

AR VERTIKALUS KAINŲ FIKSAVIMAS YRA BLOGIS?

Darius Miniotas

Vilniaus universiteto Teisės fakulteto
Privatinės teisės katedros doktorantas
Saulėtekio al. 9, I rūmai, LT-10222 Vilnius
Tel. (+370 5) 236 61 70
El. paštas: darius.miniotas@gmail.com

Straipsnyje nagrinėjamas istoriškai vienas iš griežčiausiai vertinamų vertikaliųjų apribojimų – vertikalus kainų fiksavimas. Atskleidžiamas susiformavęs požiūris į tokio pobūdžio vertikaliuosius apribojimus Europos Sąjungos ir Jungtinių Amerikos Valstijų konkurencijos teisės sistemose, aptariamas tokio susitarimo teigiamas ir neigiamas poveikis konkurencijai, daug dėmesio skiriant ekonominio poveikio analizei. Atsižvelgiant į straipsnyje išplėtotus argumentus dėl ekonominio tokių susitarimų poveikio konkurencijai, pateikiama kritiška nuomonė apie Europos Komisijos ir Lietuvos Respublikos konkurencijos tarybos vykdomą konkurencijos politiką vertikalaus kainų fiksavimo susitarimų atžvilgiu.

The article examines vertical price fixing – historically one of the most harshly treated vertical restraints. The approach of both EU and US competition law systems towards such vertical restraints is disclosed, positive and negative effects of such agreements to competition are discussed, focusing mainly on the analysis of economic effects. Considering the arguments related to the economic effects of such agreements, the critical opinion regarding the policy of the European Commission and Lithuanian Competition Council towards vertical price fixing agreements is presented.

Ivadas

Turbūt nė viena konkurencijos teisės sritis pastaraisiais metais nesulaukė tiek dėmesio kiek viena iš vertikaliųjų apribojimų rūšių – perpardavimo kainų palaikymas¹.

¹ Šiame straipsnyje sąvokos „perpardavimo kainų palaikymas“, „vertikalus kainų fiksavimas“, „minimalios perpardavimo kainos“ vartojamos kaip sinonimai ir reiškia vertikaliųjų apribojimą, kurio pagalba prekės gamintojas nurodo mažmeniniam pardavėjui (platintojui) konkrečią arba minimalią kainą, už kurią prekė turi būti perparduodama galutiniam pirkėjui. Šiame straipsnyje nekalbama apie rekomenduojamą arba maksimalių perpardavimo kainų nustatymą, kuris apskritai yra vertinamas gana palankiai ir, gamintojui ar pardavėjui neturint rinkos galios, vertinamas kaip nekeliantis didelių konkurencijos problemų.

Praėjusio dešimtmečio viduryje, po to, kai Europos Komisija (toliau – Komisija) pakeitė ir modernizavo savo požiūrį į vertikaliuosius susitarimus, priimdama 1999 m. gruodžio 22 d. reglamentą Nr. 2790/99 dėl Sutarties 81 straipsnio 3 dalies taikymo vertikaliųjų susitarimų ir suderintų veiksmų grupėms [2] (toliau – Reglamentas Nr. 2790/99), atrodė, kad šioje konkurencijos teisės srityje egzistavusios problemos buvo išspręstos ir mokslininkų tarpe vyravo nuomonė, kad vertikalieji apribojimai daugiau nebėra itin įdomus diskusijų objektas tiek Europos Sąjungos, tiek Jungtinių Amerikos Valstijų konkurencijos tei-

sės sistemose [42, p. 609]. Tačiau netrukus šis požiūris buvo sudrebtas iš pamatų. 2006 m. rugsėjo 27 d. Bendrasis Teismas priėmė sprendimą *GlaxoSmithKline Services v. Commission* byloje [61], kuriuo paneigė visus argumentus, kad Komisijos (palaikomos ir Teisingumo Teismo) praktikoje istoriškai vienas iš griežčiausiai vertintų vertikaliųjų susitarimų – paralelinės prekybos ribojimas *per se* riboja konkurenciją, automatiškai pažeidžia Sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo [1] (toliau – SESV) 101 straipsnio 1 dalį ir negali būti SESV 101 straipsnio 3 dalies numatytos išimties taikymo objektu. Nepraėjus nė metams, 2007 m. birželio 28 d. JAV Aukščiausiasis Teismas priėmė sprendimą byloje *Leegin Creative Leather Products Inc. v. PSKS Inc.* [62] (toliau – *Leegin* byla), kuriuo panaikino beveik prieš šimtą metų *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.* [51] byloje (toliau – *Dr. Miles* byla) įtvirtintą precedentą ir nusprendė, kad vertikalus minimalių perpardavimo kainų palaikymas neturi būti draudžiamas *per se* ir kaip ir kiti vertikalieji apribojimai JAV konkurencijos teisės sistemoje turi būti vertinamas pagal „protingumo taisyklę“² kiekvienoje konkrečioje situacijoje. Šis JAV Aukščiausiojo Teismo sprendimas atgaivino diskusiją vertikalaus perpardavimo kainų palaikymo srityje, paskatinusią daugybę šiam klausimui skirtų straipsnių ir konferencijų abiejose Atlanto pusėse³.

² „Protingumo taisyklės“ (angl. *rule of reason*) doktrinos esmė yra ta, kad kiekvienu konkrečiu atveju yra vertinamas realus ekonominis susitarimo poveikis, jį pripažįstant neteisėtu tik tada, kai susitarimas labiau varžo nei skatina konkurenciją, t. y. jei jo antikonkurencinės savybės nusveria konkurenciją skatinančias savybes.

³ Vienas iš reikšmingiausių JAV leidinių konkurencijos teisės klausimais, *The Antitrust Bulletin*, perpardavimo kainų palaikymo problemai skyrė net du specia-

Jis taip pat sutapo su artėjančia Reglamento Nr. 2790/99 galiojimo pabaiga⁴ ir jame nustatytų taisyklių peržiūra, todėl šis sprendimas tapo kilusio spaudimo Komisijai peržiūrėti savo politiką vertinant perpardavimo kainų palaikymo priemones skatinamąja jėga [9, p. 514–526]. Nepaisant to, Lietuvos mokslinėje plotmėje, išskyrus D. Švirino 2009 metais publikuotą straipsnį [46], didesnių diskusijų šiuo klausimu nebūta.

Straipsnio tikslas – inicijuoti diskusiją dėl atrodytų įsitvirtinusios nuomonės, kad vertikalieji susitarimai dėl tiesioginio ar netiesioginio perpardavimo kainų fiksavimo yra „žalingiausia ne konkurentų sudarytų susitarimų rūšis“ [44, p. 6]. Straipsniu siekiama atskleisti, kad tokia pozicija neturi palaikymo ekonomikos teorijoje, o perpardavimo kainų palaikymas toli gražu negali būti vertinamas kaip aiškiai žalingas vertikalusis apribojimas.

Siekiant šių tikslų kaip straipsnio šaltiniai yra pasitelkiami užsienio autorių, tiek teisininkų, tiek ekonomistų, darbai, jais remiantis atskleidžiama ne vieną dešimtmetį vykstanti perpardavimo kainų palaikymo poveikio konkurencijai diskusija, visa jėga išsibūsi po JAV Aukščiausiojo Teismo sprendimo *Leegin* byloje, aptariama reikšminga Komisijos, Europos Sąjungos Teisingumo Teismo (toliau – ESTT), JAV Aukščiausiojo Teismo praktika. Atsižvelgiant į tai, kad konkurencijos teisė yra ne-

lius numerius (Vol. 55, No. 1/Spring 2010 ir Vol. 55, No. 2/Summer 2010), kuriuose buvo išspausdinta per 20 straipsnių įvairiais perpardavimo kainų palaikymo aspektais.

⁴ Reglamentas Nr. 2790/99 nustojo galioti 2010 m. gegužės 31 d. ir jį pakeitė 2010 m. balandžio 22 d. Komisijos reglamentas (ES) Nr. 330/2010 dėl Sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo 101 straipsnio 3 dalies taikymo vertikaliųjų susitarimų ir suderintų veiksmų rūšims [3].

atsiejamai susijusi su ekonomikos mokslo pasiekimais ir jo plėtojamomis teorijomis, straipsnyje daug dėmesio skiriama ekonominės teisės analizės metodui, taip pat naudojami lingvistinis, sisteminis, istorinis, lyginamasis metodai.

Vertikalus kainų fiksavimas, nepaisant griežto konkurencijos priežiūros institucijų požiūrio, yra viena iš kontroversiškiausiai vertinamų konkurencijos teisės problemų, todėl nenuostabu, kad užsienio autorių darbų, nagrinėjančių įvairius šio klausimo aspektus, yra gausu (iš reikšmingiausių autorių paminėtini H. Klein, T. A. Lambert, W. S. Commanor, M. Lao, H. P. Marvel ir kiti). Nepaisant to, nuomonių skirtumų amplitudė yra stebinanti⁵. Lietuvoje perpardavimo kainų palaikymo priemonės yra aptaręs D. Švirinas 2004 m. monografijoje [45, p. 226–243], tačiau joje daugiausiai apsiribojama Komisijos ir Teisingumo Teismo praktikos analize ir šiek tiek pasigendama kritiškesnio jos įvertinimo. D. Švirinas taip pat yra paskelbęs straipsnį, komentuojantį *Leegin* bylą [46], vis dėlto ne su visais minėtame straipsnyje reiškiamais teiginiais norėtusi sutikti. Atitinkamai šiuo straipsniu norima pateikti alternatyvią Lietuvos teisės mokslo plotmėje išsamiau neplėtotą poziciją vertikalaus kainų fiksavimo atžvilgiu, siekiant kvestionuoti įsitvirtinusią nuomonę, kad minimalios ir fiksuotos perpardavimo

kainos yra neabejotinas blogis konkurencijos teisėje. Dėl šios pasirinktos krypties straipsnis vertintinas kaip aktualus ir tarptautiniu lygmeniu, nes užsienio autorių darbų, nagrinėjančių alternatyvias įsitvirtinusių tendencijų pozicijas, nėra gausu.

1. Vertikalaus kainų fiksavimo vertinimas Europos Sąjungos ir JAV jurisdikcijoje

1.1. Europos Komisijos požiūris – de facto per se neteisėtumas

SESV 101 straipsnio 1 dalyje nurodytas neišsamus (pavyzdinis) sąrašas susitarimų, kurie savo tikslu arba faktiniu poveikiu gali riboti konkurenciją vidaus rinkoje. Vieni iš susitarimų, tiesiogiai įvardijamų kaip konkurencijos teisės pažeidimai, yra susitarimai, kurie „tiesiogiai ar netiesiogiai nustato pirkimo ar pardavimo kainas ar kokias nors kitas prekybos sąlygas“. Analogiška nuostata įtvirtinta ir Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymo 5 straipsnio 1 dalyje⁶.

Komisijos ir ESTT praktikos analizė atskleidžia, kad požiūris į perpardavimo kainų palaikymo priemonės yra neigiamas ir tokio pobūdžio susitarimai yra vertinami itin griežtai. *SA Binon & Cie v. SA Agence et Messageries de la Presse* byloje Teisingumo Teismas aiškiai nurodė, kad „nuostatos, nustatančios kainas, kurios turi būti taikomos susitarimuose su trečiosiomis šalimis, pačios savaime sudaro konkurencijos ribojimą SESV 101 str. 1 d. prasme“

⁵ Stebina tai, kokias kardinaliai skirtingas pozijas užima autoriai, pvz., R. A. Posner teigia, kad *per se* neteisėtumo taisyklė perpardavimo kainų palaikymo atžvilgiu (JAV teisinėje sistemoje egzistavusi nuo 1911 iki 2007 m. sprendimo *Leegin* byloje) yra „liūdna klaida“, nes nėra nei teorinio, nei empirinio pagrindo laikyti šią priemonę antikonkurencine [39, p. 198], o P. M. Harbour nurodo, kad vertikalus minimalių kainų fiksavimas yra beveik visada žalingas vartotojams ir dažniausiai lemia didesnes prekių kainas, nesuteikdamas jokios tai kompensuojančios naudos [18, p. 1].

⁶ „1. Visi susitarimai, kuriais siekiama riboti konkurenciją arba kurie riboja ar gali riboti konkurenciją, yra draudžiami ir negalioja nuo jų sudarymo momento, įskaitant: 1) susitarimą tiesiogiai ar netiesiogiai nustatyti (fiksuoti) tam tikros prekės kainas arba kitas pirkimo ar pardavimo sąlygas; <...>“ [4].

[56, paragr. 44]. Ši ir kitos bylos [54; 57] įtvirtina požiūrį, kad susitarimo sąlygos, nustatančios minimalias platintojų perpardavimo kainas, bus laikomos turinčiomis tikslą riboti konkurenciją. Tokie vertikalieji apribojimai laikomi „sunkiaisiais“ (angl. *hardcore*), kuriems netaikoma 2010 m. balandžio 22 d. Komisijos reglamento (ES) Nr. 330/2010 dėl Sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo 101 straipsnio 3 dalies taikymo vertikalųjų susitarimų ir suderintų veiksmų rūšims [3] (toliau – Reglamentas Nr. 330/2010) nustatyta bendroji išimtis.

Šiuo požiūriu pažymėtina, kad Bendrasis Teismas *European Night Services* byloje pabrėžė, kad net ir sunkiausius konkurencijos apribojimus nustatantiems susitarimams, tokiems kaip antai kainų fiksavimas ar rinkų pasidalijimas, teoriškai gali būti pritaikyta SESV 101 straipsnio 3 dalyje numatyta išimtis [59, paragr. 136]. Komisija taip pat griežtai neigia, kad Europos Sąjungos konkurencijos teisėje egzistuoja *per se* neteisėti susitarimai, nes *teoriškai* kiekvienas, net ir pats sunkiausias konkurenciją ribojantis susitarimas gali tenkinti SESV 101 straipsnio 3 dalyje nustatytas sąlygas ir išvengti to paties straipsnio 1 dalyje nustatyto draudimo [36, p. 203–204; 16, p. 516; 8, paragr. 46–48]. Ši pozicija iš esmės yra teisinga, nes JAV teisinėje sistemoje *per se* nelegalumo taisyklė visada reiškia, kad toks susitarimas *automatiškai* laikomas pažeidžiančiu konkurencijos teisę ir pasmerkiamas kaip neteisėtas, o bet kokie šį susitarimą pateisinantys įrodymai (pvz., ekonomikos ekspertų išvados, empirinių tyrimų rezultatai ir pan.) JAV teismų yra net nepriimami. Europos Sąjungos konkurencijos teisė visais atvejais suteikia galimybę remtis SESV 101 straipsnio 3 dalimi ir įrodinėti susitarimo konku-

renciją skatinantį poveikį. Tačiau reikia konstatuoti, kad tokia galimybė yra viso labo *teorinė*. Komisija visada laikėsi labai griežtos pozicijos perpardavimo kainų palaikymo atžvilgiu. Jos priimtame Reglamente Nr. 330/2010 tokie susitarimai priskiriami prie labai sunkių konkurencijos apribojimų, kuriems netaikoma bendroji išimtis. Be to, tokių susitarimų atžvilgiu preziumuojama, kad *mažai tikėtina*, jog jie tenkins SESV 101 straipsnio 3 dalyje nustatytas sąlygas ir jiems bus suteikta individualioji išimtis [6, paragr. 46; 8, paragr. 46]. Vertinant Komisijos praktiką istoriniu požiūriu konstatuotina, kad Komisija nuolat atsisakydavo suteikti individualią išimtį tokio pobūdžio susitarimams [64; 65; 66] ir perpardavimo kainų palaikymo bylose niekad nepripažino šios priemonės potencialaus efektyvumo. Net jei tokia praktika taikoma ir labai nedidelę rinkos dalį turinčių ūkio subjektų, perpardavimo kainų palaikymo susitarimai bus laikomi neteisėtais, nes jiems netaikomas Komisijos *De minimis* pranešimas [5], pagal kurį laikoma, kad SESV 101 straipsnio 1 dalis netaikoma vertikaliesiems susitarimams, kuriuos sudaranti kiekviena iš šalių turi ne didesnę nei 15 procentų atitinkamos rinkos dalį. Neteisėtumo prezumpciją dar labiau sustiprina nuolatiniai neigiami Komisijos atstovų pasisakymai perpardavimo kainų palaikymo atžvilgiu⁷.

Šios aplinkybės kartu su įtvirtintomis prezumpcijomis, kad tokie susitarimai ne-

⁷ Komisija nurodo, kad tokių susitarimų šalys niekada nepateikė įtikinamų argumentų dėl vertikalios kainų fiksavimo taikymo [33, p. 103], o perpardavimo kainų palaikymas beveik niekada neturės teigiamų padarinių. Net jei išimtiniais atvejais ir galima nustatyti tam tikrą efektyvumą, jis nebus perteiktas galutiniams vartotojams, o šios priemonės nėra nepakeičiamos kitais lengvesniais vertikaliesiais apribojimais [36, p. 201, 203].

teisėti, neišvengiamai riboja konkurenciją ir pažeidžia SESV 101 straipsnio 1 dalį bei tikriausiai neatitiks SESV 101 straipsnio 3 dalies sąlygų, lemia perpardavimo kainų palaikymo priemonių *de facto per se* draudimą. Todėl daugelis autorių pripažįsta, kad, nepaisant teorinės individualiosios išimties pritaikymo galimybės, vertikalus kainų fiksavimas Europos Sąjungos konkurencijos teisės sistemoje yra draudžiamas *per se* [20, p. 761; 47, p. 56; 15, p. 218]. Kartu reikia pabrėžti, kad šis *de facto per se* nelegalumas bet kuriuo atveju negali būti tapatinamas su JAV konkurencijos teisės sistemoje egzistuojančia *per se* nelegalumo taisykle, nes pastaroji nesuteikia bet kokių, net ir teorinių galimybių išvengti atitinkamo susitarimo pripažinimo neteisėtu.

1.2. JAV Aukščiausiasis Teismas – nuo *per se* nelegalumo iki *per se* legalumo

Perpardavimo kainų palaikymas JAV konkurencijos teisės sistemoje buvo draudžiamas *per se* nuo 1911 m. priimto Aukščiausiojo Teismo sprendimo *Dr. Miles* byloje. 1967 m. JAV Aukščiausiasis Teismas byloje *United States v. Arnold Schwinn & Co.* draudžiamais *per se* paskelbė visus vertikaliuosius apribojimus [52]. Ekonomikos ir teisės teoretikai, ypač Čikagos mokyklos⁸ atstovai, nuolat pabrėžė konku-

rencijos, kurią lemia vertikalieji apribojimai, naudą, todėl sprendimai *Dr. Miles* bei *Schwinn* bylose buvo karštai kritikuojami [21, p. 699]. Žymus Čikagos mokyklos atstovas R. H. Bork JAV Aukščiausiojo Teismo sprendimą *Dr. Miles* byloje vertikalus kainų fiksavimą sulyginti su horizontaliu karteliniu elgesiu apibūdino kaip „lemiamą apsirikimą, kontroliuojantį visą teisinę sistemą“. Jo nuomone, vertikaliųjų apribojimų *per se* draudžiamumo taisyklės įvedimas buvo pagrįstas „klaidingomis ekonominėmis prielaidomis“ [12, p. 33].

Tačiau sprendimas *Schwinn* byloje žymėjo aukščiausią vertikaliųjų apribojimų draudimo politikos tašką ir po šios bylos JAV konkurencijos politikos raida pasuko priešinga kryptimi [13, p. 985]. 1977 m. JAV Aukščiausiasis Teismas byloje *Continental TV Inc. v. GTE Sylvania Inc.* [53] pripažino, kad vertikalieji apribojimai, ypač tie, kurie riboja tik tam tikrų prekių su tuo pačiu prekės ženklu (angl. *intradbrand*) konkurenciją, gali skatinti prekių su skirtingais prekių ženklais (angl. *interbrand*) konkurenciją, ir tuo remdamasis panaikino *Schwinn* byloje suformuotą precedentą dėl vertikaliųjų apribojimų, nesusijusių su kainų fiksavimu, draudimo *per se*. Šis sprendimas neturėjo įtakos *Dr. Miles* byloje įtvirtintam precedentui dėl vertikalios kainų fiksavimo draudimo *per se*, tačiau nuo šio sprendimo priėmimo vertikalieji apribojimai JAV konkurencijos teisėje pradėti vertinti kaip nežalingi konkurencijai, o *Dr. Miles* precedento atsisakymas buvo matomas kaip tolesnis logiškas žingsnis [38, p. 6–26]. Pripažindamos Čikagos mokyklos atstovų pagrįstą kritiką, JAV valstybės institucijos taip pat nebe taip neigiamai vertino vertikaliųjų apribojimų susitarimus [21, p. 702], tačiau vertikalus perpardavi-

⁸ Čikagos mokyklos (angl. *the Chicago School*) terminas vartojamas apibūdinti monetarizmo ir laisvosios rinkos šalininkus, kurie dirbo Čikagos universitete ir kurių idėjos turėjo didžiulę įtaką JAV bei viso pasaulio konkurencijos politikos raidai. Fundamentalus Čikagos mokyklos atstovų požiūris yra tas, kad efektyvumo siekimas turėtų būti vienintelis konkurencijos politikos tikslas. Būtent Čikagos mokyklai priskiriamas laimėjimas, kad konkurencijos teisė tampa vis labiau orientuota į ekonominį ūkio subjekto veiksmų vertinimą.

mo kainų palaikymas išliko draudžiamas *per se*. Prireikė dar dvidešimt metų, kol *per se* draudimo buvo atsisakyta maksimalių perpardavimo kainų atžvilgiu [60], o dar po dešimties metų, 2007 m. birželio 28 d. JAV Aukščiausiasis Teismas priėmė sprendimą *Leegin* byloje, kuriuo panaikino beveik prieš šimtą metų *Dr. Miles* byloje priimtą precedentą ir nusprendė, kad vertikalus minimalių perpardavimo kainų palaikymas nėra draudžiamas *per se* ir, kaip ir kiti vertikalieji apribojimai, turi būti vertinamas pagal „protingumo taisyklę“ kiekvienoje konkrečioje situacijoje.

Nagrinėdamas *Leegin* bylą, JAV Aukščiausiasis Teismas išsamiai apžvelgė ne tik visą svarbiausią teigiamas ir neigiamas perpardavimo kainų palaikymo savybes aptariančią teisės ir ekonomikos literatūrą, bet ir atliktas empirines studijas, iliustruojančias konkrečių tokių priemonių taikymo poveikį, ir remdamasis šiomis ištirtomis aplinkybėmis konstatavo, kad „nepaisant egzistuojančios neteisėto elgesio rizikos, negalima vienareikšmiškai konstatuoti, kad perpardavimo kainų palaikymas visais arba beveik visais atvejais riboja konkurenciją ir mažina gamybos apimtį“ [62, d. IIIC]. Teismo nuomone, vertikalus kainų ribojimo susitarimai gali lemti teigiamus arba neigiamus padarinius konkurencijai priklausomai nuo visų jų sudarymo ir taikymo aplinkybių. Esami empiriniai įrodymai suteikia pagrindo teigti, kad efektyvus tokių susitarimų įgyvendinimas nėra hipotetinis ar itin retas. Teismas nurodė, kad *per se* taisyklė negali būti taikoma vien administracinio patogumo vardan. Tokių taisyklių taikymas gali sukelti priešingą efektą, kai uždraudžiami konkurenciją skatinantys susitarimai, kuriuos konkurencijos teisė turi remti, taip sukeliant žalą visai konkurencijos sistemai.

Leegin sprendimo ir Europos Sąjungos konkurencijos teisės taisyklių santykis buvo įvertintas nevienodai. Pavyzdžiui, R. Whish teigia, kad sprendimas *Leegin* byloje suartino JAV ir Europos Sąjungos konkurencijos teisės sistemas perpardavimo kainų palaikymo srityje, nes pagal Europos Sąjungos konkurencijos teisę ūkio subjektas visada turi galimybę remtis SESV 101 straipsnio 3 dalimi, siekdamas pateisinti net ir savo tikslu konkurenciją ribojančio vertikalojo susitarimo taikymą [50, p. 121]⁹. Iki *Leegin* sprendimo JAV konkurencijos taisyklės tokios galimybės nesuteikė. O daugelis autorių yra tos nuomonės, kad *Leegin* byla sukėlė esminę Europos Sąjungos ir JAV konkurencijos politikos divergenciją perpardavimo kainų palaikymo susitarimų atžvilgiu [41, p. 567–592; 25; 27, p. 253]. Norint suvokti šiuos nuomonių skirtumus, reikia prisiminti pirmiau išplėtotą diskusiją apie perpardavimo kainų palaikymo priemonių vertinimą Komisijos praktikoje. Teoriškai R. Whish pozicija yra teisinga, tačiau reikia neužmiršti, kad daugelis aprašytų veiksmų ir didžiulė ūkio subjektams tenkanti įrodinėjimo našta perpardavimo kainų palaikymą Europos Sąjungos konkurencijos teisės sistemoje daro *de facto per se* neteisėta praktika, artima JAV konkurencijos teisės sistemoje egzistuojančiai *per se* nelegalumo taisyklei. Todėl nenuostabu, kad daugelis autorių laikosi pozicijos, jog po *Leegin* sprendimo JAV konkurencijos teisės sistemoje vertikalus kainų fiksavimas bus vertinamas kaip eilinis vertikalusis apribojimas¹⁰, o Europos sistemoje jo pateisini-

⁹ Analogiškos pozicijos laikosi ir D. Švirinas [46, p. 163].

¹⁰ Kai kurių autorių nuomone, tai reiškia tokių susitarimų *per se* legalumą, nes JAV teisinėje sistemoje by-

mas (ir atitinkamai sėkmingas taikymas) yra beveik neįmanomas.

Prieš detaliau aptariant *Leegin* sprendimo įtaką Europos Sąjungos konkurencijos politikai perpardavimo kainų palaikymo srityje, reikia trumpai apžvelgti, kokį konkurenciją skatinantį efektą gali sukelti vertikalus kainų fiksavimas, taip pat išsiaiškinti, kur slypi pagrindiniai šio vertikalaus apribojimo pavojai konkurencijai.

2. Vertikalus kainų fiksavimo poveikis konkurencijai¹¹

2.1. Potencialus konkurenciją skatinantis efektas

Vertinant perpardavimo kainų palaikymo priemonių teikiamą naudą konkurencijai skiriamos keturios pagrindinės konkurenciją skatinančio poveikio grupės:

- 1) „*Pasinaudojimo*“ (angl. *free-riding*) *problemos sprendimas*. Tai dažniausiai aptinkamas argumentas perpardavimo kainų palaikymo bylose. Ši teorija grindžiama argumentu, jog tam tikrų produktų gamintojai yra suinteresuoti, kad platintojai teiktų tam tikras papildomas paslaugas iki prekių pardavimo, taip padidindami produktų paklausą. Tai gali būti tokio pobūdžio paslaugos: prekių savybių demonstravimas, įvairios konsultacijos, bandomieji važiavi-

linėjimasis privačiose konkurencijos pažeidimų bylose taikant „protingumo taisyklės“ testą yra labai sudėtingas dėl didelės ieškovui tenkančios įrodinėjimo pareigos, todėl tokiose bylose ieškovams retai pavyksta įrodyti konkurencijos teisės pažeidimą [28, p. 84].

¹¹ Šioje dalyje pateikiama glausta ir apibendrinta pagrindinių vertikalus kainų fiksavimo poveikio konkurencijai teorijų, kuriomis iš esmės rėmėsi ir JAV Aukščiausiasis Teismas *Leegin* byloje, analizė. Dėl detalesnės ekonominės analizės žr. [24, p. 174–197; 14, p. 1841–1859].

mai ar produkto suteikimas pabandyti, papildoma reklama ir pan. Šios papildomos paslaugos akivaizdžiai skatina prekės paklausą, tačiau reikia atitinkamų platintojo investicijų tiek į platinimo infrastruktūrą, tiek į personalą, todėl platintojai suinteresuoti, kad jų suteiktomis paslaugomis nepasinaudotų konkurentai, parduodantys analogiškas prekes, tačiau tokių paslaugų neteikiantys ir sutaupę investicijų prekes galintys parduoti mažesnėmis kainomis. Nesant šiai problemai kelią užkertančių apribojimų, platintojai gali nesiryžti investuoti į papildomas paslaugas, nes iš šių investicijų galės pasipelnėti kiti prekės platintojai, o dėl sumažėjusios paklausos platintojas greičiausiai neatgaus į aukštos kokybės paslaugas įdėtų investicijų, todėl aukštos kokybės paslaugų teikimą sumažins arba apskritai nutrauks. Perpardavimo kainų nustatymas skatina platintojus konkuruoti ne kainos, o paslaugų kokybės ar reklamos lygmeniu, ir užkerta kelią vienam platintojui nepagrįstai pasipelnėti pasinaudojant kito platintojo pastangomis.

- 2) *Teigiamas poveikis tarpusavyje pakeičiamų produktų su skirtingais prekių ženklais* (angl. *interbrand competition*) *konkurencijai*. Vertikalus kainų fiksavimas eliminuoja prekių su tuo pačiu prekės ženklu (angl. *intradbrand price competition*) konkurenciją *kainomis*, tačiau kartu stimuliuoja prekių su skirtingais prekių ženklais konkurenciją. Taip yra dėl to, kad prekės platintojui yra garantuojamas konkretus

maržos dydis, kuris savo ruožtu skatina platintoją investuoti į papildomas pirkėjui teikiamas paslaugas ar prekės reklamą, o tai sustiprina gamintojo poziciją konkuruojančių gamintojų atžvilgiu. Be to, vertikalus kainų fiksavimas, platintojams sukurdamas iniciatyvą teikti papildomas paslaugas, vartotojams sukuria didesnę pasirinkimo laisvę – vartotojas gali pasirinkti mažų kainų ir žemo paslaugų lygio platintoją, didelių kainų ir aukšto paslaugų lygio platintoją arba tarpinius variantus. Svarbu pabrėžti, kad šiuo atveju prekių, pažymėtų tuo pačiu prekės ženklu, konkurencija neeliminuojama ir net nesumažinama – tiesiog konkurencija *kainomis* yra pakeičiama konkurencija *paslaugomis* [40, p. 387].

- 3) *Vadinamosios palaikymo (angl. hold-up) problemos sprendimas*¹². Vertikalus kainų fiksavimas gali paskatinti platintojus suteikti pageidaujamas papildomas paslaugas net ir tais atvejais, kai nėra grėsmės, kad šių paslaugų suteikta pridėtine verte pasinaudos kiti platintojai. Tam tikrais atvejais gali būti sudėtinga ir neefektyvu versti platintoją sudaryti atskirą sutartį, kurioje labai konkrečiai būtų apibrėžtas papildomų paslaugų pobūdis ir apimtis. Perpardavimo kainų palaikymo priemonėmis garantuojant platintojui konkretų maržos dydį ir grasinant nutraukti prekių platinimą tais atvejais, kai platintojo teikiamos paslaugos ne-

tenkina gamintojo lūkesčių, gali būti pasiekiamas optimalus prekių platinimo modelis, nes platintojui suteikiama sutartimis nesuvaržyta laisvė panaudoti savo iniciatyvą ir patirtį teikiant papildomas paslaugas pirkėjams. Šio efekto negalima pasiekti kitais vertikaliaisiais apribojimais, nes netaikant vertikalios kainų fiksavimo platintojui nėra garantuojama papildoma marža, suteikianti galimybę teikti papildomas paslaugas. Teoriškai kaip vertikalios kainų fiksavimo alternatyva galėtų būti naudojamas didmeninės kainos sumažinimas, tačiau šis veiksmas paskatins prekių su tuo pačiu prekės ženklu konkurenciją, sumažins galutines kainas, kartu platintojo maržą, todėl jam nebeliks iniciatyvos teikti papildomas paslaugas.

- 4) *Naujų prekių ženklų pateikimas į rinką*. Perpardavimo kainų palaikymas gali padidinti skirtingais prekių ženklais pažymėtų prekių konkurenciją, nes jis skatina platintojus agresyviai reklamuoti naują prekės ženklą, fiksuota maržą garantuodamas investicijų papildomai reklamai ir paslaugoms grąžą. JAV Aukščiausiasis Teismas pažymėjo, kad nauji produktai ir prekių ženklai yra būtini dinamiškai ekonomikai, ir jei į rinką gali būti patenkama pasitelkus perpardavimo kainų palaikymo priemones, tai laikytina konkurenciją skatinančiu efektu [62, d. IIIA]. Perpardavimo kainų palaikymas taip pat gali padėti gamintojui pasiūlyti rinkai naujas prabangos prekes ir apsaugoti savo prekių įvaizdį. Gamintojas gali teigti, kad

¹² Šios teorijos pagrindinis autorius ir plėtotas yra ekonomikos profesorius Benjamin Klein [22, p. 265–298; 23, p. 431–482].

per mažą prekę kainą gali pakenkti jo įvaizdžiui, nes suteikia pagrindą vartotojui manyti, kad šių prekių vertė taip pat nėra didelė. Perpardavimo kainų palaikymas ir fiksuotos maržos garantija suteikia galimybę naują prekę pardavinėti specializuotose ir aukštos klasės parduotuvėse (vadinamoji kokybės pripažinimo (angl. *quality certification*) teorija [29, p. 346–359]). Susijusi „nuostolių lyderių“ (angl. *loss leader*) teorija teigia, kad, nesant perpardavimo kainų palaikymo, platintojai gali pardavinėti tam tikras prekes itin mažomis, kartais net už savi-kainą mažesnėmis kainomis, taip pritraukdami tos prekės pirkėjus į savo parduotuves, kurie kartu pirsks ir kitas toje parduotuvėje siūlomas prekes, kurių kainos jau bus didelės. Kartu taip stipriai nukenčia (yra „nuvertinamas“) gamintojo arba tiekėjo prekės ženklo įvaizdis. Manoma, kad, be perpardavimo kainų palaikymo, agresyvesni ir stambesni platintojai sužlugdys smulkesnius prekeivius, sumažins konkurenciją mažmeninių prekių pardavimo vartotojams rinkoje, ypač mažesnėse bendruomenėse, bei suteiks sąlygas išlikusiems stambiems platintojams pakelti kainas iki pernelyg didelio lygio [17, p. 215].

2.2. Neigiamas poveikis konkurencijai

Nepaisant to, kad tam tikrais atvejais perpardavimo kainų palaikymas lemia konkurenciją skatinantį poveikį, potencialios šio vertikalaus apribojimo keliamos grėsmės konkurencijai negali būti nuvertintos. Pa-

grindiniai susirūpinimą keliantys veiksniai yra šie:

- 1) *Vertikalus kainų fiksavimas oligopolinėse rinkose gali palengvinti gamintojų kartelinio susitarimo įgyvendinimą.* Kai sudarytas gamintojui kartelis, fiksuotos mažmeninės kainos suteikia galimybę lengvai identifikuoti kartelinio susitarimo nesilaikančius ir mažesne kaina prekes pardavinėjančius platintojus, o tai prisideda prie kartelio stabilumo [15, p. 214]. Be to, koncentruotose rinkose vertikalus kainų fiksavimas lemia kainų skaidrumą, todėl lygiagretus šio vertikalaus apribojimo taikymas prisideda prie tylaus slapto susitarimo (suokalbčio) tarp gamintojų.
- 2) *Vertikalus kainų fiksavimas taip pat gali prisidėti prie platintojų kartelio įgyvendinimo.* Didelę rinkos galią turintys ir kartelinį susitarimą sudarę platintojai gali priversti gamintojus taikyti perpardavimo kainų palaikymo priemones, taip užsitikrindami kartelio stabilumą ir didesnę pelną. Tokiu būdu efektyvesniems platintojams yra užkertamas kelias vartotojams pasiūlyti mažesnes kainas [35, p. 22–23].
- 3) *Vertikalaus kainų fiksavimo pagalba dominuojantis gamintojas ar platintojas gali piktnaudžiauti turima dominuojančia padėtimi.* Pavyzdžiui, didelę rinkos galią turintis platintojas gali pareikalauti, kad gamintojas nustatytų perpardavimo kainų palaikymo priemones ir taip sustabdytų inovacijas rinkoje, kurios galbūt sumažintų platinimo sąnaudas, o kartu ir prekę kainą. Tokiu atveju gamintojas gali netu-

rėti jokio kito pasirinkimo, jei didelę rinkos galią turinčio platintojo distribucijos tinklas jam yra būtinas sėkmingai platinti savo produktus [34, p. 31]. O dominuojantis gamintojas gali panaudoti vertikalų kainų fiksavimą siekdamas platintojams suteikti iniciatyvą neparduoti gamintojo konkurentų ar naujų rinkos dalyvių produktų [30, p. 366–368].

Vis dėlto didžiausios kritikos strėlės yra nukreiptos į vartotojams, matyt, svarbiausią šio vertikalaus apribojimo poveikį – vertikalus kainų fiksavimas pašalina galimybę sumažinti galutines kainas, o tai reiškia, kad dažnai bendras kainų lygis išlieka toks pats ar netgi padidėja. Šiai pozicijai pagrįsti labiausiai padėtų empirinių tyrimų rezultatai, tačiau empirinių tyrimų nėra daug, o jų rezultatai vertinami nevienodai. Pavyzdžiui, viename iš naujausių pateikiamų empirinių tyrimų rezultatų apibendrinimų F. Lafontaine ir M. Slade daro išvadą, kad savanoriškai priimtose perpardavimo kainų palaikymo priemonės lėmė teigiamą poveikį konkurencijai, o nustatytos priverstinai¹³ – neigiamą [26, p. 406–409]. *Leegin* byloje JAV Aukščiausiasis Teismas taip pat konstatavo, kad nors empiriniai duomenys šiuo klausimu yra riboti, tačiau egzistuojantys duomenys neleidžia teigti, kad identifikuotas konkurenciją skatinantis vertikalus kainų fiksavimo poveikis yra nedažnas ar hipotetinis [34, p. 170], o ypač empiriniai tyrimai paneigia šio vertikalaus apribojimo tarnavimo sudarytiems horizontaliems karteliams teorijas [19, p. 263, 292–293; 34, p. 80]. O vertikalus kainų fiksavimo kritikai cituoja empirinius tyrimus, rodančius, kad atski-

rose JAV valstijose, kur vertikalus kainų fiksavimas buvo įteisintas valstijos priimtais teisės aktais (taip „apeinant“ *Dr. Miles* precedentą), mažmeninės prekių kainos buvo 19–27 procentais didesnės nei valstijose, kuriose vertikalus kainų fiksavimas buvo nelegalus [63]. Taip pat nurodoma, kad Prancūzijoje, kur perpardavimo kainų palaikymas tam tikrą laiką buvo teisėta praktika, mažmeninių kainų lygis padidėjo 10 procentų daugiau, palyginti su Vokietija, ir 5 procentais daugiau, palyginti su kitomis euro zonos šalimis, tačiau ženklus paslaugų lygio padidėjimo neužfiksuota [37, p. 185]. Šis „nuopelnas“ taip pat bent iš dalies priskiriamas vertikaliam kainų fiksavimui. Tačiau kartu reikėtų pažymėti, kad Prancūzijoje dėl teisės aktų suteiktos laisvės vertikalus kainų fiksavimas labai išplito ir tapo standartine mažmeninės prekybos industrijos praktika. Visuotinis, industrijoje plačiai paplitęs perpardavimo kainų palaikymo priemonių taikymas akivaizdžiai kelia konkurencijos problemų, nes tokiu atveju vartotojams nebelineka pasirinkimo tarp aukšto paslaugų lygio (ir didelių kainų) ir žemo ar neegzistuojančio paslaugų lygio (ir mažų kainų) prekių, gerokai padidėja kainų skaidrumas ir stabilizuojamas jų lygis, o tai turi potencialą susilpninti pakeičiamų prekių, pažymėtų skirtingais prekių ženklais, konkurenciją. Kai vertikalus kainų fiksavimas yra pavienė, nepaplitusi praktika, taikoma nedidelę rinkos dalį turinčių gamintojų ir platintojų, ji yra nekenksminga efektyviai konkurencijai [43, p. 558].

Iš aptarto vertikalus kainų fiksavimo poveikio konkurencijai akivaizdu, kad priklausomai nuo daugelio veiksnių kiekvienoje konkrečioje situacijoje šis vertikalusis apribojimas gali turėti teigiamą poveikį

¹³ Tirtas atvejis, kai vertikalus kainų fiksavimas buvo priverstinai nustatytas vyriausybės.

konkurencijai skatindamas investicijas į aukštos kokybės paslaugas, suteikdamas vartotojams galimybę pasirinkti tarp skirtingų kainų ir skirtingo paslaugų lygio, palengvina naujų prekių patekimą į rinką ar suaktyvina pakeičiamų prekių su skirtingais prekių ženklais konkurenciją. Pavojus konkurencijai yra potencialūs karteliniai susitarimai tiek gamintojo, tiek platintojo lygmeniu, padidėjęs kainų skaidrumas ir bendro konkurencijos lygio susilpninimas. Ekonominė teorija teigia, kad vertikalusis apribojimo rūšis pati savaime nesuteikia pagrindo *a priori* nuspėti, ar vertikalusis apribojimas sukels vien teigiamą ar neigiamą poveikį ekonominiam efektyvumui ir gerovei, todėl ekonominiu požiūriu nėra jokio pagrindo skirtingai vertinti skirtingas su kainų nustatymu susijusių vertikalųjų apribojimų rūšis¹⁴ [48, p. 234]. JAV Aukščiausiasis Teismas šią ekonominę logiką pripažino *Leegin* byloje, nurodydamas, kad nebemato teisinio ir ekonominio pagrindo išlaikyti *per se* draudimą vertikalusis kainų fiksavimo atžvilgiu. Panaikindamas žemesnių instancijų teismų sprendimus, kuriais bendrovės *Leegin Creative Leather Products Inc.* prekių platinimo sistema buvo pripažinta neteisėta, ir grąžinęs bylą nagrinėti iš naujo, JAV Aukščiausiasis Teismas po devyniasdešimt šešerių metų pertraukos suteikė pirmą realią galimybę ūkio subjektui apginti perpardavimo kainų palaikymo sistemą ir įrodyti taikomos kainų politikos efektyvumą ir konkurenciją skatinančias savybes, nes žemesniųjų ins-

tancijų teismai proceso pradžioje dėl *per se* draudimo griežtumo net nepriėmė *Leegin Creative Leather Products Inc.* teiktų ekonomikos ekspertų išvadų ir apskritai pašalino pasitelktą ekonomikos ekspertą iš proceso. Natūralu, kad po tokio sprendimo visų akys nukrypo į Europą, kurioje Komisijos griežtas nusistatymas perpardavimo kainų palaikymo atžvilgiu buvo lyginamas su *per se* draudimu JAV konkurencijos teisės sistemoje. Atsižvelgiant į tai, kad artėjo Reglamento Nr. 2790/1999 galiojimo pabaiga, o kartu ir Komisijos politikos vertikalųjų apribojimų srityje peržiūra, diskusijos šia tema įgavo didžiulį pagreitį.

3. Vertikalus kainų fiksavimas Europos Sąjungos konkurencijos teisėje – nepaneigiamas blogis?

Nepaisant didžiulės kritikos, Komisija, priimdama Reglamentą Nr. 2790/1999, pakeičiantį Reglamentą Nr. 330/2010, nepakeitė savo pozicijos vertikalusis kainų fiksavimo atžvilgiu ir toliau priskyrė šį vertikalųjį apribojimą Reglamento Nr. 330/2010 4 straipsnyje pateiktam „juodajam“ sąrašui. Tačiau tam tikri pokyčiai Komisijos konkurencijos politikoje *Leegin* sprendimu ir dėl to kilusia diskusija buvo pasiekti – atnaujintoje Vertikalųjų apribojimų gairių redakcijoje Komisija pripažino, kad teigiamas poveikis konkurencijai ir efektyvumas gali būti pasiektas naudojant perpardavimo kainų palaikymo priemones tam tikrais specifiniais atvejais, o būtent: a) pristatant naują produktą ar įeinant į naują rinką; b) koordinuojant trumpalaikę (nuo 2 iki 6 savaičių) mažų kainų kampaniją franšizės ar panašioje distribucijos sistemoje; c) suteikiant galimybę platintojams iš papildomo gauto pelno teikti papildomas paslaugas iki pardavimo ir elimi-

¹⁴ Toks skirtingas vertinimas akivaizdus lyginant požiūrį į vertikalų minimalių ir maksimalių ar rekomenduojamų kainų nustatymą Europos Sąjungos konkurencijos teisėje. Vertikalusis kainų fiksavimas uždraustas *de facto per se*, o maksimalių ar rekomenduojamų kainų nustatymas, nesant rinkos galios, vertinamas kaip nekeliantis didelių problemų konkurencijai.

nuoti „pasinaudojimo“ (angl. *free-riding*) problemą [3, paragr. 225].

Vis dėlto reikia konstatuoti, kad tai viso labo yra kosmetiniai pokyčiai, nes vertikaliam kainų fiksavimui pateisinti ir toliau reikia įrodyti, kad tenkinamos visos SESV 101 straipsnio 3 dalies sąlygos, o Komisija Vertikaliųjų apribojimų gairėse tuoj pat pabrėžia, jog, siekdamas pagrįsti, kad tenkinamos visos šios sąlygos, šalys, be kita ko, turės *įtikinamai* įrodyti, kad perpardavimo kainų palaikymo susitarimu siekiama ne tik nustatyti priemones, bet ir pasiekimas, kuriomis būtų pašalinamas galimas su tokiais paslaugomis susijęs platinimo pasinaudojimas, ir kad paslaugos iki pardavimo apskritai naudingos klientams [3, paragr. 225]. Tai reiškia, kad situacija mažai keičiasi – Komisija ir toliau labai įitariai vertins visokius panašaus pobūdžio vertikaliuosius apribojimus, o nustatytą prezumpciją paneigimas išlieka didžiule našta to siekiantiems ūkio subjektams.

Abejotina, ar Komisijos požiūris vertikalios kainų fiksavimo atžvilgiu sutampa su jos deklaruojama „platesnio ekonominio požiūrio“ (angl. *more economic approach*) politika. Manytina, kad Komisijos taisyklės vertikalios kainų fiksavimo atžvilgiu yra nesuderinamos su ekonominiais Europos Sąjungos konkurencijos teisės tikslais¹⁵ ir vertintinos kaip klaidingos, nes sukurtos taip, kad bet kokią prasmingą, faktais ir ekonominiais tyrimais pagrįstą analizę tokio pobūdžio bylose daro iš esmės neįmanomą ir neveiksmingą. Kartu jos užkerta kelią ir apriboja konkurenciją

prižiūrinių institucijų ir teismų galimybes kaupti reikalingą informaciją ir rinkti empirinius duomenis, padėsiančius išplėtoti ir patobulinti vertikalios kainų fiksavimo vertinimo metodus ir kur kas aiškiau atskirti naudingus ir žalingus atvejus [41, p. 569]. Pakankamai keista ir prieštaringa pačios Komisijos pozicija, išdėstyta naujoje Vertikaliųjų apribojimų gairių redakcijoje – viena vertus, Komisija vertikalų kainų fiksavimą laiko itin žalingu, savo tikslu konkurenciją ribojančiu vertikaliuoju susitarimu, kita vertus, čia pat pripažįsta jo konkurenciją skatinančias savybes, tačiau nenurodo jokios išimties ar „saugaus uosto“ (angl. *safe harbour*) taisyklės, taikytinos tokiais atvejais [49, p. 301]. Ši pozicija atrodo dar keistesnė, žinant, kad Komisijos Vertikaliųjų apribojimų gairėse nurodytos vertikalios kainų fiksavimo konkurenciją skatinančios savybės ekonominėje teorijoje yra žinomos jau daug metų, todėl niekaip negali būti vertinamos kaip kokybiškai naujas konkurencijos politikos posūkis.

Vertikalios kainų fiksavimo oponentų pagrindinis argumentas – dėl šios praktikos neišvengiamai kyla kainos vartotojams ir taip daroma žala jų gerovei – taip pat nėra įtikinamos. *Pirma*, vertikalios kainų fiksavimas nebūtinai reiškia padidėjusias kainas. Gamintojas, nustatydamas vertikalų kainų fiksavimą, siekia apsaugoti platintojo maržą. Jei platintojo lygmeniu susiduriama su intensyvia konkurencija, ši tikslą platintojas gali pasiekti tik sumažindamas *didmeninę* kainą, kuria jis pats parduoda prekę platintojui [33, p. 297]. Kartu tai reiškia mažesnę galutinę kainą vartotojui. Vertikalios kainų fiksavimas taip pat gali sumažinti kainas tais atvejais, kai iki tol gamintojai naudojo kitas perpardavimo kainų palai-

¹⁵ Europos Sąjungos konkurencijos teisės tikslai taip pat yra diskusijų ir atskiro tyrimo objektas, tačiau šio straipsnio tikslais yra palaikoma plačiausiai paplitusi nuomonė, pagrįsta ir pačios Komisijos pozicija, kad vartotojų gerovė yra pagrindinis Europos Sąjungos konkurencijos politikos tikslas.

kymo priemonės, kurios savo esme nėra neteisėtos, tačiau jų įgyvendinimas yra kur kas brangesnis, o didelės patiriamas tokio prekės platinimo modelio sąnaudas gamintojas įtraukdavo į prekės kainos struktūrą. *Antra*, net jei dėl vertikalios kainų fiksavimo kainos padidėja, šis poveikis nebūtinai reiškia žalą vartotojų gerovei. Gamintojas neturi jokios iniciatyvos padidinti platintojo maržą (o kartu ir platinimo sąnaudas), jei ši strategija jam neatneša jokios naudos¹⁶. Šiuo atveju papildoma nauda gaunama kaip platintojo papildomos pastangos, siekiant parduoti gamintojo prekes su garantuota pelno marža, tai savo ruožtu skatina produktų su skirtingais prekių ženklais konkurenciją, didina gamybos apimtį ir lemia padidėjusį konkurencijos efektyvumą, kuris ilguoju laikotarpiu gali lemti kainų sumažėjimą. Teigiama, kad vertinant vertikalų kainų fiksavimą iš ekonominės perspektyvos, vien padidėjusių kainų testas yra visiškai bevertis, nes jis nieko nepasako, ar šis vertikalusis apribojimas prisidėjo prie konkurencijos efektyvumo ir vartotojų gerovės padidėjimo, todėl tokiais atvejais siūloma daugiausia dėmesio sutelkti į tai, ar vertikalus kainų fiksavimas padidino gamybos apimtį [11, p. 147–148; 31, p. 2–3], nes tai yra efektyvios, karteliais neapsunkintos, vartotojų gerovę didinančios konkurencijos požymis. Todėl kainų testas niekaip negali prisidėti prie prezumpcijos, kad vertikalus kainų fiksavimas riboja konkurenciją [41, p. 582]. *Trečia*, galima daryti išvadą, kad Komisijos požiūris priskirti vertikalų kainų fiksavimą

„sunkiesiems“ apribojimams vien dėl jų poveikio kainų lygiui yra nesuderinamas su Teisingumo Teismo praktika. Teisingumo Teismas ne kartą yra pabrėžęs, kad konkurencija kainomis nėra vienintelė efektyvi konkurencijos forma, kuriai visada turėtų būti teikiamas prioritetas [54, paragr. 21], o konkurencijos kainomis apribojimai yra neatskiriami nuo kiekvienos pasirinktinio platinimo sistemos, nes šie apribojimai atsveriami padidėjusios konkurencijos, kurią skatina vartotojams suteikiamos papildomos paslaugos, kurios įprastomis sąlygomis nebūtų įmanomos [55, paragr. 42]. *Metro II* byloje Teisingumo Teismas papildė minėtais sprendimais formuojamą praktiką, nurodydamas, kad vertikalios pobūdžio strategija, skirta skatinti reklamos pastangas ir prekės įvaizdį, gali kelti konkurencijos problemų tik tokiais atvejais, jei ši praktika sukelia atpažįstamą horizontalų efektą, sušvelnindama skirtingų prekių konkurenciją [58, paragr. 40].

Taigi akivaizdu, kad perpardavimo kainų palaikymas negali būti vertinamas tik neigiamai. Net ir patys didžiausi šio vertikalios apribojimo kritikai nurodo, kad taikant perpardavimo kainų palaikymą konkurenciją skatinantis poveikis gali pasireikšti mažiausiai septyniais būdais [37, p. 181–184]. O šalininkai griežtai peikia Komisijos užsispyrimą ir nurodo, kad nenoras konkurencijos taisyklės priartinti prie ekonominių realijų turi didelę kainą – tokiu atveju yra neįmanoma sukurti teisinio vertikalųjų apribojimų režimo, kuris būtų suderinamas su ekonomine teorija [48, p. 229]. Kaipgi tada vertinti Komisijos nenorą net ir itin mažą rinkos dalį turinčių ūkio subjektų susitarimų neįtraukti į *De minimis* pranešimo taikymo sritį ir pasmerkti *de facto* nerealizuotinai gyny-

¹⁶ Jei gamintojas norėtų padidinti kainas vartotojams (be jokio atitinkamo gamybą skatinančio efekto), jis paprasčiausiai padidintų prekės didmeninę kainą. Tokiu atveju visas papildomas pelnas tektų gamintojui, nesidalijant jo su platintoju [41, p. 582].

bai pagal SESV 101 straipsnio 3 dalį, kai ekonomikos teorija [10, p. 203] ir pačiai Komisijai patariantys ekonomistai [32, p. 2–3] aiškiai pripažįsta, kad vertikalieji apribojimai gali kelti konkurencijos problemų tik tuos apribojimus taikantiems ūkio subjektams turint didelę rinkos galią. Kyla klausimas, kokią reikšmingą konkurencijos suvaržymą ir žymų neigiamą ekonominį poveikį gali sukelti vertikalūs susitarimai dėl perpardavimo kainų palaikymo, sudarytas ūkio subjektų, turinčių 1–2 procentus atitinkamos rinkos? Tačiau Komisija išlieka indiferentiška bet kokiems siūlymams palankiau vertinti mažą rinkos dalį turinčių ūkio subjektų vertikaluosius susitarimus dėl perpardavimo kainų palaikymo ir atsako jiems taikyti *de minimis* doktriną.

Atitinkamai reikia konstatuoti, kad nėra galimybių sutikti su D. Švirino išreikiama nuomone, kad Komisijos požiūris į vertikaluosius kainų fiksavimo susitarimus yra „liberalus“ [46, p. 164]. Sukurta iliuzija, kad tokie susitarimai galėtų būti pateisinami remiantis SESV 101 straipsnio 3 dalimi, kai *de facto* tas net nėra įmanoma, vargu ar gali būti vertinama kaip liberalus požiūris.

2012 m. gegužės 1 d. įsigaliojo Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymo pakeitimo įstatymas [4], kurio 38 straipsnio 1 dalyje įtvirtinta nauja nuostata, nurodanti, kad ūkio subjektas, kuris yra vertikaliojo susitarimo dėl perpardavimo kainų palaikymo dalyvis, Lietuvos Respublikos konkurencijos tarybai pranešęs apie tokį susitarimą, gali būti atleidžiamas nuo baudos. Tokiu būdu Lietuvos konkurencijos teisėje vertikalus kainų fiksavimas buvo prilygintas horizontaliems karteliams, o tai jau pralenkia net ir Komisijos prak-

tiką¹⁷. J. Šovienė, Lietuvos Respublikos konkurencijos tarybos narė, koordinuojanti Draudžiamų susitarimų skyriaus veiklą, komentuodama šiuos pakeitimus, išreiškė nuomonę, kad vertikalieji susitarimai yra „žalingiausi ne konkurentų sudaryti susitarimai“ [44, p. 6]. Akivaizdu, kad esant tokiam įstatyminiam reguliavimui ir konkurenciją prižiūrinčių pareigūnų pozicijai, apie jokių tokio susitarimo pateisinimą remiantis SESV 101 straipsnio 3 dalimi ar Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymo 6 straipsniu negali būti nė kalbos. Panašu, kad ir Lietuvos konkurencijos teisėje vietos vertikaliųjų susitarimų ekonominio poveikio vertinimui (kaip ir tiems senukams¹⁸) kol kas nėra.

Išvados

1. Vertikalus kainų fiksavimas, nepaisant ilgalaikės kritikos ir pasaulinių tendencijų, Europos Sąjungos konkurencijos teisėje yra draudžiamas *de facto per se*. Nors šis draudimas negali būti *sutapatinamas* su JAV egzistuojančia *per se* nelegalumo doktrina, dėl nustatytų praktikoje iš esmės nepaneigiamų prezumpcijų ir itin neigiamo išankstinio Europos Komisijos nusiteikimo, jis gali būti jai *prilyginamas*.
2. Nėra jokio teorinio ir empirinio pagrindo vertikalaus kainų fiksavimo susitarimus vertinti aiškiai neigiamai. Šie vertikalieji apribojimai, atsižvelgiant į

¹⁷ Komisijos atleidimo nuo atsakomybės už konkurencijos teisės pažeidimus programa skirta tik horizontalaus kartelio dalyviams ir nėra taikoma jokiems vertikaliesiems susitarimams [7].

¹⁸ Aliuzija į Pulitzerio premijos laureato Cormac McCarthy 2005 m. romaną bei jo pagrindu sukurta to paties pavadinimo kino filmą „Šioje šalyje nėra vietos senukams“ (angl. *No Country for Old Men*, rež. Joel and Ethan Coen, 2007).

faktines jų sudarymo ir vykdymo aplinkybes, juos sudariusių ūkio subjektų rinkos galią ir bendrą situaciją rinkoje, gali turėti tiek teigiamą, tiek neigiamą poveikį konkurencijai. Neneigtina, kad tokie susitarimai turėtų būti vertinami atsargiai, tačiau automatinis jų pasmerkimas net ir tais atvejais, kai juos taiko itin mažą rinkos dalį turintys ūkio subjektai, nesuderinamas su ekonomine vertikalųjų apribojimų poveikio teorija, o kartu – su Komisijos deklaruojama „platesnio ekonominio požiūrio“ politika.

3. Lietuvos konkurencijos sargai, įstatymiškai vertikaliuosius susitarimus dėl kainų palaikymo sulygindami su horizontaliu karteliniu elgesiu, žengė dar toliau. Akiivaizdu, kad tokie sprendimai diktuojami ne ekonominės logikos, o noro kuo griežčiau kontroliuoti ūkio subjektų elgesį, neatsižvelgiant į tai, kokių padarinių tokia reguliacija sukelia konkurencijos ir rinkos efektyvumui bei dinamikai, užkertant kelią sukurti efektyvias platinimo sistemas ir inovacijoms. Analogišką klaidą 1911 m. padarė JAV Aukščiausiasis Teismas *Dr. Miles* byloje. Šiai klaidai ištaisyti prireikė devyniasdešimt šešerių metų.

LITERATŪRA

Teisės aktai

1. Sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo suvestinė redakcija. OL, 2010 C 83/01.
2. 1999 m. gruodžio 22 d. Komisijos reglamentas (EB) Nr. 2790/99 dėl Sutarties 81 straipsnio 3 dalies taikymo vertikalųjų susitarimų ir suderintų veiksmų grupėms. OL, 1999 L 336/21.
3. 2010 m. balandžio 22 d. Komisijos reglamentas (ES) Nr. 330/2010 dėl Sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo 101 straipsnio 3 dalies taikymo vertikalųjų susitarimų ir suderintų veiksmų rūšims. OL, 2010 L 102/1.
4. Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas. *Valstybės žinios*, 2012, nr. 42-2041.

Europos Komisijos pranešimai

5. Komisijos pranešimas dėl nedidelės svarbos susitarimų, kurie nežymiai riboja konkurenciją pagal Europos Bendrijos steigimo sutarties 81 straipsnio 1 dalį (*de minimis*). OL, 2001 C368/13.
6. Komisijos pranešimas Nr. 2004/C 101/08, Sutarties 81 straipsnio 3 dalies taikymo gairės. OL, 2004 C 101/97.
7. Komisijos pranešimas Nr. 2006/C 298/11 dėl atleidimo nuo baudų ir baudų sumažinimo kartelių bylose. OL, 2006 C 298/17.

8. Komisijos pranešimas Nr. 2010/C 130/01, Vertikalųjų apribojimų gairės. OL, 2010 C 130/1.

Specialioji literatūra

9. ALESE, F. Unmasking the Masquerade of Vertical Price Fixing. *European Competition Law Review*, 2007, 28(9).
10. BISHOP, S.; WALKER, M. *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. 3rd ed., London: Sweet and Maxwell, 2010.
11. BLAIR, R. D. The Demise of Dr. Miles: Some Troubling Consequences. *The Antitrust Bulletin*, 2008, Vol. 53, No. 1.
12. BORK, R. H. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. New York: Basic Books, 1993.
13. COMANOR, W. S. Vertical Price-fixing, Vertical Market Restrictions, and the New Antitrust Policy. *Harvard Law Review*, 1985, Vol. 98, Issue 5.
14. ELZINGA, K. G.; MILLS, D. E. The Economics of Resale Price Maintenance. In *Issues in Competition Law and Policy*. Chicago: American Bar Association, Antitrust Section, 2008, Vol. 3.
15. GEY, P.; KAMANN, H. G. The Assessment of Minimum Resale Price Maintenance in Europe in the Aftermath of Leegin. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 2008, No. 2.

16. GIPPINI-FOURNIER, E. Resale Price Maintenance in the EU: In Statu Quo Ante Bellum? In *International Antitrust Law and Policy*. New York: Juris Publishing, Inc., 2010.
17. GOYDER, D. G.; GOYDER, J.; ALBORS-LLORENS, A. *Goyder's EC Competition Law*. 5th ed., Oxford: Oxford University Press, 2009.
18. HARBOUR, P. M. *An Open Letter to the Supreme Court of the United States from Commissioner Pamela Jones Harbour* [interaktyvus. Žiūrėta 2012-05-25]. Prieiga per internetą: <<http://www.ftc.gov/speeches/harbour/070226verticalminimumpricefixing.pdf>>.
19. IPPOLITO, P. M. Resale Price Maintenance: Empirical Evidence from Litigation. *Journal of Law and Economics*, 1991, Vol. 34(2).
20. JONES, A. Analysis of Agreements under U.S. and EC Antitrust Law – Convergence or Divergence? *The Antitrust Bulletin*, 2006, Vol. 51, No. 4.
21. JONES, A.; SUFRIN, B. *EC Competition Law: Text, Cases and Materials*. 3rd ed., New York: Oxford University Press, 2008.
22. KLEIN, B.; MURPHY, K. M. Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms. *Journal of Law and Economics*, 1988, Vol. 31(2).
23. KLEIN, B. Competitive Resale Price Maintenance in the Absence of Free Riding. *Antitrust Law Journal*, 2009, Vol. 76(2).
24. KLEIN, B. Assessing Resale Price Maintenance After Leegin. In *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012.
25. KNEEPKENS, M. Resale Price Maintenance: Economics Call For A More Balanced Approach. *European Competition Law Review*, 2007, 28(12).
26. LAFONTAINE, F.; SLADE, M. Exclusive Contracts and Vertical Restraints. In *Handbook of Antitrust Economics*. Cambridge: The MIT Press, 2008.
27. LAO, M. Leegin and Resale Price Maintenance – A Model for Emulation or for Caution for the World? *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2008, 39(3).
28. LAO, M. Resale Price Maintenance: A Reassessment of Its Competitive Harms and Benefits. In *More Common Ground for International Competition Law?* Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011.
29. MARVEL, H. P.; MCCAFFERTY, S. Resale Price Maintenance and Quality Certification. *The Rand Journal of Law and Economics*, 1984, Vol. 15(3).
30. MARVEL, H. P.; MCCAFFERTY, S. The Welfare Effects of Resale Price Maintenance. *Journal of Law and Economics*, 1985, Vol. 28(2).
31. MARVEL, H. P. Resale Price Maintenance and the Rule of Reason. *The Antitrust Source*, June 2008 [interaktyvus]. [Žiūrėta 2012-05-26]. Prieiga per internetą: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/Jun08_Marvel6_26f.authcheckdam.pdf>.
32. MOTTA, M., et al. *Hardcore Restrictions under the Block Exemption Regulation on Vertical Agreements: An Economic View. Report of the Economic Advisory Group on Competition Policy at the Directorate General for Competition, European Commission* [interaktyvus. Žiūrėta 2012-05-25]. Prieiga per internetą: <http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/hardcore_restrictions_under_BER.pdf>.
33. Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) Policy Roundtable „Resale Price Maintenance 2008” [interaktyvus. Žiūrėta 2012-05-26]. Prieiga per internetą: <<http://www.oecd.org/dataoecd/39/63/43835526.pdf>>.
34. OVERSTREET, T. R. *Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence*. Washington: Government Printing Office, 1983.
35. OVERSTREET, T. R. *An Economic Analysis of Resale Price Maintenance*. Michigan: University Microfilms International, 1987.
36. PEEPERKORN, L. Resale Price Maintenance and It's Alleged Efficiencies. *European Competition Journal*, June 2008, Vol. 4, No. 1.
37. PEEPERKORN, L. A New Policy in the Field of Verticals? In *Current Developments in European and International Competition Law*. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2010.
38. POSNER, R. A. Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality. *University of Chicago Law Review*, Vol. 48, Issue 1.
39. POSNER, R. A. *Antitrust Law*. 2nd ed., Chicago: University of Chicago Press, 2001.
40. POSNER, R. A. *Economic Analysis of Law*. 8th ed., Austin: Wolters Kluwer Law and Business, 2011.

41. REINDL, A. Resale Price Maintenance and Article 81 EC: Developing A More Sensible Analytical Approach. In *International Antitrust Law and Policy*. New York: Juris Publishing, Inc., 2010.
42. REINDL, A. Vertical Restraints, RPM and Article 81 Analysis (Panel Discussion). In *International Antitrust Law & Policy*. New York: Juris Publishing, Inc., 2010.
43. SCHERER, F. M.; ROSS, D. *Industrial Market Structure and Economic Performance*. 3rd ed., Boston: Mifflin, 1990.
44. ŠOVIENĖ, J. Įsigaliojo nauja Konkurencijos įstatymo redakcija. *Juristas*, 2012, nr. 5(104).
45. ŠVIRINAS, D. *Vertikaliųjų susitarimų reglamentavimas konkurencijos teisėje*. Vilnius: Mykolo Romerio universiteto Leidybos centras, 2004.
46. ŠVIRINAS, D. Leegin Case and It's Impact On European Community Competition Policy in Regard to Vertical Minimum Price-Fixing. *Jurisprudencija*, 2009, nr. 2(116).
47. VAN BAELE, I.; BELLIS, J-F. *Competition Law of the European Community*. 5th ed., Hague: Kluwer Law International, 2010.
48. VAN DEN BERGH, R.; CAMESASCA, P. *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*. 2nd ed., London: Sweet and Maxwell, 2006.
49. VELEZ, M. The Tenuous Evolution of Resale Price Maintenance. *European Competition Law Review*, 2011, 32(6).
50. WHISH, R.; BAILEY, D. *Competition Law*. 7th ed., Oxford: Oxford University Press, 2012.
54. Teisingumo Teismo 1977 m. spalio 25 d. sprendimas byloje 26/76, *Metro-SB-Grossmärkte GmbH v. Commission (Metro I)* (1977), ECR 1875.
55. Teisingumo Teismo 1983 m. spalio 25 d. sprendimas byloje 107/82 *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG v. Commission* (1983), ECR 3151.
56. Teisingumo Teismo 1985 m. liepos 3 d. sprendimas byloje 243/83, *SA Binon and Cie v. SA Agence et Messageries de la Presse* (1985), ECR 2015.
57. Teisingumo Teismo 1986 m. sausio 20 d. sprendimas byloje 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis* (1986), ECR 353.
58. Teisingumo Teismo 1986 m. spalio 22 d. sprendimas byloje 75/84 *Metro-SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG v. Commission (Metro II)* (1986), ECR 3021.
59. Bendrojo Teismo 1998 m. rugsėjo 15 d. sprendimas sujungtose bylose T-374/94, T-375/94, T-384/94 ir T-388/94 *European Night Services and others v. Commission* (1998), ECR II-3141.
60. JAV Aukščiausiojo Teismo 1997 m. lapkričio 4 d. sprendimas byloje *State Oil Co. v. Khan*, 552 U.S. 3 (1997).
61. Bendrojo Teismo 2006 m. rugsėjo 27 d. sprendimas byloje T-168/01 *GlaxoSmithKline Services v. Commission* (2006), ECR II-2969.
62. JAV Aukščiausiojo Teismo 2007 m. birželio 28 d. sprendimas byloje *Leegin Creative Leather Products Inc. v. PSKS Inc.*, 551 U.S. (2007).
63. JAV Aukščiausiojo Teismo teisėjo J. Breyer atskiroji nuomonė byloje *Leegin Creative Leather Products Inc. v. PSKS Inc.*, 551 US (2007).

Praktinė medžiaga

Teismų sprendimai

51. JAV Aukščiausiojo Teismo 1911 m. balandžio 3 d. sprendimas byloje *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park and Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911).
52. JAV Aukščiausiojo Teismo 1967 m. birželio 12 d. sprendimas byloje *United States v. Arnold Schwinn and Co.*, 388 U.S. 365 (1967).
53. JAV Aukščiausiojo Teismo 1977 m. liepos 23 d. sprendimas byloje *Continental TV Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 US 36 (1977).

Europos Komisijos sprendimai

64. Europos Komisijos 1976 m. gruodžio 22 d. sprendimas byloje 77/66/EEC, *GERO-fabrik* (1977). OL, 1977 L 16.
65. Europos Komisijos 2000 m. liepos 5 d. sprendimas byloje 2001/135/EC, *Nathan-Bricolux* (2001). OL, 2001 L 54/1.
66. Europos Komisijos 2000 m. gruodžio 21 d. sprendimas byloje 2002/190/EC, *JCB* (2002). OL, 2002 L 69.

RETHINKING VERTIKAL PRICE FIXING: WHERE EVIL LURKS?

Darius Miniotas

S u m m a r y

Vertical price fixing historically is one of the most harshly treated vertical restraints in competition law systems of both European Union and the US. Although criticised by the economic theory for a long time, this approach has been weakened only after the *Leegin* decision of the US Supreme Court delivered in 2007. The wave of discussions initiated by the mentioned judgement revealed that vertical agreements regarding resale price maintenance cannot be considered as exclusively harming the competition.

The article reveals the assessment of vertical price fixing in European Union and US competition law systems. Upon performing the historical analysis of the European Union competition policy it may be concluded that notwithstanding the fact that vertical price fixing agreements may be theoretically justified by granting an individual exemption pursuant to Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union, due to

practically undeniable presumptions, enormous burden of proof and extremely negative attitude of the European Commission, such agreements are effectively prohibited *de facto per se*.

While seeking to assess the actual effect of the vertical price fixing to the competition, the article examines the ways in which this vertical restraint may facilitate competition and where the potential dangers can be identified. From such analysis a conclusion is drawn that depending on various factors and the market power of the relevant undertakings, these vertical restraints may have both procompetitive and anticompetitive effects, therefore exclusively negative attitude towards such agreements is incompatible with the economic analysis of their effects. Considering the results of the performed analysis, a critical opinion regarding the competition policy of Lithuania is presented, criticising the decision to align the effects of vertical price fixing to those created by the horizontal cartels.

Įteikta 2012 m. liepos 19 d.

Priimta publikuoti 2012 m. spalio 29 d.