjektams, kad prieš imdamiesi

jiems naudingos veiklos galėtų tiksliai numatyti, kaip toks elgesys bus įvertintas kompetetingų konkurencijos institucijų.

5. Bendro *per se* teisėtumo teisinio modelio įtvirtinimas visiems nepagrįstai didelių kainų atvejams gerokai supaprastintų teisės taikymą, aprūpindamas įmones aiškesne teisine aplinka. Šis teisinis modelis turėtų būti taikomas, atsižvelgiant į tris išimtines aplinkybes, kurioms esant EBS Sutarties 82 (a) str. ir jo atitikmenys valstybėse narėse būtų taikomas nepagrįstai didelių kainų atveju:
 - a. Ūkio subjektas užima monopolinę padėtį rinkoje, ir tokia jo padėtis nėra praeities investicijų ar inovacijų rezultatas, o yra sąlygota neįveikiamų teisinių kliūčių įeiti į rinką;
 - b. Ūkio subjekto nustatytos prekių ar paslaugų kainos žymiai viršija jo vidutinius bendruosius kaštus; ir
 - c. Yra tikimybė, kad tokios kainos riboja naujų prekių ar paslaugų atsiradimą gretimose rinkose.

Šios trys sąlygos, kurios turėtų būti taikomos kiekvienoje konkrečioje byloje, taikytinos kumuliatyviai.

6. Įvertinant ūkio subjekto veiklą kaip „groubuonišką“, būtina atsižvelgti tik į pelno „paaukojimą“ trumpame laiko periode.
7. Ūkio subjekto nustatyta kaina, lygi ar viršijanti pagrįstai numatomus VKK, turėtų būti preziumuojama teisėta. Kaina, mažesnė už pagrįstai numatomus VKK, turėtų būti preziumuojama neteisėta.
8. Teisės aktuose būtina įtvirtinti tokius „groubuoniškų“ kainų įvertinimo kriterijus, kurių objektas yra ne ūkio subjekto ketinimai, o padariniai. Įvertinant kainas kaip „groubuoniškas“ būtina įrodyti prarasto pelno kompensacijos galimybę. Šie kriterijus būtų aiškūs ir remtųsi objektyvia analize, o ne sunkiai įrodomais subjektyviais siekiais. Kompensacijos galimybės įrodymo našta turėtų priklausyti Komisijai.
9. Nustatant objektyvius „groubuoniškų“ kainų įvertinimo kriterijus, taip pat turėtų būti įtvirtintos ūkio subjekto gynybos nuo tokių įtarimų būdų gairės.
10. Ūkio subjektų veiksmų vertinimo kriterijus būtina nustatyti taip, kad jie kuo mažiau ribotų laisvą ir atvirą konkurenciją kainomis. Dominuojantys ūkio subjektai ne tik turi teisę, bet turėtų būti skatinami konkuruoti kainomis.

LITERATŪROS SĄRAŠAS

Lietuvos Respublikos teisės aktai ir Konkurencijos tarybos nutarimai

1. Lietuvos Respublikos Konstitucija // V.Ž. 1992, Nr. 3-953.
2. Europos sutartis, steigianti asociaciją tarp Europos Bendrijų bei jų šalių narių, iš vienos pusės, ir Lietuvos Respublikos, iš kitos pusės // V.Ž. 1998, Nr. 11-266.
3. Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas // V.Ž. 2000, Nr. 74-2262.
4. Lietuvos Respublikos Konkurencijos įstatymas // V.Ž. 1992, Nr. 29-841 (neteko galios).
5. Lietuvos Respublikos Konkurencijos įstatymas // V.Ž. 1999, Nr. 30-856 (aktuali redakcija).
6. Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymo įsigaliojimo įstatymas // V.Ž. 1999, Nr. 30-857.
7. Lietuvos Respublikos konkurencijos tarybos nutarimas „Dėl Konkurencijos tarybos paaiškinimų dėl atitinkamos rinkos apibrėžimo“ // V.Ž. 2000, Nr. 19-487.
8. Lietuvos Respublikos konkurencijos tarybos nutarimas „Dėl Konkurencijos tarybos paaiškinimų dėl dominuojančios padėties nustatymo“ // V.Ž. 2000, Nr. 52-1516.

Europos Bendrijos ir užsienio šalių teisės aktai

9. Treaty establishing the European Community // [1997] OJ C 340/173-308.
10. Council Regulation No 1216/1999 amending Regulation No 17: first Regulation implementing articles 81 and 82 of the Treaty // [1999] OJ L 148.
11. Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty // [2003] OJ L 1/5.
12. United Kingdom Competition Act 1998// <http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1998/19980041.htm>; prisijungimo laikas: 2006-11-05.

Kiti oficialūs Europos Bendrijos ir užsienio šalių dokumentai ir publikacijos

13. Opinion of the Economic and Social Committee on the “White paper on Modernisation of the rules Implementing Articles 81 and 82 of the Treaty - Commission Programme No 99/027”//[2000] OJ C 51/15.

14. Opinion of the Economic and Social Committee on the Proposal for a Council Regulation on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty and amending Regulations EEC No 1017/68, EEC No 2988/74, EEC No 4056/86 and EEC No 3975/87 (“Regulation implementing Articles 81 and 82 of the Treaty”) // [2001] OJ C 155/73.
15. Proposal for a Council Regulation on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty and amending Regulations EEC No 1017/68, EEC No 2988/74, EEC No 4056/86 and EEC No 3975/87 (“Regulation implementing Articles 81 and 82 of the Treaty”) // [2002] OJ C 365 E/28.
16. Proposal for a Council Regulation on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty and amending Regulations EEC No 1017/68, EEC No 2988/74, EEC No 4056/86 and EEC No 3975/87 (“Regulation implementing Articles 81 and 82 of the Treaty”) // [2002] OJ C 72 E/305.
17. Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law // [1997] OJ C 372.
18. Commission Notice – Guidelines on The effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty // [2004] OJ C 101/81.
19. Commission Notice on informal guidance relating to novel questions concerning Articles 81 and 82 of the EC Treaty that arise in individual cases (guidance letters) // [2004] OJ C 101/78.
20. Decision of the Director General of fair trading No CA98/2/2001 // <http://www.oft.gov.uk/NR/rdonlyres/07EF6E4E-76F4-4C99-99CF-4200A622D6CE/0/napp.pdf> ; prisijungimo laikas: 2006-09-22.

Vadovėliai, monografijos

21. Baumol W. J., Blinder A. S. Economics principles and policy. Ninth edition. Thomson, 2004.
22. Cairns W. Europos Sąjungos teisės į vadas. Vilnius, Eugrimas, 1999.
23. Capobianco A. The essential facility doctrine: similarities and differences between the American and European approaches // European Law Review. Volume 26, December 2001.
24. Craig P., de Burca G. EU Law – Text, Cases and Materials. Third edition. London, Oxford University press, 2003.
25. European Community Competition Law in Practice. London, Oxford university press, 2004.

26. Faul J., Nikpay A. The EC Law of Competition. London, Oxford university press, 1999.
27. Goyder D. G. EC Competition Law. Fourth edition. London, Oxford university press, 2003.
28. Hartley T. C. European Union Law in a Global Context. Text, Cases and Materials. Cambridge university press, 2004.
29. Hope S. Applied Microeconomics. Chichester, John Wiley & Sons LTD, 1999.
30. Jakutis A., Petraškevičius V., Stepanovas A., Šečkutė L., Zaicev S. Ekonomikos teorija. Vilnius, Eugrimas, 2005.
31. Jones A., Sufrin B. EC Competition Law. Texts, Cases and Materials. Second Edition. London, Oxford university press, 2003.
32. Korah V. An introductory guide to EC Competition Law and Practice. Hart publishing, 2004.
33. Martinkus B., Žilinskas V. Ekonomikos pagrindai. Kaunas, Technologija, 1997.
34. Tidikis R. Socialinių mokslų tyrimo metodologija. Vilnius: LTU, 2003.
35. Usher J. A. Bendrieji Europos Bendrijos teisės principai. Vilnius, Naujoji Rosma, 2001.

Mokslinės publikacijos

36. Andrews P. Is Meeting Competition A Defence To Predatory Pricing? The Irish Sugar Decision Suggests A New Approach // European Competition Law Review. 1998, Nr. 19-1.
37. Areeda P., Turner D. F. Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act // Harvard Law review. 1975, Nr.88.
38. Evans D. S., Padilla A. J. Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules // Journal of Competition Law & Economics. 2005, Nr. 1.
39. Glossop P. Canada: Abuse of Dominant Position – Petrol Prices // European Competition Law Review. 2006, Nr. 27-8.
40. Glossop P. Canada: Predatory Pricing – No Private Action – No Tort Committed // European Competition Law Review. 1996, Nr. 17-1.
41. Jones A. Distinguishing Predatory Prices From Competitive Ones: Tetra Pak II // European Intellectual Property Review. 1995. Nr. 17-5.
42. Kingdon J. S. Economic Argument in Anti-Trust Cases: An American Litigator's Perspective // European Competition Law Review, 1987. Nr. 8-4.

43. Kon S., Turnbull S. Pricing And the Dominant Form: Implications Of The Competition Commission Appeal Tribunal's Judgement In The Napp Case // European Competition Law Review. 2003, Nr. 24-2.
44. Lindeborg S. P., Pettersson T. Comments On A Swedish Case On Predatory Pricing – Particularly On Recoupment // European Competition Law Review. 2001, Nr. 22-3.
45. Motta m., de Streel A. Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law // www.iue.it/Personal/Motta/Papers/ExcessivePrices18122003.pdf; prisijungimo laikas 2006-10-03.
46. Rapp R. T. Predatory Pricing and Entry deterring Strategies: the Economics of AKZO // European Law Review. 1986, Nr. 7-3.
47. Ritter C. Does the Law of Predatory Pricing and Cross-Subsidisation Need a Radical rethink? // World Competition. 2004, Nr. 27-4.
48. Ritter C. Predatory Pricing Law in Canada, Australia and New Zealand: Recent Developments // European Competition Law Review. 2005, Nr. 26-1.
49. Ryan A., Soames T. Predatory Pricing In Air Transport // European Competition Law Review. 1994, Nr. 15-3.
50. Scherer F. M. Predatory Pricing Under Section 2 Of The Sherman Act. Harvard Law review. 1976, Nr. 89
51. Smith P. A. The Wolf In Wolf's Clothing: The Problem with Predatory Pricing // European Law Review. 1989, Nr. 14-4.
52. Soriano L. M. How Proportionate Should Anti-competitive State Intervention Be? // European Law Review. 2003, Nr. 28-1.

Europos teisingumo teismo ir Pirmosios instancijos teismo sprendimai

53. *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities*. Case 27/76 [1978] ECR 207: 1 CMLR 429.
54. *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities*. Case 322/81 [1983] ECR 3461.
55. *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities*. Case 6/72 [1973] ECR 215.
56. *Ahmed Saeed Flugreisen and Silver Line Reisebüro GmbH v Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.* Case 66/86 [1989] ECR 803.
57. *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v Commission of the European Communities*. Case 75-84 [1986] ECR 3021.

58. British Airways plc v Commission of the European Communities. [2000] 4 CMLR 999: on appeal to the CFI as Case T-219/99.
59. AKZO Chemie BV v Commission of the European Communities. Case C-62/86 [1991] ECR I-3359.
60. Compagnie Maritime Belge v. Commission. Case C-395/96 P [2000] ECR I-1365: CMLR 1076.
61. *Gerhard Züchner v Bayerische Vereinsbank AG*. Case 172/80 [1981] ECR 2021
62. Hoffmann-La Roche. Case 85/76 [1979] ECR 461,541: CMLR 211, 290.
63. Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities. Case C-333/94 P. [1996] ECR I-5951.
64. General Motors BV v Commission of the European Communities. Case C-551/03 P. [2003] ECR I-3173.
65. British Leyland Public Limited Company v Commission of the European Communities. Case 226/84 [1986] ECR 3263.
66. Action brought on 10 August 2004 by *Wanadoo S.A. against the Commission of the European Communities*. Case T-339/04: Official Journal C 262 , 23/10/2004 P. 0053 - 0053 .

SANTRAUKA

PIKTNAUDŽIAVIMAS DOMINUOJANČIA PADĖTIMI, PASIREIŠKIANČIIS NESĄŽININGŲ KAINŲ NUSTATYMU. ESMĖ IR YPATUMAI

Pagrindinės sąvokos: konkurencija; dominuojanti padėtis; rinka; piktnaudžiavimas; nepagrįstai didelės kainos; „grobioniškos“ kainos; kaštai.

Magistro baigiamajame darbe iškeliamą problemą, kad Europos Bendrijos konkurencijos teisėje nėra nustatyti piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi, nustatant nesąžiningas kainas, vertinimo principai, esant smulkių ir vidutinių įmonių apsaugos bei laisvos rinkos vertybių kolizijai. Šiai problemai spręsti darbe analizuojami Europos Sąjungos, kai kurių jos valstybių narių kompetetingų institucijų sprendimai, taip pat Europos bei JAV žymių teisės teoretikų bei mokslininkų ekonomistų siūlymai. Daroma išvada, kad visiems nepagrįstai didelių kainų atvejams reikėtų taikyti per se teisėtumo taisyklę, o įvertinant ūkio subjekto veiklą kaip „grobionišką“, reikėtų laikyti, kad kaina, mažesnė už pagrįstai numatomus vidutinius bendruosius kaštus, yra neteisėta.

Draudimą piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi, nustatant nesąžiningas kainas, numato EBS Sutarties 82 (a) straipsnis. Atitinkama norma yra nustatyta ir Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymo 9 straipsnio 1 dalyje. Bet kuriuo su šiuo draudimu susijusiu atveju, yra itin svarbūs du elementai: turi būti įrodyta, kad ūkio subjektas užima dominuojančią padėtį rinkoje ir kad ta dominuojančia padėtimi buvo piktnaudžiauta. Todėl šiame darbe yra nagrinėjami ir atskleidžiami ir fundamentalūs nesąžiningų kainų įvertinimo sunkumai, kylantys išrodant įmonės dominavimą ir piktnaudžiavimą šia padėtimi.

Kainų konkurencija yra laisvos ir atviros konkurencijos esmė. Ūkio subjekto kainų įvertinimo taisyklės turėtų aiškiai nurodyti taikomos konkurencijos teisės vertybių hierarchiją, ir saugoti konkurenciją, o ne konkurentus. Todėl šiame darbe nesąžiningų kainų nustatymas yra nagrinėjamas, atskleidžiant jį sąlygojančias ekonomines priežastis, taip pat ne tik teisinius, bet ir ekonominius kriterijus, kuriais remiantis turėtų būti vertinamos ūkio subjekto nustatytos kainos. Būtina nustatyti tiksliai apibrėžtus, ekonomine analize paremtus objektyvius kriterijus, pagal kuriuos kompetetingos konkurencijos institucijos vertintų ūkio subjekto kainų struktūrą kaip nesąžiningą. Kiekviena byla turėtų būti sprendžiama atsižvelgiant tik į joje nustatytus faktus, tačiau – taikant objektyvią taisyklę, o ne kiekvienoje byloje sukuriant naują. Tokie kriterijai turėtų būti nustatyti teisės aktuose ir vienodai taikomi kiekvienoje konkrečioje byloje.

Bendro *per se teisėtumo* teisinio modelio įtvirtinimas visiems nepagrįstai didelių kainų atvejams gerokai supaprastintų teisės taikymą, aprūpindamas įmones aiškesne teisine aplinka. Šis

teisinis modelis turėtų būti taikomas, atsižvelgiant į tris išimtines aplinkybes, kada kompetetingų institucijų įsikišimas yra reikalingas: įmonė užima monopolinę padėtį rinkoje, ir tokia jos padėtis nėra praeities investicijų ar inovacijų rezultatas, o yra sąlygota neįveikiamų teisinių kliūčių įeiti į rinką; įmonės nustatytos prekių ar paslaugų kainos žymiai viršija įmonės vidutinius bendruosius kaštus; yra tikimybė, kad tokios kainos riboja naujų prekių ar paslaugų atsiradimą gretimose rinkose.

Įvertinant ūkio subjekto veiklą kaip „grobuonišką“, būtina atsižvelgti tik į pelno „paaukojimą“ trumpame laiko periode. Ūkio subjekto nustatyta kaina, lygi ar viršijanti pagrindai numatomus vidutinius bendruosius kaštus, turėtų būti preziumuojama teisėta. Kaina, mažesnė už pagrindai numatomus vidutinius bendruosius kaštus, turėtų būti preziumuojama „grobuoniška“.

Ūkio subjektų veiksmų vertinimo kriterijus būtina nustatyti taip, kad jie kuo mažiau ribotų laisvą ir atvirą konkurenciją kainomis. Dominuojantys ūkio subjektai ne tik turi teisę, bet turėtų būti skatinami konkuruoti kainomis.

SUMMARY
**ABUSE OF A DOMINANT POSITION IMPOSING UNFAIR PRICES.
NATURE AND PECULARITIES**

Keywords: *competition; dominant position; market; abusive behaviour; excessive pricing; predatory pricing; costs.*

European Union's competition law problem, considered in this paper, is the absence of common principles, used to assess an abusive behaviour, imposing unfair prices, when facing an interaction of two values – protection of small and medial companies and free market. When adjudicating this problem rulings of competent institutions of European Union and of some member states are analysed; propositions of well known european and american scholars of law and economics are also under consideration in this paper. An author comes to a conclusion that a common per se legal standart should be used in all excessive pricing cases. When assessing predation, a price below reasonably anticipated average variable costs should be conclusively presumed unlawful.

Article 82 of the EC Treaty prohibits abuse by one or more undertakings of a dominant position by imposing unfair prices. Competition act of the Republic of Lithuania has an adequate rule. In any case, related with this prohibition, two elements are of first importance – evidence of dominant position and testimony of abuse of that position. Therefore fundamental discomfort of price assessment when deciding a dominant position and abuse are scrutinized and educed in this paper.

A price competition is the essence of free and open competition. Rules of pricing assessment should apparently indicate hierarchy of competition law values and protect a competition, not competitors. Therefore in this paper imposition of unfair prices is analysed disclosing determinant economic grounds. Moreover, it is not only juridical yardstics, that are revealed, but also economic criterions, which are to be involved when assessing certain prices of an undertaking. It is essential to designate explicit and impartial economic-based criterions, which would be indicator for competent institutions to assess as “unfair” a price structure of an undertaking. Each case should be adjudicated not only considering specific facts, but also invoking an objective rule. These criterions should not be designed in a particular case, but should be established in acts of law.

Specyfing a common *per se* legal standart for all excessive pricing cases would greatly simplify the application of the law, providing undertakings with a more certain legal enviroment. This *per se legality* standart should be applied case-by-case with the associated three exceptional

cumulative circumstances, which indicate a rationale for competent institutions to intervene: the firm enjoys a (near) monopoly position in the market, which is not the result of past investments or innovations, and which is protected by insurmountable legal barriers to entry; the prices charged widely exceed its average total costs; and there is a risk that those prices may prevent the emergence of new goods and services in adjacent markets.

It is only short run loss, that should be involved in assessment of predation. A price at or above reasonably anticipated average variable costs should be conclusively presumed lawful. A price below reasonably anticipated average variable costs should be conclusively presumed predatory.

The less restrictive criterions of pricing assessment, the more free and open competition. Dominant undertakings not simply have a right, but they should be encouraged to compete in prices.

Darbas baigtas 2006 m. gruodžio 7 dieną.

Gintarė Kudulytė