GENERALINIO ADVOKATO JÁN MAZÁK IŠVADA, pateikta 2010 m. rugsėjo 2 d.[1]

1. Šiuo prašymu priimti prejudicinį sprendimą *Stockholms tingsrätt* (Stokholmo pirmosios instancijos teismas) (Švedija) pateikė Teisingumo Teismui 10 klausimų dėl SESV 102 straipsnio (buvęs EB 82 straipsnis) išaiškinimo, susijusių su tariamu piktnaudžiavimu dominuojančia padėtimi, pasireiškusiu sumažinta marža[2]. Prašymas priimti prejudicinį sprendimą pateiktas nagrinėjant bylą tarp Švedijos telekomunikacijų operatoriaus *TeliaSonera Sverige AB* (toliau – *TeliaSonera*) ir *Konkurrensverket* (Nacionalinė konkurencijos tarnyba, toliau – Konkurencijos tarnyba). 2004 m. gruodžio 21 d. Konkurencijos tarnyba paprašė prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo įpareigoti *TeliaSonera* sumokėti 144 mln. SEK (dabar – maždaug 15,1 mln. eurų) administracinę baudą už nacionalinės konkurencijos teisės ir SESV 102 straipsnio pažeidimą.

I — Faktinės aplinkybės ir pateikti prejudiciniai klausimai

2. Ši byla susijusi su technologiniais pokyčiais, įvykusiais XX a. paskutinio dešimtmečio pabaigoje ir XXI a. pirmojo dešimtmečio pradžioje, kai daug Švedijos interneto paslaugų galutinių vartotojų vietoje telefoninio interneto ryšio pradėjo naudoti įvairių rūšių plačiajuostį ryšį (kurio atveju duomenų perdavimas yra daug spartesnis). Paplitusios plačiajuosčio ryšio rūšys tuo metu buvo ADSL (asimetrinė skaitmeninė abonento linija) ryšys per fiksuoto telefono ryšio tinklą ir prieiga per kabelinės televizijos ar vietinį tinklą (LAN).

3. *TeliaSonera*, buvusiai *Telia AB*, ilgą laiką priklausė laidinis prieigos tinklas, per kurį iš esmės buvo galima pasiekti kiekvieną Švedijos namų ūkį. Ši įmonė yra ilgalaikė fiksuoto telefono ryšio tinklo operatorė, anksčiau turėjusi monopolį nuspręsti, kokią įrangą naudoti savo fiksuoto ryšio tinkle. Be plačiajuosčio ryšio paslaugų teikimo galutinių vartotojų rinkoje (žemutinėje arba mažmeninėje rinkoje), *TeliaSonera* kitiems, taip pat galutinių vartotojų rinkoje veikusiems (aukštutinės

1 — Originalo kalba: anglų.

2 — Žr. sumažintos maržos apibrėžtį šios išvados 12 punkte.

arba didmeninės rinkos), operatoriams teikė galimybę naudotis jos vietine linija, t. y. ta telefono ryšio linijos dalimi, kuria atskiri namų ūkiai buvo prijungti prie artimiausios vietinės telefonų stoties. Šia galimybe buvo galima naudotis dviem būdais. *TeliaSonera* siūlė vadinamąją LLUB (vietinės linijos atsiejimo, angl. k. *local loop unbundling*) prieigą, kai operatorius už užmokestį galėjo gauti visiškai ar iš dalies atsietą prieigą prie *TeliaSonera* vietinės linijos pagal Reglamentą (EB) Nr. 2887/2000[3]. Tačiau tariamas piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi yra susijęs ne su LLUB prieiga, kuriai taikomas reglamentas, bet su *TeliaSonera* savo konkurentams siūloma prieiga prie fiksuoto ryšio tinklo naudojant tam tikrą tarpinėms paslaugoms skirtą ADSL produktą (pvz., *Skanova Bredband* ADSL).

4. Konkurencijos tarnyba teigia, kad *TeliaSonera*, taikydama tokią maržą tarp tarpinėms paslaugoms skirto ADSL produkto didmeninės kainos ir vartotojams siūlomų ADSL paslaugų mažmeninės kainos, kurios būtų nepakakę papildomoms *TeliaSonera* sąnaudoms mažmeninėje rinkoje padengti, piktnaudžiavo savo dominuojančia padėtimi didmeninėje rinkoje. Atsižvelgiant į Konkurencijos tarnybos pateikto ieškinio struktūrą, laikotarpis nuo 2000 m. balandžio mėn. iki 2001 m. sausio 1 d. yra nagrinėjamas tik Konkurencijos įstatymo (*Konkurrenslagen* (1993:20)) 19 straipsnio atžvilgiu. Tačiau vėlesniam laikotarpiui iki 2003 m. sausio mėn. imtinai svarbus yra ir Konkurencijos įstatymas, ir SESV 102 straipsnis. *Tele2 Sverige Aktiebolag* (toliau – *Tele2*) paprašė leisti įstoti į bylą Konkurencijos tarnybos pusėje[4]. Iš nutarties dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą aišku, kad pagrindinės bylos šalys nesutaria dėl kai kurių svarbių ir, mano nuomone, esminių faktinių aplinkybių (pvz., atitinkamos rinkos, kurioje *TeliaSonera* užima dominuojančią padėtį, apibrėžimo ar net tokios padėties buvimo apskritai). Tačiau, atsižvelgdamas į nacionalines proceso normas, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas teigia, kad prejudicinius klausimus Teisingumo Teismui būtina pateikti jau šiame etape. Visų pirma pagrindinėje byloje įrodymai turi būti vertinami ir teisinis vertinimas atliekamas tuo pat metu, kaip ir pasitarimai dėl teismo sprendimo surengus teismo posėdį pagrindinėje byloje.

5. Net jei manoma, kad poveikis ES prekybai nepadarytas ar kad piktnaudžiauta tik nuo

3 — 2000 m. gruodžio 18 d. Europos Parlamento ir Tarybos reglamentas dėl atsietos prieigos prie vietinės linijos (OL L 336, p. 4; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k. 13 sk., 26 t. p. 83).

4 — 2005 m. *Tele2* Švedijoje pareiškė ieškinį *TeliaSonera*, kuriame reikalavo atlyginti maždaug 240 mln. eurų žalą, padarytą dėl tariamo piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi. Šios bylos nagrinėjimas sustabdytas, kol bus baigta nagrinėti pagrindinė byla. Žr. bylą T-10956-05, *Tele2 Sverige AB mot TeliaSonera AB*.

2000 m. balandžio mėn. iki 2001 m. sausio 1 d., prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas mano, kad prejudicinis sprendimas vis dėlto yra būtinas. Tokiomis aplinkybėmis prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas nusprendė sustabdyti bylos nagrinėjimą ir pateikti Teisingumo Teismui tokius prejudicinius klausimus:

„1. Kokiomis sąlygomis gali būti pažeistas [SESV 102 straipsnis] dėl skirtumo tarp tarpinių ADSL paslaugų kainos, kurią dominuojančią padėtį užimanti vertikaliai integruota įmonė taiko konkurentams, ir kainos, kurią ta pati įmonė taiko galutiniams vartotojams?

2. Ar siekiant atsakyti į 1 klausimą reikia atsižvelgti tik į dominuojančią padėtį užimančios įmonės kainas, taikomas galutiniams vartotojams, ar taip pat reikia atsižvelgti į konkurentų kainas, taikomas galutinių vartotojų rinkoje?

3. Ar atsakymui į 1 klausimą turi įtakos tai, kad dominuojančią padėtį užimanti įmonė teisės aktais neįpareigojama teikti tarpinių paslaugų, tačiau ji tai daro savo iniciatyva?

4. Ar tam, kad 1 klausime apibūdinta praktika būtų laikoma piktnaudžiavimu, ji turi turėti konkurenciją ribojantį poveikį, ir, jei taip, kaip šį poveikį nustatyti?

5. Ar atsakymui į 1 klausimą turi įtakos dominuojančią padėtį užimančios įmonės galia rinkoje?

6. Ar tam, kad 1 klausime apibūdinta praktika būtų laikoma piktnaudžiavimu, reikia, kad tokios praktikos besilaikanti įmonė užimtų dominuojančią padėtį tiek tarpinių paslaugų rinkoje, tiek galutinių vartotojų rinkoje?

7. Ar tam, kad 1 klausime apibūdinta praktika būtų laikoma piktnaudžiavimu, dominuojančią padėtį užimančios įmonės prekė ar paslauga turi būti būtina?

8. Ar atsakymui į 1 klausimą turi įtakos tai, kad paslaugos teikiamos naujam klientui?

9. Ar tam, kad 1 klausime apibūdinta praktika būtų laikoma piktnaudžiavimu, reikia, kad dominuojančią padėtį užimanti įmonė turėtų galimybę kompensuoti savo patirtus nuostolius?

10. Ar atsakymui į 1 klausimą turi įtakos tai, ar rinkai yra būdingos technologijų naujovės, reikalaujančios labai didelių investicijų, pavyzdžiui, dėl pagrįstų įsteigimo išlaidų ir galimo poreikio įsteigimo laikotarpiu vykdyti nuostolingus pardavimus?“

6. Konkurencijos tarnyba, *TeliaSonera*, *Tele2*, Suomijos ir Lenkijos vyriausybės bei Europos Komisija pateikė rašytines pastabas. 2010 m. kovo 18 d. posėdyje tos pačios šalys, išskyrus Suomijos ir Lenkijos vyriausybes, pateikė žodinius argumentus.

II — Vertinimas

7. Kaip pažymėta šios išvados 4 punkte, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas paaiškino, kad dėl nacionalinių proceso normų pateiktais klausimais dėmesys turi būti sutelkiamas tik į konkurencijos teisės principus. Atsižvelgiant į pateiktų klausimų pobūdį, toliau pateikti svarstymai neišvengiamai taip pat apims tik principinius dalykus. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusiam teismui teks nustatyti faktines aplinkybes ir taikyti joms teisę. Šiame etape pakanka pasakyti, jog manau, kad išsamus atsakymas į prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo 1 klausimą išplauks iš atsakymų į likusius devynis klausimus. Visų pirma, kaip paaiškinsiu toliau, mano nuomone, iš nutarties dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą aišku, kad, siekiant išspręsti pagrindinėje byloje kilusį ginčą, ypač svarbūs yra 1, o kartu su juo 3 ir 7 klausimai, todėl daugiausia dėmesio skirsiu jiems. Tai yra pagrįsta bent jau todėl, kad beveik visus atsakymus į kitus prejudicinius klausimus galima tiesiogiai arba netiesiogiai rasti esamoje Europos bendrijos (dabar – Europos Sąjunga (ES) teismų praktikoje.

1 klausimas. Pripažinimo, kad yra piktnaudžiaujama nustatant sumažintą maržą (angl. k. abusive margin squeeze), sąlygos. 3 klausimas. Teisės aktuose nustatytos pareigos teikti paslaugas nebuvimas ir 7 klausimas. Produkto būtinumas

8. Pagal nusistovėjusią teismo praktiką „piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi sąvoka yra objektyvi, apimanti dominuojančią padėtį užimančios įmonės veiksmus, kurie gali turėti įtakos rinkos, kurioje kaip tik dėl nagrinėjamos įmonės buvimo konkurencija jau yra susilpnėjusi, struktūrai ir kurie gali

trukdyti išlaikyti rinkoje dar esančios konkurencijos lygį arba neleisti jai vystytis, pasitelkiant priemones, kurios skiriasi nuo įprastos prekių ar paslaugų konkurencijos, remiantis ūkio subjektų priemonių pasiūla“[5].

9. Be to, „išvada, kad įmonė užima dominuojančią padėtį, savaime nėra kaltinimas, o tiesiog reiškia, kad, nepaisant priežasčių, dėl kurių atitinkama įmonė užimą šią padėtį, jai tenka speciali atsakomybė neleisti, kad jos elgesys kliudytų tikrai, neiškreiptai konkurencijai bendrojoje rinkoje“[6]. Tikrasis šios specialios atsakomybės mastas turi būti įvertintas atsižvelgiant į konkrečias kiekvienos bylos aplinkybes[7]. Veiksmai, už kuriuos įprastomis aplinkybėmis nebūtų baudžiama, gali būti laikomi piktnaudžiavimu, jeigu juos vykdo dominuojančią padėtį užimanti įmonė[8]. Pavyzdžiui, dominuojanti įmonė turi teisę ginti savo komercinius interesus, jeigu jiems iškyla grėsmė, ir taip pat gali imtis atitinkamų veiksmų tiek, kiek mano esant reikalinga, kad apsaugotų savo interesus[9]. Ji turi teisę naudoti priemones, reguliuojančias normalią konkurenciją tarp prekių ir paslaugų konkurencijos privalumais prasme; tačiau piktnaudžiavimu SESV 102 straipsnio prasme laikytini tokie komerciniai veiksmai, kurie nukrypsta nuo normalaus elgesio rinkoje ir gali silpninti esamą konkurenciją[10]. Todėl ne visa kainų konkurencija gali būti laikoma teisėta[11]. Galiausiai nepaneigiama, kad iš esmės ES teismų praktikoje dominuojančią padėtį užimančioms įmonėms suteikiama galimybė įrodyti objektyvų savo elgesio pateisinimą[12].

10. Grįžtant prie sumažintos maržos klausimo, Komisijos, Konkurencijos tarnybos ir *Tele2* teigimu, sumažinta marža iš esmės yra tada, kai didmeninėje rinkoje dominuojanti įmonė taip pat veikia mažmeninėje rinkoje ir šiose rinkose taiko tokias kainas, kad

5 — Žr. Teisingumo Teismo priimtus 1979 m. vasario 13 d. Sprendimą *Hoffmann-La Roche prieš Komisiją* (85/76, Rink. p. 461, 91 punktas) ir 1991 m. liepos 3 d. Sprendimą *AKZO prieš Komisiją* (C-62/86, Rink. p. I-3359, 69 punktas).

6 — Teisingumo Teismo priimti 1983 m. lapkričio 9 d. Sprendimas *Nederlandsche Banden Industrie Michelin prieš Komisiją* (*Michelin I*, 322/81, Rink. p. 3461, 57 punktas) ir 2000 m. kovo 16 d. Sprendimas *Compagnie maritime belge transports ir kt. prieš Komisiją* (sujungtos bylos C-395/96 P ir C-396/96 P, Rink. p. I-1365, 37 punktas).

7 — 1996 m. lapkričio 14 d. Teisingumo Teismo sprendimas *Tetra Pak prieš Komisiją* (*Tetra Pak II*, C-333/94 P, Rink. p. I-5951, 24 punktas).

8 — 6 išnašoje nurodyto Sprendimo *Compagnie maritime belge transports prieš Komisiją* 131 punktas.

9 — 1978 m. vasario 14 d. Teisingumo Teismo sprendimas *United Brands prieš Komisiją* (27/76, Rink. p. 207, 189 punktas).

10 — Šiuo klausimu žr. 5 išnašoje nurodyto Sprendimo *Hoffmann-La Roche prieš Komisiją* 91 ir 123 punktus; 6 išnašoje nurodyto Sprendimo *Michelin I* 70 punktą; 1980 m. gruodžio 11 d. Sprendimo *L'Oréal prieš De Nieuwe AMCK* (31/80, Rink. p. 3775) 27 punktą; 5 išnašoje nurodyto Sprendimo *AKZO prieš Komisiją* 69 ir 70 punktus ir generalinės advokatės J. Kokott išvados byloje *British Airways prieš Komisiją* (2007 m. kovo 15 d. sprendimas, C-95/04 P, Rink. p. I-2331) 24 punktą.

11 — Žr., be kita ko, 2009 m. balandžio 2 d. Teisingumo Teismo sprendimą *France Télécom prieš Komisiją* (C-202/07 P, Rink. p. I-2369, 106 punktas).

12 — Žr., be kita ko, 9 išnašoje nurodyto Sprendimo *United Brands prieš Komisiją* 184 punktą; 1987 m. spalio 3 d. Sprendimą *CBEM* (*Télémarketing*, 311/84, Rink. p. 3261, 27 punktas) ir 10 išnašoje nurodyto Sprendimo *British Airways prieš Komisiją* 69 ir 86 punktus.

mažmeninių ir didmeninių kainų skirtumo nepakanka papildomoms dominuojančią padėtį užimančios įmonės produktų tiekimo mažmeninėje rinkoje sąnaudoms padengti.

11. Mano nuomone, *TeliaSonera* teisingai tvirtina, kad piktnaudžiaujama nustatant sumažintą maržą yra tik tuo atveju, kai dominuojančią padėtį užimanti įmonė turi teisės aktuose nustatytą pareigą teikti nagrinėjamas tarpines paslaugas arba jeigu šios tarpinės paslaugos yra būtinos. Jeigu dominuojančią padėtį užimančios įmonės tarpinės paslaugos nėra būtinos, pavyzdžiui, jeigu yra jų pakaitalų, negali būti laikoma, kad ji piktnaudžiauja nustatydama sumažintą maržą, nes konkurentams nebūtina jomis naudotis, bent jau už dominuojančios įmonės taikomą kainą[13].

12. Atsižvelgiant į mano išvadą ir Bendrojo Teismo sprendimą byloje *Deutsche Telekom prieš Komisiją*[14], aišku, kad sumažinta marža yra tuo atveju, kai rinkoje dominuojančios įmonės taikomų mažmeninių kainų ir didmeninių kainų, kurias ji taiko konkurentams už panašias paslaugas, skirtumas yra neigiamas arba nepakankamas dominuojančios įmonės produktų specifinėms sąnaudoms, patirtoms teikiant abonentams savo paslaugas mažmeninėje rinkoje, padengti. Toks piktnaudžiaujamasis elgesys atsiranda dėl nesąžiningo kainų skirtumo ir aplinkybės, jog dominuojančią padėtį užimančios įmonės didmeninėje rinkoje siūlomi produktai yra būtini konkurentui, kad šis galėtų mažmeninėje prieigos paslaugų rinkoje pradėti konkuruoti su dominuojančia įmone. Mano nuomone, tokia sumažinta marža tarp dominuojančią padėtį užimančios įmonės didmeninių ir mažmeninių kainų iš esmės kliudys didesnei konkurencijai mažmeninėse rinkose.

13. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas paaiškina, kad susipažino su Bendrojo Teismo sprendimu *Deutsche*

13 — Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas čia cituoja D. Geradin ir R. O'Donoghue straipsnį „The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector", 2005, *Journal of Competition Law and Economics 1(2)*, 355–425, p. 358 ir toliau.

14 — Sprendimas *Deutsche Telekom prieš Komisiją* (C-280/08 P, byla dar nagrinėjama, 44, 46 ir 64 punktai) ir Sprendimas *Deutsche Telekom prieš Komisiją* (T-271/03, Rink. p. II-477, 166, 167 ir 237 punktai). Pastarajame sprendime Bendrasis Teismas patvirtino Komisijos sprendimą prieš *Deutsche Telekom*, susijusį su piktnaudžiavimu dominuojančia padėtimi taikant sumažintą maržą (2003 m. gegužės 21 d. Sprendimas 2003/707/EB, susijęs su [SESV 102 straipsnio] taikymo procedūra) (byla COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 — *Deutsche Telekom AG*) (OL L 263, p. 9)).

Telekom prieš Komisiją. 2010 m. balandžio 22 d. apeliacinėje byloje, kurioje *Deutsche Telekom* apskundė minėtą sprendimą, pateikiau išvadą ir pasiūliau Teisingumo Teismui atmesti apeliacinį skundą bei pripažinti Bendrojo Teismo sprendimą pagrįstu. Teisingumo Teismo sprendimas dar nepriimtas[15]. Kaip šioje byloje nurodo prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, pagrindinės bylos faktinės aplinkybės nuo bylos *Deutsche Telekom prieš Komisiją* aplinkybių skiriasi keliais esminiais aspektais. Visų pirma, kitaip nei byloje *Deutsche Telekom*, *TeliaSonera* nebuvo teisės aktais įpareigota siūlyti tarpinėms paslaugoms skirtus ADSL produktus (toliau – nagrinėjami produktai). Iš tikrųjų teisės aktuose *TeliaSonera* buvo nustatyti įpareigojimai dėl LLUB prieigos, kuri šioje byloje nenagrinėjama. Be to, kaip yra aišku iš nutarties dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą, Švedijos nacionalinė reguliavimo institucija (toliau – NRI) visiškai nereguliavo nagrinėjamų produktų kainų didmeninėje ar mažmeninėje rinkoje.

14. Remiantis teismų praktika, „piktnaudžiavimas yra tuomet, kai, nesant jokios objektyvios būtinybės, dominuojančią padėtį konkrečioje rinkoje užimanti įmonė pasilieka sau arba tai pačiai grupei priklausančiai įmonei papildomą veiklą, kurią gretimoje, tačiau atskiroje rinkoje [pavyzdžiui, mažmeninėje rinkoje] gali vykdyti kita įmonė, ir turi galimybę pašalinti visą tokios įmonės konkurenciją“[16].

15. Kalbant apie piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi, kai atsisakoma tiekti produktą, iš Sprendimo *Bronner*[17] darytina išvada, kad toks piktnaudžiavimas gali būti, jeigu vienoje (didmeninėje) rinkoje dominuojanti įmonė atsisako gretimoje arba mažmeninėje rinkoje konkurentui tiekti šio konkurento veiklai būtinus produktus, jeigu: i) dėl tokio atsisakymo rinkoje gali būti pašalinta visa produkto prašančio asmens konkurencija; ii) atsisakymo negalima objektyviai pateisinti; ir iii) produktas yra būtinas konkurento veiklai vykdyti, t. y. nėra realios galimybės sukurti galimą alternatyvą.

16. Iš tikrųjų, mano nuomone, piktnaudžiavimo nustatant sumažintą maržą atveju atsisakymas teikti paslaugas (arba „konstruktyvus

15 — Atitinkamai 14 išnašoje nurodytos bylos T-271/03 ir C-280/08 P.

16 — Žr. 12 išnašoje nurodyto Sprendimo *Télémarketing* 27 punktą.

17 — 1998 m. lapkričio 26 d. Teisingumo Teismo sprendimas (C-7/97, Rink. p. I-7791, 40–46 punktai) ir generalinio advokato F. Jacobs išvados 56–69 punktai.

atsisakymas teikti paslaugas“) konkrečiai pasireiškia tuo, kad, užuot visiškai atsisakiusi teikti nagrinėjamas esmines (būtinas) tarpines paslaugas, dominuojančią padėtį užimanti įmonė teikia šias paslaugas savo konkurentams mažmeninėje rinkoje už kainą, kuri neleidžia šiems konkurentams veiksmingai konkuruoti mažmeninėje rinkoje[18]. ES teismų praktikoje nustatyta, kad piktnaudžiaujančio atsisakymo teikti paslaugas padarinys yra konkurencijos mažmeninėje rinkoje pašalinimas, ir, mano nuomone, būtent tai kelia rūpestį ir sumažintos maržos bylose. Sumažinta marža nedaro kitos atskiros žalos konkurencijai be žalos, atsirandančios dėl pareigos tiekti produktą didmeniniu lygmeniu pažeidimo. Manau, kad pareigos teikti paslaugas nustatymas dominuojančią padėtį užimančiai įmonei nesiskiria nuo pareigos teikti paslaugas konkrečia didmenine ir mažmenine kaina nustatymo (sumažinta marža). Todėl kainos (sumažintos maržos), dėl kurios tiek pat veiksmingas konkurentas negali konkuruoti mažmeninėje rinkoje, nustatymas iš esmės sukelia tokius pačius padarinius kaip atsisakymas tiekti produktą, ir reiškia, kad turėtų būti taikoma ta pati analizės sistema ir bendri motyvai, susiję su dominuojančią padėtį užimančių įmonių paskatomis investuoti[19]. Pagrindinėje byloje nagrinėjamu atveju Konkurencijos tarnyba tvirtina, kad yra piktnaudžiaujama nustatant sumažintą maržą tik todėl, jog yra nepakankamas didmeninių ir mažmeninių kainų skirtumas, nepaisant tarpinių paslaugų būtinumo. Manau, kad toks požiūris yra neteisingas ir neišsamus. Mano nuomone, iš Komisijos sprendimų dėl sumažintos maržos telekomunikacijų sektoriuje, priimtų remiantis SESV 102 straipsniu (*Deutsche Telekom* ir *Telefónica*[20]), galima daryti išvadą, kad piktnaudžiavimo nustatant sumažintas maržas ir atsisakymo teikti paslaugas loginis pagrindas yra tas pats. Nors byloje *Telefónica* Komisija, vertindama esamo operatoriaus veiksmų teisėtumą, „dėl konkrečių šios bylos aplinkybių, [kurios] iš esmės skiriasi nuo bylos [*Bronner*] aplinkybių“, atsisakė taikyti Sprendimo *Bronner* sąlygas (*Telefónica* turėjo teisės aktuose nustatytą pareigą teikti tarpines paslaugas ir jos *ex ante* paskatos investuoti į jos infrastruktūrą tariamai nebuvo nagrinėjamos, nes jos infrastruktūra daugiausia buvo investicijų, padarytų jai naudojantis specialiomis ar

18 — Pagal analogiją žr. *Court of Appeal of England & Wales* (Jungtinė Karalystė) sprendimo *Albion* (byla *Dwr Cymru Cyfyngedig and Albion Water Limited* v *Water Services Regulation Authority [2008] EWCA Civ 536*), kuriuo patvirtinti JK *Competition Appeal Tribunal* (CAT) sprendimai byloje *Albion Water Ltd* v *Water Services Regulation Authority (Dwr Cymru/Shotton Paper)* [2006] CAT 23 (žr. 861 ir paskesnius punktus) ir [2006] CAT 36, 36 ir paskesnius punktus.

19 — Mano nuomone, taikomi tie patys argumentai, kuriuos generalinis advokatas F. Jacobs pateikė savo išvadoje byloje *Bronner* (57 punktas): „<...> konkurencijos politikos požiūriu dominuojančią padėtį užimančios įmonės sutarčių sudarymo laisvės ribojimo pateisinimui dažnai būtina atidžiai suderinti priešingus motyvus. Ilgainiui konkurencijai ir vartotojams paprastai naudinga tai, kad įmonei leidžiama pasilikti naudoti savo verslui išvystytą infrastruktūrą. Pavyzdžiui, jeigu būtų leidžiama pernelyg lengvai naudotis gamybos, pirkimo ar paskirstymo įranga, konkurentui nebūtų paskatos kurti konkuruojančią įrangą. Taigi, nors trumpuoju laikotarpiu konkurencija padidėtų, ilgainiui ji sumažėtų. Be to, paskata dominuojančią padėtį užimančiai įmonei investuoti į produktyvią įrangą sumažėtų, jeigu jos konkurentai paprašyti galėtų dalytis gaunama nauda. Taigi vien tai, kad pasilikdama įrangą sau naudoti dominuojančią padėtį užimanti įmonė išlieka pranašesnė už konkurentą, negali pateisinti reikalavimo suteikti galimybę ja naudotis.“

20 — 2007 m. liepos 4 d. Sprendimo 2007/3196/EB, susijusio su [SESV 102 straipsnio] taikymo procedūra (byla COMP/38.784 — *Wanadoo España prieš Telefónica*), 299 ir paskesni punktai (Bendrajame Teisme nagrinėjami du su šiuo sprendimu susiję ieškiniai: byla T-336/07 *Telefónica ir Telefónica de España prieš Komisiją* ir byla T-398/07 *Ispanija prieš Komisiją*).

išimtinėmis teisėmis, apsaugojusiomis ją nuo konkurencijos, rezultatas), ji vis dėlto patikrino atitinkamas faktines aplinkybes, taikydama tokio pat pobūdžio analizę kaip Sprendime *Bronner*. Iš tikrųjų svarbu pažymėti, kad abiejuose minėtuose Komisijos sprendimuose atitinkama NRI jau buvo nustačiusi pareigą teikti paslaugas konkurentams, t. y. suteikti jiems prieigą prie esamo operatoriaus tinklo. Be to, abiejuose sprendimuose Komisija manė, kad esamų operatorių tinklams nėra tinkamų alternatyvų.

17. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas remiasi Komisijos įgyvendinimo prioritetų gairėmis[21], kurių bendrame skyriuje „Atsisakymas tiekti ir kainų skirtumų mažinimas“ ji, be kita ko, nurodė, kad „vietoj atsisakymo tiekti dominuojanti įmonė tiekėjų rinkoje gali nustatyti tokią gaminio kainą, kuri, palyginti su jos nustatyta kaina vartotojų rinkoje, <...> neleis net taip pat efektyviai dirbančiam konkurentui nuolat pelningai prekiauti vartotojų rinkoje (vadinamasis kainų skirtumų mažinimas)[22]. <…> Komisija laikys tokius veiksmus įgyvendinimo prioritetu, jeigu susiklostys visos toliau nurodytos aplinkybės: [i] atsisakymas susijęs su gaminiu <...>, kuris yra objektyviai būtinas, kad būtų galima veiksmingai konkuruoti vartotojų rinkoje; [ii] dėl atsisakymo vartotojų rinkoje turbūt nebeliks veiksmingos konkurencijos; ir [iii] dėl atsisakymo greičiausiai bus pakenkta vartotojams“. Tačiau „tam tikrais konkrečiais atvejais gali būti akivaizdu, kad įpareigojimas tiekti tikrai neturės neigiamų pasekmių žaliavų savininkui ir (arba) kitų [ūkio] subjektų motyvacijai investuoti ir diegti

21 — Žr. Komisijos komunikato „Įgyvendinimo prioritetų taikant [SESV 102 straipsnį] dominuojančių įmonių piktnaudžiaujamam antikonkurenciniam elgesiui gairės“ (2009/C 45/02), OL C 45, 2009, p. 7, 75 ir paskesnius punktus. Šiame informaciniame dokumente išdėstyti įgyvendinimo prioritetai, kuriais Komisija vadovausis taikydama SESV 102 straipsnį dominuojančių įmonių antikonkurenciniam elgesiui, ir siekiama padaryti aiškesnę ir nuspėjamesnę bendrą analizės sistemą, kurią Komisija taiko nustatydama, ar ji turėtų kelti bylas dėl antikonkurencinio elgesio bei padėti įmonėms geriau įvertinti, ar tam tikro elgesio atveju Komisija imsis veiksmų pagal SESV 102 straipsnį. Remiantis teismų praktika, Komisija gali patvirtinti politiką dėl to, kaip ji naudosis savo diskrecija, ir šiuo tikslu priimti gaires, jeigu tokiuose dokumentuose yra taisyklių, rodančių, kokio požiūrio institucija laikysis, ir jeigu juose nenukrypstama nuo Sutarties taisyklių. Iš to darytina išvada, kad nors šios orientacinės taisyklės, kur išdėstomas požiūris, kurio Komisija ketina laikytis, neabejotinai padeda užtikrinti, kad ji elgsis skaidriai, prognozuojamai ir laikydamasi teisinio saugumo principo, Teisingumo Teismui jos negali būti privalomos. Tačiau jos gali būti naudingas atsparties taškas. Žr. 2002 m. kovo 7 d. Teisingumo Teismo sprendimą *Italija prieš Komisiją* (C-310/99, Rink. p. I-2289, 52 punktas ir jame nurodyta teismo praktika).

22 — Savo sprendimuose Komisija plačiai aiškina sąvoką „atsisakymas tiekti“. Sprendime *Deutsche Post* Komisija nurodė, kad „sąvoka“atsisakymas tiekti„ apima ne tik paprasčiausią atsisakymą tiekti, bet ir atvejus, kai dominuojančios įmonės padaro tiekimą priklausomą nuo objektyviai nepagrįstų sąlygų“. Toks elgesys laikytinas „konstruktyviu atsisakymu tiekti“ (2001/892/EB: 2001 m. liepos 25 d. Komisijos sprendimas, susijęs su [SESV 102 straipsnio] taikymo procedūra (COMP/C-1/36.915 — *Deutsche Post AG* — Tarptautinio pašto perėmimas) (OL L 331, p. 40, 141 konstatuojamoji dalis).

naujoves tiekėjų rinkos lygmeniu, ar tai būtų daroma *ex ante*, ar *ex post*. Komisija mano, kad tai ypač pasakytina apie tuos atvejus, kai [ES] teisei neprieštaraujantis reglamentavimas jau įpareigoja dominuojančią įmonę tiekti ir iš tokį reglamentavimą pagrindžiančių argumentų galima spręsti, kad reikiamą paskatų subalansavimą jau atliko valstybės institucija, nustatydama tokį įpareigojimą tiekti. Tai taip pat gali būti pasakytina apie atvejį, kai dominuojančios įmonės padėtis tiekėjų rinkoje buvo plėtojama saugant specialias ar išskirtines teises arba gaunant finansavimą iš valstybės išteklių. Tokiais konkrečiais atvejais Komisija tikrai neturėtų nukrypti nuo savo bendrojo įgyvendinimo standarto nustatydama galimą antikonkurencinį galimybių ribojimą, nesvarsčiusi, ar esama [šio punkto pradžioje] nurodytų <...> aplinkybių".

18. Manau, kad iš Sprendimo *Bronner* (žr. šios išvados 14–16 punktus), mano išvados, Bendrojo Teismo sprendimo *Deutsche Telekom prieš Komisiją* (nurodyto 14 išnašoje), iš Komisijos sprendimų praktikos bei Komisijos įgyvendinimo prioritetų gairių galima daryti išvadą, kad tais atvejais, kai teisės aktuose nėra nustatyta pareiga tiekti žaliavas, kaip šiuo atveju, dominuojanti įmonė, dėl savo kainodaros taikydama sumažintą maržą, piktnaudžiauja dominuojančia padėtimi, jeigu žaliavos yra būtinos konkurentui, kad šis galėtų pradėti su ja konkuruoti mažmeninėje rinkoje[23]. Mano nuomone, tokia kainodara laikytina tam tikro pobūdžio atsisakymu tiekti[24].

19. Mano poziciją taip pat patvirtina neseniai priimtas *Cour de cassation* (Kasacinis teismas) (Prancūzija) sprendimas byloje dėl sumažintos maržos pagal SESV 102 straipsnį

23 — Žr., pvz., J. Bouckaert ir F. Verboven „Price Squeezes in a Regulatory Environment", CEPR, *Discussion Paper Series*: „[sumažintos maržos] atveju esamas operatorius turi esminio tarpinio produkto monopoliją didmeninėje rinkoje. Praktiškai esamo operatoriaus įtaka rinkoje negali būti tokia didelė. Nors paprastai esamam operatoriui priklauso varinė linija, yra prieinami ir pakaitiniai tinklai, pvz., kabeliai, bevielis ryšys ir kt. Kitaip tariant, esminė esamo operatoriaus įranga nėra absoliuti. Todėl mažmeninėje rinkoje veikiantys konkurentai gali nenaudoti esamo operatoriaus tinklo ir nuspręsti įsigyti prieigą iš alternatyvių tiekėjų arba investuoti į savo tinklą".

24 — Žr. A. Renda ir kt. „Treatment of Exclusionary Abuses under Article 82 of the EC Treaty: Comments on the European Commission's Guidance Paper", *Final Report of a Centre for European Policy Studies (CEPS) Task Force*, 2009 m. rugsėjo 10 d.

ir nacionalinę konkurencijos teisę[25], kuriame minėtas teismas vienareikšmiai pripažino, kad sumažinta marža turi antikonkurencinį poveikį, jeigu galimas konkurentas, veikiantis taip pat produktyviai kaip vertikaliai integruota dominuojanti įmonė, į mažmeninę rinką gali patekti tik patirdamas nuostolių. Minėto teismo teigimu, antikonkurencinį poveikį galima preziumuoti tik tuo atveju, jeigu dominuojančios įmonės konkurentams teikiamos paslaugos (tiekiamos prekės) yra *būtinos* konkuruoti su ja mažmeninėje rinkoje.

20. Išdėstyti motyvai yra ypač svarbūs šioje byloje, nes nutartyje dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą nurodyta, kad teikiant plačiajuosčio ryšio paslaugas galutiniams vartotojams buvo galima naudotis keliomis alternatyviomis technologijomis. Iš tiesų tai paaiškina, kodėl prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas manė, kad būtina pateikti 7 klausimą. Visų pirma pažymėčiau, jog tai, kad, remiantis nutartimi dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą, buvo galima naudotis alternatyviomis technologijomis, be to, *TeliaSonera* konkurentai (kartu arba atskirai) ir (arba) tretieji asmenys galėjo panaudoti jos tinklui analogišką[26] tinklą, rodo, kad nagrinėjami produktai negalėjo būti laikomi būtinomis tarpinėmis paslaugomis pagal teismų praktiką. Šiuo atžvilgiu atrodytų, kad savo pastabose Konkurencijos tarnyba pripažino, jog ilgainiui *TeliaSonera* konkurentai būtų įgiję galimybę sukurti savo infrastruktūrą arba įsigyti kitokią pobūdžio prieigą. Tačiau nuspręsti, ar iš tikrųjų taip buvo, remdamasis visomis pagrindinės bylos aplinkybėmis ir faktinėms aplinkybėms bei taikydamas reikšmingą teismų praktiką turi tik prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas[27].

21. Todėl manau, kad jeigu dominuojančią padėtį užimančiai įmonei teisės aktuose nėra nustatyta ES teisę atitinkanti pareiga teikti

25 — 2009 m. kovo 3 d. Sprendimas *Cass. Com.* byloje *SFR ir France Télécom*, Nr. 08-14.435 ir 08-14.464 dėl 2004 m. spalio 14 d. Prancūzijos nacionalinės konkurencijos institucijos sprendimo Nr. 04-D-48. Taip pat žr. 2009 m. liepos 28 d. Sprendimą Nr. 09-D-24 *Outremer Telecom*, *Mobius/France Telecom*, pagal kurį *France Telecom* piktnaudžiavo dominuojančia padėtimi atitinkamose didmeninėse rinkose (vietinės linijos, interneto duomenų rinkimo ir kt.), nes jos konkurentai susidūrė su sumažinta marža ir ji teikė jiems prastesnes paslaugas. Nacionalinės konkurencijos institucijos nuomone, sumažinta marža buvo antikonkurencinė, nes nagrinėjamos didmeninės paslaugos buvo būtinos alternatyviems telekomunikacijų operatoriams, kaip antai *Mobius*.

26 — Šiuo atžvilgiu žr. 17 išnašoje nurodyto Sprendimo *Bronner* 41 ir paskesnius punktus (be kita ko: „nors kiti metodai gali būti ir mažiau naudingi“).

27 — Žr. 2000 m. lapkričio 30 d. Bendrojo Teismo sprendimą *Industrie des poudres sphériques prieš Komisiją* (Sprendimas *IPS*, T-5/97, Rink. p. II-3755, 57 punktas). Šiame sprendime Bendrasis Teismas nustatė, kad *IPS* turėjo ir kitų alternatyvių tiekimo šaltinių, ne tik PEM. Plg., pvz., su Sprendimu *UK Office of Telecommunications (Oftel)*, kuriame argumentas dėl sumažintos maržos buvo atmestas, nes mažmeninėje rinkoje buvo konkuruojama alternatyviomis technologijomis. 2001 m. gegužės 4 d. byla *Investigation by the Director General of Telecommunications into the BT Surf Together and BT Talk & Surf Together Pricing Packages*. Tuo metu vietoj *Oftel* telekomunikacijų reguliavimo institucija tapo *Ofcom* (*Office of Communications*).

tarpines paslaugas, kurios nėra būtinos, tuomet dominuojančią padėtį užimanti įmonė iš esmės neturėtų būti kaltinama piktnaudžiavimu nustatant sumažintą maržą. Jeigu sumažinta marža būtų draudžiama vien remiantis abstrakčiu kainų apskaičiavimu ir neatlikus jokio vertinimo dėl tarpinių paslaugų būtinumo konkurencijai rinkoje[28], sumažėtų dominuojančių įmonių noras investuoti ir (arba) jos galėtų padidinti kainas galutiniams vartotojams, kad nebūtų apkaltintos sumažinta marža. Jeigu dominuojanti įmonė būtų galėjusi teisėtai atsisakyti tiekti nagrinėjamus produktus, tuomet jos nereikėtų kaltinti, kad tiekė šiuos produktus tokiomis sąlygomis, kurias jos konkurentai gali laikyti nepalankiomis. Iš tikrųjų sunku suvokti, kaip tokiu atveju tariamai nepakankamas skirtumas galėtų būti laikomas antikonkurenciniu[29].

22. Dabar išnagrinėsiu Komisijos argumentą, jog yra teismų praktika, rodanti, kad jeigu galimybė naudotis tarpinėmis paslaugomis suteikiama savanoriškai, tuomet nebekyla atsisakymo teikti paslaugas klausimas (tokiu atveju kalbama apie komercines sąlygas, kuriomis buvo suteikta prieiga). Komisija pažymi, kad atsakydamas į panašų argumentą byloje *Unilever Bestfoods prieš Komisiją*[30] Teisingumo Teismas nurodė: „HB argumentas, kad minėtame Sprendime *Bronner* nurodyti teisiniai principai buvo taikomi klaidingai, yra akivaizdžiai nepagrįstas, nes bet kuriuo atveju, kaip [konstatavo Bendrasis Teismas[31]], ginčijamas sprendimas neįpareigoja HB perleisti turto ar sudaryti sutarčių su asmenimis, su kuriais ši bendrovė nenorėtų bendradarbiauti. <...> skirtingai nuo minėtame Sprendime *Bronner* nustatytų aplinkybių, šaldytuvai nėra turtas, į kurį HB išsaugo naudojimo teises; naudojimosi jais teisė yra

28 — T. y. remiantis vien nepakankamu dominuojančios įmonės didmeninių ir mažmeninių kainų skirtumu. Bet kuriuo atveju, kaip yra aišku iš mano pateiktos analizės, tokio formalaus požiūrio netiesiogiai atsisakiau savo išvadoje 14 išnašoje nurodytoje byloje C-280/08 P, *Deutsche Telekom prieš Komisiją*; šį požiūrį savo sprendime toje pačioje byloje atmetė ir Bendrasis Teismas (T-271/03, nurodyta 14 išnašoje). Svarbu pažymėti, kad minėtoje byloje nebuvo ginčijama nei tai, kad *Deutsche Telekom* pagal teisės aktus turėjo pareigą tiekti, nei tai, kad *Deutsche Telekom* didmeninės paslaugos buvo būtinos konkurentui, kad šis galėtų pradėti su ja konkuruoti mažmeninėje rinkoje. Iš tikrųjų, kitaip nei ankstesnėse bylose dėl sumažintos maržos, kuriose didmeninis produktas turėjo būti paverstas kitokiu produktu mažmeninėje rinkoje, byloje *Deutsche Telekom prieš Komisiją* nepriklausomiems ūkio subjektams reikėjo prieigos prie *Deutsche Telekom* tinklo, kad galėtų konkuruoti mažmeninėse rinkose. Šios aplinkybės rodo, kad minėta byla iš esmės buvo susijusi ir su atsisakymo tiekti atveju.

29 — Tačiau, kaip pažymėjau šios išvados 31 ir 32 punktuose, toks antikonkurencinis elgesys negali būti atmestas *a priori*, o nagrinėjama kainodara gali būti laikoma kitokia piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi forma.

30 — 2006 m. rugsėjo 28 d. nutartis (C-552/03 P, Rink. p. I-9091, 137 punktas). *Unilever Bestfoods (Ireland) Ltd* anksčiau vadinosi *Van den Bergh Foods Ltd*, o dar anksčiau – *HB Ice Cream Ltd* (HB).

31 — 2003 m. spalio 23 d. Bendrojo Teismo sprendimas *Van den Bergh Foods prieš Komisiją* (T-65/98, Rink. p. II-4653, 161 punktas).

savanoriškai perleidžiama nepriklausomoms įmonėms, kurios už tai moka. Taigi HB teiginys, kad ginčijamas sprendimas jai nustato pareigą, kuri bent jau tokia griežta kaip ir esminio įrenginio savininkui nustatoma pareiga, yra akivaizdžiai nepagrįstas“.

23. Nors pripažįstu, jog iš minėto sprendimo galima suprasti, kad pagal konkurencijos teisę galima skirti atvejus, kai dominuojanti įmonė atsisako tiekti, ir atvejus, kai iš tikrųjų ji pasirenka, kam tiekti, manau, kad bent jau šioje byloje šis požiūris nėra tinkamas. Veikiau, kaip per teismo posėdį tvirtino *TeliaSonera*, Sprendimas *UnileverBestfoods prieš Komisiją* šioje byloje neturėtų būti taikomas, nes ta byla akivaizdžiai susijusi su kitokiu klausimu. Byla *UnileverBestfoods prieš Komisiją* buvo susijusi su išimtinėmis sąlygomis dėl šaldytuvų tiekimo mažmenininkams. Kaip Bendrasis Teismas konstatavo toje byloje priimtame sprendime, kurį vėliau nutartimi patvirtino Teisingumo Teismas, Sprendimas *Bronner* tai bylai neturėjo reikšmės, nes Komisija savo sprendime neteigė, kad HB šaldytuvai yra esminis įrenginys. Be to, kad įvykdytų sprendimą minėtoje byloje, HB nebuvo būtina perleisti turto ar sudaryti sutarčių su asmenimis, su kuriais ji nenorėjo to daryti. Tačiau šioje byloje nagrinėjama sumažinta marža ir, kaip yra aišku iš pateiktų motyvų, visų pirma išvados 16 ir paskesnių punktų, sumažintos maržos atvejai yra analogiški atsisakymo tiekti atvejams, todėl jiems turėtų būti taikoma ta pati pagrindinė logika. Iš tikrųjų sumažinta marža yra tam tikra atsisakymo tiekti forma. Manau, kad jeigu Sprendimas *UnileverBestfoods prieš Komisiją* būtų aiškinamas kaip nors kitaip, šioje byloje dominuojančioms įmonėms būtų nustatyta pareiga tiekti konkrečiomis kainomis, o taip būtų smarkiai sumažintos jų paskatos investuoti į infrastruktūrą ir todėl jos būtų paskatintos neinvestuoti ir (arba) apskritai neprekiauti su mažmeninėje rinkoje veikiančiais konkurentais, kad nebūtų apkaltintos sumažinta marža, nors pagal teismų praktiką dėl atsisakymų teikti paslaugas prieiga prie jų infrastruktūros arba tarpinių paslaugų nėra būtina.

24. Dabar išnagrinėsiu Konkurencijos tarnybos ir Komisijos pateiktą argumentą, kad *TeliaSonera* situacija yra ypatinga, nes jos padėtis didmeninėje rinkoje susidarė dėl specialių

ar išimtinių teisių apsaugos arba ji buvo finansuota valstybės lėšomis[32].

25. Byloje *KPN Telecom*[33] generalinis advokatas M. Poiares Maduro nurodė, kad dominuojančio subjekto atsisakymas tiekti gali reikšti piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi naujai liberalizuotame sektoriuje, kur antrinei rinkai būtinos tarpinės prekės įmonės buvo gautos kaip tiesioginis jos ankstesnės įstatyminio monopolio padėties rezultatas ir kur šių tarpinių prekių prieinamumas nėra reglamentuojamas specifiniais sektoriaus teisės aktais. Šiomis sąlygomis, kai teikėjas turi pranašumą antrinėje rinkoje, kurį jis galėjo įgyti, nes anksčiau buvo apsaugotas nuo konkurencijos, dėl pareigos tiekti atsirandančios investicijas ir inovaciją potencialiai naikinančios pasekmės yra minimalios ir gali būti mažiau svarbios, nei interesas skatinti konkurenciją. Kaip nurodė vienas komentatorius[34], ūkio sektorių dereguliavimo ar liberalizavimo priemonės „būtų menkos vertės, jei atitinkamos bendrovės, kurių dauguma dominuoja savo srityse, laisvai galėtų tęsti integraciją ir diskriminuoti savo pardavimo operacijų naudai“.

26. Nors nėra taip, kad nesutikčiau su generalinio advokato M. Poiares Maduro argumentais, manau, jog atlikdamas analizę pagrindinėje byloje prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas taip pat gali atsižvelgti į tai, kad nagrinėjamos pagrindinės nuosavybės teisės turi įtakos paskatoms investuoti (ne tik nagrinėjamoms dominuojančią padėtį užimančioms įmonėms, bet galbūt ir kitoms įmonėms, įskaitant prieigos prašančią šalį). Be to, kaip generalinis advokatas F. Jacobs pažymėjo byloje *Bronner*, nuosavybės teisės yra pripažįstamos valstybių narių teisinėse sistemose, o kai kuriose iš jų joms suteiktas konstitucinis statusas. Manau, svarbu pažymėti, kad byloje *Bronner* ir Teisingumo Teismas, ir generalinis advokatas nusprendė atsargiai vertinti atsisakymą tiekti pagal SESV 102 straipsnį ir parodė aiškiai pripažįstą pagrindinius politinius bei gerovės motyvus[35].

32 — Šis argumentas taip pat paminėtas Komisijos įgyvendinimo prioritetų gairėse, žr. šios išvados 17 punktą.

33 — 2004 m. lapkričio 25 d. Teisingumo Teismo sprendimas (C-109/03, Rink. p. I-11273, generalinio advokato išvados 41 punktas). Be to, žr. 2004 m. rugsėjo 8 d. Teisingumo Teismo sprendimą *Mobistar ir Belgacom Mobile* (C-544/03 ir C-545/03, Rink. p. I-7723, 49 punktas), 2005 m. spalio 20 d. Teisingumo Teismo sprendimą *ISIS Multimedia ir Firma O2* (C-327/03 ir C-328/03, Rink. p. I-8877, 45 ir 46 punktai) ir generalinio advokato D. Ruiz-Jarabo Colomer išvados toje byloje 55 punktą.

34 — J. Temple Lang „Defining legitimate competition: companies' duties to supply competitors and access to essential facilities“, *Fordham International Law Journal*, 18 t. (1994), p. 437–524, p. 483.

35 — Žr., pvz., Sprendimo *Bronner* (nurodyto 17 išnašoje) 43 punktą, kuriame nurodyta, kad gali pakakti mažiau pranašios nagrinėjamo produkto alternatyvos, ir 45 bei 46 punktus, pagal kuriuos, norint laikyti produktą būtinu, nepakanka teigti, kad alternatyvios sistemos sukūrimas nėra ekonomiškai pagrįstas, nes būtų mažas platintino laikraščio tiražas; veikiau reikia įrodyti, kad ekonomiškai nenaudinga kurti antrą laikraščių pristatymo į namus sistemą, jeigu jų tiražas yra panašus į dienraščių, platinamų taikant dominuojančią padėtį užimančios įmonės esamą sistemą, tiražą.

27. Be to, teigiama, kad neaišku, kodėl viešam nuosavybės finansavimo šaltiniui turėtų būti taikomi griežtesni teisiniai kriterijai – SESV 102 straipsnyje neleidžiama daryti skirtumo tarp viešojo ir privataus finansavimo, o pagal SESV 345 straipsnį (buvęs EB 295 straipsnis) taip pat šiuo atžvilgiu būtų draudžiama nuosavybės teisių diskriminacija. Iš tikrųjų ne visuomet galima tvirtai teigti, kad lėšų šaltinis yra vienareikšmiškai viešo pobūdžio. Po privatizavimo didelė buvusių valstybės monopolijų infrastruktūros dalis buvo labai pagerinta, todėl dabar finansavimo šaltiniai yra gana mišrūs[36]. Taip pat pridurčiau, kad vertikaliai integruotoms įmonėms senoji infrastruktūra gali tapti našta, nes jai reikalinga priežiūra, be to, neretai kalbama apie pramonės šakas, kuriose diegiamos didelės techninės naujovės, nes, norėdamas konkuruoti, esamas operatorius privalo diegti naujoves. Pažymėčiau, jog šioje byloje prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas pabrėžė, kad per XX a. paskutinį ir XXI a. pirmąjį dešimtmečius Švedijoje nebuvo monopolio interneto prieigos paslaugų sektoriuje, ir bet kuriuo atveju galutiniams vartotojams teikiamų prieigos paslaugų rinkoje konkurencija prasidėjo XX a. paskutinio dešimtmečio pradžioje.

28. Bet kuriuo atveju, nepaisant nurodytų motyvų, argumento, kad dominuojančią padėtį užimančios įmonės padėtis susidarė dėl specialių ar išimtinių teisių apsaugos arba buvo finansuota valstybės lėšomis, reikšmingumas priklausys nuo konkrečių kiekvienos bylos aplinkybių.

29. Todėl iš visų pateiktų motyvų darytina išvada, kad, jeigu dominuojančią padėtį užimančiai įmonei nėra teisės aktų nustatytos ES teisę atitinkančios pareigos tiekti nagrinėjamus produktus arba jeigu šie produktai nėra būtini, tuomet ši įmonė iš esmės neturėtų būti kaltinama piktnaudžiavimu nustatant sumažintą maržą vien dėl nepakankamo didmeninių ir mažmeninių kainų skirtumo.

30. Net jeigu Teisingumo Teismas nuspręstų nereikalauti, kad tarpinės paslaugos būtų būtinos, ir taikytų mažiau griežtą antikonkurencinio poveikio mažmeninėje rinkoje kriterijų, manau, kad išvada, jog buvo piktnaudžiaujama nustatant sumažintą maržą, negali būti grindžiama vien dominuojančios įmonės didmeninių ir mažmeninių kainų

36 — Žr. R. O'Donoghue ir A. J. Padilla „The Law and Economics of Article 82 EC", Oksfordas: Hartas, 2006, p. 463 ir paskesni. Autoriai teigia, kad pati Komisija atmetė šį argumentą savo 1998 m. sausio 14 d. sprendime, susijusiame su [SESV 102] straipsnio taikymo procedūra (IV/34.801 FAG — *Flughafen Frankfurt/Main AG*) (OL L 72, p. 30). Oro uosto operatorius teigė, kad jo ilgalaikė antžeminių rampos paslaugų teikimo monopolija pateisina atsisakymą tiekti. Komisija padarė išvadą, kad ilgalaikis monopolijos pobūdis neturi reikšmės; svarbus yra oro uosto valdytojo elgesys rinkoje. Diskutuotina tai, kad Komisija neatsižvelgia į monopolijos istorines ištakas arba priežastis, kai yra įvykdomos esminės pareigos tiekti sąlygos.

skirtumu, neįrodžius neigiamo poveikio konkurencijai mažmeninėje rinkoje. Pagrindinis SESV 102 straipsnio tikslas yra apsaugoti konkurenciją ir vartotojų interesus, o ne konkrečių konkurentų padėtį[37].

31. Tačiau reikia pridurti, jog nepaneigiama tai, kad taikytina bendra teismo praktika dėl piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi, ir jeigu *TeliaSonera* iš tikrųjų užima dominuojančią padėtį, akivaizdu, kad pagal SESV 102 straipsnį jai tenka speciali atsakomybė išlaikyti tikrą, neiškreiptą konkurenciją atitinkamose rinkose (visų pirma žr. šios išvados 8 ir 9 punktus).

32. Iš visuose ankstesniuose punktuose pateiktos mano analizės tikrai nereikėtų daryti išvados, kad vertikaliai integruotos dominuojančios įmonės kainomis gali būti piktnaudžiaujama tik tuo atveju, jeigu nagrinėjamos tarpinės paslaugos yra būtinos arba teisės aktuose nustatyta pareiga teikti šias paslaugas. Didmeninė kaina pagal SESV 102 straipsnio a punktą gali būti per didelė[38]. Mažmeninė kaina gali būti grobuoniška[39]. Be to, gali būti, kad dominuojanti įmonė išstumia savo konkurentus mažmeninėje rinkoje, pažeisdama SESV 102 straipsnio b punktą. Pagal SESV 102 straipsnio c punktą ji taip pat gali taikyti nevienodas sąlygas konkurentams ir savo operacijoms mažmeninėje rinkoje[40]. Nė vienas iš šių piktnaudžiavimo būdų iš esmės neapsiriboja atvejais, kai produktas ar paslauga yra būtini[41].

37 — Žr. generalinio advokato F. Jacobs išvados 17 išnašoje nurodytoje byloje *Bronner* 58 punktą. Galima pažymėti, kad paprastai teismai vengia tiesioginio kainų administravimo ir taiko tinkamesnius metodus (šiuo atžvilgiu žr. *Court of Appeal (England & Wales)* sprendimo *Attheraces Ltd* v *The British Horseracing Board Ltd* [2007] EWCA Civ 38, 119 punktą: kaip nurodyta Sprendime *Bronner*, piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi reglamentuojantys teisės aktai yra susiję su konkurencijos iškreipimu ir vartotojų interesų apsauga atitinkamoje rinkoje. Šie teisės aktai nėra nukreipti prieš tiekėjus, gaunančius „per didelį pelną“ dėl to, kad savo produktus kitiems gamintojams parduoda didesnėmis kainomis nei kainos, kurios leidžia pagrįstai susigrąžinti gamybos sąnaudas; teisėjas tai pavadino „konkurencingu kainų lygiu“. Ir tai nėra tie teisės aktai, pagal kuriuos teismai pirkėjo, besiskundžiančio, kad vienintelis esminio produkto tiekėjas jam taiko per didelę šio produkto kainą, prašymu gali reguliuoti kainas, nustatydami, jų vertinimu, teisingą produkto kainą).

38 — Žr. 1975 m. lapkričio 13 d. Teisingumo Teismo sprendimą *General Motors prieš Komisiją* (26/75, Rink. p. 1367) ir 9 išnašoje nurodytą Sprendimą *United Brands prieš Komisiją*.

39 — Žr. neseniai priimtą 2009 m. balandžio 2 d. Teisingumo Teismo sprendimą *France Télécom prieš Komisiją* (C-202/07 P, nurodytas 11 išnašoje) ir mano išvadą toje byloje.

40 — Žr. 1997 m. liepos 17 d. Teisingumo Teismo sprendimą *GT-Link* (C-242/95, Rink. p. I-4449). Taip pat žr. 1997 m. gegužės 14 d. Komisijos sprendimą 97/624/EB, susijusį su [SESV 102] straipsnio taikymo procedūra (IV/34.621, 35.059/F-3 — *Irish Sugar plc.*) (OL L 258, p. 1), patvirtintą 1999 m. spalio 7 d. Bendrojo Teismo sprendimu *Irish Sugar prieš Komisiją* (T-228/97, Rink. p. II-2969), 2001 m. liepos 10 d. Teisingumo Teismo nutartį *Irish Sugar prieš Komisiją* (C-497/99 P, Rink. p. I-5333) ir 1988 m. liepos 18 d. Komisijos sprendimą 88/518/EEB, susijusį su [SESV 102] straipsnio taikymo procedūra (byla Nr. IV/30.178 *Napier Brown — British Sugar*) (OL L 284, p. 41).

41 — Kai kurie autoriai teigia, kad bylą *Deutsche Telekom prieš Komisiją* (nurodyta 14 išnašoje) reikėjo nagrinėti labiau kaip grobuoniškų kainų bylą, o byla *France Télécom prieš Komisiją* (nurodyta 11 išnašoje) turėjo būti sumažintos maržos byla (žodinėje proceso dalyje Komisija šiam aspektui neprieštaravo; tačiau ji pažymėjo, kad bylą *France Télécom* nusprendė laikyti grobuoniškų kainų byla, nes mažmeninės rinkos padalinys (*Wanadoo*) nepriklausė *France Télécom* 100 %). Žr., be kita ko, L. Ferrari Bravo ir P. Siciliani „Exclusionary pricing and consumers harm: the European Commission's practice in the DSL market“, *Journal of Competition Law and Economics*, 3(2), 2007, p. 243–279.

33. Atsižvelgdamas į pateiktus motyvus, išnagrinėsiu kitus *Stockholms tingsrätt* pateiktus klausimus. Mano nuomone, praktiškai visus atsakymus į šiuos klausimus galima rasti ES teismų praktikoje arba į juos galima atsakyti remiantis šia praktika.

2 klausimas. Į kokias kainas reikėtų atsižvelgti?

34. Tai, ar yra piktnaudžiaujama nustatant sumažintą maržą, teoriškai galima vertinti remiantis bent dviem skirtingais kriterijais, t. y. tiek pat produktyvaus konkurento kriterijumi, grindžiamu pačios dominuojančios įmonės sąnaudomis, ir nuosaikiai produktyvaus konkurento kriterijumi, grindžiamu jos konkurentų sąnaudomis[42].

35. *TeliaSonera* iš esmės teigia, kad atliekant tokį vertinimą gali būti naudinga atsižvelgti į prognozuojamas kitų įmonių sąnaudas ir kainas, taip pat visus kitus žinomus atitinkamo laikotarpio vertinimus.

36. Mano nuomone, Komisija, Konkurencijos tarnyba, Suomijos bei Lenkijos vyriausybės ir *Tele2* teisingai nurodo, kad tiek pat produktyvaus konkurento kriterijus iš esmės yra tinkamiausias, nes jis yra objektyvus ir juo neapsaugomi neproduktyvūs konkurentai.

37. Iš tikrųjų savo išvadoje byloje *Deutsche Telekom prieš Komisiją*, kurioje buvo išsamiai nagrinėti abu kriterijai, laikiausi nuomonės, kad, remiantis teismų praktika, iš esmės reikšmės turi dominuojančios įmonės kainos[43]. Be to, tai, kad šioje byloje turėtų būti taikomas tiek pat produktyvaus konkurento kriterijus, iš esmės pripažino visos šalys, įskaitant *TeliaSonera*[44]. Be to, doktrinoje daugiausia laikomasi nuomonės, kad tiek pat produktyvaus konkurento kriterijus apskritai yra tinkamas kriterijus. Iš to darytina išvada,

42 — Dėl išsamesnės abiejų kriterijų analizės žr. mano išvadą byloje C-280/08 P *Deutsche Telekom prieš Komisiją* ir Bendrojo Teismo sprendimą toje byloje (T-271/03) (abi bylos nurodytos 14 išnašoje).

43 — Ten pat, 49 punktas. Tai patvirtino ir *Court of Appeal of England & Wales* 18 išnašoje nurodyto Sprendimo *Albion* 105 punkte bei *UK Competition Appeal Tribunal* (CAT) byloje *Genzyme Ltd* v *Office of Fair Trading* [2004] CAT 4. Dėl sumažintos maržos apskritai taip pat žr. *Freeserve.com* v *Director General of Telecommunications* [2003] CAT 5.

44 — Savo išvados byloje C-280/08 P, *Deutsche Telekom prieš Komisiją* (nurodyta 14 išnašoje) 26 išnašoje pripažinau, kad galimi ir kiti atvejai, kai „nuosaikiai produktyvaus konkurento kriterijus“ gali būti tinkamas kaip antrinis ir papildomas kriterijus.

kad sumažintos maržos bylose iš esmės reikšmės turi tik dominuojančios įmonės kainos.

4 klausimas. Ar tam, kad sumažinta marža būtų laikoma piktnaudžiavimu, būtinas konkurenciją ribojantis poveikis?

38. Komisijos, Konkurencijos tarnybos, Lenkijos ir Suomijos vyriausybių bei *Tele2* teigimu, iš ES teismų praktikos darytina išvada, jog tam, kad elgesys būtų laikomas piktnaudžiavimu pagal SESV 102 straipsnį, konkretus antikonkurencinis poveikis atitinkamoje rinkoje nėra būtinas. Kita vertus, *TeliaSonera* nurodo Sprendimą *Hoffmann-La Roche prieš Komisiją*[45] ir teigia, kad piktnaudžiavimo sąvoka siejama su elgesiu, kuriuo neleidžiama išlaikyti konkurencijos ar ją plėtoti.

39. Savo išvadoje byloje *Deutsche Telekom prieš Komisiją*[46] nurodžiau, kad sumažintos maržos bylose Komisija arba, kaip šiuo atveju, Konkurencijos tarnyba privalo įrodyti, kad dominuojančios įmonės taikomos kainos gali turėti antikonkurencinį poveikį. Byloje *Deutsche Telekom prieš Komisiją*[47] buvo aišku, kad Bendrasis Teismas teisingai manė, jog antikonkurencinis poveikis, kurį turi įrodyti Komisija, susijęs su konkurencijos plėtros nagrinėjamoje rinkoje su.varžymais, kuriuos galėjo sukelti apeliantės taikomi tarifai. Taigi, nors Bendrasis Teismas nereikalavo, kad Komisija įrodytų faktinį antikonkurencinį poveikį, jis teisingai reikalavo įrodyti patekimo į rinką kliūčių sudarymą, taigi ir galimą antikonkurencinį poveikį.

40. Šiuo atžvilgiu Bendrasis Teismas minėto sprendimo 237 punkte pripažino, jog, atsižvelgiant į tai, kad *Deutsche Telekom* didmeninės paslaugos yra būtinos tam, kad vienas iš jos konkurentų galėtų su ja konkuruoti mažmeninėje abonentams teikiamų prieigos paslaugų rinkoje, *Deutsche Telekom* sumažinta marža tarp didmeninių ir mažmeninių kainų iš esmės varžo konkurencijos plėtrą mažmeninėse rinkose. Taigi, mano nuomone, Bendrasis Teismas teisingai pabrėžė aplinkybę, kad toje byloje didmeninės paslaugos buvo būtinos ir kad, neturėdami prieigos prie šių paslaugų, *Deutsche Telekom* konkurentai negalėtų netgi patekti į mažmeninę abonentams

45 — Nurodytas 5 išnašoje.

46 — 14 išnašoje nurodytos bylos C-280/08 P 64 punktas.

47 — 14 išnašoje nurodytos bylos T-271/03 233–245 punktai.

teikiamų paslaugų rinką[48]. Minėto sprendimo 238–245 punktuose Bendrasis Teismas kiek išsamiau analizavo pastabas dėl antikonkurencinio poveikio Vokietijos rinkoje. Tai atitinka Bendrojo Teismo praktikoje išplėtotą poziciją, kurią patvirtino Teisingumo Teismas, kad, norint įrodyti SESV 102 straipsnio pažeidimą, reikiamas poveikis nebūtinai turi būti susijęs su faktiniu piktnaudžiavimo, kuriuo yra kaltinama, poveikiu, pakanka įrodyti, kad dominuojančią padėtį užimančios įmonės piktnaudžiavimas gali riboti konkurenciją, arba, kitaip tariant, kad šis elgesys gali turėti tokį poveikį[49]. Mano nuomone, tai aiškiai rodo, kad Komisija, arba šioje byloje – Konkurencijos tarnyba, privalo įrodyti, jog atsižvelgiant į konkrečią nagrinėjamą rinką gali būti antikonkurencinis poveikis[50]. Todėl vien teiginio, kad gali būti sukeltas neaiškus, abstraktus antikonkurencinis poveikis, nepakanka[51].

5 klausimas. Kiek sumažintos maržos sąvoka turėtų būti taikoma esant skirtingiems dominavimo rinkoje lygiams?

41. *TeliaSonera* teigia, kad sumažinta marža pagal SESV 102 straipsnį gali būti laikoma piktnaudžiavimu tik tuo atveju, jeigu įtaka didmeninėje rinkoje yra labai didelė. Sutinku su Komisija, Konkurencijos tarnyba, Lenkijos

48 — Šiuo atžvilgiu, jeigu *Deutsche Telekom* mažmeninės kainos yra mažesnės už jos didmeninius tarifus arba jeigu *Deutsche Telekom* didmeninių ir mažmeninių kainų skirtumo nepakanka, kad tiek pat produktyvus ūkio subjektas padengtų su konkrečiu produktu susijusias prieigos paslaugų teikimo abonentams sąnaudas, potencialus konkurentas, kuris yra tiek pat produktyvus, kiek *Deutsche Telekom*, negalėtų be nuostolių patekti į abonentams teikiamų prieigos paslaugų rinką.

49 — 10 išnašoje nurodytos bylos *British Airways prieš Komisiją*, C-95/04 P, 30 punktas, susijęs su 2003 m. rugsėjo 30 d. Bendrojo Teismo sprendimu *Michelin prieš Komisiją* (*Michelin II*, T-203/01, Rink. p. II-4071, 238 ir 239 punktai) ir 2003 m. gruodžio 17 d. Sprendimu *British Airways prieš Komisiją* (T-219/99, Rink. p. II-5917, 293 punktas). Taip pat žr. generalinio advokato D. Ruiz-Jarabo Colomer išvados byloje *Sot. Lélos kai Sia ir kt.* (2008 m. rugsėjo 16 d. sprendimas, C-468/06–C-478/06, Rink. p. I-7139) 50 punktą. Šia tema žr. generalinės advokatės J. Kokott publikaciją „Economic thinking in EU competition law“, Madridas, 2009 m. spalio 29 d.

50 — Ši pozicija atitinka Sprendimą *Sot. Lélos kai Sia ir kt.*, tą patį, kuriame Teisingumo Teismas netiesiogiai atmetė savaiminio piktnaudžiavimo sąvoką ir nagrinėjo objektyvius pateisinimus, atsižvelgdamas į konkrečias rinkos aplinkybes. Visų pirma, nors Teisingumo Teismas atmetė argumentą, kad lygiagreti prekyba vaistais daugiausia naudos duoda lygiagrečia prekyba besiverčiantiems asmenims, o ne galutiniams vartotojams, jis nurodė, kad dominuojantis gamintojas gali turėti teisę sumažinti vaistų pardavimą didmenininkams, kad apribotų lygiagrečią prekybą, jeigu yra visiškai patenkinama eksportuojančioje valstybėje esančių galutinių vartotojų natūrali paklausa. Teisingumo Teismas nesilaikė formalaus požiūrio ir pabrėžė, kad vertinant argumentų dėl objektyvaus pateisinimo, kuriuo remiasi dominuojanti įmonė, mažindama pardavimą į eksportuojančias valstybes, esmę, būtina atsižvelgti į valstybės vykdomą reguliavimą, dėl kurio atsiranda lygiagreti prekyba. Žr. N. Wahl „Recent case-law on exclusionary behaviour“, *16th St. Gallen International Competition Law Forum 2009* (2010), p. 225–232. Taip pat plg. su byla CW/00615/05/03, *Vodafone/O2/Orange/T-Mobile*, *Ofcom* sprendimas, 2004 m. gegužės mėn., ir *BTOpenworld's consumer broadband products*, *Oftel* sprendimas, 2003 m. lapkričio mėn.

51 — Žr. prof. J. Vickers (tuometinis *UK Office of Fair Trading (OFT)* pirmininkas) „Abuse of Market Power“, *31st EARIE conference in Berlin on 3 September 2004*, p. 23, galima rasti OFT interneto svetainėje adresu http://www.oft.gov.uk/shared_oft/speeches/spe0304.pdf.

ir Suomijos vyriausybėmis, jog svarbu tai, kad įmonė užima dominuojančią padėtį didmeninėje rinkoje. Reikia pripažinti, kad yra Bendrojo Teismo praktikos, pagal kurią, kuo labiau įmonė dominuoja, tuo didesnė tikimybė, kad elgesys, kuriuo siekiama apsaugoti šios įmonės padėtį, ribos konkurenciją[52]. Tačiau, mano nuomone, dominuojančios įmonės įtakos rinkoje lygis neturėtų būti lemiamas kriterijus nustatant piktnaudžiavimo faktą. Iš tikrųjų jau pati dominuojančios padėties sąvoka neabejotinai reiškia aukštą ribą, todėl įtakos rinkoje nebūtina skirstyti pagal jos lygį. Kaip pažymėjo Komisija, neaišku, ar toks skirstymas padėtų geriau išanalizuoti nagrinėjamą bylą ir kiek padėtų. Galiausiai reikėtų turėti omenyje, kad SESV 102 straipsnis yra aiškiai susijęs su piktnaudžiavimu dominuojančia padėtimi ir jame nenurodoma nieko apie „itin dominuojančią" padėtį.

42. Todėl dominuojančios įmonės įtakos rinkoje lygis iš esmės neturi poveikio atsakymui į 1 klausimą.

52 — Iš kai kurių Bendrojo Teismo sprendimų galima spręsti, kad skirtingas įtakos rinkoje lygis gali turėti reikšmės: Sprendimas *Irish Sugar prieš Komisiją* (T-228/97, nurodytas 40 išnašoje, 186 punktas), 1996 m. lapkričio 8 d. Sprendimas *Compagnie maritime belge ir kt. prieš Komisiją* (T-24/93, T-25/93, T-26/93 ir T-28/93, Rink. P. II-1201) ir 2007 m. rugsėjo 17 d. Sprendimas *Microsoft prieš Komisiją* (T-201/04, Rink. p. II-3601). Taip pat plg. su generalinio advokato N. Fennelly išvados 6 išnašoje nurodytoje byloje *Compagnie maritime belge transports ir kt. prieš Komisiją* 137 punktu.

6 klausimas. Ar įmonė turi dominuoti ir didmeninėje, ir mažmeninėje rinkoje?

43. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas šiuo atžvilgiu nurodo Sprendimo *Deutsche Telekom prieš Komisiją*[53] 235 punktą, kuriame Bendrasis Teismas pažymėjo, kad iki 1998 m. *Deutsche Telekom* buvo mažmeninės rinkos monopolininkė. Jis priduria, kad reikalingo dominavimo pobūdžio klausimas yra svarbus bent jau todėl, kad byloje *Deutsche Telekom prieš Komisiją* operatorius užėmė dominuojančią padėtį visose nagrinėtų produktų ir paslaugų rinkose. Tačiau pagrindinėje byloje neteigiama, kad *TeliaSonera* dominavo mažmeninėje rinkoje.

44. *TeliaSonera* manymu, nagrinėjamo elgesio piktnaudžiaujamasis pobūdis suponuoja labai tvirtą dominuojančios įmonės padėtį mažmeninėje rinkoje. Konkurencijos tarnybos teigimu, *TeliaSonera* mažmeninės rinkos dalis siekė maždaug 50 %. Todėl negalima atmesti, kad ji užėmė dominuojančią padėtį ir šioje rinkoje.

53 — 14 išnašoje nurodytas sprendimas.

45. Kaip pažymėjo Komisija, Suomijos vyriausybė ir *Tele2*, iš Sprendimo *IPS*[54] galima spręsti, kad nereikalaujama įrodyti, jog sumažintą maržą taikanti įmonė taip pat dominuoja mažmeninėje rinkoje. Iš tikrųjų sumažinta marža gali būti siekiama įgyti dominuojančią padėtį toje rinkoje.

46. Mano nuomone, teismų praktika, susijusi su „sverto efektu“, iš esmės turėtų būti taikoma ir sumažintos maržos byloms. Sprendime *Tetra Pak II*[55] Teisingumo Teismas iš esmės pripažino, kad SESV 102 straipsnis taikomas neatsižvelgiant į tai, ar neteisėtas dominuojančios įmonės elgesys neigiamai veikia konkurenciją kitoje rinkoje nei ta, kurioje ši įmonė užima dominuojančią padėtį[56].

47. Todėl manau, jog dominavimas ir didmeninėje, ir mažmeninėje rinkoje nėra būtinas tam, kad SESV 102 straipsnis būtų taikomas sumažintos maržos atvejams[57].

8 klausimas. Ar atsakymui į 1 klausimą įtakos turi tai, ar paslaugos teikiamos naujam klientui?

48. Komisija, Konkurencijos tarnyba ir Suomijos vyriausybė teigia, kad sumažintos maržos bylose kliento tapatybė neturi reikšmės. Kaip teigia *TeliaSonera*, Teisingumo Teismas sistemingai pripažindavo tam tikrą skirtumą tarp atsisakymo tiekti naujam klientui ir atsisakymo tiekti esamam klientui, todėl tas pats skirtumas turėtų būti taikomas sumažintos maržos atveju.

54 — 27 išnašoje nurodytas sprendimas.

55 — 7 išnašoje nurodytas sprendimas. Be kita ko, taip pat žr. 12 išnašoje nurodytą Sprendimą *Télémarketing*.

56 — Toje pat byloje Bendrasis Teismas nurodė, kad „*Tetra Pak* elgesiui neaseptinėmis sąlygomis pagaminto kartono rinkose [SESV 102] straipsnis gali būti taikomas, nesant reikalo įrodyti dominuojančios padėties buvimą kiekvienoje iš šių rinkų atskirai, nes dominuojanti šios įmonės padėtis neaseptinėmis sąlygomis pagaminto kartono rinkose, taip pat glaudus šių rinkų ir aseptinėmis sąlygomis pagaminto kartono rinkų tarpusavio ryšys suteikė *Tetra Pak* elgesio laisvę, palyginti su kitais neaseptinėmis sąlygomis pagaminto kartono rinkose veikiančiais ūkio subjektais, todėl pagal [SESV 102] straipsnį jai tenka speciali atsakomybė išlaikyti tikrą, neiškreiptą konkurenciją šiose rinkose“. 1994 m. spalio 6 d. Sprendimas *Tetra Pak prieš Komisiją* (*Tetra Pak I*, T-83/91, Rink. p. II-755, 122 punktas).

57 — Atrodo, kad šią poziciją patvirtino *Court of Appeal of England & Wales* Sprendimo *Albion* (nurodytas 18 išnašoje) 88 punkte ir UK CAT Sprendimo *Genzyme* (nurodytas 43 išnašoje) 534 ir 560 punktuose. Lenkijos vyriausybė iš esmės pažymėjo, kad Komisijos sprendimų *Deutsche Telekom* (14 išnaša), taip pat 1975 m. spalio 29 d. sprendimo 76/185/EAPB *National Carbonising Company* (OL L 35, p. 6), 40 išnašoje nurodyto Sprendimo *Napier Brown — British Sugar* ir Sprendimo *Wanadoo* atveju nagrinėjama įmonė dominavo ir didmeninėje, ir mažmeninėje rinkose.

49. Remiantis SESV 102 straipsnio antros pastraipos b punktu, piktnaudžiavimu dominuojančia padėtimi visų pirma gali būti laikoma gamybos, rinkų arba technikos raidos ribojimas pažeidžiant vartotojų interesus. Iš nusistovėjusios Teisingumo Teismo praktikos matyti, kad dominuojančią padėtį tam tikro produkto rinkoje užimančios įmonės atsisakymas vykdyti esamo kliento užsakymus yra piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi pagal SESV 102 straipsnį, kai be jokios objektyvios priežasties tokie veiksmai gali išstumti prekybos partnerį iš konkurencinės kovos[58]. Be to, yra teismo praktikos, rodančios, kad atsisakymas tiekti gali būti ir tuo atveju, kai dominuojanti įmonė netiekia naujam klientui[59].

50. Manau, kad galima ginčytis, ar yra didesnė tikimybė, kad piktnaudžiavimu būtų laikomas tiekimo pagal esamą sutartį nutraukimas, o ne atsisakymas tiekti naujam klientui. Kaip dėl atsisakymo tiekti pažymėjo Komisija, jeigu dominuojanti įmonė praeityje prekiavo su konkrečia įmone, kuri dėl šių prekybos santykių specialiai investavo, kad galėtų naudotis tarpinėmis paslaugomis, kurias vėliau atsisakyta teikti, nagrinėjama įmonė neišvengiamai verčiama patirti nuostolių. Be to, tai, kad dominuojanti įmonė, kuriai priklauso didmeninis produktas (esminės tarpinės paslaugos), anksčiau manė, kad jai yra naudinga tiekti šį produktą, rodo, kad tarpinių paslaugų teikimas leido dominuojančiai įmonei gauti atitinkamą atlygį (kad tai buvo pelninga veikla), todėl dominuojančiai įmonei gali būti sunkiau pateisinti atsisakymą vien komerciniais motyvais[60].

51. Galiausiai tiek, kiek šis klausimas galėtų būti suprantamas kaip susijęs su atveju, kai dominuojanti įmonė sumažintą maržą taiko tik naujiems klientams (mažmeninėje rinkoje veikiantiems konkurentams), o kitiems esamiems klientams (mažmeninėje rinkoje veikiantiems konkurentams) taiko palankesnes sąlygas, reikėtų išnagrinėti, ar dominuojanti

58 — Šiuo atžvilgiu žr. 1974 m. kovo 6 d. Teisingumo Teismo sprendimą *Istituto Chemioterapico Italiano ir Commercial Solvents prieš Komisiją* (6/73 ir 7/73, Rink. p. 223, 25 punktas) ir 9 išnašoje nurodyto Sprendimo *United Brands prieš Komisiją* 183 punktą. Taip pat žr. 49 išnašoje nurodytą Sprendimą *Sot. Lélos kai Sia ir kt.*

59 — Žr. 17 išnašoje nurodytą Sprendimą *Bronner*; 1995 m. balandžio 6 d. Teisingumo Teismo sprendimą *RTE ir ITP prieš Komisiją* (*Magill*, C-241/91 P ir C-242/91 P, Rink. p. I-743) ir 2004 m. balandžio 29 d. Sprendimą *IMS Health* (C-418/01, Rink. p. I-5039). Dėl bendros teismų praktikos apžvalgos žr. generalinio advokato F. Jacobs išvadą byloje *Syfait ir kt.* (2005 m. gegužės 31 d. sprendimas, C-53/03, Rink. p. I-4609).

60 — Iš tikrųjų, nagrinėjant objektyvius tokio elgesio pateisinimus, abu atvejai (tiekimo esamam klientui nutraukimas ir atsisakymas tiekti naujam klientui) gali būti vertinami skirtingai. J. Faull ir A. Nikpay „The EC law of competition", Oxford University Press, 2007, p. 357.

įmonė nepažeidžia SESV 102 straipsnio antros pastraipos c punkto.

52. Remiantis tuo darytina išvada, kad atsakymui į 1 klausimą, atsižvelgiant į atitinkamas konkrečios bylos aplinkybes, gali turėti įtakos tai, ar tiekiama naujam klientui.

galimybės kompensuoti nuostolius turėtų būti reikalaujama grobuoniškų kainų bylose[61]. Grobuoniškos kainos grindžiamos prielaida, kad dominuojanti įmonė patiria nuostolių, nes taikomos kainos nepadengia jos sąnaudų. Tačiau tikėtina, kad įmonė nuostolius kompensuos vėliau, gavusi naudos iš galingesnės padėties rinkoje ir dėl grobuoniškų kainų atsiradusių didesnių patekimo į rinką kliūčių. Sumažintos maržos atveju yra kitaip, nes iš dominuojančios įmonės nereikalaujama tokio ekonominio pasiaukojimo, nes gali būti, kad nebus jokių „kompensuotinų nuostolių“[62]. Sumažintos maržos atveju mažmeninės kainos gali būti didelės dėl didelių kainų didmeninėje rinkoje. Kainos gali būti didelės abiejose šiose rinkose, tačiau sumažintai maržai būdingas didmeninės rinkos ir mažmeninės rinkos kainų skirtumas.

9 klausimas. Ar sumažintos maržos atveju būtina galimybė kompensuoti patirtus nuostolius?

54. Remiantis tuo darytina išvada, jog tam, kad 1 klausime apibūdintas elgesys būtų laikomas piktnaudžiavimu, nėra būtina, kad dominuojančią padėtį užimanti įmonė turėtų galimybę kompensuoti patirtus nuostolius.

53. Manau, kad, kaip nurodžiau savo išvadoje byloje *France Télécom prieš Komisiją*,

61 — Žr. mano išvadą 11 išnašoje nurodytoje byloje *France Télécom prieš Komisiją*, C-202/07 P. Tačiau žr. Teisingumo Teismo sprendimą toje byloje, kurioje pripažinta, kad galimybės kompensuoti nuostolius įrodymas nėra būtina grobuoniškų kainų konstatavimo sąlyga. Tačiau Teisingumo Teismas pridūrė, kad šitoks aiškinimas nekliudo Komisijai įrodyti tokią nuostolių kompensavimo galimybę.

62 — *TeliaSonera* tvirtina, kad tais sumažintos maržos atvejais, kai dominuojanti įmonė vis dėlto turi kompensuoti nuostolius, atliekant vertinimą, galimybei juos kompensuoti turėtų būti teikiama reikšmė.

10 klausimas. Ar atsakymui į 1 klausimą turi įtakos tai, ar rinkai yra būdingos technologijų naujovės, reikalaujančios labai didelių investicijų?

55. Visos šalys sutinka, kad iš esmės Sprendime *France Télécom prieš Komisiją*[63] Bendrasis Teismas teisingai pažymėjo, jog toje byloje nagrinėta rinka „iš tiesų buvo sparčiai besiplečianti, tačiau ši aplinkybė neturi kliudyti taikyti konkurencijos normas, ypač [SESV 102] straipsnį".

56. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas pažymėjo[64], kad atlikdama analizę byloje *Wanadoo* Komisija gerokai pakoregavo Sprendime *AKZO* pateikto grobuoniškumo kriterijaus taikymą, t. y. gerokai lanksčiau analizavo sąnaudas rinkoje, kuriai būdingi technologiniai pokyčiai. Reikėtų pažymėti, kad vėliau Bendrasis Teismas ir Teisingumo Teismas patvirtino šį Komisijos sprendimą[65].

57. Todėl, nors SESV 102 straipsnis negali būti netaikomas dinamiškai ar sparčiai augančiai rinkai, nepaneigiama, kad jeigu tai yra pateisinama, Komisija ir nacionalinės konkurencijos institucijos turėtų į tokias rinkas kištis itin atsargiai ir prireikus keisti savo tipinį požiūrį į jas, kaip tai sėkmingai buvo padaryta byloje *Wanadoo*.

63 — T-340/03, Rink. p. II-107; žr. 2003 m. liepos 16 d. sprendimo, susijusio su [SESV 102] straipsnio taikymo procedūra (byla COMP/38.233 – *Wanadoo Interactive*), 261–262 konstatuojamąsias dalis.

64 — Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas teisingai pažymėjo, kad nuostoliai, kurie iš pradžių patiriami dinamiškai besivystančioje rinkoje, gali būti įprastas rinkos reiškinys. Žr. L. Colley ir S. Burnside „Margin squeeze abuse", *European Competition Journal Special Issue on Article 82*, 2006 m. liepos mėn., p. 185–210.

65 — Žr. 63 išnašoje nurodytą bylą *France Télécom prieš Komisiją*, T-340/03; taip pat mano išvadą bei teismo sprendimą 11 išnašoje nurodytoje byloje *France Télécom prieš Komisiją*, C-202/07 P.

III — Išvada

58. Atsižvelgdamas į pateiktus svarstymus, siūlau Teisingumo Teismui taip atsakyti į *Stockholms tingsrätt* pateiktus klausimus:

— „1, 3 ir 7 klausimai. Sumažinta marža konstatuojama tuomet, kai dominuojančios įmonės mažmeninių kainų ir didmeninių kainų, kurias ji nustato savo konkurentams už panašius produktus, skirtumas yra neigiamas arba kai šio skirtumo nepakanka su konkrečiu produktu susijusioms dominuojančios įmonės sąnaudoms, kurių ji patiria tiekdama mažmeninius produktus mažmeninei rinkai, padengti.

Piktnaudžiaujamasis tokio elgesio pobūdis atsiranda dėl nesąžiningo dominuojančios įmonės didmeninės prieigos kainų ir jos mažmeninių kainų skirtumo ir dėl to, kad dominuojančios įmonės tarpinės paslaugos yra būtinos norint konkuruoti mažmeninėje rinkoje.

Nepaneigiama, kad būtinumo sąlygos nereikalaujama, jeigu dominuojančiai įmonei taikoma teisės aktų nustatyta ES teisę atitinkanti pareiga teikti tarpines paslaugas.

— 2 klausimas. Piktnaudžiavimo nustatant sumažintą maržą atvejais iš esmės reikšmės turi tik dominuojančios įmonės kainos.

— 4 klausimas. Atitinkama konkurencijos institucija atsižvelgdama į konkrečią nagrinėjamą rinką privalo įrodyti, kad dominuojančios įmonės kainodara gali turėti antikonkurencinį poveikį. Vien teiginio, kad gali būti sukeltas neaiškus, abstraktus antikonkurencinis poveikis, nepakanka.

— 5 klausimas. Atsakymui į 1 klausimą iš esmės neturi įtakos dominuojančios įmonės įtakos rinkoje lygis.

— 6 klausimas. Kad atsakyme į 1 klausimą apibūdintas elgesys būtų laikomas piktnaudžiavimu, taip besielgiančiai įmonei nebūtina dominuoti didmeninėje rinkoje ir galutinių naudotojų rinkoje.

— 8 klausimas. Atsakymui į 1 klausimą tam tikromis aplinkybėmis gali turėti įtakos tai, ar paslaugos teikiamos naujam klientui.

— 9 klausimas. Dominuojančios įmonės galimybė kompensuoti patirtus nuostolius nėra būtina, kad sumažinta marža būtų laikoma piktnaudžiavimu, nes dominuojanti įmonė dėl tokio elgesio iš tikrųjų nebūtinai patiria nuostolių.

— 10 klausimas. SESV 102 straipsnis taikytinas tuo atveju, kai rinkai yra būdingos technologijų naujovės, reikalaujančios labai didelių investicijų. Tačiau nepaneigiama, kad atitinkama konkurencijos institucija į tokias rinkas turėtų kištis itin atsargiai ir prireikus keisti savo tipinį požiūrį į jas.“