



ISSN 2029–2236 (print)
ISSN 2029–2244 (online)
SOCIALINIŲ MOKSLŲ STUDIJOS
SOCIAL STUDIES
2011, 3(1), p. 309–328.

SUTARTIES DĖL EUROPOS SĄJUNGOS VEIKIMO 102 STRAIPSNIO REFORMOS ĮTAKA OBJEKTYVAUS PATEISINIMO SAMPRATOS RAIDAI

Ana Novosad

Mykolo Romerio universiteto Teisės fakulteto
Verslo teisės katedra
Ateities g. 20, LT-08303 Vilnius, Lietuva
Telefonas (+370 5) 2714 525
Elektroninis paštas ana_novosad@yahoo.com

Pateikta 2010 m. rugsėjo 15 d., parengta spausdinti 2011 m. vasario 18 d.

Anotacija. Straipsnyje nagrinėjama objektyvaus pateisinimo samprata (kaip galima piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi pateisinantys argumentai), susiformavusi Europos Sąjungos Komisijos ir teismų praktikoje, bei tolesnė šios sampratos evoliucija Komisijai įvykdžius Sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo 102 straipsnio (buvusios Europos Bendrijos steigimo sutarties 82 straipsnio) reformą. Straipsnyje analizuojama objektyvaus pateisinimo sąvoka, jos rūšys (kategorijos), taikymo kriterijai (sąlygos) bei principai, inter alia, įrodinėjimo naštos tarp pažeidimą inkriminuojančio subjekto ir piktnaudžiavimu dominuojančia padėtimi įtariamo ūkio subjekto paskirstymo klausimai, jų reglamentavimas iki reformos bei Komisijos reformos dokumentuose. Straipsnyje siekiama nustatyti, kokią įtaką objektyvaus pateisinimo sampratai padarė Komisijos įvykdyta reforma.

Reikšminiai žodžiai: objektyvus pateisinimas, objektyvus būtinumas, atsakas į konkurento veiksmus, našumas, konkurencijos panaikinimas, įrodinėjimo našta.

Įvadas

Teismai dar prieš kelis dešimtmečius aiškiai pripažino dominuojančio ūkio subjekto galimybę išvengti Europos Bendrijos (EB) steigimo sutarties 82 straipsnio¹ (šiuo metu – Sutarties dėl Europos Sąjungos (ES) veikimo, toliau – SESV 102 straipsnio) taikymo pateikiant argumentus bei įrodymus, objektyviai pateisinančius šio ūkio subjekto elgesį rinkoje ir pašalinančius galimybę jį apkaltinti piktnaudžiavimu dominuojančia padėtimi. Dėl to, kad objektyvaus pateisinimo samprata ES konkurencijos teisėje egzistuoja ir yra aiškiai įtvirtinta, šiuo metu diskusijų nekyla. Tačiau „objektyvaus pateisinimo“ samprata vis dar išlieka viena kontroversiškiausių sampratų konkurencijos teisėje. Mokslinės diskusijos teisės doktrinoje vyksta ne tik dėl to, koks elgesys galėtų būti objektyviai pateisinamas, bet ir dėl to, kokioms sąlygoms esant tai galėtų būti įrodyta.

Straipsnio temos aktualumą bei naujumą lemia ir tas faktas, kad 2005 m. Komisija nusprendė įvykdyti EB steigimo sutarties 82 straipsnio (SESV 102 straipsnio) reformą ir pakeisti savo taip dažnai kritikuojamą formalistinį (angl. *form-based*) požiūrį į vadinamąjį poveikiu pagrįstą (angl. *effect-based*) požiūrį, pagal kurį dominuojančio ūkio subjekto elgesys yra vertinamas teisėtumo aspektu ne pagal tai, kokią objektyvią formą jis įgauna (nuolaidų suteikimo, atsisakymo tiekti, susiejimo ir pan.), o pagal tai, kokią poveikį rinkai jis daro. Komisijos vykdoma reforma, iš esmės peržiūrint piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi institutą, neišvengiamai palietė ir objektyvaus pateisinimo sampratą. 2005 m. Komisija išleido Diskusijų knygą², o 2008 m. pabaigoje – Gaires³, kuriose, be kita ko, išdėstė ir savo požiūrį į objektyvaus pateisinimo sampratą, jos taikymo sąlygas. Pažymėtina, kad Komisijos išleista Diskusijų knyga sulaukė nemažai teisininkų mokslininkų bei praktikų vertinimų, ypač griežtos kritikos. Savo nuomonę dėl Komisijos Diskusijų knygoje pateiktos objektyvaus pateisinimo vizijos išreiškė daugelis autorių, tokių kaip, pvz., R. O'Donoghue ir J.A. Padilla, A. Albors-Llorens, D. Riziotis ir kt., tačiau taip pat reikėtų pažymėti, jog objektyvaus pateisinimo samprata buvo nagrinėjama teisės doktrinoje ir iki Komisijos reformos, pvz., P.-J. Loewental, E. Roussevos darbuose. Pažymėtina, kad išleidus Komisijos baigiamąjį reformos dokumentą – Gaires – šis straipsnis yra iš esmės vienas pirmųjų, nagrinėjančių Komisijos įvykdytos reformos įtaką objektyvaus pateisinimo sampratos raidai ne tik Lietuvos, bet ir Europos Sąjungos konkurencijos teisės doktrinoje. Objektyvaus pateisinimo tema Lietuvos mokslininkų išsamiai nebuvo analizuojama.

Šio straipsnio tikslas – išnagrinėti, kaip objektyvaus pateisinimo samprata formavosi ES teismų ir Komisijos praktikoje ir kaip ji pasikeitė (jei iš viso pasikeitė) po Komisijos įvykdytos SESV 102 straipsnio reformos. Straipsnyje kritiškai vertinami Komi-

1 Atitinkamai Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymo 9 straipsnio. Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas. *Valstybės žinios*. 2004, Nr. 181-6732.

2 DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses [interaktyvus]. Brussels, 2005 [žiūrėta 2010-09-04]. <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>>.

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

sijos reformos dokumentai – Diskusijų knyga ir Gairės – objektyvaus pateisinimo kontekste, išryškunami šių dokumentų privalumai bei trūkumai. Taigi straipsnio mokslinio tyrimo objektas – tai objektyvaus pateisinimo samprata, rūšys, objektyvaus pateisinimo naudojimo sąlygos taikant SESV 102 straipsnį praktikoje. Pagrindinio straipsnio tikslo specifika bei mokslinio tyrimo objekto ypatumai lėmė ir specifinių mokslinių metodų – sisteminės analizės, istorinio, lingvistinio bei lyginamojo metodų – pasirinkimą.

1. Objektyvaus pateisinimo samprata ir rūšys

Objektyvaus pateisinimo sąvoka ES teismų praktikoje pirmą kartą buvo paminėta gana seniai, dar 1970 m. *Sirena v. Eda* byloje⁴, kurioje teismas pažymėjo, kad didelė produkto kaina, „jeigu ji nėra pateisinama objektyviais kriterijais“ (16–17 p.), galėtų būti lemiamas veiksnys konstatuojant piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi. Vėliau 1976 m. *United Brands* byloje⁵ teismas nurodė, jog tam, kad būtų galima nustatyti, ar *United Brands*, atsisakydamas tiekti bananus savo ilgamečiam klientui *Olesen*, piktnaudžiauja savo dominuojančia padėtimi, „būtina įsitikinti, ar tiekimų nutraukimas buvo pateisinamas“ (184 p.).

Objektyvus pateisinimas nubrėžia takoskyrą tarp piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi ir pagal SESV 102 straipsnį leidžiamo elgesio, nes tik objektyviai nepateisinamas elgesys gali būti draudžiamas pagal šį straipsnį. Taigi ES teismų praktikoje plačiai pripažįstama, kad iš pirmo žvilgsnio antikonkurencinis dominuojančio ūkio subjekto elgesys, vadinamasis *prima facie* piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi, gali būti objektyviai pateisinamas.

Objektyvus pateisinimas yra kompleksinė sąvoka, apimanti iš karto keletą objektyvaus pateisinimo rūšių – objektyvųjį būtinumą, atsaką į konkurentų veiksmus ir našumą⁶.

Komisija savo Diskusijų knygoje⁷ mini visas tris objektyvaus pateisinimo rūšis, tačiau tik objektyvųjį būtinumą ir atsaką į konkurentų veiksmus vadina „objektyviuoju pateisinimu“. Našumo (ekonominio veiksmingumo) argumentai Komisijos yra priskiriami prie atskiros „gynybinių argumentų“⁸ rūšies. Pažymėtina, jog Komisijos baigiamajame

4 Byla 40/70, *Sirena v. Eda* [1971] ETA 69.

5 Byla 27/76, *United Brands v. Commission* [1978] ETA 207.

6 Ir nors ne visoms šioms rūšims tinka objektyvaus pateisinimo definicija, vis dėlto šiame straipsnyje šios trys pagrindinės rūšys kartu bus vadinamos „objektyviuoju pateisinimu“.

7 DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses [interaktyvus]. Brussels, 2005 [žiūrėta 2010-09-04]. <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>>.

8 Autorė pritaria mokslininkų, manančių, jog Komisijos Diskusijų knygoje ir Gairėse vartojama objektyvaus pateisinimo „gynybos“ (angl. *defence*) sąvoka yra netinkama ir klaidinanti, nuomonei. Žr., pvz., Albors-Llorens, A. The Role of Objective Justification and Efficiencies in the Application of Article 82 EC. *Common Market Law Review*. 2007, 48: 1747.

reformos dokumente – Gairėse⁹ – atsakas į konkurentų veiksmus jau nėra įvardijamas kaip objektyvus pateisinimas ir apskritai nėra minimas.

Toliau šiame straipsnyje detalai nagrinėjama kiekviena iš objektyvaus pateisinimo rūšių, išskiriami jų ypatumai.

2. Objektyvus būtinumas (angl. *objective necessity*)

Objektyvus būtinumas kaip dominuojančio ūkio subjekto elgesio neteisėtumą panaikinanti aplinkybė pirmiausia buvo patvirtinta teismų praktikoje. Vėliau – Komisijos Diskusijų knygoje, galiausiai – ir Komisijos Gairėse. Objektyvus būtinumas siejamas su tam tikromis objektyviomis aplinkybėmis, nepriklausančiomis nuo dominuojančio ūkio subjekto valios. Antai atsisakymo tiekti atveju į dominuojančio ūkio subjekto gamybos apimčių sumažėjimą, jo abejones dėl produktų / paslaugų kokybės, saugumo ir pan. gali būti atsižvelgiama kaip į objektyviai pateisinamą aplinkybę, tačiau toks pateisinimas turi būti vertinamas ypač atsargiai, kartu įvertinant visas konkrečius atvejo faktines aplinkybes. Antai *BP v. Commission* byloje¹⁰ BP gerokai sumažino tiekiamo benzino kiekį vienam iš savo nenuolatinių klientų – AGB – dėl benzino trūkumo, atsiradusio dėl tuo metu pasaulinės naftos krizės (1973–1974 m.). Nuolatiniams savo klientams BP tiekiamo benzino kiekį sumažino ne taip smarkiai, dėl to Komisija nusprendė, kad tai piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi, o teismas su tokia Komisijos pozicija nesutiko ir pripažino, jog BP neprivalėjo vienodai sumažinti tiekiamo benzino kiekio ir nepastoviams, ir pastoviams klientams, nes pastarųjų lūkesčiai būtų nepagrįstai nepateisinti. Taip teismas, nors ir netiesiogiai, pripažino, kad produkto stoka gali objektyviai pateisinti klientams tiekiamo benzino sumažinimą juos atitinkamai diferencijuojant pagal svarbą dominuojančio ūkio subjekto verslui. Tiesa, reikėtų paminėti, kad BP byla buvo viena iš tų retų bylų, kurioje dominuojančiam ūkio subjektui pavyko pateisinti savo veiksmus ir išvengti kaltinimo piktnaudžiavimu dominuojančia padėtimi. Tuo tarpu *Frankfurt Airport* byloje¹¹ oro uosto valdytojo argumentai, paremti kompetencijos stoka bei abejonėmis dėl paslaugų saugumo ir kokybės, buvo Komisijos atmesti kaip nepagrįsti.

Sekant ES teismų praktika, objektyvus pateisinimas kaip vienas iš „gynybinių argumentų“ (angl. *defence*) buvo įtvirtintas ir Komisijos Gairių 29 punkte. Anot Komisijos, dominuojančio ūkio subjekto elgesio objektyvus būtinumas ir proporcingumas turi būti vertinamas atsižvelgiant į tam tikrus konkrečius išorinius veiksnius dominuojančio ūkio subjekto atžvilgiu, pvz., antikonkurencinis elgesys gali būti laikomas objektyviai būtinu dėl sveikatos ar saugos priežasčių, susijusių su nagrinėjamo produkto pobūdžiu. Tačiau Komisija pabrėžia, jog įrodinėjant, kad tokio pobūdžio elgesys yra objektyviai būtinas, būtina turėti omenyje, kad nustatyti ir įgyvendinti visuomenės sveikatos ir saugos rei-

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

10 Byla 77/77, *BP v. Commission* [1978] ETA 1513.

11 *FAG-Flughafen Frankfurt/Main AG* [1998] OL L72/30.

kalavimus paprastai yra valstybės institucijų, o ne dominuojančio ūkio subjekto pareiga. Įprastai dominuojanti įmonė neturi savo iniciatyva imtis veiksmų, kad pašalintų iš rinkos produktus, kuriuos ji – teisingai ar klaidingai – laiko pavojingais ar prastesniais už savo produktą (Gairių 28 punktą). Tokia Komisijos išvada, akivaizdu, kad buvo padaryta atsižvelgiant į *Hilti*¹² ir *Tetra Pak II*¹³ bylose Komisijos ir teismų suformuluotas išvadas¹⁴. Teismai abiejose bylose pripažino, kad, be susiejimo praktikos, buvo kitų būdų apsaugoti visuomenės sveikatą ir saugumą, pvz., kreiptis į kompetentingas institucijas, atsakingas už produktų saugą. Tokiu būdu teismai pripažino, kad *Hilti* ir *Tetra Pak* priemonės nebuvo būtinai reikalingos, vadinasi, ir nepateisinančios dviejų skirtingų prekių susiejimą.

Atsižvelgiant į Komisijos Gairėse bei Diskusijų knygoje pateiktus paaiškinimus, tampa aišku, jog Komisija pripažino teismų praktikoje susiformavusį objektyvaus būtinumo pateisinimą, tačiau reformos dokumentuose taip ir nesugebėjo apibrėžti, kokiais gi atvejais ūkio subjektas galėtų remtis objektyvaus būtinumo argumentais. Iš tiesų, nesant kiek aiškesnių Komisijos nurodymų, kokie gi atvejai gali būti objektyviai būtinai, objektyvaus būtinumo įrodinėjimas tampa itin sudėtingas, netgi beveik neįmanomas¹⁵. Komisijos paaiškinimai Diskusijos knygoje ir Gairėse neužtikrina tinkamo teisinio aiškumo, nes šiuose dokumentuose nurodoma, kas nėra objektyviai būtina, tačiau visiškai nepaaiškinama, kas yra objektyviai būtina ir dėl to – objektyviai pateisinama.

3. Atsakas į konkurento veiksmus (angl. *meeting competition*)¹⁶

Atsakas į konkurento veiksmus, kaip dominuojančio ūkio subjekto teisė ginti savo komercinius interesus nuo konkurentų „išpuolių“, teismų praktikoje buvo nagrinėjamas atsisakymo tiekti¹⁷, grobuoniškos kainodaros¹⁸, ištikimybės nuolaidų¹⁹, pasirinktinės

12 Komisijos sprendimas *Hilti AG* [1988] OL L65/19. Teismų sprendimai: byla T-30/89 *Hilti AG v. Commission* [1990] ETA II-163, byla 53/92 P *Hilti AG v. Commission* [1994] ETA I-667.

13 Komisijos sprendimas: *Tetra Pak II* [1992] OL L72/1. Teismų sprendimai: 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.

14 *Hilti* norėjo pateisinti savo susiejimo praktiką tuo, kad bendrovė neva norėjo užtikrinti, jog vartotojai naudosis tik tokiais vinis, kurios bus pritaikytos *Hilti* gaminamiems plaktukams. *Tetra Pak* pateikė panašių argumentų dėl susietų prekių saugumo, teigdama, jog aseptinių pylimo mašinų ir aseptinio kartono atskyrimas gali kelti riziką visuomenės sveikatai ir gali pakenkti *Tetra Pak* klientams.

15 Antitrust Alliance. DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses. Public Consultation [interaktyvus]. [žiūrėta 2010-09-04]. <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/030.pdf>>. p. 5.5.1; Albors-Llorens, A. *supra* note 8, p. 1758.

16 Autorė pažymi, kad atsakas į konkurentų veiksmus yra tik viena iš dominuojančio ūkio subjekto komercinių interesų gynybos formų, tačiau toliau straipsnyje sąvoka „atsakas į konkurentų veiksmus“ bus vartojama plačiąja prasme kaip apimanti visus galimus gynybinius veiksmus ūkio subjekto komerciniams interesams apsaugoti (taip pat šiuo klausimu žr. Albors-Llorens, A., *supra* note 8, p. 1756–1757).

17 Žr., pvz., Bylą 27/76, *United Brands v. Commission of the European Communities* [1978] ETA 207.

18 Žr., pvz., Bylą C- 62/86, *Akzo Chemie BV v. Commission* [1991] ETA I-3359.

19 Žr., pvz., Bylą T-65/89, *BPB Industries Plc and British Gypsum Ltd v Commission* [1993] ETA II-39.

(selektyvinės) kainodaros²⁰ byloje, tačiau, deja, nė vienoje iš bylų dominuojančiam ūkio subjektui nepavyko įrodyti, jog atitinkami veiksmai buvo skirti apginti jo komercinius interesus ir todėl nelaikytini piktnaudžiavimu dominuojančia padėtimi.

Antai jau minėtoje *United Brands* byloje teismas pažymėjo, kad „Nors tai tiesa, jog tas faktas, kad ūkio subjektas yra dominuojantis, negali iš jo atimti teisę ginti savo komercinius interesus, jeigu juos kas nors puola, ir kad tokiam ūkio subjektui turi būti leidžiama imtis tokių protingų žingsnių, kurie atrodo tinkami jo interesams apginti, tokiam jo elgesiui negali būti pritariama, jeigu jo tikrasis tikslas yra dominuojančios padėties sustiprinimas ir piktnaudžiavimas ja.“²¹ Kartu šioje byloje buvo pripažinta, kad *United Brands (UB)* atsisakymas tiekti bananus savo ilgamečiui klientui *Olesen*, kuris dalyvavo UB konkurento reklaminėje kampanijoje, nebuvo objektyviai pateisinamas²².

Atsako į konkurentų veiksmus proporcingumo klausimas buvo nagrinėtas ir *Brass Band Instruments v. Boosey&Hawkes (Interim Measures)* byloje²³. Du vieno didžiausio pasaulio varinių pučiamųjų instrumentų gamintojo klientai įsteigė konkuruojančią įmonę (BBI) varinių pučiamųjų instrumentų gamybai ir reklamai vykdyti. Sužinojusi apie tai, *Boosey&Hawkes* nedelsdama nutraukė tiekimą vienam iš savo klientų – šios konkurentinės įmonės steigėjų. Komisija nurodė, kad pats faktas, jog klientas pradėjo vykdyti konkurentinę veiklą, negali tapti pagrindu nedelsiant nutraukti tiekimą arba imtis kitų atsakomųjų veiksmų prieš šį klientą. Tiesa, Komisija pripažino, kad tokioje situacijoje ūkio subjektas turėtų turėti galimybę peržiūrėti savo komercinius santykius su klientu, tapusiu konkurentu, tačiau staigus ir automatiškas santykių nutraukimas, Komisijos nuomone, buvo nepateisinamas ir neproporcingas.

Teismai savo praktikoje, kaip ir *United Brands* ir *Boosey&Hawkes* byloje, pripažindavo neleistinomis ūkio subjektų taikytas priemones, kurios turėjo tikslą pašalinti konkurentus ir buvo neproporcingos konkurentų „puolimui“. Teismų nuomone, kai tik nustatomas antikoncepcinis dominuojančio ūkio subjekto veiksmų tikslas, šių veiksmų atsakomasis pobūdis ir proporcingumas tampa nebesvarbūs. Toks teismų požiūris iš dalies yra keistas ir nesuprantamas, nes vis dėlto patys teismai pripažįsta, jog piktnaudžiavimas yra objektyvi sąvoka ir veiksmų neteisėtumas mažiausiai turi priklausyti nuo dominuojančio ūkio subjekto subjektyvių ketinimų²⁴.

Pažymėtina, kad atsakas į konkurento veiksmus kaip objektyvaus pateisinimo rūšis minimas tik Komisijos Diskusijų knygoje, o Komisijos Gairėse šios objektyvaus pateisinimo kategorijos nebeliko.

20 Žr., pvz., bylą T-228/97, *Irish Sugar plc v. Commission* [1999] ETA II-2969, p. 112 ir daugelį kitų bylų.

21 Byla 27/76 *United Brands v. Commission of the European Communities* [1978] ETA 207, p. 189. Taip pat ši citata buvo pakartota byloje T-65/89 *BPB Industries Plc and British Gypsum Ltd v. Commission* [1993] ETA II-39, p. 69, ir byloje T-228/97, *Irish Sugar plc v. Commission* [1999] ETA II – 2969, p. 122.

22 Teismas pabrėžė du svarbius aspektus. Pirma, ūkio subjektas neturi turėti tikslo stiprinti savo dominuojančią padėtį ir ja piktnaudžiauti, antra, ūkio subjekto veiksmai turi būti proporcingi konkurentų sukeltam pavojui. UB byloje teismas tiesiog konstatavo, nepateikdamas kokių nors aiškesnių priežasčių, kad UB veiksmai buvo pertekliniai, palyginti su *Olesen* veiksmais, t. y. neproporcingi, ir todėl nepateisinami.

23 *Brass Band Instruments v. Boosey&Hawkes (Interim Measures)* [1987] OL L282/36.

24 Rousseva, E. The Concept of ‘Objective Justification’ of an Abuse of a Dominant Position: Can it help to Modernise the Analysis under Article 82 EC? *The Competition Law Review*. 2006, 2(2): 47, 49, 53.

Kaip minėta, galimybė atsakyti į konkurento veiksmus (ginti savo komercinius interesus, jeigu į juos yra kėsiniama) kaip galimas *prima facie* piktnaudžiavimo pateisinimas ne vieną kartą buvo pripažinta ES teismų praktikoje²⁵, tad logiškas šios objektyvaus pateisinimo rūšies paminėjimas Komisijos Diskusijų knygoje, tačiau nesuprantamas jo nebuvimas galutiniam Komisijos reformos dokumente – Gairėse. Diskusijų knygos ir Gairių analizė leidžia teigti, kad Komisija, įvykdžiusi reformą, vis dėlto nepripažino atsako į konkurentų veiksmus kaip objektyviojo pateisinimo.

Komisija, nors ir užsimindama Diskusijų knygoje apie ūkio subjekto galimybę atsakyti į konkurentų veiksmus, šią galimybę atsakyti aiškina gana siaurai.

Visų pirma, Komisijos nuomone, tai gali būti tik toks elgesys, kuris kitoje situacijoje reikštų susijusį su kainodara piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi, t. y. iš esmės tik grobuonišką kainodarą bei nesąžiningai mažų nuolaidų taikymą²⁶. Teismų praktika²⁷ nesuteikia pagrindo tokiam siauram aiškinimui. Neaišku, kodėl, pvz., ūkio subjektas negali atsakyti tuo pačiu į kito ūkio subjekto elgesį, kuris nėra susijęs su kainų nustatymu, pvz., į dviejų ar daugiau prekių susiejimą. Ekaterina Rousseva viename iš savo mokslinių straipsnių nagrinėdama objektyvaus pateisinimo sampratą²⁸ nurodo, jog ji neišivaizduoja tokių situacijų, kuriose, pvz., atsakymas tiekti ar susiejimas galėtų būti pateisinami. Antai ji teigia, kad prekių susiejimas kaip atsakas į kitų ūkio subjektų susiejimą negali būti naudojamas kaip pateisinimas, nes kitų ūkio subjektų, kurie neužima dominuojančios padėties, naudojamas prekių susiejimas gali būti leidžiamas, o vien dėl to, kad susisiejimą taiko dominuojantis ūkio subjektas, toks susiejimas gali tapti draudžiamas ir neteisėtas dėl dominuojantiems ūkio subjektams taikomos „ypatingos atsakomybės“ už savo veiksmus rinkoje, reikalaujančios nesumažinti ir dar labiau neiškreipti ir taip jau sumažintos konkurencijos atitinkamoje rinkoje. Mūsų nuomone, tokia pozicija nėra pagrįsta²⁹. Jeigu dominuojančio ūkio subjekto konkurentai pradėjo susieti dvi skirtingas prekes, kurios priklauso skirtingoms prekių rinkoms, ir tokios susietos prekės tapo paklausios ir dėl to rinkoje toliau ekonomiškai nebeapsimoka šių prekių pardavinėti atskirai, dominuojančiam ūkio subjektui turėtų būti leista pradėti taikyti susiejimą, priešingu atveju jo išlikimui rinkoje gali grėsti pavojus. Tokia situacija, mūsų požiūriu, reiškia dominuojančio ūkio subjekto prisitaikymą prie rinkos ir vartotojų poreikių.

Antra, Komisija nurodo, kad atsakas į konkurentų veiksmus turi būti vertinamas taikant proporcingumo testą. Iš tiesų, kaip jau ne kartą buvo minėta, ES teismai savo

25 Žr., pvz., *supra* notes 17-20.

26 Be to, atsakas gali būti tik individualus, ne kolektyvinis, t. y. Komisija nelaikys pateisinamu kolektyvinį boikotą, o tai ir suprantama – pagal susiklosčiusią praktiką kolektyvinis boikotas yra tyčinis SESV 101 str. pažeidimas.

27 Žr., pvz., *supra* notes 17-20.

28 Rousseva, E., *supra* note 18, p. 54.

29 Ją palaiko ir kiti autoriai, išsakę savo komentarus dėl Diskusijų knygos, pvz., Eversheds LLP, UK. *Comments on the DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*. 31 March 2006 [interaktyvus]. [žiūrėta 2010-09-04]. <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/074.pdf>>. Punktai 15–16.

praktikoje³⁰ pripažino, kad dominuojantys ūkio subjektai, kaip ir visi kiti ūkio subjektai, turi teisę ginti savo komercinius bei ekonominius interesus, atsakydami į konkurentų veiksmus. Trumpai tariant, ūkio subjekto atsakomieji veiksmai siekiant sumažinti trumpo laikotarpio sąnaudas būtų teisėtas tikslas. Komisija taip pat Diskusijų knygoje nurodo, kad tam, kad dominuojančio ūkio subjekto veiksmai atitiktų proporcingumo reikalavimus, visų pirma jis turi įrodyti, kad pasirinktas elgesys yra tinkamas pasiekti teisėtą tikslą. Antra, dominuojantis ūkio subjektas privalo įrodyti, jog toks jo elgesys yra būtinas, t. y. kad teisėtas tikslas negali būti panašia apimtimi pasiektas kitokiais alternatyviais ir mažiau konkurenciją ribojančiais veiksmais ir kad reakcijos laikas yra ribotas iki minimumo. Trečia, proporcingumo testas reikalauja, kad atsakas būtų proporcingas SESV 102 straipsnio tikslams, t. y. atsižvelgiant į būtinybę apginti vartotojų interesus, būtina kiekvienu atveju pasverti dominuojančio ūkio subjekto interesą sumažinti savo nuostolius ir jo konkurentų interesą įeiti į rinkas ir jose plėstis. Komisija preziumuoja, jog mažesnių nei vidutinės kintamosios išlaidos (VKI) kainų taikymas nelaikytinas leistinu atsaku į konkurentų veiksmus, nes paprastai tokia kainodara nėra nei tinkama, nei būtina, kad būtų galima sumažinti patiriamus nuostolius. Didesnių nei VKI kainų nustatymas gali būti pateisinamas tik tada, kai jis atitinka visas proporcingumo testo sąlygas, o tai, Komisijos nuomone, retai kada įmanoma (Diskusijų knygos 83 punktas).

Iš tiesų, mūsų nuomone, turėtų būti savaime suprantama, jog dominuojančiam ūkio subjektui negali būti draudžiama reaguoti į konkurentų veiksmus, priešingu atveju jis netektų savo verslo ir pasitrauktų iš rinkos. Kita vertus, reakcija turi būti proporcinga. Komisija Diskusijų knygoje nurodo, kad grobuoniška dominuojančio ūkio subjekto kainodara nebus pateisinama, tačiau kyla klausimas, ką daryti įmonei, jei konkurentai taiko tokią grobuonišką kainodarą – nejaugi tokiu atveju siekiant išlaikyti savo klientą negalima atsakyti į jų veiksmus tuo pačiu? Laikytis Komisijos taisyklių dėl leistinos kainodaros nebūtų protinga, nes tai nepadėtų įmonei išgyventi rinkoje.

Be to, reikalavimas, kad ūkio subjektas pagrįstų savo elgesį ir įrodytų, kad tai tik atsakas į konkurentų veiksmus, iš tiesų reiškia subjekto pareigą įrodyti, kad jis neturėjo kitokių ketinimų, pvz., pašalinti konkurentų. Tam tikrų faktų nebuvimo įrodinėjimas yra iš esmės neįmanomas, tad tai turėtų būti Komisijos pareiga įrodyti, kad ūkio subjektas siekė antikoncepcinių tikslų, o ne ūkio subjekto pareiga įrodyti, kad jis tokių tikslų neturėjo³¹. Tas pats pasakytina ir apie reikalavimą įrodyti, jog ūkio subjekto įrodytas teisėtas tikslas negali būti panašia apimtimi pasiektas kitokiais alternatyviais ir mažiau konkurenciją ribojančiais veiksmais, nes, mūsų nuomone, būtent pažeidimą įrodinėjanti šalis privalo įrodyti, kad tokios alternatyvos yra, o ne ūkio subjektas, kad jų – nėra³².

30 Žr., pvz., *supra* notes 17-20.

31 CBI komentaras dėl Diskusijų knygos: CBI. DG Competition Discussion Paper Article 82 – Exclusionary Abuses CBI Response – 31 March 2006 [interaktyvus]. [žiūrėta 2010-09-04]. <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/063.pdf>>. Punktas 7.4.

32 Panaši nuomonė išdėstyta ir CRECEDI komentaruose dėl Diskusijų knygos: Centre de Recherches sur le commerce et l'Économie Numérique Comments to the DG Competition Discussion Paper on the application of Article 82 of the EU Treaty to the exclusionary abuses [interaktyvus]. [žiūrėta 2010-08-20]. <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/086.pdf>>. Punktas 5.5.2.

Apibendrinant visa tai, kas buvo išdėstyta, teigtina, jog atsakomieji veiksmai į konkurentų elgesį, susijusį ir nesusijusį su kainų nustatymu, neabejotinai turėtų būti pripažįstami kaip objektyvus pateisinimas, kaip tai ir numato susiklosčiusi ES teismų praktika³³, todėl Komisija Gairėse nepagrįstai jų neįtraukė į objektyvaus pateisinimo sampratą. Kitas klausimas, ar esant tokiems griežtiems reikalavimams dėl būtinumo, proporcingumo ir t. t., kokie buvo pateikti Komisijos Diskusijų knygoje, toks pateisinimas iš tikrųjų galėtų padėti dominuojančiam ūkio subjektui apsiginti nuo jam pateikiamo „kaltinimo“ piktnaudžiavimu dominuojančia padėtimi. Reikėtų sutikti su daugelio autorių išreiškiamu nuomone³⁴, jog Komisijos apibrėžti kriterijai, kuriems esant atsakas į konkurentų veiksmus galėtų pateisinti galimą piktnaudžiavimą, yra labai griežti ir sunkiai įrodomi, ypač dėl to, kad įrodinėjimo našta dėl tam tikrų aplinkybių nebuvimo yra nepagrįstai perkeliama dominuojančiam ūkio subjektui. Dėl šios priežasties būtų gerai, kad teismai praktikoje aiškiai nubrėžtų atsako į konkurento veiksmus įgyvendinimo leistinumo ribas, kurios, iškilus būtinybei, realiai suteiktų dominuojančiam ūkio subjektui galimybę pasinaudoti šia objektyvaus pateisinimo priemone.

4. Našumas (angl. *efficiencies*)

Našumą skatinantis elgesys taip pat gali pateisinti dominuojančio ūkio subjekto veiksmus, kurie *prima facie* atitinka piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi požymius. Našumo argumentai pirmą kartą buvo nagrinėjami *Irish Sugar* byloje³⁵, analizuojant, ar *Irish Sugar* pasirinktinai taikomos nuolaidos (prie Šiaurės Airijos sienos esantiems klientams) buvo ištikimybės nuolaidos, skirtos užkirsti kelią importui iš Šiaurės Airijos, ar kaip kiekybinės nuolaidos, pagrįstos ekonominiu našumu. Teismas pažymėjo, kad nei *Irish Sugar* finansinė padėtis, nei jos konkurentų taikoma kainodaros politika, nei „gynybinis jos veiksmų pobūdis“, nei galbūt neteisėta prekyba, negalėjo pateisinti jos taikomų nuolaidų (185 p.). Iš tiesų našumas kaip dominuojančio ūkio subjekto veiksmus pateisinti aplinkybė tik neseniai buvo įtvirtinta Komisijos ir teismų praktikoje, pvz., *Microsoft* byloje³⁶, *British Airways* byloje³⁷, todėl šios objektyvaus pateisinimo rūšies įtvirtinimas Diskusijų knygoje bei Gairėse yra sveikintinas ir suderinamas su Komisijos reformos tikslais bei esme.

Aiškiai ir nedviprasmiškai našumą kaip „gynybinį argumentą“ Komisija pirmiausia patvirtino savo Diskusijų knygoje, o vėliau – ir Gairėse. Gairių 30 punkte Komisija nurodė, jog dominuojanti įmonė gali elgesį, lemiantį rinkos uždarymą (angl. *market foreclosure*), pateisinti padidėjusiu našumu, kurio pakaks, kad vartotojai apskritai ne-

33 Žr., pvz., *supra* notes 17-20.

34 Geradin, D.; Alhorn, C.; Denicolo, V.; Padilla, J. DG Comp's Discussion Paper on Article 82: Implications of the Proposed Framework and Antitrust Rules for Dynamically Competitive Industries 31st March 2006 [interaktyvus]. [žiūrėta 2010-09-04]. <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/057.pdf>>.

35 Byla T-228/97, *Irish Sugar* [1999] ETA II-2969.

36 Byla T-201/04, *Microsoft Corp. v. Commission* [2004] ETA II-2977.

37 Byla C-95/04 P *British Airways v. Commission and Virgin Atlantic* [2007] ETA I-2331.

patirtų jokios žalos. Praktikoje nei Komisija, nei teismai nebuvo suformulavę aiškaus testo, kuris leistų nustatyti, ar dominuojančio ūkio subjekto veiksmai yra pateisinami dėl našumo, tačiau Gairėse Komisija nurodė sąlygas, kurioms esant našumas gali pateisinti Komisijos nagrinėjamą elgesį (atsisakymą tiekti, taikomas nuolaidas, susiejimą ir pan.). Kaip nurodė Komisija savo Diskusijų knygoje, šios sąlygos iš esmės yra panašios į SESV 101 straipsnio 3 dalyje³⁸ įtvirtintas „išimties“ iš bendro draudimo sudaryti konkurenciją ribojančius susitarimus sąlygas, tačiau, kaip bus atskleista toliau, nėra joms identiškos.

Pažymėtina ir tai, kad Gairėse Komisija nedetalizuoja, kokio pobūdžio našumas gali būti pateisinamas, ar tik alokacinis našumas, kuris reiškia, kad prekės ir paslaugos yra paskirstomos tarp vartotojų pagal kainas, kurias jie pageidauja mokėti, ar tai ir gamybinis našumas, kuris reiškia, jog prekės gaminamos ar paslaugos teikiamos mažiausiomis sąnaudomis, ar apima ir dinaminį našumą, kuris pasiekiamas tada, kai gamintojai diegia naujus produktus tam, kad laimėtų kuo didesnę rinkos dalį ir pritrauktų naujų klientų³⁹. Manytume, kad Komisija turėtų priimti kaip pateisinantį bet kokio pobūdžio našumą, jei šis yra naudingas vartotojams. Mūsų nuomonę patvirtina ir teismų praktika – čia aiškiai pripažįstama, kad ekonomiškai pagrįstos nuolaidos yra pateisinamos⁴⁰, o vertinant intelektinės nuosavybės teisių savininko atsisakymą suteikti prieigą prie svarbios informacijos turi būti atsižvelgiama į jo paskatas diegti inovacijas⁴¹. Visų trijų našumo rūšių svarbą ir aktualumą patvirtina ir pačios Komisijos Gairių 30 punkte išreikšta mintis, jog įmonių konkurencija yra pagrindinis veiksnys, skatinantis ekonominę efektyvumą, įskaitant dinaminį našumą, pasireiškiantį naujovėmis, todėl ji yra saugotina. Be to, manytume, jog dominuojantis ūkio subjektas, siekiantis pateisinti savo elgesį, gali įrodinėti ir našumų viseto buvimą, pvz., ir alokacinį, ir dinaminį, ir gamybinį, išskyrus, aišku, tuos atvejus, kai vienas našumas panaikina kito našumo atsiradimo galimybę⁴².

4.1. Sąlygos našumui įrodyti

Gairėse Komisija nurodė, jog dominuojantis ūkio subjektas privalės „pakankamai įtikinamai ir remiantis patikrinamais duomenimis įrodyti“, kad bus patenkintos keturios sąlygos:

38 Atitinkamai Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymo 6 straipsnyje.

39 Geradin, D. Efficiency claims in EC competition law and sector-specific regulation. *The Evolution of European Competition Law. Whose Regulation, Which Competition?* Ullrich, H. (ed.). Cheltenham, UK. Northampton, USA: Edward Elgar, 2006, p. 315.

40 Žr., pvz., bylą T-228/97, *Irish Sugar* [1999] ETA II-2969.

41 Žr., pvz., bylą T-201/04, *Microsoft Corp. v. Commission* [2004] ETA II-2977.

42 Pvz., jeigu dominuojantis ūkio subjektas leidžia naudotis būtinaja infrastruktūra, jis skatina konkurenciją žemiau esančioje rinkoje ir taip didina alokacinį našumą, tačiau toks privalomas leidimas naudotis infrastruktūra gali sumažinti šio subjekto paskatas investuoti, kartu – ir paskata įdiegti naujus produktus (t. y. dinaminį našumą). Plačiau žr. Geradin, D., *supra* note 31, p. 315–316; Riziotis, D. Efficiency Defence in Article 82 EC. *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?* Springer Berlin Heidelberg, 2008, p. 99.

Pirma, dėl nagrinėjamo dominuojančio ūkio subjekto elgesio jau pasiektas arba turbūt bus pasiektas didesnis našumas, pvz., techniškai patobulinus prekių kokybę arba sumažinus gamybos ar platinimo sąnaudas;

Antra, nagrinėjamas elgesys būtinas šiam našumui pasiekti: šiam elgesiui nėra jokių mažiau konkurenciją varžančių alternatyvų, kurios leistų pasiekti tokį patį našumą;

Trečia, dėl nagrinėjamo elgesio padidintas našumas kompensuoja bet kokius neigiamus padarinius konkurencijai ir vartotojų gerovei elgesio paveiktose rinkose;

Ketvirta, nagrinėjamas elgesys nepanaikina veiksmingos konkurencijos pašalindamas visus ar daugumą esamų faktinės ar galimos konkurencijos šaltinių.

Gairių 31 punkte Komisija nurodė, jog būtent dominuojantis ūkio subjektas turi pateikti visus reikiamus įrodymus, kad atitinkamas elgesys yra objektyviai pateisinamas. Tada Komisija turi atlikti galutinį vertinimą, kuriuo nustatoma, ar atitinkamas elgesys nėra objektyviai būtinas ir ar, palyginus visą tikėtiną antikoncepcinį poveikį su didesniu ir pagrįstu našumu, galima sakyti, kad dėl jo bus pakenkta vartotojams.

Pažymėtina, kad panašios, bet ne identiškios našumo sąlygos buvo nurodytos ir Diskusijų knygoje. Komisija nemažai buvo kritikuota už Diskusijų knygoje pateiktą šių sąlygų formulavimą ir įrodinėjimo naštos paskirstymą, todėl toliau šie aspektai yra nagrinėjami plačiau.

Pirmoji sąlyga, mūsų nuomone, yra gana aiški ir nereikalaujanti papildomo aiškinimo – akivaizdu, jog ūkio subjekto elgesys turi arba gerinti prekių kokybę, arba mažinti prekių gamybos / prekių įsigijimo sąnaudas, arba pateisinti konkrečiam klientui padarytas investicijas ir pan. Ši sąlyga iš esmės turėtų būti aiškinama identiškai, kaip ir SESV 101 straipsnio 3 dalies nuostata, teigianti, jog susitarimas turi padėti „tobulinti prekių gamybą ir paskirstymą arba skatinti technikos ir ekonomikos pažangą“.

Antra sąlyga yra aiškiai išreikštas „objektyvaus būtinumo“ (angl. *objective necessity*) kriterijus. Diskusijų knygoje Komisija buvo nurodžiusi, kad ūkio subjektui nepakanka nurodyti hipotetines ar teorines alternatyvas, nes Komisija atsižvelgs tik į tokias alternatyvas, kurios yra realiai pasiekiamos. Ūkio subjektas taip pat privalės įrodyti, kad tos realios ir mažiau konkurenciją ribojančios alternatyvos yra ne tokios veiksmingos kaip jo siūloma veiksmų alternatyva (Diskusijų knygos 86 p.). Pažymėtina, kad tokiu būdu ūkio subjektams perkeliama įrodinėjimo našta yra iš tiesų gana sunki. Visų pirma, yra gana sudėtinga įrodinėti, kad tam tikras faktas neegzistuoja, t. y. kad nėra kitų alternatyvų. Be to, tokiu atveju ūkio subjektas turėtų surinkti visą informaciją apie visas rinkoje prieinamas alternatyvas, o tai irgi yra sunkiai įgyvendinama. Mūsų nuomone, po to, kai ūkio subjektas pateikia visus įrodymus dėl galimo našumo, būtent Komisija turėtų įrodinėti, jog buvo alternatyvių priemonių našumui pasiekti ir jos buvo mažiau konkurenciją ribojančios.

Trečia, turi būti įrodyta, jog pirmoje sąlygoje įrodytas našumas kompensuoja bet kokius neigiamus padarinius konkurencijai ir vartotojams. Pažymėtina, kad Diskusijų knygoje ši sąlyga buvo prilyginama reikalavimui įrodyti, jog našumas bus naudingas vartotojams ir būtent tuo aspektu, kad jiems dėl elgesio padaryta (ar tikėtina) žala turėtų būti kompensuota našumu sukurtais gėriais. Tai reiškia, pvz., kad jeigu ūkio subjekto elgesys didina kainas, tačiau gerėja produkto kokybė, tai turi būti ne šiaip įrodyta, jog

vartotojai gaus geresnės kokybės produktą, bet ir tai, kad ši geresnė kokybė visiškai kompensuoja dėl to vartotojams padidėjusią produkto kainą. Mūsų nuomone, toks reikalavimas yra perteklinis, o dominuojančiam ūkio subjektui turėtų užtekti įrodyti, kad jo sukurtas našumas, pvz., sąnaudų sutaupymas yra perduodamas vartotojams, pvz., sumažinant jiems produkto kainas⁴³. Mes neteigiame, jog „balansavimo“ testas iš viso neturėtų būti atliekamas, tačiau tai akivaizdžiai neturėtų būti dominuojančio ūkio subjekto pareiga, 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 SESV 102 straipsnį. Plačiau šiuo aspektu kalbama 4.2 punkte.

Ketvirta, dominuojančio ūkio subjekto elgesys neturi panaikinti veiksmingos konkurencijos pašalindamas visus ar daugumą esamų faktinės ar galimos konkurencijos šaltinių. Komisija nurodo, jog tais atvejais, kai nėra konkurencijos ir jokios iš anksto numatomos patekimo į rinką grėsmės, konkurencijos apsauga ir konkurencinis procesas yra svarbesni už galimą našumo padidėjimą. Komisija toliau paaiškina, kad, jos nuomone, elgesys, kuriuo išsaugoma, sukuriama ar sustiprinama į monopoliją vis labiau panaši rinkos padėtis⁴⁴, paprastai negali būti pateisinamas našumo sumetimais. Ši Komisijos apibrėžta sąlyga mums kelia keletą rimtų abejonių dėl jos pagrįstumo ir praktinio priimtimumo.

Pirma, neteisinga teigti, jog „superdominuojančio“ ar monopolininko elgesys niekada negalės būti pateisinamas našumu dėl jo turimos didelės rinkos dalies. Rinkos dalis ir galimybė sukurti teigiamą poveikį vartotojams (sukurti naują produktą, patobulinti egzistuojantį ir pan.) nėra tarpusavyje susiję⁴⁵. Priešingu atveju galima teigti, jog, pvz., tokios įmonės kaip *Microsoft* ir pan., vien dėl savo turimos padėties rinkoje niekada negalės objektyviai pateisinti našumu savo elgesio pagal SESV 102 straipsnį. Toks požiūris yra pernelyg formalus ir nesuderinamas su naujuoju Komisijos reformos šūkiu laikytis poveikiu konkurencijai pagrįsto požiūrio taikant SESV 102 straipsnį. Be to, šis požiūris prilygtų draudimui dominuoti, o tai prieštarautų SESV 102 straipsnio, draudžiančio tik piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi, esmei⁴⁶. Tačiau teisybės dėlei reikėtų pažymėti, kad kuo didesnė yra dominuojančio ūkio subjekto rinkos dalis, kuo stipresnė jo padėtis atitinkamoje rinkoje, tuo didesnė tikimybė, jog jis neturės paskatų perduoti našumo teikiamą naudą vartotojams, o trumpuoju laikotarpiu duodama nauda vartotojams gali būti greitai laiku pakeista neigiama situacija rinkoje, kurioje nebeliks konkurentų, todėl tokie atvejai turėtų būti ypač atidžiai nagrinėjami praktikoje⁴⁷.

Antra, konkurencijos proceso (bei konkurencijos šaltinių, t. y. konkurentų) apsauga Komisijai yra svarbesnė nei vartotojų gaunama nauda dėl našumo. Mūsų nuomone, tam

43 Monti, G. *EC Competition Law*. Cambridge University Press, 2007, p. 204.

44 Diskusijų knygos 92 p. nurodoma, jog tokia padėtis tikėtina tuomet, kai ūkio subjekto rinkos dalis viršija 75 proc.

45 Žr. taip pat ICC Comments on the European Commission discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses [interaktyvus]. [žiūrėta 2010-09-04]. <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/106.pdf>>.

46 Žr. CBI, *supra* note 25, p. 8.4.

47 Šiuos pavojus buvo paminėjusi ir Komisija Diskusijų knygos 90–91 p.

tikrais atvejais tai reiškia savotišką grįžimą į ordoliberalinį požiūrį, kuris konkurentų (net ir neefektyviai veikiančių) apsaugą laiko svarbiausiu konkurencijos teisės tikslu, tuo tarpu Komisijos Gairėse skelbiama, jog Komisija savo įgyvendinimo priemonėmis stengsis užtikrinti, kad vartotojai gautų naudos iš našumo ir produktyvumo, sieks apsaugoti vartotojus nuo elgesio, kuris labiausiai kenkia vartotojams (5 p.)⁴⁸. Manytina, jog tais atvejais, kai vartotojai gauna naudos iš galbūt piktnaudžiamojamo elgesio, konkurencinio proceso apsauga gali būti ne tokia svarbi, kaip skelbia Komisija, priešingu atveju konkurencinio proceso apsauga gali skatinti palaikyti neefektyvias rinkos struktūras⁴⁹. Antai prekių susiejimas gali visiškai panaikinti konkurenciją vieno iš dviejų produktų rinkoje, tačiau duoti vartotojams naują, gerokai patobulintą, galbūt netgi pigesnę produktą⁵⁰.

Trečia, analizuojant Komisijos paaiškinimus, susidaro įspūdis, kad ūkio subjekto elgesys apskritai niekada netenkina šios sąlygos, nes dėl ūkio subjekto dominavimo konkurencija rinkoje ir taip jau yra susilpninta, be to, šiam subjektui jau yra inkriminuojamas galimas ar realus neigiamas poveikis ir taip jau susilpnintai konkurencijai rinkoje⁵¹.

Ketvirta, didelę nuostabą kelia Komisijos paaiškinimas, jog ūkio subjekto elgesys, kuriuo siekiama išsaugoti ar išsaugoma nors ir dominuojanti, „į monopoliją vis labiau panaši rinkos padėtis“, galėtų būti laikomas piktnaudžiovimu dominuojančia padėtimi. Žinoma, jog ES konkurencijos teisėje nėra draudžiama užimti dominuojančią padėtį rinkoje, kaip iš principo nėra draudžiama ir išlaikyti bei stiprinti šią padėtį, draudžiama tik šia padėtimi piktnaudžiauti. Prisiminkime teismo išvadas *United Brands* byloje⁵², kurioje teismas aiškiai pažymėjo, jog tais atvejais, kai dominuojančio ūkio subjekto interesai yra puolami, jis gali imtis protingų priemonių, tačiau jų tikslas neturi būti dominuojančios padėties stiprinimas ir piktnaudžiovimas ja. *British Gypsum* byloje⁵³ teismas, pakartodamas šią *United Brands* byloje teismo išsakytą mintį, dar labiau ją detalizavo ir nurodė, jog EB sutarties 82 straipsnis draudžia ūkio subjektui stiprinti jo padėtį rinkoje pasinaudojant priemonėmis, kurios nesusijusios su konkurencija nuopelnais⁵⁴ (angl.

48 Komunikato 6 punkte Komisija aiškiai nurodo, jog svarbu apsaugoti konkurencinį procesą, o ne konkurentus, kad vartotojai iš to gautų naudos: „Komisijos įgyvendinimo veikia antikonkurencinio elgesio srityje pirmiausia siekiama apsaugoti konkurencinį procesą vidaus rinkoje ir užtikrinti, kad dominuojančią padėtį užimančios įmonės kovotų su savo konkurentais tik savo gaminių ir paslaugų kokybe, o ne kitomis priemonėmis. Atlikdama šį darbą, Komisija supranta, kad svarbiausia yra užtikrinti veiksmingą konkurencinį procesą, o ne tik apsaugoti konkurentus. Iš esmės tai gali reikšti, kad konkurentai, kurie vartotojams siūlo mažiau palankias kainas, prastesnį pasirinkimą, prastesnę kokybę bei mažiau naujovių, pasitrauks iš rinkos.“

49 Ahlborn, C.; Padilla, J. From Fairness To Welfare: Implications for the Assessment of Unilateral Conduct under EC Competition Law. *European Competition Law Annual 2007*. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2008, p. 85

50 Baker & McKenzie LLP. Response to DG Competition's Article 82 consultation [interaktyvus]. [žiūrėta 2010-09-04]. <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/076.pdf>>. p. 4.10.

51 O'Donoghue, R.; Padilla, J. *The Law and Economics of Article 82 EC*. North America (US and Canada): Hart Publishing, 2006, p. 233.

52 Byla 27/76, *United Brands v. Commission* [1978] ETA 207.

53 Byla T-65/89, *BPB Industries Plc and British Gypsum Ltd v. Commission* [1993] ETA II-39, p. 94.

54 Reikėtų pripažinti, jog pati sąvoka „konkurencija nuopelnais“ nėra tokia aiški, kad leistų nesunkiai visais atvejais atriboti sąžiningą konkurenciją nuo antikonkurencinio piktnaudžiovimo. Ši sąvoka iš esmės skir-

competition on the merits). Vadinas, teigiant, jog ūkio subjekto elgesys, kuriuo siekiama išsaugoti ar išsaugoma stipri dominuojanti padėtis, galėtų būti laikomas piktnaudžiavimu dominuojančia padėtimi, būtina nurodyti, jog šios padėties išsaugojimas ar netgi stiprinimas nėra savaime neteisėtas, neteisėtas jis galėtų tapti tik tada, kai padėčiai išsaugoti ar sustiprinti yra pasirenkamos netinkamos priemonės, pagrįstos ne konkurencija nuopelnais, o siekiu sutrukdyti, iškreipti konkurenciją atitinkamoje rinkoje (taip pat žr. Komunikato 1 p.).

4.2. Įrodinėjimo pareigos paskirstymas

Komisija buvo daug kritikuota už tai, kad Diskusijų knygoje perkėlė visą pateisinimo dėl našumo įrodinėjimo našą dominuojančiam ūkio subjektui. Atitinkamai Gairėse Komisija patikslino, jog dominuojanti įmonė turi pateikti visus įrodymus, kad atitinkamas elgesys yra objektyviai pateisinamas, įskaitant tai, kad našumas kompensuoja bet kokius elgesio sukuriamus ar tikėtinus neigiamus padarinius konkurencijai ir vartotojams, o Komisija tik atliks galutinį vertinimą ir nustatys, ar subjekto nurodytas / įrodytas našumas nusveria tikėtiną antikonkurencinį poveikį, ar ne. Manome, kad ir toks Komisijos požiūris yra kritikuotinas dėl kelių priežasčių.

Visų pirma dėl to, kad remiantis Tarybos reglamento Nr. 1/2003⁵⁵ 2 straipsniu, „pareiga įrodyti Sutarties 81 straipsnio 1 dalies ar 82 straipsnio pažeidimą tenka šaliai ar institucijai, pareiškusiai, kad būta tokio pažeidimo“. Tai tiesa, kad pagal tą patį straipsnį būtent ūkio subjektas turi įrodyti, jog yra tenkinamos visos 101(3) straipsnio sąlygos, tačiau tai nereiškia, kad ta pati taisyklė turėtų būti taikoma ir įrodinėjant objektyvųjį pateisinimą⁵⁶. SESV 102 straipsnis yra vientisas ir nenumato jokių „išimčių“⁵⁷, tokių kaip, pvz., SESV 101 straipsnis, o piktnaudžiavimas gali būti konstatuotas tik tada, kai subjekto elgesys nėra objektyviai pateisinamas. Taikant SESV 102 straipsnį negali būti konstatuojamas ir piktnaudžiavimas, ir objektyvus jo pateisinimas. Objektyvus pateisinimas yra vienas iš kriterijų nuspręsti, ar ūkio subjektas piktnaudžiauja savo dominuojančia padėtimi, ar ne⁵⁸. Todėl pagal Reglamento 1/2003 2 straipsnį pareiga įrodyti SESV 102 straipsnio pažeidimą turi tekti Komisijai (Konkurencijos tarybai, ieškovui), o ne dominuojančiam ūkio subjektui.

ta nustatyti, ar ūkio subjektas konkuruoja nuopelnais (efektyvumu), ar tiesiog siekia išstumti konkurentus agresyviais savo veiksmais, nesusijusiais su jo veiklos efektyvumu. Konkurencija „nuopelnais“, pvz., galėtų pasireikšti dominuojančiam ūkio subjektui siūlant palankesnes kainas, didesnę produktų asortimentą, geresnę jų kokybę, diegiant naujoves ir pan. (žr., pvz., Diskusijų knygos 54 p., Komunikato 6 p.).

55 Tarybos 2002 m. gruodžio 16 d. reglamentas (EB) Nr. 1/2003 dėl konkurencijos taisyklių, nustatytų Sutarties 81 ir 82 straipsniuose, įgyvendinimo. [2003] OL L1/1.

56 O'Donoghue, R.; Padilla, J., *supra* note 41, p. 233. 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.

57 Byla 62/86, *Ahmed Saeed Flugreisen and Silver Line Reisebüro GmbH v. Zentrale zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs eV*, [1989] ETA 803.

58 Loewental, P.-J. The Defense of “Objective Justification” in the Application of Article 82 EC. *World Competition*. 2005, 28(4): 460.

Ši mūsų požiūrį palaiko ir teismo išvados *Microsoft* byloje: dominuojantis ūkio subjektas iki administracinės procedūros pradžios privalo iškelti klausimą dėl objektyvaus savo elgesio pateisinimo ir pagrįsti savo argumentus įrodymais. Tada Komisija, siekdama inkriminuoti piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi, privalo įrodyti, kad subjekto pateikti argumentai ir įrodymai „nenugali“, todėl į juos negali būti atsižvelgta (688 p.).

Antra, mūsų įsitikinimu, reikėtų skirti dvi sąvokas – „teisinė įrodinėjimo pareiga“ ir „pareiga pateikti įrodymus“ (angl. *legal and evidential burden of proof*)⁵⁹. Analizuojant Gairių 31 punktą, galima daryti išvadą, jog Komisija nori perkelti dominuojančiam ūkio subjektui abi pareigas, tiesa, teisine įrodinėjimo pareiga ji vis dėlto norėtų su juo pasidalyti ir atlikti galutinį įvertinimą, kaip dominuojančiam ūkio subjektui pavyko atlikti jas abi. Pareiga pateikti įrodymus, mūsų nuomone, vis dėlto turėtų būti palikta dominuojančiam ūkio subjektui⁶⁰, nes būtent jis disponuoja visomis priemonėmis ir turi didžiausią paskatą įrodyti našumą; būtent jis turi daugiausia žinių bei faktų apie našumą ir geriausiai galėtų pateikti tai patvirtinančius įrodymus (skaičiavimus, analizes ir t. t.)⁶¹, tuo tarpu pažeidimą įrodinėjanti šalis gali būti labiau suinteresuota ieškoti pažeidimą patvirtinančių, o ne paneigiančių įrodymų⁶². Teisinė pareiga įrodyti pažeidimą, taip pat atlikti galimo antikonkurencinio elgesio poveikio ir įrodyto našumo balansavimą, turėtų neabejotinai priklausyti Komisijai ar kitam pažeidimą įrodinėjančiam subjektui⁶³.

Norėtume pažymėti, kad trys anksčiau aptartos objektyvaus pateisinimo rūšys nėra vieną kitą eliminuojančios, bet gali būti tarpusavyje suderinamos ir taikomos tuo pat metu, nes, pvz., elgesys vienu metu gali būti ir objektyviai būtinas, ir ekonomiškai našus⁶⁴. Tik norėtuši tikėti, jog Komisijos bei teismų praktikoje objektyvus pateisinimas nebus tik patraukli teorinė deklaracija, kuri niekada nesulauks savo praktinio pripažinimo ir pritaikymo (kaip tai iš esmės buvo iki šiol).

59 Nazzini, R. The wood began to move: an essay on consumer welfare, evidence and burden of proof in Article 82 EC cases. *European Law Review*. 2006, 31(4): 538. Taip pat. Žr. CBI, *supra* note 25, p. 6.2.

60 Nors yra manančių, kad visa įrodinėjimo našta turi būti visiškai perkelta Komisijai ar kitam pažeidimą įrodinėjančia subjektui. Pvz., žr. Tarptautinių prekybos rūmų komentarą dėl Diskusijų knygos [interaktyvus]. [žiūrėta 2010-09-04]. <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/106.pdf>>. CBI, *supra* note 25, p. 8.3.

61 Wood, D. Proving it. The standard and burden of proof in article 82 cases. *Competition Law Insight*. 2008. [interaktyvus]. [žiūrėta 2010-09-04]. <<http://www.gibsondunn.com/publications/Documents/Wood-ProvingIt-CLI.pdf>>.

62 Ahlborn, C.; Padilla, J., *supra* note 39, p. 89.

63 Šiai nuomonei pritaria dauguma teisininkų mokslininkų ir praktikų, pvz., žr. White & Case LLP komentarą dėl Diskusijų knygos: *Comments on DG-COMP Discussion Paper on the application of Article 82 EC to exclusionary abuses* [interaktyvus]. [žiūrėta 2010-09-04]. <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/077.pdf>>. Simmons & Simmons komentarą dėl Diskusijų knygos: *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 to exclusionary abuses* [interaktyvus]. [žiūrėta 2010-09-04]. <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/069.pdf>>; Nazzini, R., *supra* note 46, p. 538.

64 Loewental, P.-J., *supra* note 45, p. 476.

Išvados

1. Pagrindinės objektyvaus pateisinimo kategorijos, formuojančios objektyvaus pateisinimo sampratą, buvo įtvirtintos ir suformuluotos ES teismų praktikoje, tačiau tik po Komisijos reformos buvo bent kiek aiškiau išskirtos objektyvaus pateisinimo rūšys ir identifikuotos šioms rūšims taikomos sąlygos.

2. Komisijos reformos dokumentai nesuteikia daugiau teisinio aiškumo dėl objektyvaus būtinumo pateisinimo, nes jie įtvirtina neigiamą objektyvaus būtinumo sampratą, t. y. iš esmės apibrėžia tik tuos atvejus, kurie nelaikytini objektyviai būtiniais ir nenurodo atveju, kurie traktuotini kaip objektyviai būtini, todėl rekomenduotina Komisijos Gairės šiuo aspektu patikslinti.

3. Atsakas į konkurentų veiksmus, neatsižvelgiant į tai, kad jis nėra įtrauktas į Komisijos Gairės, turėtų būti laikomas viena iš galimų objektyvaus pateisinimo rūšių, pirma, dėl to, kad jo svarba buvo pripažinta ES teismų praktikoje, kurios Komisija neturi teisės nepaisyti. Antra, atsakas į konkurentų veiksmus ir su kainomis susijusio, ir nesusijusio potencialaus piktnaudžiavimo atveju galėtų būti pateisinamas, kai dominuojantis ūkio subjektas siekia apsaugoti savo interesus, o ne pašalinti konkurentus iš rinkos, ir daro tai proporcingai jam gresiančiam pavojui. Diskusijų knygoje Komisijos pateiktos atsako į konkurentų veiksmus naudojimo sąlygos nepagrįstai susiaurintos ir perkelia dominuojančiam ūkio subjektui sunkią įrodinėjimo našta.

4. Komisijos įvykdyta SESV 102 straipsnio reforma oficialiai išplėtė objektyvaus pateisinimo sampratą prie „tradicinių“ objektyvaus būtinumo ir atsako į konkurentų veiksmus argumentų pridėjus našumo sąvoką, kuri pradėjo formotis tik pastarojo meto Europos Komisijos ir teismų praktikoje ir kurios statusas tarp kitų objektyvaus pateisinimo formų iki Komisijos reformos buvo neaiškus. Tačiau Komisijos Gairėse nurodytos našumo įrodinėjimo sąlygos praktikoje sunkiai įrodomos ir nepagrįstai perkelia ūkio subjektui ne tik pareigą pateikti būtinus įrodymus, bet ir teisinę pareigą įvertinti jo elgesio antikonkurencinius ir prokonkurencinius aspektus, o tai iš esmės pagal ES galiojančius teisės aktus bei teismų praktiką yra Komisijos ar kito pažeidimą įrodinėjančio subjekto pareiga. Atsižvelgiant į tai Gairėse nurodytos našumo sąlygos turėtų būti Komisijos patikslintos.

Literatūra

Ahlborn, C.; Padilla, J. From Fairness To Welfare: Implications for the Assessment of Unilateral Conduct under EC Competition Law. *European Competition Law Annual 2007*. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2008.

Albors-Llorens, A. The Role of Objective Justification and Efficiencies in the Application of Article 82 EC. *Common Market Law Review*. 2007, 48: 1727–1761.

Antitrust Alliance. DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the

- Treaty to Exclusionary Abuses. Public Consultation [interaktyvus]. [žiūrėta 2010-09-04]. <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/030.pdf>>.
- Baker & McKenzie LLP. Response to DG Competition's Article 82 consultation [interaktyvus]. [žiūrėta 2010-09-04]. <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/076.pdf>>.
- Byla 40/70, *Sirena v. Eda* [1971] ETA 69.
- Byla 27/76, *United Brands v. Commission* [1978] ETA 207.
- Byla 77/77, *BP v. Commission* [1978] ETA 1513.
- Byla 62/86, *Ahmed Saeed Flugreisen and Silver Line Reisebüro GmbH v. Zentrale zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs eV*, [1989] ETA 803.
- Byla C-62/86, *Akzo Chemie BV v. Commission* [1991] ETA I-3359.
- Byla T-65/89, *BPB Industries Plc and British Gypsum Ltd v. Commission* [1993] ETA II-39.
- 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 53/92 P *Hilti AG v. Commission* [1994] ETA I-667.
- Byla C-333/94 P, *Tetra Pak International SA v. Commission* [1996] ETA I-5951.
- Byla T-228/97, *Irish Sugar plc v. Commission* [1999] ETA II-2969.
- Byla T-201/04, *Microsoft Corp. v. Commission* [2004] ETA II-2977.
- Byla C-95/04 P *British Airways v. Commission and Virgin Atlantic* [2007] ETA I-2331.
- Brass Band Instruments v. Boosey&Hawkes (Interim Measures)* [1987] OL L282/36.
- CBI. *DG Competition Discussion Paper Article 82 – Exclusionary Abuses CBI Response – 31 March 2006* [interaktyvus]. [žiūrėta 2010-09-04]. <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/063.pdf>>.
- Geradin, D. Efficiency claims in EC competition law and sector-specific regulation. *The Evolution of European Competition Law. Whose Regulation, Which Competition?* Ullrich, H. (ed.). Cheltenham, UK. Northampton, USA: Edward Elgar, 2006.
- CRECEDI, Centre de Recherches sur le commerce et l'Economie Numérique. Comments to the DG Competition Discussion Paper on the application of Article 82 of the EU Treaty to the exclusionary abuses [interaktyvus]. [žiūrėta 2010-09-04]. <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/086.pdf>>.
- DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses [interaktyvus]. Brussels, 2005 [žiūrėta 2010-08-20]. <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>>.
- Europos Bendrijos steigimo sutartis. [2002] OL, C325/33.
- Eversheds LLP, UK. Comments on the DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses. 31 March 2006 [interaktyvus]. [žiūrėta 2010-09-04]. <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/074.pdf>>.
- FAG-Flughafen Frankfurt/Main AG* [1998] OL L72/30.
- Geradin, D., Alborn, C., Denicolo, V., Padilla, J. DG Comp's Discussion Paper on Article 82: Implications of the Proposed Framework and Antitrust Rules for Dynamically Competitive Industries 31st March 2006 [interaktyvus]. [žiūrėta 2010-09-04]. <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/057.pdf>>.
- Geradin, D. Efficiency claims in EC competition law and sector-specific regulation. *The Evolution of European Competition Law. Whose Regulation, Which Competition?* Edited by Ullrich, H. Cheltenham, UK. Northampton, USA: Edward Elgar, 2006.
- Hilti AG* [1988] OL L65/19.
- ICC *Comments on the European Commission discussion paper on the application*

- of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses [interaktyvus]. [žiūrėta 2010-09-04]. <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/106.pdf>>.
- Jones, A.; Suftrin, 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.
- Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas. *Valstybės žinios*. 2004, Nr. 181-6732.
- Loewental, P.-J. The Defense of “Objective Justification” in the Application of Article 82 EC. *World Competition*. 2005, 28(4): 455–477.
- Microsoft* [2007] OL L32/23.
- Monti, G. *EC Competition Law*. Cambridge University Press, 2007.
- Nazzini, R. The wood began to move: an essay on consumer welfare, evidence and burden of proof in Article 82 EC cases. *European Law Review*. 2006, 31(4): 518–540.
- 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.
- Riziotis, D. Efficiency Defense in Article 82 EC. *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?* Springer Berlin Heidelberg, 2008.
- Rousseva, E. The Concept of ‘Objective Justification’ of an Abuse of a Dominant Position: Can it help to Modernise the Analysis under Article 82 EC? *The Competition Law Review*. 2006, 2(2): 27–72.
- Simmons & Simmons. *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 to exclusionary abuses* [interaktyvus]. [žiūrėta 2010-09-04]. <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/069.pdf>>.
- Sutartis dėl Europos Sąjungos veikimo. [2008] OL C115/47.
- Tarybos reglamentas (EB) Nr. 1/2003 dėl konkurencijos taisyklių, nustatytų Sutarties 81 ir 82 straipsniuose, įgyvendinimo. [2003] OL L1/1.
- Tarptautinių prekybos rūmų komentaras dėl Diskusijų knygos [interaktyvus]. [žiūrėta 2010-09-04]. <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/106.pdf>>.
- Tetra Pak II* [1992] OL L72/1.
- White & Case LLP. *Comments on DG-COMP Discussion Paper on the application of Article 82 EC to exclusionary abuses* [interaktyvus]. [žiūrėta 2010-09-04]. <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/077.pdf>>.
- Wood, D. Proving it. The standard and burden of proof in article 82 cases. *Competition Law Insight*. 2008. [interaktyvus]. [žiūrėta 2010-09-04]. <<http://www.gibsondunn.com/publications/Documents/Wood-ProvingIt-CLI.pdf>>.

THE IMPACT OF THE REFORM OF ARTICLE 102 OF THE TREATY ON THE EUROPEAN UNION FUNCTIONING IN THE EVOLUTION OF THE CONCEPT OF OBJECTIVE JUSTIFICATION

Ana Novosad

Mykolas Romeris University, Lithuania

Summary. *The author of this article deals with the concept of objective justification—an argument for justifying the possible abuse of a dominant position which formed in the practice of EU Commission and the case-law. The evolution of the concept of objective justification after the reform of Article 102 of the Treaty on European Union Functioning (TFEU, former Article 82 of the EC Treaty) is also scrutinised. The object of analysis in the paper is the concept of objective justification itself, its types (categories), application criteria (conditions) and principles, inter alia, the issues on the share of burden of proof between the suspected undertaking and the subject alleging the abuse of dominant position, their regulation before the reform and in the main reform documents of the Commission—the 2005 Discussion Paper and the 2008 Communication (the Guidelines). The aim of the paper is to identify what impact the implemented reform has had on the concept of objective justification.*

The author of the paper notices that the main types (categories) of objective justification were identified in the case-law, however, only after the Commission's reform were these types clearly separated and the conditions of their application specified.

Nonetheless, the Commission's reform documents do not provide sufficient legal clarity and certainty, since, first of all, they only specify a negative, not positive concept of objective necessity, i.e. the documents provide what is not objectively necessary, but do not explain what may be objectively necessary. Thus the author recommends detailing the Guidelines in this aspect of objective justification.

Meeting the competition's argument, though not incorporated into the Guidelines, in the author's opinion should be considered as one of the objective justification types, since, first, it was approved in the case-law, second, meeting competition may justify pricing and non-pricing abuses of dominant position if the undertaking is seeking to protect its own interests, and not to eliminate the competitors, doing so in proportion to the threat. The conditions for the use of meeting competition arguments are unreasonably narrowed in the Discussion paper and shift a difficult burden of proof on the undertaking concerned.

The Commission's reform extended the concept of objective justification by officially adding to it the concept of efficiencies, which, until the reform, had an unclear status amongst the other types of objective justification—the objective necessity and meeting competition. However, the conditions for proving efficiencies are very strict and almost impossible to prove—they shift to the undertaking not only the evidential burden of proof, but also a part of the legal burden of proof, which shall be an exclusive competence of the Commission or other subject alleging the infringement of Article 102. In regard to this point, the conditions for proving the efficiencies, as specified in the Guidelines, shall be revised by the Commission.

Keywords: *objective justification, objective necessity, meeting competition, efficiencies, elimination of competition, burden of proof.*

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.