



ISSN 2029–2236 (print)
ISSN 2029–2244 (online)
SOCIALINIŲ MOKSLŲ STUDIJOS
SOCIAL SCIENCES STUDIES
2010, 1(5), p. 219–236.

REKOMENDUOJAMŲ PERPARDAVIMO KAINŲ TAIKYMO VERTINIMO PAGAL EUROPOS BENDRIJOS SUTARTIES 81 STRAIPSNĮ YPATUMAI

Davis Švirinas

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

Pateikta 2009 m. rugsėjo 30 d., parengta spausdinti 2010 m. sausio 17 d.

Anotacija. Šiame straipsnyje autorius analizuoja, kokiais atvejais tiekėjo rekomenduojamų kainų pateikimas tampa susitarimu pagal Europos Bendrijos (EB) sutarties 81(1) straipsnį ir kokiais atvejais šalių susitarimas, jeigu jis vis dėlto būtų konstatuotas, galėtų pažeisti EB sutarties 81(1) straipsnį bei kokioms sąlygoms esant toks susitarimas galėtų būti laikomas mažareikšmiu arba kada jam galėtų būti taikoma bendroji išimtis. Siekdamas išanalizuoti, kada tiekėjo rekomendacija virsta susitarimu tarp tiekėjo ir platintojo, straipsnio autorius nagrinėja konkurencijos teisei ir jos taikymo praktikai žinomą vienašalių veiksmų ir susitarimo atribojimo problemą, ją susiaurindamas iki konkretaus – rekomenduojamų kainų taikymo – atvejo. Atlikdamas rekomenduojamų perpardavimo kainų taikymo vertinimą pagal 81(1) straipsnį, autorius iš esmės dėmesį sutelkia ir į šio straipsnio taikymui svarbią konkurencijos ribojimo sąlygą.

Reikšminiai žodžiai: rekomenduojamos perpardavimo kainos, perpardavimo kainų palaikymas (PKP), susitarimas, vienašalis elgesys, suokalbis, aiškiai išreikštas ar numanomas pritarimas, mažareikšmiai susitarimai, bendroji išimtis.

Ivadas

Rekomenduojamų perpardavimo kainų taikymo teisėtumo klausimas buvo ir lieka aktualus bei probleminis dėl kelių priežasčių. Nei Europos Komisijos, nei Europos Bendrijų teismų praktikoje iki šiol nesutariama, kokiais atvejais rekomendacija tampa susitarimu tarp ūkio subjektų dėl perpardavimo kainų fiksavimo, o dėl to – ir vertinimo objektu pagal EB sutarties¹ 81 straipsnį. Atrodo, kad Komisija bei EB teismai išnagrinėjo gana daug bylų, kuriose išsakė savo nuomonę, kokie ūkio subjektų veiksmai turėtų būti laikomi „susitarimu“, bet, kita vertus, kaip nurodoma šiame straipsnyje, aiškios takoskyros tarp vienašalių ūkio subjektų veiksmų ir susitarimo su kitu ūkio subjektu iki šiol praktikoje nėra nustatyta.

Taigi iki šiol nėra aiškių instrukcijų, nurodančių, kokiais atvejais tiekėjo rekomendacija dėl perpardavimo kainų laikytina vienašaliais veiksmais, kada – susitarimu, kada toks susitarimas pažeidžia 81(1) straipsnį, o kada – ne. Kaip matysime, Europos Komisijos ir teismų praktika yra nepakankamai konkreči, nenuosekli ir netgi prieštaringa. Nors autorius šiame straipsnyje keliami probleminiai klausimai yra iš tiesų aktualūs, teisinėje literatūroje jie nuodugniau nėra analizuojami. Daugelis autorių, pavyzdžiui, R. Whish², A. Jones, B. Suftrin³ ir kiti, savo moksliniuose veikaluose trumpai mini, jog rekomendacinės ir maksimalios perpardavimo kainos EB konkurencijos teisėje sulaukia išskirtinio reglamentavimo ir įprastai laikomos nedraudžiamomis. Kiek daugiau rekomendacinėms kainoms ir jų vertinimo praktikos apžvalgai skyrė monografijos „Vertikalieji susitarimai EB konkurencijos teisėje“ bendraautoriai F. Wijckmans, F. Tuytschaever, A. Vanderelst⁴. Daugiau dėmesio minėti užsienio autoriai skyrė susitarimo ir vienašalių veiksmų santykio analizei vertikaliuose santykiuose, tačiau konkrečiai rekomenduojamų kainų taikymo atvejų jie neanalizavo. Teisinėje literatūroje nėra ir išsamios rekomenduojamų kainų taikymo praktikos teisėtumo analizės.

Taigi rekomenduojamų kainų taikymo vertinimas neabejotinai aktualus, nes nei Europos Komisijos, nei EB teismų, nei teisinėje literatūroje minėti probleminiai rekomendacijų dėl perpardavimo kainų nustatymo vertinimo aspektai iki šiol nėra aiškiai apibrėžti, todėl natūralu, jog mokslinis šio klausimo nagrinėjimas turėtų būti aktualus ir reikšmingas tiek praktiniu, tiek teoriniu požiūriu.

Šiame straipsnyje autorius, pasitelkdamas loginį, analizės, lyginamąjį bei istorinį tyrimo metodus, siekia išanalizuoti rekomenduojamų kainų nustatymo vertinimo ypatumus bei pateikti savo pasiūlymų dėl galimų tokio vertinimo variantų.

1 Europos Bendrijos steigimo sutartis. [2002] OJ C325/33.

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

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

4 Wijckmans, F.; Tuytschaever, F.; Vanderelst, A. *Vertical Agreements in EC Competition Law*. Oxford University Press, 2006.

1. Perpardavimo kainų nustatymas: bendrieji teisinio bei ekonominio vertinimo aspektai

EB sutarties 81(1) straipsnyje nurodoma, kad „kaip nesuderinami su bendrąja rinka yra draudžiami: visi įmonių susitarimai, įmonių asociacijų sprendimai ir suderinti veiksmai, kurie gali paveikti valstybių narių tarpusavio prekybą ir kurių tikslas ar poveikis yra konkurencijos trukdymas, ribojimas arba iškraipymas bendrojoje rinkoje, būtent tie, kuriais:

a) tiesiogiai ar netiesiogiai nustatomos pirkimo ar pardavimo kainos arba kokios nors kitos prekybos sąlygos“.

Įprastai praktikoje pardavimo, įskaitant perpardavimo, kainos skirstomos į minimalias, fiksuotas, rekomenduojamas ir maksimalias. Jos apibendrintai vadinamos „perpardavimo kainų palaikymu“ (sutrumpintai – PKP, angl. *resale price maintenance*).

Komisija savo pranešime „Vertikaliųjų apribojimų gairės“⁵ (toliau – Gairės) nurodo, kad į kategoriją „perpardavimo kainų palaikymas“ (PKP) patenka susitarimai, kurių pagrindinis elementas yra tai, kad pirkėjas įpareigojamas arba skatinamas perparduoti ne mažesne kaip tam tikra kaina, tam tikra kaina ar ne didesne kaip tam tikra kaina. Šią grupę sudaro minimalios, fiksuotos, maksimalios ir rekomenduojamos perpardavimo kainos (111 p.). Įdomu tai, kad komentuodama BIR nuostatas Gairių 47 punkte, Komisija pažymėjo, kad perpardavimo kainų palaikymas (PKP) – tai *susitarimai ar suderinti veiksmai*, kuriais tiesiogiai ar netiesiogiai siekiama nustatyti *fiksuotas ar minimalias perpardavimo kainas arba fiksuotą ar minimalų kainų lygį*, kurių turi laikytis pirkėjas. Taigi, iš Komisijos Gairėse pateikiamų perpardavimo kainų palaikymo apibrėžimų ir klasifikacijų yra sudėtinga nustatyti, kokios kainos įeina į PKP sąvoką, nes vienur Gairėse Komisija rekomendacines ir maksimalias kainas priskiria PKP, kitur – ne. Taigi Gairėse PKP sąvoka apibrėžta neaiškiai ir dviprasmiškai. Manytume, kad PKP turėtų būti laikomi susitarimai tik dėl fiksuotų, minimalių ir maksimalių kainų nustatymo, nes vien rekomendacijos pateikimas, kaip minėjome, yra vienašalis veiksmas. Tiesa, kai šalis sudaro susitarimą dėl rekomenduojamų kainų pateikimo, irgi galima būtų kalbėti apie PKP ir jo vertinimą.

Pažymėtina, kad minimalios, fiksuotos, maksimalios bei rekomenduojamos kainos teisiniu požiūriu vertinamos skirtingai. *Pronuptia*⁶ byloje Europos Teisingumo Teismas (ETT) pažymėjo, kad rekomendacinių kainų platintojui pateikimas pats savaime nepažeidžia 81(1) straipsnio, o *Nathan-Bricolux*⁷ byloje Komisija patvirtino, kad maksimalių kainų nustatymas savo esme taip pat neriboja konkurencijos. Taigi plačiai pripažįstama, kad rimtą konkurencijos teisės problemą galėtų sukelti būtent fiksuotos ir minimalios perpardavimo kainos.

Vertikalieji susitarimai dėl minimalių bei fiksuotų⁸ perpardavimo kainų nustatymo yra laikomi savo tikslu ribojančiais konkurenciją, t. y. jų neigiamas poveikis konkurencijai visais atvejais preziumuojamas, jo atskirai įrodinėti nebūtina.

5 Komisijos pranešimas „Vertikaliųjų apribojimų gairės“. [2000] OL C291/1.

6 Byla 191/84, *Pronuptia de Paris GmgH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis* [1986] ECR 353, p. 25.

7 *Nathan-Bricolux* [2001] OL L54/1.

8 Žr. bylą 243/83, *SA Binon & Cie v. SA Agence et messageries de la presse* [1985] ECR 02015.

Minimalių bei fiksuotų kainų nustatymas laikytinas ir sunkiu apribojimu pagal Bendrosios išimties reglamento Nr. 2790/1999⁹ (toliau – BIR) 4(a) straipsnį, pagal kurį bendroji išimtis netaikoma vertikaliesiems susitarimams, kuriais tiesiogiai ar netiesiogiai, atskirai ar kartu su kitais šalių kontroliuojamais veiksniais siekiama „apriboti pirkėjo galimybę nustatyti savo pardavimo kainą, nepažeidžiant tiekėjo galimybės nustatyti aukščiausią pardavimo kainą arba rekomenduoti pardavimo kainą su sąlyga, kad dėl bet kurios iš šalių spaudimo ar paskatų tokios kainos netampa lygios fiksuotai arba minimaliai pardavimo kainai“.

Taigi pagal BIR, nepaisant šalių užimamos rinkos dalies, tuo atveju, kai jos susitaria dėl minimalių ar fiksuotų kainų, jų susitarimui bendroji išimtis netaikoma. Tokia pat taisyklė gali būti taikoma ir rekomenduojamoms kainoms, jeigu dėl bet kurios iš šalių prievartos ar paskatinimų jos tampa minimalios ar fiksuotos.

Komisijos nuomone, rekomenduojamų perpardavimo kainų nustatymas, nors ir nėra sunkus apribojimas, vis dėlto gali riboti konkurenciją (Gairių 111 p.). Komisijos nuomone, galimi du pagrindiniai PKP (įskaitant ir rekomenduojamų kainų nustatymą) neigiami poveikiai konkurencijai (Gairių 111 ir 112 p.):

- 1) vadinamosios *intra-brand* konkurencijos (t. y. konkurencijos tarp tuo pačiu prekių ženklu pažymėtų prekių) kainomis sumažėjimas: fiksuotų ar minimalių PKP atveju platintojai daugiau negali konkuruoti tuo pačiu prekių ženklu pažymėtų prekių kaina, ir dėl to gali būti visiškai panaikinta *intra-brand* konkurencija kainomis. Tačiau nereikėtų pamiršti, kad tam tikrais atvejais galimos ir kitos *intra-brand* konkurencijos formos, pvz., konkurencija prekių ar teikiamų paslaugų kokybe¹⁰.
- 2) padidėjęs kainų skaidrumas: maksimalios ar rekomenduojamos kainos gali tapti pagrindiniu mažmenininkų orientyru, vedančiu prie daugiau ar mažiau vienodo tokio kainų lygio taikymo. Padidėjęs kainų skaidrumas ir atsakomybė už kainų pakeitimą palengvina suokalbį tarp gamintojų ir platintojų, bent jau koncentruotose rinkose, kuriose yra mažai rinkos dalyvių ir stebėti kainas gerokai lengviau vien dėl rinkos struktūros.

Taigi, kaip matyti, rekomenduojamų kainų vertinimas pasižymi tam tikra specifika. Ji plačiau nagrinėjama šio straipsnio 2 bei 3 dalyse.

2. Rekomenduojamų perpardavimo kainų vertinimo specifika

Rekomenduojamų perpardavimo kainų nustatymo teisinio vertinimo specifika, autoriaus nuomone, pasireiškia dviem pagrindiniais aspektais. Kadangi pagal EB sutarties 81(1) straipsnį yra draudžiami tik susitarimai tarp ūkio subjektų, tai rekomendacija dėl perpardavimo kainos gali būti vertinama pagal šį straipsnį tik tada, kai jis peraugtų į susitarimą tarp rekomendaciją pateikusio tiekėjo ir platintojo. Be to, „rekomendacija“ gali

9 Komisijos 1999 m. gruodžio 22 d. reglamentas dėl Sutarties 81 straipsnio 3 dalies taikymo vertikalųjų susitarimų ir suderintų veiksmų grupėms (EB) Nr. 2790/1999. [1999] OL L 336/21.

10 Wijckmans, F.; Tuytschaever, F.; Vanderelst, A., *supra* note 4, p. 157.

būti maskuojamas tiekėjo ir platintojo (ar netgi platintojų) susitarimas dėl perpardavimo kainos fiksavimo ar minimalios kainos nustatymo. Abiem atvejais santykiuose tarp tiekėjo ir platintojo atsiranda „sutartiniai“ santykiai konkurencijos teisės prasme.

Vadinasi, *pirmas svarbus klausimas, į kurį būtina atsakyti vertinant rekomenduojamas perpardavimo kainas, yra tas, kada vienašaliai tiekėjo veiksmai – (rekomendacija) laikytini susitarimu tarp tiekėjo ir platintojo*. Nustačius, jog tarp tiekėjo ir platintojo iš tikrųjų buvo sudarytas susitarimas dėl rekomenduojamų kainų taikymo, galima pereiti prie antrojo vertinimo etapo ir analizuoti, ar toks susitarimas yra draudžiamas, *inter alia*, įvertinant, ar jis atitinka EB sutarties 81(1) straipsnio sąlygas, ar yra mažareikšmis ir ar jam taikytina bendroji išimtis. Autoriaus nuomone, susitarimų dėl rekomenduojamų kainų taikymo vertinimas pagal 81(3) straipsnį nepasižymi jokia specifika – šiems susitarimams taikomi tie patys principai ir kriterijai, kaip ir kitiems susitarimams, todėl šiame straipsnyje ir konkrečiai – šioje 2 dalyje autorius skiria dėmesį dviem minėtiems rekomenduojamų kainų taikymo vertinimo ypatumams, t. y., pirma, nustatymui, ar tarp tiekėjo ir platintojo egzistuoja susitarimas dėl rekomenduojamų kainų taikymo, antra, kokiomis sąlygomis susitarimai dėl rekomenduojamų perpardavimo kainų nustatymo pažeidžia 81(1) straipsnį ir/ar atitinka mažareikšmiškumo ar bendrosios išimties sąlygas.

2.1. Susitarimo dėl rekomenduojamų perpardavimo kainų konstatavimo problematika

Vadovaujantis *Lietuvių kalbos žodynu*, „rekomendacija“ – tai *patarimas, nurodymas*¹¹. Vadinasi, rekomendacija savo prigimtimi – vienašalis veiksmas, nurodymas kitam, kaip elgtis, tačiau ji jokiū būdu nesuponuoja susitarimo tarp dviejų asmenų. Todėl akivaizdu, kad tiekėjo rekomendacija dėl perpardavimo kainų pirmiausia laikytina tiekėjo vienašaliu veiksmu, o ne susitarimu pagal EB sutarties 81 (1) straipsnį, kuris yra taikomas tik susitarimams tarp bent dviejų ūkio subjektų ir kuris netaikomas vienašaliams ūkio subjektų veiksams.

Taigi rekomenduojamų kainų taikymo analizei svarbus tik vienas aspektas – kokiais atvejais vienašalė tiekėjo rekomendacija tampa susitarimu¹². Susitarimo sąvokos atskleidimui nemažai dėmesio buvo skiriama Europos Komisijos ir EB teismų praktikoje. Tam tikra šių institucijų praktika susiklostė ir vienašalių veiksmų, ir susitarimo sąvokos atribojimo vertikaliosiose santykiuose srityje. Svarbu atkreipti dėmesį, jog EB teismų praktikoje santykinai skiriami du galimi vienašalio elgesio variantai. Pirmas variantas – tai vadinamasis „tikras“ vienašalis elgesys (angl. *genuinely (truly) unilateral conduct*), kuris yra įmanomas be aiškaus ar numanomo kito ūkio subjekto dalyvavimo, ir kitas – tariamas vienašalis elgesys (angl. *apparent unilateral conduct*), t. y. toks elgesys, kuriam iš tikrųjų yra būtinas aiškus ar tylus kito ūkio subjekto pritarimas¹³. Pirmasis vienašalio elgesio variantas nepatenka į 81(1) straipsnio taikymo sferą, tuo tarpu

11 Lietuvių kalbos žodynas [interaktyvus]. [žiūrėta 2009-09-07]. <<http://www.lkz.lt/startas.htm>>.

12 Taip pat žr.: Švirinas, D. *Vertikaliųjų susitarimų reglamentavimas konkurencijos teisėje*. Vilnius, 2004.

13 Jones, A.; Sufrin, B., *supra* note 3, p. 155.

antrasis gali rodyti susitarimą tarp ūkio subjektų, todėl 81(1) straipsnis jam gali būti taikomas¹⁴. Taigi vienašaliai ūkio subjekto veiksmai gali būti pripažinti susitarimu, kai galima konstatuoti esant kitų susitariančiųjų šalių aiškiai išreikštą ar numanomą pritarimą (angl. *explicit or tacit acquiescence*) vienašalei ūkio subjekto pozicijai.

Pirmoji, susijusi su vienašalių tiekėjo veiksmy aribojimo nuo susitarimo klausimu, buvo *AEG Telefunken* byla¹⁵. *AEG* įmonė atsisakydavo priimti į savo pasirinktinės distribucijos tinklą naujus savo produkcijos platintojus, kurie, nors ir atitiko pretendentams taikomus techninius standartus, tačiau nesilaikė neoficialios didelių kainų palaikymo politikos. Teismas paaiškino: kadangi tokia gamintojo politika buvo žinoma kitiems platintojams, jie su ja sutiko ir tyliai jai pritarė, todėl *AEG* įmonės politika pripažįstama ne vienašaliais veiksmais, o gamintojo ir platintojų tarpusavio susitarimu.

Sandoz byloje¹⁶ tiekėjas ant sąskaitų faktūrų uždėdavo spaudą „Eksportas draudžiamas“. Teismas konstatavo, jog platintojai tylėjimu išreiškė savo sutikimą paklusti Italijos gamintojo nurodymui uždrausti paralelų importą į užsienio rinkas, nes, nenorėdami nutraukti komercinių santykių su tiekėju, jie neprieštaravo iš esmės draudžiamam veiksmui, t. y. tyliai jam pritarė. Teismas šiuos *Sandoz* ir jo platintojų veiksmus pripažino susitarimu net neatsižvelgęs į tai, jog platintojai nebuvo suinteresuoti eksporto draudimu.

Ypač svarbi, skirta vienašalių veiksmy ir susitarimo santykiui nustatyti, buvo *Bayer AG – Adalat* byla. Komisijos nuomone¹⁷, vienašalis *Bayer AG* sprendimas tiekti Ispanijos ir Prancūzijos didmenininkams tokį medikamento „Adalat“ kiekį, kurį ji pripažino pakankamu jų nacionalinėms rinkoms, ir šių platintojų susitaikymas su mažesniu tiekiamos produkcijos kiekiu leido teigti, jog buvo sudarytas susitarimas 81(1) straipsnio prasme. Toliau Komisija argumentavo, kad jau pats faktas, kad Ispanijos ir Prancūzijos didmenininkai nenutraukė komercinių santykių su *Bayer* po to, kai jis pradėjo vykdyti savo naują eksporto politiką, yra pakankamas pagrindas teigti, jog buvo sudarytas susitarimas. Didmenininkai suprato naujai vykdomos politikos tikslus ir motyvus, tačiau vis vien teikdavo *Bayer* medikamentų užsakymus ir tokiu būdu suderino savo veiksmus su tiekėjo politika.

Pirmosios instancijos teismas (PIT) pripažino šiuos Komisijos argumentus nepagrįstais ir panaikino jos sprendimą¹⁸. Teismas konstatavo, kad vien komercinių santykių tarp šalių palaikymas nėra pakankamas pagrindas teigti, kad pasiektas konsensuso lygis, reikalingas susitarimui konstatuoti. Komisija neatsižvelgė į svarbų „susitarimo“ sąvokos aspektą – šalių valios suderinimą. Teismas nurodė, kad valios suderinimui yra reikalingi du svarbūs aspektai – aiškus tiekėjo ketinimas primesti savo vienašalę politiką ir platintojų pritarimas šiai politikai bet kokia – aiškiai išreikšta ar tylia – forma. Komisija nė vieno iš jų neįrodė. *Bayer* nesiekė primesti savo valios platintojams, o iš bylos aplinkybių matyti, kad ir didmenininkai *de facto* nesilaikė naujos eksporto politikos, netgi priešingai – pradėjo ieškoti naujų prekių tiekimo šaltinių tolesniam medikamen-

14 Byla T-41/96, *Bayer AG v. Commission* [2000] ECR II-3383.

15 Byla 107/82, *AEG-Telefunken v. Commission* [1983] ECR 3151.

16 Byla C-277/87, *Sandoz Prodotti Farmaceutici S.P.A. v. Commission*. [1990] ECR I – 45.

17 Komisijos sprendimas *Bayer AG /Adalat* byloje. [1996] OL L 201/1.

18 Byla T-41/96, *Bayer AG v. Commission* [2000] ECR II-3383.

tų eksportui. Komisija su kitu paraleliu importuotoju pateikė apeliaciją ETT, tačiau jis palaikė PIT poziciją ir paliko galioti jo sprendimą¹⁹. ETT dar kartą pabrėžė, jog tam, kad būtų galima konstatuoti, jog susitarimas buvo sudarytas tyliu pritarimu (angl. *tacit acceptance*), reikia, kad vienos susitariančios šalies pareiškimas savo noro pasiekti antikonkurencinį tikslą sudarytų aiškų ar numanomą pasiūlymą, kvietimą kitai šaliai pasiekti šį tikslą kartu, neatsižvelgiant į tai, jog šis tikslas iš pirmo žvilgsnio neatitinka tos kitos šalies interesų.

Volkswagen byloje²⁰ PIT taip pat nepalaikė Komisijos nuomonės, jog platintojai, palaikydami savo komercinius santykius su *Volkswagen*, iš esmės pritarė jo siūlomai politikai fiksuoti kainas naujiems *VW Passat* automobiliams.

Dar vienoje byloje – *JCB Service v. Commission*²¹, kuri mums ypač svarbi dėl rekomenduojamų kainų taikymo vertinimo, PIT aiškiai nurodė, jog vien kainų rekomendavimas platintojams, net jeigu tai galėtų daryti įtaką jų taikomoms perpardavimo kainoms, nėra pakankamas faktas įrodyti esant susitarimą tarp JCB ir jo platintojų. Manome, kad ši teismo nuomonė yra logiška ir pagrįsta.

Reikėtų sutikti su nuomone autorių, teigiančių, jog vėlesnė teismų praktika yra sveikintina, nes ji įrodo, jog vien tik komercinių santykių su tiekėju, siekiančiu įgyvendinti antikonkurencinį tikslą, palaikymas negalėtų būti ir neturėtų būti pakankamas susitarimo faktui įrodyti – turi būti kažkas daugiau nei, pvz., aiškus arba numanomas sutikimas su tiekėjo taikoma politika²². Tačiau kita vertus, ir teismų išaiškinimai nėra visiškai išsamūs ir pakankami tam, kad kiekvienu atveju būtų galima nustatyti, ar iš tiesų šalys sudarė susitarimą. Teismų formuojama praktika iki šiol neatsako į daugelį klausimų, pvz., ar tuo atveju, kai tiekėjas pateikia rekomendaciją, o platintojas į ją atsižvelgia, galima teigti, jog šalys yra sudariusios susitarimą kaip jis suprantamas pagal 81(1) straipsnį? Juk kiekvieną tiekėjo veiksma, kuriuo jis pateikia rekomenduojamų kainų sąrašą platintojui, galima laikyti „kvietimu“ šių kainų laikytis. Vadinasi, pirma ETT nurodyta sąlyga visais atvejais egzistuoja. Toliau belieka nustatyti, ar platintojas aiškiai, ar numanomai tiekėjo pasiūlymo laikosi. Vadovaujantis teismų praktika galima teigti, kad jei platintojas bent sykį buvo pritaikęs rekomenduojamą kainą, jis „pritare“ tiekėjo siūlymui ir sudarė susitarimą. Tačiau vargu ar tai pagrįsta ir logiška išvada. Pvz., tiekėjas pagal sutartį tiekiamoms skirtingoms prekėms pasiūlė skirtingas kainas, o platintojas kai kurioms prekėms taiko tiekėjo pasiūlytas kainas, o kitoms – ne, arba vienais laikotarpiais tiekėjo rekomenduojamų kainų paiso, o vėliau – jų atsisako, o po kurio laiko vėl pradeda jas taikyti. Ar tai reiškia, kad tais laikotarpiais ir atvejais, kai platintojas taiko tiekėjo rekomenduojamas kainas, tarp tiekėjo ir platintojo egzistuoja susitarimas pagal 81(1) straipsnį, o kitais atvejais – ne? Juk rekomendacija ir egzistuoja tam, kad patartų, nurodytų, kaip elgtis, tai kodėl šios rekomendacijos paisymas turėtų tapti prielaida konstatuoti 81 straipsnio pažeidimą (prielaida konstatuoti susitarimą, o vėliau galbūt ir kitus pažeidimo elementus)? Įdomu tai, kad teismų praktikoje yra laikoma, kad konkurencijos

19 Bylos C-2/01 ir C-3/01, *P Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV v. Bouter AG* [2004] ECR I-23.

20 Byla T-208/01, *Volkswagen v. Commission* [2003] ECR I-5141.

21 Byla T67/01, *JCB Service v. Commission* [2004] ECR II-49.

22 Jones, A.; Sufrin, B., *supra* note 3, p. 168.

teisės problema atsiranda tada, kai ūkio subjektui yra trukdoma savarankiškai apsispręsti dėl savo elgesio rinkoje. Teigiama, jog kiekvienas rinkos veikėjas turi savarankiškai apsispręsti dėl politikos, kurią jis ruošiasi taikyti rinkoje, todėl yra nepageidautinas ir neteisėtas bet koks elgesys, kuriuo siekiama paveikti kito ūkio subjekto elgesį rinkoje²³. Vadinasi, rekomenduojamų kainų taikymas konkurencijos teisei turėtų „rūpėti“ tik tuo atveju, kai *platintojui yra daromas poveikis, kad šis rekomenduojamų kainų laikytųsi*. Tačiau konkurencijos teisei neturėtų būti įdomūs tie atvejai, kai platintojas pats laisvai sprendžia, ar jam taikyti rekomenduojamas kainas, ar ne. Vadinasi, be teismų minėtų tiekėjo pasiūlymo ir platintojo pritarimo pasiūlymui, *turi būti dar viena tarpinė grandis – tiekėjo taikoma prievarta ar paskatinimai laikytis jo rekomenduojamų kainų*.

Kaip matyti, klausimas, ar rekomenduojamų kainų pasiūlymas ir jų taikymas yra susitarimas pagal 81(1) straipsnį, glaudžiai susijęs su kitu – konkurencijos ribojimo – klausimu. Tą pabrėžia ir I. Lianos savo pakankamai išsamioje studijoje, skirtoje „suokalbių“ (angl. *collusion*) sampratai vertikaliosiose santykiuose²⁴. Straipsnio autorius pabrėžia, kad jeigu kiekvieno iš šalių (tiekėjo ir platintojo) elgesys kiek įmanoma atitinka jų individualų komercinį interesą, ir tokiam elgesiui neturėjo įtakos kito rinkos veikėjo tam tikri paskatinimai ar grasinimai, 81 straipsnis neturėtų būti taikomas. Todėl šiuo atveju svarbu nustatyti, kokį gi individualų interesą turi kiekviena iš šalių – tiek tiekėjas, tiek platintojas. Įprastai tiekėjas siekia parduoti kuo daugiau savo produkcijos, tad suinteresuotas, jog platintojo marža būtų kuo mažesnė²⁵. Tačiau tam tikrais atvejais tiekėjas yra suinteresuotas rekomenduoti platintojui gana didelę perpardavimo kainą, siekdamas pozicionuoti savo prekę ir palaikyti gerą tiekėjo prekių ženklą ir tiekėjo reputaciją²⁶.

I. Lianos siūlo trijų etapų testą, kurį taikant, jo nuomone, galima nustatyti, ar tarp tiekėjo ir platintojo yra sudarytas susitarimas pagal 81(1) straipsnį. Šis testas galėtų būti taikomas, kai nėra galimybės surinkti įrodymų, tiesiogiai pagrindžiančių susitarimo faktą.

Pirma, būtina nustatyti, ar *nėra horizontalaus susitarimo (suokalbio) tarp tiekėjų ar platintojų*²⁷. Antai jeigu tiekėjas gauna daug skundų, kad vienas iš platintojų taiko per mažas kainas (vykdo vadinamąjį kainų „kirpimą“ – angl. *price-cutting*), tikėtina, kad tarp tiekėjo ir platintojų egzistuoja susitarimas dėl kainų. Be to, tokį įtarimą dar labiau sustiprintų tas faktas, jog tiekėjas nutraukia santykius su mažas kainas taikiusiu platintoju. Pažymėtina, kad šioje situacijoje labai svarbu, ar tarp platintojų egzistuoja susitarimas dėl tiekėjo rekomenduojamų kainų taikymo. Pavyzdžiui, jei tiekėjas taikyti minimalias kainas rekomenduoja tik vienam platintojui, ir platintojas to paiso, tačiau

23 Sujungtos bylos 40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73 *Cooperatieve Vereniging „Suiker Unie“ UA v. Commission* [1975] ECR 1663, p. 173–174.

24 Lianos, I. Collusion in Vertical Relations under Article 81 EC. *Common Market Law Review*. 2008, 45(4): 1027–1077.

25 *Ibid.*, p. 1070–1071.

26 Būtent tokiais argumentais rėmėsi firminių drabužių ir aksesuarų tiekėjas Leegin vienoje iš bylų, nagrinėtų JAV aukščiausiajame teisme, siekdamas pagrįsti jo reikalavimą platintojams laikytis šio tiekėjo nustatytų minimalių perpardavimo kainų (žr. *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. (2007)).

27 Lianos, I., *supra* note 24, p. 1071.

kiti platintojai taiko ir mažesnes nei minimalios rekomenduojamos kainos, platintojas, taikantis didesnes kainas, rizikuoja pasitraukti iš rinkos, nes jis nesugebės konkuruoti su kitais platintojais. Vadinas, jam vienam neparanku laikytis tiekėjo rekomenduojamų kainų. Situacija pasikeičia, jei tiekėjui siūlant konkrečias perpardavimo kainas platintojai tarpusavyje ir galbūt kartu su tiekėju sutaria, jog taikys konkrečias tiekėjo siūlomas rekomenduojamas kainas. Tokiu atveju horizontalusis suokaltis tarp platintojų padeda įgyvendinti tiekėjo ir platintojo(ų) vertikalųjį susitarimą dėl rekomenduojamų (pvz., minimalaus lygio) kainų fiksavimo.

Antra, jeigu nėra galimybės nustatyti suokaltio tarp tiekėjų ar platintojų, I. Lianos nuomone, reikėtų pamėginti nustatyti *galbūt egzistuojanti vertikalųjį suokaltį*²⁸. Įprastai antikonkurenciniai vertikalieji apribojimai būna primetami rinkos galią turinčio ūkio subjekto iniciatyva. Jeigu pavyktų surasti įrodymų, kad viena šalis pritaikė prievartą kitos šalies atžvilgiu ir tokiu būdu privertė ją veikti priešingai savo interesams, galima kalbėti apie suokaltį tarp tiekėjo ir platintojo. Šiuo atveju svarbu atkreipti dėmesį į tai, kad įprastai prievartą gali taikyti tik rinkos galią turintis ūkio subjektas, nes priešingu atveju jo poveikis kitai šaliai būtų neveiksmingas. I. Lianos nuomone, jeigu kainų palaikymo priemonę primeta tiekėjas ir sukuria tam monitoringo (ūkio subjekto elgesio stebėjimo) sistemą su atitinkamomis sankcijomis už tai, kad jo siūlomų kainų nesilaikoma, galima teigti, kad egzistuoja susitarimas tarp tiekėjo ir platintojo, nors ir paremtas tiekėjo taikoma prievarta ir sankcijomis. Mūsų požiūriu, ši nuomonė nėra visiškai pagrįsta, nes monitoringo sistemos egzistavimas ir taikymas negali būti laikomas pakankamu įrodymu, jog egzistuoja suokaltis tarp tiekėjo ir platintojo. Natūralu, jog tiekėjas nori stebėti, kaip jo prekės yra platinamos, kokią paklausą jos turi tarp vartotojų, ar jo bei perpardavėjo taikoma kaina yra konkurencinga ir t. t., nes tiekėjas turi interesą didinti savo parduodamos produkcijos kiekį. Todėl natūralu, kad tiekėjas gali būti suinteresuotas sukurti tam tikrą platintojų monitoringo sistemą ir tokiu būdu gauti informaciją apie galutiniams vartotojams parduodamas jų prekes. Mūsų nuomone, jeigu tiekėjas sukuria monitoringo sistemą, stebi perpardavėjo taikomas kainas, tačiau nesiima jokios prievartos ar paskatinimų tam, kad platintojas laikytųsi tiekėjo rekomenduojamų kainų, vien monitoringo sistemos egzistavimo fakto konstatavimas negali būti pakankamas susitarimo įrodymas, net jeigu platintojas taiko rekomenduojamas kainas. Tačiau šiuo atveju gali iškilti klausimas dėl susitarimo sudarymo fakto įrodinėjimo naštos paskirstymo tarp konkurenciją prižiūrinčios institucijos (pvz., Komisijos) ir susitarimo šalių. Tuo atveju, kai tiekėjas teikia rekomenduojamas kainas platintojui ir sukuria monitoringo sistemą, o platintojas rekomenduojamų kainų laikosi, svarstyтина galimybė perkelti įrodinėjimo našta susitarimo šalims, preziumuojant susitarimo buvimą ir nustatant susitarimo šalims pareigą įrodyti priešingai, pvz., kad kainų yra laikomasi ne dėl tiekėjo taikomos prievartos ar paskatinimų, bet dėl kitokių subjektyvių ar objektyvių priežasčių. Priešingu atveju konkurenciją prižiūrinčiai institucijai gali būti labai sudėtinga įrodyti faktą, kad tiekėjas ir platintojas yra susitarę dėl rekomenduojamų perpardavimo kainų taikymo.

28 Lianos, I., *supra* note 24, p. 1072.

Vadinasi, vertinant, ar yra „susitarimas“, svarbu atsižvelgti ir į tiekėjo taikomą prievartą ar paskatinimus, ir į *platintojo reakciją į tiekėjo primetamą prievartą, galbūt pavidomai pastiprintą platintojo monitoringu.*

Todėl natūralu, kad prievartos taikymas turi būti vertinamas neatsiejamai nuo platintojų reakcijos į ją ir tiekėjo taikomas monitoringo priemonės. Tai ir sudaro trečią „susitarimo“ fakto vertinimo etapą. I. Lianos siūlo išnagrinėti tiekėjo politikos įgyvendinimo rezultatus – nustatyti procentą platintojų, kurie pakluso tiekėjo politikai: jeigu dauguma jų įgyvendina tiekėjo siūlomą elgesio schemą, tai rodys, jog egzistuoja susitarimas pagal 81(1) straipsnį²⁹. Šiuo atveju šio straipsnio autorius norėtų paoponuoti I. Lianos nuomonei bei ją patikslinti. Pirma, jeigu dauguma platintojų taiko rekomenduojamas kainas, tai ne visada reiškia, jog egzistuoja draudžiamas susitarimas tarp tiekėjo ir platintojų ar tarp platintojų. Šiuo atveju galima situacija, jog platintojas – rinkos lyderis priėmė sprendimą taikyti tiekėjo rekomendacijas, o kiti platintojai seka stipriausio rinkos žaidėjo pavyzdžiu. Tokiu atveju, jei nėra tiekėjo ar rinkos lyderio poveikio platintojams, galima teigti, jog egzistuoja lygiagretus platintojų elgesys, kai platintojai derinasi prie rinkos lyderio, kuris įprastai geriausiai žino, kokia rinkos strategija yra sėkmingiausia. Lygiagretus elgesys konkurencijos teisėje nėra draudžiamas, o jei toks elgesys netampa suderintais veiksmais, negalime kalbėti ir apie susitarimo buvimą faktą.

Be to, mūsų nuomone, būtina įvertinti ne tik kaip visi tinklo platintojai įgyvendina tiekėjo kainų politiką, bet ir kiekvieno iš jų elgseną atskirai.

Taigi, siekiant konstatuoti susitarimą tarp tiekėjo ir platintojo dėl rekomenduojamų kainų, autoriaus nuomone, būtina konstatuoti trijų faktų visumą:

- 1) tiekėjas pateikė rekomendaciją ir pasiūlė jos laikytis;
- 2) tiekėjas, siekdamas, kad jo rekomenduojamų kainų būtų laikomasi, taiko platintojui prievartą ar paskatinimus;
- 3) platintojas tiekėjo rekomenduojamų kainų laikosi (realiai taiko praktikoje).

Autoriaus nuomone, minėta trijų faktų kosnatavimo schema galėtų būti taikoma pagal analogiją ir tais atvejais, kai kainų rekomendacijų pageidauja platintojas, pvz., siekdamas užmaskuoti suokalbį tarp platintojų dėl perpardavimo kainų fiksavimo, t. y. platintojas pateikia pasiūlymą tiekėjui, kad šis pateiktų rekomendaciją tam, kad platintojas galėtų pateisinti tam tikrą kainų palaikymo lygį, taiko tiekėjui prievartą ar paskatinimus, kad šis tokiu būdu padėtų platintojui maskuoti draudžiamą susitarimą, o tiekėjas sutinka pateikti rekomendaciją, suvokdamas, jog ji teikiama formaliai tik tam, kad objektyviai būtų pagrįstas platintojo „užfiksuotas“ perpardavimo kainų lygis.

2.2. Rekomenduojamų perpardavimo kainų taikymo vertinimas pagal EB sutarties 81(1) straipsnį

EB konkurencijos teisėje dar nėra visiškai aiškiai suformuotas teisinis rekomenduojamų perpardavimo kainų vertinimo standartas: nėra aišku, kada rekomenduojamos kainos gali riboti konkurenciją ir dėl to patekti į EB sutarties 81(1) straipsnio taikymo sferą.

29 Lianos, I., *supra* note 24, p. 1074.

Autorius pastebi vieną ypatumą – rekomenduojamų kainų teisėtumo vertinimas neatsiejamai susijęs su susitarimo konstatavimo problema. Tą pastebi ir I. Lianos savo straipsnyje³⁰, kuriame jis aiškiai išreiškia nuomonę, jog konkurencijos ribojimo sąlygos (kaip vienos iš būtinų EB sutarties 81 straipsnio pažeidimo konstatavimo sąlygų) konstatavimas neatsiejamai susijęs su susitarimo tarp ūkio subjektų konstatavimo problema.

Kaip minėta, rekomendacija tampa susitarimu, kai tiekėjui pateikus rekomendaciją ir siūlymą jos laikytis bei jam pritaikius atitinkamas poveikio priemones – prievartą ar paskatinimus, platintojas rekomenduojamų kainų laikosi. Susitarimas yra ir tada, kai išoriškai tiekėjo ir platintojo susitarimas taikyti konkrečias perpardavimo kainas masuojamas kaip vienašalė tiekėjo rekomendacija. Pirmu atveju rekomendacija perauga į susitarimą, o antru – susitarimas dėl kainų pridengiamas rekomendacija. Abiem atvejais rekomenduojamos kainos iš esmės tampa fiksuotos (ar minimalios, jei buvo rekomenduotas minimalus jų lygis), vadinasi, mes jau kalbame ne apie tiekėjo ir platintojo susitarimą dėl rekomenduojamų kainų nustatymo, o apie susitarimą dėl perpardavimo kainų fiksavimo, kuris ypač griežtai vertinamas konkurencijos teisėje ir įprastai būna neteisėtas.

Kaip jau buvo minėta, dėl rekomenduojamų perpardavimo kainų nustatymo ETT išsakė savo nuomonę *Pronuptia de Paris* byloje³¹. Teismas aiškiai nurodė, kad nors bet kokios nuostatos, kurios riboja franšizės gavėjo laisvę nustatyti perpardavimo kainą, riboja konkurenciją, gairių su rekomenduojamomis kainomis franšizės gavėjui pateikimas, jeigu nėra suderintų veiksmų tarp franšizės davėjo ir franšizės gavėjų arba tarp pačių franšizės gavėjų dėl realaus tokių kainų taikymo, konkurencijos pažeisti neturėtų. Tai reiškia, kad teismas pasisakė už tai, kad rekomenduojamos kainos įprastai konkurencijos neribuoja, o konkurencijos ribojimo poveikis gali pasireikšti tik išimtiniais atvejais.

Beje, šias, nors ir labai senas Komisijos bei teismų išvadas dėl rekomenduojamų kainų vertinimo, palaikė PIT jau minėtoje *JCB Service v. Commission*³² byloje. Šioje byloje teismas nustatė, kad JCB siųsdavo faksus savo platintojams su konkrečiomis perpardavimo kainomis. Ir nors faksai teismui priminė kainų derinimą tarp šalių, vien jų siuntimas, teismo nuomone, neįrodė sistemingo kainų fiksavimo fakto. Platintojai dažnai pardavinėjo JCB atsargines dalis mažesnėmis negu tiekėjo nurodytos kainos. Teismas taip pat pripažino, jog nors tiekėjo rekomenduojamos kainos buvo orientyras platintojams, šios kainos nebuvo platintojams privalomos – tiekėjo JCB pastangos paveikti platintojus buvo pernelyg menkos, kad būtų galima teigti, jog buvo naudojama prievarta. Galiausiai teismas padarė visiškai pagrįstą išvadą, jog kalbėti apie kainų ar nuolaidų fiksavimą bei 81 straipsnio pažeidimą toje byloje nebuvo jokio pagrindo. Kaip matyti, teismo išvados šioje byloje aiškiai palaiko mūsų jau išreikštą poziciją – jei rekomendacijos netampa susitarimu dėl kainų fiksavimo, iš esmės nėra pagrindo kalbėti ir apie EB sutarties 81 straipsnio pažeidimą.

30 Lianos, I., *supra* note 24, p. 1027–1077.

31 Byla 191/84 *Pronuptia de Paris GmgH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis* [1986] ECR 353, p. 25.

32 Byla T67/01 *JCB Service v. Commission* [2004] ECR II-49.

Taigi iš minėtos teismų praktikos natūraliai kyla klausimas, kokiais gi atvejais susitarimas dėl rekomenduojamų kainų galėtų pažeisti 81(1) straipsnį, o kokiais – ne. Žinoma, svarbiausias aspektas atsakant į šį klausimą – kada rekomenduojamos kainos galėtų riboti konkurenciją?

Komisija savo Gairėse pateikia rekomendacijas (žr. Gairių 225–228 p.), kuriomis reikia vadovautis tais atvejais, kai perpardavimo kainų rekomendavimas perpardavėjui nepatenka į BIR taikymo sritį – tokiu atveju grįžtama prie išsamios 81(1) straipsnio sąlygų analizės ir pirmiausia užduodamas klausimas – ar susitarimas riboja konkurenciją?

Pirma, Komisijos nuomone, konkurencija gali būti ribojama, kai rekomenduojamos kainos veikia kaip orientyras perpardavėjams, ir jie visi arba dauguma taiko tokią orientacinę kainą ir dėl to yra suvienodinamas konkrečios paslaugos ar prekės su konkrečiu prekių ženklu lygis. Manytina, kad ši Komisijos paaiškinimą vertėtų patikslinti, nurodant, kad neigiamas poveikis konkurencijai konstatuotinas tik tada, kai rekomenduojamos kainos, veikdamos kaip orientyras, *lemia aukštesnį kainų lygį galutiniams vartotojams* nei tas kainų lygis, kuris būtų nusistovėjęs nesant orientacinių rekomenduojamų kainų, *priešingu atveju* galima teigti, jog rekomenduojamos kainos konkurenciją atitinkamoje rinkoje ne riboja, *o skatina*. Jeigu tiekėjas, siekdamas paskatinti savo prekių pardavimą galutiniams vartotojams, rekomenduoja perpardavėjui konkurencingą kainą, nes, pvz., jis geriau nei perpardavėjas pažįsta tos prekės pardavimo mažmeninę rinką ir jos ypatumus, galima teigti, kad rekomenduojamos kainos konkurencijos neriboja, bet ją skatina, todėl EB sutarties 81 straipsnis nėra pažeidžiamas, o vartotojai gauna papildomos naudos sumažėjusių kainų forma.

Antra, rekomenduojama kaina gali sudaryti palankesnes sąlygas suokalbiui tarp tiekėjų ir dėl to konkurencija tarp jų gali būti ribojama.

Vertinant minėtų dviejų neigiamų poveikių atsiradimo galimybes, Komisijos požiūriu, būtina atsižvelgti į du pagrindinius kriterijus³³. Pirmas iš jų – tai *tiekėjo rinkos dalis*. Kuo didesnę rinkos galią turi tiekėjas, tuo didesnė rizika, kad rekomenduojama perpardavimo kaina veiks kaip orientyras pirkėjams ir lems daugiau ar mažiau vienodą kainų lygį, nes pirkėjai, nenorintys prarasti rinkos galią turintį ir jiems svarbų tiekėją, gali būti linkę atsižvelgti į jo rekomenduojamą perpardavimo kainą ir netgi ją taikyti. Reikėtų dar pridurti, kad rekomenduojamų kainų galimas antikonkurencinis poveikis šiuo atveju gali būti santykinai neutralizuojamas *pirkėjo turima rinkos galia* – jeigu pirkėjo padėtis rinkoje stipri, jis neabejotinai galės neatsižvelgti į tiekėjo siūlomas kainas ir turės galimybę jas nustatyti savo nuožiūra. Taigi, manytume, kad, be tiekėjo rinkos dalies, reikėtų atsižvelgti ir į pirkėjo rinkos galią, palyginti su kitais pirkėjais, ir tik tada daryti galutinę išvadą, ar tiekėjo rekomendacija galėtų turėti įtakos perpardavimo kainų lygiui pasroviui esančioje rinkoje (angl. *downstream market*).

Antras svarbus rekomenduojamų kainų praktikos antikonkurencinio poveikio vertinimo kriterijus yra *konkurentų padėtis rinkoje*. Komisijos nuomone, būtent jis galėtų padėti įvertinti, ar rekomenduojamos kainos galėtų paskatinti antikonkurencinį tiekėjų

33 Komisijos pranešimas „Vertikaliųjų apribojimų gairės“. [2000] OL C 291/1, p. 227–228.

bendradarbiavimą (suokalbį). Komisija Gairėse³⁴ pabrėžia, kad rekomenduojamų kainų taikymas ir skelbimas gali sudaryti palankesnes sąlygas tiekėjų suokalbiui „ypač siauroje oligopolijoje“, kadangi apsieičiama informacija dėl pageidaujamo kainų lygio, ir sumažėja tikimybė, kad gali būti nustatytos mažesnės perpardavimo kainos.

Autoriaus nuomone, Komisijos nurodyti vertinimo kriterijai – tiekėjo ir platintojo padėtis atitinkamose rinkose, oligopolinė rinkos struktūra ir kt. yra tik veiksniai, kurie galėtų paskatinti sudaryti susitarimą ir padėti ieškoti susitarimo sudarymo fakto įrodymų. Tai yra, jeigu tiekėjo padėtis rinkoje stipri, tikėtina, jog jo pateikiamos rekomendacijos bus svarbios platintojui ir skatins jį laikytis rekomenduojamų kainų kaip orientyro. Taip pat tikėtina, jog tiekėjui turint rinkos galią, jo taikoma rekomendacijų vykdymo monitoringo sistema gali būti veiksminga, nes platintojas norės „įtikti“ tiekėjui ir nenukrypti nuo rekomendacijų, ypač žinodamas, jog jis tiekėjo yra stebimas. Be to, labai tikėtina, kad būtent rinkos galią turintis tiekėjas galėtų efektyviai taikyti prievartą ar paskatinimus tam, kad platintojas rekomenduojamų kainų laikytųsi. Jei pirkėjas turi rinkos galią, mažai tikėtina, kad tiekėjas galėtų jį priversti ar paskatinti laikytis rekomenduojamų kainų, tačiau tikėtina, kad stiprus platintojas gali pateikti pasiūlymą tiekėjui užmaskuoti jo suokalbį dėl perpardavimo kainų fiksavimo su kitais platintojais per rekomenduojamų kainų pateikimą, ir tikėtina, jog tiekėjas, nenorėdamas prarasti svarbaus kliento, gali tokį pasiūlymą priimti. Oligopolinėje rinkoje labiau tikėtinas platintojų suokalbis dėl kainų lygio fiksavimo ir jų kreipimasis į tiekėją pateikti rekomendaciją, kuri ir būtų platintojų sudaryto suokalbio maskuotė. Žodžiu, Komisijos nurodytos gairės galėtų būti pasitelktos į pagalbą kartu su trijų pakopų testu, aprašytu šio straipsnio 2.1. dalyje, konstatuojant, ar tarp tiekėjo, pateikusio rekomendaciją, ir platintojo yra sudarytas susitarimas dėl perpardavimo kainų fiksavimo. Kadangi susitarimo konstatavimo faktas neatsiejamai susijęs su konkurencijos ribojimo sąlyga, konkurencijos ribojimas galimas, kai vienašalė rekomendacija tampa šalių susitarimu dėl fiksuotų perpardavimo kainų nustatymo, o kaip buvo minėta, tokio pobūdžio susitarimai yra *per se* (savo tikslu) ribojantys konkurenciją.

2.3. Rekomenduojamų perpardavimo kainų taikymo vertinimas mažareikšmiškumo aspektu bei pagal BIR sąlygas

Pažymėtina, kad EB sutarties 81(1) straipsnis netaikomas susitarimams, kurie reikšmingai neriboja konkurencijos (vadinamiesiems *de minimis*, arba mažareikšmiams, susitarimams). Komisijos *De minimis* pranešime³⁵ (2(a) punkte) aiškiai nurodoma, kad mažareikšmiai netaikomi susitarimai tarp ne konkurentų (t. y. vertikalieji susitarimai), kuriais tiesiogiai ar netiesiogiai, atskirai ar kartu su kitais šalių kontroliuojamais veiksniais siekiama „apriboti pirkėjo galimybę nustatyti savo pardavimo kainą, nepažeidžiant tiekėjo galimybės nustatyti didžiausią pardavimo kainą arba rekomenduoti pardavimo

34 Komisijos pranešimas „Vertikaliųjų apribojimų gairės“, p. 228.

35 Komisijos pranešimas dėl mažareikšmių susitarimų, kurie reikšmingai neriboja konkurencijos pagal Europos Bendrijos steigimo sutarties 81(1) straipsnį (*de minimis*). [2004] OL C101/97.

kainą su sąlyga, kad dėl bet kurios iš šalių spaudimo ar paskatų tokios kainos netampa lygios fiksuotai arba minimaliai pardavimo kainai“.

Analogiška Komisijos *De minimis* 2(a) punktui nuostata numatyta ir BIR 4(a) straipsnyje, kuriame nurodyta, kada vertikaliesiems susitarimams bendroji išimtis netaikoma.

Pažymėtina, kad abiem atvejais nėra aišku, apie kokius vertikaliuosius susitarimus *De minimis* ir BIR yra kalbama. *De minimis* ir BIR tik nurodoma, kad mažareikšmiais nelaikomi vertikalieji susitarimai, tačiau nenurodoma, koks yra šių susitarimų dalykas. Manytina, kad šiuose teisės aktuose turėtų būti kalbama apie *tiekėjo ir platintojo susitarimą dėl rekomendacijų pateikimo platintojui* – toks susitarimas savo esme konkurencijos neriboja, tačiau jeigu dėl vienos iš šalių prievartos ar paskatinių pateikiamos rekomenduojamos kainos tampa fiksuotomis ar minimaliomis, galima kalbėti apie „susitarimą dėl minimalių ar fiksuotų kainų nustatymo“, o jau toks susitarimas neabejotinai laikytinas sunkiu apribojimu, kuris neleidžia susitarimo pripažinti mažareikšmiu ar atitinkančiu BIR sąlygas. Bet jeigu nėra susitarimo tarp tiekėjo ir platintojo, o yra tik tiekėjo vienašališkai pateikta rekomendacija, nėra prasmės kalbėti apie susitarimo buvimą ir nėra prasmės jo vertinti mažareikšmiškumo aspektu ar pagal BIR sąlygas.

Taigi iš esmės rekomenduojamų kainų taikymo praktika gali būti laikoma mažareikšme ar jai gali būti taikoma bendroji išimtis, jei tik šios kainos *dėl bent vienos iš susitarimo šalių poveikio netampa fiksuotomis ar minimaliomis*, be abejojimo, su sąlyga, kad šalių rinkos dalys neviršija nustatytų kiekybinių rodiklių (rinkos dalių slenksčių).

Vadinasi, svarbiausias rekomenduojamų kainų vertinimo mažareikšmiškumo aspektu bei pagal BIR sąlygas elementas yra *prievartos ar paskatinių taikymas tiekėjo ar platintojo iniciatyva*. Taigi mes vėl grįžtame prie to paties svarbaus aspekto, kuris buvo mums aktualus tiek nustatant susitarimo tarp tiekėjo ir platintojo faktą, tiek nustatant, ar rekomenduojamų kainų taikymas galėtų riboti konkurenciją bei pažeisti 81(1) straipsnį.

Antai jei tiekėjas taiko platintojui nuolaidas ir kompensuoja reklamos išlaidas su sąlyga, kad laikomasi rekomenduojamų kainų lygio, tai gali būti laikoma *paskatiniu* laikyti rekomenduojamų kainų (Komisijos Gairių 47 p.). Atitinkamai tiekėjo *prievarta* gali pasireikšti grasinimais, bauginimais, įspėjimais, bausmėmis, tiekimo uždelsimais ar nutraukimais ar netgi sutarties nutraukimu. Šios ūkio subjekto taikomos prievartos ar paskatinimo priemonės, kuriomis siekiama kainų fiksavimo, gali būti naudojamos kartu su monitoringo priemonėmis, kurių tikslas – nustatyti ūkio subjektus, nesilaikančius nurodytų rekomenduojamų kainų, arba jos gali būti derinamos su mažmenininkų įpareigojimu pranešti kitiems platinimo tinklo nariams apie nukrypimus nuo standartinio kainų lygio. Svarbu tai, kad Komisija savo Gairėse nurodė, jog rekomenduojamų kainų sąrašo pateikimas pirkėjui nėra PKP priemonė, tačiau tiesioginis ar netiesioginis kainų fiksavimas gali būti veiksmingas, jei derinamas su priemonėmis, kurios gali sumažinti pirkėjo suinteresuotumą sumažinti perpardavimo kainą, pavyzdžiui, kai tiekėjas atspausdina rekomenduojamą perpardavimo kainą ant produkto. Autoriaus nuomone, kainos ant prekės atspausdinimas galėtų būti laikomas tiekėjo paskatiniu platintojui laikyti rekomenduojamų kainų, tačiau visais atvejais išlieka svarbi platintojo pozicija

rekomenduojamų kainų atžvilgiu. Manytume, kad tuo atveju, kai tiekėjas atspausdina rekomenduojamą kainą ant prekės ir papildomai netaiko jokių paskatinimų ar prievartos, o platintojas nesunkiai gali kainą pakeisti ir jis nėra suinteresuotas taikyti tiekėjo rekomenduojamų kainų, kainų atspausdinimas ant prekės iš esmės neturės jokio poveikio platintojo kainodaros politikai.

Apibendrinamas analizuojamų Komisijos *De minimis* pranešimo ir BIR nuostatų esmę, autorius norėtų atkreipti dėmesį į tai, jog šiose nuostatose yra aiškiai skiriamos dvi būtinos sąlygos, kurioms esant susitarimas nelaikytinas mažareikšmiu ar jam netaikoma bendroji išimtis: *pirma*, prievartos ar paskatinimų buvimas; *antra*, rekomenduojamų kainų virtimas fiksuotomis ar minimaliomis kainomis. Reikėtų pridurti, kad tarp šių dviejų sąlygų *turi būti priežastinis ryšys*. Manytina, jog jeigu kainos tapo fiksuotomis ne dėl vienos iš šalių taikomos prievartos ar paskatinimų, negalima teigti, kad bendroji išimtis negali būti taikoma ar mažareikšmiškumas negali būti nustatytas. Antai platintojas gali laisvai ir visiškai savarankiškai apsispręsti taikyti tiekėjo rekomenduojamas kainas – tokiu atveju bus tenkinama tik antroji sąlyga dėl kainų lygio nustatymo, tačiau nebus tenkinama pirmoji sąlyga dėl prievartos ar paskatinimo buvimo, vadinasi, tokiais atvejais, autoriaus nuomone, neturėtų būti kliūčių susitarimą (dėl rekomenduojamų kainų pateikimo platintojui – *D. Š.*) pripažinti mažareikšmiu arba atitinkančiu bendrosios išimties sąlygas (aišku, atsižvelgiant į tai, ar yra tenkinami rinkos dalies kriterijai).

Išvados

Straipsnio autoriaus nuomone, vertinant rekomenduojamų perpardavimo kainų taikymo praktiką vertikaliuosiuose susitarimuose, reikėtų vadovautis šiomis nuostatomis:

1. Rekomenduojamų kainų taikymo vertinimo problematiką ir sudėtingumą lemia tai, kad kiekvienu atveju būtina vertinti takoskyrą tarp rekomendacijų kaip vienašalių veiksmų ir rekomendacijų kaip susitarimo tarp tiekėjo ir platintojo.

2. Rekomendacijos dėl perpardavimo kainų pateikimas savo esme yra vienašalis aktas, kuris nelaikytinas susitarimu tarp ūkio subjektų, vadinasi, ir negali būti vertinamas pagal EB sutarties 81 straipsnį, kuris taikomas išimtinai tik susitarimams tarp mažiausiai dviejų ūkio subjektų. Netgi tuo atveju, kai platintojas laikosi tiekėjo rekomenduojamų kainų, susitarimas negali būti automatiškai konstatuotas. Jeigu platintojas laisva valia, niekieno neverčiamas ir neskatinamas, apsisprendžia, kad tiekėjo rekomendacijos jam yra priimtinos ir jis jų laikosi, susitarimas tarp tiekėjo ir platintojo neturėtų būti konstatuotas. Nesant susitarimo, nelogiška kalbėti ir apie EB sutarties 81 straipsnio taikymą ir/ar pažeidimą.

3. Rekomenduojamų kainų pateikimą būtų galima vertinti kaip susitarimą tarp tiekėjo ir platintojo, nustačius šias tris kumuliatyvias sąlygas (visų trijų faktų visumą): *visų pirma*, būtina nustatyti faktą, jog tiekėjas išreiškė aiškų pasiūlymą taikyti šias kainas – nesant tokio pasiūlymo apie susitarimą kalbėti beprasmiška, kaip beprasmiška kalbėti apie sutartį be kontrahento ofertą; *antra*, būtina nustatyti faktą, kad tiekėjas ėmėsi priemonių – prievartos ar paskatinimų savo pasiūlymui įgyvendinti. Jeigu tiekėjas netaiko

jokių priemonių, kurios skatintų/verstų platintoją laikytis rekomenduojamų kainų, apie susitarimą tarp tiekėjo ir platintojo kalbėti netikslinga; *trečia*, būtina nustatyti faktą, jog platintojas tiekėjo rekomenduojamų kainų laikėsi.

4. Jei konstatuojami visi trys anksčiau minėti faktai, galima teigti, jog yra sudarytas susitarimas tarp tiekėjo ir platintojo dėl perpardavimo kainų palaikymo (minimalių ar fiksuotų kainų nustatymo), ir tokiu atveju antikonkurencinis tokio susitarimo poveikis yra akivaizdus ir preziumuojamas, o esant ir kitoms EB sutarties 81(1) straipsnio sąlygoms, gali būti konstatuojamas šio straipsnio pažeidimas.

5. EB sutarties 81(1) straipsnio pažeidimas tikėtinas ir tais atvejais, kai rekomenduojamos kainos tėra tik priedanga tiekėjo ir platintojo vertikaliam susitarimui (galimai ir platintojų karteliniam susitarimui dėl perpardavimo kainų nustatymo). Tokiu atveju vertinant rekomenduojamų kainų taikymo teisėtumą pirmenybė turi būti teikiama susitarimo turiniui, o ne formai.

6. Susitarimas dėl rekomenduojamų kainų taikymo gali būti laikomas mažareikšmiu ir/ar jam gali būti taikoma bendroji išimtis, jei a) tenkinamas kiekybinis kriterijus dėl ūkio subjektų rinkos dalies, b) jei rekomenduojamos kainos netampa fiksuotomis ar minimaliomis dėl konkrečios priežasties – bent vienos iš susitarimo šalių taikomos kitai šaliai prievartos ar paskatinimų.

Literatūra

- Bayer AG /Adalat*. [1996] OL L 201/1.
- Byla 107/82, *AEG-Telefunken v. Commission* [1983] ECR 3151.
- Byla 243/83, *SA Binon & Cie v. SA Agence et messageries de la presse* [1985] ECR 02015.
- Byla T-41/96, *Bayer AG v. Commission* [2000] ECR II-3383.
- Byla T-208/01, *Volkswagen v. Commission* [2003] ECR I-5141.
- Byla T67/01, *JCB Service v. Commission* [2004] ECR II-49.
- Bylos C-2/01 ir C-3/01, *P Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV v. Bouter AG* [2004] ECR I-23.
- Europos Bendrijos steigimo sutartis. [2002] OL C325/33.
- Europos Komisijos 1999 m. gruodžio 22 d. reglamentas dėl Sutarties 81 straipsnio 3 dalies taikymo vertikalinių susitarimų ir suderintų veiksmų grupėms (EB) Nr. 2790/1999. [1999] OL L 336/21.
- Europos Komisijos pranešimas „Vertikalinių apribojimų gairės“. [2000] OL C 291/1.
- Jones, A.; Sufrin B. *EC Competition Law. Text, Cases, and, Materials*. Third Edition. Oxford University Press, 2008.
- Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. (2007).
- Lianos, I. Collusion in Vertical Relations under Article 81 EC. *Common Market Law Review*. 2008, 45(4).
- Lietuvių kalbos žodynas [interaktyvus]. [žiūrėta 2009-09-07]. <<http://www.lkz.lt/startas.htm>>.
- Nathan-Bricolux* [2001] OL L54/1.
- Sujungtos bylos 40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73 *Cooperatieve Vereniging „Suiker Unie“ UA v. Commission* [1975] ECR 1663.
- Švirinas, D. *Vertikalinių susitarimų reglamentavimas konkurencijos teisėje*. Vilnius, 2004.

Ritter, L.; Braun, W. D. *European Competition Law: A practitioner's Guide*. Third Edition. Kluwer Law International, 2004.

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

Wijckmans, F.; Tuytschaever, F.; Vanderelst, A. *Vertical Agreements in EC Competition Law*. Oxford University Press, 2006.

THE PECULIARITIES OF THE ASSESSMENT OF THE USE OF RECOMMENDED RESALE PRICES UNDER ARTICLE 81 OF THE EUROPEAN COMMUNITY TREATY

Daivis Svirinas

Mykolas Romeris University, Lithuania

Summary. *This research paper deals with the assessment of the use of recommended resale prices in vertical relations between the supplier and the reseller. The author of the paper states that usually the use of recommended prices does not raise competition concerns and does not infringe Article 81 of the European Community (EC) Treaty because it does not conform with the concept of an 'agreement' under this article and, therefore, does not restrict competition within the relevant market.*

It is alleged that a recommendation is a unilateral act and even if the reseller uses the recommended prices, the agreement between the supplier and the reseller cannot be automatically established. A recommendation becomes an 'agreement' if all the three following facts are established: firstly, the supplier expresses a clear intention to use the recommended prices jointly, i.e. with the help of the reseller; secondly, the supplier uses the means of direct or indirect inducement or coercion to induce or force the reseller to adhere to the prices recommended; thirdly, the reseller implements the supplier's recommendations on prices, since in the case of resistance to the supplier's suggested price policy a vertical agreement is not considered to have been made.

The establishment of the fact of restricting competition (infringing Article 81(1)) is closely connected with the establishment of the fact of the agreement between the parties.

If all the three abovementioned facts necessary for the establishment of the agreement between the supplier and the reseller are present, it may be alleged that the supplier and the reseller actually agreed on the fixing of a certain level of resale prices (fixed, minimum or maximum), even though in its form the agreement looks like the agreement on the provision of a list of recommended resale prices. In such a case the agreement on the use of recommended resale prices (and, actually, the agreement on price fixing) shall be assessed as per se restricting competition and, together with other relevant conditions, as infringing Article 81(1) of the EC Treaty. If the agreement on the use of recommended prices is not established, the unilateral recommendations of the supplier shall escape the prohibition of Article 81.

Finally, it should be stressed that recommended prices usually benefit from the de minimis Notice or Block Exemption Regulation for Vertical Agreements, unless the quantitative

criteria on market shares are not met or, as a result of pressure from or incentives offered by any of the parties to the vertical agreement, recommended prices amount to fixed or minimum sale prices.

Keywords: *recommended resale prices, resale price maintenance, agreement, unilateral conduct, collusion, explicit or tacit acquiescence, agreements of minor importance, block exemption.*

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

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