



ISSN 1392–6195 (print)
ISSN 2029–2058 (online)
JURISPRUDENCIJA
JURISPRUDENCE
2010, 2(120), p. 305–323.

PREKIŲ SUSIEJIMAS KAIP PIKTNAUDŽIAVIMO DOMINUOJANČIA PADĖTIMI FORMA

Daivis Švirinas, Ana Novosad

Mykolo Romerio universiteto Teisės fakulteto

Verslo teisės katedra

Ateities g. 20, LT-08303 Vilnius, Lietuva

Telefonas (+370 5) 271 4525

Elektroninis paštas daivis.svirinas@lawway.lt; ana_novosad@yahoo.com

Pateikta 2009 m. lapkričio 5 d., parengta spausdinti 2010 m. balandžio 6 d.

***Anotacija.** Straipsnyje nagrinėjama, kokiais atvejais dominuojančio ūkio subjekto taikoma įvairių prekių ar paslaugų¹ susiejimo (sujungimo) praktika laikytina piktnaudžiovimu dominuojančia padėtimi ir atitinkamai Sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo 102 straipsnio pažeidimu. Autoriai atskleidžia susiejimo sampratą, nagrinėja atskiras jo rūšis, ekonominius susiejimo aspektus bei jų įtaką teisiniam susiejimo vertinimui; analizuoja bei kritiškai vertina Europos Komisijos, Europos Bendrijos bei JAV teismų praktiką, Sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo 102 straipsnio reformos pagrindinius Komisijos parengtus dokumentus ir juose suformuluotus susiejimo praktikos vertinimo principus bei kriterijus. Nagrinėjama, kokiais atvejais susiejimas gali kelti pavojų konkurencijai ir kokiais atvejais tokia praktika galėtų būti objektyviai pateisinama.*

***Reikšminiai žodžiai:** susiejimas, sujungimas, grynasis sujungimas, mišrusis sujungimas, techninis susiejimas, sutartinis susiejimas, rinkos uždarymas, objektyvus pateisinimas, veiksmingumas.*

1 Toliau apibendrintai prekės bei paslaugos vadinamos „prekėmis“.

Įvadas

Automobilio pardavimas kartu su ratais ir padangomis, integruota garso sistema, siūlymas suteikti nuolaidą internetui, jeigu kartu iš to paties paslaugų teikėjo įsigijamos skaitmeninės televizijos transliavimo paslaugos, asmeninio kompiuterio pardavimas kartu su jau įdiegta operacine sistema, pasiūlymas pirkti kompleksinius pietus už patrauklesnę kainą – tai tik keletas prekių susiejimo pavyzdžių, kurie seniai tapo normalia mūsų gyvenimo dalimi. Tačiau kai kuriais atvejais kelių prekių susiejimas gali riboti konkurenciją ir dėl to būti draudžiamas konkurencijos teisėje. Susiejimas gali būti vertinamas ir pagal draudžiamų susitarimų, ir pagal piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi instituto normas. Šiame straipsnyje nagrinėjama tik tokia dominuojančio ūkio subjekto praktika, kuri gali būti vertinama kaip piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi.

Prekių susiejimas (ir sujungimas), taikomas dominuojančio ūkio subjekto, – vienas iš tų piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi atvejų, kurie vis dar kelia nemažai diskusijų Europos Bendrijos (toliau – EB) konkurencijos teisėje. Atrodo, jog Komisijos bei Pirmosios instancijos teismo (toliau – PIT) sprendimai *Microsoft* byloje² (toliau – *Microsoft* byla) bei Komisijos vėliau išleista 2005 m. Diskusijų knyga³ ir 2008 m. Komunikatas⁴ dėl EB steigimo sutarties⁵ 82 straipsnio taikymo (toliau – Komunikatas) atsakė į daugelį klausimų, susijusių su susiejimo praktikos vertinimu konkurencijos teisėje, tačiau sukėlė dar daugiau diskusijų ir gana prieštarigus EB konkurencijos teisės mokslininkų ir praktikų vertinimus. Susiejimo praktikos, taikomos dominuojančio ūkio subjekto, vertinimui dėmesio savo monografijose skyrė tokie EB konkurencijos teisės mokslininkai kaip A. Jones ir B. Sufrin⁶, R. Whish⁷, R. van den Bergh ir P. Camesasca ir kt.; bene daugiausiai susiejimą nagrinėjo Robert O’Donoghue ir Jorge Atilano Padilla⁸. Tačiau daugelyje šių darbų susiejimo vertinimo problemos buvo analizuojamos fragmentiškai ir/ar neatsižvelgiant į pastaruosiu metu Komisijos įvykdytą EB steigimo sutarties 82 straipsnio (dabar – Sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo⁹ (toliau – Sutartis) 102 straipsnio) reformą (t. y. jau minėtą Komisijos požiūrį į susiejimą, išdėstyta Diskusijų knygoje bei Komisijos komunikate). Be to, būtent Komisijos įvykdyta refor-

2 Žr. *Microsoft* [2007] OL L32/23 ir bylą T-201/04, *Microsoft Corp. v. Commission* [2004] ETA II-2977.

3 DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. [interaktyvus]. Brussels, 2005 [žiūrėta 2009-10-12]. <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/disc-paper2005.pdf>>.

4 Komisijos komunikatas – Komisijos įgyvendinimo prioritetų taikant EB sutarties 82 straipsnį dominuojančių įmonių piktnaudžiaujamam antikonkurenciniam elgesiui gairės. [2009] OL C 45/7.

5 Europos Bendrijos steigimo sutartis. [2002] OL, C325/33. 2009 m. gruodžio 1 d. įsigaliojus Lisabonos sutarčiai ([2007] OL C306) Europos Bendrijos steigimo sutartis pervardyta Sutartimi dėl Europos Sąjungos veikimo bei pakeista sutarties straipsnių numeracija.

6 Jones, A.; Sufrin, B. *EC Competition Law. Text, Cases, and, Materials*. Third Edition. Oxford: Oxford University Press, 2008.

7 Whish, R. *Competition law*. Sixth Edition. London: LexisNexis, 2009.

8 O’Donoghue, R.; Padilla, J. *The Law and Economics of Article 82 EC*. North America (US and Canada): Hart Publishing, 2006.

9 Sutartis dėl Europos Sąjungos veikimo. [2008] OL C115/47.

ma atgaivino debatus dėl tinkamiausių susiejimo teisinio vertinimo principų. Lietuvoje susiejimo tema iš viso nebuvo nagrinėta. Visa tai ir paskatino straipsnio autorius sugrįžti prie probleminių susiejimo vertinimo pagal Sutarties 102 straipsnį (atitinkamai Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymo¹⁰ 9 straipsnį) klausimų. Straipsnyje siekiama atskleisti susiejimo sampratą, trumpai apžvelgti jo rūšis bei ekonominius aspektus ir išsamiau išnagrinėti sąlygas, kurioms esant susiejimo praktika, taikoma dominuojančio ūkio subjekto, pažeidžia konkurencijos teisės normas tam pasitelkiant sisteminės analizės, istorinį bei lyginamąjį metodus.

1. Susiejimo samprata

Siekiant atskleisti susiejimo praktikos sampratą neišvengiamai reikėtų apibrėžti pačią susiejimo sąvoką, nurodyti susiejimo rūšis bei atskleisti ekonominius susiejimo aspektus. Susiejimo rūšių išskyrimas nėra savitikslis – jis turi savo teisinę praktinę reikšmę, o susiejimo ekonominių aspektų analizė padeda suprasti susiejimo teisinio vertinimo ypatumus ir suformuluoti rekomenduojamus vertinimo principus.

1.1. Susiejimo sąvoka ir rūšys

Susiejimas konstatuotinas tada, kai tiekėjas sieja vienos prekės pardavimą su kitos skirtingos prekės įsigijimu iš tiekėjo arba iš jo paskirto asmens (pvz., tiekėjo įgalioto platintojo). Pirmoji prekė yra laikoma susiejančia (angl. *tying*) preke, o antroji – susieta (angl. *tied*) preke¹¹. Kalbant apie galimus piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi atvejus, „susiejimas“ įprastai suprantamas kaip situacija, kai pirkėjai, perkantys vieną (susiejančią) prekę, taip pat privalo įsigyti iš dominuojančio ūkio subjekto ir kitą (susietą) prekę¹². Tokiu atveju susiejančioji prekė įprastai pirkėjams nebūna prieinama atskirai, o susietąją prekę įsigyti atskirai yra įmanoma.

Pažymėtina, kad susiejimas gali būti įvardijamas kaip atsisakymo tiekti (angl. *refusal to supply*) forma – tais atvejais, kai ūkio subjektas atsisako parduoti susiejančiąją prekę be susietosios prekės, o abiejų prekių įsigijimas tampa esmine pardavimo sąlyga.¹³

Kaip nurodo Komisija savo išleistame Komunikate, susiejimas gali būti techninis arba sutartinis. *Techninis susiejimas* (angl. *technological tying*) įprastai suprantamas kaip fizinis produktų susiejimas tokiu būdu, jog tampa neįmanoma įsigyti vieną pre-

10 Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas. *Valstybės žinios*. 2004, Nr. 181-6732 (toliau – Konkurencijos įstatymas).

11 Komisijos pranešimas – Vertikaliųjų apribojimų komentarai. [2000] OL C 291/01, p. 215.

12 Komisijos komunikatas – Komisijos įgyvendinimo prioritetų taikant EB sutarties 82 straipsnį dominuojančių įmonių piktnaudžiaujamam antikonkurenciniam elgesiui gairės. [2009] OL C 45/7, p. 48.

13 Susiejimo praktika gana specifika, todėl teisiškai ji vertinama pagal atskiras, tik jai būdingas taisykles. Atitinkamai ir Komisija tiek Diskusijų knygoje, tiek Komunikate atsisakymą tiekti ir susiejimo praktiką nagrinėja atskirai.

kę be kitos¹⁴. Komisija Komunikate techninį susiejimą aiškina kaip susiejimą, kuriam esant siejantysis produktas sukurtas taip, kad tinkamai veiktų tik su susietąja preke (48 p.). *Sutartinis susiejimas* (angl. *contractual tying*) reiškia tokį susiejimą, kai pirkėjas, įsigydamas siejantįjį gaminį, sutarties pagrindu įsipareigoja įsigyti ir susietąjį gaminį. Sutarties 102 straipsnio d) punktas kaip tik ir draudžia sutartinį susiejimą, kuriame piktnaudžiavimu laikomas „sutarčių sudarymas tik kitoms šalims priimant papildomus įsipareigojimus, kurių pobūdis arba komercinė paskirtis neturi nieko bendra su tokiu sutarčių dalyku“¹⁵.

Sujungimas (angl. *bundling*), Komisijos nuomone, yra tokia praktika, kai du ar daugiau produktų siūlomi kaip vienas produktas (produktų „paketas“) (Diskusijų knygos 177 p.). Sujungimas taip pat gali būti dviejų rūšių. Jei produktai parduodami tik kartu, fiksuotomis proporcijomis, tai kalbame apie vadinamąjį *grynąjį sujungimą* (angl. *pure bundling*). Mišriojo sujungimo (angl. *mixed bundling*), dažnai vadinamo „nuolaida keliems produktams“, atveju prekes taip pat galima įsigyti atskirai, tačiau atskirai parduodamų prekių kainų suma yra didesnė nei sujungtų prekių kainų suma.

Tas faktas, kad Sutarties 102 straipsnyje yra paminėtas tik sutartinis susiejimas, nereiškia, jog kitos susiejimo ar sujungimo formos negali būti laikomos piktnaudžiavimu dominuojančia padėtimi: kaip pažymėjo Europos Teisingumo Tesimas (ETT) *Tetra Pak International SA v. Commission* (toliau – *Tetra Pak II*) byloje¹⁶, piktnaudžiavimų pavyzdžių, nurodytų Sutarties 102 straipsnyje, sąrašas nėra išsamus, o susiejimas gali būti laikomas piktnaudžiavimu netgi tais atvejais, kai susieti produktai yra susiję pagal savo pobūdį arba komercinę paskirtį.

Autoriai norėtų pažymėti, jog takoskyra tarp susiejimo bei grynojo sujungimo yra labai neaiški, nes abiem atvejais prekės yra parduodamos kartu ir abi jos ar viena iš jų negali būti įsigyjama atskirai. Susiejimo bei grynojo sujungimo sąvokas painioja ir kiti mokslininkai, pavyzdžiui, *Microsoft* korporacijos praktiką pardavinėti operacinę sistemą *Windows* tik kartu su medijos leistuve *Windows Media Player* (toliau – *WMP*) vieni vadina technologiniu susiejimu¹⁷, o kiti – technologiniu sujungimu¹⁸. Aiškiai iš visų rūšių išsiskiria tik mišrusis sujungimas, kai prekės gali būti parduodamos kartu ir atskirai, o atskirai jos parduodamos su atitinkama nuolaida visam „rinkiniui“ – šis bruožas nėra būdingas nei susiejimui, nei grynajam sujungimui¹⁹.

14 Whish, R. P., *supra* note 7, p. 680.

15 Konkurencijos įstatymo 9 straipsnio 4 punktas numato analogišką nuostatą, pagal kurią piktnaudžiavimu gali būti laikomas sutarties sudarymas, „kai kitai sutarties šaliai primetami papildomi įsipareigojimai, kurie pagal komercinį pobūdį ar paskirtį nėra tiesiogiai susiję su sutarties objektu“.

16 Byla T-83/91, *Tetra Pak International SA v. Commission* [1994] ETA II-755.

17 O'Donoghue, R.; Padilla, J. P., *supra* note 8, p. 478.

18 Žr. Whish, R. P., *supra* note 7, p. 684.

19 Dėl tokios mišriojo sujungimo specifikos ir jo ekonominis bei teisinis vertinimas pasižymi tam tikra specifika. Dėl anksčiau išvardytų priežasčių toliau straipsnyje autoriai susiejimą ir sujungimą bendrai vadina „susiejimu“ arba „susiejimo praktika“, o prirėikus nurodys konkrečią susiejimo ar sujungimo rūšį.

1.2. Ekonominiai susiejimo aspektai

Susiejimas yra įprasta komercinė praktika ir jis gali būti ekonomiškai naudingas netik jį taikančiam ūkio subjektui, bet ir susietas prekes išsigyjantiems pirkėjams. Galima susiejimo ekonominį efektyvumą pripažįsta ir Komisija savo Diskusijų knygoje (178 p.) bei Komunikate (49 p.).

Kadangi susiejimas apima kelių prekių integravimą į vieną prekę, tai neretai padeda ūkio subjektams mažinti gamybos ir platinimo išlaidas, didinti produktų pardavimą, taigi ir pasiekti masto ir apimties ekonomiją, taip pat – gerinti produktų kokybę. Įprastai dėl ūkio subjekto išlaidų taupymo vartotojams siūlomos mažesnės susietų prekių kainos.

Neretai susiejimas taikomas siekiant užtikrinti ūkio subjekto techniškai sudėtingo įrenginio veikimo kokybę ir gerą ūkio subjekto kaip gamintojo reputaciją. Pavyzdžiui, įrenginys geriausiai gali funkcionuoti tik su paties gamintojo sukurtomis medžiagomis, kurių gamybai jis vienintelis turi patentą²⁰.

Tam tikros prekės gali būti susiejamos ir atsižvelgiant į nusistovėjusią vartotojų paklausą, pavyzdžiui, išigyti automobilį kartu su integruota garso sistema. Anksčiau automobiliai buvo parduodami be jokių garso sistemų, tačiau laipsniškai atsirado poreikis susieti šias dvi prekes ir taip patenkinti atsiradusį vartotojų integruotos prekės – automobilio su atitinkama garso sistema poreikį.

Prekė, kurioje sujungtas dviejų atskirų prekių funkcionalumas, neabejotinai yra naudinga vartotojams. Šis techninis efektyvumas ir prekės kokybės užtikrinimas dažniausiai būdingas aukštos technologijos rinkoms. Jeigu dvi programos kartu veikia greičiau arba jas sujungus kartu užtikrinama programų veikimo sparta ar naudojimo paprastumas ir dėl to integruota prekė nėra vien tik dviejų ar daugiau prekių techninis junginys, susiejimo nauda vartotojams tampa akivaizdi.

Kaip matyti iš pateiktų pavyzdžių, susiejimas neretai būna techniškai ar ekonomiškai naudingas. Ypač plačiai pripažįstama techninio susiejimo nauda – tiek konkurencijos teisės mokslininkai, tiek JAV teismai²¹ aiškiai pripažįsta, kad techninis susiejimas dažniausiai yra objektyviai pateisinamas (angl. *objectively justified* – plačiau žr. 2.2.5 p.). Tačiau panašu, kad Komisija laikosi kiek kitokios nuomonės. *Microsoft* byloje²² ji pasmerkė *Microsoft* taikomą techninį operacinės sistemos *Windows* ir WMP susiejimą (už tai buvo nemažai kritikuota – žr. toliau, 2 punktą), o Komunikate išreiškė didesnę susirūpinimą techninio susiejimo galimu poveikiu konkurencijai²³.

Susiejimas taip pat gali padėti apsaugoti intelektinės nuosavybės teises, padėti išvengti dvigubos maržos taikymo atvejų ar kitaip padėti susiejimą taikančiam ūkio subjektui ar vartotojams gauti ekonominės, techninės ar kitokios naudos iš susiejimo praktikos²⁴. Tačiau, kaip aptariama toliau, neatsižvelgiant į tai, kad susiejimo praktika

20 Žr. Whish, P., *supra* note 7, p. 681.

21 *US v. Microsoft Corp* (1998) 147 F 3d 935.

22 *Microsoft* [2007] OL L32/23.

23 Komisija išreiškė nuomonę, jog techninis susiejimas gali būti ypač konkurencijai pavojinga susiejimo forma dėl to, kad, pirma, jį sunku panaikinti, antra, toks susiejimas taikomas gana ilgą laiką (skirtingai nei, pvz., sutartinis) ir, trečia, jis sumažina atskirų sudedamųjų dalių perpardavimo galimybes (žr. 53 p.).

24 Plačiau apie tai žr. Costelli, A.; Edwards, G. Efficiency and Anticompetitive Effects of Tying. *European*

daugeliu aspektų gali būti ekonomiškai ar techniškai naudinga, ji taip pat gali turėti ir tam tikrų antikonkurencinių, t. y. konkurenciją ribojančių, pasekmių. Tokias pasekmes nustačius, ekonominis ar techninis susiejimo naudingumas gali tapti pagrindu objektyviam susiejimo pateisinimui.

2. Susiejimo teisinis vertinimas

Komisija Diskusijų knygoje nurodo, jog susiejimas gali turėti keletą neigiamų poveikių konkurencijai: jis gali sukelti kainų diskriminavimą, jų aukštesnį lygį ir, o tai svarbiausia, – rinkos uždarymą (179 p.).

Vis dėlto pagrindinis dominuojančio ūkio subjekto taikomos susiejimo praktikos pavojus konkurencijai yra tas, kad ūkio subjektas, užimantis dominuojančią padėtį vienos ar kelių prekių rinkoje (siejančiojoje rinkoje), gali siekti susiejimo būdu užimti kuo didesnę susietos prekės rinkos dalį bei uždaryti susietą rinką realiams ar potencialiems konkurentams. Toks poveikis kaimyninei susietai rinkai būtent ir galimas dėl to, kad ūkio subjektas užima dominuojančią padėtį siejančiojoje rinkoje, ir, panaudodamas savo rinkos galią, gali stiprinti savo padėtį kitos prekės rinkoje. Būtent šiuo aspektu susiejimas skiriasi nuo įpareigojimo nekonkuruoti, kuris skatina vienos konkrečios prekės įsigijimą iš dominuojančio ūkio subjekto: susiejimo atveju rinka uždarama kaimyninėje rinkoje, o įsipareigojimo nekonkuruoti atveju – toje pačioje prekės rinkoje, kurioje dominuoja įpareigojimą nekonkuruoti taikantis ūkio subjektas²⁵.

Pažymėtina, jog tiek JAV, tiek EB konkurencijos teisėje požiūris į susiejimo praktiką laipsniškai liberalėjo, tačiau, kaip matysime toliau, EB Komisija ir teismai vis dar laikosi gana griežto požiūrio ir susiejimą dažnai vertina kaip piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi.

2.1. Ankstyvosios susiejimo teisinio vertinimo praktikos apžvalga

Pažymėtina, kad EB Komisijos praktikoje visais jos nagrinėtais atvejais susiejimas buvo pripažintas piktnaudžiavimu dominuojančia padėtimi. Atkreiptinas dėmesys ir į tai, kad ankstyva bei negausi Europos Komisijos bei EB teismų susiejimo vertinimo praktika buvo gana griežta ir nevienoda, todėl daugelį metų nebuvo aiškių susiejimo praktikos vertinimo gairių. Iš pradžių Komisija ir teismai taikydavo supaprastintą teisinį susiejimo vertinimo standartą – piktnaudžiavimas esant tam tikroms sąlygoms iš esmės buvo preziumuojamas. Kai kurie mokslininkai jį pavadino „*per se* piktnaudžiavimo“²⁶ standartu. Antai *Hilti*²⁷ ir *Tetra Pak II*²⁸ bylose Komisija, nustačiusi, kad nagrinėjami ūkio subjektai turėjo dominuojančią padėtį atitinkamoje siejančiojoje rinkoje, kad sieja-

Competition Law Annual 2007. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2008, p. 389–420.

25 Korah, V. *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*. Ninth Edition. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007, p. 163.

26 Žr., pvz., Jones, A.; Sufrin, B. P., *supra* note 6, p. 518.

27 *Hilti AG* [1988] OL L65/19.

28 *Tetra Pak II* [1992] OL L72/1.

mos prekės buvo atskiros prekės ir nenustatė jokių aplinkybių, objektyviai pateisinančių tokią susiejimo praktiką, piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi konstatavo vos ne savaime²⁹, net nesigilindama į susiejančios ir susietos rinkų struktūrą bei į svarbiausią aspektą – konkurencijos ribojimo galimybes susietoje rinkoje.

Analogiškai susiejimo vertinimo praktika pradėjo formuotis ir JAV konkurencijos teisėje. O tai neabejotinai turėjo didelės įtakos ir ankstyvai EB Komisijos ir teismų praktikai. *Jefferson Parish* byloje³⁰ JAV aukščiausiasis teismas pasisakė už tai, kad susiejimas sukelia nepriimtina neigiamą įtaką konkurencijai ir dėl to turėtų būti traktuojamas kaip savaime, *per se* draudžiamas pagal Šermano akto 2 straipsnį, nustatanti draudimą monopolizuoti ar ketinti monopolizuoti rinką, be jokio galimo objektyvaus pateisinimo³¹. Teismas taip pat pažymėjo, jog susiejimo *per se* draudžiamumo prezumpcija turėtų galioti jei, pirma, susiejamos prekės yra skirtingos, antra, pirkėjas verčiamas ar skatinamas šias prekes įsigyti. Kai tik šios dvi sąlygos yra nustatomos, piktnaudžiavimas yra preziumuojamas ir negali būti jokiais pagrindais pateisinamas. Tokį griežtą požiūrį į susiejimą smarkiai kritikavo vadinamosios Čikago mokyklos atstovai, teigdami, kad ūkio subjektas negali pasipelnyti iš savo monopolinės padėties du kartus (t. y. iš susietosios ir siejančiosios prekių pardavimo)³², tačiau vėliau susiformavusios (angl. *post-Chicago*) mokyklos atstovai paneigė šią vadinamąją vienos monopolinės naudos teoriją ir nurodė, jog tam tikrais atvejais yra įmanoma gauti ir dvigubą naudą³³.

JAV teismai pakeitė savo nuomonę tik *Microsoft* byloje³⁴, kurioje nagrinėjo operacinės sistemos *Windows* ir interneto naršyklės *Windows Internet Explorer* susiejimo atvejį. Šioje byloje apeliacinis teismas nustatė, jog toks susiejimas yra labiau „technologinė inovacija“, o ne *per se* draudžiamas susiejimas. Galiausiai teismas išsakė savo nuomonę, kad susiejimas apskirtai neturėtų būti laikomas draudžiamu *per se*, o turėtų būti vertinamas pagal protingumo taisyklę (angl. *rule of reason*). Nuo to laiko susiejimas nelaikomas savaime žalinga praktika, bet vertinamas pagal protingumo taisyklę pasveriant konkurenciją skatinančius ir ribojančius susiejimo ypatumus.

Kaip bus matyti, EB Komisija ir teismai savo praktikoje aiškiai vadovavosi JAV teismų sukurtomis taisyklėmis. Jos, kiek modifikuotos ir papildytos, taikomos iki šiol. Tačiau EB Komisija ir teismai vis dar gana griežtai susiejimo praktiką vertina aukštos technologijos rinkose. Tai patvirtina ir šiuo metu Komisijos vykdomas tyrimas bei jos išreikšti prieštaravimai dėl *Microsoft* operacinės sistemos *Windows* ir *Internet Explorer* techninio susiejimo³⁵, kurį JAV teismai pripažino ne tik teisėtu, bet ir naudingu vartotojams.

29 Jones, A., Sufirin, B. P., *supra* note 6, p. 518.

30 *Jefferson Parish Hospital District No 2 et. al. v. Hyde*, 466 US 2 (1984).

31 The Sherman Antitrust Act. Ch. 647, 26 Stat. 209, as amended, 15 U. S. C.

32 Plačiau žr. Bork, R. H. *The Antitrust Paradox. A policy at War with Itself*. New York: Basic Books, Inc., Publishers, 1978, p. 365–381.

33 Jones, A., Sufirin, B. P., *supra* note 6, p. 515.

34 *US v. Microsoft Corp* (1998) 147 F 3d 935.

35 Žr. Komisijos spaudos pranešimas: “Antitrust: Commission market tests Microsoft’s proposal to ensure consumer choice of web browsers; welcomes further improvements in field of interoperability“ [interaktyvus]. [žiūrėta 2009-10-12]. <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/09/439&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>>.

2.2. Susiejimo vertinimo aktualijos: sąlygos, kai susiejimo praktika laikoma piktnaudžiavimu dominuojančia padėtimi

Microsoft byloje Komisija aiškiai suformulavo sąlygas, kurioms esant susiejimas laikytinas piktnaudžiavimu dominuojančia padėtimi³⁶:

Pirma, susiejančioji ir susietoji prekės turi būti atskiros prekės;

Antra, nagrinėjamas ūkio subjektas turi būti dominuojantis susiejančiojoje rinkoje;

Trečia, ūkio subjektas neleidžia pirkėjams įsigyti siejantįjį produktą be susietojo produkto;

Ketvirta, toks prekių susiejimas uždaro rinką taip joje ribodamas konkurenciją.

Reikėtų pridurti ir *penktą sąlygą* – susiejimas taikomas nesant objektyvaus pateisinimo, kurį privalo įrodyti pats dominuojantis ūkio subjektas.

Iš esmės analogiškos sąlygos yra išdėstytos ir Komisijos Komunikato 50 p. Kiek plačiau susiejimo neteisėtumo sąlygas Komisija buvo paaiškinusi savo išleistoje Diskusijų knygoje (183–206 p.). Tačiau reikėtų pasakyti, kad mišriam sujungimui taikomas kitoks, gerokai supaprastintas, teisinis vertinimas. Komisijos Komunikate (žr. p. 59–61) pripažįstama, jog mišrus sujungimas konkurencijos problemų paprastai kelia tik tada, kai prekių rinkinys yra parduodamas mažesne negu rinkinį sudarančių prekių gamybos ar pardavimo išlaidos kaina (Komunikato 60 p.), t. y. kai dominuojantis ūkio subjektas taiko agresyvią kainodarą³⁷.

Toliau straipsnyje detaliau nagrinėjamos susiejimo (išskyrus mišrųjį sujungimą) neteisėtumui konstatuoti būtinos sąlygos.

2.2.1. Susiejimą taikančio ūkio subjekto dominavimas

Ūkio subjekto dominavimas būtinas susiejančiojoje prekės rinkoje, tai yra toje prekės rinkoje, kurios prekė nesūdoma pirkėjams atskirai be susietosios prekės, kadangi priešingu atveju, jei pirkėjai turės galimybę prekes pirkti atskirai, dominuojančiam ūkio subjektui gali būti sunku parduoti klientams tą prekę, kurios rinkoje jis nedominuoja. Nebūtina, kad ūkio subjektas dominuotų ir susietosios prekės rinkoje, tačiau tas faktas, jog dominavimas yra abiejose – susiejančiojoje ir susietojoje prekių rinkose tik padidina tikimybę, jog bus konstatuotas piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi (Diskusijų knygos 184 p.).

2.2.2. Prekių atskirumo kriterijus

Komisijos nuomone, dviejų ar daugiau prekių atskirumą pirmiausia lemia pirkėjų paklausa: dvi prekės yra atskiros prekės, jei nesant susiejimo ar sujungimo daugelis pirkėjų pirktų ar būtų pirkę siejančiąją prekę kartu iš to paties tiekėjo nepirkdami susieto-

36 *Microsoft* [2007] OL L32/23, p. 794–795.

37 Atsižvelgiant į tai, kad mišriojo sujungimo teisinis vertinimas iš esmės yra susijęs su grobuoniškos kainodaros klausimais, o tai yra savarankiškas piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi atvejis, jo teisinis vertinimas yra labai sudėtingas ir pasižymi sava specifika, todėl sąmoningai autoriai šiame straipsnyje detaliau jo nenagrinėja.

sios prekės (Komunikato 51 p.). Komisija pažymi, kad analizuojamos prekės nebūtinai turi priklausyti atskiroms atitinkamoms prekių rinkoms. Vadovaujantis Sutarties 102(d) straipsniu kelių prekių bendrumą gali lemti jų pobūdis arba komercinė paskirtis. Pavyzdžiui, vartotojai nori pirkti batus su batraiščiais, todėl batų gamintojams tapo ekonomiškai naudinga tiekti batus su batraiščiais, kurių pardavimas kartu nėra laikomas susiejimu. Dažnai tokie deriniai yra pateisinami, kadangi dėl prekės pobūdžio yra techniškai sunku tiekti vieną prekę netiekiant kitos prekės³⁸.

Apibendrinusi savo bei EB teismų praktiką Komisija Komunikate nurodė, jog prekių atskirumas gali būti grindžiamas ne tik tiesioginiais įrodymais, nustatant, kokia yra nagrinėjamų prekių paklausa, bet ir netiesioginiais įrodymais, pavyzdžiui, nustatant faktą, jog rinkoje esama ūkio subjektų, kurie specializuojasi gaminti susietąją prekę, bet ne siejančiąją prekę ar jomis prekiauti (kaip tai buvo daroma *Hilti* byloje), arba nustatant priešingą faktą – jog esama ūkio subjektų, kurie gamina abi dominuojančio ūkio subjekto siejamas prekes arba kartu jas parduoda, arba nustatant faktą, jog ūkio subjektai, turinys nedidelę įtaką rinkoje, ypač konkurencingose rinkose, nėra linkę susieti ar sujungti tokių gaminių (51 p.).

Kai kurios anksčiau nurodytos Komisijos gairės yra kritikuotinos kaip neišsamios ir tam tikrais atvejais sunkiai pritaikomos praktikoje.

Visų pirma, nustatyti, ar dvi prekės yra atskiros, tai yra ar egzistuoja kiekvienos prekės paklausa atskirai, gana sudėtinga, nes prekių atskirumo kriterijus iš esmės yra vertinamojo pobūdžio. Kaip nevienoda gali būti tam tikros prekės paklausa, taip nevienodai gali būti suprantamas ir tam tikrų prekių atskirumas. Be to, gali būti empiriškai sudėtinga nustatyti, ar egzistuoja tam tikros prekės savarankiška paklausa ir ar tokių vartotojų yra dauguma.

Tetra Pak II byloje buvo nustatyta, jog pakavimo įranga ir pakavimo popierius yra dvi skirtingos prekės, ir nors teismas ir pripažino, kad jos buvo susietos pagal jų komercinę paskirtį (dažniausiai rinkoje buvo parduodamos kartu), jis nurodė, jog šios dvi prekės pagal savo pobūdį nėra susijusios, jos puikiai gali būti gaminamos bei parduodamos atskirai (neatsižvelgiant į susiklosčiusią priešingą komercinę praktiką), todėl konstatavo, jog *Tetra Pak* taikytas sutartinis pakavimo įrangos ir popieriaus susiejimas laikytinas piktnaudžiavimu dominuojančia padėtimi. Taigi netgi Sutarties 102(d) straipsnyje nurodytas prekių „bendrumo“ kriterijus nėra tinkamas orientyras ūkio subjektams nuspręsti, ar jų siejamos prekės yra atskiros, ar laikytinos viena techniškai arba ekonomiškai integruota preke.

D. S. Evanso ir A. J. Padilla nuomone³⁹, nagrinėjant, ar dvi A ir B prekės yra atskiros, reikėtų nustatinėti, ar vartotojai pageidauja atskirai įsigyti prekę A be prekės B, jeigu ne – tai prekės A ir B yra integrali prekė, todėl jų pardavimas kartu negali būti laikomas susiejimu. Dėl tos pačios priežasties jie kritikuoja ir Komisijos sprendimą *Microsoft* byloje, nes, jų nuomone, ji nenagrinėjo, ar dauguma vartotojų pageidavo pirkti

38 Komisijos pranešimas – Vertikaliųjų apribojimų komentarai. [2000] OL C 291/01, p. 216.

39 Evans, D. S.; Padilla, A. J., Tying Under Article 82 EC and the Microsoft Decision: A Comment on Dolman's and Graf. *World Competition*. 2004, 27(4): 511.

operacines sistemas su integruotomis medijos leistuvėmis bei neatsižvelgė į tą faktą, jog įprastai šios dvi prekės rinkoje buvo parduodamos kartu.

Antra, nelabai apibrėžtas yra Komisijos orientyras į ūkio subjektus, kurie gamina ar parduoda siejamas prekes. Pavyzdžiui, tas faktas, jog dalis pardavėjų rinkoje sieja tas pačias prekes, kurias susieja nagrinėjamas ūkio subjektas, o dalis kitų rinkos dalyvių šių prekių nesieja, iš esmės neįrodo prekių susiejimo pagrįstumo ar nepagrįstumo. Be to, tas faktas, jog rinkos galios neturintys ūkio subjektai nesieja nagrinėjamų prekių, o tokia susiejimo praktiką taiko tik nagrinėjamas ūkio subjektas ir kiti ūkio subjektai, kurie turi didesnę rinkos galią, gali įrodyti tik tą faktą, jog pastarųjų rinkos padėtis ir finansiniai pajėgumai leidžia jiems pasiūlyti prekių rinkinį patrauklia rinkos kaina, o mažiesiems rinkos dalyviams – ne, taigi tai gali įrodyti tik tą faktą, jog stiprią rinkos padėtį užimančios ūkio subjektai sėkmingai veikia rinkoje, o „mažesni“ šios rinkos dalyviai veikia nelabai efektyviai, tačiau tai nepadeda nustatyti, ar siejamos į rinkinį prekės yra atskiros, ar ne ir ar yra susiklosčiusi komercinė praktika jas pardavinėti atskirai. Galiausiai savo Komunikate Komisija prieštarauja pati sau: Komunikato 6 punkte ji teigia suprantanti, jog konkurentai, kurie vartotojams siūlo ne tokias palankias kainas, prastesnę pasirinkimą, prastesnę kokybę bei mažiau naujovių, galiausiai gali pasitraukti iš rinkos vien dėl šių priežasčių, tačiau vėliau siūlo prekių atskirumą vertinti pagal rinkoje ne ypač efektyviai veikiančių ūkio subjektų elgseną.

Reikėtų pridurti ir dar vieną dalyką – nagrinėjant, ar analizuojamo ūkio subjekto konkurentai atskirai ar kartu gamina ar tiekia atitinkamas susietas prekes A ir B, ypač svarbu gali būti išnagrinėti ne tik tai, ar susietoje rinkoje yra konkurentų, kurie gamina ar tiekia prekę B, bet ir tai, ar siejančiojoje rinkoje yra konkurentų, kurie siūlo vien tik prekę A⁴⁰. Kaip tik už tokios analizės neatlikimą buvo kritikuojama ir Komisija *Microsoft* byloje – ji neatsižvelgė į tai, jog dauguma operacinių sistemų gamintojų nesiūlydavo jų be medijos leistuvių.

Trečias probleminis prekių atskirumo kriterijaus taikymo aspektas yra tas, kad siejamos prekės ar viena iš jų gali būti visiškai naujos prekės⁴¹, kurių nei vartotojų paklausa, nei komercinio naudojimo praktika nėra susiklosčiusi. Tokiu atveju prekių atskirumo vertinimas tampa hipotetinis, o todėl – nelabai patikimas. Panašu, kad EB Komisija ir teismai tokiais atvejais bus linkę pripažinti, jog prekės yra atskiros, nes nebūs galimybės surinkti įrodymų dėl jų bendrumo pagal prekių pobūdį ar komercinę paskirtį. Tokia išvada darytina po PIT samprotavimų *Microsoft* byloje, kurioje jis nagrinėjo, koks Windows operacinės sistemos integralumas su WMP yra ne bylos nagrinėjimo dieną (2007 m.), o tą dieną, kai buvo užfiksuotas pažeidimas (1999 m.). Tuo teismas iš esmės pripažino, kad prekių atskirumo kriterijus yra kintamo pobūdžio: dvi prekės iš pradžių gali būti atskiros, bet laikui bėgant tapti integralia preke, arba atvirkščiai – iš pradžių prekės gali būti parduodamos tik kaip viena integruota prekė, bet pasikeitus vartotojų poreikiams, po kurio laiko gali tapti savarankiškomis bei atskiromis prekėmis, dėl to vienu laikotarpiu tam tikrų prekių susiejimas gali būti teisėtas, o kitu – ne. Tokiu atveju susiklosto

40 Panašią mintį išreiškė ir R. O'Donoghue ir J. Padilla. O'Donoghue, R.; Padilla, J., *supra* note 8, p. 494.

41 Šią problemą pastebi ir kiti autoriai, pvz., Whish, R. P., *supra* note 7, p. 683. Faull, J.; Nikpay, A. *The EC Law of Competition*. Second Edition. New York and Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 370.

nepalanki situacija ūkio subjektams, kurie sukuria naują integruotą prekę ir siekia ją parduoti rinkoje – jie susiduria su didesne rizika, jog prekių susiejimas bus laikomas piktnaudžiavimu dominuojančia padėtimi, bent jau tol, kol nesusiformuos kiek aiškesnė vartotojų paklausa jų naujai sukurtoms prekėms.

Apibendrinant reikėtų pasakyti, kad Komisijos Komunikate išdėstytos prekių atskirumo nustatymo gairės leidžia gana nesunkiai konstatuoti prekių atskirumo kriterijaus buvimą, be to, šios gairės nėra pakankamai aiškiai apibrėžtos, todėl jas gali būti sudėtinga taikyti ne tik pačiai Komisijai, bet ir teismams bei patiems savo susiejimo praktika vertinantiems ūkio subjektams.

2.2.3. Pirkėjų vertimas ar skatinimas įsigyti siejančiąją prekę kartu su susietąja preke

Ši sąlyga reiškia, jog būtina nustatyti konkretų dominuojančio ūkio subjekto daromą poveikį vartotojams jiems įsigyjant prekes. Šis poveikis vartotojams neretai vadinamas „prievarta“ (angl. *coercion*) ir pagrįstai laikomas vienu svarbiausių susiejimo neteisėtumo vertinimo kriterijų. Reikėtų pasakyti, jog dominuojančioms įmonėms nedraudžiama pardavinėti dviejų ar daugiau prekių kartu, joms tik draudžiama versti pirkėjus įsigyti šias prekes kartu prieš jų valią⁴². Pirkėjams iš viso gali būti nepaliekama jokios galimybės apsispręsti, ar įsigyti prekes kartu, ar atskirai, kaip dažnai būna sutartinio ar techninio susiejimo atvejais – tokiais atvejais yra akivaizdus prievartinis susiejimo pobūdis. Prievarta gali pasireikšti ir tuo, kad atsisakoma parduoti prekę A be prekės B (tai viena iš atsisakymo tiekti formų), arba ūkio subjektas gali atsisakyti suteikti prekei garantiją, jei jos atsarginės dalys bus įsigytos ne iš dominuojančio ūkio subjekto⁴³. Skatinamasis susiejimo pobūdis bus tuo atveju, kai prekių rinkinys yra siūlomas vartotojams *ypač* patrauklia kaina, dėl to vartotojai, net jeigu galėtų, nenorėtų siūlomų pirkti kartu prekių įsigyti atskirai⁴⁴.

Taigi vertinant dominuojančio ūkio subjekto prievartos taikymo kriterijų, reikėtų atsižvelgti pirmiausia į tai, ar vartotojams paliekama laisvė įsigyti siejamas prekes atskirai, taip pat įvertinti, kokių konkrečiai prievartinių ar skatinamųjų priemonių ėmėsi šių prekių pardavėjas, ir ar prievartos priemonės yra tokios veiksmingos (pvz., vartotojams labai svarbu gauti gamintojo garantiją) arba paskatinimai tokie patrauklūs, jog prekių neapsimoka pirkti atskirai. Tiesa, autorių nuomone, reikėtų pažymėti, kad šis susiejimo neteisėtumo vertinimo kriterijus taip pat yra nesunkiai įrodomas, nes ūkio subjektui iš esmės visais atvejais reikėtų imtis papildomų priemonių tam, kad parduotų keletą prekių kartu – įprastai, jei prekių rinkinys bus brangesnis ar kitaip niekuo nepatrauklus varto-

42 Faull, J.; Nikpay, A., *supra* note 41, p. 370.

43 Pvz., kaip tai atsitiko *Novo Nordisk* byloje, kurioje insulino pieštukus gaminęs subjektas atsisakydavo suteikti savo produkcijai garantiją, jei pieštukai buvo naudojami su kitų gamintojų komponentais (adatomis) (žr. European Commission, XXVIth Report on Competition Policy [1996]. [interaktyvus]. 1997 [žiūrėta 2009-10-12]. <http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=CM0497242>, p. 35).

44 Bergh, R.; Camesasca, P. *European competition law and economics: a comparative perspective*. London: Sweet & Maxwell, 2006, p. 275.

tojams bei jiems bus palikta galimybė rinkinio prekes pirkti atskirai, jie retai kada norės pirkti prekes kartu, nebent būtų nusistovėjusi aiški vartotojų paklausa būtent prekių rinkiniui. Atrodo, kad šią autorių išvalgą patvirtina pačios Komisijos bei PIT išvados, pateiktos *Microsoft* byloje. Nei Komisija, nei PIT neatsižvelgė į tą faktą, jog *Windows* vartotojai turėjo galimybę laisvai įsigyti ir įdiegti kitų gamintojų medijos leistuves, pvz., iTunes ar RealPlayer, o pati *Microsoft* medijos leistuvė WMP buvo siūloma vartotojams nemokamai. Komisija nurodė, kad iš esmės vartotojai nėra verčiami pirkti ar naudoti WMP, bet, jos nuomone, svarbiausia buvo tai, jog vartotojai „automatiškai įsigydavo“ WMP kartu su *Windows*, dėl to kiti ūkio subjektai – alternatyvūs medijos leistuvių gamintojai – pateko į konkurencijos požiūriu nepalankią padėtį. PIT palaikė Komisijos poziciją ir nurodė, kad vien tas faktas, jog *Windows* nebuvo parduodamas be WMP, o WMP negalėjo būti pašalinta iš *Windows* dėl jų techninio sujungimo, savaime rodė, jog pirkėjai buvo verčiami pirkti tik *Windows* ir WMP kartu. Taigi net nesant aiškiai išreikštos *Microsoft* „prievartos“ jo produkcijos pirkėjų atžvilgiu ir net neatsižvelgiant į tai, kad pirkėjai nepatyrė jokių finansinių ar techninių nepatogumų dėl *Microsoft* taikomos susiejimo praktikos (o tai įprasta „standartinių“ susiejimų atvejais)⁴⁵, vis dėlto tiek Komisija, tiek PIT konstatavo vartotojų vertimo faktą.

2.2.4. Antikonkurencinis poveikis rinkai

Kaip pažymi Komisija Vertikaliųjų apribojimų komentarų 217 p. bei Diskusijų knygos 188 p., pagrindinis neigiamas susiejimo poveikis konkurencijai yra susietosios prekės rinkos uždarymas.

Konkretūs kriterijai, kurie padėtų nustatyti, ar konkurencija susietosios prekės rinkoje yra ribojama, buvo iš esmės suformuluoti tik Komisijos teisės aktuose – Diskusijų knygoje bei Komunikate. Kaip minėta, prieš tai praktikoje konkrečių konkurencijos ribojimo bei rinkos uždarymo nustatymo kriterijų nebuvo, dėl to išvados buvo daromos iš esmės tik formaliu pagrindu.

PIT *Microsoft* byloje gana nesunkiai nustatė, jog medijos leistuvių rinka buvo uždarama *Microsoft* konkurentams. Teismas nurodė, jog *Microsoft* užėmė labai didelę rinkos dalį operacinių sistemų rinkoje (joje jis turėjo apie 90 proc.) ir, pasinaudodamas savo rinkos galia, skverbėsi į kaimyninę rinką. Galiausiai vartotojai medijos leistuvių rinkoje, įsigiję *Microsoft* siūlomą rinkinį, neturėjo iš esmės jokių paskatų ieškoti alternatyvių medijos leistuvų – jie siekė išvengti bet kokių neaiškumų dėl tokių alternatyvų suderinamumo su *Windows*, taip pat galimų papildomų jų įsigijimo išlaidų ir pan. (sprendimo 1038–1045 p.).

Pažymėtina, kad tiek Diskusijų knygoje, tiek Komunikate Komisija pasiūlė gerokai sudėtingesnę rinkos uždarymo poveikio nustatymo testą ir nurodė pakankamai daug kriterijų, kuriais remiantis toks poveikis susiejimo atveju turėtų būti nustatomas. Akivaizdu, kad vien tas faktas, jog ūkio subjektas susiejančiojoje rinkoje užima dominuojančią

45 Plačiau žr. Andreangeli, A. Case T-201/04, *Microsoft v. Commission*, Judgement of the Grand Chamber of the Court of First Instance of 17 September 2007, with annotation. *Common Market Law Review*. 2008, 45(3): 891.

padėtį, artimą monopolijai, bei tas faktas, jog vartotojai gali būti nelinkę ieškoti susietos prekės alternatyvų, negali būti pakankamas pagrindas konstatuoti rinkos uždarymo poveikį.

Visų pirma, svarbu nustatyti, koks pirkėjų skaičius yra „prižištas“ prie dominuojančio ūkio subjekto susiejimo susitarimais ar per susiejimo praktiką. Diskusijų knygoje Komisija aiškiai nurodo, jog tuo atveju, kai dominuojantis ūkio subjektas susieja *didžiąją* susietos rinkos dalį, rinkos uždarymo poveikio konstatavimas yra labiau tikėtinas (188 p.). Labai svarbu atkreipti dėmesį į tą faktą, jog Diskusijų knygoje Komisija, pateikdama susiejimo praktikos vertinimo gaires, rėmėsi ne bet kokio, o *reikšmingo rinkos uždarymo poveikio* (angl. *appreciable foreclosure effect*) kriterijumi, tačiau reikšmingumo kriterijus nepagrįstai „dingo“ iš vėliau išleisto Komisijos Komunikato. Iš tikrųjų svarbu ne tik nustatyti, kad dėl susiejimo nukenčia tam tikri rinkos dalyviai – dominuojančio ūkio subjekto konkurentai, svarbu įrodyti ir tai, jog atsižvelgiant į rinkos struktūrą, įėjimo į rinką kliūtis, analizuojamo ūkio subjekto ir jo konkurentų padėtį susietoje rinkoje, susiejimo praktikos taikymo mastą ir bendrą susiejimo praktikos paplitimą rinkoje (kumuliacinį poveikį) ir pan.⁴⁶, konkretaus nagrinėjamo ūkio subjekto taikoma susiejimo praktika *žymiai uždaro susietąją rinką* ir dėl to konkurencija atitinkamoje rinkoje yra ribojama reikšmingai. Priešingu atveju iš tikrųjų būtų galima kalbėti apie tai, jog Komisija siekia apsaugoti ne konkurenciją rinkoje apskirtai, o atskirų rinkoje veikiančių ūkio subjektų interesus – tuo ji ir buvo kaltinama priėmus neigiamą sprendimą *Microsoft* byloje⁴⁷. Tokia išsami rinkos analizė yra reikalinga vien dėl to, kad susiejimas nėra ta praktika, kuri EB konkurencijos teisėje ir praktikoje laikoma *per se* ribojančia konkurenciją, vadinasi, kiekvienu atskiru atveju būtina nustatyti, kad susiejimo praktika turėjo reikšmingą antikoncepcinį poveikį uždarant rinką nagrinėjamo ūkio subjekto konkurentams. Tokia sudėtinga analizė jokių būdu negalėtų būti perkeliama pačiam ūkio subjektui Komisijai ar EB teismams formaliai konstatuojant, jog susiejimo praktika jau vien savo esme (*per se*) uždaro rinką konkurentams. Teoriškai kiekvienas susiejimo atvejis gali riboti konkurenciją susietos prekės rinkoje, bet praktiškai tik nedidelė dalis susiejimo atvejų gali būti žalingi konkurencijai, todėl kiekvienu atveju būtina atlikti vadinamąją atskiro atvejo analizę.

Todėl šio straipsnio autoriams norėtuši tikėti, jog ateityje, prieš konstatuojant dominuojančio ūkio subjekto taikomos susiejimo praktikos antikoncepcinį poveikį susietai rinkai, EB Komisija bei teismai vertins susiejimo praktiką ne formaliai, pagal *per se* neteisėtumo principą, bet atliks išsamią tiek susiejančiosios, tiek susietosios rinkų struktūros analizę, įvertins visus Komunikate nurodytus antikoncepcinio poveikio kriterijus ir konstatuos antikoncepcinį susiejimo poveikį tik esant *reikšmingam rinkos uždarymo efektui*.

46 Plačiau apie rinkos uždarymo poveikio vertinimo kriterijus žr. Komisijos Diskusijų knygos 188–203 p. ir Komunikato 20 p.

47 Komisija buvo kritikuojama ne tik konkurencijos teisės mokslininkų, bet sulaukė ir JAV Teisės departamento kritikos, kurio nuomone, Komisijos sprendimas buvo labiau nukreiptas saugoti konkurentus, o ne konkurenciją, tokiu būdu darant žalą *Microsoft* paskatoms diegti naujus produktus bei pakenkiant vartotojams, kurie iš *Microsoft* praktikos turėjo nemažai naudos (žr. Jones, A.; Sufrin, B., *supra* note 6, p. 527).

2.2.5. Objektyvaus pateisinimo nebuvimas

Kalbant apie objektyvų susiejimo pateisinimą, reikėtų prisiminti, jog konkurencijos apsaugos tikslas – vartotojų gerovės užtikrinimas. Pati Komisija Komunikate pabrėžia, kad jos politika nukreipta prieš labiausiai vartotojams kenkiančius piktnaudžiavimus dominuojančia padėtimi. Taigi Komisija turi siekti apsaugoti pačią konkurenciją, kuri vartotojams yra naudinga dėl to, kad lemia mažesnes kainas, geresnę kokybę ir platesnį naujų ar patobulintų prekių pasirinkimą (Komunikato 5 p.).

Grįžtant prie jau ne kartą minėtos *Microsoft* bylos teigtina, jog vartotojai, kartu su operacine sistema *Windows* nemokamai gaudami medijos leistuvę WMP, turėdami galimybę parsisiųsti iš interneto ir kitas medijos leistuves, gaudami, PIT žodžiais kalbant, „*de facto* standartizuotą“ integruotą produktą, plačiai paplitusį beveik visame pasaulyje, neabejotinai gavo naudos iš *Microsoft* susiejimo praktikos. Tačiau, deja, Komisija ir PIT laikėsi priešingos nuomonės, kurios įgyvendinimo pasekmė ta, kad *Microsoft* yra įpareigotas atskirti WMP nuo *Windows* ir siūlyti šias prekes atskirai.

Taigi susiejimas, kaip ir kiekvienas kitas įtariamasis piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi, gali būti objektyviai pateisinamas. Reikėtų pažymėti, kad objektyvaus pateisinimo samprata jau senokai yra formuojama EB teismų praktikoje, tačiau iki pat Komisijos pradėtos vykdyti EB steigimo sutarties 82 straipsnio (dabar – Sutarties 102 straipsnio) reformos bent kiek aiškesnių objektyvaus pateisinimo kriterijų nebuvo suformuluota. Todėl Komisijos Diskusijų knyga bei Komunikatas pasirodė ypač laiku ir turėtų būti vertinami kaip svarbus žingsnis užtikrinant ūkio subjektams teisinį tikrumą dėl galimų gynybinių argumentų juos kaltinant piktnaudžiavimu dominuojančia padėtimi. Komisija galiausiai pasiūlė vienodus objektyvaus pateisinimo kriterijus, kurie taikomi visiems galimiems piktnaudžiavimo atvejams, įskaitant ir susiejimą. Svarbu pažymėti ir tai, kad objektyvaus pateisinimo kriterijai buvo paimti iš Sutarties 101 straipsnio 3 dalies, kurioje numatyta, kokioms sąlygoms esant tam tikras susitarimas, ribojantis konkurenciją, galėtų būti laikomas nedraudžiamu. Su tam tikrais pakeitimais tokios „išimties“ nuostatos buvo perkeltos į Komisijos Diskusijų knygą, o vėliau – ir į jos Komunikatą.

Tam, kad dominuojantis ūkio subjektas galėtų pateisinti savo susiejimo praktiką remdamasis našumo argumentais, jam tektų įrodinėti, jog (žr. Komunikato 30 ir 62 p.):

a) dėl jo taikomos susiejimo praktikos atsiranda ar gali atsirasti tam *tikras ekonominis ar techninis veiksmingumas*. Šiuo atveju „veiksmingumu“ galėtų būti laikomi visi tie teigiami susiejimo aspektai, kurie buvo minėti šio straipsnio 1.2 punkte. Natūralu, kad daugelis techninių susiejimų atitinka šį Komisijos nurodytą objektyvaus pateisinimo kriterijų.

b) susiejimas yra *būtinasis anksčiau nurodytam veiksmingumui pasiekti*, tai yra neturi būti jokių mažiau konkurenciją varžančių alternatyvų, kurios leistų pasiekti tokį patį veiksmingumą, kokį leidžia pasiekti dviejų ar daugiau prekių susiejimas (vadinamasis „objektyvaus būtinumo“ (angl. *objective necessity*) kriterijus).

c) dėl susiejimo padidėjęs *veiksmingumas kompensuoja bet kokius neigiamus padarinius konkurencijai ir vartotojų gerovei susiejimo praktikos paveiktose rinkose*. Reiktų pasakyti, kad šis kriterijus nėra visiškai suprantamas, nes būtent Komisija turėtų įvertinti, ar ūkio subjekto nurodyti teigiami bei vartotojams vertingi jo elgesio aspektai nusveria konkurencijos ribojimo pasekmes, ir padaryti išvadą, ar ūkio subjekto elgesys pažeidė 102 straipsnį. Tai Komisijos pasiūlyta naujovė, ir, autorių nuomone, ji yra diskutuotina⁴⁸. Tiesa, Komisija Komunikato 31 punkte nurodo, kad Komisija turės *pa-kartotinai* išanalizuoti ūkio subjektų pateiktų įrodymų pagrįstumą (įskaitant būtinumo kriterijaus pagrįstumą bei veiksmingumo ir galimos žalos vartotojams dėl sumažėjusios konkurencijos palyginimą), tačiau, mūsų supratimu, tokia sudėtinga teisinė ir ekonominė dominuojančio ūkio subjekto elgesio antikonkurencinių bei prokonkurencinių savybių „pasvėrimo“ analizė aiškiai ir visiškai (o ne iš dalies) turėtų būti priskirta Komisijos kompetencijai.

d) *susiejimas nepanaikina veiksmingos konkurencijos pašalindamas visus ar daugumą esamų faktinės ar galimos konkurencijos šaltinių*. Komisija toliau paaiškina, kad, jos nuomone, susiejimas, kuriuo išsaugoma, sukuriama ar sustiprinama į monopoliją vis labiau panaši rinkos padėtis⁴⁹, paprastai negali būti pateisinamas veiksmingumo sumetimais. Iš tikrųjų šis Komisijos apibrėžtas kriterijus nėra aiškus, todėl be papildomų paaiškinimų jį gali būti sudėtinga taikyti praktikoje. Ypač didelę nuostabą kelia Komisijos paaiškinimas, jog ūkio subjekto elgesys (įskaitant ir susiejimo praktiką), kuriuo siekiama išsaugoti ar išsaugoma nors ir dominuojanti, „į monopoliją vis labiau panaši rinkos padėtis“, galėtų būti laikomas piktnaudžiavimu dominuojančia padėtimi. Žinoma, jog EB konkurencijos teisėje nėra draudžiama užimti dominuojančią padėtį rinkoje, draudžiama tik šia padėtimi piktnaudžiauti, todėl labai keista, jog Komisija, pasitelkdamą Sutarties 102 straipsnį, norėtų drausti ūkio subjektams išsaugoti savo dominuojančią padėtį rinkoje. Autorių nuomone, ši užduotis vis dėlto turėtų būti palikta ūkio subjektų koncentracijų (susiliejimų ir kontrolės įgijimų) instituto normų kompetencijai, kaip šiuo metu ir yra nustatyta galiojančioje EB konkurencijos teisėje ir praktikoje.

Išvados

1. Komisijos Diskusijų knygoje bei Komunikate suformuluoti susiejimo vertinimo kriterijai bei principai yra pernelyg abstraktūs ir sunkiai pritaikomi praktikoje, todėl neišvengiamai laikui bėgant turėtų būti patikslinti.

48 Panašią nuomonę išreiškia ir kai kurie kiti mokslininkai, plačiau žr. O'Donoghue, R. *Verbalizing a General Test for Exclusionary Conduct under Article 82 EC*. *European Competition Law Annual 2007*. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2008, p. 350.

49 Diskusijų knygoje nurodoma, jog tokia padėtis tikėtina tuomet, kai ūkio subjekto rinkos dalis viršija 75 proc.

2. Apibendrinus EB Komisijos bei teismų praktiką, Komisijos Diskusijų knygoje bei Komunikate suformuluotus susiejimo vertinimo kriterijus bei principus, teigtina, kad piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi prekių susiejimo atveju ir Sutarties 102 straipsnio pažeidimas konstatuotinas tais atvejais, kai:

- nagrinėjamas ūkio subjektas dominuoja bent susiejančiosios prekės rinkoje;
- susiejamos prekės yra atskiros prekės (ypač dėl to, kad kiekvienai iš prekių egzistuoja savarankiška vartotojų paklausa arba dėl komercinio jų naudojimo ūkio subjektai šias prekes įprastai parduoda atskirai);
- pirkėjai yra aiškiai verčiami ar skatinami siejamas prekes įsigyti kartu ir neturi galimybės ar paskatų šias prekes įsigyti atskirai ir rinktis dominuojančio ūkio subjekto konkurentų prekių;
- susiejimas reikšmingai riboja konkurenciją susietos prekės rinkoje ją uždarydamas realiems ar potencialiems dominuojančio ūkio subjekto konkurentams;
- nėra jokio objektyvaus susiejimo praktikos pateisinimo (įskaitant tai, jog susiejimo teikiama ekonominė ar kitokia nauda nenusveria konkurenciją ribojančio poveikio).

3. Visų anksčiau nurodytų piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi konstatavimo sąlygų susiejimo atveju įrodinėjimo našta turėtų atitekti pažeidimo sudėtį įrodinėjančiam subjektui (pvz., EB Komisijai, Lietuvos Respublikos konkurencijos tarybai ar ieškovui teisme), kuris kiekvienu atskiru atveju anksčiau minėtas sąlygas turėtų taikyti ne formaliai, bet atsižvelgdamas į atskiro atvejo ypatumus, rinkos struktūros specifiką.

4. Objektyviai pateisinamas turėtų būti toks susiejimas, kuris sukuria aiškia ekonominę ar techninę naudą vartotojams, yra būtinai reikalingas šiai naudai pasiekti ir reikšmingai neriboja konkurencijos didelėje susietos prekės rinkos dalyje. Minėtus objektyvaus pateisinimo kriterijus turėtų įrodinėti dominuojantis ūkio subjektas. Tikėtina, jog dėl naujai besiformuojančios objektyvaus pateisinimo sampratos Komisijai įvykūžius EB steigimo sutarties 82 straipsnio (Sutarties 102 str.) reformą, daugiau susiejimo atvejų galės būti laikomi objektyviai pateisinamais, dėl to – nedraudžiamais.

5. Pažeidimo sudėtį įrodinėjantis subjektas, o ne pažeidimu įtariamas dominuojantis ūkio subjektas privalo įrodyti, jog dominuojančio ūkio subjekto nurodyti objektyvaus pateisinimo kriterijai nenusveria antikonkurencinio susiejimo poveikio rinkai – tik tokiu atveju ūkio subjekto taikomas prekių susiejimas galėtų būti laikomas piktnaudžiavimu dominuojančia padėtimi, pažeidžiančiu Sutarties 102 ir/ar Konkurencijos įstatymo 9 straipsnio nuostatas.

6. Dėl susiklosčiusios EB Komisijos ir teismų praktikos, kurioje pripažįstama, jog susiejimo atveju dvi prekės yra atskiros, net jei jos susietos pagal jų pobūdį ar komercinę paskirtį, verčia susimąstyti, ar nevertėtų pakeisti Sutarties 102(d) straipsnio/ Konkurencijos įstatymo 9 straipsnio 4 punkto formuluotę, kadangi šiuo metu esanti formuluotė iš esmės gali klaidinti ūkio subjektus ir leidžia jiems nepagrįstai tikėtis, jog pagal pobūdį ar komercinę paskirtį jų siejamos prekės neturėtų tapti prielaida pažeisti Sutarties 102(d) straipsnio / Konkurencijos įstatymo 9 straipsnio 4 punkto.

Literatūra

- Andreangeli, A. *Case T-201/04, Microsoft v. Commission, Judgement of the Grand Chamber of the Court of First Instance of 17 September 2007, with annotation. Common Market Law Review*. 2008, 45(3): 863–894.
- Bergh, R.; Camesasca, P. *European competition law and economics: a comparative perspective*. London: Sweet & Maxwell, 2006.
- Byla T-30/89, *Hilti AG v. Commission* [1990] ETA II-163.
- Byla T-83/91, *Tetra Pak International SA v. Commission* [1994] ETA II-755.
- Byla C-333/94 P, *Tetra Pak International SA v. Commission* [1996] ETA I-5951.
- Byla T-201/04, *Microsoft Corp. v. Commission* [2004] ETA II-2977.
- Bork, R. H. *The Antitrust Paradox. A policy at War with Itself*. New York: Basic Books, Inc., Publishers, 1978.
- Costelli, A.; Edwards, G. Efficiency and Anticompetitive Effects of Tying. *European Competition Law Annual 2007*. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2008.
- DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses [interaktyvus]. Brussels, 2005 [žiūrėta 2009-10-12]. <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>>.
- European Commission, XXVIth Report on Competition Policy [1996] [interaktyvus]. 1997 [žiūrėta 2009-10-12]. <http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.infinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=CM0497242>.
- Europos Bendrijos steigimo sutartis. [2002] OL, C325/33.
- Evans, D. S.; Padilla, A. J. Tying Under Article 82 EC and the Microsoft Decision: A Comment on Dolman's and Graf. *World Competition*. 2004, 27(4): 503–512.
- Faull, J.; Nikpay, A. *The EC Law of Competition*. Second Edition. New York and Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Hilti AG* [1988] OL L65/19.
- Jefferson Parish Hopital District No 2 et. al. v. Hyde*, 466 US 2 (1984).
- Jones, A.; Sufrin, B. *EC Competition Law. Text, Cases, and, Materials*. Third Edition. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Komisijos komunikatas – Komisijos įgyvendinimo prioritetų taikant EB sutarties 82 straipsnį dominuojančių įmonių piktnaudžiaujamam antikonkurenciniam elgesiui gairės. [2009] OL C 45/7.
- Komisijos pranešimas – Vertikaliųjų apribojimų komentarai. [2000] OL C 291/01.
- Komisijos spaudos pranešimas: “Antitrust: Commission market tests Microsoft’s proposal to ensure consumer choice of web browsers; welcomes further improvements in field of interoperability“ [interaktyvus]. [žiūrėta 2009-10-12]. <<http://europa.eu/rapid/press-ReleasesAction.do?reference=MEMO/09/439&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>>.
- Korah, V. *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*. Ninth Edition. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007.
- Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas. *Valstybės žinios*. 2004, Nr. 181-6732.
- Microsoft* [2007] OL L32/23.
- O’Donoghue, R. Verbalizing a General Test for Exclusionary Conduct under Article 82 EC. *European Competition Law Annual 2007*. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2008.

O'Donoghue, R.; Padilla, J. *The Law and Economics of Article 82 EC*. North America (US and Canada): Hart Publishing, 2006.

Sutartis dėl Europos Sąjungos veikimo. [2008] OL C115/47.

Whish, R. *Competition law*. Sixth Edition. London: LexisNexis, 2009.

Tetra Pak II [1992] OL L72/1.

The Sherman Antitrust Act. Ch. 647, 26 Stat. 209, as amended, 15 U. S. C.

US v. Microsoft Corp., (1998) 147 F 3d 935.

TYING OF PRODUCTS AS A FORM OF AN ABUSE OF A DOMINANT POSITION

Daivis Švirinas, Ana Novosad

Mykolas Romeris University, Lithuania

Summary. *The paper deals with the issue of tying (as well as bundling) practices which are applied by dominant undertakings and which, under certain circumstances, can be considered as abuses of a dominant position. The authors describe the concept of tying, indicate its types, and reveal its economic aspects, since all these issues have a certain impact on the legal assessment of tying practices.*

The authors conclude that the European Commission (the Commission) and the European Community (EC) courts have usually been too formalistic and unreasonably hostile to tying practices and have not paid due attention to the impact of tying on competition and the beneficial features of tying. Thus certain cases have frequently and rather easily been treated as abuses of a dominant position. A more realistic and effect-based approach was taken by the Commission and the courts in the Microsoft case, where certain criteria for the assessment of tying were formulated. Still, the Microsoft case reflects a rather strict attitude towards tying practices, especially in technological tie-ins. More precise criteria for the legal assessment of tying practices were presented in the Commission's documentation for the reform of Article 82 of the EC Treaty (presently—Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union)—2005 DG Competition discussion paper and 2008 Commission's Communication on exclusionary abuses (the Communication). Still, the authors conclude that the Commission's established criteria for the legal assessment of tying practices including its objective justifications are not formulated precisely and are too abstract; therefore, unless properly detailed, they may be difficult to be applied in practice. The paper presents a critical analysis of the Commission's practice and the case-law of the EC courts as well as of the Commission's guidelines for the assessment of tying in the DG discussion paper and the Communication.

The authors of the paper raise a question on the amendment of Article 102(d) of the EC Treaty and Article 9(4) of the LR Law on Competition which, in their opinion, in the context of the Commission's practice and the case-law of the EC courts (e.g. in the Tetra Pak II case)

seem rather misleading and rendering an unfound legal certainty to undertakings regarding the possible legal safety of their applied tying practices where products are tied by their nature or according to commercial usage.

Keywords: *tying, bundling, pure bundling, mixed bundling, technical tying, contractual tying, market foreclosure, objective justification, efficiencies.*

Daivis Švirinas, Mykolo Romerio universiteto Teisės fakulteto Verslo teisės katedros docentas. Mokslinių tyrimų kryptys: konkurencijos teisė, komercinė teisė, įmonių teisė, sutarčių teisė.

Daivis Švirinas, Mykolas Romeris University, Faculty of Law, Department of Business Law, associate professor. Research interests: competition law, commercial law, company law, contract law.

Ana Novosad, Mykolo Romerio universiteto Teisės fakulteto Verslo teisės katedros asistentė, doktorantė. Mokslinių tyrimų kryptys: konkurencijos teisė, komercinė teisė, sutarčių teisė.

Ana Novosad, Mykolas Romeris University, Faculty of Law, Department of Business Law, assistant, doctoral student. Research interests: competition law, commercial law, contract law.