

Karolis KAČERAUSKAS

DAKTARO DISERTACIJA

VALSTYBĖS PARAMOS VALSTYBĖS
KONTROLIUOJAMIEMS ŪKIO
SUBJEKTAMS DRAUDIMAS
PAGAL SUTARTIES DĖL EUROPOS
SAJUNGOS VEIKIMO 106(1) IR
102 STRAIPSNIUS

SOCIALINIAI MOKSLAI,
TEISĖ (01 S)
VILNIUS, 2016


MYKOLO ROMERIO
UNIVERSITETAS

MYKOLO ROMERIO UNIVERSITETAS

Karolis Kačerauskas

VALSTYBĖS PARAMOS VALSTYBĖS
KONTROLIUOJAMIEMS ŪKIO SUBJEKTAMS
DRAUDIMAS PAGAL SUTARTIES DĖL
EUROPOS SAJUNGOS VEIKIMO 106(1) IR
102 STRAIPSNIUS

Daktaro disertacija
Socialiniai mokslai, teisė (01 S)

Vilnius, 2016

Daktaro disertacija rengta 2012-2016 m. Mykolo Romerio universitete, ginama Mykolo Romerio universitete pagal Mykolo Romerio universitetui ir Vytauto Didžiojo universitetui 2011 m. birželio 8 d. Lietuvos Respublikos švietimo ir mokslo ministro įsakymu Nr. V-1019 suteiktą doktorantūros teisę.

Moksliniai vadovai:

2012-2014 m. - doc. dr. Lina Novikovienė (Mykolo Romerio universitetas, socialiniai mokslai, teisė, 01 S)

2014-2016 m. - doc. dr. Raimundas Moisejevas (Mykolo Romerio universitetas, socialiniai mokslai, teisė, 01 S)

TURINYS

SĄVOKOS	6
ĮVADAS	7
1. SESV 106(1) STR. IR 102 STR. NUMATYTO DRAUDIMO PRIVILEGIJUOTI VALSTYBĖS KONTROLIUOJAMUS SUBJEKTUS ISTORINĖ RAIDA IR TEISINĖ PRIGIMTIS	20
1.1. Draudimo istorinė raida	20
1.2. Draudimo teisinė prigimtis.....	23
2. SESV 106(1) STR. NUMATYTŲ VALSTYBĖS ATSAKOMYBĖS PAGRINDŲ TAIKYMO KRITERIJAI.....	27
2.1. Veiksmų priskyrimas valstybei ir valstybės priemonių sąvoka	28
2.1.1. Valstybės priemonių samprata	28
2.1.2. Valstybės priemonių išraiškos forma	31
2.1.3. Valstybės priemonės galinčios sukurti valstybės institucijos.....	33
2.1.4. Tyrimo rezultatų apibendrinimas	33
2.2. Valstybės priemonių nukreipimas į ūkio subjektus.....	33
2.2.1. Monopolizavimo įtaka veiklos ekonominiam pobūdžiui.....	34
2.2.2. Netiesioginis išimtinių ar specialiųjų teisių suteikimas ūkio subjektams	38
2.2.3. Tyrimo rezultatų apibendrinimas	39
2.3. Valstybės priemonių nukreipimas į subjektus turinčius specialų santykį su valstybe	40
2.3.1. Valstybės diskrecijos ribojimo specifinės ūkio subjektų grupės atžvilgiu koncepciniai pagrindai	40
2.3.2. Valstybės ūkio subjektų samprata	42
2.3.3. Specialias ar išimtines teises turinčių ūkio subjektų samprata	46
2.3.4. Išimtinių teisių samprata.....	47
2.3.5. Specialiųjų teisių samprata.....	49
2.3.6. Subjektyvaus valstybės pasirinkimo reikšmė apibrėžiant išimtinių ir specialiųjų teisių sąvokas.....	52
2.3.7. Poreikis atskirti specialiųjų ir išimtinių teisių sąvokų apibrėžimus.....	57
2.3.8. Galimybė konstatuoti specialiųjų ar išimtinių teisių suteikimą, kai privilegijos suteikiamos neribotai ūkio subjektų kategorijai	58
2.3.9. Galimybė taikyti SESV 106(1) str. įtvirtintą draudimą vertinant specialiųjų ar išimtinių teisių suteikimą pirmą kartą	59
2.3.10. Tyrimo rezultatų apibendrinimas	60
2.4. Valstybės priemonėmis sukuriama neigiamas poveikis kitoms sutarties nuostatoms.....	63
3. SESV 106(1) STR. TAIKYMAS KARTU SU 102 STR. NUMATYTU DRAUDIMU PIKTNAUDŽIAUTI DOMINUOJANČIA PADĖTIMI.....	65
3.1. Dominuojančios padėties rinkoje nustatymas	66
3.1.1. Santykis tarp išimtinių teisių suteikimo ir dominuojančios padėties rinkoje susiformavimo	66
3.1.2. Rinkoje užimamos dominuojančios padėties nustatymo laiko momentas	69

3.2. Poveikio prekybai tarp valstybių narių nustatymas	72
3.3. Piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi draudimo veiksmingumą mažinančių valstybės veiksnių formos	72
3.3.1. Veiksnių teorija: vertimas piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi	73
3.3.2. Veiksnių teorija: skatinimas piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi	76
3.3.3. Struktūrinio pažeidimo teorija: konkurenciją ribojančių pasekmių sukūrimas valstybės priemonėmis	79
4. ATSKIRŲ PAŽEIDIMO FORMŲ ANALIZĖ	81
4.1. Negalėjimas patenkinti paklauskos	81
4.1.1. ESTT pozicija negalėjimo patenkinti paklauskos byloje	83
4.1.2. Komisijos pozicija negalėjimo patenkinti paklauskos byloje	100
4.1.3. Komisijos ir ESTT pozicijų suartėjimas <i>Slovenska posta</i> byloje	105
4.1.4. Tyrimo rezultatų apibendrinimas	109
4.2. Interesų konflikto situacijos sudarymas	118
4.2.1. Interesų konflikto draudimo koncepciniai pagrindai	119
4.2.2. Interesų konflikto susidarymas susiejant reguliacines ir komercines funkcijas	121
4.2.2.1. Reguliacinių funkcijų identifikavimas	123
4.2.2.2. Valstybės ir valstybės kontroliuojamo subjekto bendradarbiavimo ribos vykdant reguliacines funkcijas	127
4.2.2.3. Teisinis situacijos vertinimas, kai reguliacinės ir komercinės funkcijos išskaidomos keliems tarpusavyje susijusiems subjektams	132
4.2.3. Interesų konflikto susidarymas suteikiant išimtinę teisę veikti rinkoje	145
4.2.4. Galimybė pateisinti interesų konflikto situacijos sukūrimą SESV 106(2) str. pagrindu	150
4.3. Dominuojančios padėties įtvirtinimas, sustiprinimas ir išplėtimas	154
4.3.1. Draudimo koncepcinių pagrindų suformavimas	155
4.3.2. Veiksmai, kuriais valstybė gali iškreipti konkurenciją	159
4.3.3. Tyrimo rezultatų apibendrinimas	169
4.3.4. Veiksmai, kuriuos galima laikyti dominuojančios padėties „išplėtimu“ į kitas rinkas	171
4.3.5. Įrodinėjimo probleminiai aspektai taikant struktūrinio pažeidimo teoriją	175
4.3.5.1. Pažeidimo įrodinėjimas taikant <i>GB-INNO-BM</i> struktūrinio pažeidimo teoriją	176
4.3.5.2. Pažeidimo įrodinėjimas taikant lygių konkurencijos galimybių teoriją	187
4.4. Išimtinių teisių suteikimas kaip <i>per se</i> pažeidimas	204
4.4.1. Išimtinių teisių teisėtumo prezumpcijos susiformavimas	205
4.4.2. <i>La Crespelle</i>	207
4.4.3. ESTT praktikos evoliucija po <i>Corbeau</i> ir <i>La Crespelle</i> sprendimų	208
4.4.4. ESTT praktikos vertinimas	209

IŠVADOS	213
PASIŪLYMAI	219
LITERATŪROS SĀRAŠĀS	220
DAKTARO DISERTACIJOS SANTRAUKA	231
SUMMARY OF THE DOCTORAL THESIS	254

SĄVOKOS

ESS	Europos Sąjungos sutartis
SESV	Sutartis dėl Europos Sąjungos veikimo
Komisija	Europos Komisija
Bendrasis teismas	Europos Sąjungos Bendrasis teismas
ESTT	Europos Sąjungos Teisingumo Teismas
Sutartis	Europos Sąjungos sutartis ir Sutartis dėl Europos Sąjungos veikimo ir, priklausomai nuo konteksto, ankstesnės redakcijos Europos Sąjungos steigimo sutartys
Specialų santykį su valstybe turintys subjektai	Valstybės ūkio subjektai ir ūkio subjektai, kuriems valstybė suteikė specialiąsias ar išimtines teises, kurių atžvilgiu taikomas SESV 106(1) str. numatytas draudimas

IVADAS

Tyrimo aktualumas. Europos Sąjungos teisė yra grindžiama SESV 345 str. įtvirtintu nuosavybės neutralumo principu. Šis principas reiškia, kad valstybės narės turi galimybę ne tik įgyvendinti klasikines valstybės funkcijas viešojo administravimo srityje, tačiau kartu dalyvauti ekonominėje veikloje siekdamos pelno. Visgi valstybės dalyvavimas ekonominėje veikloje, konkuruojant su privačiais rinkos dalyviais, visuomet kelia valstybės ir verslo santykių įtampą. Daugeliu atvejų tokia įtampa kyla ne dėl konkurencinio spaudimo, kurį galėtų sudaryti efektyviai veikiančios valstybės valdomi ūkio subjektai, tačiau suvokimo, kad dalyvaudama ūkinėje veikloje valstybė yra linkusi kurti tokią verslo aplinką, kurioje išskirtinės veiklos sąlygos sudaromos būtent valstybės kontroliuojamiems ūkio subjektams.

Šiuo atžvilgiu reikia pripažinti, kad požiūris į valstybės dalyvavimą ekonominėje veikloje įvairiais Europos Sąjungos evoliucijos laikotarpiais keitėsi pakankamai reikšmingai. Ankstyvajame Europos Sąjungos vystymosi etape daugelyje šalių egzistavo valstybinės monopolijos, kurios kontroliavo paslaugų teikimą tokiose jautriose ekonomikos srityse, kaip telekomunikacijos ar energetika, o tokių valstybinių monopolijų egzistavimas buvo laikomas įprastu valstybių ekonomikos organizavimo modeliu. Visgi situacija dramatiškai pasikeitė XX a. aštuntojo dešimtmečio pabaigoje – devintojo dešimtmečio pradžioje Europos Sąjungoje įsivyravus liberalizmo idėjoms. Šiuo laikotarpiu buvo pradėtas kelti tokių monopolijų teisėtumo klausimas, o Europos Sąjungos institucijų pastangų dėka valstybės monopolijos ir kitos valstybės intervencijos priemonės buvo aktyviai pradėtos šalinti iš valstybių narių teisinės sistemos. Šie monopolijų teisėtumo ribų klausimai iki šiol aktyviai svarstomi Europos Sąjungos teisės doktrinoje ir praktikoje.

Vertinant šiuo metu Lietuvoje vyraujančią požiūrį į valstybės dalyvavimą ekonominėje veikloje ir su tuo susijusius valstybės-verslo santykius, galima daryti išvadą, kad valstybės monopolijų ir intervencijos priemonių teisėtumo klausimai ganėtinai ilgai Lietuvoje buvo ignoruojami. Tuo tarpu Lietuvoje besiklostanti valstybės dalyvavimo versle situacija labai primena tą, kuri egzistavo Europos Sąjungoje prieš du dešimtmečius. Šiuo metu Lietuva yra linkusi plėsti savo dalyvavimą ekonominėje veikloje. Toks valstybės dalyvavimas ekonominėje veikloje ryškiausiai pastebimas energetikos sektoriuje, kuriame valstybės ar savivaldybių kontroliuojami ūkio subjektai valdo praktiškai visus bent kiek svarbesnius energetikos objektus, o valstybės institucijos tiesiogiai deklaruoja siekį tokią kontrolę išlaikyti *inter alia* nurodydamos, kad tokia valstybės kontrolė leidžia efektyviausiai valdyti verslą. Analogiška valstybės dalyvavimo rinkoje problema ryški ir pervežimų geležinkelių sektoriuje, kuriame nepaisant rinkos liberalizavimo praktiškai vieninteliu vežėju geležinkeliais išlieka valstybės kontroliuojama įmonė, ar telekomunikacijų sektoriuje, kuriame paslaugų teikimą viešiesiems subjektams siekia perimti valstybės kontroliuojamas paslaugų teikėjas, motyvuodamas tuo, kad privatūs subjektai neužtikrina tinkamo duomenų perdavimo saugumo ir t.t. Savo ruožtu, didžiausius Lietuvos investuotojus vienijanti asociacija „*Investuotojų forumas*“ savo 2015 metų pranešime, apžvelgiančiame verslo požiūrį į aktualiausias valstybės problemas, išreiškia susirūpinimą būtent dėl valstybinio kapitalizmo stiprėjimo. Investuotojų požiūriu valstybinio kapitalizmo problema pasireiškia tuo, kad „*mokesčių mokėtojų pinigai yra investuojami į komercinio pobūdžio veiklą, kurios poreikį visiškai patenkina privatūs rinkos dalyviai*“, o da-

lyvaujama rinkoje valstybė veikia interesų konflikto situacijoje (vienu metu veikdama kaip rinkos reguliatorius ir kaip investuotojas) ir negali užtikrinti sąžiningų konkurencijos sąlygų¹.

Susidūrus tokiems priešingiems valstybės ir verslo interesams, natūraliai kyla klausimas, kokios konkrečiai yra valstybės dalyvavimo versle ribos, t.y. kokia apimtimi valstybė gali padėti vykdyti veiklą savo kontroliuojamiems ūkio subjektams, įgalindama juos vykdyti verslo operacijas ir kartu siekiant papildomų valstybinio pobūdžio tikslų, kurie paprastai keliami valstybės kontroliuojamiems ūkio subjektams. Šiuo atžvilgiu reikia pripažinti, kad Europos Sąjungos teisės požiūriu tokios valstybės paramos savo kontroliuojamiems ūkio subjektams ribos gali būti vertinamos įvairių teisinių instrumentų pagrindu, įskaitant Europos Sąjungos laisvo judėjimo nuostatas ar valstybės pagalbos taisykles. Visgi išskirtinį vaidmenį liberalizuojant rinkas ir šalinant iš valstybių narių teisinės sistemos įvairias intervencijos priemones Europos Sąjungoje vaidina SESV 106(1) str. taikymas kartu su konkurencijos teisės taisyklėmis, konkrečiai SESV 102 str. numatyto draudimu piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi. Dėl savo reikšmės atskirų autorių šis teisinis instrumentas buvo įvardintas netgi savotišku „skardinių atidarytuvu“ Europos Sąjungoje vykstančiuose rinkų liberalizacijos procesuose². Atsižvelgiant į tokią SESV 106(1) str. ir 102 str. reikšmę tebesitęsiančiuose Europos Sąjungos liberalizacijos procesuose bei Lietuvoje vyraujančias valstybinio kapitalizmo tendencijas šioje disertacijoje atliekamas tyrimas konkrečiai bus nukreiptas į šio teisinio instrumento analizę.

Pirminiu požiūriu SESV 106(1) str. ir 102 str. numatytas draudimas yra pakankamai paprastas. SESV 106(1) str. nustato valstybėms narėms lojalumo pareigą, kuri išreiškiama kaip reikalavimas susilaikyti nuo bet kokių veiksmų galinčių sumažinti Europos Sąjungos teisės veiksmingumą. Savo ruožtu, taikant SESV 106(1) str. kartu su 102 str. suformuluojamas valstybėms narėms adresuotas draudimas savo kontroliuojamų ūkio subjektų atžvilgiu imtis priemonių, kurios galėtų sumažinti SESV 102 str. numatyto draudimo piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi veiksmingumą. Nors toks draudimas atrodo deklaratyvus, evoliucionuojant Komisijos ir ESTT praktikai jis buvo susietas su įvairiomis pažeidimo teorijomis, kurios suteikė šiam draudimui gerokai platesnę prasmę ir įgalino efektyviai šalinti valstybės intervencijos priemones iš valstybių narių teisinės sistemos. Interpretuojant šio pažeidimo sąlygas ESTT ir Komisijos sprendimuose buvo išreikšta bendra idėja, kad pranašumo suteikimas valstybės kontroliuojam ūkio subjektui absoliučia dauguma atvejų sudarys šiam galimybę apsaugoti, sustiprinti ar išplėsti savo dominuojančią padėtį į kitas rinkas ir tokiu būdu sumažins SESV 102 str. veiksmingumą. Taip plačiai suvokus SESV 106(1) str. ir 102 str. numatyto draudimo objektą, šis draudimas buvo suvoktas kaip universalus teisinis instrumentas, draudžiantis valstybėms narėms proteguoti savo kontroliuojamus ūkio subjektus, kurio įtaką sustiprino Komisijai SESV 106(3) str. pagrindu suteikti platūs įgaliojimai operatyviai konstatuoti tokio pobūdžio pažeidimus ir reikalauti tokių pažeidimų pašalinimo.

SESV 106(1) str. ir 102 str. nuostatos yra tiesiogiai veikiančios nacionalinių valstybių narių teisinėse sistemose. Atitinkamai šis draudimas galėtų būti efektyviai taikomas ir Lietuvoje,

1 Investuotojų forumas. „Naujas Politinis Sezonas: Investuotojų Požiūris,“ žiūrėta 2016 05 24. http://www.investorsforum.lt/files/Publikacijos/2015%2010%2028%20LIPI%20IV%20ketv/2015_10_28_IF_NAUJAS_POLITINIS_SEZONAS.pdf.

2 Szyszczak SESV 106(1) str. įvardino kaip savotišką skardinių atidarytuvą naudojamą atidarant vis naujas rinkas, žr. Erika M. Szyszczak. "Controlling Dominance in European Markets." *Fordham Int'l LJ* 33 (2011), 1738.

sprendžiant valstybės ir verslo nesutarimus dėl valstybės dalyvavimo ekonominėje veikloje³. Tokia galimybė iš teisės doktrinos reikalauja pakankamai aiškių teisinio vertinimo taisyklių, kurios sudarytų galimybę *ex ante* įvertinti valstybės vykdomų intervencijos priemonių atitikimą SESV 106 str. ir 102 str. numatytam draudimui, nes tik toks aiškumas sudaro galimybę kalbėti apie efektyvią pažeidimų prevenciją ir prognozuojamą pažeistų teisių gynybą nacionaliniuose teismuose, Europos Komisijoje ir/arba Europos Sąjungos teisminėse institucijose.

Nepaisant tokio poreikio galiojančios praktikos, doktrinos analizė leidžia daryti išvadą, kad teisinio aiškumo, interpretuojant SESV 106(1) str. ir 102 str. numatyto draudimo teisinės sudėties elementų turinį, nėra. Tokį aiškumo trūkumą labai gerai atskleidžia generalinio advokato *Tesauro Telekomunikacijų galinių įrenginių* byloje išdėstyta nuomonė⁴. Generalinio advokato įsitikinimu, SESV 106 str. formuluotė yra „akivaizdžiai neaiški“ (angl. „manifest obscurity“)⁵ ir toks neaiškumas yra siejamas ne tiek su sunkumais formuluojant SESV 106 str. numatytą draudimą, kiek koncepcinio pobūdžio problema bandant suderinti tarpusavyje akivaizdžiai nesuderinamus principus: viena vertus, Sutartis reikalauja užtikrinti laisvos konkurencijos principo viršenybę ir Europos Sąjungos bendrosios rinkos veikimą, tačiau tuo pačiu metu Sutartis reikalauja tokioje laisvos konkurencijos sistemoje surasti deramą vietą monopolijų ir išimtinių teisių egzistavimui⁶. Tokio teisinio aiškumo trūkumui plačiai buvo pritariama ir doktrinoje, kurią puikiai apibendrino *Buendia* 1999 m. nurodydamas, kad SESV 106(1) str. yra įgijęs „probleminio aiškinimo reputaciją, kuri paskatino akademikus konstatuoti <...> akivaizdų [106 str.] neaiškumą“⁷.

Šiuo atžvilgiu svarbu pastebėti, kad praėjus daugiau kaip dviem dešimtmečiams *Tesauro* nurodyta teisinio aiškumo trūkumo problema išliko. Tokią situaciją patvirtino generalinis advokatas *Wathelet* vienoje naujausių bylų (*Greek lignite*) atskirai pabrėždamas, kad SESV 106 str. bylų nėra daug, teismų praktika formuluota prejudiciniais sprendimais⁸, o 2013-2014 m. ESTT nagrinėta *Greek lignite* byla yra *pirmoji*, kurioje teismas turės gali-

3 Pirminis tokio pobūdžio ginčas SESV 106(1) str. ir 102 str. pagrindu ginčijantis valstybinės monopolijos teikti saugaus valstybinio duomenų perdavimo paslaugas teisėtumą jau yra nagrinėjamas nacionaliniuose teismuose pagal TEO LT, AB pateiktą ieškinį prieš Aukštadvario regioninio parko direktciją (2016 m. gegužės 19 d. Vilniaus apygardos teismo sprendimas byloje Nr. E2-1923-345/2016, 2016 m. rugsėjo 15 d. Lietuvos apeliacinio teismo nutartis byloje Nr. e2A-957-236/2016, šiuo metu byla nagrinėjama Lietuvos Aukščiausiajame teisme, bylos Nr. eCIK-1412/2016). Savo ruožtu, Lietuvos Respublikos Konstitucinis teismas SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymą kol kas yra palietęs netiesiogiai nagrinėdamas SESV 106(2) str. numatytos išimties taikymo sąlygas. Žr. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2015 m. kovo 5 d. nutarimą "Dėl konkurencijos atliekų tvarkymo paslaugų srityje"; Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2015 m. balandžio 3 d. nutarimą "Dėl suskystintų gamtinių dujų terminalo projekto įgyvendinimo ir finansavimo"

4 ESTT sprendimas byloje Nr. C-202/88, Prancūzija v. Komisija (Telekomunikacijų galinių įrenginių byla), ECLI:EU:C:1991:120; José Luis Buendia Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law: Article 86 (Formerly Article 90) of the EC Treaty*. (Oxford: Oxford University Press on Demand, 1999).

5 Tokiai pozicijai pritarė ir daugelis tuo metu rašiusių autorių, pvz. Fernando Castillo De La Torre. "Rights of Defence of Member States and Undertakings," *European Law Review* 17, 6 (1992): 543; José Luis Buendia Sierra, *op.cit.*, p. 77-79.

6 Generalinio advokato *Tesauro* išvados 1 ir 11 paragrafas.

7 José Luis Buendia Sierra, *supra* note 4, p. 129.

8 Tokią problemą kelia ir Szyszczak, žr. Erika M. Szyszczak, "Services of General Economic Interest and State Measures Affecting Competition," *Journal of European Competition Law & Practice* 5, 7 (2014), IV skyrius.

mybę įvertinti SESV 106 str., pritaikiusio Komisijos sprendimo pagrįstumą ir teisėtumą⁹. Teisinio aiškumo trūkumas plačiai pripažįstamas ir doktrinoje nevengiant pakankamai aštrių pasisakymų¹⁰. Daugelis teisės mokslininkų tikėjosi reikšmingesnio aiškumo dėl SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo iš 2014 m. ESTT priimto sprendimo *Greek lignite* byloje ir 2015 m. Bendrojo teismo sprendimo *Slovenska posta* byloje¹¹. Kita vertus, šių sprendimų įtaką egzistuojančiam supratimui apie SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo sąlygas teisės doktrinoje dar nebuvo reikšmingiau analizuota, todėl šioje disertacijoje atliekamas tyrimas yra aktualus ne tik Lietuvos, tačiau ir Europos Sąjungos teisės plėtojimui.

Autoriaus įsitikinimu visos aukščiau nurodytos aplinkybės vienareikšmiškai liudija poreikį išsamiau analizuoti SESV 106(1) str. ir 102 str. numatyto teisės pažeidimo sąlygas. Viena vertus, šis draudimas yra praktiškai aktualus siekiant nustatyti valstybės institucijų dalyvavimo rinkoje sąlygas ir pašalinti valstybės ir verslo santykių įtampą. Kita vertus, šiuo metu egzistuojantis SESV 106(1) str. ir 102 str. numatyto draudimo teisinio vertinimo kriterijų ištyrimo lygis yra akivaizdžiai nepakankamas siekiant atsakyti į teorijoje ir praktikoje kylančius klausimus dėl valstybės pagalbos tokiems ūkio subjektams teikiamų ribojimų pagal SESV 106(1) str. ir 102 str.

9 Generalinio advokato *Wathelet* išvados *Greek lignite* byloje 41 paragrafas (žr. ESTT sprendimą byloje Nr. C-553/12 P, Komisija v. Dimosia Epicheirisi Ilektrismou Ae (DEI) (*Greek Lignite*), ECLI:EU:C:2014:2083).

10 Pavyzdžiui, *Whish* nurodo, kad „*teismų praktika taikant 106 str. yra sudėtinga ir besivystanti*“ (Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, 8th ed. ed. (Oxford; New York: Oxford University Press, 2015), 234); *Szysczczak* teigia: „SESV 106 str. taikymą interpretuojanti teismų praktika išlieka ribota, o modernioji praktika yra labiau suskoncentruota ne tiek SESV 106 ir 102 str. sąveika bei su tuo susijusia piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi koncepcija, kiek su visuotinės ekonominės svarbos paslaugų finansavimu ir sąveika tarp viešųjų pirkimų ir valstybės pagalbos taisyklių taikymu“ (Erika Szyszczak, *supra* note 2, p. 1744.); *Zevgolis* nurodo, kad doktrinos ar teismų praktikos SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo klausimai „išlieka įdomūs ir provokuoja mąstymą“ (Nikolaos E. Zevgolis, "Anti-Competitive Conduct from Public or Privileged Enterprises: Towards a Per Se Abuse of Dominant Position? Applicability of the Provision of TFEU Article 106(2) by National Competition Authorities," *European Competition Law Review* 33, 2 (2012): 84.); *Manaridou* nurodo, kad „nepriklausomai nuo daugelio teismų sprendimų, interpretuojančių SESV 106(1) str. taikymą kartu su 102 str., išlieka pakankamai erdvės nesupratimui, kada konkrečiai išimtinių teisių suteikimas yra draudžiamas“ (Eleni Manaridou, "The Greek Lignite Sprendimas byloje: A (Questionable) Victory of The "Effects Theory," *European Law Review* 40, June (2015): 424.); *Prosser* pabrėžia, kad šiuo atžvilgiu teismų praktika „dažnai yra labai sudėtinga ir kartais beveik nesuvokiama. <...> šiais dviem klausimais egzistuojanti teisė buvo apibūdinta kaip „nepakankamas aiškumas“ arba „akivaizdus neaiškumas“, iš kurių nė vienas epitetas nesuponuoja, kad supratimas bus lengvas.“ (Tony Prosser, *The Limits of Competition Law: Markets and Public Services* (Oxford: Oxford University Press, 2005), 122.); tuo tarpu *Vedder* teigimu, „daug doktrinų ir teorijų buvo taikomos SESV 106 str. atžvilgiu ir *Greek lignite* taip pat gali pasiūlyti naują doktriną. Kita vertus, kai yra tiek daug doktrinų ir teorijų <...> galime klausti, ar šiuo atžvilgiu teisinis tikrumas išlieka apskritai?“ (Hans Vedder, "The Appeal in Greek Lignite: Clarification of the Law or Jumpstarting Article 106 TFEU?," žiūrėta 2016 05 10, <http://europeanlawblog.eu/?p=2492>); 1999 m. atkreipęs dėmesį į SESV 106(1) str. interpretavimo problemas *Buendia* analogišką nuomonę išsakė ir praėjus daugiau kaip dešimtmečiui. Pasak *Buendia*, išimtinių ir specialiųjų teisių klausimas ES teisėje „yra gerokai labiau komplikuotas ir didesnės apimties, nei gali pasirodyti iš pirmo žvilgsnio“ (Luis Ortiz Blanco, editor of compilation, *EU Competition Procedure*, Third edition. red., (Oxford: Oxford University Press, 2013.), 821).

11 Žr., pvz., Hans Vedder, "The Appeal in Greek Lignite: Clarification of the Law or Jumpstarting Article 106 TFEU?," žiūrėta 2016 05 10, <http://europeanlawblog.eu/?p=2492>); "Burning Desire to Clarify(?) the Law for Public Undertakings: The Judgment in Greek Lignite (sprendimas byloje T-169/08)", žiūrėta 2016 05 10, <http://europeanlawblog.eu/?p=935>

Mokslinė problema. Kaip minėta, SESV 106(1) str. ir 102 str. suvaidino esminį vaidmenį Europos Sąjungoje vykusiuose rinkų liberalizavimo procesuose ir bendros Europos Sąjungos rinkos kūrime. Nepaisant to, tiek praktikoje, tiek doktrinoje pripažįstama, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo teisinės sudėties elementų turinys lieka pakankamai neaiškus. Toks teisinio aiškumo trūkumas susiformavo dėl keleto priežasčių. Šiuo atžvilgiu pagrindinė kliūtis susiformuoti nuoseklesnei SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo praktikai kilo dėl poreikio vienoje pažeidimo koncepcijoje įtvirtinti konkurencijos teisės taisyklių absoliutumą, kartu pripažįstant valstybių narių teisę atskirais atvejais išlaikyti valstybinių monopolijų egzistavimą. Kadangi tokie interesai nebuvo tiesiogiai suderinti Europos Sąjungos pirminiuose teisės šaltiniuose, šių interesų suderinimas buvo paliktas Europos Sąjungos institucijų praktikai, tiesiogiai interpretuojančiai Sutarties nuostatas, t.y. Komisijai ir Europos Sąjungos teismams.

Šiuo atveju reikia pripažinti, kad, nesant aiškios teisinio elgesio taisyklės, institucijų praktikai didelę įtaką darė sprendimų priėmimo metu vyraujančios visuomenės nuotaikos ir politiniai tikslai. Tai puikiai iliustruoja institucijų praktikoje kardinaliai pasikeitęs požiūris į išimtinių teisių teisėtumą. 1974 m. *Sacchi*¹² byloje ESTT suformulavo fundamentalų principą, kad išimtinių teisių suteikimas ar tokių teisių išplėtimas savaime negali būti laikomas SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimu. Visgi prasidėjus rinkų liberalizacijos procesams tokios taisyklės galiojimas buvo iš esmės peržiūrėtas 1991 m. *Telekomunikacijų galinių įrenginių byloje* ESTT pateikus užuominą, kad ne visos išimtinės teisės yra teisėtos, o 1991 m.¹³ ir 1993 m.¹⁴ jau konstatuojant absoliučiai priešingą taisyklę – visos išimtinės yra neteisėtos, nebent pateisinamos SESV 106(2) str. numatytu pagrindu. Vėlesnėje praktikoje SESV 106(1) ir 102 str. interpretacijos pasikeitimai nėra tokie kardinalūs, tačiau, vertinant ESTT ir Komisijos sprendimus istorinės perspektyvos požiūriu, galima pastebėti, kad institucijų praktikoje visuomet buvo svyruojama tarp *per se* išimtinių teisių neteisėtumo ir poreikio įrodyti priežastinį ryšį tarp valstybės taikomų priemonių ir valstybės kontroliuojamo ūkio subjekto vykdomų SESV 102 str. pažeidimą sudarančių veiksmų.

Nuoseklios institucijų praktikos susiformavimą apsunkino ir aplinkybė, kad iki pat 2014 m. ESTT sprendimo *Greek lignite* byloje SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimui aktualūs teisiniai kriterijai buvo formuluojami prejudiciniais ESTT sprendimais, kur teismas atsakydavo į nacionalinių teismų keliamus *teisės aiškinimo* klausimus, nesusidurdamas su poreikiu priimti sprendimų, kuriuose teismo pateikti paaiškinimai būtų pritaikyti praktiškai konkrečių bylos faktinių aplinkybių kontekste. Tokiu būdu ESTT sprendimuose yra atskleidžiami tik SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo principai, nesuteikiant aiškumo, kaip šie principai turėtų būti taikomi praktinėse situacijose, o pateikiamų paaiškinimų turinį reikšminga dalimi lėmė nacionalinių teismų keliamų klausimų pobūdis.

Kadangi Europos Sąjungos teismų ir Komisijos praktika sudaro vienintelį teisės šaltinį interpretuojant SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo sąlygas, toks institucijų praktikos nuoseklumas ir paviršutiniškumas neišvengiamai turėjo įtakos teisės doktrinos evoliucijai. Kaip minėta aukščiau, teisės doktrinoje pripažįstama, kad netgi praėjus daugiau kaip dvi-

12 ESTT sprendimas byloje Nr. C-155/73, *The State v. Giuseppe Sacchi*, ECLI:EU:C:1974:40.

13 ESTT sprendimas byloje Nr. C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova SpA v Siderurgica Gabrielli SpA.*, ECLI:EU:C:1991:464.

14 ESTT sprendimas byloje Nr. C-320/91, *Corbeau*, ECLI:EU:C:1993:198.

dešimčiai metų nuo SESV 106(1) str. ir 102 str. aktyvaus taikymo pradžios, šio pažeidimo sudėties elementai lieka neaiškūs, o institucijų praktika vis dar evoliucionuoja. Kartu pripažįstama, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. interpretacijai reikšmingą įtaką gali turėti pirmieji Europos Sąjungos teismų sprendimai *Greek lignite* ir *Slovenska posta* bylose, kuriose pirmą kartą buvo vertinamas Komisijos konstatuotų SESV 106(1) str. pažeidimų teisėtumas. Moderniojoje doktrinoje šių sprendimų turinys ir įtaka egzistuojančioms SESV 106(1) ir 102 str. pažeidimo vertinimo taisyklėms išsamiau dar nebuvo nagrinėti.

Toks SESV 106(1) str. ir 102 str. numatyto draudimo taikymo sąlygų ištyrimo trūkumas ir galimi teisinės praktikos pasikeitimai po naujausių Europos Sąjungos institucijų sprendimų *Greek lignite* ir *Slovenska posta* bylose savaime suponuoja **mokslinę problemą**: *galiojančioje teisėje nėra pakankamo aiškumo, kokie konkrečiai teisiniai elementai turėtų būti įrodyti konstatuojant SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą.*

Tyrimo objektas. Tyrimo objektą sudaro atskiri SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo sudėties elementai, kurie nustatomi skirtingai nei kituose konkurencijos teisės pažeidimuose. Siekiant nuoseklumo, darbe paaiškinami visi SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo kriterijai. Kita vertus, išsami analizė atliekama būtent tokių pažeidimo elementų atžvilgu, kurie yra specifiskai būdingi SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo įrodinėjimui.

Apibrėžiant tyrimo objektą reikia pripažinti, kad pakankamai panašius teisinius instrumentus numato ir Lietuvos nacionalinė teisė: Konstitucijos 46 str. bei Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymo 4 str. Visgi, nepaisant mokslinio intereso, šių institutų gilesnė analizė bei palyginimas su SESV 106(1) ir 102 str. paliekamas už šio tyrimo ribų, atsižvelgiant į tai, kad adekvati šių nacionalinių ir Europos Sąjungos teisės institutų lyginamoji analizė pernelyg išplėstų šios disertacijos apimtį.

Atskiro tyrimo objekto taip pat nesudaro SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo įrodinėjimo nacionaliniuose teismuose procesiniai aspektai. Šiuo atžvilgiu reikia pastebėti, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. yra tiesiogiai veikiančios teisės normos, todėl šių teisės normų pagrindu šalys gali ginti savo poziciją nacionaliniuose teismuose. Visgi šiame darbe tokie procesiniai aspektai nėra išsamiau analizuojami. Tokį sprendimą lėmė aplinkybė, kad Lietuvos teismuose SESV 106(1) ir 102 str. įtvirtintas institutas niekuomet nebuvo taikomas (t.y. nėra jokios nacionalinės šio instituto taikymo specifikos), tuo tarpu Europos Sąjungos teisės tiesioginio veikimo sąlygų analizė sudaro atskirą tyrimo objektą, kuris nėra specifiskai susijęs su disertacijoje nagrinėjamu teisės institutu.

Tyrimo tikslas. Atliekamo tyrimo tikslas – atskleisti SESV 106(1) str. ir 102 str. straipsniuose įtvirtinto pažeidimo teisinės sudėties elementų turinį.

Tyrimo uždaviniai. Nurodytam tikslui pasiekti buvo keliami šie pagrindiniai uždaviniai:

- atskleisti SESV 106(1) str. ir 102 str. numatyto pažeidimo istorinę raidą ir teisinę prigimtį siekiant nustatyti tokio pažeidimo koncepcinius pagrindus;
- nustatyti SESV 106 str. ir 102 str. pažeidimo įrodinėjimui aktualius teisinės sudėties elementus ir atskleisti tokių elementų turinį, kurie įgalina kelti valstybės atsakomybės klausimą už SESV 102 str. veiksmingumo sumažinimą;

- nustatyti valstybės priemonių formas, kuriomis valstybė gali sumažinti SESV 102 str. numatyto draudimo veiksmingumą;
- išnagrinėti institucijų praktikoje susiformavusias tradicines SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo formas ir atskleisti taisykles, kurių pagrindu turėtų būti atliekamas kiekvienos šios pažeidimo formos vertinimas. Tyrimo metu konkrečiai siekiama atskleisti:
 - teisinius kriterijus taikomus negalėjimo patenkinti paklausos bylose;
 - teisinius kriterijus taikomus interesų konflikto bylose;
 - teisinius kriterijus taikomus dominuojančios padėties įtvirtinimo, sustiprinimo ir/arba išplėtimo bylose;
 - galimybę pripažinti išimtinių teisių suteikimą *per se* SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimu.

Temos ištyrimo lygis. Lietuvos mokslininkų darbuose (*Švirinas, Moisejevas, Novosad, Rimšaitė, Nesutavičienė, Gumbis, Balčiūnaitė*) yra analizuojami atskiri konkurencijos teisės aspektai, susiję su autoriaus atliekamo tyrimo objektu. Šių mokslininkų darbuose aptariami Europos Sąjungos konkurencijos teisės bendrieji principai, konkurencijos teisės taikymo procesiniai klausimai bei SESV 102 str. numatytas draudimas piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi¹⁵. Nepaisant to, Lietuvos mokslininkų darbuose nėra analizuojama SESV 106(1) str. pagrindu kylanti valstybių narių atsakomybė už SESV 102 str. veiksmingumo sumažinimą. Atitinkamai, tyrimas yra grindžiamas daugiausiai užsienio mokslininkų atliktų tyrimų rezultatais. Pagal savo reikšmę tokių teisės mokslininkų atliktus tyrimus galima sąlyginai suskirstyti į kelias kategorijas: (1) nuoseklūs tyrimai; (2) reakcija į naujus institucijų sprendimus / aktualijas; bei (3) vyraujančių teisinių elementų apžvalga vadovėlinio pobūdžio leidiniuose.

15 Raimundas Moisejevas, *Grobuoniška kainodara kaip piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi Europos Bendrijų konkurencijos teisėje forma* (Vilnius: Mykolo Romerio universitetas, 2009); Šarūnas Keserauskas, "What Should the Priorities of a Small Country's Competition Authority Be?: Lessons and Suggestions Based on Two Decades of Competition Policy Experience in Lithuania" (daktaro disertacija, University of London, 2010); Raimundas Moisejevas, "Recoupment of Losses by the Dominant Undertaking, Which Allegedly Have Used Predatory Pricing and Legality of Actions," *Jurisprudencija*, 2 (2010); Raimundas Moisejevas, "The Importance of the Intent in Predatory Pricing Sprendimas bylojes," *Jurisprudencija*, 4 (2010); Justina Balčiūnaitė, "EB Konkurencijos teisės procedūrų pobūdis: Ar turėtų būti taikomas EŽTK 6 Straipsnis šių procedūrų metu," *Socialinių mokslų studijos* 1, 5 (2010); Daivis Švirinas ir Ana Novosad, "Prekių susiejimas kaip piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi forma," *Jurisprudencija* 2, 120 (2010); Ana Novosad, "Sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo 102 Straipsnio reformos įtaka objektyvaus pateisinimo sampratos raidai," *Socialinių Mokslu Studijos* 3, 1 (2011); Ana Novosad, "Dominuojančio ūkio subjekto atsakymo tiekti vertinimas pagal konkurencijos teisę" (daktaro disertacija, Mykolo Romerio universitetas, 2011); Raimundas Moisejevas, "Objective Justifications in Predatory Pricing," *Jurisprudencija* 18, 1 (2011); Jaunius Gumbis, *Competition Law in Lithuania* (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business, 2011); Raimundas Moisejevas, Ana Novosad, ir Virginijus Bitė, "Costs Benchmarks as Criterion for Evaluation of Predatory Pricing," *Jurisprudencija* 19, 2 (2012); Justina Nasutavičienė, "Lygiagrečioji valstybių varių ir Europos Komisijos kompetencija taikyti ES konkurencijos teisės nuostatas *Ne Bis in Idem* principo kontekste," *Socialinių mokslų studijos* 4, 1 (2012); Raimundas Moisejevas ir Ana Novosad, "Some Thoughts Concerning the Main Goals of Competition Law," *Jurisprudencija* 20, 2 (2013); Jaunius Gumbis, et al., *Competition Law in Lithuania*, Second edition. ed. (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business, 2014); Laura Rimšaitė, "Konkurencijos teisės institutų taikymo ypatumai energetikos sektoriuje" (daktaro disertacija, Mykolo Romerio universitetas, 2016).

Šiuo atžvilgiu reikia pripažinti, kad aktyviausia diskusija dėl SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo sąlygų vyko 1985-1995 metais. Absoliuti dauguma šio laikotarpio mokslininkų analizavo atskirus Europos Sąjungos institucijų sprendimus ir tokių sprendimų sąveiką su ankstesniais teismų sprendimais, o pagrindinį tyrimo objektą sudarė klausimas, kiek naujausių teismų sprendimo kontekste lieka galioti *Sacchi* byloje suformuluotas valstybės suteiktų išimtinių teisių teisėtumo principas. Šiuo laikotarpiu pagrindinė diskusija vyko tarp *Lang*¹⁶, *Joliet*¹⁷, *Hancher*¹⁸, *Hoffman*¹⁹, *Pappalardo*²⁰, *De La Torre*²¹, *Platteau*²², *Kerf*²³, *Gyselen*²⁴, *Giesen*²⁵, *Bright*²⁶, *Ehlermann*²⁷, *Gardner*²⁸, *Sauter*²⁹, ir t. t.

Po 1995 m., sumažėjus ESTT ir Komisijoje nagrinėjamų SESV 106(1) str. ir 102 str. bylų apimčiai, buvo atlikti nuoseklesni ir išsamesni moksliniai tyrimai, kuriais buvo siekiama išsiaiškinti SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo sąlygas. Šiuo atžvilgiu pirmiausia reikėtų išskirti 1998 m. *Blum* ir *Logue* išleistą monografiją "*State Monopolies under EC Law*"³⁰, kurioje buvo bandoma apibendrinti institucijų praktikoje susiformavusius pažeidimo vertinimo kriterijus, o institucijų bylas suklasifikuoti į atskiras kategorijas. Visgi šioje monografijoje greta SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo buvo nagrinėjamos SESV 106(2) str. numatytos išimties taikymo sąlygos, SESV 106(1) str. sąveika su kitais Sutarties straipsniais, reglamentuojančiais laisvo judėjimo nuostatas bei monopolinių rinkų atžvilgiu taikomos regu-

-
- 16 John Temple Lang, "European Community Competition Law and Member State Action," *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, 10 (1989): 114.
- 17 René Joliet, "National Anti-Competitive Legislation and Community Law," *Fordham Int'l LJ*, 12 (1988): 163.
- 18 Piet Van Slot ir Leigh Hancher, "Article 90," *European Competition Law Review* 11, 1 (1990): 35.
- 19 Alan B. Hoffman, "Anti-Competitive State Legislation Condemned under Articles 5, 85 and 86 of the EEC Treaty: How Far Should the Court Go after Van Eyck?," *European Competition Law Review* 11, 1 (1990): 11-27.
- 20 Aurelio Pappalardo, "State Measures and Public Undertakings: Article 90 of the EEC Treaty Revisited," *European Competition Law Review* 12, 1 (1991): 29-39.
- 21 Fernando Castillo De La Torre, "Rights of defence of Member States and undertakings," *European Law Review* 17, 6 (1992): 539-545.
- 22 Koen Platteau, "Article 90 EEC Treaty after the Court Judgment in the Telecommunications Terminal Equipment Case," *European Competition Law Review* 12, 3 (1991): 105-112.
- 23 Michel Kerf, "Policy of the Commission of the E.E.C. Toward National Monopolies," *World Competition: Law and Economics Review* 17, (1993-1994): 73-111.
- 24 Luc Gyselen, "Anti-Competitive State Measures under the EC Treaty: Towards a Substantive Legality Standard," *European Law Review*, Supp (Competition law checklist) (1994): 55-89.
- 25 Richard Giesen, "Statutory Monopolies and EC Competition Law: The Belgian Post Monopoly Case," *European Competition Law Review* 14, 6 (1993): 279-283.
- 26 Christopher Bright, "Article 90, Economic Policy and the Duties of Member States," *European Competition Law Review* 14, 6 (1993): 263-272.
- 27 CD Ehlermann, "Managing Monopolies: The Role of the State in Controlling Market Dominance in the European Community" (1993), *ECLR* 14 (1993): 61.
- 28 Anthony Gardner, "The Velvet Revolution: Article 90 and the Triumph of the Free Market in Europe's Regulated Sectors," *European Competition Law Review* 16, 2 (1995): 78-86.
- 29 Wolf Sauter ir Harm Schepel, *State and Market in European Union Law: The Public and Private Spheres of the Internal Market before the Eu Courts* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009); Wolf Sauter, "The Criterion of Advantage in State Aid: Altmark and Services of General Economic Interest," *TILEC Discussion paper series* 2014, 15 (2014).
- 30 Francoise Blum ir Anne Logue, *State Monopolies under EC Law* (Chichester: J. Wiley, 1998).

liavimo priemonės. Atitinkamai, *Blum* ir *Logue* monografijoje SESV 106(1) str. ir 102 str. analizė atliekama pakankamai paviršutiniškai.

Prie kitų reikšmingesnių šio laikotarpio darbų galima priskirti *Buendia* 1999 m. monografiją „*Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*“³¹, kurioje atliekamas nuoseklus pažeidimo įrodinėjimui aktualių teisinių kriterijų tyrimas, paaiškinami pažeidimo koncepciniai pagrindai ir sąveika su kitais institutais, o monografijoje daromi apibendrinimai reikšminga dalimi išlieka aktualūs ir šiuo metu. 2007 m. prie nuoseklesnių SESV 106 str. tyrinėtojų prisijungė *Szysczak* išleidusi monografiją „*Regulation of the State in the Competitive Markets in the EU*“³², kurioje puikiai buvo atskleistas SESV 106(1) str. taikymo istorinis kontekstas ir koncepciniai pagrindai, pateiktas esminių pažeidimo elementų paaiškinimas, tačiau esminė monografijos dalis buvo skirta rinkų liberalizavimą reglamentuojančių direktyvų analizei bei SESV 106(2) str. numatytai galimybei pateisinti pažeidimą, iškilus poreikiui užtikrinti visuotinės ekonominės svarbos paslaugų teikimą. Šiuo laikotarpiu reikšmingą indėlį turėjo ir *Hirsch*, *Montag* ir *Säcker* darbas „*Competition Law: European Community Practice and Procedure*“³³, kuriame nuosekliai aptariami įvairūs konkurencijos teisės institutai, įskaitant SESV 106 str. numatyto draudimo taikymo sąlygas.

Analizuojant moderniosios doktrinos autorius, galima pastebėti, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo doktriną šiuo metu formuoja du pagrindiniai mokslininkai: *Buendia*³⁴ darbai yra skirti SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo elementų analizei ir procedūriniais šio pažeidimo įrodinėjimo aspektams, o *Szysczak* savo analizę koncentruoja ties SESV 106(2) str. numatytais pažeidimų pateisinimo pagrindais, kurie lieka už šioje disertacijoje atliekamo tyrimo ribų³⁵. Savo ruožtu, šių mokslininkų atliekamą doktriną reikšmingai papildė moderniosios kartos mokslininkų darbai, kurių didžioji dauguma yra orientuoti ne tiek į SESV 106(1) ir 102 str. pažeidimų analizę, kiek SESV 106(2) str. numatytos išimties taikymo sąlygas ir šios išimties sąsajas su valstybės pagalbos ir viešųjų pirkimų taisyklėmis. Prie tokių mokslininkų galima priskirti *Graells*³⁶, *Sauter*³⁷, *Szydło* ar *Ølykke*³⁸.

31 José Luis Buendia Sierra, *supra* note 4, p. 129.

32 Erika M. Szysczak, *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU* (Oxford: Hart, 2007).

33 Günther Hirsch, Frank Montag, ir Franz Jürgen Säcker, *Competition Law: European Community Practice and Procedure, Article-by-Article Commentary* (London: Sweet & Maxwell, 2008).

34 Buendia mokslinių tyrimų rezultatai publikuojami teisinių tyrimų rinkiniuose, žr. Jonathan Faull ir Ali Nikpay, *Faull & Nikpay, the EU Law of Competition*, 3rd edition. ed. (Oxford: Oxford university Press, 2014); Luis Ortiz Blanco, editor of compilation, *EU Competition Procedure*, (Oxford: Oxford University Press, 2013).

35 Erika Szysczak et al., *Developments in Services of General Interest*, vol. 3 (The Hague: Springer, 2011); Erika Szysczak and Johan Willem van de Gronden, *Financing Services of General Economic Interest: Reform and Modernization* (The Hague: Springer Science & Business Media, 2014); Ulla Boegh Neergaard et al., *Social Services of General Interest in the EU* (The Hague: Springer, 2013).

36 Albert Sánchez Graells, "Competition Law against Public Restraints in the Public Procurement Field: Importing Competition Considerations into the EU Public Procurement Directives." Pranešimas konferencijoje the Public Procurement: Global Revolution IV-Conference, University of Nottingham, 2010.

37 Wolf Sauter, "The Criterion of Advantage in State Aid: Altmark and Services of General Economic Interest," *TILEC Discussion paper series 15*, (2014).

38 Grith Skovgaard Ølykke, "Is the Granting of Special and Exclusive Rights Subject to the Principles Applicable to the Award of Concessions?: Recent Developments in Case Law and Their Implications for One of the Last Sanctuaries for Protectionism," *Public Procurement Law Review* 2014, 1 (2013): 1-20.

Visus šiuos nuoseklius SESV 106 str. taikymo sąlygų tyrimus papildė klasikiniai vado-
vėliniai konkurencijos teisės darbai, kuriuos parengė *Whish* ir *Bailey*³⁹, *Jones* ir *Sufrin*⁴⁰ bei
Roth, *Rose* ir *Bellamy* autorių kolektyvai⁴¹. Šie darbai apibendrina vyraujančias teorijas ir
paaiškina pagrindinius institucijų sprendimų aspektus, tačiau juose yra santykinai mažai
gilinamasi į probleminius SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo aspektus.

Apibendrinant doktrinoje egzistuojantį mokslinio ištyrimo lygį galima daryti išvadą, kad
šiuo metu *Buendia* yra praktiškai vienintelis autorius, nuosekliai ir išsamiai analizuojantis
SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo sąlygas, tačiau šio autoriaus darbuose nėra analizuojami
naujausi Europos Sąjungos institucijų sprendimai *Greek lignite* ir *Slovenska posta* bylose.
Tuo tarpu kitų mokslininkų darbai tik sąlyginai paviršutiniškai apžvelgia SESV 106(1) str.
taikymo sąlygas arba analizuoja tik atskirus tokio pažeidimo sudėties elementus. Tokia nuo-
seklių mokslinių tyrimų stoka natūraliai reikalauja toliau tyrinėti SESV 106(1) str. ir 102 str.
numatyto teisės pažeidimo sąlygas siekiant suformuluoti aiškesnes teisinio vertinimo taisy-
kles. Tokio pobūdžio tyrimas bus atliekamas šiame moksliniame tiriamajame darbe.

Tyrimo rezultatų apibavimas. Atskiri disertacijos aspektai buvo paskelbti leidiniuose:

- (i) Straipsnyje „*Failure to meet the demand as infringement of Articles 106(1) and 102 TFEU: the problem of causal link*“. Straipsnis paskelbtas Mykolo Romerio universi-
teto leidžiamame recenzuojamame mokslo darbų leidinyje „*Social Transformations
in Contemporary Society*“ (2016), 60-72 psl.⁴²;
- (ii) Straipsnyje „*Failure to meet the demand as infringement of Articles 106(1) and 102 TFEU: the notion of failure to meet the demand*“. Straipsnis paskelbtas Mykolo Ro-
merio universiteto leidžiamame recenzuojamame mokslo darbų leidinyje „*Social
Transformations in Contemporary Society*“ (2016), 73-85 psl.⁴³

Pastarųjų dviejų straipsnių pagrindu parengti pranešimai, kurie buvo pristatyti 2016 m.
Mykolo Romerio universitete vykusioje tarptautinėje mokslinėje konferencijoje „*Social
transformations in Contemporary Society*“. 2016 m. birželio 30 d. disertacija svarstyta ir
apbruota Mykolo Romerio universiteto Privatinės teisės institute.

Tyrimo metodai. Tyrimo tikslui ir uždaviniams įgyvendinti buvo pasitelkti žemiau nu-
rodyti pagrindiniai empiriniai ir teoriniai mokslinio tyrimo metodai:

- *Loginės analizės metodai (indukcija, dedukcija, sintezė, sisteminė analizė)*. Šie univer-
salūs loginės analizės metodai buvo taikomi vertinant institucijų praktiką, sprendi-
mus, mokslininkų darbus, formuluojant apibendrinimus, išvadas, pasiūlymus ir re-
komendacijas.

39 Richard Whish ir David Bailey, *Competition Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2015).

40 Alison Jones ir Brenda Sufrin, *EU Competition Law: Text, Case notes and Materials* (Oxford: Oxford University Press, 2014),

41 P. M. Roth, Vivien Rose, ir Christopher, *Bellamy & Child, European Community Law of Competition*, 6th ed. / edited by Peter Roth, Vivien Rose. ed. (Oxford: Oxford University Press, 2008).

42 *Social Transformations in Contemporary Society*, 2016 (4) ISSN 2345-0126 (internetinis šaltinis).

43 *Social Transformations in Contemporary Society*, 2016 (4) ISSN 2345-0126 (internetinis šaltinis).

- *Lyginamasis istorinis metodas*. Disertacijoje nagrinėjamas teisinis instrumentas iš esmės yra suformuotas Europos Komisijos ir Europos Sąjungos teismų sprendimuose. Absoliuti dauguma tokių sprendimų tik labai lakoniškai atskleidžia taikomos teisinės taisyklės turinį arba paaiškina atskirus teisės taikymo aspektus. Pakankamai dažnai taikomos teisės taisyklės turinį atskleidžia sprendimai, kuriuos skiria keleri metai ar net dešimtmečiai. Dėl tokio tiriamo reiškinio pobūdžio tyrimo metu buvo plačiai naudojamas lyginamasis istorinis metodas⁴⁴. Šio metodo pagrindu kiekvienas disertacijoje nagrinėjamas klausimas buvo analizuojamas atskleidžiant visą nagrinėjamo klausimo evoliuciją Europos Komisijos ir Europos Sąjungos teismų sprendimuose. Tokia analizė leido suprasti sprendimų priėmimo kontekstą, priežastingumą ir atskleisti tikrąją institucijų sprendimų turinio prasmę.
- *Lyginamasis ir analogijos metodai*. Šis metodas *inter alia* buvo naudojamas (i) lyginant tarpusavyje Europos Komisijos, Europos Sąjungos teismų ir bylose išvadas teikusių generalinių advokatų pozicijas, tokiu būdu atskleidžiant nagrinėjamo teisinio instrumento problematiką; (ii) lyginant tarpusavyje giminingus teisinius institutus (daugiausiai lyginama su koncentracijų kontrolės ir draudimo piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi institutais) siekiant pasiūlyti koncepciškai pagrįstus, suderintus ir universalų pritaikomumą turinčius teisinių problemų sprendinius.
- *Metaanalizės metodas*. Šis metodas *inter alia* buvo naudojamas analizuojant kitų tyrėjų atliktus tyrimus ir jų padarytas išvadas. Apibendrinus kitų tyrėjų padarytas išvadas ir jas papildžius autoriaus atlikto tyrimo rezultatais darbe buvo suformuluotos naujo lygmens išvados, kurių nebuvo padarę pirminiai tyrėjai.
- *Teisinių dokumentų analizės metodas*⁴⁵. Šis metodas yra klasikinis teisės krypties mokslo metodas, kuris buvo plačiai naudojamas atliekant tyrimą. Vadovaujantis šio metodo keliamais reikalavimais, tyrimo metu pirmiausiai buvo vykdoma dokumentų atranka: (i) iš oficialių duomenų bazių buvo surinkti visi⁴⁶ Europos Komisijos ir Europos Sąjungos teisingumo teismo sprendimai, interpretuojantys SESV 106(1) ir 102 str. taikymo sąlygas, ir (ii) atrinkti sprendimai, kurie bent minimaliai gali atskleisti nagrinėjamo teisės instituto esmę. Tuomet vykdoma dokumentų turinio analizė vadovaujantis šiais pagrindiniais principais: (i) siekiant išvengti vertimo metu susidarancio dokumento turinio iškraipymo buvo analizuojami anglų kalba surašyti dokumentai; (ii) institucijų sprendimuose pateikti paaiškinimai buvo interpretuojami vertinant sprendimo priėmimo kontekstą: bylos faktines aplinkybes, byloje teiktus šalių ir generalinių advokatų paaiškinimus, sprendimo priėmimo metu egzistavusias ekonomines-politines sąlygas, atitinkamu laikmečiu institucijų sprendžiamus

44 Rimantas Tidikis, *Socialinių Mokslų Tyrimo Metodologija*, (Vilnius: Lietuvos teisės universiteto Leidybos centras, 2003): 411.

45 Ibid., p. 488-498.

46 Autorius neatmeta galimybės, kad dalis sprendimų liko už tyrimo ribų, kadangi institucijų priimami sprendimai nėra kaupiami centralizuotai. Nepaisant to, autorius yra įsitikinęs, kad dokumentų, nepatekusių į tyrimo apimtį, apimtis neturėtų viršyti 5%. Tokia išvada daroma tiek savarankiškai atliktos paieškos pagrindu, tiek vertinant kitų autorių darbuose minimų institucijų sprendimų apimtį.

uždavinius ir t.t.; (iii) teisės aktų turinys buvo vertinamas atsižvelgiant į teisės akto priėmimą lėmusias priežastis.

- *Apibendrinimo metodas*⁴⁷. Atlikus dokumentų ir mokslinių darbų analizę, tyrimo rezultatai buvo sisteminami ir grupuojami pagal juos vienijančius požymius. Savo ruožtu, tokių susistemintų duomenų pagrindu buvo daromos tyrimo išvados bei pateikiamos rekomendacijos.

Darbo struktūra. Atsižvelgiant į tyrimo tikslą ir uždavinius, disertacija yra grindžiama žemiau nurodyta darbo struktūra:

- Įvade aptariama darbo problematika, objektas, tikslas ir uždaviniai, atliekama literatūros tiriamuoju klausimu analizė, aptariama tyrimo metodologija.
- Pirmajame skyriuje aptariama SESV 106(1) str. ir 106 str. numatyto pažeidimo istorinė raida ir teisinė prigimtis akcentuojant esminius pažeidimo koncepcijos evoliucijos aspektus.
- Antrajame skyriuje analizuojami SESV 106(1) str. taikymo kriterijai siekiant išsiaiškinti, kokių konkrečiai valstybės priemonių atžvilgiu taikomas SESV 106(1) str. numatytas draudimas ir kokių asmenų atžvilgiu valstybė turi susilaikyti nuo tokių priemonių priėmimo. Šiame skyriuje pagrindinis dėmesys skiriamas analizei, kokie ūkio subjektai yra laikomi išimtinių ar specialiųjų teisių turėtojais, kurių atžvilgiu taikomas draudimas.
- Trečiojo skyriaus tyrimo objektą sudaro SESV 106(1) str. ir 102 str. numatytų draudimų sąveika analizuojant, kokiais konkrečiais veiksmais valstybė gali sumažinti SESV 102 str. numatyto draudimo veiksmingumą. Šiuo tikslu disertacijoje identifikuojamos atskiros valstybės intervencijos priemonių grupės, kurių atžvilgiu institucijų praktikoje reikalaujama įrodinėti specifinius teisinio pažeidimo elementus: negalėjimą patenkinti paklausos, interesų konflikto situacijos sudarymą, dominuojančios padėties įtvirtinimą, sustiprinimą ir išplėtimą (įskaitant lygių galimybių principo pažeidimą). Visos šios pažeidimų rūšys ir joms keliami teisiniai kriterijai nagrinėjami atskirai, užbaigiant analizę išvadomis apie tai, kokia apimtimi moderniojoje praktikoje išlieka galioti *Sacchi* byloje suformuluotas principas, kad išimtinių teisių suteikimas savaime nėra laikomas SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimu.
- Baigiamoji darbo dalis skirta darbo išvadoms, kuriose įvardijami ir apibendrinami esminiai tyrimo rezultatai.

⁴⁷ Rimantas Tidikis, *supra* note 44, p. 387-390.

Ginamieji teiginiai

- (i) SESV 106(1) ir 102 str. pažeidimas siejamas su valstybės veiksmais, kuriais sumažinamas SESV 102 str. įtvirtinto draudimo piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi veiksmingumas. Toks veiksmingumo sumažinimas gali būti konstatuotas praktiškai visuomet, kai valstybė suteikia konkurencinį pranašumą specialų santykių su valstybe turinčiam ūkio subjektui.
- (ii) SESV 106(1) ir 102 str. pažeidimo platesnį taikymą reikšmingai apsunkina pažeidimo teisinės sudėties elementų didelė apimtis bei pakankamai aukštas teisinis standartas taikomas įrodinėjant, kad nagrinėjamos veiklos atžvilgiu valstybės paramos gavėjas veikia kaip „ūkio subjektas“ ir atitinkamoje rinkoje užima dominuojančią padėtį.
- (iii) Moderniojoje teisėje išlaikomas principas, kad išimtinių teisių suteikimas pats savaime nėra laikomas pažeidimu, tačiau šio principo turinys reikšmingai pasikeitė. Istoriskai šis principas sudarė išimtinių teisių teisėtumo prezumpciją. Visgi moderniojoje teisėje išimtinių teisių suteikimas paprastai laikomas SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimu. Savo ruožtu postulatą, kad išimtinių teisių suteikimas pats savaime nėra laikomas pažeidimu, *de facto* reiškia tik galimybę kiekvieną išimtinių teisių suteikimą pateisinti SESV 106(2) str. numatyta išimtimi, t.y. konkurencijos ribojimas objektyviai reikalingas siekiant užtikrinti visuotinės ekonominės svarbos paslaugų teikimą.

1. SESV 106(1) STR. IR 102 STR. NUMATYTO DRAUDIMO PRIVILEGIJUOTI VALSTYBĖS KONTROLIUOJAMUS SUBJEKTUS ISTORINĖ RAIDA IR TEISINĖ PRIGIMTIS

1.1. Draudimo istorinė raida

Šioje disertacijoje nagrinėjamas SESV 106(1) str. ir 102 str. draudimas teikti privilegijas valstybės kontroliuojamiems ūkio subjektams ir ūkio subjektams turintiems specialiąsias arba išimtines teises buvo įtvirtintas dar 1957 m. Europos Ekonominės Bendrijos steigimo sutartyje. Visgi šis draudimas reikšmingiau buvo pradėtas taikyti praktikoje tik XX a. aštuntojo dešimtmečio pabaigoje – devintojo dešimtmečio pradžioje, Europos Sąjungoje prasidėjus rinkų liberalizacijos procesams.

Iš tiesų vertinant Komisijos praktiką istorinėje perspektyvoje galima pastebėti, kad nepaisant turimų teisinių instrumentų iki pat XX a. aštuntojo dešimtmečio pabaigos – devintojo dešimtmečio pradžios Komisija apskritai nebuvo linkusi inicijuoti teisinių procesų, kuriuose konkurencijos teisės taisyklių požiūriu būtų vertinama valstybių narių intervencija į natūralų rinkų veikimą. Komisijos pasyvų vaidmenį galima paaiškinti tuo, kad valstybės intervencinių priemonių vertinimas natūraliai reikalavo spręsti dėl valstybių narių suvereniteto apribojimo pasirenkant priemones, kuriomis valstybės organizuoja savo ekonomiką ir viešųjų paslaugų teikimą⁴⁸. Tokiose jautriose srityse kelti valstybių narių intervencijos priemonių teisėtumo klausimą Komisijai politiškai buvo labai sudėtinga, ypač atsižvelgiant į tai, kad valstybės monopolijų tradicijos atskirose valstybėse narėse tokiose kaip Prancūzija buvo labai giles, o Komisijos vaidmuo ankstyvajame Europos Sąjungos raidos etape buvo nepalyginamai mažesnis. Analogiškai pasyvios pozicijos laikėsi ir ESTT, kuris diskusijas dėl valstybinių monopolijų teisėtumo atidėjo beveik dviem dešimtmečiams 1974 m. priimdamas sprendimą *Sacchi*⁴⁹ byloje, kurioje vienareikšmiškai pasisakė, kad valstybės monopolijų kūrimas priklausomai valstybių narių diskrecijai, o monopolijų teisėtumas nėra diskutuotinas.

Visgi situacija iš esmės pasikeitė XX a. aštuntojo dešimtmečio pabaigoje – devintojo dešimtmečio pradžioje. Iš naujo pažvelgti į SESV 106(1) str. ir 102 str. draudimą paskatino Europos Sąjungos tikslas iki 1992 m. pabaigos užbaigti bendros Europos Sąjungos rinkos kūrimą. Šio tikslo pasiekimą reikšmingai apsunkino valstybių narių intervencija į rinkos procesus kuriant valstybinės monopolijas ir teikiant kitas privilegijas valstybės kontroliuojamiems ūkio subjektams⁵⁰. Tokiame kontekste SESV 106(1) str. ir 102 str. numatytas draudimas proteguoti specialų santykį su valstybe turinčius subjektus buvo suvoktas kaip pakankamai stiprus teisinis instrumentas, leidžiantis pašalinti tokias privilegijas iš valstybių narių teisinės sistemos. Konceptiniu požiūriu SESV 106(1) str. ir 102 str. numatytas draudimas galėjo būti taikomas vertinant pakankamai platų spektrą valstybės intervencijos priemonių. Savo ruožtu, SESV 106(3) str. suteikti įgaliojimai Komisijai priimti valstybes

48 Žr. šiuo klausimu Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, 8th ed. ed. (Oxford; New York: Oxford University Press, 2015), 228.

49 ESTT sprendimas byloje Nr. C-155/73, *The State v. Giuseppe Sacchi*, ECLI:EU:C:1974:40.

50 XXth Report on Competition Policy. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities. 1991. ISBN 92-826-2314-9.

nares įpareigojančius sprendimus dėl SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimų ir direktyvas prevenciškai užkertančias kelią tokių pažeidimų kilimui sudarė pagrindą operatyviai spęsti kylančias problemas šalinant konkurencijos ribojimus iš valstybių teisinės sistemos.

Europos Sąjungos institucijų apsisprendimą aktyviau ir plačiau taikyti SESV 106(1) str. ir 102 str. numatytą draudimą palaikė Europos Sąjungoje vyraujančios rinkų liberalizavimo nuotaikos. XX a. aštuntojo dešimtmečio pabaigoje – devintojo dešimtmečio pradžioje valstybėse narėse buvo jaučiamas pasipriešinimas valstybinėms monopolijoms ir gyventojų nenoras toliau finansuoti valstybės monopolijų, kurios buvo nelanksčios ir nesugebėjo prisitaikyti prie besikeičiančių rinkos sąlygų. Savo ruožtu toks išskirtinis politinis-ekonominis kontekstas sudarė Europos Sąjungos institucijoms efektyviai panaudoti steigimo sutartyse suteiktus įgaliojimus ir vykdyti esmines reformas, pakeisti požiūrį į valstybės intervencijos priemonių teisėtumą, siekiant 1992 m. pabaigoje užbaigti bendrosios Europos Sąjungos rinkos kūrimą.

Pirmuosius žingsnius taikant SESV 106(1) str. ir 102 str. numatytą draudimą, vertinant valstybės suteikti privilegijų teisėtumą, žengė Komisija 1989-1990 metais priimdama sprendimus *Olandijos pašto*⁵¹ ir *Ispanijos pašto*⁵² bylose. Savo ruožtu, esminis ESTT praktikos pasikeitimas gali būti siejamas su 1991 m., kada *Telekomunikacijų galinių įrenginių* bylos sprendime⁵³ ESTT labai subtiliai užsiminė, kad *ne visos* išimtinės teisės yra suderinamos su Europos Sąjungos teisės reikalavimais⁵⁴, tuo sudarydamas reikšmingą kontrastą 1974 m. *Sacchi* byloje konstatuotam valstybės suteiktų išimtinių teisių principui. Šie signalai puikiai pasiekė savo adresatą, todėl Komisija ir ESTT labai greitai sulaukė gausybės prašymų įvertinti valstybių narių intervencijos priemonių teisėtumą per SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo prizmę. Savo ruožtu, SESV 106(1) str. taikymas kartu su konkurencijos teisės taisyklėmis tapo vienu reikšmingiausių teisiųjų instrumentų liberalizuojant rinkas, ypač tokias tradicines valstybines monopolijas, kaip telekomunikacijos, energetika bei pašto paslaugų teikimas⁵⁵.

ESTT praktika interpretuojant SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo sąlygas buvo suformuota ESTT prejudiciniuose sprendimuose atsakant į nacionalinių teismų prašymus paaiškinti atskirus SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo kvalifikavimo elementus. Esminė dalis teismo sprendimų buvo priimta 1990-2000 metų laikotarpiu, kai vyko labai aktyvios diskusijos dėl SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo ribų. ESTT priimamuose sprendimuose nuolatos buvo tolstama nuo *Sacchi* byloje suformuotos valstybės suteiktų išimtinių teisių teisėtumo principo įtvirtinant vis naujas išimtis, kol istoriškai galiojusi išimtinių teisių teisėtumo prezumpcija ESTT praktikoje buvo pakeista atvirkštine: valstybinės monopolijos iš

51 Komisijos sprendimas byloje Nr. 90/16/EEC, European Commission Decision concerning the provision in the Netherlands of express delivery services (PTT), O.L. L 010, 47 - 52 (1990).

52 Komisijos sprendimas byloje Nr. 90/456/EEC, Commission Decision concerning the provision in Spain of international express courier services, O.L. L 233, 19-23 (1990).

53 ESTT sprendimas byloje Nr. C-202/88, Prancūzija v. Komisija (Telekomunikacijų galinių įrenginių byla), ECLI:EU:C:1991:120.

54 *Ibid*, 22 paragrafą, kuriame pirmą kartą buvo pasakyta, kad *ne visos* išimtinės teisės yra suderinamos su Europos Sąjungos teisės reikalavimais.

55 Žr. Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, 8th ed. ed. (Oxford; New York: Oxford University Press, 2015), 234. *Szyszczak* SESV 106(1) str. įvardino kaip savotišką skardinių atidarytuvą naudojamą atidarant vis naujas rinkas, žr. Erika M. Szyszczak. "Controlling Dominance in European Markets." *Fordham Int'l LJ* 33 (2011), 1741.

esmės yra neteisėtos, nebent šias monopolijas galima pateisinti specifinėmis bylos aplinkybėmis⁵⁶.

Ne mažiau aktyvaus vaidmens taikant SESV 106(1) str. ir 102 str. numatytą draudimą ėmėsi Komisija, kurios ankstyvuosius sprendimus galima apibūdinti kaip nuolatinį bandymą plėsti SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo ribas. Tai puikiai iliustruoja pirmieji SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo sprendimai *Olandijos pašto*⁵⁷ ir *Ispanijos pašto*⁵⁸ bylose, kuriose pažeidimus Komisija konstatavo tik labai bendrais bruožais, apibūdindama valstybių padaryto pažeidimo esmę. Ne mažiau reikšminga buvo Komisijos iniciatyva SESV 106(3) str. pagrindu priimti direktyvas, kuriomis preventyviai siekiama užkirsti kelią SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimams. Tokia iniciatyva sulaukė reikšmingo valstybių narių pasipriešinimo, kurį puikiai iliustruoja *Telekomunikacijų galinių įrenginių* byla⁵⁹. Šioje byloje Komisijos kompetenciją SESV 106(3) str. pagrindu priimti direktyvas, nukreiptas į SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimų šalinimą, apskundė Prancūzija, kurios poziciją palaikė net keturios Europos Sąjungos valstybės narės, tokios kaip Italija, Belgija, Vokietija ir Graikija, o Komisijos veiksmas buvo aktyviai aptarinėjamas to meto spaudoje⁶⁰.

Tokiame Europos Sąjungos institucijų iniciatyvų kontekste įdomu pažymėti, kad ESTT ir Komisijos praktika SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo bylose vystėsi lygiagrečiai praktiškai du dešimtmečius: ESTT praktika iš esmės buvo formuojama per prejudicinius sprendimus pateikiant paaiškinimus nacionaliniams teismams atskirais teisės taikymo klausimais, o įvertinti Komisijos sprendime konstatuoto pažeidimo teisėtumą ESTT pirmą kartą buvo paprašytas tik 2014 m. spręstoje *Greek lignite* byloje⁶¹.

Kaip sutaria daugelis autorių⁶², tokia SESV 106(1) ir 102 str. taikymo evoliucija nesudarė prielaidų susiformuoti nuosekliai teorijai, įgalinančiai tinkamai apibrėžti pažeidimo kvalifikavimo sąlygas. Prejudiciniuose ESTT sprendimuose buvo pasisakoma tik dėl atskirų nacionalinių teismų keliamų klausimų iki galo neatskleidžiant priimamų sprendimų doktrininio pagrindo, naujos pažeidimo formos įtvirtinamos kazuistiniais sprendimais, neužtikrinant atskirais laikotarpiais ESTT priimamų sprendimų suderinamumo, o ESTT praktikos suponuojamos teisinio vertinimo taisyklės neretai prieštarauja viena kitai. Ne mažiau painiavos interpretuojant SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo sąlygas suteikia ir beveik du dešimtmečius lygiagrečiai besiformavusi ESTT ir Komisijos praktika, kurioje buvo laikomasi kiek skirtingų pažeidimo įrodinėjimo standartų.

56 Anthony Gardner, "The Velvet Revolution: Article 90 and the Triumph of the Free Market in Europe's Regulated Sectors," *European Competition Law Review* 16, 2 (1995): 85. Taip pat žr. Erika M. Szyszczak, *The Regulation of the State in Competitive Markets in the Eu* (Oxford: Hart, 2007), 28-29.

57 Komisijos sprendimas byloje Nr. 90/16/EEC European Commission Decision concerning the provision in the Netherlands of express delivery services (PTT), O.L. L 010, 47 - 52 (1990).

58 Komisijos sprendimas byloje Nr. 90/456/EEC Commission Decision concerning the provision in Spain of international express courier services, O.L. L 233, 19-23 (1990).

59 ESTT sprendimas byloje Nr. C-202/88, Prancūzija v. Komisija (Telekomunikacijų galinių įrenginių byla), ECLI:EU:C:1991:120.

60 Ibid., žr. generalinio advokato *Tesauro* išvados, 1 paragrafas.

61 ESTT sprendimas byloje Nr. C-553/12 P, Komisija v. Dimosia Epicheirisi Ilektrismou Ae (DEI) (Greek Lignite), ECLI:EU:C:2014:2083.

62 Žr. pvz. John Temple Lang, "European Union Law Rules on State Measures Restricting Competition," *dans Competition Law Yearbook* (2003): 1

Tokia SESV 106(1) str. ir 102 str. numatyto draudimo taikymo problema išlieka ir moderniojoje praktikoje, kurioje šiuo metu yra gerokai labiau koncentruojamasi ties SESV 106(2) str. numatytos išimties taikymo sąlygų aiškinimu, nei SESV 106(1) str. ir 102 str. įtvirtinto pažeidimo teisinės sudėties elementų analizė⁶³. Būtent tokios SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimų analizės trūkumą siekiama kompensuoti šioje disertacijoje siekiant susisteminti ir identifikuoti esminius SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo sudėties elementus.

1.2. Draudimo teisinė prigimtis

Analizuojant SESV 106(1) str. formuluotę gali susidaryti įspūdis, kad praktinis šio straipsnio pritaikymas yra pakankamai abejotinas dėl straipsnio deklaratyvaus pobūdžio ir konkrečios elgesio taisyklės nebuvimo. Šiame straipsnyje iš tiesų nėra numatyta draudimo valstybėms narėms veikti rinkoje per savo kontroliuojamus subjektus ir/arba suteikti specialiąsias ar išimtinės teises atskiriems ūkio subjektams. Pirminiu požiūriu SESV 106(1) str. pasako tik tiek, kad valstybės narės turi pašalinti iš savo teisinės sistemos visas priemones, kurios pažeidžia kitas Sutarties nuostatas. Kitaip tariant, SESV 106(1) str. tik atkreipia valstybių narių dėmesį į pareigą laikytis kituose Sutarties straipsniuose numatytų taisyklių:

„Valstybės įmonėms bei įmonėms, kurioms valstybės narės suteikia specialias arba išimtinės teises, valstybės narės nepriima naujų teisės aktų ir nepalieka galiojančiųjų, prieštaraujančių Sutartyse nurodytoms taisyklėms, ypač toms taisyklėms, kurios yra nustatytos 18 ir 101–109 straipsniuose.“

Visgi SESV 106(1) str. reikšmė yra gerokai didesnė, ypač taikant šį draudimą kartu su konkurencijos teisės taisyklėmis. Šiuo atžvilgiu reikia atkreipti dėmesį, kad SESV nustato teises ir pareigas ne tik valstybės narėms, tačiau ir rinkos dalyviams. Ryškiausias tokių draudimų pavyzdys – SESV 101 ar 102 str. įtvirtintos konkurencijos teisės taisyklės, kurios konkrečiai yra adresuotos ūkio subjektams ir reikalauja susilaikyti nuo konkurenciją ribojančių susitarimų sudarymo ir/arba piktnaudžiavimo rinkoje dominuojančia padėtimi. Pastarųjų konkurencijos teisės draudimų specifika pasireiškia tuo, kad rinkos dalyvių atsakomybės klausimas pagal SESV nuostatas gali būti keliamas tik tokiu atveju, jeigu atlikdami nagrinėjamus veiksmus rinkos dalyviai turėjo realią galimybę pasirinkti teisėto elgesio modelį. Tokia taisyklė reiškia, kad ūkio subjektui atlikus SESV 102 ar 101 str. numatyto pažeidimo turinį sudarančius veiksmus, vykdant valstybės nustatytus įpareigojimus, tokie ūkio subjekto veiksmai negali būti kvalifikuojami kaip ūkio subjekto padarytas konkurencijos teisės pažeidimas⁶⁴.

Tokio principo egzistavimas yra visiškai racionalus sprendžiant ūkio subjektų atsakomybės klausimą. Kita vertus, tokio principo egzistavimas kartu sukuria valstybėms narėms

63 Žr. pvz. Erika M. Szyszczak, "Controlling Dominance in European Markets," *Fordham Int'l LJ* 33 (2011): 1737-1775.

64 ESTT sprendimas byloje Nr. C-18/88, *Régie Des Télégraphes et des Téléphones v. GB-Inno-BM SA*, ECLI:EU:C:1991:474, 20 paragrafas; ESTT sprendimas byloje Nr. C-202/88, *Prancūzija v. Komisija (Telekomunikacijų galinių įrenginių byla)*, ECLI:EU:C:1991:120, 55 paragrafas; ESTT sprendimas byloje Nr. C-359/95 P ir C-379/95 P, *Komisija ir Prancūzija v. Ladbroke Racing Ltd.*, ECLI:EU:C:1997:531 (1997), 33 paragrafas.

elegantišką galimybę padėti atskiriems subjektams pasiekti savo norimus tikslus išvengiant konkurencijos teisės nustatytų draudimų taikymo. Šiuo atžvilgiu valstybei pakanka įpareigoti ūkio subjektą atlikti tokius veiksmus, kuriuos draudžia atlikti konkurencijos teisės taisyklės. Tokiu būdu, išnaudodama ūkio subjektų autonominio elgesio taisyklę, valstybė gali nacionaliniais teisės aktais „legalizuoti“ SESV 101 str. ar 102 str. pažeidimą sudarančius veiksmus.

Atskiriems ūkio subjektams padėti išvengti konkurencijos teisės nustatytų draudimų valstybė gali ir mažiau akivaizdžiomis priemonėmis. Šiuo atžvilgiu valstybė gali suteikti ūkio subjektams *priemones*, suteikiančias konkurencinį pranašumą prieš kitus rinkos dalyvius (pvz. galimybę nustatyti techninius standartus tiek savo⁶⁵, tiek konkurentų parduodamoms prekėms ir/arba finansinį pranašumą reikalaujant mažesnio licencinio mokesčio už valstybės išteklių panaudojimą⁶⁶) ir/arba sukurti tokį *rezultatą*, kurį ūkio subjektai būtų galėję pasiekti tik atlikdami konkurencijos teisės pažeidimą sudarančius veiksmus (pvz. teisės aktais išplečiant ūkio subjekto dominuojančią padėtį į susijusias rinkas⁶⁷). Tokie situacijose ūkio subjekto veiksmų neteisėtumas SESV 102 str. požiūriu gali būti sunkiai identifikuojamas arba nagrinėjamų veiksmų atžvilgiu valstybės kontroliuojamas ūkio subjektas apskritai gali likti pasyvus. Visgi vertinant tokias situacijas *rezultato požiūriu*, konkurencijos teisės numatytų draudimų veiksmingumas akivaizdžiai bus pažeistas, kadangi nagrinėjamas ūkio subjektas įgijo pranašumą prieš konkurentus „kitaip“ nei konkuruodamas „esminiais konkurencijos parametrais“ (angl. „*on the merits*“): siūlydamas geriausios kainos ir kokybės prekes ir paslaugas - kas iš esmės įmanoma tik atliekant konkurencijos teisės draudžiamus veiksmus.

SESV 106(1) str. taikymas kartu su konkurencijos taisyklėmis (ypač 102 str.) yra skirtas spręsti būtent tokio pobūdžio problemas. Šiuo draudimu yra siekiama *apsaugoti* rinkos dalyviams adresuotus draudimus nuo valstybių narių bandymo sumažinti jų veiksmingumą panaudojant nacionalinės teisės priemones. Valstybėms narėms atlikus veiksmus, mažinančius Europos Sąjungos steigimo sutartyse įtvirtintų draudimų veiksmingumą, tokie valstybės veiksmai gali sumažinti arba apskritai pašalinti rinkos dalyvių atsakomybę. Kita vertus, tokių valstybės veiksmų atžvilgiu jau bus galima kelti valstybės atsakomybę už SESV 106(1) str. numatyto draudimo pažeidimą iš esmės už „bendrininkavimą“, padarant konkurencijos teisės pažeidimą⁶⁸. Kitaip tariant, SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymas yra grindžiamas prielaida, kad, nustačius konkrečioje situacijoje kylančias antikonkurencines pasekmes, kažkas turi prisiimti atsakomybę. Jeigu tokių pasekmių atžvilgiu negalima kelti ūkio subjekto atsakomybės dėl valstybės taikytų nacionalinių priemonių – tada atsakomybę už tokias pasekmes turi prisiimti valstybė. Atitinkamai, valstybės sprendimas apsaugoti atskirus ūkio subjektus nuo konkurencijos teisėje numatytų draudimų taikymo nepašalina konkurencijos teisės pažeidimo – jis tik perkelia ūkio subjektui tenkančią atsakomybę valstybei.

65 ESTT sprendimas byloje Nr. C-18/88, *Régie Des Télégraphes et des Téléphones v. GB-Inno-BM SA*, ECLI:EU:C:1991:474.

66 ESTT sprendimas byloje Nr. C-462/99, *Connect Austria*, ECLI:EU:C:2003:297.

67 Komisijos sprendimas byloje Nr. 90/16/EEC *European Commission Decision concerning the provision in the Netherlands of express delivery services (PTT)*, O.L. L 010, 47 - 52 (1990).

68 Tokio požiūriu į valstybės atsakomybės prigimtį laikosi *Davies*, žr. Gareth Davies, "Article 86 EC, the EC's Economic Approach to Competition Law, and the General Interest," *European Competition Journal* 5, 2 (2009): 551.

Šiame kontekste reikia pripažinti, kad žvelgiant materialinės teisės požiūriu SESV 106(1) str. nėra visiškai unikalus Europos Sąjungos teisinėje sistemoje. Šiame straipsnyje numatyta valstybių narių *lojalumo pareiga* nenustato jokio specifinio valstybių narių atsakomybės standarto, kuris būti taikomas specialų santykį su valstybe turinčių subjektų atžvilgiu, kadangi analogiška *lojalumo pareiga* sudaro bendrąjį Europos Sąjungos teisės principą įtvirtintą ESS 4(3) str.⁶⁹.

„3. Vadovaudamasi lojalaus bendradarbiavimo principu, Sąjunga ir valstybės narės gerbia viena kitą ir viena kitai padeda vykdydamos iš Sutarčių kylančias užduotis. Kad užtikrintų pagal Sutartis ar Sąjungos institucijų aktus atsirandančių pareigų vykdymą, valstybės narės imasi bet kurių reikiamų bendrų ar specialių priemonių. Valstybės narės padeda Sąjungai įgyvendinti jos užduotis ir nesiima jokių priemonių, kurios gali trukdyti siekti Sąjungos tikslų.“

Iš tiesų valstybių atsakomybė už konkurencijos teisės nuostatų veiksmingumo sumažinimą istoriškai buvo pradėta kelti 1977 m. *INNO-ATAB* byloje paraleliai tiek pagal ESS 4(3) str., tiek pagal SESV 106(1) str.:

“[30] [ESS 4 str.] antrasis paragrafas numato, kad valstybės narės privalo susilaikyti nuo bet kokių priemonių, kurios galėtų sutrukdyti siekti Sutartyje numatytų tikslų. [31] Atitinkamai, nors yra visiška tiesa, kad [SESV 102 str.] yra adresuotas ūkio subjektams, taip pat tiesa yra tai, kad Sutartis nustato pareigą valstybėms narėms nepriimti ir nepalaikyti galioti jokių priemonių, kurios sumažintų šios nuostatos veiksmingumą. [32] Dėl šios priežasties, [SESV 106 str.] numato, kad valstybės ūkio subjektų atžvilgiu ir tokių ūkio subjektų atžvilgiu, kuriems valstybės narės suteikė specialias ar išimtines teises, valstybės narės nepriims ir nepaliks galioti jokių priemonių, kurios inter alia prieštarautų 85 [dabar – 101 str.] -94 numatytiems straipsniams⁷⁰.”

Atitinkamai analizuodami šių teisės normų tarpusavio sąveiką daugelis autorių siūlo ESS 4(3) str. ir 106(1) str. vertinti kaip bendrąją ir specialiąją analogišką lojalumo pareigą nustatančią taisyklę⁷¹. Savo ruožtu, Lang siūlo pašalinti neaiškumus dėl šių teisės normų tarpusavio sąveikos SESV 106(1) str. formuluotės pradžioje paprasčiausiai pridėdant žodį “netgi” pabrėžiant ESS 4(3) str. ir SESV 106(1) str. numatytos teisinės pareigos sutaptį, t.y. [netgi] “Valstybės įmonėms bei įmonėms, kurioms valstybės narės suteikia specialias arba išimtines teises, valstybės narės nepriima naujų teisės aktų ir nepalieka galiojančiųjų, prieštaraujančių Sutartyse nurodytoms taisyklėms <...>.”⁷²

Visgi šiame kontekste kyla klausimas, kada vertinami valstybės intervencijos priemonių teisėtumą turėtume taikyti ESS 4(3) str., o kada SESV 106(1) str. numatytą draudimą. Daugelio autorių įsitikinimu žvelgiant materialinės teisės požiūriu griežtos taisyklės parenkant

69 Plačiau apie Europos Sąjungos lojalumo pareigos principą žr. pvz. Geert De Baere and Timothy Roes, "EU Loyalty as Good Faith," *International & Comparative Law Quarterly* (2015): 829-874; Marcus Klamert, *The Principle of Loyalty in EU Law*, First edition. ed. (Oxford: Oxford University Press, 2014).

70 ESTT sprendimas byloje Nr. 13/77, SA GB-INNO-B.M. v Association des détaillants en tabac (ATAB), ECLI:EU:C:1977:185.

71 Marcus Klamert, *op.cit.*, p. 13; Szyszczak et al., *supra note* 35, p. 61–102.

72 John Temple Lang, *supra note* 62, p. 1.

taikytiną teisės normą nėra⁷³. Visgi tradiciškai valstybės veiksmai, mažinantys SESV 101 str. numatyto draudimo sudaryti konkurenciją ribojančius susitarimus veiksmingumą vertinami taikant ESS 4(3) str. numatytą draudimą, tuo tarpu analogiški veiksmai, mažinantys SESV 102 str. numatyto draudimo piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi veiksmingumą, vertinami taikant SESV 106(1) str. Pasak *Davies* tokios tradicijos susiklostė iš esmės dėl to, kad SESV 106(1) str. yra nagrinėjamos specialijų ar išimtinių teisių turėtojų atžvilgiu taikomos valstybės priemonės, kurios natūraliai siejasi su SESV 102 str. nagrinėjamomis dominavimo ir piktnaudžiavimo problemomis. Savo ruožtu, tokių specialijų ar išimtinių teisių egzistavimas yra mažai būdingas situacijose, kada kalbama apie rinkos dalyvių sudaromus konkurenciją ribojančius susitarimus⁷⁴, todėl tokiais atvejais paprastai taikomas bendresnio pobūdžio ESS 4(3) str. numatytas draudimas.

Kita vertus, analizuojant ESS 4(3) str. ir SESV 106(1) str. skirtumus reikėtų atkreipti dėmesį į procesinius šių taisyklių taikymo aspektus. Šiuo atžvilgiu esminis nagrinėjamų teisės normų skirtumas pasireiškia tuo, užtikrinant SESV 106(1) str. numatytos lojalumo pareigos veikimą SESV 106(3) str. pagrindu, Komisija turi įgaliojimus priimti valstybes nares teisiškai įpareigojančias direktyvas bei sprendimus. Tokie įgaliojimai suteikia esminį pranašumą SESV 106(1) str. numatytos lojalumo pareigos efektyvumui, kadangi įrodinėdama valstybės atsakomybę pagal SESV 106(1) str. Komisija turi galimybę operatyviai konstatuoti pažeidimą ir pareikalauti tokius veiksmus nutraukti arba priimti bendro taikymo direktyvas, kuriomis būtų siekiama šalinti tokių pažeidimų galimybę.

Savo ruožtu, procesas, įrodinėjant ESS 4(3) str. numatytą lojalumo pareigos pažeidimą, yra nepalyginamai ilgesnis: įrodinėjant tokį pažeidimą pagal SESV 258 str. nuostatas Komisija privalo pateikti valstybei narei neįpareigojančią nuomonę dėl vykdomo pažeidimo, tuo tarpu valstybei narei nesutinkant su pažeidimu, Komisija privalo kreiptis į ESTT. Praktiniu požiūriu tai reiškia, kad įrodinėdama ESS 4(3) str. numatytos lojalumo pareigos pažeidimą Komisija galės išspręsti nagrinėjamą problemą tik praėjus keleriems metams nuo valstybės narės padaryto pažeidimo pradžios, todėl šis teisinis instrumentas yra gerokai mažiau efektyvus už SESV 106(1) str. numatytą draudimą.

Kaip nurodo *Kerf*, analizuojant istorinius dokumentus nėra visiškai aišku, kodėl Europos Sąjungos steigimo sutarčių kūrėjai numatė tokią specialią procesinę taisyklę, taikomą išskirtinai valstybės ūkio subjektų ir ūkio subjektų, kuriems valstybės suteikia specialiąsias ar išimtines teises, atžvilgiu. Visgi doktrinoje iš esmės yra sutariama, kad SESV 106(1) str. įvardintų subjektų atžvilgiu valstybės narės turi didžiausią polinkį taikyti priemones, kurios mažintų Sutartyje numatytų teisinių įpareigojimų veiksmingumą. Atitinkamai, suteikiant Komisijai specialius įgaliojimus priimti valstybes nares įpareigojančias direktyvas ir sprendimus buvo siekiama suteikti adekvačias procesines galimybes operatyviai išaiškinti tokius pažeidimus ir pareikalauti juos nutraukti⁷⁵.

73 P vz. Gareth Davies, *supra note 68*, p. 552; John Temple Lang, "European Union Law Rules on State Measures Restricting Competition," *dans Competition Law Yearbook* (2003): 1; Piet Van Slot ir Leigh Hancher, *supra note 18*, p. 35.

74 Gareth Davies, *supra note 68*, p. 552.

75 Michel Kerf, *supra note 23*, p. 76-77.

2. SESV 106(1) STR. NUMATYTŲ VALSTYBĖS ATSAKOMYBĖS PAGRINDŲ TAIKYMO KRITERIJAI

Oficiali lietuviška SESV 106(1) str. redakcija numato tokio pobūdžio draudimą:

„Valstybės įmonėms bei įmonėms, kurioms valstybės narės suteikia specialias arba išimtinės teises, valstybės narės nepriima naujų teisės aktų ir nepalieka galiojančiųjų, prieštaraujančių Sutartyse nurodytoms taisyklėms, ypač toms taisyklėms, kurios yra nustatytos 18 ir 101–109 straipsniuose.“

Kaip vėliau paaiškinama, šioje disertacijoje toks oficialus SESV vertimas yra klaidinantis „įmonių“ ir „teisės aktų“ sąvokų požiūriu, kadangi jis pernelyg susiaurina sąvokų (t.y. angl. „*undertaking*“ ir „*measure*“) turinį. Atitinkamai, siekiant išvengti dviprasmiško sąvokų vertinimo šioje disertacijoje bus nagrinėjama sąvokų vertimo požiūriu kiek patikslinta SESV 106(1) str. formuluotė:

„Valstybės ūkio subjektams bei ūkio subjektams, kurioms valstybės narės suteikia specialias arba išimtinės teises, valstybės narės nepriima naujų priemonių ir nepalieka galiojančiųjų, prieštaraujančių Sutartyse nurodytoms taisyklėms, ypač toms taisyklėms, kurios yra nustatytos 18 ir 101–109 straipsniuose.“

Šios SESV 106(1) str. formuluotės analizė suponuoja, kad SESV 106(1) str. taikymo tikslais būtina įrodyti penkis elementus, kurių kiekvienas bus analizuojamas tolesniuose šios disertacijos skyriuose:

- (i) nagrinėjami veiksmai gali būti priskirti valstybei narei (<...> **valstybės narės nepriima naujų priemonių** <...>);
- (ii) valstybės veiksmai gali būti vertinami kaip valstybės priemonės („<...> valstybės narės nepriima naujų **priemonių** ir nepalieka galiojančiųjų <...>“);
- (iii) valstybės priemonės yra nukreiptos į ūkio subjektus („Valstybės **ūkio subjektams** bei **ūkio subjektams**, kurioms valstybės narės suteikia specialias arba išimtinės teises <...>“);
- (iv) valstybės priemonės yra nukreiptos į specialią ūkio subjektų kategoriją: ūkio subjektai yra kontroliuojami valstybės arba turi valstybės suteiktas specialiąsias ar išimtinės teises“ („**Valstybės ūkio subjektams** bei **ūkio subjektams, kurioms valstybės narės suteikia specialias arba išimtinės teises** <...>“);
- (v) valstybės priemonėmis yra pažeidžiamos kitos Sutarties nuostatos („<...> **valstybės narės nepriima** <...> **priemonių** <...> **prieštaraujančių Sutartyse nurodytoms taisyklėms, ypač toms taisyklėms, kurios yra nustatytos 18 ir 101–109 straipsniuose.**“)

2.1. Veiksmų priskyrimas valstybei ir valstybės priemonių sąvoka

„Valstybės ūkio subjektams bei ūkio subjektams, kurioms valstybės narės suteikia specialias arba išimtines teises, **valstybės narės nepriima naujų priemonių** ir nepalieka galiojančiųjų, prieštaraujančių Sutartyse nurodytoms taisyklėms, ypač toms taisyklėms, kurios yra nustatytos 18 ir 101–109 straipsniuose.“

Taikant SESV 106(1) str. ir 102 str. numatytą draudimą *valstybės priemonių* sąvoka identifikuoja konkrečius valstybės veiksmus, kuriais valstybė potencialiai sumažina SESV 102 str. veiksmingumą ir apibrėžia nagrinėjamo pažeidimo objektą. Atitinkamai, prieš pradėdant vertinti kitų SESV 106(1) str. ir 102 str. numatyto draudimo elementų egzistavimą, pirmiausia būtina išsiaiškinti, kokius konkrečius valstybės veiksmus galime laikyti „valstybės priemonėmis“ SESV 106(1) str. taikymo tikslais. Siekiant atskleisti valstybės priemonių sąvokos esmę tikslinga nagrinėti kelis siauresnio pobūdžio klausimus: (I) ar *visi* valstybės institucijų atliekami veiksmai gali būti laikomi valstybės priemonėmis? (II) ar valstybės priemonės turi būti suteikiama *specifinė teisinė forma*? ir (III) *kokios konkrečios valstybės institucijos* gali būti sukurti tokias valstybės priemonės?

2.1.1. Valstybės priemonių samprata

Ieškant atsakymo į pirmąjį klausimą, reikia atkreipti dėmesį, kad Europos Sąjungos konkurencijos teisės požiūriu atitinkamo asmens priskyrimas *ūkio subjekto* ar *valdžios institucijos* kategorijai priklauso nuo vykdomos veiklos pobūdžio, o ne nuo teisinės formos. Atitinkamai, įgyvendamos joms priskirtus įgaliojimus *valstybės institucijos* gali įgyvendinti tiek valstybinės valdžios funkcijas, tiek užsiimti ūkine-komercine veikla įgyvendindamos ūkio subjekto funkcijas⁷⁶. Valstybinės valdžios funkcijos įgyvendinamos tada, kai valstybės institucija vykdo veiklą, kuri pagal savo pobūdį, tikslus bei tokios veiklos atžvilgiu taikomų taisyklių pobūdį paprastai yra priskiriama esminėms valstybės funkcijoms⁷⁷. Tuo tarpu „*ūkio subjekto*“ veikla vykdoma tuomet, kai valstybės institucija užsiima veikla, kuri yra susijusi su prekių ar paslaugų siūlymų rinkoje, nepriklausomai nuo to, kokių galutinių tikslų siekia valstybės institucija, vykdydama tokią veiklą, ir to, ar tokios veiklos vykdymas yra grindžiamas pelno siekimu⁷⁸. Nepaisant tokio valstybės institucijų veiklos dvišypumo SESV 106(1) str., numatyto draudimo formuluotėje, numatomas bendro pobūdžio draudimas adresuotas valstybėms, nekeliant jokių reikalavimų valstybės vykdomų veiksmų pobūdžiui.

76 Žr. ESTT sprendimą byloje Nr. 118/85, Komisija v. Italija, ECLI:EU:C:1987:283, 7-8 paragrafai.

77 ESTT sprendimas byloje Nr. C-364/92, SAT Fluggesellschaft mbH v. Eurocontrol, ECLI:EU:C:1994:7, 30 paragrafas.

78 ESTT sprendimas byloje Nr. C-180/98 - C-184/98, Pavel Pavlov ir kiti v. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, ECLI:EU:C:2000:428, 74-75 paragrafai; ESTT sprendimas byloje Nr. C-49/07, Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) v. Elliniko Dimosio, ECLI:EU:C:2008:376, 21, 27 paragrafas; ESTT sprendimas byloje Nr. C-222/04, Ministero dell'Economia e delle Finanze v. Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato and Cassa di Risparmio di San Miniato SpA, ECLI:EU:C:2006:8, 122-123 paragrafai.

Viena vertus, tokia universali SESV 106(1) str. formuluotė galėtų paskatinti manyti, kad SESV 106(1) str. numatytas draudimas taikomas *bet kokiems* valstybės atliekamiems veiksams. Kita vertus, analizuojant SESV 106(1) str. ir 102 str. bylose priimtus Europos Sąjungos teismų sprendimus pastebima aiški takoskyra tarp veiksmų (priemonių), kuriuos įgyvendina „ūkio subjektas“ ir veiksmų (priemonių), kuriuos įgyvendina „valstybė“. Šiuo atžvilgiu teismai nurodo, kad „ūkio subjekto“ veiksmai, iškreipiantys konkurenciją, turėtų būti vertinami SESV 102 str. požiūriu, tačiau analogiškai konkurencijos iškraipymai, susidarantys dėl „valstybės“ veiksmų, turėtų būti vertinami SESV 106(1) str. ir 102 str. numatytais draudimais⁷⁹. Tokio atribojimo teisinis pagrindas jurisprudencijoje nėra atskleidžiamas, tačiau teismų užimamą poziciją galima paaiškinti specifiniais SESV 106(1) str. taikymo tikslais. SESV 106(1) str. numatyto draudimu siekiama apsaugoti kitų SESV straipsnių, įskaitant SESV 102 str. numatyto draudimo veiksmingumą, o ne sukurti naujas valstybėms narėms privalomo teisinio elgesio taisykles. Atitinkamai, jeigu konkrečių valstybės atliekamų veiksams galima tiesiogiai pritaikyti SESV 102 str. numatytą draudimą, papildomai kelti valstybės atsakomybės klausimą pagal SESV 106(1) str. nėra nei poreikio, nei teisinio pagrindo. Tokia pozicija suponuoja, kad nustatant „valstybės priemonių“ egzistavimą konkrečios situacijos atžvilgiu pirmiausia reikia įvertinti, ar atlikdama nagrinėjamus veiksmus valstybė išreiškė „valdžios įgaliojimus“, kuriems galima taikyti SESV 106(1) str. numatytą draudimą (pvz. valstybė suteikė išimtinę teisę teikti paslaugas tretiesiems asmenims), ar visgi tokie veiksmai turi būti vertinami kaip „ūkio subjekto“ veiksmai, kuriems galima taikyti SESV 102 str. numatytą draudimą (pvz. valstybė-ūkio subjektas sudarė išimtinio bendradarbiavimo sutartį). Kartu tokia taisyklė suponuoja, kad ne kiekviena priemonė, kurią taiko „valstybė“, gali būti laikoma „valstybės priemone“ SESV 106(1) str. taikymo tikslais.

Tokio individualaus valstybės institucijų vaidmens atliekant nagrinėjamus veiksmus vertinimo poreikį gerai iliustruoja ESTT sprendimai *Bodson*⁸⁰ ir *Almelo*⁸¹ bylose. *Bodson* byloje ESTT vertino, ar SESV 106(1) str. ir 102 str. numatytą draudimą pažeidžia Prancūzijos vietos savivaldos institucijų sprendimas sudaryti su laidojimo paslaugų teikėjais koncesijos sutartis suteikiančias išimtinę teisę veikti rinkoje. Nors išimtinė teisė veikti rinkoje buvo sudaryta naudojant privatinės teisės instrumentus (t.y. koncesijos sutartis), teismas vienareikšmiškai atmetė galimybę vertinti tokių koncesijos sutarčių teisėtumą taikant ūkio subjektams adresuotą SESV 101/102 str. draudimą nurodydamas, kad šis straipsnis gali būti taikomas tik „ūkio subjektų“ sudaromiems susitarimams, kai tuo tarpu *Bodson* byloje susitarimai su laidojimo paslaugų teikėjais buvo sudaryti su vietos savivaldos institucijomis „veikiančiomis valdžios institucijų vaidmenyje“⁸². Dėl to teismas pripažino, kad koncesijos sutarčių teisėtumas nagrinėjamu atveju gali būti vertinamas taikant valstybėms narėms adresuotą SESV 106(1) str. ir 102 str. draudimą⁸³.

79 Žr. pvz. ESTT sprendimą byloje Nr. C-462/99, *Connect Austria*, ECLI:EU:C:2003:297, 81-84 paragrafai.

80 ESTT sprendimas byloje Nr. 30/87, *Corinne Bodson v SA Pompes funèbres des régions libérées*, ECLI:EU:C:1988:225.

81 ESTT sprendimas byloje Nr. C-393/92, *Municipality of Almelo ir kiti v NV Energiebedrijf IJsselmij*, ECLI:EU:C:1994:171.

82 ESTT sprendimas byloje Nr. 30/87, *Corinne Bodson v SA Pompes funèbres des régions libérées*, ECLI:EU:C:1988:225, 18 paragrafas.

83 *Ibid*, 33 paragrafas.

Almelo byloje teismas vertino susitarimus tarp regioninio ir vietinių elektros skirstymo veiklą vykdančių subjektų numatančių išsipareigojimą pirkti visą elektros energiją išimtinai iš regioninės elektros skirstymo tinklų bendrovės IJM⁸⁴. Savo esme tokių susitarimų sudarymas buvo labai panašus į *Bodson* byloje nagrinėtą situaciją: susitarimai *inter alia* buvo sudaryti su vietos savivaldos institucijomis, kurios nesteigdamos atskiro juridinio asmens vykdė vietinio elektros energijos skirstymo veiklą, o tokio susitarimo poveikis konkurencijai buvo analogiškas *Bodson* byloje nagrinėtai situacijai. Šiuo atžvilgiu esminis skirtumas buvo tik tas, kad paslaugas *Bodson* byloje konkrečios savivaldybės gyventojams galėjo siūlyti išimtinę teisę turintis laidojimo paslaugų teikėjas, o *Almelo* byloje – regioninis elektros skirstymo veiklą vykdančias tiekėjas. Atitinkamai, *Almelo* byloje kilo klausimas, ar vietos savivaldų ir regioninio elektros tiekėjo išimtinumą numatantys susitarimai gali būti vertinami SESV 101 str. ir 102 str. požiūriu, ar visgi jie turėtų būti laikomi „valstybės veiksmais“ suteikiant IMJ išimtinę teisę tiekti elektros energiją susitarimą sudariusioms savivaldybėms kaip buvo sprendžiama *Bodson* byloje? Analizuodamas šį klausimą teismas sprendė, kad sudarydamos susitarimus su IMJ vietos savivaldos institucijos neveikė „valdžios institucijų vaidmenyje“, todėl tokie susitarimai turi būti vertinami kaip „ūkio subjektų“ sudaryti susitarimai taikant SESV 101 ir/ar 102 str. nepaisant to, kad juos sudarė valdžios institucijos⁸⁵.

Tokia ESTT praktika suponuoja išvadą, kad ne kiekvienas valstybės veiksmas gali būti laikomas „valstybės priemone“ SESV 106(1) str. taikymo tikslais. Atitinkamai, įrodinėjant SESV 106(1) str. pažeidimą pirmiausiai būtina įsitikinti, kad atlikdama konkrečius veiksmus valstybės institucija įgyvendino valdžios įgaliojimus, kurie nėra susiję su prekių- paslaugų siūlymu rinkoje, t.y. ūkinės veiklos vykdymu.

Ar konkretūs valdžios institucijų veiksmai gali būti laikomi „valdžios įgaliojimu įgyvendinimu“ ar „ūkio subjekto veikla“ yra atskirto teisinio-ekonominio pobūdžio vertinimo klausimas. Visgi atskiri autoriai, tokie kaip *Buendia* siūlo šio klausimą analizę pradėti nuo valstybės priemonės suteikusių veiksmų teisinės formos vertinimo. *Buendia* nuomone, absoliučia dauguma atveju įgyvendinamos valstybės valdžios funkcijas institucijos priima viešosios teisės reglamentuojamus teisinius instrumentus (įstatymus, poįstatyminius aktus ir t.t.), tuo tarpu, vykdydamos ūkines funkcijas, valstybės institucijos yra linkusios naudoti privatinės teisės instrumentus, tokius kaip sutarčių sudarymas. Tokios tendencijos kontekste *Buendia* mano esant tikslinga taikyti *nuginčijamą* prezumpciją, kad valstybės veiksams suteikiama forma gali nulemti SESV 106(1) str. ar 102 str. taikymą. Taikant tokią prezumpciją konkrečių valstybės veiksmų vertinimą siūloma atlikti pirmiausia nustatant, ar nagrinėjami valstybės veiksmai yra išreikšti naudojant viešosios ar privatinės teisės instrumentus ir tuomet atlikti individualų patikrinimą, ar tokie veiksmai pagal savo pobūdį iš tiesų išreiškia valdžios įgaliojimų įgyvendinimą, ar visgi jais įgyvendinamos ūkio subjekto komercinės funkcijos⁸⁶.

84 ESTT sprendimas byloje Nr. C-393/92, Municipality of Almelo ir kiti v NV Energiebedrijf Ijsselmij, ECLI:EU:C:1994:171, 25 paragrafas.

85 ESTT sprendimas byloje Nr. C-393/92, Municipality of Almelo ir kiti v NV Energiebedrijf Ijsselmij, ECLI:EU:C:1994:171, 4, 28-30 paragrafai, generalinio advokato Darmon nuomonės šioje byloje 21 paragrafas.

86 José Luis Buendia Sierra, *supra* note 4, p. 19.

Autoriaus įsitikinimu, tokia *Buendia* pasiūlyta prezumpcija iš tiesų galėtų būti taikoma, tačiau ji turėtų būti taikoma daugiau kaip pradinis teisinio vertinimo etapas, nei prezumpcija, kurią turi paneigti viena iš ginčo šalių. Šiuo atžvilgiu problema atsiranda dėl to, kad turėdama sąmoningą tikslą proteguoti atskirus ūkio subjektus ir galėdama pasirinkti privatinės ar viešosios teisės valstybės instrumentus valstybė narė visuomet stengsis mažinti pažeidimo riziką parinkdama tokius teisinius instrumentus, kurių atžvilgiu pažeidimo konstatavimo rizika ar neigiamų pasekmių apimtis yra mažesnė. Tai ypač aktualu tokioms mažoms Europos Sąjungos valstybėms, kaip Lietuva, kurioje distancija tarp valstybės institucijų ir valstybės kontroliuojamų ūkio subjektų vis dar yra nepakankama, o valstybės ūkio subjektų protegavimui gali būti panaudojami visi viešosios valdžios instrumentai, įskaitant Lietuvos Respublikos Seimo ir/ar Vyriausybės priimamus aukščiausios teisinės galios teisės aktus, kurie įprastai nėra naudojami ūkinės veiklos vykdymui.

2.1.2. Valstybės priemonių išraiškos forma

Pripažinus, kad SESV 106(1) str. apima tik valdžios institucijų vaidmenyje veikiančių valstybės institucijų atliekamus veiksmus, kyla klausimas, ar SESV 106(1) str. numato kokius nors reikalavimus valstybės institucijų atliekamų veiksmų teisei formai?

Šiame kontekste reikia pripažinti, kad, įgyvendinant valdžios įgaliojimus, valstybės institucijų veiksmai gali įgyti labai įvairias išraiškos formas, kurios skiriasi ne tik savo priklausomybe viešosios ar privatinės teisės instrumentams, tačiau taip pat savo išraiškos forma bei teisiniu privalomumu. Valstybės veiksmai *inter alia* gali apimti teisiškai privalomus įstatymo lygmens teisės aktus ir šiuos įstatymus įgyvendinančius individualius ar norminius teisės aktus, teisiškai neprivalomus „minkštosios teisės“ (angl. „*soft law*“) instrumentus, tokius kaip individualūs ar bendro pobūdžio paaiškinimai atskirais teisės taikymo klausimais, valstybės institucijų komunikacija, skatinanti kitus asmenis priimti specifinio turinio sprendimus, sutarčių sudarymas ar sprendimai nesudaryti sutarčių su atskirais ūkio subjektais ir t.t. Tokios valstybės veiksmų įvairovės kontekste galima kelti klausimą, ar SESV 106(1) str. taikymo tikslais „valstybės priemonių“ samprata yra ribojama kokiais nors valstybės veiksmų išraiškos formos ar teisinio privalomumo reikalavimais?

Kaip minėta šios disertacijos 2.1 poskyryje oficialioji SESV 106(1) str. redakcija, išdėstyta lietuvių kalba, suponuoja, kad šio straipsnio draudimas taikomas tik valstybės priimamų „*teisės aktų*“ atžvilgiu. Atitinkamai, tokia formuluotė galėtų sudaryti įspūdį, kad SESV 106(1) str. numatytą draudimą galėtume pritaikyti tik *teisiškai privalomiems* norminio ar individualaus pobūdžio teisės aktams. Visgi analizuojant SESV 106(1) str. oficialią redakciją anglų kalba, galima pastebėti, kad šioje redakcijoje yra naudojama gerokai neutralesnė „*priemonių*“ (angl. *measures*) sąvoka, kuri nebūtinai turėtų būti susijusi su formaliais ir/ar teisiškai privalomais teisiniais instrumentais.

Aiškinant tokią „*priemonių*“ (angl. „*measures*“) sampratą daugelyje ESTT ir Komisijos anglų kalba surašytų sprendimų pateikiama universali formuluotė, nurodanti, kad valstybės veiksmai pažeidžia SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimus, jeigu šie veiksmai išreiškia-

mi kaip „*law, regulation or administrative provision*“⁸⁷. Šių sąvokų turinį analizuojant vadovaujantis angliškų teisinių terminų žodynu⁸⁸ galima pastebėti, kad visų šių sąvokų turinys priklausomai nuo požiūrio gali būti interpretuojamas tiek siaurai ir apimti tik formalius teisiškai įpareigojančius teisės aktus, tiek labai plačiai ir apimti bet kokius teisės šaltinius, įskaitant teisiškai privalomus pirminius ir antrinius teisės aktus, teismų praktiką, institucijų paaiškinimus ir t. t. Atitinkamai tokia institucijų sprendimuose naudojama formuluotė nepateikia aiškaus atsakymo, ar valstybės priemonėms yra keliami kokie nors formalūs formos ar teisinio privalomumo reikalavimai. Visgi autoriaus įsitikinimu, interpretuojant valstybės priemonių sąvokos turinį, būtina laikytis būtent plačios valstybės priemonių formos interpretacijos. Tokia pozicija grindžiama tuo, kad SESV 106(1) str. yra siekiama užtikrinti Europos Sąjungos teisės viršenybę, o SESV 106(1) str. numatytas draudimas išreiškia specialią taisyklę bendrosios valstybių narių lojalumo pareigos atžvilgiu numatytos ESS 4(3) str., kuriame formuluojamas valstybėms narėms adresuotas draudimas susilaikyti nuo *bet kokių veiksmų*, kurie galėtų sumažinti Europos Sąjungos teisės efektyvumą, nepriklausomai nuo tokių veiksmų išraiškos formos ir/ar tokius veiksmus atliekančios institucijos pobūdžio⁸⁹.

Tokią plačią valstybės priemonių interpretaciją palaiko Komisijos bei ESTT sprendimai SESV 106(1) str. ir 102 str. bylose, kuriose valstybės priemonėmis buvo pripažinti labai įvairių teisinių formų ir teisinio privalomumo instrumentai pvz. įstatymo lygmens teisės aktai (žr. *Ambulanz Glockner*⁹⁰), formalūs individualaus pobūdžio administraciniai teisės aktai (žr. *Dusseldorf*⁹¹), institucijų laiškai, informuojantys apie valstybės institucijų priimtus neformalius sprendimus (žr. *Roedby*⁹²) ar valstybės institucijų pozicijos atskirais klausimais pateikti paaiškinimai (žr. *Slovenska posta*⁹³) ir t. t.

87 ESTT sprendimas byloje Nr. C-553/12 P, Komisija v. Dimosia Epicheirisi Ilektrismou Ae (DEI) (Greek Lignite), ECLI:EU:C:2014:2083, 41, 57 paragrafai; ESTT sprendimas byloje Nr. C-462/99, Connect Austria, ECLI:EU:C:2003:297, 80 paragrafas; ESTT sprendimas byloje Nr. C-203/96, Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV ir kiti v Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, ECLI:EU:C:1998:316, 61 paragrafas; ESTT sprendimas byloje Nr. C-340/99, TNT Traco SpA v Poste Italiane SpA ir kiti, ECLI:EU:C:2001:281, 44 paragrafas; Komisijos sprendimas byloje Nr. 94/119/EEC, European Commission Decision concerning a refusal to grant access to the facilities of the port of Rødby (Denmark), O.L. L 055, 52 – 57 (1994), 31 paragrafas.

88 Konkrečiai, žodyne pateiktais sąvokų „administration“, „administrative law“, „administrative rule“, „regulation“, law“, „legislative“ apibrėžimais, žr. Bryan A. Garner and Henry Campbell, *Black's Law Dictionary*, 9th ed. ed. (St. Paul, MN: West, 2009).

89 Žr. pvz. ESTT sprendimą byloje Nr. C-198/01 Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ECLI:EU:C:2003:430, 43-51 paragrafai; ESTT sprendimą byloje Nr. C-103/88, Fratelli Costanzo SpA v Comune di Milano, ECLI:EU:C:1989:256.

90 ESTT sprendimas byloje Nr. C-475/99, Firma Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz, ECLI:EU:C:2001:577.

91 ESTT sprendimas byloje Nr. C-203/96, Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV ir kiti v Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, ECLI:EU:C:1998:316.

92 Komisijos sprendimas byloje Nr. 94/119/EEC, European Commission Decision concerning a refusal to grant access to the facilities of the port of Rødby (Denmark), O.L. L 055, 52 – 57 (1994).

93 Komisijos sprendimas byloje Nr. 39/568/EEC, European Commission Decision on the Slovakian postal legislation relating to hybrid mail services, 4 C.M.L.R. 13 (2008).

2.1.3. Valstybės priemonės galinčios sukurti valstybės institucijos

Plačiau suvokiant „valstybės priemonių“ sąvoką ir valstybės priemonėms priskiriant bet kokius SESV 102 str. efektyvumą mažinančius veiksmus, kartu reikia pripažinti, kad SESV 102 str. efektyvumas gali būti mažinamas bet kokios valstybės institucijos, įskaitant įstatymų leidėjus, vykdomąsias ar teismines, centrinės ar vietinės valdžios institucijos ir net nuo valstybinės valdžios formaliai nepriklausomas institucijas, tokias kaip nacionalinės reguliavimo institucijos⁹⁴. Visgi praktikoje SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimai yra labiau tikėtini centrinės valdžios priimamų sprendimų kontekste, atsižvelgiant į tai, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymas *inter alia* reikalauja įrodyti, kad konkrečios valstybės priemonės turi poveikį prekybai tarp valstybių narių, kuris labiau tikėtinas sprendimus priimančioms centrinėms valdžios institucijoms.

2.1.4. Tyrimo rezultatų apibendrinimas

Apibendrinant šiame poskyryje išdėstytus argumentus galima akcentuoti kelis aspektus, susijusius su valstybės priemonių sąvokos apibrėžimu SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo tikslais:

- (i) SESV 106(1) str. taikymo tikslais „valstybės priemonės“ apima tik tokius valstybės veiksmus, kuriais valstybė įgyvendina *valstybinės valdžios funkcijas*; valstybės atsakomybė už veiksmus, kuriais valstybė įgyvendina *ūkio subjekto funkcijas*, turėtų būti tiesiogiai vertinama SESV 102 str. pagrindu;
- (ii) Oficiali SESV 106(1) str. redakcija lietuvių kalba pateikia netikslią „valstybės priemonių“ sąvoką, nepagrįstai susiaurindama valstybės priemones iki formalių teisiškai privalomų „teisės aktų“. Europos Sąjungos teisėje nėra jokių teisinių prielaidų manyti, kad SESV 106(1) str. numatyta valstybės priemonių sąvoka turėtų būti interpretuojama taip siaurai. Priešingai, Europos Sąjungos institucijų praktika suponuoja, kad valstybės priemonių sąvoka turėtų būti interpretuojama atsižvelgiant į konkrečių valstybės veiksmų poveikį ir turėtų apimti *bet kokius* valstybės veiksmus, kuriais tik valstybė gali sumažinti SESV 102 str. veiksmingumą;
- (iii) SESV 106(1) str. vertinimo objektą sudarančias „valstybės priemones“ gali priimti bet kokia valstybės institucija nepaisant savo veiklos pobūdžio ir/ar priskyrimo centrinės, teritorinei ar vietos valdžios institucijai.

2.2. Valstybės priemonių nukreipimas į ūkio subjektus

„Valstybės ūkio subjektams bei ūkio subjektams, kurioms valstybės narės suteikia specialias arba išimtinės teises, valstybės narės nepriima naujų priemonių ir nepalieka galiojančiųjų, prieštaraujančių Sutartyse nurodytoms taisyklėms, ypač toms taisyklėms, kurios yra nustatytos 18 ir 101–109 straipsniuose.“

⁹⁴ ESTT sprendimas byloje Nr. C-462/99, Connect Austria, ECLI:EU:C:2003:297, 19 paragrafas; Komisijos sprendimas byloje Nr. 39/568/EEC, European Commission Decision on the Slovakian postal legislation relating to hybrid mail services, 4 C.M.L.R. 13 (2008).

Kaip suponuoja pati SESV 106(1) str. formuluotė, šiame straipsnyje numatytas draudimas siejamas išimtinai su „ūkio subjektų“ atžvilgiu taikomomis valstybės priemonėmis. Atitinkamai, konkrečioje situacijoje padarius išvadą, kad jas taikydama valstybė įgyvendino viešojo administravimo (valstybės) įgaliojimus, antruoju etapu turėtų būti analizuojamas tokių valstybės priemonių adresato veiklos pobūdis. Šiuo atžvilgiu vėl turėtų būti užduodamas klausimas, ar naudos gavėjo vykdoma veikla yra susijusi su prekių-paslaugų siūlymų rinkoje (t.y. ar naudos gavėjas yra „ūkio subjektas“) ar viešojo administravimo funkcijų įgyvendinimu⁹⁵.

SESV 106(1) str. kontekste naudojama „ūkio subjekto“ sąvoka yra analogiška ūkio subjekto sąvokai, taikomai kituose konkurencijos teisės institutuose, įskaitant SESV 101 ir 102 str. numatytą draudimą sudaryti konkurenciją ribojančius susitarimus ir piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi Šioje disertacijoje nėra analizuojami konkretūs kriterijai, atribojantys ūkio subjekto veiklą nuo viešojo administravimo (valstybės) funkcijų įgyvendinimo ir apsiribojama dviejų aspektų analize, kurie yra aktualūs SESV 106(1) str. numatytiems draudimams. Konkrečiai šiame disertacijos poskyryje siekiama atsakyti į klausimus: (I) ar valstybės sprendimas monopolizuoti prekių ar paslaugų teikimą priskiriant šią veiklą valstybės kontroliuojamiems subjektams automatiškai reiškia, kad tokias prekes ar paslaugas teikiantis subjektas įgyvendina valstybės funkcijas ir tokio subjekto privilegijavimas nepatenka į SESV 106(1) str. numatyto draudimo apimtį? ir tai, (II) ar pripažinimas, kad valstybės privilegijos buvo suteiktos asmeniui, įgyvendinančiam valstybės funkcijas savaime eliminuoja galimybę taikyti SESV 106(1) str. numatytą draudimą?

2.2.1. Monopolizavimo įtaka veiklos ekonominiam pobūdžiui

Klausimai dėl valstybės veiksmų atitikimo SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimams dažniausiai kyla tuomet, kai valstybė priima sprendimą monopolizuoti tam tikrą veiklą pavedant monopolizuotą veiklą vykdyti savo kontroliuojamiems ūkio subjektams⁹⁶ ir/arba nusprendžia teikti tokias paslaugas savarankiškai. Tokiame kontekste neretai keliamas klausimas dėl galimybės pripažinti tokių prekių/paslaugų teikimą ekonomine veikla atsižvelgiant į tai, kad konkrečioje valstybėje narėje tokią veiklą vykdo tik valstybė ir/arba valstybės kontroliuojami subjektai. Savo ruožtu, atsakyti į tokio pobūdžio klausimą tampa ypatingai sunku, kai tam tikrų prekių/paslaugų teikimas atitinkamoje valstybėje narėje niekuomet nebuvo patikėtas privatiems rinkos dalyviams⁹⁷.

Analizuojant šį klausimą pirmiausia verta prisiminti pagrindinius kriterijus, kurių pagrindu atitinkama veikla klasifikuojama kaip ekonominė. Europos Sąjungos konkurencijos teisės

95 Plačiau apie ūkio subjekto sąvokos problematiką žr. Erika Szyszczak, "Services of General Economic Interest and State Measures Affecting Competition." *Journal of European Competition Law & Practice* 5, 7 (2014): 508-518; Phedon Nicolaides, „The Flexible Boundary between Economic and Non-economic Activities,“ (2013), žiūrėta 2016 05 24, <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/1635>.

96 Lietuvoje tokios situacijos pavyzdys galėtų būti valstybės sprendimas pavesti valstybės kontroliuojamam subjektui VĮ „Infrastruktūra“ teikti duomenų perdavimo paslaugas viešiesiems subjektams, nors tokias paslaugas yra suinteresuoti ir techniškai pajėgūs teikti privatus rinkos dalyviai.

97 Žr. diskusiją šiuo klausimu pvz. Vassilis Hatzopoulos, "The Economic Constitution of the Eu Treaty and the Limits between Economic and Non-Economic Activities," *European Business Law Review* 23, 6 (2012): 973-1007.

požiūriu „ūtkio subjektas“ yra apibrėžiamas kaip asmuo, užsiimantis *ekonomine veikla*, nepriklausomai nuo savo teisinio statuso ar finansavimo šaltinių⁹⁸. Savo ruožtu, *ekonominės veiklos* vykdymas apibrėžiamas kaip *prekių ir paslaugų siūlymas rinkoje*⁹⁹, nepriklausomai nuo to, ar tokios prekės ir paslaugos siūlomos rinkoje siekiant ar nesiekiant pelno¹⁰⁰. Atitinkamai, nagrinėjamo asmens teisinis statusas (pvz. valstybės įmonė), dalininkų sudėtis (pvz. ministerija, savivaldybė), gaunamos dotacijos veiklos vykdymui, pelno siekimas/nesiekimas, neturi jokios reikšmės sprendžiant dėl atitinkamo asmens pripažinimo „ūtkio subjektu“¹⁰¹.

Pripažinus, kad veiklos ekonominės pobūdės priklauso tik nuo „prekių ir paslaugų siūlymo rinkoje“, natūraliai kyla klausimas kokiais išskirtiniais požymiais turi pasižymėti tokia ekonominė veikla, kad būtų galima ūtkio subjekto *rinkoje siūlomas prekes ir paslaugas* atskirti nuo valstybės teikiamų nekomercinių *administracinių paslaugų*. Šiuo atžvilgiu ESTT praktiką gerai apibendrina Generalinis advokatas *Jacobs AOK*¹⁰² byloje. Generalinio advokato nuomone: „vertinant ar tam tikros veiklos pobūdis yra ekonominis, <...> bazinis testas yra tai, ar tokia veikla pagal savo esmę galėtų būti teikiama privačių subjektų siekiant pelno“¹⁰³.

Tokia generalinio advokato nuomonė grindžiama ESTT sprendimu priimtu *Hofner* byloje¹⁰⁴, kuriame ESTT pripažino valstybinės įdarbinimo įmonės teikiamas monopolinio pobūdžio įdarbinimo paslaugas ekonomine veikla atsižvelgiant į tai, kad įdarbinimo paslaugos nebūtinai buvo / yra teikiamos valstybės institucijų¹⁰⁵ (*Hofner* byloje tokią išvadą patvirtino

-
- 98 ESTT sprendimas sujungtose bylose Nr. C-180/98 - C-184/98, Pavel Pavlov ir kiti v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, ECLI:EU:C:2000:428, 74 paragrafas. Dėl Lietuvos policijos generalinio komisaro įsakymų nuostatų, kuriomis policijos įstaigoms suteikiama teisė teikti komercines paslaugas, pagal sutartis atliekant fizinių ir juridinių asmenų turto apsaugą, atitikties Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymo 4 straipsnio 2 dalies reikalavimams
- 99 ESTT sprendimas byloje Nr. 118/85, Komisija v Italija. Transparency of financial relations between Member States and public undertakings, 3 C.M.L.R. 255 (1987), 7 paragrafas; ESTT sprendimas byloje Nr. C-35/96, Komisija v Italija, 1998 ECR I-3851, 36 paragrafas; ESTT sprendimas sujungtose bylose Nr. C-180/98 - C-184/98, Pavel Pavlov ir kiti v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, ECLI:EU:C:2000:428, 75 paragrafas.
- 100 ESTT sprendimas sujungtose bylose C-209/78, C-215/78 ir C-218/78, Heintz van Landewyck SARL ir kiti v Komisija, 1980 ECR 3125, 88 paragrafas; ESTT sprendimas byloje Nr. C-244/94, Fédération Française des Sociétés d'Assurance, Société Paternelle-Vie, Union des Assurances de Paris-Vie and Caisse d'Assurance et de Prévoyance Mutuelle des Agriculteurs v Ministère de l'Agriculture et de la Pêche, ECLI:EU:C:1995:392, 21 paragrafas; ESTT sprendimas byloje Nr. C-49/07, Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) v Elliniko Dimosio, ECLI:EU:C:2008:376, 27 ir 28 paragrafai.
- 101 Toks ūtkio subjekto „ūtkio subjekto“ supratimas aktualus ir Lietuvos teisėje, pvz. Konkurencijos tarybos 2006 m. sausio 12 d. nutarime Nr. 2S-2 ūtkio subjektu buvo pripažintos policijos įstaigos toje apimtyje, kurioje policijos įstaigos teikė turto apsaugos paslaugas.
- 102 Generalinio advokato 2003-05-22 *Jacobs* nuomonė pateikta ESTT sujungtose bylose Nr. C-264/01, C-306/01, C-354/01, C-355/01, *AOK Bundesverband*, 27 paragrafas.
- 103 Okeoghene Odudu, "Are State Owned Healthcare Providers That Are Funded by General Taxation Undertakings Subject to Competition Law?," *European Competition Law Review* 32, 5 (2011): 231-241.
- 104 ESTT sprendimas byloje Nr. C-41/90, Klaus Höfner and Fritz Elser v Macrotron GmbH, ECLI:EU:C:1991:161.
- 105 ESTT sprendimas byloje Nr. C-41/90, Klaus Höfner and Fritz Elser v Macrotron GmbH, ECLI:EU:C:1991:161, 22 paragrafas. Žr. analogiško testo taikymą pvz. 2001-10-25 ESTT sprendimo *Ambulanz Glöckner* byloje, ESTT sprendimas byloje Nr. C-475/99, Firma *Ambulanz Glöckner* v Landkreis Südwestpfalz, ECLI:EU:C:2001:577, 20-22 paragrafai.

faktinė aplinkybė, kad nepaisant įdarbinimo paslaugų teisinio monopolio Vokietijoje paraleliai veikė įdarbinimo paslaugas teikiantys privatūs rinkos dalyviai). Toks *Hofner* byloje suformuluotas teisinis testas buvo patvirtintas daugelyje vėlesnių ESTT bylų. Pavyzdžiui:

- (i) *Aeroports de Paris v Komisija*¹⁰⁶ sprendimo 82 paragrafe ESTT patvirtino Bendrojo teismo sprendimą pripažinti, kad *ekonominių* veiklos pobūdį liudija *galimybė* analogiškas paslaugas teikti privatiems ūkio subjektams („*aplinkybė, kad veiklą gali vykdyti privatūs subjektai turi būti vertinamas kaip papildomas įrodymas to, kad nagrinėjama veikla gali būti vertinama kaip ekonominė veikla*“);
- (ii) *Ambulanz Glöckner*¹⁰⁷ byloje ESTT pritaikė *Hofner* byloje nustatytą teisinį testą ir nurodė, kad skubios medicininės pagalbos transporto ir pacientų pervežimo paslaugos turi būti laikomos ekonomine veikla atsižvelgiant į tai, kad paslaugos monopolizavimą skundžiantis subjektas pats yra teikęs tokias paslaugas praeityje¹⁰⁸;
- (iii) *SELEX Sistemi* sprendime Bendrasis teismas sprendė apie Eurocontrol vykdomos veiklos *ekonominių* pobūdį atsižvelgdamas į tai, kad šios įmonės teikiamas paslaugas konsultuojant oro navigacijos įmones dėl viešųjų pirkimų procedūrų (*inter alia* dėl perkamų prekių specifikacijų) potencialiai galėjo suteikti ir privatūs ūkio subjektai¹⁰⁹. Pastebėtina, kad sprendžiamas apie Eurocontrol vykdomos veiklos ekonominį pobūdį Bendrasis teismas papildomai nurodė¹¹⁰, kad vertinant konkrečios veiklos *ekonominių* pobūdį aplinkybė, kad tam tikros paslaugos *paprastai* yra teikiamos valstybės institucijų, neturi reikšmės. Teismas taip pat nurodė, kad ekonominio veiklos pobūdžio nepaneigia ir aplinkybė, kad konkrečiu momentu nėra privačių subjektų, teikiančių nagrinėjamas paslaugas – šiuo atžvilgiu svarbu tik tai, ar tokios paslaugos *potencialiai* galėtų būti teikiamos privačių subjektų¹¹¹.

Pastebėtina, kad vertinant privačių ūkio subjektų galimybę vykdyti tam tikrą veiklą yra siekiama įvertinti *ne tik* tam tikros veiklos patikėjimo privatiems ūkio subjektams pavyzdžius istorinėje perspektyvoje ir alternatyvioje geografinėje erdvėje, tačiau kartu įvertinti galimybę tokią veiklą *komercializuoti*. Kaip nurodo Generalinis advokatas *Maduro FENIN* byloje pateiktoje nuomonėje, sprendžiant klausimą dėl ekonominio veiklos pobūdžio:

106 ESTT sprendimas byloje Nr. C-82/01 P, *Aéroports de Paris v Komisija*, ECLI:EU:C:2002:617.

107 ESTT sprendimas byloje Nr. C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz*, ECLI:EU:C:2001:577.

108 *Ibid.*, 20-22 paragrafai.

109 Žr. Bendrojo teismo sprendimą byloje Nr. T-155/04, *SELEX Sistemi Integrati SpA v Komisija*, ECLI:EU:T:2006:387, 87 paragrafą.

110 Žr., *ibid.*, 89 paragrafą. Šiuo atžvilgiu žr. taip pat ESTT sprendimą byloje Nr. C-55/96, *Job Centre coop. arl.*, ECLI:EU:C:1997:603, 22 paragrafą.

111 Žr. taip pat ESTT sprendimą byloje Nr. C-185/14, "*EasyPay*" AD and "*Finance Engineering*" AD v *Ministerski savet na Republika Bulgaria* and *Natsionalen osiguritelnen institut*, ECLI:EU:C:2015:716, 37-43 paragrafai; žr. taip pat Dr Albert Sánchez Graells, Ignacio Herrera Anchustegui, "Revisiting the Concept of Undertaking from a Public Procurement Law Perspective - a Discussion on *Easypay* and *Finance Engineering*," *European Competition Law Review* 37, 3 (2016): 93-98; Wolf Sauter, "Containing Corporatism: EU Competition Law and Private Interest Government," *European Competition Law Review* 36, 5 (2015): 187-193.

„Svarbus yra ne pats faktas, kad privatūs subjektai teoriškai gali verstis šia veikla, o tai, kad veikla verčiamasi rinkos sąlygomis. Šios sąlygos apibūdinamos kaip veikla, kuri vykdoma turint tikslą tokią veiklą komercializuoti, kas yra nesuderinama su solidarumo principu. Būtent tai leidžia nustatyti, ar rinka egzistuoja, net jei galiojančios teisės normos trukdo rinkoje atsirasti tikrai konkurencijai. Tačiau, jei valstybė iš dalies leidžia atsirasti dalinei konkurencijai, nagrinėjama veikla būtina suponuoja dalyvavimą rinkoje.“¹¹²

Kaip nurodo *Odudu*,¹¹³ negalėjimas komercializuoti tam tikros veiklos atsiranda tuomet, kai žmonėms negali būti uždrausta naudotis tam tikros prekės ar paslaugos rezultatais nuo momento, kai tokios prekės ir paslaugos yra suteikiamos. Tokia prielaida grindžiama aplinkybe, kad privatūs gamintojai neturi paskatos gaminti prekių ir paslaugų, negalėdami apriboti tokių prekių ir paslaugų naudojimo, kadangi tokiu atveju jie negali uždirbti pelno. Pavyzdžiui, *SAT* byloje *ESTT* sprendė, kad *Eurocontrol* teikiamos oro navigacijos paslaugos nėra laikomos ekonomine veikla atsižvelgiant į tai, kad *Eurocontrol* privalėjo teikti oro navigacijos paslaugas visoms oro linijoms nepriklausomai nuo to, ar šios už teikiamas paslaugas sumokėjo *Eurocontrol*¹¹⁴. Analogiškai ir *Diego Cali* byloje *ESTT* nurodė, kad taršos priežiūros paslaugas už tam tikrą rinkliavą teikianti bendrovė nevykdo ekonominės veiklos *inter alia* atsižvelgiant į tai, kad tokia veikla negali būti vykdoma komerciniais pagrindais – ji teikiama visos visuomenės naudai, ką patvirtina aplinkybė, kad taršos priežiūra būtų vykdoma nepriklausomai nuo to, ar konkretus laivas sumokėjo už teikiamas paslaugas¹¹⁵.

Tokiame kontekste tampa akivaizdu, kad vertinant galimybę tam tikrą veiklą kvalifikuoti kaip ekonominę, teisiškai nereikšminga aplinkybe turėtų būti laikomas faktas, kad tokią veiklą pagal galiojančius teisės aktus gali vykdyti *išimtinai* tam tikras subjektas, o privačių rinkos dalyvių konkurencija yra draudžiama. Kitaip tariant, veiklos monopolizavimas pavedant prekių ar paslaugų teikimą valstybės kontroliuojamiems subjektams nepašalina galimybės monopolizuotos rinkos dalyvį vertinti kaip „*ūkio subjektą*“ ir kelti tokio veiklos monopolizavimo teisėtumo klausimą SESV 106(1) str. požiūriu.

Tokią galimybę patvirtina *inter alia* jau minėtas *ESTT* sprendimas *Hofner* byloje¹¹⁶, kuriame teismas pripažino, kad Vokietijos valstybinė įdarbinimo agentūra vykdė ekonominę veiklą nepriklausomai nuo to, kad įdarbinimo agentūra turėjo *įstatyminių monopolijų* teikti tokias paslaugas. Tokios taisyklės egzistavimą suponuoja ir Generalinio advokato *Maduro* nuomonė *FENIN* byloje, kurioje generalinis advokatas iš esmės nurodė, kad monopolinės teisės suteikimas teikti tam tikras paslaugas negali pakeisti tokios veiklos pobūdžio (t.y. ekonominė veikla virsti į viešojo administravimo veiklą):

112 Žr. Generalinio advokato *Maduro* nuomonę, sprendimas byloje Nr. C-205/03 P, Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (*FENIN*) v Komisija, ECLI:EU:C:2006:453, 13 paragrafą.

113 Okeoghene *Odudu*, "Are State Owned Healthcare Providers That Are Funded by General Taxation Undertakings Subject to Competition Law?," *European Competition Law Review* 32, 5 (2011): 231-241.

114 Žr. *ESTT* sprendimą byloje Nr. C-364/92, *SAT Fluggesellschaft mbH v Eurocontrol*, ECLI:EU:C:1994:7, 25 paragrafas, bei Generalinio advokato *Tesauro* nuomonės šioje byloje 13 paragrafą.

115 Žr. Generalinio advokato *Cosmas* nuomonę *ESTT* byloje Nr. C-343/95, *Diego Cali & Figli Srl v Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*, ECLI:EU:C:1997:160, 49 paragrafą.

116 *ESTT* sprendimas byloje Nr. C-41/90, *Klaus Höfner and Fritz Elser v Macrotron GmbH*, ECLI:EU:C:1991:161.

„29. <...> jei valstybė rezervuoja sau teisinį monopolį verstis tam tikra veikla, kuris kliudo susiformuoti veiksmingai konkurencijai, išlieka galimybė, kad ji veikia kaip rinkos operatorius, kadangi monopolio egzistavimas nekeičia nagrinėjamos veiklos pobūdžio.“

Analogiškos nuomonės laikosi ir Komisija, kurios paskelbtame Komisijos komunikate dėl valstybės pagalbos sąvokos pagal SESV 107 straipsnio 1 dalį¹¹⁷, ji išreiškia savo principinę poziciją, kad veiklos monopolizavimas ir pavedimas vykdyti tokią veiklą valstybės kontroliuojamam subjektui nepaneigia ekonominės veiklos vykdymo:

„14. Tai, kad valdžios institucija nusprendė neleisti trečiosioms šalims teikti tam tikros paslaugos (pavyzdžiui, dėl to, kad nori paslaugą teikti pati), nereiškia, kad ekonominė veikla nevykdoma. Nepaisant tokio rinkos uždarymo, ekonominė veikla vykdoma, jei kiti veiklos vykdytojai norėtų ir galėtų teikti tą paslaugą atitinkamoje rinkoje. Apskritai tai, kad institucija konkrečią paslaugą teikia pati, neturi įtakos ekonominiam veiklos pobūdžiui.“¹¹⁸

Šių argumentų kontekste galima daryti išvadą, kad valstybės sprendimas monopolizuoti tam tikrą veiklą priskiriant prekių ir/ar paslaugų teikimą savo kontroliuojamam subjektui nepašalina galimybės vertinti tokių valstybės veiksmų atitikties SESV 106(1) str. reikalavimams. Analogiškai galimybės taikyti SESV 106(1) str. nepašalina aplinkybė, kad valstybės institucija, veikdama tiek ūkio subjekto, tiek valstybės funkcijų vykdytojo vaidmenyje, teikia monopolizuotas prekes/paslaugas savo vidiniais pajėgumais.

2.2.2. Netiesioginis išimtinių ar specialiųjų teisių suteikimas ūkio subjektams

Kaip minėta, SESV 106(1) str. straipsnis gali būti taikomas tik tuomet, kai valstybės narė suteikia valstybės priemones ūkio subjektams („Valstybės ūkio subjektams bei ūkio subjektams, kurioms valstybės narės suteikia specialias arba išimtines teises“), t.y. valstybės priemonė turi būti nukreipta į ūkio subjekto veiklą. Visgi taikant SESV 106(1) str. reikėtų atkreipti dėmesį į situacijas, kada nagrinėjamas asmuo vykdo dvejopo pobūdžio veiklą: įgyvendintina valstybės funkcijas ir paraleliai vykdo su tokiomis valstybės funkcijomis susijusią ekonominę veiklą. Kaip plačiau paaiškinta šios disertacijos 4.2 poskyryje, ryšys tarp valstybės priemonių ir ūkio subjekto veiklos gali būti tiek tiesioginis, tiek netiesioginis. Atitinkamai SESV 106(1) str. galima taikyti ir tokiais atvejais, kada valstybės priemonėmis tam tikri įgaliojimai/nauda suteikiami valstybės funkcijas įgyvendinančiam subjektui, tačiau tokia nauda/įgaliojimai netiesiogiai proteguoja *to paties* subjekto vykdomą ūkinę veiklą.

Ryškiausias tokios situacijos pavyzdys gali būti ESTT sprendimas *MOTOE* byloje. Šioje byloje buvo nagrinėjama situacija, kada sportinius renginius organizuojanti asociacija ELPA įstatymais buvo įtraukta į leidimų organizuoti motociklų sporto renginius, nepaisant to, kad pati ELPA užsiėmė tokių komercinių sportinių renginių organizavimu. Šioje byloje teismas pripažino, kad ELPA veikla yra dvejopa:

117 Komisijos komunikatas. Komisijos pranešimas dėl valstybės pagalbos sąvokos pagal SESV 107 Straipsnio 1 dalį, OL C 262/1, 2016-7-19..

118 Ibid., 14 paragrafas.

- (i) įsitraukdama į leidimo išdavimo procedūras ELPA veikė kaip *viešojo administravimo subjektas* (t.y. ne ūkio subjektas)¹¹⁹; tačiau
- (ii) veikdama kaip sportinių renginių organizatorius ELPA vykdė ūkinę veiklą ir todėl tokios veiklos atžvilgiu galėjo būti laikomas *ūkio subjektu*¹²⁰.

Vertindamas tokią dvejopą situaciją teismas *inter alia* turėjo vertinti ar tokių įgaliojimų suteikimas ELPA pažeidžia SESV 106(1) str. reikalavimus. Šiuo atžvilgiu teismas neįžvelgė SESV 106(1) str. pažeidimo tuo atžvilgiu, kad ELPA (o ne kitiems subjektams) buvo suteikti viešojo administravimo įgaliojimai. Visgi SESV 106(1) str. pažeidimą teismas susiejo valstybės priemonių *netiesioginiu* poveikiu ekonominės veiklos vykdymui. Konkrečiai tuo, kad įtraukdama ELPA į viešojo administravimo veiklą valstybė sukūrė interesų konflikto situaciją, kada vienas ir tas pats subjektas turi galimybę reguliuoti verslo sąlygas (įgyvendina viešojo administravimo įgaliojimus) ir pats veikia reguliuojamoje rinkoje (vykdo ūkio subjekto veiklą):

„53. Atsižvelgiant į tai, atsakymas į užduodamą klausimą turi būti toks, kad juridinis asmuo, kurio veikla apima ne tik dalyvavimą priimant administracinius sprendimus, įgalinančius organizuoti motociklų renginius, tačiau taip pat pačiam organizuojant tokius renginius ir šiuo tikslu sudarant rėmimo, reklamos ir draudimo sutartis, patenka į [SESV 102 ir 106 str.] taikymo apimtį. Šie straipsniai draudžia nacionalines taisykles, kurios suteikia juridiniam asmeniui, kuris organizuoja motociklų renginius ir šiuo tikslu sudaro rėmimo, reklamos ir draudimo sutartis, įgaliojimus išduoti pritarimą prašymams organizuoti tokias varžybas, tokių įgaliojimų nesuvaržant apribojimais, pareigomis ir peržiūros procedūromis“¹²¹.

Toks teismo sprendimas pakankamai aiškiai suponuoja, kad SESV 106(1) str. numatytas draudimas gali būti taikomas ir tokiais atvejais, kada valstybės priemonės yra suteikiamos asmeniui, įgyvendinančiam tiek ūkio subjekto, tiek viešojo administravimo funkcijas, o „viešojo administravimo veiklos dalyje“ valstybės suteikiama nauda/įgaliojimai turi netiesioginį poveikį to paties asmens vykdomai „ūkinei veiklai“.

2.2.3. Tyrimo rezultatų apibendrinimas

Apibendrinant šiame poskyryje išdėstytus argumentus galima akcentuoti kelis aspektus, susijusius su „ūkio subjekto“ sąvokos apibrėžimu SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo tikslais:

- (i) SESV 106(1) str. taikomas tik tokiais atvejais, kada valstybės priemonių adresatai yra ūkio subjektai. Visgi kuomet valstybės priemonės nukreipiamos į asmenis įgyvendinančius tiek valstybės funkcijas, tiek vykdančius ūkinę veiklą

119 Tokią išvadą galima pastebėti analizuojant ESTT sprendimo MOTEQ byloje 46 paragrafą, kuriame teismas tiesiogiai nurodo, kad tokia veikla nėra laikoma ekonomine veikla (plačiau šiuo klausimu taip pat pasisako Generalinis advokatas *Kokott* savo išvados 109-110 paragrafuose).

120 ESTT sprendimas byloje Nr. C-49/07, Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) v Elliniko Dimosio, ECLI:EU:C:2008:376, 29 paragrafas.

121 ESTT sprendimas byloje Nr. C-49/07, Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) v Elliniko Dimosio, ECLI:EU:C:2008:376, 51-53 paragrafai.

SESV 106(1) str. gali būti taikomas ir tokiose situacijose, kai valstybės priemonės turi netiesioginės įtakos ūkinės veiklos vykdymui.

- (ii) Valstybės sprendimas monopolizuoti atitinkamą veiklą ir teikti prekes ar paslaugas per savo kontroliuojamus subjektus neturi lemiamos įtakos tokios veiklos ekonominiam pobūdžiui ir galimybei pripažinti tokias monopolines paslaugas teikiančią subjektą „ūkiu subjektu“. Veikla pripažįstama ekonomine veikla tuomet, jeigu kiti subjektai *norėtų* ir *galėtų* teikti monopolizuotas paslaugas.

2.3. Valstybės priemonių nukreipimas į subjektus turinčius specialų santykį su valstybe

„Valstybės ūkio subjektams bei ūkio subjektams, kurioms valstybės narės suteikia specialias arba išimtinės teises, valstybės narės nepriima naujų priemonių ir nepalieka galiojančiųjų, prieštaraujančių Sutartyse nurodytoms taisyklėms, ypač toms taisyklėms, kurios yra nustatytos 18 ir 101–109 straipsniuose.“

Kaip galima pastebėti iš SESV 106(1) str. formuluotės, šio straipsnio taikymo tikslais valstybės priemonės turi būti nukreiptos į specialų santykį su valstybe turinčius subjektus, t.y. valstybės ūkio subjektus ir ūkio subjektus, kuriems valstybė suteikė specialias ar išimtinės teises. Tokia formuluotė viena vertus pakankamai aiškiai nurodo, kad draudimas taikomas tokioms priemonėms, kurios alternatyviai teikia naudą (I) valstybės ūkio subjektams arba (II) subjektams, turintiems specialiąsias ar išimtinės teises. Visgi taikant tokią sąvoką praktikoje, gali kilti nemažai klausimų: (I) kodėl išskiriama būtent tokia kategorija subjektų, kurių atžvilgiu draudžiama taikyti tam tikras valstybės priemones? (II) ar SESV 106(1) str. taikymo tikslais valstybės ūkio subjektai turi turėti specialiąsias ar išimtinės teises? (III) kokius konkrečiai ūkio subjektus galima laikyti valstybės ūkio subjektais ir ūkio subjektais, turinčiais specialiąsias ar išimtinės teises? (IV) ar SESV 106(1) str. gali būti taikomas tokių priemonių atžvilgiu, kurios naujai „sukuria“ specialų santykį su valstybe privačių subjektų kontroliuojamiems asmenims? Kiekvienas šių klausimų nagrinėjamas šiame disertacijos poskyryje.

2.3.1. Valstybės diskrecijos ribojimo specifinės ūkio subjektų grupės atžvilgiu koncepciniai pagrindai

Kaip minėta, SESV 106() str. išreiškia specialią taisyklę ESS 4(3) str. atžvilgiu, kuris numato valstybėms narėms adresuotą bendro pobūdžio reikalavimą - susilaikyti nuo veiksmų, kurie sumažintų Europos Sąjungos teisės veiksmingumą (*effect utile*). Savo ruožtu, SESV 106(1) str. numatytų taisyklių unikalumas pasireiškia (I) specifiniu Europos Sąjungos veiksmingumą ribojančių valstybės priemonių adresuotais (naudos gavėjais), kuriais laikomi valstybės ūkio subjektai ir ūkio subjektai, turintys valstybės suteiktas specialiąsias ar išimtinės teises; bei (II) specifinėmis procesinėmis taisyklėmis, kurios įgalina Komisiją veiksmingiau reaguoti į valstybių narių vykdomus pažeidimus. Konkrečiai, kontroliuodama valstybių veiksmų atitikimą SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimams, Komisija turi galimybę vienasmeniškai priimti

sprendimus dėl valstybių narių padarytų pažeidimų pagal SESV 106(3) str. ir tokiu būdu gali sureaguoti į valstybių narių vykdomus pažeidimus analogiškai, kaip Komisija reaguoja į ūkio subjektų vykdomus SESV 101 str. ir 102 str. pažeidimus.

Tokiame kontekste kyla klausimas, kodėl SESV 106(1) str. išskiria būtent valstybės ūkio subjektus ir ūkio subjektus, turinčius valstybės suteiktas specialiąsias ar išimtines teises, ir apriboja valstybės diskrecija būtent tokių subjektų atžvilgiu? Atsakymą šiuo klausimu galima surasti analizuojant SESV 106(1) str. numatytus tikslus. Kaip nurodė generalinis advokatas *Vilaça Bodson*¹²² byloje, SESV 106(1) str. siekia apriboti valstybių narių galimybę *išnaudoti priklausomus* ūkio subjektus priverčiant juos vykdyti veiksmus, kurie pažeidžia Sutartyje numatytus reikalavimus, arba suteikia tokiems subjektams tam tikrą naudą, kuri iškreipia bendrosios rinkos veikimą. Tokiu būdu SESV 106(1) str. iš esmės siekiama apriboti valstybių narių galimybę pasinaudoti priklausomais subjektais siekiant atlikti veiksmus, kuriuos atlikti būtų draudžiama pačiai valstybei, bei suteikti priklausomiems subjektams pranašumą prieš konkurentus, kuriuo valstybė galėtų būti suinteresuota atsižvelgdama *inter alia* į savo finansinius interesus tokių ūkio subjektų atžvilgiu¹²³. Šių SESV 106(1) str. tikslų kontekste ESTT pripažįsta, kad būtent *įtaka*, kurią valstybės narės gali įgyvendinti valstybės ūkio subjektų ir ūkio subjektų, turinčių specialiąsias ar išimtines teises, priimančių sprendimų atžvilgiu, pateisina griežtesnę SESV 106(1) str. įtvirtintos lojalumo pareigos taikymą. Savo ruožtu, tokia *įtaka* suponuoja reikalavimą valstybėms narėms prisiimti *specialią atsakomybę* už tokių subjektų atliekamus veiksmus ir paaiškina SESV 106(1) str. numatytos specialiosios taisyklės egzistavimą Sutartyje¹²⁴.

Atsižvelgiant į tokią institucijų praktiką, galima daryti išvadą, kad SESV 106(1) str. numatytos subjektų kategorijos išskyrimas yra susijęs ne tiek su tokių subjektų veiksmų specifiniu poveikiu konkurencijai, kiek su valstybės ir specifinės kategorijos ūkio subjektų *santykiu*. Tokia išvada kartu leidžia paaiškinti, kodėl SESV 106(1) str. taikomas tokiems ūkio subjektams, kurių dalyvavimas rinkoje sukelia pakankamai skirtingą poveikį konkurencijai. Nors valstybės kontroliuojamų ūkio subjektų dalyvavimas rinkoje poveikio konkurencijai požiūriu gali būti visiškai neutralus ar teigiamas, o rinkoje dalyvaujant subjektui, turinčiam specialiąsias ar išimtines teises, konkurencija rinkoje tam tikra apimtimi visuomet bus apribota, tokių subjektų priskyrimas vienai kategorijai SESV 106(1) str. taikymo tikslais taps racionaliai paaiškinamas tik pripažinus, kad SESV 106(1) str. formuluotėje šiuos subjektus vienija ne tokių subjektų poveikis konkurencijai, tačiau šių subjektų *specialus santykis* su valstybe.

122 ESTT sprendimas byloje Nr. 30/87, Corinne Bodson v SA Pompes funèbres des régions libérées, ECLI:EU:C:1988:225.

123 José Luis Buendia Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law: Article 86 (Formerly Article 90) of the EC Treaty*. (Oxford: Oxford University Press on Demand, 1999), 136-137; Jonathan Faull ir Ali Nikpay, *Faull & Nikpay, the EU Law of Competition*, 3rd edition. ed. (Oxford: Oxford university Press, 2014), 812-813.

124 ESTT sprendimas byloje Nr. 188-190/80, Prancūzija, Italija ir Didžioji Britanija v Komisija, ECLI:EU:C:1982:257, 12, 25 paragrafai; Generalinio advokato *Vilaça* išvados *Bodson* byloje (ESTT sprendimas byloje Nr. 30/87, Corinne Bodson v SA Pompes funèbres des régions libérées, ECLI:EU:C:1988:225) 65 paragrafą. Tokią poziciją taip pat palaikoma vėlesnėse bylose, žr. pvz. generalinio advokato *Wathelet* nuomonės *Greek lignite* byloje 96 paragrafą ir 26 išnašą (ESTT sprendimas byloje Nr. C-553/12 P, Komisija v Dimosia Epicheirisi Ilektrismou Ae (DED) (Greek Lignite), ECLI:EU:C:2014:2083); ESTT sprendimas byloje Nr. C-160/94, Komisija v Ispanija, ECLI:EU:C:1997:502, 38-41.

Tokio klausimo aktualumą iliustruoja 2014 m. ESTT nagrinėtoje *Greek lignite* byloje kilę klausimai. Šioje byloje Graikija ir Graikijos valstybinė kompanija DEI ginčijo SESV 106(1) str. pažeidimą *inter alia* nurodydamos, kad SESV 106(1) str. taikymo tikslais būtina įrodyti tiek valstybės įgyvendinamą kontrolę nagrinėjamo subjekto atžvilgiu, tiek aplinkybę, kad tokiam subjektui valstybė yra suteikusi specialiąsias ar išimtines teises¹²⁵. Kaip nurodoma šioje byloje Graikiją atstovavusios advokatės *Davilla* publikuotame straipsnyje, tokia pozicija buvo grindžiama *ad absurdum* argumentacija teigiančia, kad pripažinus galimybę taikyti SESV 106(1) str. *vien tik* nustačius valstybės kontrolės egzistavimą konkretaus ūkio subjekto atžvilgiu tektų pripažinti, kad valstybė gali išvengti SESV 106(1) str. taikymo paprasčiausiai perleisdama savo kontroliuojamo subjekto akcijas tretiesiems asmenims, nors perleisus akcijas poveikis konkurencijai išliktų nepakitęs¹²⁶. Visgi pripažinus, kad SESV 106(1) str. išskirtas subjektų kategorijas vienija santykis su valstybe (valstybės galimybė daryti įtaką tokių asmenų sprendimams), o ne tokių subjektų dalyvavimo rinkoje poveikis konkurencijai tenka pripažinti, kad *Davilla* nurodomi argumentai yra klaidingi ir nenulemia *ad absurdum* rezultatų. Atsižvelgiant į tai, visiškai natūralu, kad ESTT atmetė tokius argumentus, nurodydamos, kad SESV 106(1) str. taikymo tikslais reikia *alternatyviai* nustatyti arba valstybės kontrolės egzistavimą, arba specialiujų ar išimtinių teisių suteikimą¹²⁷.

2.3.2. Valstybės ūkio subjektų samprata

„Valstybės ūkio subjektų“ sąvokos apibrėžimas nėra pateikiamas Sutartyje¹²⁸. Visgi interpretuojant tokios sąvokos turinį galima pastebėti, kad valstybės ūkio subjekto sąvoka pirmiausiai turėtų būti siejama su komercinę veiklą vykdančiais subjektais, kurių veikla yra susijusi su prekių ar paslaugų siūlymu rinkoje (kitaip tariant „ūkio subjektais“ suvokiamais konkurencijos teisės prasme). Kartu tokia sąvoka turėtų pabrėžti „valstybės ūkio subjekto“ ypatingą santykį su valstybe, kuris galėtų pasireikšti specifine subjekto teisine forma ir/arba tokio subjekto atžvilgiu valstybės įgyvendinama kontrole.

Kaip nurodo *Buendia*, dėl „valstybės ūkio subjekto“ sąvokos apibrėžimo buvo aktyviai diskutuojama šeštajame dešimtmetyje. Šios diskusijos metu buvo svarstoma galimybė susieti valstybės ūkio subjekto sąvoką su nagrinėjamam ūkio subjektui suteiktu specifiniu teisiniu statusu, kuris nacionalinėje teisėje būtų kildinamas iš viešosios teisės (pvz. valstybės įmonė). Kita vertus, tokia pozicija doktrinoje ir praktikoje buvo vienareikšmiškai atmesta vadovaujantis principu, kad vieningas Europos Sąjungos teisės taikymas visose Europos Sąjungos valstybėse narėse reikalauja aiškinti Europos Sąjungos taisykles atsietai nuo atskirų valstybių narių nacionalinės

125 ESTT sprendimas byloje Nr. C-553/12 P, Komisija v. Dimosia Epicheirisi Ilektrismou Ae (DEI) (Greek Lignite), ECLI:EU:C:2014:2083, 54 paragrafas.

126 Marixenia Davilla, "Commission V DEI: The Law on Public Companies or Companies with Special or Exclusive Rights That Are Led to Abuse Their Dominant Position," *Journal of European Competition Law & Practice* 6, 1 (2015): 30 -32.

127 ESTT sprendimas byloje Nr. C-553/12 P, Komisija v. Dimosia Epicheirisi Ilektrismou Ae (DEI) (Greek Lignite), ECLI:EU:C:2014:2083, 56 paragrafas.

128 Žr. šiuo klausimu plačiau Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, 8th ed. ed. (Oxford; New York: Oxford University Press, 2015), 235; Jonathan Faull ir Ali Nikpay, *Faull & Nikpay, the EU Law of Competition*, 3rd edition. ed. (Oxford: Oxford university Press, 2014), 6-26-6.29 paragrafai.

teisės turinio¹²⁹. Atitinkamai, šiuo metu yra pakankamai universaliai sutariama, kad „valstybės ūkio subjekto“ sąvoka apima tokius ūkio subjektus, kurie atitinka du kriterijus: asmuo vykdo ekonominę veiklą (gali būti laikomas ūkio subjektu) ir yra kontroliuojamas valstybės¹³⁰.

Analizuojant kokią konkrečiai kontrolę turėtų įgyvendinti valstybė ūkio subjekto atžvilgiu pirmiausiai galima sutarti dėl to, kad valstybės kontroliuojamais ūkio subjektais tikrai galima laikyti tokius asmenis, kurie visa savo apimtimi yra kontroliuojami valstybės institucijų. Analogiškai galima sutarti, kad „valstybės ūkio subjektams“ negalima priskirti tokių asmenų, kurie visa apimtimi yra kontroliuojami privačių subjektų. Visgi tarp šių dviejų kraštutinių ūkio subjekto kontrolės atvejų gali egzistuoti pakankamai platus spektras tarpinių situacijų, kada valstybė įgyvendina ūkio subjekto kontrolę kartu su privačiais partneriais, o valstybės kontrolės pobūdis gali pasireikšti tiek galimybe užtikrinti pageidaujama sprendimų priėmimą (pozityvioji kontrolė), tiek galimybe blokuoti kitų ūkio subjektų dalyvių siūlomų sprendimų priėmimą (negatyvioji kontrolė). Tokios situacijos kontekste kyla klausimas, koks konkrečiai kontrolės pobūdis turėtų būti nustatomas identifikuojant „valstybės ūkio subjekto“ egzistavimą SESV 106(1) str. taikymo tikslais?¹³¹

Savo poziciją dėl tokios sąvokos turinio Komisiją pirmą kartą paaiškino 1980 m. SESV 106(3) str. pagrindu priimdama *Skaidrumo direktyvą*¹³², kuri reikalavo užtikrinti finansinių santykių skaidrumą tarp valstybės institucijų ir valstybės ūkio subjektų tokia apimtimi, kad finansiniuose dokumentuose būtų galima tiksliai identifikuoti ūkio subjektams suteiktas valstybės institucijų lėšas¹³³. Direktyvoje Komisija laikėsi pozicijos, kad „valstybės ūkio subjektais“ SESV 106(1) str. taikymo tikslais¹³⁴ turėtų būti laikomi asmenys, kurių atžvilgiu valstybė gali tiesiogiai ar netiesiogiai įgyvendinti *lemiamą įtaką*¹³⁵, tuo tarpu tokios lemiamos įtakos egzistavimas *preziumuojamas*, jeigu valstybė (I) valdo didžiąją dalį ūkio subjekto kapitalo; (II) kontroliuoja didžiąją dalį balsų tokia ūkio subjekte arba (III) gali paskirti daugiau kaip pusę įmonės administracijos, valdymo arba priežiūros organų

129 Žr. šiuo atžvilgiu pvz. ESTT sprendimo byloje Nr. 118/85, Komisija v. Italija, ECLI:EU:C:1987:283, 11 paragrafą; Richard Whish ir David Bailey, *Competition Law*, 8th ed. ed. (Oxford; New York: Oxford University Press, 2015), 235; Generalinės advokatės Reischl išvadą ESTT byloje Nr. 188-190/80, Prancūzija, Italija ir Didžioji Britanija v. Komisija, ECLI:EU:C:1982:257.

130 Žr. José Luis Buendia Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under Ec Law: Article 86 (Formerly Article 90) of the Ec Treaty*. (Oxford: Oxford University Press on Demand, 1999), 34-35; Francoise Blum ir Anne Logue, *State Monopolies under EC Law* (Chichester: J. Wiley, 1998), 8-9.; Jonathan Faull ir Ali Nikpay, *Faull & Nikpay, the EU Law of Competition*, 3rd edition. ed. (Oxford: Oxford university Press, 2014), 6-26-6.29 paragrafai.

131 Žr. apie valstybės kontrolės įtaką apibrėžiant valstybės ūkio subjektą taip pat Ovidiu Horia Maican, "Legal Status of Public Enterprises and Commercial Monopolies in the European Union," *Juridical Tribune/Tribuna Juridica* 3, 1 (2013): 91.

132 1980 m. birželio 25 d. Komisijos direktyva Nr. 80/723/EEC, dėl finansinių santykių tarp valstybių narių ir valstybės įmonių skaidrumo, O.L. L 195, 35 – 37 (1980).

133 Skaidrumo direktyvos 1 str.

134 Komisija gali tik aiškinti SESV 106(1) str. turinį priimdama direktyvas SESV 106(3) str. pagrindu.

135 Pastebėtina, kad tokią poziciją dar 1971 m. išsakė generalinis advokatas *Dutheillet De Lamothé* ESTT nagrinėtoje *Muller* byloje (ESTT sprendimas byloje Nr. 10/71, Ministère public luxembourgeois v. Madeleine Muller, Veuve J.P. Hein ir kiti, ECLI:EU:C:1971:85), kurio vertinimu SESV 106(1) str. taikymo tikslais valstybės ūkio subjekto sąvokos apibrėžimas turėtų būti siejamas su tokio ūkio subjekto atžvilgiu įgyvendinama kontrole.

narių¹³⁶. Atitinkamai, priimdama direktyvą Komisija pateikė pakankamai plačią valstybės ūkio subjekto sąvoką, kurios esminiu elementu tapo valstybės galimybė daryti *lemiamą įtaką* tokio ūkio subjekto priimamiems sprendimams, nepriklausomai nuo tokios įtakos kilmės. Identiškas „valstybės ūkio subjekto“ sąvokos apibrėžimas¹³⁷ yra pateikiamas ir šiuo metu galiojančioje *Skaidrumo direktyvoje*, kuri buvo priimta 2006 m.¹³⁸

Šiame kontekste pažymėtina, kad *Skaidrumo direktyvoje* Komisijos pateiktas valstybės ūkio subjekto sąvokos apibrėžimas buvo vertinamas ESTT nagrinėjant *Skaidrumo direktyvos*¹³⁹ teisėtumą. Šioje byloje ESTT atkreipė dėmesį, kad *Skaidrumo direktyvoje* pateikta „valstybės ūkio subjektų“ sąvoka yra taikoma išskirtinai direktyvos, tačiau ne SESV 106 str. taikymo tikslais¹⁴⁰. Visgi teismas pripažino, kad *Skaidrumo direktyvoje* pateikta sąvoka atitinka SESV 106 str. taikymo tikslus: šiuo atžvilgiu teismas atkreipė dėmesį, kad Komisijos sprendimas susieti valstybės ūkio subjekto sąvokos apibrėžimą su *valstybės įtaka* atskiriems ūkio subjektams visiškai atitinka SESV 106 str. tikslą apriboti valstybės veiksmus tokių ūkio subjektų atžvilgiu, kurių sprendimams *valstybė gali turėti įtaką*¹⁴¹.

Kaip pastebi daugelis autorių¹⁴², nepaisant teismo pastabos apie tai, kad „valstybės ūkio subjekto“ sąvokos apibrėžimas galioja tik *Skaidrumo direktyvos* taikymo tikslais, ESTT pripažinta valstybės ūkio subjekto sąvoka buvo taip plačiai taikoma vėlesnėse ESTT bylose, nesusijusiose su *Skaidrumo direktyvos* taikymu,¹⁴³ ir perimama antriniuose Europos Sąjungos teisės aktuose nepakeista formuluote¹⁴⁴, kad šiuo metu *Skaidrumo direktyvoje* suformuluota valstybės ūkio subjekto sąvoka yra įgijusi universalų pripažinimą visos Europos Sąjungos teisės požiūriu. Atitinkamai, siekdami identifikuoti „valstybės ūkio subjektus“ SESV 106(1) str. taikymo tikslais turėtume taikyti *Skaidrumo direktyvoje* suformuluotą sąvoką esminę reikšmę suteikdami analizei, ar konkretaus ūkio subjekto atžvilgiu valstybė gali įgyvendinti *lemiamą įtaką*.

Reikia pripažinti, kad *Skaidrumo direktyva* ar kiti SESV 106(1) ir 102 str. taikymą apibrėžiantys teisės šaltiniai nepateikia atsakymo, kokių konkrečių kriterijų pagrindu galime identifikuoti lemiamos įtakos egzistavimą konkretaus ūkio subjekto atžvilgiu. Visgi autoriaus įsitikinimu

136 *Skaidrumo direktyvos* 2 str.

137 Lietuviškoje direktyvos oficialiojoje redakcijoje apibrėžiama, kaip „valstybės įmonė“.

138 2006 m. lapkričio 16 d. Komisijos direktyva Nr. 2006/111/EB, dėl finansinių santykių tarp valstybių narių ir valstybės įmonių skaidrumo ir dėl finansinio skaidrumo tam tikrose įmonėse, OL L 318, 17.11.2006, P. 17–25.

139 ESTT sprendimas byloje Nr. 188-190/80, Prancūzija, Italija ir Didžioji Britanija v. Komisija, ECLI:EU:C:1982:257.

140 *Ibid.*, 24 paragrafas.

141 ESTT sprendimas byloje Nr. 188-190/80, Prancūzija, Italija ir Didžioji Brinanija v. Komisija, ECLI:EU:C:1982:257, 26 paragrafas.

142 Günther Hirsch, Frank Montag, ir Franz Jürgen Säcker, *Competition Law: European Community Practice and Procedure, Article-by-Article Commentary* (London: Sweet & Maxwell, 2008), 1278-1279; Francoise Blum ir Anne Logue, *State Monopolies under EC Law* (Chichester: J. Wiley, 1998), 8-9; José Luis Buenda Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law: Article 86 (Formerly Article 90) of the EC Treaty*. (Oxford: Oxford University Press on Demand, 1999), 36-37.

143 ESTT sprendimas byloje Nr. C-482/99, Prancūzija v. Komisija, ECLI:EU:C:2002:294, 34 paragrafas.

144 Pavyzdžiui, 2014 m. vasario 26 d. Europos Parlamento ir Tarybos Direktyva Nr. 2014/25/ES, Dėl subjektų, vykdančių veiklą vandens, energetikos, transporto ir pašto paslaugų sektoriuose, vykdomų pirkimų, kuria panaikinama Direktyva 2004/17/EB, OL L 94, 28.3.2014, P. 243–374., 4(2) str.

tokios lemiamos įtakos susiformavimą galima vertinti vadovaujantis Europos Sąjungos koncentracijų kontrolės taisyklėmis¹⁴⁵. Koncentracijos kontrolės tikslais taikoma kontrolės sąvokos interpretacija buvo suformuota ESTT precedentų pagrindu interpretuojant koncentracijų kontrolės reglamente pateiktą *kontrolės sąvoką*¹⁴⁶, kuri pagal savo esmę atitinka *lemiamos įtakos sąvoką* pateikiamą *Skaidrumo direktyvoje*. Atitinkamai, sunku būtų racionaliai paaiškinti, kodėl interpretuojant valstybės ūkio subjekto sąvoką „kontrolės“ egzistavimas turėtų būti siejamas su kitokiais teisiniais kriterijais, kurie nėra taikomi koncentracijų kontrolės taikymo tikslais.

Pripažinus, kad „valstybės ūkio subjekto“ identifikavimo tikslais *lemiamos įtakos* kriterijus suvokiamas analogiškai kaip *kontrolės sąvoka* taikoma koncentracijų kontrolės tikslais, galima daryti išvadą, kad valstybės ūkio subjektais turėtume laikyti ne tik tokius ūkių subjektus, kurių atžvilgiu valstybė įgyvendina visišką kontrolę, tačiau ir tokius atvejus, kuomet valstybė tokią kontrolę dalinasi su privačiais subjektais¹⁴⁷. Savo ruožtu, kontrolės / lemiamos įtakos egzistavimą galima konstatuoti, jeigu konkrečių aplinkybių kontekste *inter alia*:

- (i) valstybė įgyvendina *vienvaldę* kontrolę arba *bendrą* kontrolę su kitais subjektais;
- (ii) valstybė įgyvendina kontrolę *de jure* arba *de facto*;
- (iii) valstybė įgyvendina *pozityvią* (nulemia sprendimus) arba *negatyvią kontrolę* (turi galimybę blokuoti sprendimus)¹⁴⁸ ir t.t..

Kitaip tariant, interpretuodami „valstybės ūkio subjekto“ sąvoką turime vertinti valstybės kontrolės egzistavimą nagrinėjamų ūkio subjekto atžvilgiu taikydami kontrolės sąvoką, kuri taikoma koncentracijų vertinimo tikslais.

Visgi šiame kontekste reikėtų atkreipti dėmesį, kad identifikuojant valstybės ūkio subjektus galima susidurti su situacija, kuomet valstybės institucijos pagal savo veiklos pobūdį gali vykdyti tiek valstybinės valdžios funkcijas, tiek užsiimti ekonomine veikla ir būti laikomos ūkio subjektais SESV 106(1) str. taikymo tikslais¹⁴⁹. Atitinkamai, SESV 106(1) str.

145 Tokio požiūrio laikosi ir *Buendia*, žr. Jonathan Faull ir Ali Nikpay, *Faull & Nikpay, the EU Law of Competition*, 3rd edition. ed. (Oxford: Oxford university Press, 2014), 817; José Luis Buendia Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law: Article 86 (Formerly Article 90) of the EC Treaty*. (Oxford: Oxford University Press on Demand, 1999), 40.

146 2004 m. sausio 20 d. Tarybos Reglamentas (EB) Nr. 139/2004, Dėl koncentracijų tarp įmonių kontrolės (EB Susijungimų Reglamentas), OL L 24, 2004 1 29, 1—22, 3 str.

147 Tokio pobūdžio vertinimą gerai iliustruoja Europos Komisijos atliktas vertinimas *China National Bluestar/Elkem* susijungimų byloje (žr. 2011-03-31 Europos Komisijos sprendimas byloje Nr. COMP/M.6082 — *China National Bluestar/Elkem*, OL OL C 274, 2011 9 17, p. 7—7).

148 Komisijos suvestinis pranešimas dėl jurisdikcijos pagal Tarybos reglamentą (EB) Nr. 139/2004 dėl koncentracijų tarp įmonių kontrolės, O.L. C 95, 1-48 (2008), 16-23, 54 paragrafas.

149 Komisijos komunikatas dėl Europos Sąjungos valstybės pagalbos taisyklių taikymo kompensacijai už visuotinės ekonominės svarbos paslaugų teikimą, OL C 8, 11.1.2012, 4–14, paragrafai 9–15; Komisijos komunikatas. Komisijos pranešimas dėl valstybės pagalbos sąvokos pagal SESV 107 Straipsnio 1 dalį, OL C 262/1, 2016-7-19, 9-16 paragrafai; ESTT sprendimas byloje Nr. C-185/14, "EasyPay" AD and "Finance Engineering" AD v Ministerski savet na Republika Bulgaria and Natsionalen osiguritelnen institut, ECLI:EU:C:2015:716, 37-43 paragrafai; žr. taip pat Dr Albert Sánchez Graells, Ignacio Herrera Anchustegui, "Revisiting the Concept of Undertaking from a Public Procurement Law Perspective - a Discussion on EasyPay and Finance Engineering," *European Competition Law Review* 37, 3 (2016): 93-98; Wolf Sauter, "Containing Corporatism: EU Competition Law and Private Interest Government," *European Competition Law Review* 36, 5 (2015): 187-193.

taikymo tikslais įmanoma situacija, kada valstybės institucija, taikanti „valstybės priemonės“ ir gaunanti tokiomis „valstybės priemonėmis“ sukuriama naudą, gali sutapti. Toks valstybės priemonių suteikimas praktinėse situacijose yra sunkiai apčiuopiamas atsižvelgiant į tai, kad valstybės priemonių suteikimas ir tokių priemonių turinys nebūtinai bus užfiksuotas rašytiniais dokumentais. Visgi tokia valstybinės valdžios institucijos ir ūkio subjekto sutaptis tame pačiame asmenyje nepaneigia galimybės pripažinti tokios institucijos „valstybės ūkio subjektu“ būtent ekonominės veiklos atžvilgiu, kurios atžvilgiu taikomoms valstybės priemonėms gali būti taikomas SESV 106(1) str. numatytas draudimas¹⁵⁰.

Šis klausimas buvo nagrinėtas ESTT AAMS byloje, kurioje Italija ginčijo Komisijos reikalavimą įgyvendinti *Skaidrumo direktyvoje* numatytus reikalavimus tokio ūkio subjekto atžvilgiu, kuris buvo integruotas į valstybės institucijų struktūrą. Šiuo atžvilgiu teismas nurodė, kad Europos Sąjungos teisės turinys negali priklausyti nuo nacionalinės teisės nuostatų, todėl valstybės ūkio subjekto sąvokos taikymo tikslais nėra teisiškai reikšminga, ar valstybė vykdo ūkinę veiklą per savarankišką teisinį subjektiškumą turinčius subjektus ar ūkio subjektus, integruotus į valstybinės valdžios instituciją. Teismo požiūriu tokia ūkio subjekto integracija tik patvirtina lemiamos įtakos egzistavimą, kuris leidžia preziumuoti valstybės ūkio subjekto egzistavimą konkrečių bylos aplinkybių kontekste¹⁵¹.

Apibendrinant galima daryti išvadą, kad 106(1) str. taikymo tikslais „valstybės ūkio subjekto“ sąvoka turėtų būti siejama su ūkio subjektais, kurių atžvilgiu valstybė gali įgyvendinti *lemiamą* įtaką. Savo ruožtu, tokios *lemiamos* įtakos susiformavimas turėtų būti vertinamas taikant universalius teisinius kriterijus, kurie naudojami identifikuojant kontrolės susiformavimą koncentracijų kontrolės tikslais. Identifikuojant „valstybės ūkio subjektus“ taip pat reikia atkreipti dėmesį, kad konkurencijos teisės požiūriu „ūkio subjektu“ gali būti laikomas ir viešojo administravimo subjekto veiklos vienetas užsiimantis „*ūkinės veiklos*“ vykdymu. Nesant išskirtinių situacijų aplinkybių tokių integruotų „ūkio subjektų“ atžvilgiu valstybės įgyvendinama lemiamą įtaką gali būti preziumuojama.

2.3.3. Specialias ar išimtinės teisės turinčių ūkio subjektų samprata

Antroji ūkio subjektų kategorija, kurios atžvilgiu taikomas SESV 106(1) str. draudimas apima tokius subjektus, kuriems valstybė yra suteikusi „specialiąsias arba išimtinės teisės“. Pagal savo esmę tokios išimtinės ar specialiosios teisės gali būti suteiktos tiek privatiems, tiek valstybės ūkio subjektams. Todėl SESV 106(1) str. ir 102 str. bylų kontekste pakankamai dažnai susiduriama su situacijomis, kada subjektas gali būti pripažintas tiek valstybės ūkio subjektu, tiek specialiųjų arba išimtinių teisių turėtoju. Visgi *Greek lignite* byloje ESTT atskirai pažymėjus, kad SESV 106(1) str. taikymo tikslais pakanka nustatyti, kad valstybės priemonės yra adresuotos *alternatyviai* arba valstybės ūkio subjektams, arba

150 Žr. pvz. ESTT sprendimą byloje Nr. C-69/91, Criminal proceedings against Francine Gillon, née Decoster, ECLI:EU:C:1993:853, 21 paragrafas. Šioje byloje valstybės priemonės buvo nukreiptos į ūkio subjektą, kuris vykdė ūkinę veiklą susijusią su telekomunikacijos paslaugų teikimu, būdamas integruotas į ministerijos sudėtį.

151 ESTT sprendimas byloje Nr. 118/85, Komisija v Italija, ECLI:EU:C:1987:283, 8-11 paragrafai.

ūkio subjektams turintiems specialiąsias arba išimtinės teises¹⁵², galima daryti išvadą, kad „ūkio subjekto, kuriam valstybės narės suteikia specialias arba išimtinės teises“ sąvokos interpretavimas dažniausiai bus aktualus tik taikant SESV 106(1) str. tokių valstybės priemonių atžvilgiu, kurios yra adresuotos privatiems ūkio subjektams. Savo ruožtu, analizuojant valstybės priemones, kurios nukreiptos valstybės kontroliuojamų subjektų atžvilgiu SESV 106(1) str. taikymas dažniausiai bus grindžiamas aiškesniu teisiniu kriterijumi – aplinkybe, kad tokios priemonės yra nukreiptos į valstybės ūkio subjektus.

Interpretuojant SESV 106(1) str. pateiktų specialiųjų arba išimtinių teisių sąvokos turinį yra aktualūs mažiausiai trys aspektai, t.y. (I) kas laikytina išimtinėmis teisėmis; (II) kas laikytina specialiosiomis teisėmis; ir tai (III) ar SESV 106(1) str. gali būti taikomas pačiam išimtinių ar specialiųjų teisių suteikimui, ar tik tokioms valstybės priemonėms, kurios suteikiamos subjektams jau turintiems išimtinės ar specialiąsias teises. Kiekvienas šių aspektų bus nagrinėjamas atskirai šiame disertacijos poskyryje.

2.3.4. Išimtinių teisių samprata

Valstybės suteiktų *išimtinių* teisių sąvokos turinys gali būti suvokiamas pakankamai intuityviai. Toks intuityvus sąvokos turinio suvokimas suponuoja, kad SESV 106(1) str. numatyta išimtinių teisių sąvoka galėtų būti siejama su situacijomis, kada valstybės vykdo intervenciją į rinką, po kurios ten lieka veikti vienintelis ūkio subjektas, galintis užsiimti apibrėžto pobūdžio veikla. Tikėtina, kad intuityvų išimtinių teisių sąvokos aiškumą Komisija preziumavo 1988 m. priimdama *Telekomunikacijų galinių įrenginių direktyvą*, kuria Komisija įpareigojo valstybes nares panaikinti visas išimtinės ir specialiąsias teises, susijusias su telekomunikacijų galinių įrenginių platinimu nepateikdama jokių paaiškinimų apie tai, kas konkrečiai Komisijos požiūriu galėtų būti laikoma tokiomis išimtinėmis teisėmis, kurias valstybės narės turėtų panaikinti. Toks išimtinių teisių sąvokos intuityvus aiškumas panašu buvo priimtinas ir ESTT, kuris *Telekomunikacijų galinių įrenginių byloje* neižvelgė teisinės problemos dėl išimtinių teisių sąvokos trūkumo Komisijos priimtoje direktyvoje¹⁵³.

Visgi išimtinių teisių sąvoka Komisijos teisės aktuose buvo pradėta formuoti 1990 m. priimtoje *Telekomunikacijų paslaugų direktyvoje*¹⁵⁴, kurioje Komisija pateikė bendrą „specialiųjų arba išimtinių teisių“ apibrėžimą. Šios direktyvos preambulės 5 paragrafe Komisija pateikė tokį specialiųjų arba išimtinių apibrėžimą:

*„specialiosios arba išimtinės teisės“ reiškia teises, kurias valstybė narė arba valstybės valdžios institucija suteikia vienam ar keliems viešiesiems ar privatiems asmenims bet kokių įstatymų ar kita teisine priemone, rezervuodama šiems teisę teikti paslaugą arba verstis tam tikra veikla.”*¹⁵⁵

152 ESTT sprendimas byloje Nr. C-553/12 P, Komisija v. Dimosia Epicheirisi Ilektrismou Ae (DEI) (Greek Lignite), ECLI:EU:C:2014:2083, 56-60 paragrafai.

153 ESTT sprendimas byloje Nr. C-202/88, Prancūzija v. Komisija (Telekomunikacijų galinių įrenginių byla), ECLI:EU:C:1991:120.

154 1990 m. birželio 28 d. Komisijos direktyva Nr. 90/388/EEC dėl konkurencijos telekomunikacijų paslaugų rinkose, O.L. L 192, p. 10-16 (1990).

155 Telekomunikacijų paslaugų direktyvos 1(1) str.

Tokia išimtinųjų teisių sąvoka buvo patikslinta 1994 m. SESV 106(3) str. pagrindu priimtoje *Palydovinio ryšio direktyvoje*¹⁵⁶. Šioje direktyvoje „išimtinųjų teisių“ sąvoka buvo atskirta nuo „specialiųjų teisių“ sąvokos pateikiant tokį išimtinųjų teisių apibrėžimą:

„Išimtinės teisės“ – tai teisės, kurias valstybė narė suteikia vienam ūkio subjektui bet koku įstatymu ar kita teisine priemone, rezervuodama šiai teisei teikti telekomunikacijų paslaugą arba verstis tam tikra veikla tam tikroje geografinėje teritorijoje.¹⁵⁷

Tokio turinio išimtinųjų teisių apibrėžimas buvo įtvirtintas daugelyje vėlesnių Europos Sąjungos antrinių teisės aktų, pavyzdžiui, 2006 m. *Skaidrumo direktyvoje*¹⁵⁸, 2002 m. *Direktyvoje dėl konkurencijos elektroninių ryšių sektoriuje*¹⁵⁹ ar 2014 m. *Koncesijų direktyvoje*¹⁶⁰. Savo ruožtu esminiu elementu visuose šiuose išimtinųjų teisių sąvokos apibrėžimuose yra laikomi valstybės teisiniai veiksmai, dėl kurių tik vienas ūkio subjektas įgyja galimybę vykdyti tam tikrą veiklą tam tikroje teritorijoje.

Toks išimtinųjų teisių turinys yra pripažįstamas ir ESTT praktikoje nagrinėjant SESV 106(1) str. bylas. Šiuo atžvilgiu svarbu pastebėti, kad išimtinųjų teisių egzistavimas yra vertinamas ne pagal formą, tačiau pagal valstybės veiksmais sukuriamą rezultatą (veiksmų turinį). Atitinkamai, identifikuojant valstybės suteiktas išimtinės teises teismų praktikoje iš esmės yra klausama, ar konkretus valstybės veiksmas ir/arba valstybės veiksmų daugėtas konkrečiame teisiniame ir ekonominiame kontekste gali būti suvokiamas, kaip išimtinės teisės užsiimti tam tikra veikla suteikimas. Savo ruožtu, tokio klausimo kontekste išimtinųjų teisių suteikimas teismų praktikoje buvo nustatytas valstybei tiek (I) tiesiogiai suteikiant išimtinę teisę vykdyti tam tikrą veiklą (pvz. *Bodson*¹⁶¹, *AG2R*¹⁶²), tiek (II) garantuojant tokias išimtinės teises netiesioginiais metodais (pvz. *Ambulanz Glocker*¹⁶³).

Atkreiptinas dėmesys, kad išimtinųjų teisių suteikimas neturėtų būti tapatinamas su atitinkamos rinkos monopolizavimu. Išimtinųjų teisių sąvoka SESV 106(1) str. taikymo tikslais yra siejama su tam tikrų paslaugų monopolizavimu, tačiau tokia monopolizuota paslauga gali būti tik viena iš daugelio vienoje atitinkamoje rinkoje tarpusavyje konkuruojančių pas-

156 1994 m. spalio 13 d. Komisijos Direktyva Nr. 94/46/EB, iš dalies keičianti Direktyvas Nr. 88/301/EEB ir Nr. 90/388/EEC, ypač palydovinio ryšio srityje, OJ L 268, 19/10/1994, p. 15-21.

157 *Ibid.*, 2 straipsnis. Pastebėtina, kad oficialioje lietuviškoje redakcijoje direktyvos vertimas nėra tikslus, todėl aukščiau cituojamas tekstas yra tiesioginis autorias vertimas į lietuvių kalbą.

158 2006 m. lapkričio 16 d. Komisijos direktyva Nr. 2006/111/EB, dėl finansinių santykių tarp valstybių narių ir valstybės įmonių skaidrumo ir dėl finansinio skaidrumo tam tikrose įmonėse, OL L 318, 17.11.2006, P. 17–25, 2(f) str.

159 2002 m. rugsėjo 16 d. Komisijos direktyva Nr. 2002/77 dėl konkurencijos elektroninių ryšių tinklų ir paslaugų rinkose, OJ L 249, 17/09/2002, p. 21 - 26, 1(5) str.

160 2014 m. vasario 26 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2014/23/ES dėl koncesijos sutarčių suteikimo, OJ L 94, 28.3.2014, p. 1–64, 5(10) str.

161 ESTT sprendimas byloje Nr. 30/87, *Corinne Bodson v SA Pompes funèbres des régions libérées*, ECLI:EU:C:1988:225.

162 ESTT sprendimas byloje Nr. C-437/09, *Ag2r Prévoyance v. Beaudout Père Et Fils Sarl*, ECLI:EU:C:2011:112.

163 ESTT sprendimas byloje Nr. C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz*, ECLI:EU:C:2001:577.

laugų. Dėl šios priežasties SESV 106(1) str. taikymo požiūriu įmanoma kalbėti apie išimtinių teisių suteikimą dalinio rinkos monopolizavimo atvejais, o išimtinių teisių suteikimas nebūtinai sukuria išimtinių teisių turėtojo dominuojančią padėtį rinkoje, kuri turi būti nustatinėjama kaip savarankiškas SESV 106(1) str. ir 102 str. numatyto pažeidimo kriterijus. Pavyzdžiui, valstybei monopolizavus keleivių pervežimą geležinkeliais, toks ūkio subjektas savaime negalėtų būti laikomas užimančiu dominuojančią (monopolinę) padėtį rinkoje, jeigu apibrėžiant atitinkamą rinką būtų nustatyta, kad keleivių pervežimas geležinkeliais konkuruoja su keleivių pervežimu kelių transportu. Kita vertus, valstybės santykiuose su tokiu ūkio subjektu galėtų būti taikomas SESV 106(1) str. numatytas draudimas.

Apibendrinant galima teigti, kad išimtinių teisių suteikimo sąvoka SESV 106(1) str. taikymo tikslais turi būti siejama su situacijomis, kai valstybė tiesiogiai ar netiesiogiai suteikia galimybę vykdyti tam tikrą veiklą tik vienam ūkio subjektui. Tokių išimtinių teisių suteikimas yra siejamas su *veiklos*, tačiau ne *atitinkamos rinkos* monopolizavimu, todėl išimtinių teisių suteikimas SESV 106(1) str. taikymo tikslas yra siejamas tiek su dalies, tiek su visos rinkos, tiek kelių atitinkamų rinkų monopolizavimu.

2.3.5. Specialiųjų teisių samprata

Doktrinoje ir teismų praktikoje pripažįstama, kad specialiųjų teisių sąvokos apibrėžimo klausimas yra gerokai sudėtingesnis nei išimtinių teisių sąvokos apibrėžimas¹⁶⁴. Poreikis apibrėžti specialiųjų teisių sąvoką kilo 1988 m. priėmus *Telekomunikacijų galinių įrenginių direktyvą*¹⁶⁵. Kaip minėta, šia direktyva valstybės nares buvo įpareigtos panaikinti visas „išimtinės arba specialiasias“ teises susijusias su telekomunikacijų galinių įrenginių platinimu nepateikiant jokio išimtinių ar specialiųjų teisių apibrėžimo. Atskirų valstybių narių įsitikinimu, direktyvoje nustatyti įpareigojimai (t.y. kokias konkrečiai teises reikėtų panaikinti) nebuvo pakankamai aiškūs ir motyvuoti, todėl jos apskundė direktyvos priėmimą ESTT. Savo ruožtu, teismas pripažino, kad direktyvoje nurodytų specialiųjų teisių sąvoka iš tiesų nėra pakankamai aiški, todėl priimdama direktyvą Komisija turėjo pateikti specialiųjų teisių sąvokos apibrėžimą ir nurodyti motyvus pagrindžiančius, kad *tokių* specialiųjų teisių suteikimas pažeidžia SESV 106(1) str. reikalavimus¹⁶⁶.

Antrasis Komisijos bandymas apibrėžti specialiųjų teisių sąvoką pastebimas *Telekomunikacijų paslaugų direktyvoje*¹⁶⁷, kurioje Komisija pateikė bendrą „specialiųjų arba išimtinių

164 Pasak *Buendia*, specialiųjų teisių sąvoka yra viena labiausiai neaiškių sąvokų visoje Sutartyje (žr. José Luis Buendia Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law: Article 86 (Formerly Article 90) of the EC Treaty*. (Oxford: Oxford University Press on Demand, 1999), 64). Savo ruožtu, *Kronenberger* supratimu, teismas pats vengia pateikti specialiųjų teisių sąvokos apibrėžimą, nors turėjo galimybę tai padaryti net keliuose bylose (žr. Vincent Kronenberger, "A Model of the Transformation Process of Statutory Monopolies in European Community Law: From Practice to Theory," *European Business Organization Law Review* 2, 2 (2001): p. 301-338; 26 išnaša).

165 1988 m. gegužės 16 d. Komisijos direktyva Nr. 88/301/EEB, dėl konkurencijos galinės telekomunikacinės įrangos rinkose, O.L. L 31, p. 73 – 77 (1988).

166 ESTT sprendimas byloje Nr. C-202/88, Prancūzija v. Komisija (Telekomunikacijų galinių įrenginių byla), ECLI:EU:C:1991:120, 31, 45-47 paragrafai.

167 1990 m. birželio 28 d. Komisijos direktyva Nr. 90/388/EEC dėl konkurencijos telekomunikacijų paslaugų rinkose, O.L. L 192, p. 10–16 (1990).

teisių“ apibrėžimą. Kaip minėta, direktyvos preambulės 5 punkte Komisija nurodė, kad išimtinės ir specialiosios teisės visuomet suteikiamos valstybės diskrecijos pagrindu ir pateikė tokią specialiąją arba išimtinę teisę apibrėžimą:

„Specialiosios arba išimtinės teisės“ reiškia teises, kurias valstybė narė arba valstybės valdžios institucija suteikia vienam ar keliems viešiesiems ar privatiems asmenims bet kokių įstatymu ar kita teisine priemone, rezervuodama šiems teisę teikti paslaugą arba verstis tam tikra veikla.¹⁶⁸

Tokios telekomunikacijų paslaugų direktyvos priėmimas taip pat buvo apskūstas ESTT *inter alia* nurodant, kad direktyvoje pateiktas bendras „specialiųjų arba išimtinę teisę“ apibrėžimas nesuteikia pakankamai aiškumo atskleidžiant specialiųjų teisę turinį, todėl direktyvoje nustatytas reikalavimas panaikinti specialiąsias teises nėra pakankamai aiškus. Atsakydama į tokius kaltinimus teismo proceso metu Komisija laikėsi pozicijos, kad specialiosiomis teisėmis turėtume laikyti tokias teises, kurios suteikiamos ribotam skaičiui asmenų pasirinktų *subjektyvių* kriterijų pagrindu įgyvendinant valstybės diskreciją. Savo ruožtu, teismo proceso metu nusistovėjo tarpusavio supratimas, kad išimtinę teisę suteikimas pasireiškia suteikiant teisę teikti paslaugas vienam subjektui, tuo tarpu specialiosios teisės pasireiškia tuomet, kai tokios teisės suteikiamos dviem arba daugiau subjektų, tačiau tokių subjektų skaičius yra ribotas¹⁶⁹. Visgi tokie proceso metu Komisijos pateikti paaiškinimai neatspindėjo direktyvoje, todėl *Telekomunikacijų paslaugų*¹⁷⁰ byloje teismas panaikino direktyvą toje apimtyje, kurioje buvo reikalaujama panaikinti specialiąsias teises teikiant telekomunikacijos paslaugas¹⁷¹.

Trečiasis Komisijos bandymas įtvirtinti specialiųjų teisę sąvoką yra siejamas su 1994 m. priimta *Palydovinio ryšio direktyva*¹⁷², kurioje Komisija atskyrė specialiųjų teisę sąvoką nuo išimtinę teisę sąvokos ir apibrėžė tokią sąvoką *Telekomunikacijos paslaugų byloje* išskirtų nurodytų kriterijų pagrindu:

„specialiosios teisės“ reiškia teises, kurias valstybė narė suteikia ribotam skaičiui ūkio subjektų bet kokių įstatymu ar kita teisine priemone, kurios tam tikroje geografinėje teritorijoje:

- apriboja iki dviejų ar didesnio skaičiaus ūkio subjektų, kurie turi teisę teikti paslaugas arba verstis tam tikra veikla, pasirinktų ne pagal objektyvius, proporcingus ir nediskriminacinius kriterijus, arba;
- paskiria ne pagal tokius kriterijus kelis konkuruojančius ūkio subjektus, turinčius teisę teikti paslaugas arba verstis tam tikra veikla;
- suteikia bet kokiam ūkio subjektui ar subjektams ne pagal tokius kriterijus bet kokią įstatyminių ar kitokių teisinę pranašumą, kuris turi reikšmingą poveikį kitų ūkio subjektų galimybei teikti tokias pačias telekomunikacijų paslaugas arba užsiimti tokia

168 Direktyvos 1(1) str.

169 Generalinio advokato Jacobs nuomonės *Telekomunikacijos paslaugų byloje* 50 paragrafas (žr. ESTT sprendimą sujungtose bylose Nr. C-271/90, Nr. C-281/90 ir Nr.C-289/90, Ispanija, Belgija ir Italija v. Komisija, ECLI:EU:C:1992:440).

170 Ibid.

171 Sprendimo 28-32 paragrafai.

172 1994 m. spalio 13 d. Komisijos direktyva Nr. 94/46/EB, iš dalies keičianti direktyvas Nr. 88/301/EEB ir Nr. 90/388/EEC, ypač palydovinio ryšio srityje, Oj L 268, 19/10/1994 P. 15-21.

*pačia veikla toje pačioje geografinėje teritorijoje vadovaujantis iš esmės lygiavertėmis sąlygomis*¹⁷³.

Toks specialiųjų teisių sąvokos apibrėžimas suformavo galutinę Komisijos pozicija dėl specialiųjų teisių sąvokos turinio, kuri vėliau buvo atkartota daugelyje vėlesnių Europos Sąjungos teisės aktų, pavyzdžiui, 2002 m. *Direktyvoje dėl konkurencijos elektroninių ryšių sektoriuje*¹⁷⁴, 2006 m. *Skaidrumo direktyvoje*¹⁷⁵ ar 2014 m. *Koncesijų direktyvoje*¹⁷⁶.

Kaip galima pastebėti analizuojant tokios sąvokos turinį, Komisijos siūlomas specialiųjų teisių turinys yra siejamas su dviem skirtingomis situacijomis. Pirmiausiai specialiųjų teisių sąvoka siejama su tam tikrą veiklą galinčių vykdyti subjektų skaičiaus apribojimu, kuris sudaro absoliutų barjerą tretiesiems asmenims konkuruoti su specialiosios teisės turėtojais. Šiuo atžvilgiu Komisija pripažįsta, kad specialiąsias teises turinčių subjektų skaičiaus apribojimas turi būti kildinamas iš valstybės veiksmų, o toks specialiųjų teisių turėtojų skaičiaus ribojimas gali pasireikšti dviem skirtingomis formomis, t.y.

- (i) *tiesiogiai įvardinant asmenis*, kurie paskiriami vykdyti tam tikrą veiklą. Pavyzdžiui, valstybei apibrėžiant tam tikrų paslaugų spektrą ir paskiriant ūkio subjektą tam tikrų paslaugų „operatoriumi“ arba asmeniu „įgaliotu“ teikti tokias paslaugas; arba
- (ii) *tiesiogiai ar netiesiogiai apribojant skaičių asmenų*, kurie gali užsiimti tam tikra veikla – šiuo atveju specialias teises kitų asmenų atžvilgiu turi ūkio subjektai, kurie *pirmieji* įgijo galimybę užsiimti tam tikra veikla.

Kaip nurodo kai kurie autoriai, tokie specialiųjų sąvokos nustatymo kriterijai suponuoja, kad Komisijos pasiūlytas specialiųjų teisių apibrėžimas realiai galėtų būti vertinamas kaip kelių ūkio subjektų bendrai įgyvendinamos *išimtinės* teisės¹⁷⁷. Tuo tarpu esminis specialiųjų teisių skirtumas nuo išimtinių teisių pasireiškia tuo, kad specialiosios teisės suteikia apsaugą nuo trečiųjų asmenų sudaromo konkurencinio spaudimo, tačiau suteikus tokias teises išlaikoma vidinė konkurenciją tarp specialiųjų teisių turėtojų.

Savo ruožtu, antroji situacija su kuria siejama specialiųjų teisių sąvoka leidžia pripažinti specialiųjų teisių suteikimą ir tokiais atvejais, kuomet specialiųjų teisių turėtojas jaučia konkurencinį spaudimą, tiek iš kitų specialiųjų teisių turėtojų, tiek iš trečiųjų asmenų, t.y. valstybė visiškai nepanaikina trečiųjų asmenų sudaromo konkurencinio spaudimo. Visgi valstybei suteikus selektyvų pranašumą vienam ūkio subjektui sukuriama situacija, kuomet trečiųjų asmenų galimybė vykdyti atitinkamą veiklą *de jure* nėra ribojama, tačiau *de facto* tretieji asmenys atsiduria tokioje nepalankioje padėtyje, kad jų galimybės konkuruoti su

173 Direktyvos 2 str. 1 d.

174 2002-09-16 Komisijos direktyva Nr. 2002/77 dėl konkurencijos elektroninių ryšių tinklų ir paslaugų rinkose, OL L 249 , 17/09/2002 p. 21 - 26, 1(6) str.

175 2006 m. lapkričio 16 d. Komisijos direktyva Nr. 2006/111/EB, dėl finansinių santykių tarp valstybių narių ir valstybės įmonių skaidrumo ir dėl finansinio skaidrumo tam tikrose įmonėse, OL L 318, 17.11.2006, P. 17–25, 2(g) str.

176 2014 m. vasario 26 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2014/23/ES dėl koncesijos sutarčių suteikimo, OJ L 94, 28.3.2014, p. 1–64, 5(10) str.

177 José Luis Buendia Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law: Article 86 (Formerly Article 90) of the EC Treaty*. (Oxford: Oxford University Press on Demand, 1999), 66.

valstybės globojamais subjektais vykdant atitinkamą veiklą yra reikšmingai apribotos, kas realiai ir leidžia kalbėti apie specialiųjų teisių suteikimą (šiuo atžvilgiu pavyzdžiu galėtų būti *Connect Austria* byloje¹⁷⁸ nagrinėta situacija).

2.3.6. Subjektyvaus valstybės pasirinkimo reikšmė apibrėžiant išimtinių ir specialiųjų teisių sąvokas

Kaip galima pastebėti analizuojant specialiųjų teisių sąvoką 1994 m. *Palydovinio ryšio direktyvoje*¹⁷⁹, Komisijos pateiktas specialiųjų teisių apibrėžimas reikalauja ne tik nustatyti selektyvaus pranašumo suteikimą ribotam ūkio subjektų skaičiui valstybės veiksmais, tačiau taip pat įvertinti ir *selektyvaus* pranašumo suteikimo pagrindus. Šiuo atžvilgiu specialiųjų teisių egzistavimą pagal Komisijos siūlomą apibrėžimą galima konstatuoti tik tuomet, jeigu tokios teisės suteikiamos *subjektyvaus* valstybės sprendimo pagrindu, t.y. kitais pagrindais nei taikant objektyvius, proporcingus ir nediskriminacinius kriterijus¹⁸⁰. Vadovaujantis tokiu požiūriu, pavyzdžiui, nėra galima konstatuoti specialiųjų teisių suteikimo, jeigu valstybė paskirsto ribotus valstybės resursus (pvz. radijo dažnius) ūkio subjektams vykdydama skaidrias konkurso procedūras.

Analizuojant tokio kriterijaus prasmę pirmiausiai atkreipti dėmesį, kad specialiųjų teisių sąvoka taikant SESV 106(1) str. bei *Palydovinio ryšio direktyvos* nuostatas yra vartojama dviejuose skirtinguose kontekstuose. Tokia sąvoka viena vertus yra vartojama siekiant apibrėžti asmenis, kurių atžvilgiu valstybės narės turi susilaikyti nuo valstybės priemonių suteikimo, t.y. specialiųjų teisių turėtojus. Antra vertus, tokia sąvoka taip pat gali būti vartojama ir vertinant valstybės priemonėmis sukuriama poveikį konkurencijai, – šiuo atveju specialiosios teisės suvokiamos kaip vienas iš būdų, kuriais valstybė gali iškreipti konkurenciją.

Palydovinio ryšio direktyvoje Komisija nepaaiškino, kodėl apibrėžiant specialiųjų teisių sąvoką reikalaujama nustatyti *subjektyvaus* valstybės sprendimo egzistavimą suteikiant „specialiąsias teises“. Visgi šiuo atžvilgiu reikėtų atkreipti dėmesį, kad *Palydovinio ryšio direktyvos* tikslas buvo pašalinti konkurencijos iškreipimus panaikinant atskiriems ūkio subjektams suteiktas specialiąsias ir išimtines teises teikiant telekomunikacijų paslaugas. Tokiu direktyvos tikslų atžvilgiu Komisijos pateiktas specialiųjų teisių apibrėžimas natūraliai buvo susietas su poveikio konkurencijai vertinimu ir reikšmingą dalimi atspindėjo suvokimą, kad konkurencijos iškreipimas pasireiškia tokiose situacijose, kai specialiųjų teisių suteikimas vykdomas *subjektyvaus* valstybės sprendimo pagrindu, t.y. nevykdant konkurencingų procedūrų. Tokiame kontekste reikalavimas nustatyti *subjektyvų* valstybės sprendimą apibrėžiant specialiųjų teisių sąvoką gali būti pakankamai aiškiai suvokiamas. Visgi aiškinant poreikį nustatyti

178 ESTT sprendimas byloje Nr. C-462/99, *Connect Austria*, ECLI:EU:C:2003:297.

179 1994 m. spalio 13 d. Komisijos direktyva Nr. 94/46/EB, iš dalies keičianti direktyvas Nr. 88/301/EEB ir Nr. 90/388/EEC, ypač palydovinio ryšio srityje, OL L 268, 19/10/1994 P. 15-21, 2 str. 1 dalis. Šioje direktyvoje pateikta specialiųjų teisių sąvoka buvo perkelta į 2002 m. Direktyvą dėl konkurencijos elektroninių ryšių sektoriuje bei 2006 m. Skaidrumo direktyvą.

180 Apie poreikį nustatyti *subjektyvų* valstybės pasirinkimą suteikiant išimtines arba specialiąsias teises Komisija buvo užsiminusi ir anksčiau (t.y. 1990 m.) priimtos Telekomunikacijų paslaugų direktyvos preambulės 5 punkte ir šio direktyvos galiojamą nagrinėjusių teisminių procedūrų metu.

subjektyvų valstybės sprendimą identifikuojant subjektus, kurių atžvilgiu SESV 106(1) str. reikalauja susilaikyti nuo valstybės priemonių suteikimo, tokio kriterijaus teisinis pagrįstumas kelia pakankamai reikšmingų abejonių. Kitaip tariant direktyvos taikymo tikslais tokia specialiųjų teisių sąvoka buvo siejama su valstybės priemonėmis, kurias turi panaikinti valstybės narės, bet ne specialios kategorijos ūkio subjektų, kurių atžvilgiu galima taikyti SESV 106(1) str. numatytą draudimą, indentifikavimo kriterijais.

Atskirų autorių įsitikinimu, *subjektyvaus* valstybės sprendimo kriterijaus įrodinėjimo poreikį identifikuojant valstybės priemonių adresatus SESV 106(1) str. taikymo tikslais galima kildinti iš tokios teisės normos tikslų. SESV 106(1) str. principinis tikslas yra siejamas su poreikiu kontroliuoti valstybės veiksmus būtent tokių ūkio subjektų atžvilgiu, kurių priimamiems sprendimams valstybė gali turėti tam tikrą įtaką. Šiuo atžvilgiu teigiama, kad būtent *subjektyvaus* sprendimo pagrindu paskirtas operatorius jaučia tam tikrą moralinį įsipareigojimą specialias ar išimtines teises suteikusioms valdžios institucijoms. Savo ruožtu, tokio moralinio įsipareigojimo pagrindu institucijos turi galimybę daryti įtaką tokio subjekto priimamiems sprendimams¹⁸¹.

Visgi reikšmingą abejonę dėl tokios pozicijos pagrįstumo ir dėl poreikio nustatyti *subjektyvaus* valstybės sprendimo egzistavimą apibrėžiant specialiųjų ar išimtinių teisių sąvoką SESV 106(1) str. taikymo tikslais sukėlė ESTT sprendimas *Ambulanz Glockner* byloje. Šioje byloje generalinis advokatas *Jacobs* laikėsi pozicijos, kad *Palydovinio ryšio direktyvoje* ir šios direktyvos pagrindu suformuluota teismų praktika reikalaujanti identifikuoti *subjektyvų* valstybės sprendimą suteikiant specialiąsias ar išimtines teises neturėtų būti aktuali SESV 106(1) str. taikymo tikslais nustatant asmenis, kurių atžvilgiu valstybė priima tam tikras priemones. Generalinio advokato įsitikinimu, specialiųjų ar išimtinių teisių sąvoka galėtų būti siejama tik su tokiais sąvokos elementais kaip: (i) teisių suteikimas valstybės valdžios institucijų sprendimu; (ii) teisių suteikimas vienam ūkio subjektui ar ribotam skaičiui ūkio subjektų; ir (iii) tokių teisių suteikimo esminiu poveikiu kitų ūkio subjektų galimybei vykdyti nagrinėjamą veiklą toje pačioje geografinėje teritorijoje iš esmės tokioomis pačiomis sąlygomis¹⁸². Savo ruožtu, specialiųjų ar išimtinių teisių suteikimo taikant objektyvius, proporcingus ir nediskriminacinius kriterijus vertinimas turėtų būti atliekamas tik vėliau ir atsispindėti vertinant specialiųjų teisių teisėtumą, t.y. SESV 106(1) str. ir 102 str. analizuojant poveikį konkurencijai¹⁸³. Tokiu būdu generalinis advokatas iš esmės laikėsi pozicijos, kad *Palydovinio ryšio direktyvoje* pateikiama specialiųjų teisių sąvoka yra teisinga tokios direktyvos taikymo tikslais (t.y. šalinant konkurencijos iškraipymus), tačiau nustatant SESV 106(1) str. numatytų valstybės priemonių adresatus, poveikio konkurencijai vertinimas turi būti atskirtas nuo valstybės priemonių adresato identifikavimo.

Priimdamas sprendimą *Ambulanz Glocker* byloje ESTT tiesiogiai neišreiškė savo pritarimo generalinio advokato siūlomai pozicijai. Visgi analizuojant teismo sprendimo motyvus galima pastebėti, kad apibrėždamas specialiųjų ar išimtinių teisių sąvoką teismas perėmė generalinio advokato pasiūlytus kriterijus, atskirai nieko nepasisakydamas dėl poreikio

181 Jonathan Faull ir Ali Nikpay, *Faull & Nikpay, the EU Law of Competition*, 3rd edition. ed. (Oxford: Oxford university Press, 2014), 819-820.

182 Generalinio advokato išvados 87 paragrafas.

183 Generalinio advokato išvados 88 paragrafas.

nustatyti subjektyvaus valstybės sprendimo egzistavimą apibrėžiant specialijų ar išimtinių teisių sąvoką SESV 106(1) str. taikymo tikslais¹⁸⁴. Konkrečiai, sprendime teismas nurodė, kad nagrinėjamos bylos kontekste valstybės suteikta teisė teikti pacientų transportavimo paslaugas gali būti vertinama kaip:

„specialioji arba išimtinė teisė [SESV 106(1) str.] taikymo tikslais atsižvelgiant į tai, kad apsauga suteikiama ribotam skaičiui ūkio subjektų teisinėmis priemonėmis, kurios gali reikšmingai apriboti kitų ūkio subjektų galimybę vykdyti nagrinėjamą ekonominę veiklą toje pačioje geografinėje teritorijoje reikšminga dalimi lygiavertėmis sąlygomis¹⁸⁵“

Analogiškos pozicijos ESTT laikėsi ir 2013 m. nagrinėtoje SOA byloje. Šioje byloje generalinis advokatas *Villalon* laikėsi pozicijos, kad ilgą laiką išlikęs neaiškumas dėl specialijų ar išimtinių teisių apibrėžimo buvo išspręstas ESTT *Ambulanz Glockner* byloje apibrėžiant tokių teisių nustatymui reikšmingus kriterijus¹⁸⁶. Savo ruožtu, ESTT prieš analizuodamas išimtinių ar specialijų teisių suteikimą nagrinėjamoje byloje teismas nurodė, kad tokių teisių egzistavimas turi būti nustatomas vadovaujantis *Ambulanz Glockner* byloje suformuluotais kriterijais, kurie, kaip minėta, nebuvo siejami su poreikiu nustatyti *subjektyvių* valstybės sprendimą suteikiant specialiąsias teises¹⁸⁷.

Autoriaus įsitikinimu, šie ESTT sprendimai *Ambulanz Glockner* ir SOA bylose pernelyg aiškiai ignoruoja poreikį nustatyti *subjektyvaus* valstybės sprendimo suteikti specialiąsias ar išimtines teises egzistavimą SESV 106(1) str. taikymo tikslais, kad tolimesnėje teismų praktikoje galima būtų tikėtis esminio teismo pozicijos pasikeitimo šiuo klausimu. Visgi įdomu pastebėti, kad, nepaisant tokios teismų praktikos, tokie pripažinti teisės mokslininkai kaip *Buendia* ir *Whish*¹⁸⁸ ir toliau laikosi pozicijos, kad specialijų teisių sąvokos apibrėžimas SESV 106(1) str. taikymo tikslais turi būti siejamas su *subjektyviu* valstybės sprendimu suteikiant specialiąsias teises. Tokios prieštaringo teismų praktikos ir doktrinos kontekste natūraliai kyla klausimas, kurios iš šių pozicijų teisinis pagrindimas yra teisingas ir kokį požiūrį reikėtų palaikyti?

Kaip minėta, *Buendia* ir *Whish* palaikoma pozicija yra siejama su SESV 106(1) str. normos taikymo tikslais¹⁸⁹ nurodant, kad tik *subjektyvus* valstybės sprendimas suteikiant specialiąsias ar išimtines teises sudaro valstybei galimybę daryti įtaką privačių subjektų priimamiems

184 ESTT sprendimas byloje Nr. C-475/99, Firma *Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz*, ECLI:EU:C:2001:577, 23-24 paragrafai.

185 *Ibid.*, 24 paragrafas.

186 Generalinio advokato išvados 32-35 paragrafai.

187 ESTT sprendimas byloje Nr. C-553/12 P, Komisija v. Dimosia Epicheirisi Ilektrismou Ae (DEI) (Greek Lignite), ECLI:EU:C:2014:2083, 40-44 paragrafai.

188 Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, 8th ed. ed. (Oxford; New York: Oxford University Press, 2015), 226.

189 Sprendimas Byloje Nr. 188-190/80, Prancūzija, Italija ir Didžioji Brinanija v Komisija, ECLI:EU:C:1982:257, 12, 25 paragrafai; Generalinio advokato *Vilaça* išvados *Bodson* byloje 65 paragrafą. Tokią poziciją taip pat palaikoma vėlesnėse bylose, žr. pvz. generalinio advokato *Wathelet* nuomonės *Greek lignite* byloje (ESTT sprendimas byloje Nr. C-553/12 P, Komisija v. Dimosia Epicheirisi Ilektrismou Ae (DEI) (Greek Lignite), ECLI:EU:C:2014:2083, 96 paragrafą ir 26 išnašą); ESTT sprendimas byloje Nr. C-160/94, Komisija v Ispanija, ECLI:EU:C:1997:502, 38-41.

sprendimams. Atitinkamai, šių autorių pozicija būtų teisinga tokiu atveju, jeigu *Ambulanz Glocker* ir *SOA* sprendimuose pateiktas specialiųjų arba išimtinių teisių apibrėžimas iš tiesų negalėtų būti suderinamas su paties ESTT sprendimuose nurodytais SESV 106(1) str. taikymo tikslais, t.y. suteikus specialiąsias arba išimtines teises *objektyvių* kriterijų pagrindu valstybė neįgytų tokios įtakos specialiųjų arba išimtinių teisių turėtojo atžvilgiu, kurią valstybė įgyja suteikdama teises *subjektyvaus* sprendimo pagrindu. Tokio klausimo kontekste būtina įvertinti, ar iš tiesų skiriasi valstybės galimybė daryti įtaką specialiųjų arba išimtinių teisių turėtojui suteikus tokias teises subjektyvių ar objektyvių kriterijų pagrindu.

Šiuo atžvilgiu pirmiausiai reikėtų sutikti su *Buendia* ir *Whish*, kad subjektyviu sprendimu suteikus specialiąsias ar išimtines teises susiformuoja tam tikrą laiką trunkantis subjektyvus ryšys tarp tokias teises suteikusios institucijos ir tokios institucijos galimybė daryti „įtaką“ privačiam partneriui, kuri grindžiama „dėkingumo“ pagrindu. Visgi vertinant analogiškos kokybės „įtakos“ susiformavimo galimybę tokiais atvejais, kai specialiosios arba išimtines teises suteikiamos *objektyvių* kriterijų pagrindu, reikia pastebėti, kad SESV 106(1) str. taikymo tikslais specialiųjų arba išimtinių teisių sąvoką yra aktuali tik tuomet, kai teisės suteikiamos *privatiems* subjektams, kurių priimamų sprendimų valstybė neturi galimybės kontroliuoti tiesiogiai dalyvaudama tokių subjektų valdyme. Kartu reikia pastebėti, kad valstybės institucijos visuomet suteikia specialiąsias arba išimtines teises savo kompetencijos ribose, todėl *privatiam* partneriui vykdant veiklą specialiųjų ar išimtinių teisių ribose nepatenkinamai, politinę atsakomybę už privataus partnerio veiksmus visuomet turės prisiimti tokias teises suteikusi valstybės institucija. Autoriaus įsitikinimu, tokiame kontekste pakankamai sunku įsivaizduoti situaciją, kad suteikdama specialiąsias arba išimtines teises ūkio subjektams valstybė nesusikurtų efektyvių kontrolės mechanizmų, kurie įgalintų efektyviai kontroliuoti privataus partnerio priimamus sprendimus. Tokia kontrolė gali būti įgyvendinama pačiais įvairiausiais būdais, įskaitant išlaikomą galimybę keisti teisinį reguliavimą, panaikinti specialiąsias ar išimtines teises, paskirti papildomus veiklos operatorius, pačiam pradėti veikti tokioje rinkoje, priimti teisių turėtojui aktualius sprendimus nepriklausomos reguliavimo institucijos vaidmenyje ir t.t. Visais šiais kontrolės mechanizmais valstybė visuomet galės įgyvendinti spaudimą privačiam partneriui ir tokiu būdu daryti įtaką šio priimamiems sprendimams, kurie yra visiškai nepriklausomi nuo specialiųjų ar išimtinių teisių suteikimo vadovaujantis subjektyviais ar objektyviais kriterijais. Šiuo atžvilgiu vienintelis tokios įtakos skirtumas pasireiškė tuo, kad *subjektyvaus* teisių suteikimo atveju neformali įtaka bus įgyvendinama „dėkingumo“ ir „grėsmės“ pagrindu, tuo tarpu *objektyvaus* teisių suteikimo atveju neformali įtaka bus įgyvendinama tik „grėsmės“ pagrindu. Visgi SESV 106(1) str. taikymo tikslais įtakos pobūdžio (negatyvi/pozityvi) skirtumas yra teisiškai nereikšmingas.

Autoriaus požiūriu, tokią alternatyvią valstybės įtakos susiformavimo poziciją būtų galima būtų kritikuoti teigiant, kad objektyvių kriterijų pagrindu suteikus specialiąsias ar išimtines teises susiformuoja gerokai tolimesnė distancija tarp valstybės institucijos ir tokių teisių turėtojo, kadangi pastarasis turi galimybę atsakyti vykdyti valstybės institucijos pageidavimus ir savo interesus ginti teisiniais instrumentais. Visgi autoriaus įsitikinimu, tokia distancija tarp valstybės ir ūkio subjekto susiformuoja tik teoriškai. Kaip minėta, netgi turėdamas galimybę išlaikyti tolimesnę distanciją nuo valstybės specialiųjų ar išimtinių tei-

sių turėtojas neišvengiamai bus priverstas bendradarbiauti su valstybės institucija dėl šios turimų kontrolės mechanizmų, galinčių nulemti reikšmingus verslo aplinkos pasikeitimus. Būtent dėl tokių kontrolės mechanizmų egzistavimo praktinėse situacijose išimtinių teisių turėtojas dažniausiai bus linkęs pasiduoti valstybės institucijos spaudimui, jeigu tik tai nepažeis fundamentalių tokio ūkio subjekto verslo interesų, nepriklausomai nuo to, kas konkrečiai yra nurodyta specialiaisiais ar išimtinėmis teisėmis suteiktusioje sutartyje ar teisės aktuose. Atitinkamai, netgi išimtinių arba specialiųjų teisių suteikimo *objektyvių* kriterijų pagrindu distancija tarp valstybės ir teisių turėtojo realybėje nebus tokia tolima, kad nebūtų galima kalbėti apie valstybės įtakos ūkio subjekto priimamiems sprendimams susiformavimą.

Savo ruožtu, teisių turėtojo galimybė ginti savo interesus teisiniu būdu vargu ar turėtų būti pervertinama valstybės įtakos nustatymo tikslais. Šiuo atžvilgiu reikėtų pastebėti, kad suteikiant specialiaisiais ar išimtinėmis teisėmis *privatiam* subjektui toks suteikimas visuomet bus įforminamas sutarties ar teisės aktų pagrindu, lygiai taip pat, kaip suteikiant tokias teises *objektyvių* kriterijų pagrindu. Atitinkamai, teisinių galimybių ginti savo interesus požiūriu tiek *subjektyvus*, tiek *objektyvus* teisių suteikimas sudarys analogišką rezultatą. Skirtumą šiuo atžvilgiu gali sudaryti tik privataus partnerio *pasiryžimas* atsispirti valstybės įtakai panaudojant jam prieinamus teisinius instrumentus: egzistuojant „dėkingumui“ privatus partneris gali jausti tam tikrą moralinį barjerą ginti savo interesus teisinių instrumentų pagrindu. Visgi šiuo klausimu reikėtų pripažinti, kad valstybės ir privataus partnerio „dėkingumo“ santykis praktinėse situacijose yra laikinas ir galioja iki politinės valdžios pasikeitimo momento vykstant demokratiniais rinkimams ir/arba privataus partnerio valdymo organų ar akcininkų pasikeitimo. Įvykus šioms pasikeitimams, neformalus „dėkingumo“ santykis natūraliai pasibaigia ir transformuojasi į analogišką santykį, kuris susiformuoja tarp valstybės ir objektyvių kriterijų pagrindu paskirto specialiųjų ar išimtinių teisių turėtojo, kuriame *inter alia* išnyksta bet kokie moraliniai barjerai teisinėmis priemonėmis ginti savo interesus prieš spaudimą priimti tam tikrus sprendimus darančią valstybę.

Šiame kontekste pastebėtina, kad *Buendia* ir *Whish* palaikoma *subjektyvaus* valstybės sprendimo poreikio teorija neįvertina pastarojo „dėkingumo“ santykio dinamiškumo ir gali nulemti teisiniu požiūriu prieštaringą rezultatą, kada specialiųjų ar išimtinių teisių turėtojo atžvilgiu priimamos valstybės priemonės pateks į SESV 106(1) str. dėl istorinio „dėkingumo“ santykio egzistavimo, nors toks santykis pasikeitus aplinkybėms nagrinėjamu metu bus išnykęs, ir atvirkščiai, gali neapimti tokių situacijų, kai tarp objektyvių kriterijų pagrindu paskirto specialiųjų ar išimtinių teisių turėtojo susiformuoja analogiškas „dėkingumo“ santykis tik vėliau dėl valstybės ir teisių turėtojo pasiekto kompromiso ūkio subjektui svarbiu klausimu. Tokį prieštaravimą galima pašalinti tik pripažinus, kad valstybė *visuomet* turi galimybę daryti neformalią įtaką specialiųjų ar išimtinių teisių turėtojams nepriklausomai nuo to, ar šios teisės buvo paskirtos vadovaujantis objektyviais ar subjektyviais kriterijais, t.y. specialiųjų ar išimtinių teisių sąvokos nesusiejant su tokių teisių suteikimo procedūromis

Apibendrinant aukščiau išdėstytus argumentus galima teigti, kad ESTT sprendimas *Ambulanz Glocner* ir *SOA* sprendimuose nesusieti 106(1) str. numatytos specialiųjų arba išimtinių teisių sąvokos su tokių teisių paskyrimo kriterijais yra suderinamas su SESV 106(1) str. tikslu kontroliuoti valstybės priemonių priėmimą tik tokių ūkio subjek-

tų atžvilgiu, kurių sprendimams valstybė gali daryti tam tikrą įtaką, kadangi tokia įtaka susiformuoja visais specialiuųjų ar išimtinių teisių suteikimo atvejais nepriklausomai nuo taikomų teisių suteikimo kriterijų. Savo ruožtu, *Buendia* ir *Whish* siūlomas *subjektyvaus* valstybės sprendimo kriterijus pernelyg susiaurina valstybės įtakos susiformavimo pagrindus ir ignoroja neformalaus santykio tarp valstybės ir teisių turėtojo dinamiškumą, todėl gali būti laikomas tik *papildomu* valstybės įtakos susiformavimo įrodymu, neturintčiu įtakos specialiuųjų ar išimtinių teisių sąvokos apibrėžimui SESV 106(1) str. taikymo tikslais. Atitinkamai, SESV 106(1) str. numatyta „specialiuųjų arba išimtinių teisių“ sąvoka turėtų būti grindžiama trimis kriterijais suformuluotais *Ambulanz Glockner* ir *SOA* bylose, t.y.

- (i) ūkio subjektui buvo suteikta tam tikra valstybės priemonė;
- (ii) tokia priemonė suteikia apsaugą ribotam ūkio subjektų skaičiui;
- (iii) tokia priemonė gali reikšmingai apriboti kitų ūkio subjektų galimybę vykdyti ekonominę veiklą toje pačioje geografinėje erdvėje lygiavertėmis sąlygomis¹⁹⁰.

2.3.7. Poreikis atskirti specialiuųjų ir išimtinių teisių sąvokų apibrėžimus

Kaip galima pastebėti, išimtinių ir specialiuųjų teisių nustatymo kriterijai ir teisinės *pasėkmės* iš esmės sutampa. Tiek išimtinių, tiek specialiuųjų teisių sąvokos yra siejamos su valstybės intervencija į rinkoje vykstančius konkurencinius procesus, kurią įgyvendinus tam tikrą veiklą gali vykdyti ribotas skaičius ūkio subjektų, o kitų asmenų galimybė užsiimti tokia veikla *de jure* ar *de facto* yra apribojama. Savo ruožtu, SESV 106(1) str. taikymo tikslais identifikavus tiek specialiuųjų, tiek išimtinių teisių suteikimą teisinės *pasėkmės* yra identiškos – tokių subjektų atžvilgiu suteikiamų priemonių atžvilgiu yra taikomas SESV 106(1) str. numatytas draudimas sumažinti kitų Sutartyje esančių nuostatų efektyvumą. Tokiame kontekste kyla klausimas, ar egzistuoja kokios nors prasmės tiksliai įvardinti kurios teisės yra specialios, o kurios – išimtinės priklausomai nuo to, keliems asmenims tokios teisės suteikiamos?

Analizuojant Europos Sąjungos institucijų poziciją šiuo klausimu galima pastebėti aki-vaizdų nenuoseklumą *šiuo klausimu*. Kaip minėta, priimdama *Telekomunikacijų galinių įrenginių direktyvą* Komisija laikėsi pozicijos, kad šių sąvokų apibrėžimas apskritai nereikalingas, tuo tarpu *Telekomunikacijų paslaugų direktyvoje* Komisija pateikė bendrą „specialiuųjų arba išimtinių teisių“ sąvokos apibrėžimą. Visgi vertindamas tokių direktyvų teisėtumą 1991 ir 1992 m. ESTT nurodė, kad priimdama direktyvas Komisija privalėjo pateikti individualų specialiuųjų teisių apibrėžimą¹⁹¹ ir, atitinkamai, dėl tokio specialiuųjų teisių sąvokos apibrėžimo trūkumo panaikino direktyvų galiojimą toje apimtyje, kuria jos reikalavo panaikinti valstybės suteiktas specialiąsias teises. Tokiame kontekste visiškai natūralu, kad 1994 m. Komisija suformulavo savarankiškus išimtinių ir specialiuųjų teisių apibrėžimus, kurie buvo įtvirtinti *Palydovinio ryšio direktyvoje* ir analogiškai išskyrė išimtinių ir specialiuųjų teisių sąvokas vėlesniuose Europos Sąjungos teisės aktuose.

190 ESTT sprendimas byloje Nr. C-553/12 P, Komisija v. Dimosia Epicheirisi Ilektrismou Ae (DEI) (Greek Lignite), ECLI:EU:C:2014:2083, 41, 43 paragrafai.

191 Žr. ESTT sprendimus *Telekomunikacijų galinių įrenginių* ir *Telekomunikacijų paslaugų* bylose.

Kita vertus, 2001 m. kilus poreikiui pačiam pateikti specialiųjų ir išimtinių teisių apibrėžimą *Ambulanz Glockner*¹⁹² byloje, ESTT akivaizdžiai pasirinko tokią pačią poziciją, kurią buvo sukritikavęs prieš dešimtmetį ir pateikė bendrą „specialiųjų arba išimtinių teisių“ apibrėžimą:

„*specialioji arba išimtinė teisė [SESV 106(1) str.] taikymo tikslais atsižvelgiant į tai, kad apsauga suteikiama ribotam skaičiui ūkio subjektų teisinėmis priemonėmis, kurios gali reikšmingai apriboti kitų ūkio subjektų galimybę vykdyti nagrinėjamą ekonominę veiklą toje pačioje geografinėje teritorijoje reikšminga dalimi lygiavertėmis sąlygomis.*“¹⁹³

Analogiškos pozicijos teismas laikėsi ir sprendime priimtame *SOA*¹⁹⁴ byloje. Tokie teismo sprendimai sudaro pagrindą teigti, kad SESV 106(1) str. taikymo tikslais pakanka nustatyti, kad nagrinėjama teisė yra „specialioji arba išimtinė“ nekeliant reikalavimo tiksliai identifikuoti įvardinti konkrečios teisės pobūdžio. Autoriaus įsitikinimu, tokia pasikeitusi teismo pozicija yra visiškai racionali atsižvelgiant į tai, kad diskusija dėl konkrečių teisių pripažinimo specialiosiomis ar išimtinėmis teisėmis apibrėžiant subjektus, kurių atžvilgiu taikomas SESV 106(1) str. numatytas draudimas yra absoliučiai teorinė, o tikslus teisių pobūdžio identifikavimas nesukelia skirtingų teisių pasekmių.

2.3.8. Galimybė konstatuoti specialiųjų ar išimtinių teisių suteikimą, kai privilegijos suteikiamos neribotai ūkio subjektų kategorijai

Interpretuojant specialiųjų arba išimtinių teisių sąvokų turinį galima pastebėti, kad vienu ūkio subjektų pranašumas prieš kitus ūkio subjektus valstybės veiksmais sukuriamas visais atvejais, kada valstybė numato specialius reikalavimus tam tikrą veiklą vykdantiems subjektams ir privalomą tokios veiklos licencijavimą. Atskirais atvejais tokie licencijavimo kriterijai gali būti pakankamai sunkiai išpildomi, todėl praktinėse situacijose gali susiklostyti situacija, kai valstybės nustatytus teisinius kriterijus galės tenkinti tik labai ribota ūkio subjektų kategorija, kuri turės akivaizdų pranašumą prieš valstybės išduotos licencijos neturinčius asmenis. Tokiame kontekste kyla klausimas, ar tokios licencijos turėtojus SESV 106(1) str. taikymo tikslais taip pat privalėtumėm laikyti ūkio subjektais, kurių atžvilgiu valstybė yra suteikusi specialiąsias arba išimtines teises?

Analizuojant ESTT praktišką šiuo aspektu reikia atkreipti dėmesį, kad dar 1977 m. sprendime *GB-INNO-ATAB*¹⁹⁵ byloje ESTT *inter alia* išreiškė abejonę, ar specialiųjų arba išimtinių teisių sąvoka galėtų būti siejama su situacijomis, kuomet teisė užsiimti tam tikra veikla yra suteikiama neribotai asmenų kategorijai tenkinančiai nustatytus reikalavimus. Savo ruožtu

192 ESTT sprendimas byloje Nr. C-475/99, Firma Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz, ECLI:EU:C:2001:577.

193 Ibid., 24 paragrafas.

194 ESTT sprendimas byloje Nr. C-553/12 P, Komisija v. Dimosia Epicheirisi Ilektrismou Ae (DEI) (Greek Lignite), ECLI:EU:C:2014:2083, 41 paragrafai.

195 ESTT sprendimas byloje Nr. C-18/88, Régie Des Télégraphes et des Téléphones v. GB-INNO-BM SA, ECLI:EU:C:1991:474, 41 paragrafas.

tokią poziciją ESTT įtvirtino 2013 m. sprendimo SOA byloje, kurioje teismui kilo poreikis nuspręsti, ar specialiųjų arba išimtinių teisių turėtojais galima būtų pripažinti privačias agentūras, kurios valstybės suteiktų įgaliojimų pagrindu tikrino ūkio subjektų kvalifikaciją ir pasirengimą vykdyti valstybės užsakomus darbus ir išduodavo sertifikatus, įgalinančius dalyvauti valstybės organizuojamuose viešųjų pirkimų konkursuose. Šiuo atžvilgiu teismas nurodė, kad valstybės teisės aktai suteikė vienodas teises ir įgaliojimus visoms agentūroms vykdant sertifikavimo veiklą, todėl teisės aktų požiūriu nei viena agentūra nėra vertinama palankiau už kitas analogišką licenciją turinčias agentūras. Teismas taip pat atkreipė dėmesį, kad galimybę vykdyti tokią veiklą turi bet kokie ūkio subjektai tenkinantys nustatytus reikalavimus ir šiuo pagrindu pripažino, kad tokios agentūros negali būti laikomos specialias arba išimtinės teises turinčiais subjektais SESV 106(1) str. taikymo tikslais¹⁹⁶.

Tokio ESTT sprendimo kontekste galima teigti, kad specialiųjų arba išimtinių teisių suteikimas gali būti siejamas tik su tokiomis situacijomis, kai valstybė suteikia pranašumą „uždarai“ ūkio subjektų kategorijai. Visgi jeigu valstybė sudaro galimybę kiekvienam ūkio subjektui įgyti tokį pranašumą prieš kitus ūkio subjektus tenkinant teisės aktuose nustatytus kvalifikacinius reikalavimus, tokio pranašumo suteikimas negali būti laikomas specialiąją arba išimtinę teisę SESV 106(1) str. taikymo tikslais.

2.3.9. Galimybė taikyti SESV 106(1) str. įtvirtintą draudimą vertinant specialiųjų ar išimtinių teisių suteikimą pirmą kartą

Kaip minėta, SESV 106(1) str. formuluotė numato tokį valstybės narėms adresuotą draudimą:

„Valstybės ūkio subjektams bei ūkio subjektams, kurioms valstybės narės suteikia specialias arba išimtinės teises, valstybės narės nepriima naujų priemonių ir nepalieka galiojančiųjų, prieštaraujančių Sutartyse nurodytoms taisyklėms, ypač toms taisyklėms, kurios yra nustatytos 18 ir 101–109 straipsniuose.“

Tokia teisės normos formuluotės lingvistinė analizė suponuoja, kad SESV 106(1) str. taikymo tikslais valstybės veiksmai yra ribojami priimant tik tokias priemones, kurios nukreiptos labai specifinių adresatų atžvilgiu turinčių specialų santykį su valstybe. Atitinkamai, SESV 106(1) str. gali būti taikomas tik nustačius, kad valstybės priemonės suteikiamos ūkio subjektams, kurie *valstybės priemonių priėmimo momentu* gali būti laikomi „*valstybės ūkio subjektais*“ arba „*ūkio subjektais turinčiais specialias arba išimtinės teises*“. Tokia interpretacija iš esmės reiškia, kad valstybei nusprendus suteikti „pirmines“ specialias arba išimtinės teises *privačiam* ūkio subjektui, kuriam valstybė anksčiau nebuvo suteikusi jokių specialiųjų arba išimtinių teisių, toks teisių suteikimas nepatenka į SESV 106(1) str. taikymo apimtį. Toks lingvistinis aiškinimas labai gerai koreliuoja su ESTT praktikoje nurodytais tikslais – kontroliuoti valstybės priemonių suteikimą tik tokių subjektų atžvilgiu, kurių priimamiems sprendimams valstybė gali įgyvendinti savo *įtaką*. Šiuo atžvilgiu akivaizdu,

¹⁹⁶ ESTT sprendimas byloje Nr. C-553/12 P, Komisija v. Dimosia Epicheirisi Ilektrismou Ae (DEI) (Greek Lignite), ECLI:EU:C:2014:2083, 40-44 paragrafai, 42-44 paragrafai.

kad tokią įtaką privačių subjektų atžvilgiu valstybė įgis tik tuomet, kai specialiųjų arba išimtinių teisių suteikimo momentu valstybė jau anksčiau bus suteikusi „pirmines“ specialias arba išimtinės teises¹⁹⁷.

Visgi analizuojant ESTT praktiką galima pastebėti, kad teismai reikšmingoje dalyje sprendimų (*Dusseldorp*¹⁹⁸, *La Crespelle*¹⁹⁹, *Port of Genoa*²⁰⁰ ir t.t.) yra linkę taikyti SESV 106(1) str. numatytą draudimą ir tokiose situacijose, kurioje *privatiems* subjektams specialiosios arba išimtinės teisės suteikiamos *pirma* kartą. Kaip nurodo *Buendia*, tokiu būdu teismų praktikoje specialios arba išimtinės teisės atlieka dvejopą vaidmenį: šios specialios ar išimtinės teisės vertinamos kaip pagrindas taikyti SESV 106(1) str. numatytą draudimą ir *tuos pačius metus* vertinamos kaip „valstybės priemonė“, kurią valstybė galėjo/negalėjo suteikti SESV 106(1) str. požiūriu specialų santykį su valstybe turintiems ūkio subjektams.²⁰¹ Atitinkamai, vadovaujantis tokiu požiūriu tenka konstatuoti, kad *išskirtinai* specialiųjų arba išimtinių teisių suteikimo atveju SESV 106(1) str. taikymo tikslais tokių specialiųjų arba išimtinių teisių adresato ankstesnis santykis su valstybe neturi jokios teisinės reikšmės.

Nepaisant to, kad tokia ESTT pozicija sunkiai randa teisinį pagrindimą tiek SESV 106(1) str. formuluotėje, tiek SESV 106(1) str. tikslų analizėje teismų sprendimuose nepateikiama jokių argumentų pagrindžiančių tokios pozicijos taikymą aiškinant SESV 106(1) str. taikymo sąlygas. Būtent todėl, tokios pozicijos teisėtumo klausimas reikšminga dalimi lieka atviras. Visgi atsižvelgiant į reikšmingą teismo sprendimų skaičių ateityje mažai tikėtina, kad ESTT pakeistų savo poziciją šiuo klausimu ateityje. Atitinkamai, aiškinant SESV 106(1) str. taikymo sąlygas ESTT praktikos kontekste reikėtų laikytis pozicijos, kad SESV 106(1) str. taikomas tiek tokiais atvejais, kai valstybė suteikia specialias arba išimtinės teises specialų santykį su valstybe jau turintiems subjektams, tiek tokiais atvejais, kai tokios teisės suteikiamos ūkio subjektui pirmą kartą.

2.3.10. Tyrimo rezultatų apibendrinimas

Apibendrinant šiame poskyryje išdėstytus argumentus galima akcentuoti kelis aspektus, susijusius su „valstybės ūkio subjekto“ sąvokos apibrėžimu SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo tikslais:

- (i) SESV 106(1) str. taikomas tik tokioms valstybės priemonėms, kurios yra adresuotos specifinei ūkio subjektų kategorijai, t.y. valstybės ūkio subjektams ir ūkio subjektams, turintiems valstybės suteiktas specialias arba išimtinės teises.

197 Tokios pozicijos laikėsi pvz. Pappalardo (žr. Aurelio Pappalardo, "State Measures and Public Undertakings: Article 90 of the EEC Treaty Revisited," *European Competition Law Review* 12, 1 (1991): 38.)

198 ESTT sprendimas byloje Nr. C-203/96, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV ir kiti v. Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, ECLI:EU:C:1998:316.

199 ESTT sprendimas byloje Nr. C-323/93, *Société Civile Agricole du Centre d'Insémination de la Crespelle v. Coopérative d'Élevage et d'Insémination Artificielle du Département de la Mayenne*, ECLI:EU:C:1994:368.

200 ESTT sprendimas byloje Nr. C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova SpA v. Siderurgica Gabrielli SpA.*, ECLI:EU:C:1991:464.

201 Jonathan Faull ir Ali Nikpay, *Faull & Nikpay, the EU Law of Competition*, 3rd edition. ed. (Oxford: Oxford university Press, 2014), 822.

- Tokių ūkio subjektų kategorijos išskyrimas ir valstybės specialios atsakomybės už tokių subjektų atžvilgiu priimamus sprendimus yra siejama su specifiniais SESV 106(1) str. taikymo tikslais, t.y. kontroliuoti valstybės priemonių priėmimą tokiems subjektams, kurių priimamiems sprendimams valstybė gali turėti įtaką arba gali būti suinteresuota tokių ūkio subjektų protegavimu. Tokiu būdu SESV 106(1) str. numatyta specialių arba išimtinių teisių sąvoka apibūdina ūkio subjektą ir naudojama nustatant SESV 106(1) str. jurisdikciją, bet ne specialiųjų ar išimtinių teisių sukeliama poveikį konkurencijai.
- (ii) Valstybės ūkio subjekto sąvoka apima ūkio subjektus, kurie vykdo ekonominę veiklą (gali būti laikomi ūkio subjektu) ir yra kontroliuojami valstybės²⁰². Tokių subjektų identifikavimo tikslais „kontrolės sąvoka“ turėtų būti aiškinama vadovaujantis koncentracijų kontrolei taikomomis taisyklėmis. Atitinkamai, valstybės ūkio subjektu galime įvardinti subjektus, kuriuos valstybė kontroliuoja visa apimtimi ir tokius ūkio subjektus, kurių atžvilgiu valstybė kontrolę įgyvendina kartu su privačiais partneriais, o valstybės kontrolė gali būti tiek pozityvi, tiek negatyvi.
 - (iii) Valstybės ūkio subjekto sąvoka apima ir tokius ūkio subjektus, kurie yra neatsiejamai integruoti į valstybės institucijos struktūrą, todėl SESV 106(1) str. taikymo tikslais įmanoma, kad valstybės priemonės *taikanti* ir tokių valstybės priemonių *naudą gaunanti* valstybės institucija gali sutapti.
 - (iv) SESV 106(1) str. taikymo tikslais išimtinių teisių sąvoka yra siejama su situacijomis, kada valstybė tiesiogiai ar netiesiogiai suteikia galimybę vykdyti tam tikrą veiklą tik vienam ūkio subjektui. Toks išimtinių teisių suteikimas vertinamas pagal nagrinėjamų valstybės priemonių *turinį*, todėl išimtinių teisių suteikimas įmanomas tiek *de jure*, tiek *de facto*.
 - (v) Išimtinių teisių sąvoka yra siejama su *tam tikros veiklos*, bet ne atitinkamos rinkos monopolizavimu, todėl išimtinių teisių suteikimas gali būti įžvelgiamas ir dalinio rinkos monopolizavimo atvejais.
 - (vi) SESV 106(1) str. taikymo tikslais specialių teisių sąvoka siejama su trimis elementais: veikdama valdžios institucijos vaidmenyje valstybė suteikia tam tikras teises ūkio subjektui, tokios teisės suteikiamos ribotai ūkio subjektų kategorijai (įvardinant konkrečius asmenis ar apribojant teisių turėtojų skaičių), tokia priemonė reikšmingai apriboja kitų subjektų galimybę vykdyti analogišką ekonominę veiklą toje pačioje geografinėje teritorijoje. Specialiųjų teisių suteikimu nėra laikomos situacijos, kai valstybė nustato kvalifikacinius reikalavimus tam tikros veiklos vykdymui, jeigu tokius kriterijus tenkinti ir įgyti galimybę užsiimti nagrinėjama veikla *de jure* ir *de facto* gali visi rinkos dalyviai.
 - (vii) SESV 106(1) str. taikymo tikslais nėra būtina tiksliai įvardinti, ar ūkio subjektui suteiktos specialios ar išimtinės teisės. Pakanka nustatyti, kad konkrečios teisės gali būti laikomos „*specialiomis arba išimtinėmis*“.

202 Žr. José Luis Buendia Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law: Article 86 (Formerly Article 90) of the EC Treaty*. (Oxford: Oxford University Press on Demand, 1999), 34-35; Françoise Blum ir Anne Logue, *State Monopolies under EC Law* (Chichester: J. Wiley, 1998), 8-9.

- (viii) Antriniuose Europos Sąjungos teisės aktuose ir doktrinoje nurodoma, kad specialiųjų ir išimtinių teisių sąvokų apibrėžimo tikslais būtina nustatyti, kad tokios teisės buvo suteiktos *subjektyvaus* valstybės sprendimo pagrindu, t.y. neužtikrinant tokių teisių suteikimo taikant objektyvius, proporcingus ir nediskriminacinius kriterijus. Autoriaus įsitikinimu, šis kriterijus neturėtų būti reikšmingas nustatant ūkio subjektus, kurių atžvilgiu SESV 106(1) str. riboja valstybės diskreciją suteikiant valstybės priemones. Šiuo požiūriu antriniuose Europos Sąjungos teisės aktuose numatytas kriterijus siejamas su kitais tikslais (poveikis konkurencijai, perkančiosios organizacijos statusas ir pan.), bet ne SESV 106(1) str. jurisdikcijos nustatymu. Atitinkamai, *subjektyvaus* valstybės sprendimo kriterijus yra tinkamas šių direktyvų taikymo tikslais, tačiau negali būti tinkamas nustatant SESV 106(1) str. jurisdikciją.
- (ix) Doktrinoje toks subjektyvus valstybės sprendimo kriterijus siejamas su SESV 106(1) str. tikslais kontroliuoti tokių priemonių priėmimą, kurių sprendimams valstybė gali turėti įtaką. Teigiama, kad valstybė turi galimybę daryti įtaką būtent tokiems subjektams, kuriems išimtinės ar specialios teisės suteikiamos *subjektyviai*, kadangi tokiu atveju tarp valstybės ir ūkio subjekto susiformuoja subjektyvus „dėkingumu“ grindžiamas santykis. Visgi toks požiūris gali būti kritikuojamas tuo, kad (i) toks požiūris ignoruoja „dėkingumo“ santykio kitimą laike ir gali neužtikrinti SESV 106(1) str. tikslų: susiejant specialių arba išimtinių sąvoką su subjektyviu santykiu, kylančiu iš istorinių teisių suteikimo procedūrų SESV 106(1) str. gali būti taikomas tokių situacijų atžvilgiu, kai toks subjektyvus santykis nutrūksta (pvz. dėl valdžios, akcininkų pasikeitimo) ir nepaįminti situacijų, kuomet subjektyvus „dėkingumo“ santykis susiformuoja tik vėliau dėl pasiekto kompromiso tam tikru klausimu. Autoriaus įsitikinimu, valstybės *įtaka* specialiųjų arba išimtinių teisių turėtojams susiformuoja visais atvejais, nepriklausomai nuo taikytų teisių suteikimo procedūrų, atsižvelgiant į tai, kad kiekvienas teisių suteikimas privačiam partneriui bus vykdomas sukuriant reikšmingus kontrolės mechanizmus privataus partnerio veiklai, kuris įgalins valstybę įgyvendinti spaudimą privataus partnerio priimamų sprendimų atžvilgiu ir SESV 106(1) str. tikslus išreiškiančią įtaką. Atitinkamai, SESV 106(1) str. taikymo tikslais identifikuojant subjektus, turinčius specialias arba išimtines teises tokių teisių suteikimo procedūrų pobūdis yra teisiškai nereikšmingas.
- (x) SESV 106(1) str. taikymas pagal ESTT praktiką įmanomas ir tokiose situacijose, kuriose išimtinės arba specialios teisės privačiam subjektui suteikiamos pirmą kartą, t.y. valstybė neturi ankstesnio specialaus santykio su privačiu subjektu, kuriam suteikiamos specialios arba išimtinės teisės. Tai yra specifinė taisyklė, kylanti iš susiformavusios teismų praktikos, tačiau jos teisinis pagrindimas yra abejotinas.

2.4. Valstybės priemonėmis sukuriamas neigiamas poveikis kitoms sutarties nuostatoms

„<...> valstybės narės nepriima <...> priemonių <...> **prieštaraujančių Sutartyse nurodytoms taisyklėms, ypač toms taisyklėms, kurios yra nustatytos 18 ir 101–109 straipsniuose.**“)

Kaip galima suprasti analizuojant SESV 106(1) str. formuluotę, šiame straipsnyje numatyta teisės norma sukuria specifinę pareigą valstybėms, tokia pareiga yra susiejama su valstybės priemonių priėmimu, kurių adresatais tampa specifinė asmenų kategorija turinti specialų santykį su valstybė. Savo ruožtu, SESV 106(3) str. numato išskirtinę galimybę Komisijai vienasmeniškai ir operatyviai priimti sprendimus, reikalaujančiais pašalinti valstybių narių vykdomus SESV 106(1) str. pažeidimus. Visgi SESV 106(1) str. numatytos teisės normos formuluotė nieko nepasako apie draudžiamų valstybės priemonių turinį, t.y. nuo kokių konkrečiai sprendimų/veiksmų atlikimo turi susilaikyti valstybės narės SESV 106(1) str. taikymo tikslais.

Tokia SESV 106(1) str. formuluotė reiškia, kad SESV 106(1) str. visuomet turi būti taikomas kartu su kitomis Sutarties nuostatomis²⁰³, kurios ir apibrėžia konkrečių SESV 106(1) str. draudžiamų „valstybės priemonių“ turinį. Tokiu būdu SESV 106(1) str., viena vertus, pasižymi išskirtiniu lankstumu ir gali būti taikomas labai įvairiose situacijose, kita vertus, šis straipsnis yra reikšmingai priklausomas nuo kitų Sutarties straipsnių turinio. Todėl doktrinoje SESV 106(1) str. dažnai įvardinamas kaip „*nukreipiančioji taisyklė*“ (angl. „*reference rule*“)²⁰⁴.

Šiuo atžvilgiu pastebėtina, kad jau pačioje SESV 106(1) str. formuluotėje nurodoma galimybė taikyti šį straipsnį kartu su SESV 18 str. numatančiu bendro pobūdžio draudimą diskriminuoti atskirus asmenis nacionaliniu pagrindu bei SESV 101-109 str. numatytomis konkurencijos taisyklėmis, kurios draudžia konkurenciją ribojančių susitarimų sudarymą, piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi veiksmus ir draudimą teikti valstybės pagalbą atskiriems ūkio subjektams. Visgi kalbėdama apie šias SESV 18 ir 101-109 str. numatytas teisės normas SESV 106(1) str. formuluotė tik pabrėžia jų svarbą („*ypač toms taisyklėms*“), niekaip neapribojant galimybės taikyti SESV 106(1) str. numatytą draudimą bet kokių kitų Sutarties nuostatų požiūriu.

Pažymėtina, kad šioje disertacijoje konkrečiai yra nagrinėjamas SESV 106(1) str. taikymas su SESV 102 str. numatytu draudimu piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi. Tokio SESV 106(1) str. ir 102 str. straipsnio taikymo tikslais yra nagrinėjamos situacijos, kai valstybė vykdo intervenciją į rinkoje vykstančius konkurencijos procesus, suteikdama pranašumą specialų santykį su valstybe turintiems subjektams, tuo tarpu tokios intervencijos rezultatai skatina ūkio subjektus pažeisti SESV 102 str. reikalavimus, suteikia galimybę ūkio

203 Bendrojo teismo sprendimas byloje Nr. T-416/13, Stanleybet Malta ir Stanley International Betting v Komisija, ECLI:EU:T:2014:567, 19 paragrafas.

204 Luis Ortiz Blanco, editor of compilation, *EU Competition Procedure*, (Oxford: Oxford University Press, 2013), 856; José Luis Buendia Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law: Article 86 (Formerly Article 90) of the EC Treaty*. (Oxford: Oxford University Press on Demand, 1999), 141-142; Lucie Kuncová, "Antitrust Supervision of the Regulatory Activities of Public Bodies: One Step Forward, Two Steps Back?," *Global Antitrust Review (GAR)*, 7 (2014): 220-221.

subjektui atlikti tokius veiksmus, kurie paprastai būtų laikomi SESV 102 str. pažeidimu, arba tiesiog leidžia pasiekti tokius tikslus, kurių siekdamas ūkio subjektas *savo veiksmis* neišvengiamai pažeistų SESV 102 str. reikalavimus. Atitinkamai, SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo tikslais teisinė problema siejama su valstybės veiksmis, kuriais valstybė padeda ūkio subjektams išvengti SESV 102 str. pažeidimo.

Šiuo atžvilgiu reikia pastebėti, kad vykdydama intervenciją į rinkoje vykstančius konkurencijos procesus (pvz. monopolizuodama atitinkamą rinką) valstybė gali sumažinti ne tik SESV 102 str. efektyvumą, tačiau taip pat pažeisti ir kitas Sutarties nuostatas, ypač nuostatas, reglamentuojančias laisvą prekių (SESV 34 str.), paslaugų judėjimą (SESV 56 str.) ir įsisteigimo laisvę (SESV 49 str.). Atitinkamai, SESV 106(1) str. ir 102 str. bylų kontekste tie patys valstybės veiksmai gali būti vertinami skirtingų Europos Sąjungos institutų požiūriu *inter alia* taikomų kartu su SESV 106(1) str., o toks vertinimas nebūtinai suponuos analogišką teisinio vertinimo rezultatą.

Apibendrinant, galima teigti, kad SESV 106(1) str. numato valstybėms narėms specifines pareigas susilaikyti nuo valstybės priemonių priėmimo specialų santykį su valstybe turintiems subjektams. Visgi tokių valstybės priemonių, kurioms taikomas SESV 106(1) str. numatytas draudimas, *turinį* apibrėžia kitos Sutarties nuostatos. Atitinkamai, SESV 106(1) str. visuomet turi būti taikomas kartu kitomis Sutarties nuostatomis, įskaitant SESV 102 str. numatantį draudimą piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi.

3. SESV 106(1) STR. TAIKYMAS KARTU SU 102 STR. NUMATYTU DRAUDIMU PIKTNAUDŽIAUTI DOMINUOJANČIA PADĖTIMI

Kaip minėta, SESV 106(1) str. *inter alia* gali būti taikomas kartu su SESV 102 str. ūkio subjektams adresuotu draudimu piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi. Vienoje teisės normoje apjungus abiejų šių straipsnių dispozicijas SESV 106(1) str. ir 102 str. numatyto draudimo bendra formuluotė galėtų skambėti taip:

„Valstybės ūkio subjektams bei ūkio subjektams, kurioms valstybės narės suteikia specialias arba išimtines teises, valstybės narės nepriima naujų priemonių ir nepalieka galiojančiųjų, kurios prieštarautų SESV 102 str.“

Tokia formuluotė („kurios prieštarautų SESV 102 str.“) suponuoja, kad pažeidimą galima įrodinėti tik pirmiausiai įsitikinus, kad SESV 102 str. numatytas draudimas iš *principo* gali būti taikomas nagrinėjamoje situacijoje. Šiuo tikslu pirmiausiai reikia nustatyti, kad:

- (i) nagrinėjamas ūkio subjektas ne tik turi specialų santykį su valstybe, tačiau kartu užima *dominuojančią padėtį rinkoje*; o
- (ii) nagrinėjami valstybės ir/arba ūkio subjekto veiksmai gali turėti *poveikį prekybai tarp valstybių narių* tokia apimtimi, kad būtų galima taikyti būtent Europos Sąjungos, o ne nacionalines konkurencijos teisės taisykles.

Jeigu šie kriterijai yra tenkinami (t.y. SESV 102 str. iš principo gali būti taikomas nagrinėjamai situacijai), galima pereiti prie konkrečių valstybės veiksmų teisėtumo vertimo. Šiame etape sprendžiama, ar konkretūs valstybės veiksmai gali pažeisti SESV 102 str. numatytą draudimą.

Šiuo atžvilgiu būtina atkreipti dėmesį, kad vertinant *valstybės* veiksmus SESV 102 str. pažeidimas yra įrodinėjamas kiek kitaip, nei vertinant *ūkio subjektų* piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi. Taikant SESV 106(1) str. valstybės veiksmai yra vertinami per *lojalumo pareigos* prizmę. Atitinkamai, SESV 102 str. pažeidimu pripažįstami ne konkretūs piktnaudžiavimo veiksmai, tačiau valstybės priemonės, galinčios sumažinti SESV 102 str. veiksmingumą²⁰⁵.

Teisės aktuose ar institucijų praktikoje galutinis tokių valstybės priemonių sąrašas nėra įtvirtintas, todėl pažeidimą sudarančios valstybės priemonės gali įgyti labai įvairias išraiškos formas. Visgi ESTT ir Komisijos praktikoje paprastai išskiriamos trys pagrindinės valstybės priemonių grupės. Pripažįstama, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimas vykdomas, kai valstybė:

- (i) *verčia* ūkio subjektus atlikti piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi veiksmus; arba
- (ii) *skatina* ūkio subjektus piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi; arba
- (iii) *sukuria pasekmes*, kurias ūkio subjektas būtų galėjęs pasiekti tik atlikdamas piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi veiksmus.

205 Žr. pvz. *Hofner* bylos situaciją, kuomet monopolinės teisės turėtojas sąmoningai leido kitiems ūkio subjektams leido vykdyti monopolinę teisę pažeidžiančią veiklą, žr. ESTT sprendimą byloje Nr. C-41/90, Klaus Höfner ir Fritz Elser v Macrotron GmbH, ECLI:EU:C:1991:161.

Kiekviena iš aukščiau nurodytų SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo formų nagrinėjama išsamiau tolesniuose šios disertacijos poskyriuose.

3.1. Dominuojančios padėties rinkoje nustatymas

SESV 102 str. pažeidimai yra siejami *išskirtinai* su dominuojančią padėtį atitinkamoje rinkoje turinčių subjektų veiksmis. Atitinkamai, taikant SESV 106(1) str. kartu su 102 str., būtina nustatyti ne tik konkretaus ūkio subjekto specialų santykį su valstybe, tačiau ir tai, kad nagrinėjamas ūkio subjektas užima dominuojančią padėtį atitinkamoje rinkoje.

Konkurencijos teisės požiūriu, ūkio subjekto dominuojanti padėtis atitinkamoje rinkoje siejama su tokia ūkio subjekto ekonomine galia, kuri įgalina apriboti veiksmingą konkurenciją atitinkamoje rinkoje suteikdama ūkio subjektui galimybę veikti pastebimai nepriklausomai nuo konkurentų, klientų ir galiausiai vartotojų²⁰⁶. Vertinant valstybės veiksmus SESV 106(1) str. ir 102 str. požiūriu, ūkio subjekto dominuojanti padėtis rinkoje nustatoma taikant tuos pačius teisinius kriterijus, kurie taikomi vertinant ūkio subjekto atliekamų veiksmų atitikimą SESV 102 str. reikalavimams. Kadangi šio tyrimo objektas yra susijęs su teisiniais kriterijais, kurie specifiskai taikomi įrodinėjant SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimus, šioje disertacijoje bendrieji dominuojančios padėties nustatymo kriterijai nėra plačiau analizuojami. Visgi šiame poskyryje siekiama atsakyti į du esminius klausimus, specifiskai susijusius su SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymu: (I) ar išimtinių teisių suteikimas savaime leidžia daryti išvadą, kad ūkio subjektas užima rinkoje dominuojančią padėtį? ir (II) kokio laikotarpio egzistavusių aplinkybių atžvilgiu turi būti vertinamas dominuojančios padėties egzistavimas?

3.1.1. Santykis tarp išimtinių teisių suteikimo ir dominuojančios padėties rinkoje susiformavimo

Analizuojant SESV 106(1) str. ir 102 str. bylų praktiką galima pastebėti, kad didžioji dauguma tokių bylų yra susijusios su valstybės sprendimu suteikti atskiriems ūkio subjektams išimtinę teisę veikti rinkoje. Konstatavus išimtinių teisių suteikimą tokiose bylose paprastai daroma prielaida, kad išimtinės teisės sukuria absoliutų barjerą tretiesiems asmenims konkuruoti su nagrinėjamu ūkio subjektu ir natūraliai daroma išvada, kad nagrinėjamas ūkio subjektas užima dominuojančią padėtį atitinkamoje rinkoje. Dėl šios priežasties SESV 106(1) str. ir 102 str. bylose paprastai nerasime tokio išsamaus ūkio subjekto užimamos dominuojančios padėties rinkoje pagrindimo, koks paprastai pateikiamas SESV 102 str. byloje.

Visgi vertinant tokius sprendimo motyvus reikėtų atkreipti dėmesį, kad išimtinių teisių suteikimas nebūtinai gali sutapti su ūkio subjekto dominuojančios padėties sukūrimu, kurios atžvilgiu taikomas SESV 102 str. numatytas draudimas. Valstybės suteikiamų išimtinių teisių apimtis *gali*, tačiau *nebūtinai turi* sutapti su atitinkamoje rinkoje konkuruojančių prekių arba paslaugų apimtimi. Atitinkamai, netgi monopolizavus atitinkamų prekių/pas-

206 ESTT sprendimas byloje Nr. C-27/76, United Brands Company ir United Brands Continentaal BV v Komisija, ECLI:EU:C:1978:22, 65 paragrafas; ESTT sprendimas byloje Nr. C-85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG v Komisija, ECLI:EU:C:1979:36, 38 paragrafas; ESTT sprendimas byloje Nr. C-549/10 P, Tomra ir kiti v Commission, ECLI:EU:C:2012:221, 38-39 paragrafai.

laugų teikimą ir sukūrus absoliutų barjerą teikti *tokias pačias* prekes ar paslaugas visiškai įmanoma, kad išimtinų teisių turėtojas patirtų konkurencinį spaudimą iš *tarpusavyje pa-keičiamų* prekių/paslaugų tiekėjų ir negalės būti laikomas užimančiu dominuojančią padėtį atitinkamoje rinkoje vien dėl išimtinės teisės turėjimo. Savo ruožtu, tokio subjekto atžvilgiu taikomos valstybės priemonės negalės būti vertinamos SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo požiūriu.

Tokios situacijos galimybė ir, atitinkamai, individualios dominuojančios analizės po-reikis buvo konstatuotas ESTT nagrinėtoje *Bodson* byloje²⁰⁷. Šioje byloje *p. Bodson* teigė, kad išimtinę teisę teikti laidojimo paslaugas įvairiose savivaldybėse (komunose) turinti bendrovė užėmė dominuojančią padėtį rinkoje ir piktnaudžiavo dominuojančia padėtimi pažeisdama SESV 102 str. reikalavimus, nustatydamą pernelyg dideles paslaugų kainas²⁰⁸. Visgi tokia išimtinų teisių suteikimo kontekste teismas nurodė, kad bendrovės domi-navimas negali būti preziumuojamas, tačiau turi būti nustatomas konkrečioje atitinkamoje rinkoje konkrečių konkurencijos procesų kontekste:

„[27] *Siekiant įvertinti, ar nagrinėjamoje byloje tokia dominuojanti padėtis egzistuoja, tikslinga nustatyti koncesijas turinčių ūkio subjektų grupės ekonominę galią atitinkamoje rinkoje, tai yra laidojimo paslaugų rinkoje. Kadangi dominuojančios padėties samprata yra susijusi su faktine situacija, taip pat būdina atsižvelgti į nagrinėjamos ūkio subjektų grupės komunose, kurioje ji neturi išimtinų koncesijų, taip pat atsižvelgti į tokios grupės teikiamas paslaugas ir prekes kitokias, nei „išorinės paslaugos“ tokios, kaip pavyzdžiui, gėlių arba paminklų tiekimas, sudarančios dalį „nereguliuojamų paslaugų“²⁰⁹.*

Šiame kontekste pažymėtina, kad *Buendia* ir *Blum* analizuodami teismų praktiką do-minuojančios padėties nustatymo klausimu daro išvadą, kad Europos Sąjungos teismų ir Komisijos praktikoje šis aspektas neretai yra ignoruojamas²¹⁰, o dominuojančios padėties įrodinėjimo standartas, pasak *Buendia*, sumažinamas iki absoliutaus minimumo²¹¹. *Buendia* požiūriu, tokia situacija nėra priimtina koncepciniu požiūriu, tačiau susiklosčiusios praktikos pagrindu reikia pripažinti egzistuojančią prezumpciją, kad išimtinų teisių sutei-kimas sukuria ūkio subjekto dominuojančią padėtį, kuri laikoma teisinga, jeigu atsakovas nepateikia dominuojančią padėtį paneigiančių įrodymų²¹².

207 Tokią poziciją galime pastebėti ir generalinio advokato *Léger* išvadoje *Sydhavnens* byloje (žr ESTT sprendimas byloje Nr. C-209/98, Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) v Københavns Kommune, ECLI:EU:C:2000:279, išvados 71 paragrafas.

208 ESTT sprendimas byloje Nr. 30/87, *Corinne Bodson v SA Pompes funèbres des régions libérées*, ECLI:EU:C:1988:225, 6 paragrafas.

209 *Ibid.*, 27 paragrafas.

210 *Francoise Blum* ir *Anne Logue*, *State Monopolies under EC Law* (Chichester: J. Wiley, 1998), 63.

211 *José Luis Buendia Sierra*, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law: Article 86 (Formerly Article 90) of the EC Treaty*. (Oxford: Oxford University Press on Demand, 1999), 153-156. Žr. taip pat *Francoise Blum* ir *Anne Logue*, *State Monopolies under EC Law* (Chichester: J. Wiley, 1998), 63.

212 *José Luis Buendia Sierra*, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law: Article 86 (Formerly Article 90) of the EC Treaty*. (Oxford: Oxford University Press on Demand, 1999), 155; *Jonathan Faull* ir *Ali Nikpay*, *Faull & Nikpay, the EU Law of Competition*, 3rd edition. ed. (Oxford: Oxford university Press, 2014), 824.

Visgi, autoriaus požiūriu, *Buendia* identifikuojama teisinė problema teismų praktikoje neegzistuoja, todėl poreikio taikyti dominuojančios padėties egzistavimo prezumpcijos nėra poreikio. Šiuo atžvilgiu pirmiausiai pažymėtina, kad dominuojančios padėties pagrindimo trūkumą nulemia aplinkybė, kad praktiškai visa SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo sąlygas aiškinanti teismų praktika yra suformuota prejudiciniais ESTT sprendimais, *preziumuojant* dominuojančios padėties egzistavimą pagal nacionalinio teismo pateiktus klausimus arba pripažįstant dominuojančios padėties nustatymą *fakto* klausimu ir paliekant spęsti dėl konkretaus subjekto dominavimo fakto nacionaliniams teismams.

Analizuojant ESTT sprendimus šiuo požiūriu, galima pastebėti, kad ESTT daro *galutines* išvadas dėl dominuojančios padėties egzistavimo tik tokiais atvejais, kai teismas turi pakankamai duomenų, įgalinančių spęsti dėl atitinkamos rinkos apibrėžimo²¹³. Egzistuojant tokiems faktiniams bylos duomenims, visiškai natūralu, kad teismo motyvacijoje dominuojančios padėties turėjimas atitinkamoje rinkoje yra susiejamas vien tik su išimtinių teisių suteikimu, neįvardijant jokios papildomos motyvacijos, kadangi išimtinės teisės vien tik pagal savo apibrėžimą nesuponuoja konkurentų galimybės veikti atitinkamoje rinkoje²¹⁴. Visgi tokiose situacijose, kurioje išvada dėl atitinkamos rinkos apibrėžimo ir/ arba dominuojančios padėties rinkoje nėra pakankamai aiški, ESTT savo sprendimuose dažniausiai daro *prielaidą* dėl dominuojančios padėties egzistavimo pateikdamas teismo požiūriu svarbiausius motyvus²¹⁵ ir/ arba nurodo kriterijus, kuriuos turėtų įvertinti nacionalinis teismas nustatydamas dominuojančios padėties egzistavimą²¹⁶, galutinio sprendimo priėmimą palikdamas nacionaliniam teismui. Pastarojo pobūdžio sprendimuose visiškai

213 Šiai kategorijai galima priskirti visus tokius teismų sprendimus, kuriuose pasak *Buendia* pateikiama paviršutinė dominuojančios padėties analizė: ERT v. DEP, ESTT sprendimas byloje Nr. C-260/89, Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE and Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou v Dimotiki Etairia Pliroforissis and Sotirios Kouvelas and Nicolaos Avdellas ir kiti, ECLI:EU:C:1991:254, 31 paragrafas; ESTT sprendimas byloje Nr. C-179/90, *Merci* convenzionali porto di Genova SpA v Siderurgica Gabrielli SpA., ECLI:EU:C:1991:464, 14 paragrafas; ESTT sprendimas byloje Nr. C-18/93, *Corsica Ferries v Corpo dei piloti del porto di Genova*, ECLI:EU:C:1994:195, 39–41 paragrafai; ESTT sprendimas byloje Nr. C-323/93, *Société Civile Agricole du Centre d'Insémination de la Crespelle v Coopérative d'Élevage et d'Insémination Artificielle du Département de la Mayenne*, ECLI:EU:C:1994:368, 17 paragrafas; ESTT sprendimas byloje Nr. C-437/09, *Ag2r Prévoyance v. Beaudout Père Et Fils Sarl*, ECLI:EU:C:2011:112, 67 paragrafas.

214 Analogiškos pozicijos laikėsi generalinis advokatas *Jacobs* savo išvados *Hofner* byloje 324 puslapyje (ESTT sprendimas byloje Nr. C-41/90, *Klaus Höfner ir Fritz Elser v Macrotron GmbH*, ECLI:EU:C:1991:161), žr. taip pat teismo sprendimo 28 paragrafą.

215 Kaip paviršutinė dominuojančios padėties analizė pavyzdį *Buendia* nurodo, pvz., *MOTOE* bylą *Jonathan Faull ir Ali Nikpay, Faull & Nikpay, EU Law of Competition*, 3rd edition. ed. (Oxford: Oxford university Press, 2014), p. 824, 77 išnaša). Visgi *MOTOE* byloje teismas kalba tik apie išvados dėl dominuojančios egzistavimo *galimybę*. Kaip galima suprasti iš teismo paaiškinimo, nepaisant ESTT padarytų išvadų dėl atitinkamos rinkos apibrėžimo galutinį sprendimą dėl atitinkamos rinkos apibrėžimo turėtų priimti nacionalinis teismas. Tokia išvada reiškia, kad ESTT požiūriu būtent nacionalinis teismas turėtų padaryti ir galutinę išvadą dėl dominuojančios padėties nustatymo, kadangi tokia padėtis neišvengiamai yra susijusi su atitinkamos rinkos apibrėžimu, žr. ESTT sprendimą byloje Nr. C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) v Elliniko Dimosio*, ECLI:EU:C:2008:376, 35, 38 paragrafus.

216 ESTT sprendimas byloje Nr. C-209/98, *Entrepreneurforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) v København Kommune*, ECLI:EU:C:2000:279, 57–65 paragrafai.

natūralu, kad ESTT priimamų prejudicinių sprendimų motyvacijoje taip pat nėra pateikiama tokios apimties analizė, kuri įprastai turi būti atliekama nustatant dominuojančios padėties egzistavimą SESV 102 str. taikymo tikslais. Visgi tokios analizės trūkumas ESTT sprendimuose nesuponuoja, kad tokia dominuojančios padėties analizė neturi būti atliekama nacionaliniame teisme nagrinėjamoje byloje.

Tokią poziciją iš dalies patvirtina ir Komisijos bei Europos Sąjungos teismų praktika bylose, kuriose SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimas buvo konstatuotas Komisijos sprendimuose, o Europos Sąjungos teismai vertino tokių Komisijos sprendimų pagrįstumą. Šiuo atžvilgiu pastebėtina, kad *Slovenska posta* byloje Komisija nustatė, kad valstybės suteiktos išimtinės teisės apėmė visas atitinkamai rinkai priskiriamas paslaugas, todėl dominuojančios padėties egzistavimą susiejo išskirtinai su tokių išimtinių teisių egzistavimu²¹⁷. Savo ruožtu, *Greek lignite*²¹⁸ byloje, kurioje išimtinių teisių poveikis nebuvo akivaizdus ginčas dėl dominuojančios padėties egzistavimo rinkoje, savo turiniu atitiko įprastą ginčą dėl dominuojančios padėties egzistavimo, kuris nagrinėjamas SESV 102 str. pagrindu.

3.1.2. Rinkoje užimamos dominuojančios padėties nustatymo laiko momentas

Ūkio subjekto užimama dominuojanti padėtis rinkoje pagal savo esmę yra dinamiškas procesas. Nepriklausomai nuo ūkio subjekto užimamos padėties rinkoje konkrečiu laiku, keičiantis ekonominėms sąlygoms, rinkoje atsirandant naujiems konkurentams, keičiantis vartotojų įpročiam ir t.t., vieni rinkos dalyviai gali prarasti dominuojančią padėtį, o kiti įgyti. Atitinkamai, pripažinus, kad SESV 106(1) str. draudžia valstybei teikti privilegijas tik dominuojančią padėtį rinkoje užimantiems ūkio subjektams, natūraliai kyla klausimas: kokių konkrečiu laiko momentu turėtų būti nustatomas toks dominuojančios padėties turėjimas? Konkrečiai, ar SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo tikslais pažeidimas gali būti įžvelgtas, kai valstybės priemonės suteikiamos dominuojančią padėtį rinkoje *jau turintiems* subjektams, ar visgi pažeidimą galima įžvelgti ir tokiais atvejais, kai valstybės priemonės *naujai sukuria* dominuojančią padėtį arba ūkio subjekto dominuojanti padėtis rinkoje *igyjama tik vėliau*?

Analizę šiuo klausimu tikslinga pradėti nuo antrosios situacijos, t.y., kai dominuojanti padėtis rinkoje susiformuoja kiek vėliau, nei buvo suteiktos valstybės priemonės. Tai galėtų būti, pavyzdžiui, *GB-INNO-BM*²¹⁹ pobūdžio situacija, kada savo kontroliuojam ūkio subjektui valstybė suteikė galimybę nustatyti techninius standartus rinkoje platinamoms prekėms ir autorizuoti tiek savo, tiek konkurentų platinamas prekes. Tokių teisių suteikimo momentu valstybės kontroliuojamas subjektas galėtų neužimti dominuojančios padėties

217 Komisijos sprendimas byloje Nr. 39/568/EEC, European Commission Decision on the Slovakian postal legislation relating to hybrid mail services, 4 C.M.L.R. 13 (2008).

218 Europos Komisijos sprendimas byloje Nr. COMP/B-1/38.700 dėl procedūros pagal EB sutarties 86 straipsnio 3 dalį dėl Graikijos Respublikos įmonei, [2009] 4 C.M.L.R. 11; Bendrojo teismo sprendimas byloje Nr. T-169/08, Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI) v Komisija, ECLI:EU:T:2012:448.; ESTT sprendimas byloje Nr. C-553/12 P, Komisija v. Dimosia Epicheirisi Ilektrismou Ae (DEI) (Greek Lignite), ECLI:EU:C:2014:2083.

219 ESTT sprendimas byloje Nr. C-18/88, Régie Des Télégraphes et des Téléphones v. GB-INNO-BM SA, ECLI:EU:C:1991:474.

rinkoje, tačiau, nuosekliai ribodamas konkurentų veiklą, ūkio subjektas ilgainiui tokią dominuojančią padėtį galėtų įgyti.

Šiuo atveju akivaizdu, kad valstybei suteikus privilegijas dominuojančios padėties atitinkamoje rinkoje *neturinčiam* ūkio subjektui SESV 102 str. efektyvumas nebus sumažintas, kadangi SESV 102 str. yra taikomas tik dominuojančią padėtį rinkoje turintiems subjektams. Atitinkamai, nagrinėjamoje situacijoje kalbėti valstybės priemonių prieštaravimą SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimams *valstybės priemonių suteikimo (interesų konflikto sukūrimo) momentu* nėra įmanoma.

Visgi tokia išvada nereiškia, kad interesų konfliktą sukūrusi valstybės priemonė išliks teisėta SESV 106(1) str. ir 102 str. požiūriu tada, kai susiformuos valstybės kontroliuojamo ūkio subjekto dominuojanti padėtis rinkoje. Šiuo atžvilgiu pastebėtina, kad SESV 106(1) str. numato pareigą valstybėms narėms susilaikyti tiek nuo valstybės priemonių priėmimo, tiek nuo tokių priemonių palaikymo („*nepriima naujų priemonių ir nepalieka galiojančiųjų*“²²⁰). Todėl šis straipsnis sukuria valstybėms narėms *tęstinę pareigą* šalinti iš teisinės visos valstybės priemones, mažinančias SESV 102 str. efektyvumą, nepriklausomai nuo to, kad tokios valstybės priemonės atsiradimo momentu nagrinėjama valstybės priemonė neturėjo poveikio SESV 102 str. efektyvumui. Toks reglamentavimas reiškia, kad valstybės priemonės atitikimas SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimams yra vertinamas *kiekvieniu konkrečiu laiko* momentu (ne priemonės sukūrimo momentu), o kiekviena *istoriškai* teisėta valstybės priemonė turi potencialą pažeisti SESV 106(1) str. reikalavimus pasikeitus rinkoje egzistuojančioms sąlygoms²²¹. Šiuo požiūriu tokia pozicija visiškai atitinka SESV 102 str. kontekste taikomą taisyklę, kad tie patys veiksmai, kurie buvo teisėti ūkio subjektui neužimant dominuojančios padėties gali tapti neteisėtais tuomet, kai ūkio subjektas tokią dominuojančią padėtį įgyja (pvz. lojalumo nuolaidų taikymas yra teisėtas ūkio subjektui neužimant dominuojančios padėties, tačiau tampa neteisėtas, tokią dominuojančią padėtį įgijus).

Tokių išvadų kontekste galima sugrįžti prie pirmosios situacijos, t.y. atvejo, kai valstybės intervencija į rinką yra tokia intensyvi, kad išimtinės teisės *nedelsiant* sukuria ūkio subjekto dominuojančią padėtį rinkoje. Tai galėtų būti jau nagrinėta situacija, kada valstybė nusprendžia padėti savo kontroliuojam subjektui įsitvirtinti rinkoje, tačiau pagalbą suteikia *ne įrankiu*, leidžiančiu susikurti dominuojančią padėtį, tačiau tiesiogiai *garantuojant* norimą rezultatą – uždraudžiant kitiems subjektams veikti atitinkamoje rinkoje.

Autoriaus įsitikinimu, koncepciniu požiūriu tokia situacija yra analogiška anksčiau nagrinėtai situacijai, kada specialų santykį su valstybe turintis ūkio subjektas dominuojančią padėtį rinkoje įgyja pamažu. Šiuo atžvilgiu valstybės sprendimas *suteikti* savo kontroliuojam subjektui išimtinę teisę veikti rinkoje („*nepriima naujų priemonių*“) bus teisėtas, kadangi tokiais veiksmais valstybė nesumažino SESV 102 str. efektyvumo atsižvelgiant į tai, kad šis straipsnis iki valstybės intervencijos negalėjo būti taikomas valstybės kontroliuojamo ūkio subjekto atžvilgiu. Visgi valstybei suteikus išimtinės teises prasidės grandinė reakcija: išimtinės teisės sukurs dominuojančią padėtį, įgalinančią taikyti SESV 102 str.

220 SESV 106(1) str.

221 Su tokia pozicija sutinka ir pvz. Monti (Giorgio Monti, *EC Competition Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 449.) ar Manaridou (Eleni Manaridou, "The Greek Lignite Case: A (Questionable) Victory of The "Effects Theory.", *European Law Review* 40, June (2015): 430).

išimtinų teisių turėtojo atžvilgiu, tuomet išimtinės teisės pradės veikti kaip *dirbtinė* priemonė, padedanti apsaugoti tokią dominuojančią padėtį, ir riboti SESV 102 str. efektyvumą, o SESV 106(1) str. pradės reikalauti pašalinti („nepalieka galiojančiųjų“) tokias teises iš teisinės sistemos. Visa ši grandininė reakcija įvyks išimtinų teisių priėmimo momentu, todėl praktiniu požiūriu galima laikytis pozicijos, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. numato draudimą valstybės priemonėmis sukurti ūkio subjektui *naują* dominuojančią padėtį, kas praktikoje dažniausiai bus išreiškiama išimtinų teisių suteikimu.

Tokias išvadas patvirtina pakankamai gausi SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo praktika bylose, kuriose buvo vertinamas *išimtinų teisių suteikimo* atitikimas SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimams, nepaisant to, kad byloje nebuvo jokių duomenų apie tai, kad *išimtinų teisių suteikimo momentu* toks subjektas jau anksčiau užėmė dominuojančią padėtį rinkoje. Tokios praktikos pavyzdžiais galima įvardinti ESTT sprendimus *Hofner*²²², *Sydhavens*²²³ ar *Dusseldorp*²²⁴ bylas, kuriose ūkio subjektų dominuojančios padėties egzistavimas (susikūrimas) buvo kildinamas iš toks pačios valstybės priemonės, kurios teisėtumas buvo vertinamas SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo tikslais.

Apibendrinant šiame poskyryje išdėstytus argumentus, galima išskirti kelias taisykles, susijusias su dominuojančios padėties įrodinėjimu SESV 106(1) str. ir 102 str. bylose:

- (i) SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo tikslais būtina nustatyti, kad valstybės priemonių adresatas yra dominuojančią padėtį rinkoje užimantis ūkio subjektas. Tokios dominuojančios padėties turėjimas nustatomas taikant analogiškus kriterijus ir metodologiją, kuri taikoma identifikuojant ūkio subjekto dominuojančią padėtį SESV 102 str. taikymo tikslais;
- (ii) Praktikoje dominuojančios padėties egzistavimas SESV 106(1) str. ir 102 str. bylose labai dažnai kildinamas iš valstybės suteiktų *išimtinų* teisių užsiimti tam tikra veikla. Visgi išimtinų teisių turėjimas negali būti sutapatinamas su rinkoje užimama dominuojančia padėtimi. Valstybės suteikiamų išimtinų teisių apimtis *gali*, tačiau *nebūtinai turi* sutapti su atitinkamoje rinkoje konkuruojančių prekių arba paslaugų apimtimi. Atitinkamai, netgi monopolizavus atitinkamų prekių/paslaugų teikimą ir sukūrus absoliutų barjerą teikti *tokias pačias* prekes ar paslaugas įmanoma, kad išimtinų teisių turėtojas patirtų konkurencinį spaudimą iš *tarpusavyje pakeičiamų* prekių/paslaugų tiekėjų ir negalės būti laikomas užimančiu dominuojančią padėtį atitinkamoje rinkoje vien dėl išimtinės teisės turėjimo;
- (iii) SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalauja vertinti valstybės priemonės atitikimą šių straipsnių reikalavimams *kiekvieniu konkrečiu* laiko momentu, todėl *istoriškai* teisėtos valstybės priemonės suteiktos nedominuojančiam ūkio subjektui *tampa neteisėtomis* tokiai dominuojančiai padėčiai susiformavus;

222 ESTT sprendimas byloje Nr. C-41/90, Klaus Höfner ir Fritz Elser v Macrotron GmbH, ECLI:EU:C:1991:161.

223 ESTT sprendimas byloje Nr. C-209/98, Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) v København Kommune, ECLI:EU:C:2000:279, 64-65, 82-83 paragrafai.

224 ESTT sprendimas byloje Nr. C-203/96, Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV ir kiti v Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, ECLI:EU:C:1998:316, 58-60, 68 paragrafai.

- (iv) SESV 106(1) str. ir 102 str. numatytas draudimas taikomas tiek priemonėms, kurios teikiamos dominuojančią padėtį rinkoje *jau turintiems* ūkio subjektams, tiek priemonėms, kurios *naujai sukuria* ūkio subjekto dominuojančią padėtį atitinkamoje rinkoje.

3.2. Poveikio prekybai tarp valstybių narių nustatymas

SESV 102 str. formuluotė suponuoja, kad ūkio subjekto piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi įmanomas tik tada, jeigu ūkio subjekto dominuojanti padėtis apima pakankamai reikšmingą vidaus rinkos dalį, o piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi veiksmai turi poveikį prekybai tarp valstybių narių:

„Kaip nesuderinamas su vidaus rinka draudžiamas bet koks vienos ar keleto įmonių piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi vidaus rinkoje arba didelėje jos dalyje, galintis paveikti valstybių narių tarpusavio prekybą.“

Kadangi SESV 106(1) str. yra siejamas su SESV 102 str. veiksmingumo sumažinimu valstybės priemonėmis, dominuojančios padėties reikšmingumo vidaus rinkos atžvilgiu ir poveikio prekybai tarp valstybės narių kriterijai natūraliai tampa sudėtinė SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo sudėties dalimi ir turi būti įrodinėjami kiekvienoje konkrečioje byloje. Visgi šių kriterijaus taikymas SESV 106(1) str. ir 102 str. požiūriu yra analogiškas tokių kriterijaus įrodinėjimui SESV 101 str. ar SESV 102 str. byloje, todėl šio teisinio kriterijaus reikšmė disertacijoje išsamiau nėra nagrinėjama.

Šiuo atžvilgiu tik būtina atkreipti dėmesį, kad dominuojanti padėtis, apimanti vienos Europos Sąjungos valstybės narės teritoriją arba netgi atskirą valstybės narės teritoriją, gali būti pripažįstama apimanti reikšmingą vidaus rinkos dalį²²⁵. Savo ruožtu, poveikis prekybai tarp valstybių narių gali būti tiek realiai egzistuojantis, tiek potencialus, tačiau kartu jis negali būti tik hipotetinis ir turi būti pakankamai *reikšmingas*²²⁶. Toks dominuojančios padėties apimties *reikšmingumo* ir *reikšmingo* poveikio prekybai tarp valstybių narių kriterijai atriboja Europos Sąjungos teisės ir nacionalinės teisės jurisdikcijas ir veikia kaip savotiškas *de minimis* SESV 106(1) str. ir 102 str. byloje.

3.3. Piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi draudimo veiksmingumą mažinančių valstybės veiksmų formos

Aukščiau apibūdintų kriterijų pagrindu konstatavus galimybę įrodinėti SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą būtina nustatyti, kad konkrečios valstybės priemonės galėjo sumažinti

225 Žr. 94/119/EEC, European Commission Decision concerning a refusal to grant access to the facilities of the port of Rødby (Denmark), O.L. L 055, 52 – 57 (1994), 8, 17 paragrafai; ESTT sprendimas byloje Nr. C-323/93, Société Civile Agricole du Centre d'Insémination de la Crespelle v Coopérative d'Élevage et d'Insémination Artificielle du Département de la Mayenne, ECLI:EU:C:1994:368, 17 paragrafas.

226 Plačiau dėl tokio kriterijaus turinio žr. 2004-04-27 Komisijos pranešimas, Gairės dėl poveikio prekybai tarp valstybių narių sampratos taikant sutarties 81 ir 82 straipsnius, O.L. C 101, 2004 4 27, P. 81—96.

SESV 102 str. veiksmingumą. Kaip minėta, paprastai tokios pasekmės siejamos su situacijomis, kai valstybė:

- (i) *verčia* ūkio subjektus atlikti piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi veiksmus;
- (ii) *skatina* ūkio subjektus piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi; arba
- (iii) *sukuria pasekmes*, kurias ūkio subjektas būtų galėjęs pasiekti tik atlikdamas piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi veiksmus.

Kiekviena aukščiau nurodytų situacijų bus aptarta tolesniuose disertacijos skyriuose aptariant institucijų praktikoje susiformavusias teorijas, paaiškinančias, kaip reikėtų vertinti valstybės priemonėmis sukuriama poveikį SESV 102 str. veiksmingumui. Šiuo požiūriu pirmiausiai bus aptariama veiksmų teorija, kuri įgalina valstybės atsakomybės klausimą kelti tuomet, jeigu valstybė tiesiogiai *įpareigoja* arba *skatina* ūkio subjektus atlikti piktnaudžiavimo veiksmus. Vėliau bus aptariamos struktūrinio pažeidimo teorijai *paprastai* priskiriamos situacijos, kai valstybės priemonėmis sukuriamas toks rezultatas, kurį ūkio subjektas būtų galėjęs pasiekti tik atlikdamas SESV 102 str. pažeidimą sudarančius veiksmus.

3.3.1. Veiksmų teorija: vertimas piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi

Pirmoji kategorija SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą sudarančių valstybės priemonių galėtų būti siejama su valstybės veiksmais, kurie „legalizuoja“ SESV 102 str. pažeidimą sudarančius veiksmus. Šiuo požiūriu reikia pripažinti, kad SESV 102 str. pažeidimą sudarančių veiksmų legalizavimas *de jure* yra neįmanomas, kadangi valstybės narės neturi galimybės pakeisti Europos Sąjungos teisės aktų apimties nacionalinės teisės priemonėmis. Kita vertus, valstybės narės visuomet gali pasiekti analogišką rezultatą priimdamos nacionalinio pobūdžio teisės aktus, kuriais ūkio subjektai įpareigojami atlikti veiksmus, kurie įprastai būtų laikomi SESV 102 str. pažeidimu. Šiuo atžvilgiu *de facto* veiksmų legalizavimo galimybė yra siejama su tuo, kad SESV 102 str. taikymo tikslais būtina nustatyti ūkio subjekto *veiksmus*, o 102 str. pažeidimas gali būti konstatuotas tik tokių veiksmų atžvilgiu, dėl kurių vykdymo ūkio subjektas turėjo galimybę pasirinkti²²⁷:

„<...> [SESV 101 str.] ir [SESV 102 str.] taikomi tik tokių konkurencijų ribojančių veiksmų atžvilgiu, kuriuos ūkio subjektai atlieka savo iniciatyva. Jeigu ūkio subjektų konkurencijų ribojančių veiksmų atlikimo reikalauja nacionalinė teisė arba jeigu nacionalinė teisė sukuria tokią teisinę aplinką, kurioje pašalinama bet kokia ūkio subjekto galimybė atlikti konkurencingus veiksmus, [SESV 101 str.] ir [SESV 102 str.] nėra taikomi. Tokiose situacijose konkurencijos apribojimas nėra priskiriamas, kaip reikalaujama šiomis teisės normomis, autonomiam ūkio subjektų elgesiui.“²²⁸

227 ESTT sprendimas byloje Nr. C-18/88, Régie Des Télégraphes et des Téléphones v. GB-INNO-BM SA, ECLI:EU:C:1991:474, 20 paragrafas; ESTT sprendimas byloje Nr. C-202/88, Prancūzija v. Komisija (Telekomunikacijų galinių įrenginių byla), ECLI:EU:C:1991:120, 55 paragrafas; ESTT sprendimas byloje Nr. C-359/95 P Ir C-379/95 P, Komisija ir Prancūzija v Ladbroke Racing Ltd., ECLI:EU:C:1997:531 (1997), 33 paragrafas.

228 Sprendimas sujungtose bylose Nr. T-191/98, Nr. T-212/98, Nr. T-213/98 ir Nr. T-214/98, Atlantic Container Line ir kiti v Commission, ECLI:EU:T:2003:245, 1130 paragrafas.

Įprastais SESV 102 str. taikymo atvejais tokios teisinės taisyklės taikymas yra visiškai racionalus ir grindžiamas prielaida, kad teisės aktai negali sukurti teisinio elgesio taisyklės, kurios įgyvendinti objektyviai yra neįmanoma. Visgi, kada kalbame apie ūkio subjektus, turinčius specialų santykį su valstybe, aukščiau nurodytų teisinių taisyklių egzistavimas sukuria reikšmingas paskatas piktnaudžiauti. Šiuo atžvilgiu, siekdamas atlikti konkurenciją ribojančius veiksmus ir suvokdamas savo veiksmų prieštaravimą SESV 102 str. reikalavimams, ūkio subjektas gali paprašyti valstybės išduoti individualų leidimą tokių veiksmų atlikimui, pasireiškiantį valstybės įpareigojimu atlikti ūkio subjekto pageidaujamus veiksmus, arba perimant sprendimų priėmimą savo atsakomybėn ir užtikrinant ūkio subjekto pageidaujamo turinio sprendimą. Tokiu būdu įtraukdamas valstybę į „sąmokslą“ ūkio subjektas turi galimybę pasiekti savo tikslus ir kartu išvengti atsakomybės SESV 102 str. pagrindu²²⁹.

Kaip pažymi *Buendia*, dėl tokių valstybės priemonių prieštaravimo SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimams istoriškai kilo mažiausiai diskusijų²³⁰. Šiuo atžvilgiu buvo vadovaujama prielaida, kad kilus konkurenciją ribojančioms pasekmėms kažkas turi priimti atsakomybę už tokių pasekmių kilimą. Kadangi šiuo atžvilgiu nėra korektiška reikalauti ūkio subjekto atsakomybės, atsakomybę už kilusias pasekmes (ir atitinkamai SESV 102 str. efektyvumo sumažinimą) SESV 106(1) str. ir 102 str. pagrindu privalo prisiimti tokių veiksmų „architektas“, t.y. valstybė. Savo ruožtu, toks požiūris į SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymą suformavo *veiksmų teoriją*, teigiančią, kad įrodinėjant SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą reikia įrodyti visus SESV 102 str. pažeidimo sudėtį sudarančius elementus, išskyrus dominuojančio ūkio subjekto veiksmų autonomiją²³¹.

Analizuojant SESV 106(1) str. ir 102 str. praktiką šios kategorijos bylose galima pastebėti, kad absoliuti dauguma bylų, kuriose ūkio subjektas įpareigojamas atlikti SESV 102 str. pažeidimą sudarančius veiksmus, yra susiję ūkio subjektų taikomomis prekių ir/ar paslaugų kainomis. Šiuo atžvilgiu būtina atkreipti dėmesį į sprendimus *Bodson*²³², *Corsica Ferries*²³³ ir *Brussels Airport (Zaventem)*²³⁴ bylose, kuriose SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimas buvo siejamas su valstybės veiksmais, įpareigojant ūkio subjektus taikyti tokią kainodarą, kurią įprastu atveju būtų galima laikyti pernelyg didelių kainų taikymu arba ūkio subjekto taikomomis diskriminacinėmis kainomis.

Kaip minėta, *Bodson* byloje 1988 m. buvo *inter alia* spendžiamas klausimas dėl koncesijos sutarčių pagrindu teikiamų laidojimo paslaugų pernelyg didelių kainų. Analizuoda-

229 Šiame kontekste galima pastebėti, kad tokia praktika yra įsigalėjusi Lietuvos teisinėje sistemoje, priimančios įstatymo ar Lietuvos Respublikos Vyriausybės nutarimo lygmens teisės aktus, kurių teisėtumo vertinimo atžvilgiu Lietuvos Respublikos konkurencijos tarybos kompetencija yra pakankamai ribota, o tokių teisės aktų nugalinėjimas teismine tvarka yra pakankamai sudėtingas.

230 José Luis Buendia Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law: Article 86 (Formerly Article 90) of the EC Treaty*. (Oxford: Oxford University Press on Demand, 1999), 152.

231 *Ibid.*, 152, 153.

232 ESTT sprendimas byloje Nr. 30/87, *Corinne Bodson v SA Pompes funèbres des régions libérées*, ECLI:EU:C:1988:225.

233 ESTT sprendimas byloje Nr. C-18/93, *Corsica Ferries v Corpo dei piloti del porto di Genova*, ECLI:EU:C:1994:195.

234 1995 m. birželio 28 d. Komisijos sprendimas Nr. 95/364/EC dėl procedūrų pagal sutarties 90(3) straipsnį (Briuselio Nacionalinis Oro Uostas (Zaventem)), OJ L 216, 12/09/1995 P. 8 - 14.

mas tokių kainų pagrįstumą ESTT nurodė, kad pernelyg didelių kainų taikymas gali būti laikomas SESV 102 str. pažeidimu, ir atskleidė tokio pažeidimo identifikavimui aktualius kriterijus. Visgi kartu teismas pastebėjo, kad nacionaliniams teismui nustačius, kad vietos savivaldos institucijos „*padeda koncesijas turintiems ūkio subjektams taikyti nesąžiningas kainas įpareigojant taikyti tokias kainas, kaip vieną iš sąlygų sudarant koncesijos sutartį*“, tokia situacija turėtų būti vertinama, kaip SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimas²³⁵.

Corsica Ferries byloje 1994 m. buvo sprendžiamas klausimas dėl ūkio subjektų taikomų diskriminacinių kainų, kurias buvo patvirtinusios valstybinės valdžios institucijos. Nagrinėjamoje byloje buvo nustatyta, kad galiojantys teisės aktai numatė įpareigojimą į Genujos uostą Italijoje atplaukiantiems laivams pirkti licencijuotų bendrovių teikiamas pilotavimo paslaugas. Tokių paslaugų kainas paskaičiuodavo pačios pilotavimo bendrovės ir pateikdavo valstybės valdžios institucijoms, kurios savo ruožtu tokias kainas apsvarstydavo pasikonsultuodamos su kitais rinkos dalyviais ir formaliai patvirtindavo teisės aktu suteikdamos tokioms kainoms privalomą pobūdį. Nagrinėjamoje byloje ginčas kilo tuomet, kai valstybės institucijos patvirtino tokias paslaugų kainas, kurios suteikė akivaizdų pranašumą Italijoje registruotiems laivams. Analizuodamas susidariusią situaciją ESTT nurodė, kad valstybė pažeidė SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimus, kadangi „*patvirtindama ūkio subjekto priimtus tarifus, valstybė skatina jį piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi inter alia taikant skirtingas sąlygas lygiaverčiams sandoriams sudaromais su savo verslo partneriais [SESV 102(c) str.] taikymo prasme*“²³⁶. Šiuo atžvilgiu pastebėtina, kad netgi specialių tarifų taikymo iniciatyvai kilus iš laivybos bendrovių, patvirtinus šiuos tarifus teisės aktais tokie tarifai tapdavo privalomi ir įpareigodavo laivybos bendroves tokių laikytis. Atitinkamai, toks tarifų patvirtinimas valstybės aktais šalino bendrovių atsakomybę SESV 102 str. pagrindu, tačiau sukūrė valstybės atsakomybę SESV 106(1) str. pagrindu.

1995 m. *Brussels Airport (Zaventem)*²³⁷ byloje Komisija nagrinėjo situaciją, susijusią su Briuselio oro uoste taikomais paslaugų mokesčiais. Bylos nagrinėjimo metu buvo nustatyta, kad Briuselio oro uostas taikė diskriminacinio pobūdžio oro uosto mokesčius, kurie galėjo būti vertinami kaip SESV 102(c) str. numatyto pobūdžio pažeidimas. Visgi Komisija atkreipė dėmesį, kad tokie diskriminacinio pobūdžio mokesčiai buvo nustatyti valdžios institucijos aktu ir oro uosto valdytojas negalėjo daryti įtakos tokių tarifų dydžiui. Atitinkamai, Komisija SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą susiejo su oro uosto mokesčius patvirtinusio teisės akto priėmimu nurodydama, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. yra pažeidžiami tuomet, kai valstybė „*reikalauja, kad ūkio subjektas išnaudotų savo dominuojančią padėtį piktnaudžiavimo tikslais taikydamas savo verslo partneriams skirtingas sąlygas sudarant lygiaverčius sandorius [SESV 102 str.] antrojo paragrafo (c) dalies taikymo prasme*“²³⁸.

235 ESTT sprendimas byloje Nr. 30/87, Corinne Bodson v SA Pompes funèbres des régions libérées, ECLI:EU:C:1988:225, 33-34 paragrafai.

236 ESTT sprendimas byloje Nr. C-18/93, Corsica Ferries v Corpo dei piloti del porto di Genova, ECLI:EU:C:1994:195, 43-45 paragrafai.

237 1995 m. birželio 28 d. Komisijos sprendimas Nr. 95/364/EC dėl procedūrų pagal sutarties 90(3) straipsnį (Briuselio Nacionalinis Oro Uostas (Zaventem)), OJ L 216, 12/09/1995 P. 8 - 14.

238 *Ibid.*, 1, 13-15 paragrafai.

Sprendžiant iš aukščiau pateiktų pavyzdžių galima daryti išvadą, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. numatytą pažeidimą galima įžvelgti visose situacijose, kuriose *vienintelė* priežastis sulaikanti nuo SESV 102 str. pažeidimo konstatavimo yra susijusi su tuo, kad nagrinėjamus veiksmus nulėmė valstybės institucijos priimti sprendimai. Atitinkamai, SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo logika suponuoja, kad tokiais atvejais, kai valstybė pradeda dalyvauti „suokalbyje“ su specialų santykį su valstybe turinčiais ūkio subjektais nustatant prekių ar paslaugų platinimo sąlygas ar priimant kitus verslo sprendimus, pareiga laikytis SESV 102 str. reikalavimų neišnyksta – tokia pareiga tiesiog perkeliama valstybės institucijoms.

Šiuo atžvilgiu pastebėtina, kad praktinėse situacijose valstybės dalyvavimas *de facto* legalizuojant SESV 102 str. pažeidimą sudarančius veiksmus neturėtų būti suvokiama kaip labai išskirtinė ir praktikoje retai pasitaikanti situacija. Kaip minėta ankstesniame disertacijos poskyryje, specialų santykį su valstybe turinčiais subjektais yra laikomi ne tik valstybės ūkio subjektai, tačiau ir tokie subjektai, kurie turi specialiąsias ar išimtines teises suteiktas tiek objektyvių, tiek subjektyvių kriterijų pagrindu. Šiuos kriterijus atitiks pakankamai reikšmingas ūkio subjektų skaičius, kurių veiklos atžvilgiu valstybė įprastai yra linkusi vykdyti veiklos reguliavimo veiklą. Tokiai kategorijai asmenų pirmiausiai galima priskirti daugelį subjektų, kurie veikia energetikos, pašto ir telekomunikacijų verslo sektoriuose, kurių veiklos kontrolės atžvilgiu valstybė yra sukūrusi nepriklausomas reguliavimo institucijas, tvirtinančias tokių subjektų taikomus paslaugų tarifus ir/ar prekių ar paslaugų teikimo sąlygas. Tokių subjektų kategoriją taip pat reikšmingai papildys įvairios valstybės kontroliuojamos bendrovės (pvz. autobusų parkai, šilumos energijos tiekimo bendrovės), kurių taikomų paslaugų sąlygas arba prekių ar paslaugų kainas paprastai tvirtina tokių subjektų steigėjas priimdamas teisės aktus.

3.3.2. Veiksmų teorija: skatinimas piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi

Aukščiau nurodyta pažeidimų kategorija buvo siejama su tokiais veiksmais, kuriais valstybė *de facto* legalizuoja SESV 102 str. pažeidimą kartu perimdama atsakomybę už tokius veiksmus sukurtas neteistas pasekmes. Visgi praktinėse situacijose valstybės vaidmuo prisidedant prie SESV 102 str. pažeidimo gali būti mažiau intensyvus ir pasireikšti *skatinimu* atlikti SESV 102 str. pažeidimą sudarančius veiksmus. Toks valstybės *skatinimas* gali pasireikšti labai įvairiomis formomis (nuo teisės aktų priėmimo iki žodinių pareiškimų) ir skirtingu valstybės spaudimo intensyvumu (nuo rekomendacijų iki spaudimo atlikti konkrečius veiksmus)²³⁹. Visgi šiai kategorijai priskiriamų pažeidimų *skatinimo* savybė yra ta, kad valstybės institucija skatina atlikti *konkrečius SESV 102 str. pažeidimą sudarančius*

239 Lietuvos teisiniame kontekste tokio skatinimo puikus pavyzdys yra Konkurencijos tarybos nagrinėta *Ortopedininkų* byla, kurioje ūkio subjektai sudarė konkurenciją ribojantį susitarimą valstybės institucijai skatinant ir aktyviai prisidedant prie to, kad konkurentai susidartų tarpusavyje dėl metodologijos, kaip valstybė turėtų sumokėti už jų teikiamas paslaugas. Žr. ("2011-01-20 Konkurencijos tarybos nutarimas Nr. 2S-2 „Dėl ūkio subjektų, užsiimančių ortopedinių techninių priemonių gamyba ir prekyba, ir jų asociacijų veiksmų atitikties Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymo 5 straipsnio ir sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo 101 straipsnio reikalavimams ir dėl Valstybinės ligonių kasos prie Sveikatos apsaugos ministerijos veiksmų atitikties Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymo 4 straipsnio reikalavimams“).

veiksmus, tačiau tokio skatinimo kontekste ūkio subjektas išlaiko galimybę savarankiškai apsispręsti ar pasiduoti tokiam valstybės *skatinimui* ir atlikti valstybės siūlomus/reikalaujamus veiksmus.

SESV 102 str. taikymo požiūriu, susiklosčius tokiai skatinimo situacijai, ūkio subjektas išlieka atsakingas už savo veiksmis padarytus SESV 102 str. pažeidimus:

„*jeigu nacionalinė teisė tiesiog leidžia, skatina ar palengvina ūkio subjektams galimybę vykdyti autonomiškus konkurenciją ribojančius veiksmus, tokių subjektų atžvilgiu išlieka galimybė taikyti Sutartyje numatytas konkurencijos taisykles.*“²⁴⁰

Visgi šiuo atveju išlieka klausimas, ar tokioje situacijoje atsakomybę taip pat turėtų priimti valstybė, skatinusi padaryti tokį pažeidimą? Konceptiniu požiūriu valstybių narių atsakomybė SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo tikslais gali kilti tuomet, kai valstybė sumažina SESV 102 str. veiksmingumą. Atitinkamai, vertinant valstybės atsakomybės teisinius pagrindus tokioje situacijoje turėtų būti keliamas klausimas dėl to, kaip konkrečiai turėtų būti suvokiamas SESV 102 str. „*veiksmingumo sumažinimas*“ SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo kontekste?

Viena vertus, toks „*efektyvumo sumažinimas*“ galėtų būti siejamas tik su tokiais valstybės veiksmis, kurie pašalina galimybę taikyti SESV 102 str. vertinant konkrečius ūkio subjektų veiksmų teisėtumą. Vadovaujantis tokiu požiūriu valstybės atsakomybės už *skatinimą* atlikti SESV 102 str. pažeidimą išvengtume, kadangi ūkio subjektui išlaikant veiksmų laisvę valstybė nesukuria jokių teisinių kliūčių pripažinti ūkio subjekto atliekamus veiksmus SESV 102 str. pažeidimu. Kita vertus, įmanoma ir platesnė „*efektyvumo sumažinimo*“ interpretacija grindžiama idėja, kad SESV 102 str. įgyvendina dvejopus tikslus: pirmiausiai šiuo straipsniu siekiama *atgrasyti* ūkio subjektus nuo piktnaudžiavimo veiksmų atlikimo (prevencinė funkcija) ir tik tuomet *nubausti* SESV 102 str. reikalavimų nepaisančius ūkio subjektus (baudimo funkcija). Vadovaujantis šiuo požiūriu valstybės atsakomybė už *skatinimą* atlikti SESV 102 str. pažeidimą sudarančius veiksmus tampa įmanoma atsižvelgiant į tai, kad skatindama atlikti konkrečius veiksmus valstybė mažina SESV 102 str. numatyto draudimo prevencinę galią.

Principinis atsakymas šiuo klausimu buvo pateiktas 1989 str. nagrinėtoje *Ahmeed Saeed* byloje, kurioje ESTT konkrečiai pažymėjo, kad SESV 106(1) str. draudžia tiek *patvirtinti* SESV 101 ar 102 str. pažeidimą sudarančių susitarimų rezultatus, tiek *skatinti* tokių susitarimų sudarymą²⁴¹. Toks teismo sprendimas buvo patvirtintas daugelyje vėlesnių precedentų ir suponuoja, kad aiškinant „*efektyvumo sumažinimo*“ sampratą SESV 106(1) str. taikymo tikslais turėtume vadovautis platesniu požiūriu ir valstybės atsakomybės kilimą susieti tiek valstybės kludymu pritaikyti SESV 102 str. konkrečioje situacijoje, tiek skatinimu atlikti SESV 102 str. pažeidimą sudarančius veiksmus.

240 Bendrojo teismo sprendimas sujungtose bylose Nr. T-191/98, Nr. T-212/98, Nr. T-213/98 ir Nr. T-214/98, *Atlantic Container Line ir kiti v. Commission*, ECLI:EU:T:2003:245, 1130 paragrafas.

241 ESTT sprendimas byloje Nr. 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen and Silver Line Reisebüro GmbH v. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.*, ECLI:EU:C:1989:140, sprendimo rezoliucinės dalies 3 punktą.

Tokia išvada reiškia, kad valstybės *skatinimo* situacijose visuomet galima bus išskirti du savarankiško teisinio vertinimo reikalaujančius epizodus. Pirmiausiai turėtų būti sprendžiamas *ūkio subjekto* atsakomybės klausimas nagrinėjant tokio subjekto padarytų veiksmų atitikimą SESV 102 str. reikalavimus. Savo ruožtu, konstatavus tokio pažeidimo egzistavimą *atskirai* galima kelti klausimą dėl *valstybės atsakomybės* SESV 106(1) str. ir 102 str. pagrindu už ūkio subjekto *skatinimą* atlikti tokius neteisėtus veiksmus. Šiuo atžvilgiu tokį valstybės atsakomybės klausimą kelti tikslinga tiek sprendžiant klausimą dėl neteisėtais valstybės veiksmais sukeltų nuostolių atlyginimo, tiek įpareigojant panaikinti tęstinį poveikį turinčias valstybės priemones (pvz. rekomendacijas).

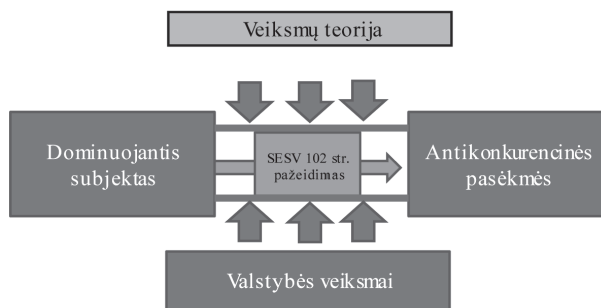
Šiuo atžvilgiu svarbu pastebėti, kad *GB-INNO-BM* byloje ESTT paaiškino, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo tikslais nėra būtina nustatyti realiai įvykusio SESV 102 str. pažeidimo, – šiuo atžvilgiu pakanka tokio pažeidimo rizikos²⁴². Tai reiškia, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. požiūriu įmanoma kelti valstybės atsakomybės klausimą ne tik tuomet, kai ūkio subjektas realiai atlieka valstybės *skatinamus* SESV 102 str. pažeidimą sudarančius veiksmus, tačiau ir kai valstybė savo veiksmais sukuria tokio SESV 102 str. pažeidimo riziką. Praktiniu požiūriu tokia išvada reiškia, kad egzistuojant bet kokios formos valstybės *skatinimui* atlikti SESV 102 str. pažeidimą sudarančius veiksmus nuo tokių veiksmų ateityje galintys nukentėti asmenys turi galimybę reaguoti prevenciškai ir reikalauti pripažinti tokių valstybės veiksmų prieštaravimą SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimams, net jeigu formaliai tokie valstybės veiksmai galėtų būti laikomi nesukeliantiais teisiųjų pasekmių ir pagal nacionalinius teisės aktus negalėtų būti nagrinėjami teismuose.

Apibendrinant šiame poskyryje išdėstytus argumentus galima akcentuoti kelis aspektus, susijusius su veiksmų teorijos taikymu įrodinėjant SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą:

- (i) Veiksmų teorija SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo įrodinėjamą sieja su ūkio subjekto atliekamais veiksmais. Vadovaujantis šia teorija valstybės atsakomybė kyla tuomet, kai valstybė *verčia* arba *skatina* ūkio subjektą atlikti SESV 102 str. pažeidimą sudarančius veiksmus.
- (ii) Veiksmų teorija įgalina vertinti valstybės priemonių teisėtumą pagal SESV 106(1) str. taikant analogišką metodologiją, kuri būti taikoma vertinant valstybės priemonių teisėtumą pagal SESV 102 str.
- (iii) Tokiais atvejais, kai valstybė *verčia* ūkio subjektą pažeisti SESV 102 str. reikalavimus, atsakomybę už tokių veiksmų atlikimą SESV 106(1) str. pagrindu turės prisiimti valstybė.
- (iv) Jeigu valstybė *skatina* ūkio subjektą pažeisti SESV 102 str. reikalavimus, valstybės atsakomybė siejama su SESV 102 str. prevencijos funkcijos susilpninimu. Šiuo atžvilgiu atsakomybė už piktnaudžiavimo veiksmus solidariai tenka valstybei ir ūkio subjektui.
- (v) SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo sudėtis yra formali, todėl kelti valstybės atsakomybės klausimą už *skatinimą* pažeisti 102 str. reikalavimus galima ir tokiais atvejais, kada realūs piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi veiksmai nepasireiškia.

242 ESTT sprendimas byloje Nr. C-18/88, Régie Des Télégraphes et des Téléphones v. GB-Inno-BM SA, ECLI:EU:C:1991:474.

Savo ruožtu, aukščiau išdėstytų argumentų kontekste veiksmų teorijos principinę idėją galima būtų iliustruoti tokia struktūrinė schema:



3.3.3. Struktūrinio pažeidimo teorija: konkurenciją ribojančių pasekmių sukūrimas valstybės priemonėmis

Aukščiau nurodyti SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą sudarantys veiksmai buvo siejami su situacijomis, kuriose valstybė *reikalauja* arba *skatina* atlikti SESV 102 str. pažeidimą sudarančius veiksmus. Tokiose situacijose paprastai galima identifikuoti tiek *ūkio subjekto veiksmus*, sudarančius SESV 102 str. pažeidimą, tiek *į ūkio subjektą nukreiptus valstybės veiksmus*, skatinančius piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi.

Visgi šiame kontekste reikia pripažinti, kad įgyvendindama valstybinės valdžios funkcijas valstybė turi galimybę *priversti* arba *paskatinti* ūkio subjektą atlikti SESV 102 str. pažeidimą savo priemones nukreipdama ne tiek į specialų santykį su valstybe turinčio ūkio subjekto motyvavimą atlikti konkrečius SESV 102 str. pažeidimą sudarančius veiksmus, kiek į tokio ūkio subjekto verslo aplinkos modifikavimą. Šiuo tikslu valstybė gali tiesiog sukurti sistemine problemą rinkos struktūroje, kurioje ūkio subjektas *bus priverstas* pažeisti SESV 102 str. reikalavimus ir/arba *bus skatinamas* pažeisti SESV 102 str. reikalavimus.

Šiuo atžvilgiu galima puikiai įsivaizduoti, kokiais atvejais rinkoje egzistuojanti struktūra *pareikalauja* atlikti SESV 102 str. pažeidimą sudarančius veiksmus – tokiose situacijose ūkio subjektas neturės jokie kito pasirinkimo, kaip tik pažeisti SESV 102 str. reikalavimus (pvz. *Hofner* byloje nagrinėta situacija, kada išimtinių teisių turėtojas nepriklausomai nuo savo efektyvumo negalėjo patenkinti rinkoje egzistuojančios paklausos). Visgi *skatinimo* atlikti SESV 102 str. pažeidimą samprata Europos Sąjungos teisės aktuose yra gerokai labiau neaiški.

Aiškinant „skatinimo“ sąvokos turinį, viena vertus, reikia pripažinti, kad jau vien tik sukurdamas ūkio subjekto dominuojančią padėtį tam tikra prasme valstybė „*skatina*“ piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi: tokiais veiksmais valstybė *naujai* sukuria situaciją, kurioje ūkio subjektas įgyja *galimybę* išnaudoti savo dominuojančią padėtį atliekant piktnaudžiaavimo veiksmus, leidžiančius geriau įsitvirtinti rinkoje. Dėl šios priežasties plačiausiu požiūriu galima pripažinti, kad „skatinimas“ galėtų būti įžvelgiamas tokiose situacijose, kuomet valstybė savo veiksmais padeda ūkio subjektui susikurti dominuojančią padėtį rin-

koje (žr. pvz. *Dusseldorp*²⁴³), kas iš esmės reiškia *per se* išimtinių teisių neteisėtumą (apie tai diskutuojama plačiau tolesniuose šios disertacijos poskyriuose).

Visgi teismų praktikoje gerokai plačiau sutariama, kad „*skatinimas*“ padaryti SESV 102 str. pažeidimą turėtų būti siejamas su tokiais atvejais, kai valstybė sukuria *sistemingą problemą* rinkos struktūroje, dėl kurios specialų santykį su valstybe siejamas ūkio subjektas turi ne tik *galimybę*, tačiau ir *papildomą motyvaciją* atlikti neapibrėžto pobūdžio SESV 102 str. pažeidimus arba tiesiog atsiduria situacijoje, kurioje būtų galėjęs atsirasti tik atlikęs SESV 102 str. pažeidimą sudarančius veiksmus²⁴⁴. Tokios *sisteminės problemos* pobūdis gali būti labai įvairus, tačiau praktikoje paprastai išvelgiamos keturios situacijų grupės, kurių atžvilgiu taikomos specifinės teisinio vertinimo taisyklės: (1) negalėjimas patenkinti paklausos; (2) interesų konflikto situacijos sukūrimas; (3) dominuojančios padėties įtvirtinimas, sustiprinimas ar išplėtimas; ir (4) *per se* išimtinių teisių neteisėtumas. Visos situacijos bus nagrinėjamos tolesniame šios disertacijos skyriuje.

243 ESTT sprendimas byloje Nr. C-203/96, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV ir kiti v Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, ECLI:EU:C:1998:316.

244 Eleni Manaridou, "The Greek Lignite Sprendimas byloje: A (Questionable) Victory of The "Effects Theory," *European Law Review* 40, June (2015): 429-430.

4. ATSKIRŲ PAŽEIDIMO FORMŲ ANALIZĖ

4.1. Negalėjimas patenkinti paklausos

Valstybei nusprendus monopolizuoti atskirų prekių ar paslaugų rinkas, toks sprendimas visuomet sukelia neigiamas pasekmes tiek konkurentams, tiek vartotojams. Dėl valstybės veiksmų konkurentai netenka galimybės veikti atitinkamoje rinkoje, o vartotojai yra priversti pirkti prekes ir paslaugas iš subjektų, turinčių išimtinės teisės nors tokių subjektų siūlomos prekės ir paslaugos nebūtinai gali atitikti konkretaus vartotojo poreikius. Toks vartotojų ir konkurentų interesų pažeidimas ypač išryškėja tuomet, kai valstybė nusprendžia monopolizuoti jau veikiančias rinkas, kuriose rinkos dalyviai jau teikia aukštesnės kokybės prekes ir paslaugas, nei gali pasiūlyti valstybės paskirtas išimtinių teisių turėtojas.

*Sacchi*²⁴⁵ bylos kontekste ilgą laiką buvo neįsivaizduojama, kad Europos Sąjungos konkurencijos teisės taisyklės galėtų būti naudojamos sprendžiant tokių neefektyvių monopolijų egzistavimo klausimą²⁴⁶. Visgi situacija radikalčiai pasikeitė 1991 m. ESTT priėmus sprendimą *Hofner* byloje²⁴⁷, kuriame teismas nedviprasmiškai konstatavo, kad 106(1) ir 102 str. pažeidimu galima pripažinti ir tokias situacijas, kada valstybė suteikia išimtinės teisės ūkio subjektui, kuris negali patenkinti rinkoje egzistuojančios paklausos.

Savo laiku ESTT sprendimas *Hofner* buvo labai progresyvus daugeliu aspektų. Visgi, jame pateiktas 106(1) ir 102 str. pažeidimo sudėties paaiškinimas buvo pakankamai lakoniškas ir neatsakė į esminius pažeidimo įrodinėjimui aktualius klausimus, pvz.:

- (i) ar pažeidimu turėtume pripažinti situacijas, kai (a) išimtinių teisių turėtojas *konkrečiu laiku netenkina ar nenori tenkinti specifinės paklausos*, ar visgi (b) pažeidimas siejamas su išimtinių teisių turėtojo objektyviu *negalėjimu patenkinti* paklausos (t.y. nagrinėjamos paslaugos teikimui egzistuoja objektyvios kliūtys);
- (ii) koks turi būti paklausos nepatenkinimo mastas, t.y. ar reikėtų įrodinėti pažeidimą (a) sprendžiant *individualų* paklausos nepatenkinimo atvejį (pvz. nėra užtikrinama viešojo transporto veikla mažai apgyvendintoje vietovėje), (b) sprendžiant, ar išimtinių teisių turėtojas neužtikrina kokio nors *specifinio paslaugos parametro* (pvz. elektroninių ataskaitų apie pristatytus laiškus nepateikimas²⁴⁸), ar visgi tokia analizė turėtų vertinti (c) bendrą išimtinių teisių turėtojo *visos veiklos efektyvumą*, t.y. pažeidimo nėra, jeigu iš *esmės* išimtinių teisių turėtojas tenkina rinkoje esančią paklausą (pvz. 90% visų atvejų greitoji medicinos pagalba atvažiuoja laiku²⁴⁹);

245 ESTT sprendimas byloje Nr. C-155/73, *The State v. Giuseppe Sacchi*, ECLI:EU:C:1974:40.

246 Tokių monopolijų sukūrimas ir palaikymas buvo laikomas valstybės diskrecija, o bet kokie 102 str. pažeidimą sudarantys veiksmai priskiriami tokių išimtinių teisių turėtoji

247 ESTT sprendimas byloje Nr. C-41/90, *Klaus Höfner ir Fritz Elser v Macrotron GmbH*, ECLI:EU:C:1991:161.

248 Bendrojo teismo sprendimas byloje Nr. T-556/08, *Slovenská pošta v Commission*, ECLI:EU:T:2015:189.

249 ESTT sprendimas byloje Nr. C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz*, ECLI:EU:C:2001:577.

- (iii) kokią įtaką SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimas turi išimtinių teisių egzistavimui, t.y., ar individualios paklausos arba specifinio paslaugos parametro nepatenkinimo atveju teismas turi konstatuoti (a) visos apimties išimtinių teisių neteisėtumą, ar (b) tik tos konkrečios paklausos nepatenkinimo atvejus?

Stebėtina, tačiau nepaisant daugybės kylančių klausimų ir galimybės pakankamai nesudėtingai atpažinti praktines situacijas, kada valstybės paskirtas išimtinių teisių turėtojas nesugeba patenkinti paklausos, „negalėjimo patenkinti paklausos“ bylų analizei doktrinoje yra skiriama išskirtinai mažai dėmesio, paprastai apsiribojant teiginiu, kad tokia pažeidimo sudėtis egzistuoja bei pacituojant *Hofner* sprendime pateiktus teismo išaiškinimus. Tokia situacija reikalauja išsamiau analizuoti teisinius kriterijus, kurie taikomi konstatuojant SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą paklausos nepatenkinimo bylose.

Autoriaus įsitikinimu, šios pažeidimo formos analizės trūkumą doktrinoje reikšmingai lemia negalėjimo patenkinti paklausos bylose pateikiamų sprendimų motyvų lakoniškumas. Iš tiesų, vertinant tik sprendimo priėmimo motyvus, galima susidaryti nuomonę, kad 1991 m. *Hofner* byloje susiformuoti teisinio vertinimo kriterijai išliko absoliučiai nepakitę. Visgi, nagrinėjant kiekvieno sprendimo priėmimo faktines aplinkybes, Komisijos ir generalinių advokatų teikiamų išvadų turinio pokyčius galima daryti pakankamai aiškią išvadą, kad tokia išvada yra klaidinga. *Hofner* byloje suformuluoti teisinio vertinimo kriterijai savo išorine forma liko nepakitę, tačiau moderniojoje institucijų praktikoje šiems teisiniams kriterijams yra suteikiamas pakankamai skirtingas turinys.

Tokia nagrinėjamo SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo formos specifika (motyvų lakoniškumas) reikalauja tyrimą atlikti plačiai taikant *lyginamąjį istorinį ir apibendrinimo metodus*. Šiuo tikslu disertacijoje pirmiausiai išsamiai analizuojami visi Komisijos ir ESTT sprendimai negalėjimo patenkinti paklausos bylose. Tokios analizės metu identifikuojamos sprendimo priėmimui svarbios faktinės aplinkybės, kurios gali būti reikšmingos atskleidžiant teismo sprendimo motyvų esmę, bei išskiriami Komisijos ar ESTT pateikti paaiškinimai atskirais pažeidimo vertinimo klausimais. Tuo tarpu antruoju etapu disertacijoje institucijų sprendimų motyvai yra sisteminami, siekiant išvelgti nagrinėjamo teisinio reiškimo kitimo tendencijas bei apibrėžti konkrečius teisinio vertinimo kriterijus, kurie turėtų būti taikomi negalėjimo patenkinti paklausos bylose.

Šiame kontekste pastebėtina, kad atliekant analizę buvo pasirinktas ne chronologinis, tačiau institucinis-chronologinis vertinimo metodas (t.y. analizuojama teisinio reiškimo evoliucija atskirai Komisijos ir ESTT praktikoje). Tokio vertinimo metodas buvo pasirinktas atsižvelgiant į tai, kad per visą nagrinėjamo teisinio instituto evoliuciją, pirmasis Komisijos sprendimas SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo byloje susijusioje su negalėjimu patenkinti paklausos, buvo peržiūrėtas teismine tvarka tik 2015 m. priimant sprendimą *Slovenska posta*²⁵⁰ byloje. Iki šio momento Komisijos ir Europos Sąjungos teismų praktika tokio pobūdžio bylose evoliucionavo savarankiškai ir išsiskyrė daugeliu reikšmingų aspektų.

250 ESTT sprendimas byloje Nr. T-556/08, *Slovenská pošta v Commission*, ECLI:EU:T:2015:189.

4.1.1. ESTT pozicija negalėjimo patenkinti paklausos byloje

*Hofner (1991)*²⁵¹. ESTT sprendimas *Hofner* byloje buvo pirmasis ESTT sprendimas, kuriame teismas pritaikė SESV 106(1) str. ir 102 str. vertindamas valstybės suteiktų išimtinių teisių teisėtumą. Šioje byloje ESTT buvo paprašytas įvertinti, ar neprieštarauja *inter alia* SESV 106(1) ir 102 str. Vokietijos sprendimas suteikti *Arbeitsförderungsgesetz* (AFG) išimtinę teisę teikti įdarbinimo paslaugas Vokietijoje. Sprendžiant iš teismo sprendime nurodytų aplinkybių, Vokietijoje buvo susiklosčiusi pakankamai unikali padėtis teikiant įdarbinimo paslaugas. Nepaisant valstybės sprendimo suteikti išimtines ir tokių teisių efektyvumą užtikrinančio sankcijų mechanizmo AFG aiškiai nesugebėjo patenkinti rinkos poreikių įdarbinant aukštesnės grandies darbuotojus, savo ribotas galimybes teikti tokio lygmens paslaugas aiškiai deklaravo ir netgi komunikavo rinkos dalyviams, kad AFG neprieštarus išimtinių AFG teisių pažeidinėjimui. Kaip nurodo generalinis advokatas *Jacobs*, tokiu būdu rinkoje susidarė pakankamai keista situacija: viena vertus, tokių subjektų veikla buvo atviraai toleruojama valdžios institucijų, todėl privačios įdarbinimo paslaugas teikiančios agentūros nesusidūrė su grėsme susilaukti baudžiamųjų ar administracinių sankcijų teikiant įdarbinimo paslaugas; kita vertus, formaliai vertinant teisės aktus tokių subjektų veikla išliko neteisėta, todėl įdarbinimo agentūros neturėjo galimybės kreiptis į teismą, prašydamos ginti pagal įdarbinimo paslaugų sutartis įgytų teisių²⁵². Tokios paralelinės „pusiau teisėtos“ rinkos egzistavimo mastą puikiai iliustruoja aplinkybė, kad AFG, nepaisant visų pastangų, sugebėjo tarpininkauti tik ~28% aukštesnės grandies darbuotojų įdarbinimo atvejų, o rinkoje veikė apie 700-800 įdarbinimo paslaugas teikiančių rinkos dalyvių. Visos šios aplinkybės leido spręsti, kad AFG iš esmės netenkina rinkos poreikių ir nebuvo jokios objektyvios priežasties matyti, kad AFG tokius rinkos poreikius galėtų patenkinti kada nors ateityje.

Tokios situacijos kontekste nacionalinis teismas sprendė individualų ir pakankamai siauros apimties ginčą tarp įdarbinimo paslaugas teikusių asmenų p. Hofner ir p. Elser bei jų paslaugas užsakiusios bendrovės *Macrotron*. Konkrečiai, įdarbinimo paslaugų teikėjams pareikalavus užmokesčio už suteiktas įdarbinimo paslaugas, *Macrotron* nurodė, kad įdarbinimo paslaugų teikimas prieštaravo viešajai tvarkai (pažeidė išimtines teises), todėl teismas negali priteisti paslaugų teikėjams priklausančio užmokesčio. Savo ruožtu, p. Hofner ir p. Elser iškėlė klausimą, dėl AFG suteiktos išimtinės teisės atitikimo Europos Sąjungos teisės reikalavimams.

Spręsdamas AFG suteiktų išimtinių teisių teisėtumo klausimą SESV 106(1) str. ir 102 str. pagrindu ESTT turėjo atsakyti į tris esminius klausimus, t.y. (1) ar AFG veiksmai, nepatenkinant rinkoje esančios paklausos, galėtų būti laikomi SESV 102 str. pažeidimu, kurio veiksmingumo mažinimas galėtų implikuoti valstybės atsakomybę pagal SESV 106(1) str.; (2) ar nagrinėjamu atveju paklausos nepatenkinimas buvo pakankamai reikšmingas, kad būtų galima konstatuoti SESV 102 str. pažeidimą; ir (3) koku teisiniu pagrindu atsakomybę už susidariusią situaciją galima būtų priskirti valstybei.

251 ESTT sprendimas byloje Nr. C-41/90, Klaus Höfner and Fritz Elser v Macrotron GmbH, ECLI:EU:C:1991:161.

252 Žr. Generalinio advokato *Jacobs* išvadą, *Ibid*.

Analizuojant šiuos klausimus pirmiausiai reikia atkreipti dėmesį, kad SESV 102 str. prasmė dominavimas nėra laikomas pažeidimu – pažeidimu laikomi tik dominuojančio ūkio subjekto *veiksmi*, kai ūkio subjektas naudojasi dominuojančia padėtimi, siekdamas išstumti iš rinkos konkurentus arba išnaudoti savo klientus. *Hofner* byloje buvo pakankamai akivaizdu, kad AFG neatliko absoliučiai jokių *veiksmų*, kuriuos būtų galima laikyti AFG piktnaudžiavimu dominuojančia padėtimi. Priešingai, – nepaisant valstybės suteiktos išimtinės teisės, AFG aiškiai toleravo turimų išimtinių teisių pažeidimus ir netgi skatino privačius rinkos dalyvius teikti aukštesnės grandies darbuotojų įdarbinimo paslaugas. Natūralu, kad tokioje situacijoje ESTT neturėjo pagrindo pripažinti AFG veiksmų SESV 102 str. pažeidimu. Savo ruožtu, vadovaudamasis ankstesne praktika teismas negalėjo konstatuoti valstybės atsakomybės 106(1) str. pagrindu, kadangi ankstesnėje praktikoje 106(1) str. taikymas iš esmės buvo siejamas su valstybės veiksmiais „legalizuojant“ dominuojančio subjekto *veiksmiais* daromus SESV 102 str. pažeidimus.²⁵³

Visgi *Hofner* bylos kontekstas intuityviai suponavo, kad teisinė problema turėtų egzistuoti. Atitinkamai, buvo ieškoma teisinių instrumentų, leidžiančių tokią situaciją tinkamai kvalifikuoti. Šiuo atžvilgiu Komisija ir generalinis advokatas *Jacobs* pasiūlė pažvelgti į susidariusią situaciją plačiau ir SESV 102 str. taikymo tikslais vertinti ne AFG *veiksmus*, tačiau *bendrais* valstybės ir AFG veiksmiais sukuriamas *pasekmes*. Konkrečiai, Komisijos ir generalinio advokato požiūriu, nagrinėjamoje byloje analizuojamoje rinkoje yra susidariusi *situacija*, kurią pagal ESTT praktiką galėtume laikyti SESV 102 str. pažeidimu, jeigu tokią *situaciją* rinkoje sukeltų privatus subjektas. Šiuo atžvilgiu buvo išvelgta analogija su ESTT sprendimu *Volvo v. Veng*²⁵⁴ byloje, kurioje teismas SESV 102 str. pažeidimu pripažino Volvo veiksmus draudžiant konkurentams gaminti atsargines dalis Volvo automobiliams naudodamasi intelektualinės nuosavybės teisėmis, pačiam tuo pačiu metu sustabdant tokių atsarginių dalių gamybą.

Generalinio advokato teigimu, *Hofner* bylos situacijoje įdarbinimo paslaugų pirkėjas atsiduria identiškoje padėtyje, kurioje atsidūrė Volvo automobilio savininkas norintis, tačiau negalintis įsigyti atsarginių dalių savo automobiliui, t.y. šiuo atveju dėl bendrų valstybės veiksmų, suteikiant išimtines teises ir AFG veiksmų nesugebant patenkinti monopolizuotų paslaugų paklausos, susidaro situacija, kada įdarbinimo paslaugų pageidaujantys klientai negali įsigyti tinkamos kokybės paslaugų iš išimtinių teisių valdytojo (AFG) ir tuo pačiu jiems kliudoma pirkti tokias paslaugas iš kitų subjektų, galinčių tokius poreikius patenkinti. Generalinio advokato teigimu, tokių situacijų panašumas sudaro galimybę identifikuoti bendro pobūdžio taisyklę: jeigu nacionalinė teisė ūkio subjektui suteikia išimtines teises (nepriklausomai nuo to, ar tokia teisė suteikiama patentu, registruoto dizaino ar išimtinių teisių teikti tam tikras prekes ir paslaugas forma) ir toks subjektas neteikia rinkai išimtinėmis teisėmis saugomų prekių ar paslaugų, toks pažeidimas gali būti laikomas SESV 102 str. pažeidimu²⁵⁵.

253 Pvz. ESTT sprendimas byloje Nr. 30/87, *Corinne Bodson v SA Pompes funèbres des régions libérées*, ECLI:EU:C:1988:225.

254 ESTT sprendimas byloje Nr. C-238/87, *AB Volvo v Erik Veng (UK) Ltd.*, ECLI:EU:C:1988:477.

255 Žr. Generalinio advokato *Jacobs* išvadą ESTT byloje Nr. C-41/90, *Klaus Höfner ir Fritz Elser v Macrotron GmbH*, ECLI:EU:C:1991:161. Šiuo atveju gali būti išvelgiama SESV 102(b) str. numatyta piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi forma – gamybos, rinkų arba technikos raidos ribojimas pažeidžiant vartotojų interesus

Tokia SESV 102 str. taikymo sąlygų interpretacija *Hofner* byloje suponavo pakankamai intuityvius atsakymus į likusius klausimus dėl paklausos nepatenkinimo intensyvumo ir priežastinio ryšio tarp valstybės veiksmų bei SESV 102 str. pažeidimo įrodinėjant SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą. Šiuo atžvilgiu *Hofner* nagrinėtos bylos faktinės aplinkybės atspindėjo pakankamai marginalinę situaciją, kada AFG netenkino rinkoje esančios paklausos ir neturėjo perspektyvos patenkinti paklausos kada nors ateityje. Analogiškai marginalinė situacija pasireiškė analizuojant priežastinį ryšį tarp SESV 102(b) str. pažeidimo (gamybos, rinkų arba technikos raidos ribojimas) bei valstybės veiksmų suteikiant išimtinės teises AFG *Hofner* byloje buvo akivaizdu, kad nepriklausomai nuo AFG pastangų, siekiant patenkinti rinkoje egzistuojančią paklausą, tokia paklausa objektyviai negalėjo būti patenkinta, todėl valstybės veiksmai suteikiant išimtinės teises AFG galėjo būti laikomi tiesiogine ir vienintele SESV 102(b) str. numatyto pažeidimo priežastimi.

Priimdamas sprendimą ESTT tiesiogiai nepateikė nuorodų į Komisijos ir generalinio advokato *Jacobs* išvadoje pateiktus argumentus, todėl galima suabejoti, kokia apimtimi teismas su šiais argumentais sutiko priimdamas sprendimą. Visgi ESTT sprendimo motyvacija leidžia susidaryti nuomonę, kad ESTT sprendimas reikšminga dalimi yra grindžiamas Komisijos ir generalinio advokato siūloma pozicija ir paaiškina ESTT motyvų vidinę logiką. Konkrečiai, kalbėdamas apie 106(1) ir 102 str. pažeidimo turinį, teismas nurodė:

„29. <...> vien tik dominuojančios padėties sukūrimas <...> suteikiant [SESV 106(1) str.] numatytas išimtinės teises nepažeidžia [SESV 102 str.] <...> Valstybė narė pažeidžia šiose dvejose normose numatytus apribojimus tik tuomet, jeigu nagrinėjamas ūkio subjektas, vien tik naudodamasis jam suteiktomis išimtinėmis teisėmis, negali išvengti piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi.

30. Vadovaujantis [SESV 102(b) str.] toks piktnaudžiavimas konkrečiai gali pasireikšti apribojant paslaugos teikimą asmenims, kurie norėtų pasinaudoti tokia paslauga.

31. Valstybė narė sukuria situaciją, kurioje paslaugų teikimas yra apribotas tuomet, kai ūkio subjektas, kuriam valstybė suteikia išimtinės teises, apimančias aukštesnės grandies darbuotojų įdarbinimo paslaugas, yra aiškiai nepajėgus patenkinti rinkoje egzistuojančios tokio pobūdžio paslaugų paklausos ir kai privačių įmonių galimybė teikti tokias paslaugas yra pašalinta išlaikant galioti teisės normas, kuriomis tokia veikla yra draudžiama, o tokio draudimo pažeidimas nulemia sudarytų sutarčių negaliojimą.²⁵⁶

Tokie teismo motyvai leidžia daryti kelias išvadas dėl teisinių kriterijų, kurie taikomi SEVS 106(1) str. ir 102 str. bylose įrodinėjant „paklausos nepatenkinimo“ egzistavimą.

Pirma, *Hofner* byloje ESTT žengė reikšmingą žingsnį pripažįstant, kad išimtinių teisių suteikimas *pats savaime* gali būti laikomas 106(1) str. pažeidimu. Šiuo atžvilgiu pastebėtina, kad ankstesnėje ESTT praktikoje SESV 106(1) str. pažeidimas buvo pirmiausiai siejamas su dominuojančio subjekto vykdomais piktnaudžiavimo veiksmais ir valstybės veiksmais, pašalinančiais galimybę tokius veiksmus pripažinti piktnaudžiavimu dominuo-

256 *Ibid.*

jančia padėti. Atitinkamai, *Hofner* sprendimo 27 ir 29 paragrafe padaryta išvada, kad SESV 106(1) str. pažeidimu galima laikyti ir tokius atvejus, kai visą atsakomybę už neteisėtas pasekmes galima priskirti valstybei (t.y. nėra ūkio subjekto neteisėtų veiksmų), buvo pakankamai radikali, nors ir pakankamai atsargi. Teismo motyvai suponavo, kad pažeidimas egzistuos tik tokiais atvejais, jeigu ūkio subjektas dėl valstybės veiksmų negali išvengti piktnaudžiavimo²⁵⁷ (t.y. piktnaudžiavimo veiksmai bus įgyvendinti, keičiasi tik veiksmų iniciatorius) ir tai bus vienintelė ir siaura išimtis iš *Sacchi* byloje²⁵⁸ ESTT padarytos išvados, kad išimtinių teisių suteikimas savaime nėra laikomas SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimu.

Antra, *Hofner* sprendime teismas nurodė, kad „paklausos nepatenkinimo“ bylose reikia vertinti ne išimtinių teisių turėtojo veiksmus, tačiau rinkoje susiklosčiusią situaciją, t.y. įvertinti, ar rinkoje yra susidariusi padėtis, kai asmenys negali gauti reikiamų paslaugų iš išimtinių teisių turėtojo, tačiau galėtų reikiamas paslaugas įsigyti iš trečiųjų asmenų, jeigu tokios galimybės valstybė nebūtų apribojusi išimtinių teisių suteikimu.

Trečia, teismo manyimu, valstybės ir išimtinių teisių turėtojo veiksmus reikia vertinti *in corpore* užduodant klausimą, ar tokią situaciją rinkoje sudarė bendrai valstybės ir išimtinių teisių turėtojo atlikti veiksmai.

Ketvirta, sprendimo 27 ir 29 paragrafuose teismas akcentuoja aplinkybę, kad SESV 106(1) str. pažeidimas gali būti įžvelgtas tokiais atvejais, kada valstybė savo veiksmais sudaro situaciją, kurioje išimtinių teisių turėtojas „neturi galimybės išvengti piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi“. Vertinant tokio teismo motyvo prasmę reikia atkreipti dėmesį, kad valstybei suteikus išimtines teises tokių paslaugų atžvilgiu, kurių paklausą išimtinių teisių turėtojas turi galimybę patenkinti veikdamas pakankamai efektyviai, toks teisių turėtojas „turi galimybę“ išvengti piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi. Atitinkamai, situacijose, kai pažeidimo buvimas/nebuvimas kažkokia apimtimi priklauso nuo išimtinių teisių turėtojo veiklos efektyvumo aiškiai netenkins *Hofner* sprendimo 27 ir 29 paragrafuose numatyto kriterijaus, pažeidimą siejančio su piktnaudžiavimo neišvengiamumu. Tai leidžia daryti išvadą, kad *Hofner* sprendime SESV 106(1) str. pažeidimo egzistavimas buvo siejamas tik su tokiomis situacijomis, kada valstybės suteiktos išimtinės teisės yra pagrindinė ir vienintelė priežastis sukūrusi situaciją, kai vartotojai negali gauti jiems reikiamų paslaugų iš išimtinių teisių turėtojo. Kitaip tariant, valstybės veiksmus ir SESV 102 str. pažeidimą sieja tiesioginis priežastinis ryšys.

Savo ruožtu, tokia išvada atsako į klausimą, ar „negalėjimo patenkinti paklausos“ pažeidimu turėtume laikyti tik tokius veiksmus, kada išimtinių teisių turėtojas nesuteikia paslaugos (nors ir turi galimybę), ar pažeidimo egzistavimą galime įžvelgti tik tokiose situacijose, kuriose išimtinių teisių turėtojas nesuteikia ir objektyviai negali suteikti reikiamos paslaugos. Šiame kontekste pastebėtina, kad *Hofner* byloje Komisija buvo linkusi taikyti gerokai žemesnį valstybės atsakomybės testą, leidžiantį SESV 106(1) str. pažeidimą konstatuoti tuomet, kai išimtinių teisių turėtojas „nenori arba negali“ suteikti prašomų paslaugų, t.y. pažeidimas siejamas tiek su negalėjimu, tik su nenoru patenkinti paklausos²⁵⁹. Visgi ESTT

257 Kaip matysime vėlesnėje ESTT praktikoje šis kriterijus buvo nuosekliai plečiamas iki palengvinimo ar skatinimo piktnaudžiauti.

258 ESTT sprendimas byloje Nr. C-155/73, *The State v. Giuseppe Sacchi*, ECLI:EU:C:1974:40.

259 ESTT sprendimas byloje Nr. C-41/90, *Klaus Höfner ir Fritz Elser v. Macrotron GmbH*, ECLI:EU:C:1991:161, 18 paragrafas.

sprendimo motyvai (t.y. būtent piktnaudžiavimo neišvengiamumo kriterijus) suponuoja, kad SESV 106(1) str. prasme neteisėtai galime pripažinti tik tokius veiksmus, kuomet išimtinių teisių turėtojas objektyviai „negali“ suteikti reikiamos kokybės paslaugų. Tokią išvadą galime daryti atsižvelgiant į tai, kad išimtinių teisių turėtojui „nenorint“, tačiau „galint“ suteikti reikiamas paslaugas pažeidimo egzistavimas priklausytų nuo išimtinių teisių turėtojo, o ne valstybės veiksmų ir, atitinkamai, netenkintų reikalavimo nustatyti, kad išimtinių teisių turėtojas neturi galimybės „išvengti piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi“.

Penkta, sprendimo 31 paragrafe teismas pabrėžia, kad pažeidimas gali būti įžvelgiamas tik tokiose situacijose, kuomet išimtinių teisių turėtojas „yra aiškiai nepajėgus“ (angl. „manifestly not in a position“) patenkinti rinkoje egzistuojančios paklausos. Analizuojant šio teismo motyvo prasmę viena vertus galima manyti, kad teismas paklausos nepatenkinimo „reikšmingumą“ galėjo formuluoti kaip savarankišką SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo kriterijų. Kita vertus, lygiai taip pat teisinga būtų manyti, kad šiuo motyvu teismas tiesiog apibendrina faktines bylos aplinkybes, kurios liudijo esant AFG akivaizdžų nepajėgumą patenkinti rinkoje egzistuojančios paklausos. Atitinkamai, *Hofner* sprendimas nepateikia aiškaus atsakymo į klausimą, kokio intensyvumo turi būti paklausos nepatenkinimas siekiant pripažinti išimtinių teisių neteisėtumą.

Šešta, *Hofner* bylos motyvai suponuoja, kad AFG turėjo išimtinę teisę teikti visas įdarbinimo paslaugas, įskaitant aukštesnės grandies darbuotojų teikiamas paslaugas. Visgi analizuodamas AFG išimtinių teisių teisėtumą teismas išskirtinai analizavo paklausos patenkinimą/nepatenkinimą atskirame rinkos segmente/rinkoje susijusiam su aukštesnės grandies darbuotojų įdarbinimu, o konstatuodamas SESV 106(1) str. pažeidimą teismas konstatavo, kad toks pažeidimas kyla kai „išimtinės teisės išplečiamos į aukštesnės darbuotojų grandies įdarbinimo veiklą“, kurioje išimtinių teisių turėtojas nepatenkina paklausos. Tokie teismo motyvai leidžia daryti išvadą, kad analizuojant „paklausos nepatenkinimą“ turėtų būti vertinama ne išimtinių teisių turėtojo galimybė patenkinti paklausą visoje išimtinių teisių apimtyje, tačiau atskiros į išimtinių teisių apimtį patenkančios paslaugų grupės dėl kurios kyla ginčas²⁶⁰. Atitinkamai, teismui konstatavus išimtinių teisių pažeidimą toks sprendimas turi įtaką tik išimtinių teisių teisėtumui konkrečios paslaugų grupės atžvilgiu. *Hofner* bylos situacijoje tai reikštų, kad AFG išimtinės teisės teikiant aukštesnės grandies darbuotojų įdarbinimo paslaugas turi būti panaikintos arba ignoruojamos nacionaliniuose teismuose, tačiau ESTT sprendimas neturi jokios įtakos kitų AFG išimtinių teisių galiojimui.

Job Centre II (1997). Antrasis reikšmingesnis ESTT sprendimas paklausos nepatenkinimo byloje buvo priimtas 1997 m. sprendžiant *Job Centre II* bylą²⁶¹, kuris vėlgi buvo

260 Šiuo atžvilgiu reikia atkeipti dėmesį, kad nacionalinis teismas kėlė klausimą dėl išimtinių teisių teikiant aukštesnės grandies įdarbinimo paslaugas (kaip paslaugų grupės), todėl ESTT prejudicinis sprendimas natūraliai pasisakė dėl paklausos patenkinimo „paslaugų grupės“ atžvilgiu. Visgi teismo motyvacija nesuponuoja, kad „paklausos nepatenkinimo“ pažeidimas negalėtų būti įžvelgiamas tuomet, jeigu nepatenkinami individualaus vartotojo poreikiai. Žinoma tokiu atveju, mes galėtume kalbėti apie išimtinių teisių neteisėtumą būtent šio konkretaus vartotojo atžvilgiu.

261 ESTT sprendimas byloje Nr. C-55/96, *Job Centre coop. arl.*, ECLI:EU:C:1997:603. Pastebėtina, kad tų pačių išimtinių teisių teisėtumas buvo nagrinėjamas ir 2000 metais nagrinėtoje Carra byloje padarant iš esmės analogiškas išvadas kaip ir *Job Centre II* byloje, žr. sprendimas byloje Nr. C-258/98, Carra ir kiti, ECLI:EU:C:2000:301.

susijęs su išimtinių teisių suteikimu teikiant įdarbinimo paslaugas. Šiuo atveju atitikties Europos Sąjungos teisės klausimas kilo analizuojant valstybės veiksmus atsikant registruoti *Job Centre* įstatus, kuriuose buvo numatytas įdarbinimo paslaugų teikimas. Savo atsisakymą registruoti įstatus valstybė grindė tuo, kad *Job Centre* įstatuose numatyta veikla yra neteisėta, nes pažeidžia imperatyvias įstatymų nuostatas suteikiančias išimtinę teikti įdarbinimo paslaugas valstybės kontroliuojam subjektui. Savo ruožtu, *Job Centre* siekė įrodyti, kad tokios išimtinės teisės (visa apimtimi) pažeidžia Europos Sąjungos konkurencijos teisės nuostatas, todėl yra neteisėtos.

Job Centre II faktinė bylos situacija buvo labai panaši į *Hofner* byloje analizuotą atvejį. Šiuo atžvilgiu bylos nagrinėjimo metu *Job Centre* teigė, kad išimtinės teisės teikti įdarbinimo paslaugas yra neteisėtos, kadangi valstybės įdarbinimo agentūros negali patenkinti paklausos. Savo poziciją *Job Centre* grindė aplinkybe, kad (i) darbo rinka yra labai fragmentuota ir skirtinga, todėl egzistuoja poreikis labai įvairioms specializuotoms paslaugoms; (ii) netgi pats efektyviausias įdarbinimo paslaugų teikimas galėtų patenkinti tik apie 25-30% paklausos; (iii) pagal Italijos nacionalinio banko atliktą tyrimą Italijos valstybinės įdarbinimo agentūros maksimaliai įdarbina tik 5% visų darbuotojų²⁶². Komisija buvo linkusi palaikyti šiuos *Job Centre* argumentus. Komisijos įsitikinimu, šioje byloje buvo galima daryti išvadą dėl negalėjimo patenkinti paklausos netgi neatlikus individualaus vertinimo, kadangi tokią išvadą suponavo jau pačios rinkos struktūra: rinka yra tokia didelė ir tokia diversifikuota, kad joks monopolis negalėtų patenkinti paklausos²⁶³. Kitaip tariant, tiek pareiškėjas, tiek Komisija įrodinėjo, kad valstybės įdarbinimo agentūros objektyviai negali patenkinti įdarbinimo paslaugų paklausos ir toks paklausos nepatenkinimo mastas yra labai reikšmingas.

Šiuo atžvilgiu *Job Centre II* sprendimas yra įdomus tuo, kad *Job Centre* siekė pradėti nepibrežtos apimties įdarbinimo paslaugų teikimą. Atitinkamai, nors daugelis bylos aplinkybių buvo analogiškos *Hofner* bylos situacijai, teismui kilo poreikis pasisakyti dėl visos apimties išimtinių teisių teisėtumo, t.y. apimančių tiek aukštesnės grandies darbuotojų įdarbinimą nagrinėtą *Hofner* byloje, tiek visas kitas įmanomas įdarbinimo formas. Atitinkamai, šioje byloje kilo poreikis spręsti ar išimtinių teisių turėtojo negalėjimas patenkinti paklausos viename rinkos segmente turi įtaką išimtinių teisių teisėtumui kituose rinkos segmentuose.

Išvadą byloje teikusio generalinio advokato *Elmer* nuomone, analizuojant įdarbinimo paslaugų rinkos veikimą reikia atkreipti dėmesį, kad įdarbinimo paslaugos, kurių atžvilgiu valstybė suteikė išimtines teises, susideda iš daugelio savarankiškų atitinkamų rinkų. Atitinkamai, vertinant ar valstybinės įdarbinimo agentūros patenkina paklausą, būtina individualiai analizuoti kiekvienos atskiros rinkos ir netgi atskirų rinkos segmentų situaciją²⁶⁴ siekiant įsitikinti ar tokiose rinkose ar atskiruose rinkos segmentuose paklausa yra iš esmės nepatenkinama.

262 Generalinio advokato *Elmer* išvados sprendimas byloje Nr. C-55/96, *Job Centre coop. arl.*, ECLI:EU:C:1997:603, 33 paragrafas.

263 Generalinio advokato *Elmer* išvados, *Ibid.*, 35 paragrafas.

264 Generalinio advokato *Elmer* išvados, *Ibid.*, 55, 56, 60 paragrafai.

Priimdama sprendimą ESTT pripažino, kad nagrinėjamos bylos situacija yra labai panaši į situaciją nagrinėtą *Hofner* byloje. Atitinkamai, sprendime teismas analogiškai paaiškino aplinkybes, kuriomis galima būtų įžvelgti SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimams. Konkrečiai, teismas (i) pakartojo *Hofner* byloje išdėstytus argumentus apie SESV 106(1) str. sukuriamą pareigą valstybėms užtikrinti SESV 102 str. efektyvumą (28 paragrafas), (iii) nurodė, kad išimtinių teisių suteikimas pats savaime nepažeidžia SESV 106(1) str. taikomo kartu su SESV 102 str. (31 paragrafas); (ii) nurodė, kad SESV 106(1) str. pažeidžiamas tik tuomet, kai suteikdama išimtinės teisės valstybės sukuria situaciją, kurioje išimtinių teisių turėtojas neturi galimybės išvengti piktnaudžiavimo (29, 31 paragrafai); (iv) nurodė, kad paslaugų teikimo apribojimas yra laikomas piktnaudžiavimu SESV 102(b) str. požiūriu; ir galų gale priėjo prie *Hofner* pobūdžio išvados:

„35 Uždrausdama <...> bet kokią veiklą, susijusią su tarpininkavimu tarp pasiūlos ir paklausos darbo rinkoje, nebent tokia veikla yra vykdoma viešųjų įdarbinimo agentūrų, valstybė narė sukuria situaciją, kurioje paslaugų teikimas yra apribotas pažeidžiant [SESV 102(b) str.], jeigu šios agentūros yra aiškiai nepajėgios patenkinti paklausos įdarbinimo rinkoje visų tipų paslaugoms“.

Atitinkamai, ESTT pateikė nacionaliniam teismui tokį paaiškinimą:

„38 <...> Valstybė narė, kuri draudžia bet kokią veiklą, susijusią su tarpininkavimu tarp pasiūlos ir paklausos darbo rinkoje, nebent tokia veikla yra vykdoma viešųjų įdarbinimo agentūrų, pažeidžia [SESV 106(1) str.] kuomet ji sukuria situaciją, kurioje šios agentūros negali išvengti [SESV 102 str.] pažeidimo. Tai būtų tokiu atveju, jeigu konkrečiai būti tenkinamos žemiau nurodytos aplinkybės:

- viešosios įdarbinimo agentūros yra aiškiai nepajėgios patenkinti paklausos rinkoje visų veiklos sričių atžvilgiu;
- privatinių kompanijų vykdomas darbuotojų įdarbinimas būtų neįmanomas palaikant galioti teisės normas, kuriomis tokia veikla yra draudžiama, o tokio draudimo pažeidimas įgalina taikyti baudžiamąsias arba administracines sankcijas; <...>”²⁶⁵

Galutinio sprendimo priėmimą ESTT paliko priimti nacionaliniam teismui analizuojant paklausos patenkinimo/nepatenkinimo situaciją įdarbinimo paslaugų rinkoje. Visgi sprendime ESTT nurodė pritariantis Komisijos argumentams, kad įdarbinimo rinka yra labai didelė, diferencijuota ir susidurianti su reikšmingais pokyčiais dėl socialinių ir ekonominių procesų evoliucionavimo bei nurodė, kad tokiame kontekste viešosios įdarbinimo agentūros gali susidurti su reikšminga paklausos nepatenkinimo problema.

Analizuojant tokių ESTT motyvų turinį ir juos sulyginant su *Hofner* byloje galima padaryti kelias reikšmingas išvadas dėl *Job Centre II* pridėtinės vertės sprendžiant SESV 106(1) str. bylas susijusias su paklausos nepatenkinimu.

Pirma, Job centre II bylos motyvacija patvirtina išvadas, kurios aukščiau buvo padarytos *Hofner* bylos atžvilgiu, kiek tai yra susiję su (i) galimybe konstatuoti SESV 102(b) str.

265 ESTT sprendimas byloje Nr. C-55/96, *Job Centre coop. arl.*, ECLI:EU:C:1997:603, 35, 38 paragrafai.

pažeidimą nesant išimtinių teisių turėtojo piktnaudžiavimo veiksmy; (ii) poreikiu vertinti SESV 102(b) str. pažeidimą analizuojant susiklosčiusią *situaciją* (ne veiksmus) ir vertinant ar tokia situaciją sukūrė valstybės ir išimtinių teisių turėtojo veiksmai *in corpore*; (iii) poreikiu nustatyti *tiesioginį* priežastinį ryšį tarp susidariusios situacijos ir valstybės veiksmų; (iv) ir pažeidimo konstatavimą tik tuomet, kai išimtinių teisių turėtojas objektyviai negali patenkinti paklausos.

Antra, Hofner bylos argumentai paliko tam tikrą abejonę, ar nustatant pažeidimą būtina nustatyti „esminį negalėjimą“ patenkinti paklausos, kadangi teismo motyvacijoje pateikta nuoroda į tai, kad išimtinių teisių turėtojas „*yra aiškiai nepajėgus*“ (angl. „*manifestly not in a position*“) patenkinti paklausos²⁶⁶, galėjo būti susieta tiek su savarankišku teisiniu kriterijumi, tiek paprasčiausiai atspindėti nagrinėjamoje byloje vertintą situaciją. Visgi tokia abejonę išskleidė sprendimas *Job Centre II* byloje. Šiuo atžvilgiu atkreiptinas dėmesys, kad *Job Centre* bylos 35 ir 38 paragrafuose kaip ir *Hofner* byloje referuojama į „aiškų nepajėgumą“ patenkinti paklausos, tačiau skirtingai nei *Hofner* bylos atveju priimdamas *Job Centre II* sprendimą teismas nevertino paklausos patenkinimo/nepatenkinimo konkrečios rinkos atžvilgiu ir, atitinkamai, negalėjo tokiu teiginiu apibūdinti byloje nagrinėjamos situacijos. Atitinkamai, tokia *Job Centre II* sprendimo motyvacija leido spręsti, kad dėl SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo egzistavimo paklausos nepatenkinimo „esmingumas“ sudaro savarankišką teisinį kriterijų, kuris turi būti įrodinėjamas kiekvienoje byloje.

Trečia, kaip minėta, *Job Centre II* bylos situacija reikšmingai skyrėsi nuo *Hofner* bylos tuo atžvilgiu, kad ESTT turėjo įvertinti paklausos patenkinimą/nepatenkinimą *visų* įdarbinimo paslaugų teikimo atžvilgiu. Šiuo tikslu generalinis advokatas siūlė įdarbinimo paslaugas suskaidyti į atskiras atitinkamas rinkas, bei įvertinti paklausos tenkinimą kiekvienos tokios rinkos ir atskiro rinkos segmento atžvilgiu. Savo ruožtu, ESTT sprendime konstatavo:

Valstybė narė, kuri draudžia bet kokią veiklą, susijusią su tarpininkavimu tarp pasiūlos ir paklausos darbo rinkoje, nebent tokia veikla yra vykdoma viešųjų įdarbinimo agentūrų, pažeidžia [SESV 106(1) str.] kuomet <...> viešosios įdarbinimo agentūros yra aiškiai nepajėgios patenkinti paklausos rinkoje visų veiklos sričių atžvilgiu;

Kai kurių autorių teigimu (*Olson* ir *Blum*), pateikdamas tokį paaiškinimą ESTT atmetė generalinio advokato *Elmer* pasiūlytą vertinimo metodologiją ir patvirtino, kad išimtinių teisių turėtojo nesugebėjimas patenkinti paklausos atskirame rinkos segmente galėtų sudaryti pagrindą panaikinti išimtines teises *visų kitų* veiklos segmentų atžvilgiu²⁶⁷.

Visgi autoriaus įsitikinimu, tokia pozicija nėra teisinga. Šiuo atžvilgiu reikia atkreipti dėmesį, kad tokios išvados kyla tinkamai neįvertinus teismo motyvacijos konteksto. Konkrečiai, *Olson* ir *Blum* visiškai teisingai pastebi, kad teismas pažeidimą buvo linkęs įžvelgti tuomet, kai „*viešosios įdarbinimo agentūros yra aiškiai nepajėgios patenkinti paklausos rinkoje visų veiklos sričių atžvilgiu*“. Kita vertus, jie neatkreipia dėmesio į tai, kad toks ESTT

266 ESTT sprendimas byloje Nr. C-41/90, Klaus Höfner ir Fritz Elser v Macrotron GmbH, ECLI:EU:C:1991:161, 31 paragrafas.

267 Françoise Blum ir Anne Logue, *State Monopolies under EC Law* (Chichester: J. Wiley, 1998), 626.

siūlomas teisėtumo kriterijus yra taikomas tik tuomet, jeigu valstybė „draudžia *bet kokią veiklą*“. Kitaip tariant, tokiu paaiškinimu teismas norėjo pasakyti tik tiek, kad valstybei suformulavus *absoliutų* draudimą vykdyti išimtinių teisių sričiai priskiriamą veiklą (kaip tai padarė Italija²⁶⁸), tokio *absoliutaus* draudimo teisėtumas priklausys nuo paklausos patenkimo *visuose* rinkos segmentuose. Kita vertus, toks teismo paaiškinimas nesuteikia jokios priežasties manyti, kad išimtinių teisių turėtojai nesugebant patenkinti paklausos atskirame rinkos segmente, toks nesugebėjimas pašalintų visų išimtinių teisių galiojimą, t.y. netgi tokių paslaugų atžvilgiu, kurių paklausa tenkinama. Manytina, kad šiuo atžvilgiu turėtų išlikti galioti *Hofner* byloje suformuluota taisyklė, kad išimtinių teisių suteikimas pažeidžia SESV 106(1) str. reikalavimus tose rinkose ar atskirose rinkos segmentuose, kurių atžvilgiu išimtinių teisių turėtojas negali patenkinti rinkoje esančios paklausos. Juo labiau, kad toks aiškinimas išlaiko 106(1) str. numatyto pažeidimo koncepcinį pagrindą, t.y. pažeidimas yra tuomet, jeigu egzistuoja tam tikros paslaugos, kurias vartotojai galėtų gauti, tačiau negauna dėl valstybės sprendimo suteikti išimtines teises atskiriems ūkio subjektams.

Nepaisant to, kad *Job Centre II* bylos sprendimas nėra toks radikalus, kaip siūlo *Olson* ir *Blum*, tokio sprendimo reikšmės nereikėtų nuvertinti. Iš tiesų *Job Centre II* sprendimas pakankami gerai atsako į šio poskyriaus pradžioje iškeltą klausimą susijusį su veiklos apimtimi, kurios atžvilgiu turėtų būti vertinimas paklausos patenkinimas. Šiuo atžvilgiu atsakymą iš dalies pateikia generalinio advokato *Elser* siūlymas analizuoti atskiras tokių išimtinių turinį sudarančias atitinkamas rinkas ir atskirus atitinkamos rinkos segmentus, bei ESTT paaiškinimas, kad vertinimas turi būti atliekamas „*visų veiklos sričių atžvilgiu*“²⁶⁹. Autoriaus nuomone, toks ESTT paaiškinimas leidžia daryti dvi reikšmingas išvadas: (i) paklausos nepatenkinimo analizė turi būti nukreipta į kiekvieną atskirą veiklos sritį, o ne bendrą išimtinių teisių turėtojo veiklos efektyvumą; (ii) paklausos nepatenkinimas nebūtinai turėtų būti siejamas su paklausos patenkinimu/nepatenkinimu „atitinkamoje rinkoje“, kuri gali apimti keletą tarpusavyje pakeičiamų paslaugų, – paklausos nepatenkinimas gali būti vertinamas ir atskiruose atitinkamos rinkos segmentuose (pvz. individualios paslaugos atžvilgiu). Pastarąją išvadą suponuoja tai, kad teismo sprendimo rezoliucinėje dalyje teismas pateikia nuorodą ne į paklausos patenkinimą „atitinkamoje rinkoje“, kas būtų natūralu kalbant apie SESV 102 str. pažeidimą, tačiau paklausos patenkinimą „*rinkoje visų veiklos sričių atžvilgiu*“.

Albany (1999). *Albany* byloje²⁷⁰ SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimas buvo įrodinėjamas ginčijant teisės aktais nustatytą reikalavimą privalomai dalyvauti pensijų kaupimo fonduose. Konkrečiai, pensijų fondų administratoriui pareikalavus sumokėti privalomas

268 Generalinio advokato *Elmer* išvados, sprendimas byloje Nr. C-55/96, *Job Centre coop*. arl., ECLI:EU:C:1997:603, 6 paragrafas.

269 *Ibid.*, 38 paragrafas.

270 ESTT sprendimas byloje Nr. C-67/96, *Albany International*, ECLI:EU:C:1999:430. Pastebėtina, kad kartu su *Albany* sprendimu ESTT tą pačią dieną priėmė sprendimus *Drijvende Bokken* byloje (ESTT sprendimas byloje Nr. C-219/97, *Drijvende Bokken V Stichting*, ECLI:EU:C:1999:437) ir *Brentjens* byloje (ESTT sprendimas byloje Nr. C-115/97, *Brentjens V Stichting*, ECLI:EU:C:1999:434). Visgi, kadangi jie yra kilę iš analogiškos situacijos, o teismo motyvacija yra praktiškai identiška *Albany* bylos motyvacijai šie sprendimai atskirai nėra analizuojami.

draudimo įmokas, pareiškėjai siekė įrodyti, kad privalomas pensijų fondas nesiūlo tokių gerų draudimo sąlygų, kaip privatus pensijų fondai. Atitinkamai, tokie fondai netenkina rinkoje egzistuojančios paklausos, o privalomas dalyvavimas tokiose pensijų fonduose prieštarauja Europos Sąjungos konkurencijos teisės reikalavimams.

ESTT atmetė tokius pareiškėjų reikalavimus nurodydamas, kad privalomas dalyvavimas valstybiniuose pensijų fonduose tenkina 106(2) str. numatytą išimtį, t.y. valstybiniai pensijų fondai turi įpareigojimą teikti visuotinės ekonominės svarbos paslaugas (t.y. užtikrinti pensijų išmokėjimą), o konkurencijos apribojimas yra proporcinga priemonė, kadangi privalomas dalyvavimas pensijų kaupimo schemoje leidžia amortizuoti „geras“ ir „blogas“ rizikas ir užtikrina pensijų fondo veiklos stabilumą. Visgi šiuo atžvilgiu tenka pripažinti, kad *Albany* sprendime ESTT pradėjo savo vertinimą būtent nuo SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo analizės, nors teismo sprendime taip ir liko nepaaiškinta, ar (i) teismas pripažino esminį paklausos nepatenkinimą ir valstybės atsakomybę už tokią situaciją (t.y. SESV 106(1) str. 102 str. pažeidimą) ir tuomet perėjo prie svarstymo, ar tokie veiksmai gali būti pateisinami 106(2) str. pagrindu, ar (ii) visgi teismas tiesiog išvelgė konkurencijos apribojimo pateisinimą SESV 106(2) str. pagrindu ir susilaikė nuo konkretesnių išvadų dėl SESV 106(1) str. pažeidimo.

Nepaisant išlikusių neaiškumų *Albany* teismo sprendimas ir generalinio advokato *Jacobs* pateikta išvada byloje suteikia galimybę daryti tam tikras išvalgas dėl SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo turinio.

Albany bylos motyvacijoje teismas dar kartą atkreipė dėmesį, kad negalėjimas patenkinti paklausos turi būti esminis²⁷¹. Kadangi *Albany* byloje nėra pateikiama jokių reikšmingesnių duomenų apie privačių pensijų fondų siūlomas alternatyvas ir privačių bei valstybinių fondų siūlomų sąlygų palyginimo, ESTT pateikta nuoroda į paklausos nepatenkinimo „esmingumą“ gali būti vertinama kaip patvirtinimas, kad paklausos nepatenkinimo „esmingumas“ sudaro savarankišką teisinį kriterijų SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo byloje, o ne apibūdina nagrinėjamoje byloje pasireiškiantį paklausos nepatenkinimo mastą²⁷².

Albany sprendimas taip pat įdomus tuo, kad sprendimo motyvacijoje kalbėdamas apie SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo pagrindus ESTT apibūdino pažeidimo elementus kiek kitaip nei *Hofner* byloje, t.y. valstybė gali sumažinti SESV 102 str. efektyvumą ne tik tuomet, kai išimtinės teisės sukuria situaciją, kurioje išimtinių teisių turėtojas neišvengiamai bus *priverstas* pažeisti SESV 102 str. reikalavimus, tačiau ir tokiais atvejais kai išimtinių teisių turėtojas yra *privedamas* prie SESV 102 str. pažeidimo. Konkrečiai, pasak ESTT, pažeidimas pasireiškia tuomet, kai: „*vien tik naudodamasis jam suteiktomis išimtinėmis teisėmis yra privedamas [(angl. „is led to abuse“)] prie piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi arba kai tokios teisės sukuria situacija, kada toks subjektas yra privedamas [angl. „is led“] prie tokių piktnaudžiavimo veiksmyų atlikimo“*.

Reikia pripažinti, kad takoskyra tarp „privertimo“ ir „privedimo“ prie SESV 102 str. pažeidimo sąvokų nėra visiškai aiški. Nepaisant to, toks formuluočių pasikeitimas („priverti“ → „priversti“) teismo motyvacijoje pateikė užuominą, kad ateityje ESTT gali išvelgti

271 *Albany International*, ESTT sprendimas byloje Nr. C-67/96, *Albany International*, ECLI:EU:C:1999:430, 95 paragrafas.

272 *Ibid.*, 96 paragrafas.

SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą netgi tokiais atvejais, kai dalinę atsakomybę už SESV 102 str. pažeidimą bus galima priskirti ir išimtinių teisių turėtojui. Visgi *Albany* byloje ESTT ir toliau buvo linkęs taikyti *Hofner* byloje suformuluotą piktnaudžiavimo veikslių *neišvengiamumo* kriterijų²⁷³ diskusijas dėl platesnės valstybės atsakomybės pagal SESV 106(1) str. palikdamas ateičiai.

Šiame kontekste pastebėtina, kad *Albany* sprendimas yra išskirtinai įdomus dėl byloje suformuluotos išvados, kurią pateikė generalinis advokatas *Jacobs*. Analizuojant generalinio advokato išvadas pirmiausiai galima susidaryti įspūdį, kad *Hofner* byloje generalinis advokatas neplanavo tokio plataus pažeidimo sudėties pritaikymo, kuris pasireiškė 1999-2001 m. laikotarpiu, kai paklausos nepatenkinimo argumentas buvo keliamas pačiose įvairiausiose situacijose, o ESTT buvo sprendžiamos net trys bylos²⁷⁴, kuriose išimtinių teisių teisėtumas buvo ginčijamas *Hofner* suformuluoto precedento pagrindu (visose šiose bylose išvadą teikė generalinis advokatas *Jacobs*). Todėl panašu, kad *Albany* byloje generalinis advokatas tokią praktiką norėjo apriboti savo išvadoje pažymėdamas, kad pažeidimas, pasireiškiantis paklausos nepatenkinimu *Hofner* ir *Job Centre II* bylose, buvo siejamas su labai išskirtinio pobūdžio situacijomis. *Jacobs* teigimu, būtent specifinės šių bylų aplinkybės suponavo situaciją, kurioje išimtinių teisių turėtojas *negalėjo išvengti* piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi nuolatos ribodamas „*gamybą, rinkas arba technikos raidą pažeidžiant vartotojų interesus*“. Tik tokių išskirtinių aplinkybių kontekste ESTT įžvelgė galimybę padaryti išimtį iš bendros taisyklės, kad valstybė narės turi diskreciją spręsti dėl išimtinių teisių suteikimo²⁷⁵, o tokią taisyklę išreiškia ESTT sprendimo *Hofner* byloje motyvacijoje pateiktas paaiškinimas, kad pažeidimo taikymo tikslais išimtinių teisių turėtojas turi *iš esmės* (angl. „*manifestly*“) negalėti patenkinti paklausos²⁷⁶.

Šių argumentų kontekste kalbėdamas apie valstybės atsakomybės kilimo pagrindus *Albany* bylos išvadoje *Jacobs* laikėsi labai griežtos pozicijos. Jo nuomone, valstybė gali būti laikoma atsakinga tik tuomet, jeigu egzistuoja sisteminė problema tenkinant paklausą ir tokia sisteminė problema gali būti laikoma tiesiogine valstybės veikimo priežastimi. Savo ruožtu, valstybė negali būti atsakinga tokiais atvejais, kai *vienintelė* priežastis, dėl kurios subjektas netenkina paklausos yra ta, kad ūko subjektas yra netinkamai valdomas ar vykdo neteisingą investavimo politiką. Kartu *Jacobs* atkreipė dėmesį, kad išimtinių teisių suteikimo procese atliekami sudėtingi ekonominiai vertinimai, todėl teismų galimybę spręsti dėl išimtinių teisių suteikimą papildomai riboja aplinkybė, kad valstybei turi būti suteikta tam tikra diskrecija sprendžiant dėl išimtinių teisių turėtojo galimybės patenkinti rinkoje esančią paklausą.

Kaip galima pastebėti, tokia *Jacobs* pozicija suponavo labai ribotą valstybės atsakomybę už SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimus paklausos ribojimo bylose. Iš tiesų, vadovaujantis tokiais kriterijais, kada visa atsakomybė už paklausos nepatenkinimą turi būti priskirta

273 Ibid., 95 paragrafas.

274 Žr. Ibid; ESTT sprendimas byloje Nr. C-180/98 - C-184/98, Pavel Pavlov ir kiti v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, ECLI:EU:C:2000:428; ESTT sprendimas byloje Nr. C-475/99, Firma Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz, ECLI:EU:C:2001:577.

275 Generalinio advokato *Jacobs* išvada ESTT byloje Nr. C-67/96, Albany International, ECLI:EU:C:1999:430, 408 paragrafas.

276 Generalinio advokato *Jacobs* išvada Ibid., 409 paragrafas.

valstybei ir netgi priskyrus atsakomybę valstybei, reikalaujama toleruoti tam tikrus valstybės vertinimo netikslumus, reikėtų pripažinti, kad valstybės atsakomybė SESV 106(1) str. ir 102 str. pagrindu galėtų kilti tik tokiais ribiniais atvejais, kurie buvo analizuojami *Hofner* ir *Job Centre II* bylose. *Albany* sprendime nerasime atsakymo, ar ESTT pritarė tokiai griežtai valstybės atsakomybės kilimo pozicijai. Visgi reikėtų pastebėti, kad generalinio advokato argumentuose nėra paaiškinta, kaip vertinti tokias situacijas, kai prie paklausos nepatenkinimo yra prisidėjusi tiek valstybė, tiek ūkio subjektas, kurių *in corpore* veiksmis yra sukuriamą situacija, kada rinkoje egzistuojanti paklausa nėra tenkinama, o vartotojai neturi galimybės patenkinti savo poreikių įsigydami jiems reikiamų prekių ir paslaugų iš trečiųjų asmenų. Generalinio advokato požiūris į tokių tarpinių situacijų vertinimą pateikiamas tik vėlesnėje ESTT praktikoje (ypač 2015 m. sprendime *Slovenska posta*²⁷⁷ byloje).

Pavlov (2000). *Pavlov* byloje buvo nagrinėjama situacija labai panaši į nagrinėtą *Albany* byloje. Skirtumas tik toks, kad *Albany* byloje pareiškėjai norėjo valstybinę pensijų kaupimo sistemą keisti į privačius pensijų fondus. Savo ruožtu, *Pavlov* byloje pareiškėjai siekė įrodyti, kad jie turi turėti teisę pakeisti jiems priskirtą valstybinę pensijų fondą į alternatyvų neginčydami paties dalyvavimo valstybiniuose pensijų fonduose privalomumo.

Kaip ir *Albany* byloje, ESTT nepateikė aiškaus požiūrio į *Jacobs* siūlomus SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo kriterijus. Visgi analizuojant *Pavlov* byloje pateiktą argumentaciją galima atkreipti dėmesį į keletą aspektų.

Pirma, kalbėdamas apie bendrus valstybės atsakomybės už SESV 106(1) str. pažeidimą pagrindus teismas nebemini *Hofner* byloje suformuluoto piktnaudžiavimo neišvengiamumo (angl. „cannot avoid abusing“) kriterijaus, kuris buvo minimas *Albany* byloje. Vietoj tokio kriterijaus teismas alternatyviai nurodo, kad valstybės atsakomybė kyla tada, kai ūkio subjektas yra privedamas prie piktnaudžiavimo (angl. „is led to abuse“), kuris valstybės atsakomybės koncepcijos požiūriu toleruoja ir tam tikrus ūkio subjekto veiksmus prisidedant prie paklausos nepatenkinimo²⁷⁸. Tokiu būdu teismas iš dalies patvirtino *Albany* byloje pateiktą užuominą, kad teismas yra linkęs plėsti valstybės atsakomybės pagrindus paklausos nepatenkinimo byloje.

Antra, *Pavlov* byloje ESTT atmetė pareiškėjų reikalavimą pripažinti SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą. Visgi šiuo atžvilgiu svarbu atkreipti dėmesį, kad motyvuodamas savo sprendimą teismas nurodė, kad byloje nebuvo jokių paaiškinimų ar įrodymų, leidžiančių daryti išvadą, kad pareiškėjams privalomo fondo siūlomos sąlygos netenkino pareiškėjų interesų *arba* vedė prie piktnaudžiavimo veiksmų²⁷⁹. Analizuojant tokią teismo išvadą yra pakankamai sunku daryti kokias nors konkretesnes išvadas apie tai, kaip nacionalinis teismas turėtų vertinti SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą, jeigu byloje būtų pateiktas aiškus dviejų pensijų fondų siūlomų sąlygų palyginimas, leidžiantis pripažinti, kad pareiškėjams

277 Bendrojo teismo sprendimas byloje Nr. T-556/08, *Slovenská pošta v Komisija*, ECLI:EU:T:2015:189.

278 Įdomu pastebėti, kad paminėdamas tokį alternatyvų ir kiek platesnį valstybės atsakomybės kilimo kriterijų teismas pateikia citatą iš *Hofner* bylos sprendimą, kuriame kalbama apie piktnaudžiavimo neišvengiamumą (žr. ESTT sprendimas sujungtose bylose Nr. C-180/98 - C-184/98, *Pavel Pavlov* ir kiti v *Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, ECLI:EU:C:2000:428, 127 paragrafą).

279 *Ibid.*, žr. 127 paragrafą.

privalomas fondas siūlo blogesnes pensijų kaupimo sąlygas. Visgi aplinkybė, kad teismas byloje pasigedo įrodymų, kad pareiškėjams priskirtas pensijų fondas netenkino jų poreikių nenurodant, kad paklausos nepatenkinimo byloje turi būti vertinamos tik sisteminės valstybės sukurtos paklausos nepatenkinimo priežastys, leidžia daryti atsargią išvadą, kad *Pavlov* byloje ESTT buvo linkęs taikyti kiek platesnius valstybės pagrindus, nei *Albany* byloje siūlė generalinis advokatas *Jacobs*.

Ambulanz Glockner (2001). *Ambulanz Glockner* byloje buvo svarstomas klausimas dėl išimtinių teisių suteikimo teikiant medicininio transportavimo paslaugas. Pagal Vokietijoje taikomus teisinius reikalavimus buvo galima išskirti mažiausiai dvi medicininio transportavimo paslaugas: (1) skubiąją medicininę pagalbą, kurios teikimas reikalavo atitinkamų reakcijos terminų ir aukštesnės kvalifikacijos medicinos darbuotojų; ir (2) paprastesnes pacientų pervežimo paslaugas.

ESTT nagrinėjo byloje pareiškėjai ginčijo valstybiniam subjektui suteiktą išimtinę teisę teikti skubiosios medicininės pagalbos ir pacientų pervežimo paslaugas. Pareiškėjų teigimu, toks išimtinių teisių suteikimas pažeidė SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimus tuo aspektu, kad išimtinių teisių turėtojas netenkino rinkoje esančios paklausos. Konkrečiai, šiuo atžvilgiu pareiškėjas akcentavo labai konkretaus ūkio subjekto veiklos trūkumus, t.y. (1) teikiant skubiosios medicinos pagalbos paslaugas išimtinių teisių turėtojas ne visuomet atvykdavo per teisės aktų nustatytus terminus; (2) teikiant pacientų pervežimo paslaugas pasitaikė atvejų, kuomet išimtinių teisių turėtojas pavėluodavo nuo 1 iki 2 valandų; ir (3) neproporcingai didelių kainų lyginant su privačių operatorių kainomis, kurias galima susieti su netinkamu vadovavimu, konkurencinio spaudimo nebuvimu ir garantija, kad tokius nuostolius bet kokių atveju padengs valstybė²⁸⁰. Visi šie pareiškėjo nurodomi argumentai reikšminga dalimi buvo siejami ne tiek su valstybės veiksmais sukuriant sisteminę problemą, kiek paties išimtinių teisių turėtojo neefektyviu valdymu. Savo ruožtu, valstybės atsakomybė už tokias sisteminės problemas galėjo pasireikšti tik tuo atžvilgiu, kad valstybė suteikė savo kontroliuojamam subjektui išimtinės teises, kurios natūraliai pašalina paskatas gerinti teikiamų paslaugų kokybę ir mažinti paslaugos kainas.

Analizuojant generalinio advokato *Jacobs* išvadą byloje galima susidaryti nuomonę, kad *Jacobs* pozicija dėl situacijų, kai teismas gali pripažinti išimtinių teisių suteikimą neteisėtu, gerokai sušvelnėjo, kas netiesiogiai suponuoja tam tikrą virsmą ESTT praktikoje ir/arba generalinio advokato bandymą ieškoti kompromiso.

Šiuo atžvilgiu pirmiausia įdomu pastebėti, kad kalbėdamas apie priežastinį ryšį tarp valstybės veiksmų ir susidariusios situacijos *Albany* byloje generalinis advokatas akcentavo, kad priežastinis ryšys turi būti tik tiesioginis, t.y. atsakomybę už susidariusią situaciją galime priskirti tik valstybės teisės aktams²⁸¹. Tuo tarpu *Ambulanz Glockner* išvadoje²⁸² *Jacobs*

280 Generalinio advokato *Jacobs* išvada ESTT sprendimas byloje Nr. C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz*, ECLI:EU:C:2001:577, 144 paragrafas.

281 Generalinio advokato *Jacobs* išvados *Albany International* byloje (ESTT sprendimas byloje Nr. C-67/96, *Albany International*, ECLI:EU:C:1999:430), 412 paragrafas

282 Generalinio advokato *Jacobs* išvada ESTT byloje Nr. C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz*, ECLI:EU:C:2001:577, 148 paragrafas

tik atkreipia dėmesį į tai, kad SESV 106(1) str. taikymo tikslais turi būti nustatomas priežastinis ryšys tarp valstybės veiksmų ir susidariusios situacijos, tuo tarytum pripažindamas, kad valstybės atsakomybė SESV 106(1) str. pagrindu galėtų atsirasti ir tuomet, jeigu už paklausos nepatenkinimą būtų atsakinga tiek valstybė, tiek neefektyviai veikiantis išimtinų teisių turėtojas *in corpore*.

Pastebėtina ir tai, kad savo išvadoje generalinis advokatas *Jacobs* kaip ir anksčiau akcentavo poreikį nustatyti „esmini“ paklausos nepatenkinimą ir poreikį pripažinti valstybės diskreciją (klaidos galimybę) sprendžiant dėl išimtinų teisių turėtojo galimybių patenkinti paklausą²⁸³. Visgi šiuo atžvilgiu svarbu pastebėti, kad *Albany* byloje išvadoje tų pačių argumentų pagrindų generalinis advokatas siūlė dviejų pakopų teisinį testą, kuris *Ambulanz Glockner* išvadoje gerokai sušvelnėjo. Konkrečiai, *Albany* išvados 413 paragrafe *Jacobs* nurodė, kad teismų diskrecijos apribojimą vertinant išimtinų teisių teisėtumą sudaro poreikis nustatyti „esmini“ paklausos nepatenkinimą (t.y. šiuo atžvilgiu reikia analizuoti rinkos veiksmingumą), kartu 414 paragrafe nurodant, kad poreikis pripažinti valstybės diskreciją sprendžiant, ar paskirtasis išimtinų teisių turėtojas galės patenkinti paklausą sudaro „pa-pildomą pagrindą riboti nacionalinio teismo peržiūros apimtį“²⁸⁴ (šiuo atžvilgiu būtina reikia vertinti, ar valstybė elgėsi apdairiai suteikdama išimtinės teises). Savo ruožtu, *Ambulanz Glockner* byloje pateiktoje išvadoje šie kriterijai sujungiami į vieną tokiu būdu nurodant, kad valstybės diskrecija sprendžiant dėl išimtinų teisių turėtojo galimybės patenkinti paklausą atsispindi reikalavime nustatyti, kad paklausos nepatenkinimas yra „esminis“²⁸⁵.

Generalinio advokato pozicijos pasikeitimą netiesiogiai atspindi ir trečioji aplinkybė, kurią *Jacobs* pasiūlė įvertinti nacionaliniam teismui. Konkrečiai, nepaisant aukščiau aptartų kriterijų, generalinis advokatas atkreipė dėmesį, kad nagrinėjamoje byloje yra vertinamas veikimas rinkoje, kurioje nekokybiškas paslaugų teikimas sprendžia gyvybės ir mirties klausimą. Atitinkamai, tokiose situacijoje nacionalinis teismas turėtų analizuoti, (1) ar privačių operatorių veikimas rinkoje sudarys galimybę operatyviau atvykti į nustatytą vietą ir suteikti aukštesnės kokybės paslaugas, ar visgi (2) viešieji operatoriai turi galimybę suteikti reikiamas paslaugas. Kaip nurodoma išvadoje, nagrinėjamoje situacijoje esminis kriterijus turėtų būti viešųjų operatorių galimybė suteikti greitas ir aukštos kokybės paslaugas netgi piko valandomis. Jeigu viešųjų operatorių paslaugos tokiomis valandomis yra nepakankamos (pvz. nuolatiniai vėlavimai miestuose) generalinis advokatas būtų linkęs įžvelgti SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą²⁸⁶.

Tokia generalinio advokato išvada leidžia manyti, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo prielaidų reikėtų ieškoti ne valstybės priimtuose teisės aktuose, kurie būtų *vienintelė* priežastis, lemianti nekokybišką paslaugų teikimą, tačiau taip pat ir išimtinų teisių turėtojo

283 Generalinio advokato *Jacobs* išvada *Ibid.*, 148 paragrafas

284 Generalinio advokato *Jacobs* išvada *Albany International* byloje (ESTT sprendimas byloje Nr. C-67/96, *Albany International*, ECLI:EU:C:1999:430), 414 paragrafas

285 Šiuo atžvilgiu reikia pripažinti, kad generalinis advokatas savo išvadoje pateikia nuorodą į valstybės „priemonės“, kurios yra „aiškiai“ perteklinės (angl. national provisions, which are manifestly inappropriate“). Kita vertus, autoriaus supratimu valstybės priemonių „aiškus“ tinkamumas/netinkamumas gali būti susijęs tik su „aiškiau“ paklausos patenkinimu arba nepatenkinimu.

286 Generalinio advokato *Jacobs* išvada ESTT byloje Nr. C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz*, ECLI:EU:C:2001:577, 151 paragrafas.

veiksmuose. Tokią išvadą galima daryti atsižvelgiant į tai, kad išimtinių teisių suteikimas savaime negali sukliudyti išimtinių teisių turėtoji laiku atvykti į nelaimės vietą – toks atvykimas / neatvykimas priklauso išskirtinai nuo išimtinių teisių turėtojo veiklos organizavimo efektyvumo ir pakankamo kiekio valdomų transporto priemonių. Savo ruožtu, galimybė įžvelgti SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą *Jacobs* siūlomų kriterijų kontekste priklauso tik nuo operatoriaus sugebėjimo operatyviai suteikti paslaugas valstybės suteiktos išimtinės teisės formai išlikus nepakitusiai. Šis pavyzdys netiesiogiai patvirtina *Jacobs* pozicijos pasikeitimą ir pripažinimą, kad valstybės atsakomybė negalėjimo patenkinti paklausos bylose gali kilti tiek tuomet, kai paklausa nėra tenkinama dėl valstybės veiksmų (pvz. suteikiant išimtinės teises), tiek dėl neefektyvios išimtinių teisių turėtojo veiklos.

Kartu generalinio advokato pateiktas pavyzdys suponuoja, kad „esminis“ paklausos nepatenkinimas neturi būti toks dramatiškas, apie kurį buvo kalbama *Hofner* ir *Job Centre II* bylose. Žinoma, mažesnė toleranciją paklausos nepatenkinimo „esmingumui“ *Jacobs* išvadoje reikšmingai galėjo būti siejama su aplinkybe, kad netgi vienas vėlavimas suteikti tinkamą greitosios medicininės pagalbos paslaugą galėjo turėti labai reikšmingas pasekmes. Kita vertus, tai nepaneigia fakto, kad „esmingumo“ kriterijus *Jacobs* išvadoje jau nėra siejamas tik su ekstremaliomis paklausos nepatenkinimo situacijomis, nagrinėtomis *Hofner* ir *Job Center II* bylose.

Tokios pasikeitusios generalinio advokato pozicijos kontekste natūraliai buvo tikimasi aiškesnės ESTT pozicijos dėl paklausos nepatenkinimo bylose taikytino teisinio testo, tačiau ESTT išliko ištikimas tradicijoms ir sprendime pateikė tik kelias užuominas.

Šiuo atžvilgiu pirmiausiai reikia pastebėti, kad *Ambulanz Glockner* sprendime teismas taip ir nenagrino klausimo dėl SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo negalėjimo patenkinti paklausos dalyje. Šio klausimo analizė tapo neprasminga teismui padarius išvadą, kad medicinos transporto paslaugų rinkos monopolizavimas galėjo būti pateisinamas SESV 106(2) str. pagrindu, t.y. konkurencijos apribojimas greitosios medicinos pagalbos paslaugoms reikalingas siekiant užtikrinti visuomenei svarbių ekonominių paslaugų teikimą²⁸⁷. Visgi tam tikrų užuominų pateikiama SESV 106(2) str. taikymo motyvacijoje. Šiuo atžvilgiu ESTT nurodė, kad SESV 106(2) str. numatytas pateisinimas negalėtų būti taikomas, jeigu privatiems operatoriams būtų kliudoma teikti paslaugas rinkoje tuomet, jeigu išimtinių teisių turėtojas „aiškiai negali patenkinti paklausos teikiant skubiosios medicininės pagalbos ir pacientų transportavimo paslaugų“²⁸⁸. Atitinkamai, nacionalinis teismas turi įvertinti ne tik tai, ar išimtinių teisių turėtojas teikia *skubiosios medicinos pagalbos* paslaugas pagal teisės aktuose nustatytus kokybės standartus, tačiau ir tai, ar išimtinių teisių turėtojas „teikia efektyvias pacientų transportavimo paslaugas“²⁸⁹.

Teismui panaudojus „negalėjimo patenkinti paklausos“ argumentą 106(2) str. kontekste teismo pozicija dėl „negalėjimo patenkinti paklausos“ SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo kontekste tapo neaiški. Viena vertus, sprendimo 62-64 paragrafuose pateiktus motyvus

287 Žr. taip pat John Temple Lang, "European Union Law Rules on State Measures Restricting Competition," *dans Competition Law Yearbook* (2003): 19-20.

288 ESTT sprendimas byloje Nr. C-475/99, Firma *Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz*, ECLI:EU:C:2001:577, 62 paragrafas.

289 *Ibid.* 64 paragrafas.

būtų galima ignoruoti atsižvelgiant į tai, kad negalėjimas patenkinti paklausos 106(2) str. kontekste yra kildinamas iš 106(2) str., reikalaujančio užtikrinti „efektyvų“ bendros ekonominės svarbos paslaugos teikimą²⁹⁰, o negalėjimas patenkinti paklausos SESV 106(1) str. ir 102 str. kontekste yra kildinamas iš SESV 102 str. numatytos piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi sudėties²⁹¹ (t.y. šie argumentai yra aktualūs tik SESV 106(2) str. taikymo tikslais). Kita vertus, įdėmiau analizuojant ESTT sprendimo *Ambulanz Glockner* motyvus galima pastebėti, kad ESTT nurodė pritariantis generalinio advokato padarytai išvadai dėl 106(2) str. taikymo²⁹², kuri savo ruožtu buvo susieta su generalinio advokato išvadomis padarytomis jau kitame – SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo kontekste. Interpretuojant tokią teismo sprendimo motyvaciją galima daryti atsargią išvadą, kad teismas buvo linkęs pritarti generalinio advokato *Jacobs* pozicijai ir išvadoms, kurios aukščiau buvo padarytos analizuojant pasikeitusią generalinio advokato poziciją. Visgi reikia pripažinti, kad tai yra bandymas spėti ESTT poziciją dėl SESV 106(1) str. ir 102 str. turinio aiškinimo bandant bent kiek pašalinti ESTT motyvų neaiškumą.

AG2R (2011). Po 1999-2001 m. paklausos nepatenkinimo bylų maratono visą dešimtmetį ESTT nesulaukė panašaus pobūdžio bylų. Atitinkamai, 2011 m. ESTT sprendimas AG2R byloje sudarė galimybę iš naujo įvertinti ESTT poziciją dėl SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo paklausos nepatenkinimo bylose. Visgi teismo galimybė įvesti atskleisti modernų požiūrį buvo pakankamai ribota. AG2R byla savo faktinėmis aplinkybėmis buvo labai panaši į *Albany*²⁹³, *Brentjens*²⁹⁴, *Drijvende Bokken*²⁹⁵, *Pavlov*²⁹⁶ bylas, ESTT nagrinėtas 1999-2001 m. laikotarpiu, todėl prejudiciniame sprendime teismas reikšminga dalimi tik pakartojo savo išvadas, padarytas ankstesnėse bylose.

Konkrečiai A2GR byloje ginčas kilo dėl Prancūzijos priimtų teisės aktų, kuriais buvo išplėstas privalomas dalyvavimas sveikatos apsaugos draudimo sistemoje tradicinių kepyklų rinkos segmentui. Tokio privalomo draudimo išplėtimo kontekste Beaudout Père et Fils SARL (toliau – „Beaudout“) atsisakė prisijungti prie AG2R draudimo schemos, nurodydamas, kad tokia schema prieštarauja Europos Sąjungos teisės aktams *inter alia* tuo atžvilgiu, kad AG2R siūlomos draudimo sąlygos buvo mažiau palankios, nei sąlygos, kurias Beaudot buvo gavusi iš privačios kompanijos. Kitaip tariant, Beaudot įrodinėjo, kad valstybės suteiktos išimtinės teisės AG2R buvo neteisėtos, kadangi AG2R aiškiai negalėjo patenkinti paklausos.

Natūralu, kad analizuodamas Beaudout pozicijos pagrįstumą ESTT priėjo prie analogiškos išvados, kaip ir ankstesniuose sprendimuose, susijusiose su privalomu dalyvavimu

290 Generalinio advokato *Jacobs* išvada, *Ibid.*, 188 paragrafas

291 Žr. ESTT sprendimą byloje Nr. C-41/90, *Klaus Höfner ir Fritz Elser v Macrotron GmbH*, ECLI:EU:C:1991:161.

292 ESTT sprendimas byloje Nr. C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz*, ECLI:EU:C:2001:577, 62 paragrafas.

293 ESTT sprendimas byloje Nr. C-67/96, *Albany International*, ECLI:EU:C:1999:430.

294 ESTT sprendimas byloje Nr. C-115/97, *Brentjens V Stichting*, ECLI:EU:C:1999:434.

295 ESTT sprendimas byloje Nr. C-219/97, *Drijvende Bokken V Stichting*, ECLI:EU:C:1999:437.

296 ESTT sprendimas sujungtose bylose Nr. C-180/98 - C-184/98, *Pavel Pavlov ir kiti v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, ECLI:EU:C:2000:428.

solidarumo schemose, t.y. kad tokį privalomą dalyvavimą pateisina 106(2) str. numatyta išimtis²⁹⁷. Visgi analizuojant generalinio advokato *Mengozzi* ir ESTT motyvus galima padaryti kelias svarbias išvadas.

Pirma, generalinio advokato išvadoje ir ESTT motyvuose pakartojami standartiniai teiginiai apie tai, kad negalėjimas patenkinti paklausos gali sudaryti pažeidimą, jeigu išimtinių teisių turėtojas aiškiai yra nepajėgęs patenkinti paklausos. Kita vertus, kartu teismas nurodė, kad jis neturi galimybės spręsti dėl pažeidimo egzistavimo atsižvelgdamas į tai, kad byloje nėra jokių duomenų, leidžiančių palyginti privataus rinkos dalyvio ir AG2R siūlomas sveikatos draudimo sąlygas. Manytina, kad toks teismo motyvas (t.y. kad negalėjimas patenkinti paklausos reikalauja lyginti privataus ir AG2R siūloma sąlygas) analogiškai kaip ir *Pavlov* byloje, gali būti interpretuojamas kaip netiesioginis patvirtinimas, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimas gali būti įrodinėjamas tiek tais atvejais, kai paklausa nėra patenkinama dėl išimtinių teisių turėtojo neefektyvumo, tiek dėl valstybės veiksmų. Tokią išvadą AG2R byloje suponuoja aplinkybė, kad sveikatos draudimo sąlygų kokybės valdymas didžiausia dalimi priklauso nuo AG2R efektyvumo, o ne valstybės sprendimo suteikti AG2R išimtines teises teikti sveikatos draudimo paslaugas. Jeigu teismas būtų manęs, kad vienintelė SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo priežastis turi būti siejama su valstybės veiksmais, ESTT motyvai dėl negalėjimo palyginti siūlomas draudimo sąlygas neturėtų jokios prasmės.

Antra, AG2R sprendimas taip pat parodo, kad ginčijant išimtinių teisių teisėtumą nėra būtina įrodyti *visos* išimtinių teisių turėtojo veiklos neefektyvumą, ar netgi išimtinių teisių turėtojo efektyvumą teikiant *tam tikros rūšies paslaugas*. Šiuo atveju, *Beaudout* AG2R veiklos neefektyvumą grindė *individualiai* siūlomų privataus rinkos dalyvio draudimo sąlygų pranašumu. Savo ruožtu, pasisakydamas dėl SESV 106(1) ir 102 str. pažeidimą įrodančių faktų trūkumo sprendimo 72 paragrafe ESTT akcentavo, kad byloje nėra įrodymų, liudijančių, kad AG2R paslaugos netenkina būtent *Beaudout* poreikių. Tokia teismo sprendimo motyvacija netiesiogiai suponuoja, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo tikslais pažeidimas yra siejamas su kiekvieno atskiro kliento poreikių patenkinimu, nekeliant reikalavimo įrodyti, kad išimtinių teisių turėtojo teikiamų paslaugų spektras ir/ar kokybė pažeidžia tam tikros *kritinės* masės subjektų interesus.

Trečia, interpretuojant teismo sprendimą AG2R byloje doktrinoje pabrėžiama, kad ESTT sprendimo akcentas dėl *individualių* *Beaudout* poreikių neturėtų būti suprantamas kaip teisinis reikalavimas kiekvieno monopolio teisėtumą vertinti per konkretaus kliento poreikių prizmę. Taip Kersting²⁹⁸ atkreipia dėmesį, kad teikdamas išvadą byloje *AG Mengozzi* iš principo sutiko, kad pažeidimo vertinimas galėjo būti vykdomas lyginant atskirų draudimo kompanijų siūlomas draudiminės apsaugos sąlygas²⁹⁹. Savo ruožtu, AG2R sprendimo motyvacijoje ESTT referuoja į generalinio advokato nuomonę, nepaisant sprendime daromos galutinės išvados apie tai, kad įrodymų nepakanka pagrįsti būtent *Beaudout* po-

297 Žr. šiuo atžvilgiu pvz. Wolf Sauter, "The Criterion of Advantage in State Aid: Altmark and Services of General Economic Interest," *TILEC Discussion paper series 15*, (2014): 14.

298 Christian Kersting, "Social security and competition law—ECJ focuses on art. 106 (2) TFEU," *Journal of European Competition Law & Practice* 2, 5 (2011): 473-476.

299 Žr. Generalinio išvados, 98 ir toliau einančius paragrafus.

reikių nepatenkinimo³⁰⁰. Tokių motyvų kontekste Kersting yra įsitikinęs, kad ESTT sprendimas AG2R byloje leidžia pažeidimo vertinimą atlikti tiek vertinant individualius atskiro kliento poreikius, tiek lyginant išimtinių teisių turėtojo bei konkurentų (esamų ar potencialių) siūlomų paslaugų kokybinius parametrus. Kas iš esmės reiškia labai griežtą teisinį standartą valstybės elgesiui: siekdama išvengti pažeidimo valstybė turi užtikrinti, kad teisinio monopolio valdytojas teiktų ne blogesnės kokybės paslaugas, nei galėtų pasiūlyti privatus rinkos dalyviai egzistuojant konkurencijos sąlygoms. Jeigu valstybė negali užtikrinti tokios kokybės, ji turi šalinti tokį teisinį monopolį ir/arba pagrįsti, kodėl toks konkurencijos ribojimas yra neišvengiamai reikalingas siekiant užtikrinti visuotinės ekonominės svarbos paslaugų teikimą (t.y. pagrįsti atitikimą SESV 106(2) str. numatyta išimčiai)³⁰¹.

4.1.2. Komisijos pozicija negalėjimo patenkinti paklausos byloje

Komisija visuomet buvo Europos Sąjungos rinkos liberalizacijos varomoji jėga ir nevengė improvizuoti 106(1) str. pagrindu šalinant valstybių narių sukuriamus bendrosios rinkos iškraipymus. Todėl visiškai nenuostabu, kad ESTT nagrinėtoje *Hofner* byloje suformuluota idėja dėl galimybės įžvelgti SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą paklausos nepatenkinimo byloje pirmą kartą buvo pritaikyta ne ESTT, tačiau Komisijos sprendimuose³⁰², o Komisijos sprendimuose išreiškiamas gerokai radikalesnis požiūris į SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymą nei ESTT praktikoje. Šioje situacijoje taip pat įdomu pastebėti, kad nuo 1989 m. priimto pirmojo Komisijos sprendimo paklausos nepatenkinimo byloje³⁰³ iki 2015 m. Bendrojo teismo sprendimo *Slovenska posta*³⁰⁴ byloje Komisijos pozicija paklausos nepatenkinimo byloje nebuvo peržiūrėta teismine tvarka³⁰⁵. Todėl tokia situacija sudarė prielaidas susiformuoti atskirai Komisijos ir ESTT pozicijai tuo pačiu klausimu, kurių susiliejimą galime stebėti *Slovenska posta* byloje. Atsižvelgiant į tokią situaciją, šiame poskyryje Komisijos sprendimai paklausos nepatenkinimo byloje yra analizuojami atskirai nuo ESTT sprendimų.

Kaip minėta, Komisijos praktika šios kategorijos byloje buvo pradėta formuoti 1989 m. **Olandijos pašto** byloje. Šioje byloje Komisija nagrinėjo Olandijos teisės aktus, kuriais tradicinis Olandijos pašto paslaugų monopolis buvo išplėstas į susijusią kurjerių paslaugų veiklos sritį. Šiuo atžvilgiu kurjerių paslaugų rinkos monopolizavimas pasireiškė ne visišku draudimu teikti paslaugas, tačiau privatiems rinkos operatoriams nustatytu įpareigojimu teikti nustatytų parametrų kurjerių pašto paslaugą gerokai aukštesniais tarifais. Analizuodama šią situaciją Komisija konstatavo, kad toks išimtinių teisių išplėtimas sudarė

300 Žr. sprendimo 72 paragrafą.

301 Christian Kersting, "Social security and competition law—ECJ focuses on art. 106 (2) TFEU," *Journal of European Competition Law & Practice* 2, 5 (2011): 473-476.

302 90/16/EEC European Commission Decision concerning the provision in the Netherlands of express delivery services (PTT), O.L. L 010, 47 - 52 (1990); 90/456/EEC Commission Decision concerning the provision in Spain of international express courier services, O.L. L 233, 19-23 (1990).

303 90/16/EEC European Commission Decision concerning the provision in the Netherlands of express delivery services (PTT), O.L. L 010, 47 - 52 (1990).

304 Bendrojo teismo sprendimas byloje Nr. T-556/08, *Slovenská pošta v Commission*, ECLI:EU:T:2015:189.

305 Su išimtimi PTT byloje.

SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą trimis savarankiškais aspektais, t.y. kaip dominuojančios padėties išplėtimas, kaip nesąžiningų kainų ir komercinių sąlygų primetimas ir kaip pasiūlos ribojimas (negalėjimas patenkinti paklausos).

Konkrečiai, konstatuodama nesąžiningų kainų ir komercinių sąlygų primetimo aspektą, Komisija nurodė, kad iki išimtinių teisių išplėtimo privačių kurjerių paslaugomis naudojo si daugelis klientų, kurių vertinimu Olandijos pašto paslaugos netenkino poreikių tiek kainos, tiek kokybės požiūriu. Savo ruožtu įsigaliojus Olandijos teisės aktams, visi šie klientai bus priversti pirkti Olandijos pašto paslaugas nepriklausomai nuo to, ar tokios paslaugos atitinka klientų poreikius³⁰⁶ (šiuo atžvilgiu akcentas skiriamas klientų privetimui pirkti paslaugas blogesnėmis sąlygomis, tuo numanomai suponuojant SESV 102(a) str. numatytą pažeidimą³⁰⁷). Savo ruožtu, pasiūlos apribojimas siejamas su aplinkybe, kad klientai neturės galimybės pirkti jiems reikiamų parametru paslaugos, kadangi Olandijos pašto paslaugos „šiuo metu dar neteikia palyginamo patikimumo ar operatyvumo paslaugos“³⁰⁸ (šiuo atveju akcentas skiriamas aplinkybei, kad klientai neteks galimybės pirkti jiems tikrai reikiamos paslaugos tuo suponuojant SESV 102(b) str. numatytą pažeidimą³⁰⁹).

Analizuojant *Olandijos pašto* sprendimą pirmiausiai reikia atkreipti dėmesį, kad Komisijos sprendimas pripažinti pažeidimą *Olandijos pašto* byloje buvo absoliučiai radikalus, atsižvelgiant į tai, kad tuo metu vis dar galiojo *Sacchi*³¹⁰ sprendime ESTT suformuluotas precedentas, vienareikšmiškai teigiantis, kad valstybės narės negali pažeisti SESV 106(1) str. ir 102 str. tiek suteikdamos išimtines teises, tiek tokias teises išplėsdamos³¹¹. Visgi sprendime nėra jokie paaiškinimo, kaip Komisijos sprendimas pripažinti pažeidimą *Olandijos pašto* atveju koreliuoja su *Sacchi* sprendime suformuluotu precedentu. Sprendime taip pat nėra jokie koncepcinio paaiškinimo, koku teisiniu pagrindu dominuojančios padėties išplėtimą ir/ar paklausos nepatenkinimą galima vertinti kaip valstybės padarytą SESV 106(1) str. pažeidimą. Visgi kiek išsamiau analizuojant Komisijos sprendimą *Olandijos pašto* byloje galima suprasti, kad Komisija šioje byloje taiko panašią koncepciją, kurią tik vėliau pradės taikyti ESTT *Hofner* byloje.

Konkrečiai, *Olandijos pašto* sprendime Komisija nevertina Olandijos pašto bendrovės veiksmų ieškodama galimo piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi, tačiau visą dėmesį sutelkia į Olandijos priimtą teisės aktą ir tokio teisės akto sukuriamą *poveikį* atitinkamai rinkai. Tokia Komisijos pozicija leidžia daryti išvadą, kad Komisijos požiūriu paklausos nepatenkinimo byloje SESV 102 str. pažeidimo reikia ieškoti ne dominuojančio subjekto

306 90/16/EEC European Commission Decision concerning the provision in the Netherlands of express delivery services (PTT), O.L. L 010, 47 - 52 (1990), 12 paragrafas.

307 „nesąžiningų pirkimo ar pardavimo kainų arba kokių nors kitų nesąžiningų prekybos sąlygų tiesioginis ar netiesioginis nustatymas“

308 90/16/EEC European Commission Decision concerning the provision in the Netherlands of express delivery services (PTT), O.L. L 010, 47 - 52 (1990), 13 paragrafas.

309 „gamybos, rinkų arba technikos raidos ribojimas pažeidžiant vartotojų interesus“

310 ESTT sprendimas byloje Nr. C-155/73, *The State v. Giuseppe Sacchi*, ECLI:EU:C:1974:40.

311 Tokio precedento turinio peržiūra buvo inspiruota tik 1991 m., žr. ESTT sprendimą byloje Nr. C-202/88, *Prancūzija v. Komisija* (Telekomunikacijų galinių įrenginių byla), ECLI:EU:C:1991:120, 22 paragrafą, kuriame pirmą kartą buvo pasakyta, kad ne visos išimtinės teisės yra suderinamos su Europos Sąjungos teisės reikalavimais.

veiksmuose, tačiau susidariusioje „situacijoje“, tuo tarpu valstybės ir išimtinių teisių turėtojo veiksmai sukuriant tokią situaciją turi būti vertinami *in corpore* (šiuo atžvilgiu Komisijos išvados atitinka *Hofner* byloje suformuluotą ESTT poziciją). Komisijos sprendimas taip pat yra nuoseklus su būsima ESTT praktika ir tuo aspektu, kad keldama klausimą dėl išimtinių teisių suteikimo *papildomai rinkai* Komisija nekėlė klausimo dėl SESV 106(1) str. pažeidimo Olandijos pašto bendrovei jau suteikiant jau turimas išimtines teises pašto paslaugų atžvilgiu (t.y. *pirminio* monopolio teisėtumo), o konstatavusi pažeidimą konstatavo tik ginčo objektu tapusių nuostatų prieštaravimą Europos Sąjungos teisei.

Visgi skirtingai nuo ESTT sprendimo *Hofner* byloje, Komisija *Olandijos pašto* byloje aiškiai nebuvo linkusi pažeidimo susieti su išskirtinėmis situacijomis, kai absoliučiai visa atsakomybė už paklausos nepatenkinimą turi tekti valstybei, t.y. pozicijai, kad išimtinių teisių suteikimas neišvengiamai turi nulemti išimtinių teisių turėtojo piktnaudžiavimą, kuris negali priklausyti nuo išimtinių teisių turėtojo veiksmų ar veiklos efektyvumo. Taigi pastebėtina, kad savo sprendime konkurencijos problemą paklausos nepatenkinimo dalyje Komisija susiejo išimtinai su aplinkybe, kad suteikus išimtines teises klientams konkrečiu laiko momentu reikiama paslauga nebus teikiama, nors pripažįsta, kad ateityje Olandijos paštas gali rinkai pasiūlyti reikiamos kokybės paslaugas (*šiuo metu dar neteikia palyginamo patikimumo ar operatyvumo paslaugas*³¹²). Tokia argumentacija leidžia daryti išvadą, kad paklausos nepatenkinimo bylose visiškai pakanka nustatyti aplinkybę, kad valstybė suteikė išimtines teises, o išimtinių teisių turėtojas netekina paklausos nekeliat atskiro reikalavimo įrodyti konkrečios paklausos nepatenkinimo priežasties (t.y. išimtinių teisių turėtojas paklausos patenkinti nenori ar negali dėl neefektyvaus valdymo ar objektyvių aplinkybių). Prielaidas dėl tokios Komisijos pozicijos *Olandijos pašto* sprendime netiesiogiai patvirtina ir Komisijos pozicija 1991 m. ESTT nagrinėtoje *Hofner* byloje, kai Komisija tiesiogiai nurodė linkusi SESV 106(1) str. pažeidimą įžvelgti kai išimtinių teisių turėtojas „*nenori arba negali*“ suteikti prašomų paslaugų, t.y. pažeidimas siejamas tiek su negalėjimu, tik su nenoru patenkinti paklausos³¹³.

Olandijos pašto byloje nagrinėta problema nebuvo unikali Europos Sąjungoje, todėl jau po kelių mėnesių buvo priimtas antrasis Komisijos sprendimas susijęs su pašto monopolio išplėtimu į greitųjų kurjerių paslaugų rinką. Šiuo atveju Komisija nagrinėjo *Ispanijos pašto*³¹⁴ monopolio išplėtimą, kuris beveik visais požymiais buvo identiškas Olandijos atvejui. Esminiai skirtumai buvo susiję tik su tuo, kad Ispanijoje išimtinės teisės buvo suteiktos ne reguliuojant paslaugų kainas, tačiau visiškai uždraudžiant konkuruojančių paslaugų teikimą, ir tuo, kad Ispanijos pašto bendrovės pasirengimas teikti kurjerių paslaugas buvo dar labiau ribotas: Ispanijos pašto teikiamos kurjerių paslaugos nepadengė visos Ispanijos teritorijos, o tarptautinių siuntų siuntimas buvo įmanomas tik į didžiausius Europos miestus.

Atsižvelgiant į tokius nagrinėtų bylų faktinių aplinkybių panašumus visiškai natūralu, kad *Ispanijos pašto* byloje Komisija priėmė analogišką sprendimą. Visgi analizuojat Komi-

312 90/16/EEC European Commission Decision concerning the provision in the Netherlands of express delivery services (PTT), O.L. L 010, 47 - 52 (1990), 13 paragrafas.

313 ESTT sprendimas byloje Nr. C-41/90, Klaus Höfner ir Fritz Elser v Macrotron GmbH, ECLI:EU:C:1991:161, 18 paragrafas.

314 Komisijos sprendimas byloje Nr. 90/456/EEC Commission Decision concerning the provision in Spain of international express courier services, O.L. L 233, 19-23 (1990).

sijos sprendimo turinį gali daryti aiškią išvadą, kad *Olandijos pašto* sprendimas sulaukė pakankamai daug kritikos, todėl Komisija buvo priversta atskirais aspektais patikslinti savo poziciją. Šiuo atžvilgiu į akis krenta du esminiai pozicijos patikslinimai. *Pirma*, sprendime Komisija patikslino savo poziciją ir konkrečiai įvardino, kad paklauskos nepatenkinimo atveju Komisija išvelgia SESV 102 str. (b) dalies pažeidimą („*gamybos, rinkų arba technikos raidos ribojimas pažeidžiant vartotojų interesus*“)³¹⁵, kai *Olandijos pašto* byloje pažeidimas buvo įvardintas kaip abstraktus SESV 102 str. pažeidimas. *Antra*, *Ispanijos pašto* byloje Komisija jau tiesiogiai įvardina valstybės atsakomybės pagrindus, kuriuos buvo galima tik numanyti *Olandijos pašto* byloje. Konkrečiai, sprendimo 11 paragrafe Komisija nurodė:

„nagrinėjama valstybės priemonė, kartu su Ispanijos pašto biuro elgesiu, sukelią poveikį pasireiškiantį [SESV 102 str.] numatytu tiekimo ir techninio progreso apribojimu, tokiu būdu pažeisdama [SESV 106 str.] taikomą kartu su [SESV 102(b) str.]“

Toks Komisijos motyvas suponuoja tris išvadas, kurios buvo nutylėtos *Olandijos pašto* byloje, t.y. paklauskos nepatenkinimo byloje: (1) SESV 102 str. pažeidimą reikia vertinti analizuojant situaciją, t.y. ar buvo sukurtas SESV 102 str. (b) dalyje numatytas poveikis rinkai; (2) nėra labai svarbu nustatyti, kas konkrečiai sukėlė tokią poveikį: valstybė ar išimtinių teisių turėtojas; (3) paklauskos nepatenkinimas nebūtinai turi būti nulemtas valstybės sukeltos sisteminės problemos, kuri nepaliekia išimtinių teisių turėtojai kitos galimybės, kaip tik pažeisti SESV 102(b) str. numatytą draudimą. Pastebėtina ir tai, kad sprendime Komisija papildomai akcentuoja *Ispanijos pašto* bendrovės „*elgesį*“, kuris niekaip nebuvo minimas *Olandijos pašto* byloje. Panašu, kad tokiu akcentu Komisija bandė bent iš dalies atsakyti į kritiką dėl Komisijos praktikos nenuoseklumo su *Sacchi* bylos principu, kad 106 str. taikymo tikslais būtina nustatyti išimtinių teisių turėtojo daromus piktnaudžiavimo veiksmus.

Antrasis Komisijos bylų duetas buvo nagrinėtas 1995–1996 m. analizuojant Italijos ir Ispanijos veiksmus suteikiant GSM licencijas antrajam telekomunikacijų operatoriui. **Italijos GSM**³¹⁶ ir **Ispanijos GSM** bylose Komisija nagrinėjo Italijos ir Ispanijos sprendimus antrosios mobiliojo GSM ryšio licencijos išdavimą susieti su reikalavimu sumokėti licencinį mokestį, kurio dydis sudarė trečdalį visų investicijų reikalingų norint pasiūlyti vartotojams mobiliojo ryšio paslaugas. Šiuo atžvilgiu Komisija atkreipė dėmesį, kad pirmosios GSM licencijos turėtojas (valstybinis telekomunikacijų operatorius, kuris turėjo monopolines teises teikti balso telefonijos paslaugas) neturėjo sumokėti už analogiškos licencijos išdavimą. Atitinkamai, Komisija padarė išvadą, kad reikšmingo licencinio mokesčio nustatymas antrajam operatoriui iškreipė konkurencijos sąlygas tokia apimtimi, kad Italijos valstybinė telekomunikacijų bendrovė turės tik dvi galimybes, kurių *kiekviena* veda link piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi. Pasak Komisijos, aplinkybė, kad antrasis GSM operatorius yra priverstas sumokėti licencinį mokestį, (1) valstybinę bendrovę *gali paskatinti* išplėsti turimą monopolinę padėtį teikiant kitas telekomunikacijos paslaugas į susijusią GSM pas-

315 *Ibid*, 11 paragrafas.

316 Komisijos sprendimas Nr. 95/489/EC, Commission Decision of 4 October 1995 concerning the conditions imposed on the second operator of GSM radiotelephony services in Italy, O.L. L 280, 49 – 57 (1995).

laugų rinką pasiūlant vartotojams mažesnius tarifus (tokios galimybės valstybinė bendrovė neturėtų nesant valstybės veiksmų); (2) *neišvengiamai* sulėtins naujo rinkos tinklo plėtrą bei *gali paskatinti* atidėti valstybinės bendrovės GSM tinklo plėtrą bei išlaikyti aukštesnius GSM ryšio paslaugų tarifus (t.y. skatins SESV 102 str. pažeidžiančius veiksmus, siejamus su esminiu paklausos nepatenkinimu).

Šiuo atžvilgiu įdomu pastebėti, kad, skirtingai nuo Olandijos ir Ispanijos pašto bylų, abu šie Komisijos sprendimai buvo priimti jau ESTT, įteisinus Hofner sprendimą, todėl galima buvo tikėtis Komisijos ir ESTT pozicijų suartėjimo. Visgi išsamesnių Komisijos sprendimų GSM byloje analizė suponuoja, kad Komisija ir toliau buvo linkusi laikytis savo ankstesnės pozicijos ir toliau plėtoti savarankišką požiūrį į SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo sudėtį. Tai iliustruoja keli aspektai.

Pirma, Komisijos sprendimų motyvacijoje nesunkiai galima atpažinti Hofner byloje suformuluotą „piktnaudžiavimo neišvengiamumo“ kriterijaus taikymą. Tokią įtaką galima atpažinti Komisijos argumentuose, teigiančiuose, kad valstybės sprendimais sukurtas konkurencijos iškraipymas paliko telekomunikacijos operatoriams tik dvi komercinės veiklos galimybės, kurių „*kiekviena pažeidžia* [SESV 106(1) str.] *taikomą kartu su* [SESV 102 str.]“³¹⁷. Visgi analizuojant Komisijos nurodytas aplinkybes, kaip konkrečiai šie valstybės veiksmai gali nulemti SESV 102 str. pažeidimą, galime pastebėti, kad nuo valstybinių telekomunikacijų operatorių veiksmų nepriklausė tik pažeidimo dalis, pasireiškianti neišvengiamai sulėtinta privačių telekomunikacijų operatorių tinklo plėtra, kurią lemia poreikis tinklo plėtojimui skirtas investicijas nukreipti į licencinio mokesčio sumokėjimą. Šiuo atžvilgiu SESV 102 str. pažeidimo neišvengiamumą suponuoja Komisijos teiginiai, kad konkurencijos iškraipymas „atidės“ (angl. „*will delay*“) tinklo plėtrą. Kita vertus, kalbėdama apie kitus pasiūlos apribojimo aspektus, tokius kaip valstybinės kompanijos *galimas sprendimas* išlaikyti aukštas GSM paslaugų kainas arba *galimas sprendimas* atidėti savo GSM tinklo plėtrą, Komisija įžvelgia tik tokių sprendimų priėmimo tikimybę, t.y. valstybės veiksmai „galėtų paskatinti“ (angl. „*could encourage*“, „*would encourage*“) atidėti GSM paslaugos plėtrą bei „galėtų paskatinti“ išlaikyti aukštesnes paslaugų kainas už tas, kurias valstybinė telekomunikacijų bendrovė galėtų nustatyti nesant valstybės intervencijos³¹⁸. Tokie Komisijos sprendimo motyvai leidžia manyti, kad nepriklausomai nuo Hofner suformuluoto precedento Komisija savo pozicijos nepakeitė ir toliau laikėsi pozicijos, kad SESV 106 (1) str. ir 102 str. taikymo tikslais nėra būtina nustatyti, kad valstybė sukūrė sistemingą paklausos nepatenkinimo problemą, neišvengiamai verčiančią išimtinių teisių turėtoją piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi.

317 *Ibid*, 17 paragrafas; Komisijos sprendimas Nr. 97/181/EC, Commission Decision of 18 December 1996 concerning the conditions imposed on the second operator of GSM radiotelephony services in Spain, O.L. L 076 , 19 - 29 (1997), 21 paragrafas

318 Komisijos sprendimas Nr. 95/489/EC, Commission Decision of 4 October 1995 concerning the conditions imposed on the second operator of GSM radiotelephony services in Italy, O.L. L 280, 49 – 57 (1995), 17 paragrafas; Komisijos sprendimas Nr. 97/181/EC, Commission Decision of 18 December 1996 concerning the conditions imposed on the second operator of GSM radiotelephony services in Spain, O.L. L 076 , 19 - 29 (1997), 21 paragrafas.

Antra, Komisijos sprendimai GSM bylose pateikė ir papildomus paaiškinimus dėl SESV 106(1) ir 102 str. taikymo. Šiuo atžvilgiu pirmiausiai reiktų atkreipti dėmesį, kad savo sprendime Komisija nurodo, kad paklausos nepatenkinimas gali pasireikšti ne tik tais atvejais, kada vartotojai neturi galimybės gauti atitinkamų parametru paslaugos (tokios paslaugos nėra), tačiau ir tokiais atvejais, kai dėl valstybės intervencijos teikiamų paslaugų kaina yra nustatoma aukštesniame lygmenyje už kainą, kurią išimtinių teisių turėtojas galėtų nustatyti esant konkurencingai rinkai (paslaugų kaina per didelė).

Trečia, Komisijos sprendimai GSM bylose išskirtiniai ir tuo požiūriu, kad jose pažeidimas buvo įžvelgiamas ir tokioje situacijoje, kai paklausos nepatenkinimas dėl valstybės vykdytos intervencijos yra tik laikina problema, t.y. valstybės priemonės tik sulėtino vartotojų galimybę gauti reikiamas paslaugas greičiau, nei tai būtų įmanoma nesant valstybės intervencijos į rinką³¹⁹. Galimybė įžvelgti pažeidimą tokioje situacijoje išreiškia griežtesnį standartą nei kitose paklausos nepatenkinimo bylose, kurioje paprastai kalbama apie valstybės priemones, sąlygojančias nuolatinę paklausos nepatenkinimo problemą.

Šių Komisijos sprendimo motyvų analizė leidžia spręsti, kad ESTT sprendimas *Hofner* byloje nepakeitė Komisijos požiūrio dėl SESV 106(1) str. taikymo tikslais nustatytų aplinkybių. Savo ruožtu, vēlesnėse GSM bylose Komisija netgi dar labiau pamėgino išplėsti paklausos nepatenkinimo teorijos taikymo ribas. Kita vertus, analizuojant ESTT praktiką galima pastebėti analogišką nusistatymą toliau laikytis *Hofner* byloje suformuluoto teisinio standarto, kurį iliustruoja *Connect Austria* bylos sprendimas. 2003 m. ESTT nagrinėjo praktiškai identišką radijo ryšių licencijos išdavimo klausimą *Connect Austria*³²⁰ byloje, kurį Komisija buvo nagrinėjusi Ispanijos ir Italijos GSM bylose. Nepaisant to, kad byloje šalys savo poziciją tiesiogiai grindė Komisijos sprendimais Italijos ir Ispanijos GSM bylose³²¹, ESTT buvo linkęs įžvelgti SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą tik tuo atžvilgiu, kad valstybės intervencija apsaugojo arba išplėtė išimtinių teisių turėtojo dominuojančią padėtį, susilaikant nuo bet kokių aliuizijų į pažeidimą, susijusį su negalėjimu patenkinti paklausos, kurį Komisija konstatavo Italijos ir Ispanijos GSM bylose. Toks ESTT sprendimas dar kartą patvirtino, kad Komisija ir ESTT vystė dvi pakankamai savarankiškas SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo interpretacijas dėl paklausos nepatenkinimo bylose.

4.1.3. Komisijos ir ESTT pozicijų suartėjimas *Slovenska posta* byloje

2015 m. Bendrojo teismo sprendimas *Slovenska posta* byloje³²² sudarė prielaidas suderinti Komisijos ir ESTT pozicijas dėl teisinio testo, kuris turi būti taikomas paklausos nepatenkinimo bylose. Reikia pripažinti, kad Bendrojo teismo sprendimas buvo apskūstas ape-

319 Komisijos sprendimas Nr. 95/489/EC, Commission Decision of 4 October 1995 concerning the conditions imposed on the second operator of GSM radiotelephony services in Italy, O.L. L 280, 49 – 57 (1995), 17 paragrafas; Komisijos sprendimas Nr. 97/181/EC, Commission Decision of 18 December 1996 concerning the conditions imposed on the second operator of GSM radiotelephony services in Spain, O.L. L 076 , 19 - 29 (1997), 21 paragrafas

320 ESTT sprendimas byloje Nr. C-462/99, *Connect Austria*, ECLI:EU:C:2003:297.

321 *Ibid.*, 41 paragrafas.

322 Bendrojo teismo sprendimas byloje Nr. T-556/08, *Slovenská pošta v Komisija*, ECLI:EU:T:2015:189.

liacine tvarka ESTT³²³ ir tokia pozicija dar gali keistis. Kita vertus, bent jau šiame institucijų praktikos ir doktrinos evoliucijos etape Bendrojo teismo sprendimas yra reikšmingiausias teisės šaltinis leidžiantis spręsti dėl teisinių kriterijų, kurie turi būti įrodomi paklausos nepatenkinimo byloje.

Slovenska posta bylo pagrindą sudarė 2008 m. priimtas Komisijos sprendimas³²⁴, kuriuo Komisija pripažino, kad Slovakijos suteikta išimtinė teisė teikti hibridinio pašto paslaugas (t.y. paslauga teikiama pašto paslaugų teikėjui pačiam atspausdinant laiškus ir išnešiojant adresatams) pažeidė SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimus. Šiuo atžvilgiu Komisija pažeidimą susiejo su dviem aspektais, t.y. (1) Slovakijos pašto dominuojančios padėties tradicinėje pašto rinkoje išplėtimas į susijusią hibridinio pašto rinką valstybės intervencijos pagrindu; (2) Slovakijos pašto negalėjimas patenkinti paklausos hibridinio pašto rinkoje.

Konstatuodama pažeidimą, pasireiškiantį negalėjimu patenkinti paklausos, Komisija vadovavosi trimis esminėmis aplinkybėmis: (1) Slovakijos paštas teikė hibridinio pašto paslaugas, tačiau negalėjo pasiūlyti klientams anksčiau privačių paslaugų teikėjų siūlytų *papildomų* paslaugų, kaip elektroninių ataskaitų apie laišku pristatymą parengimas bei laišku pristatymas septynias dienas per savaitę; (2) šios papildomos paslaugos yra labai svarbios didžiausiems hibridinio pašto paslaugos pirkėjams; (3) Slovakijos paštas nenurodė, kad jis gali/ketina suteikti tokias paslaugas ateityje. Akcentuodama šias aplinkybes Komisija pateikė nuorodą į *Hofner* byloje suformuluotą testą ir konstatavo, kad suteikdama išimtinę teisę Slovakijos paštui teikti hibridinio pašto paslaugas, Slovakija apribojo anksčiau teiktų paslaugų teikimą vartotojams, nors tokios paslaugos yra aiškiai paklausios, ir tokiu būdu pažeidė SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimus³²⁵.

Slovakijos paštas apskundė tokį Komisijos sprendimą Bendrajam teismui, tačiau 2015 m. Bendrasis teismas patvirtino Komisijos padarytas išvadas dėl SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo, įskaitant Komisijos išvadas dėl pažeidimo, susijusio su paklausos nepatenkinimu³²⁶. Analizuojant Bendrojo teismo sprendimo motyvus galime daryti kelias išvadas.

Pirma, Bendrojo teismo išvados pirmiausia yra svarbios tuo, kad teismo sprendime pagaliau galime rasti aiškią teismo poziciją dėl priežastinio ryšio, kurį reikia nustatyti tarp valstybės veiksmų ir paklausos nepatenkinimo, t.y. ar paklausos nepatenkinimo byloje būtina nustatyti, kad paklausos nepatenkinimas yra susijęs išimtinai su valstybės veiksmais (kaip tai buvo konstatuota *Hofner* byloje), ar visgi pažeidimą galime įžvelgti ir tada, kai tam tikra atsakomybė dėl paklausos nepatenkinimo tenka ir išimtinių teisių turėtojui. Šiuo atžvilgiu reikia atkreipti dėmesį, kad teismas pažeidimo analizę pradeda nuoroda į *Hofner* byloje suformuluotas išvadas, suponuojančias pažeidimo egzistavimą tik tokiais atvejais, jeigu išimtinių teisių turėtojas „*negali išvengti piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi*“³²⁷, t.y. teismas apeliuoja į pažeidimo neišvengiamumo doktriną, kurioje SESV 106(1) str. pažei-

323 Bylai buvo suteiktas Nr. C-293/15 P.

324 Komisijos sprendimas Nr. COMP/F-1/39.562, Commission Decision of 7 October 2008 relating to a proceeding under Article 86(3) of the EC Treaty on the Slovakian postal legislation relating to hybrid mail services, O.L. 4 C.M.L.R. 13 (2009).

325 Žr. *Ibid.*, 149-155 paragrafai.

326 Bendrojo teismo sprendimas byloje Nr. T-556/08, Slovenská pošta v Komisija, ECLI:EU:T:2015:189.

327 *Ibid.*, 315 paragrafas.

dimas įmanomas tik tokiu atveju, jeigu valstybės veiksmai yra vienintelė priežastis, lėmusi SESV 102 str. pažeidimą. Visgi analizuodami teismo argumentus išsamiau galime pastebėti, kad pateikdamas nuorodą į *Hofner* bylą³²⁸ teismas siekia labiau atkreipti dėmesį į susiformavusią ESTT praktiką paklausos nepatenkinimo bylose, nei patvirtinti pasirengimą taikyti *Hofner* byloje taikytą pažeidimo neišvengiamumo testą. Tokią išvadą pirmiausiai patvirtina aplinkybė, kad sprendimo bendroje dalyje formuluodamas valstybės atsakomybės pagal 106(1) str. pagrindus teismas pabrėžia modernesnėje teismų praktikoje suformuluotą teisinį testą, leidžiantį įžvelgti 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą tais atvejais, kai išimtinių teisių turėtojas yra priverstas (angl. „is led“) piktnaudžiauti (kaip minėta, šis teisinis testas pripažįsta ūkio subjekto atsakomybę už paklausos nepatenkinimą). Savo ruožtu, galutinę išvadą dėl tokio testo taikymo leidžia padaryti paslaugų, kurių poreikio nepatenkino Slovakijos paštas, pobūdžio analizė. Konkrečiai, savo sprendime teismas patvirtino Komisijos išvadas, kad paklausos nepatenkinimą nagrinėjamoje byloje galima konstatuoti atsižvelgiant į tai, kad teikdamas monopolizuotas hibridinio pašto paslaugas Slovakijos paštas klientams nepasiūlė (1) pašto siuntų pristatymo septynias dienas per savaitę ir (2) elektroninių ataskaitų apie siuntų pristatymą, nors tokias paslaugas klientams anksčiau teikė privatūs operatoriai. Nagrinėjamoje byloje toks ankstesnis privačių operatorių paslaugų teikimas leido spręsti, kad Slovakijos paštas nesusidūrė su kliūtimis, dėl kurių Slovakijos paštas *objektyviai* negalėjo suteikti privačių operatorių anksčiau siūlytų paslaugų, todėl paslaugų teikimas arba neteikimas buvo išimtinai Slovakijos pašto apsisprendimo ir veiklos efektyvumo klausimas. Savo ruožtu tokia išvada reiškia, kad nagrinėjamoje byloje SESV 102 str. pažeidimą lygiomis dalimis lėmė tiek valstybės veiksmai, apribojantys klientų galimybes įsigyti jiems reikiamas paslaugas iš trečiųjų asmenų, tiek Slovakijos pašto veiklos neefektyvumas, nesugebant patenkinti rinkoje egzistuojančios paklausos. Savo ruožtu patvirtinęs Komisijos išvadas tokio pobūdžio situacijoje teismas suteikė pakankamą pagrindą manyti, kad Europos Sąjungos teismų praktika nereikalauti nustatyti, kad *vienintelė* SESV 102 str. pažeidimo priežastis yra valstybės veiksmai.

Antra, Bendrojo teismo išvadose taip pat randame patvirtinimą *Job Center II* byloje padarytai išvadai, kad analizuojant paklausos nepatenkinimą reikia vertinti ne išimtinių teisių turėtojo bendro pobūdžio galimybes patenkinti atitinkamą rinką sudarančias paslaugas (t.y. šiuo atveju – kaip efektyviai jis yra pasirengęs teikti monopolizuotas hibridinio pašto paslaugas), tačiau galimybę suteikti kiekvieną individualią paslaugą, kuriai tik egzistuoja paklausa. Savo ruožtu, nustatydamas tokios paklausos egzistavimą *Slovenska posta* sprendime teismas vertino du kriterijus, t.y. (1) ar rinkoje egzistuoja poreikis atitinkamoms paslaugoms; ir (2) ar toks poreikis yra pakankamai reprezentatyvus (t.y. ar tokios paslaugos reikia pakankamam klientui skaičiui).

Analizuodamas rinkos poreikio egzistavimą teismas susidūrė su dvejopa situacija. Viena vertus, teismas galėjo padaryti išvadą, kad rinkoje tikrai egzistavo poreikis elektroninių ataskaitų pateikimo paslaugoms – tai patvirtino aplinkybė, kad Slovakijos telekomo skelbtame konkurse elektroninių ataskaitų pateikimo galimybė buvo vienas svarbiausių kriterijų pasirenkant hibridinio pašto paslaugos teikėją, kuris padėjo pasiekti labai konkretų tikslą – padidinti klientų įsiskolinimų valdymo efektyvumą. Kita vertus, analizuodamas poreikį pašto

328 Bendrojo teismo sprendimo 325 paragrafas.

siuntų pristatymui septynias dienas per savaitę, teismas pastebėjo, kad pasirinkdamas konkurso laimėtoją Slovakijos telekomas šiam kriterijui nesuteikė esminės reikšmės, o vienintelis įrodymas apie paklausos egzistavimą tokiai paslaugai buvo aplinkybė, kad septynių dienų per savaitę pristatymą Slovakijos telekomas nurodė, kaip trečią iš keturių pagal svarbumą papildomų paslaugų, kurias anksčiau teikė privatus operatoriai. Tokių pastebėjimų kontekste teismas visgi pripažino paklausos egzistavimą abiejų paslaugų atžvilgiu³²⁹, nors teismo motyvuose ir galime įžvelgti tam tikrą abejonę dėl paklausos egzistavimo septynių dienų per savaitę pristatymo paslaugai. Tokia teismo argumentacija suponuoja, kad nustatant rinkoje egzistuojančią paklausą iš esmės turėtų būti siekiama atriboti tokias situacijas, kada *teoriškai* klientams rinkos dalyviai gali pasiūlyti kokią nors pridėtinę paslaugą, tačiau nėra jokių įrodymų, kad tokios paslaugos klientams realiai reikia. Kita vertus, konkrečios paslaugos *svarba* klientams pasirenkant konkretų paslaugos teikėją (kiek reikšmingai tokios paslaugos reikia) neturėtų būtų laikoma esminiu paklausos egzistavimo įrodymu.

Kaip minėta, nustatęs paklausos specifinei paklausai egzistavimą teismas analizavo, ar Slovakijos telekomo turimas poreikis elektroninių ataskaitų pateikimo paslaugoms pakankamai gerai atspindi rinkoje egzistuojančią bendrą paklausą tokio pobūdžio reikmėms. Šiuo atžvilgiu teismas nurodė, kad Slovakijos telekomo teikiamas prioritetą pateikti elektronines ataskaitas iš tiesų puikiai atspindėjo rinkoje esančią paklausą vien dėl to, kad Slovakijos telekomas buvo vienas didžiausių hibridinio pašto paslaugos pirkėjų³³⁰. Tokia teismo išvada natūraliai kelia klausimą, ar paklausos intensyvumo vertinimas turėtų sudaryti atskirą teisinį kriterijų vertinant paklausos egzistavimą, t.y. ar padarę išvadą, kad specifinės paslaugos reikia tik vienam klientui, turėtume konstatuoti, kad paklausos specifinei paslaugai rinkoje nėra? Manytina, kad atsakymas į šį klausimą turėtų būti neigiamas. Šiuo atžvilgiu reikėtų atkreipti dėmesį, kad klausimą dėl paklausos reprezentatyvumo iškėlė pareiškėjas³³¹, todėl teismo atlikta analizė turėtų būti vertinama daugiau kaip atsakymas į pareiškėjo iškeltą klausimą, nei aliuzija į savarankišką teisinį kriterijų nustatant paklausos egzistavimą. Savo ruožtu, tokią poziciją netiesiogiai patvirtina aplinkybė, kad analogiško paklausos reprezentatyvumo analizės teismas neatliko septynių dienų per savaitę pristatymo atžvilgiu, tačiau tokia aplinkybė nesukliudė teismui pripažinti savarankiškos paklausos egzistavimo tokiai papildomai paslaugai³³².

Apibendrinant aukščiau išdėstytus argumentus galima teigti, kad nustatant paklausos specifinei paslaugai egzistavimą teismas iš esmės reikalauja (1) tik identifikuoti paslaugas, kurių įrodomai reikia klientams, tačiau tokia paslauga (2) nebūtinai turi sudaryti savarankišką atitinkamą rinką, ir (3) nebūtinai klientams turi būti kritiškai svarbi pasirenkant atitinkamos paslaugos teikėją; o (4) poreikį atitinkamai paslaugai gali turėti tiek vienas, tiek keli paslaugų pirkėjai. Kitaip tariant, nustatant paklausos egzistavimą pakanka įrodyti, kad tokia paslauga yra realiai reikalinga bent vienam atitinkamos paslaugos pirkėjui.

329 ESTT sprendimas byloje Nr. T-556/08, Slovenská pošta v Commission, ECLI:EU:T:2015:189, 336 paragrafas.

330 *Ibid.*, 332 paragrafas

331 *Ibid.*, 328 paragrafas

332 *Ibid.*, 336 paragrafas

Trečia, teismo išvados taip pat atskleidžia teismo požiūrį į tai, kaip konkrečiai reikėtų taikyti *Hofner* byloje suformuluotą paklausos nepatenkinimo „esmiškumo“ kriterijų. Teismo sprendimo motyvų analizė leidžia manyti, kad paklausos nepateikimo esmingumą teismas vertino užduodamas tokį klausimą: „ar išimtinių teisių turėtojas teikia identifikuotą konkrečių parametru paslaugą arba alternatyvią paslaugą, kuri tenkintų tuos pačius klientų poreikius? Jeigu ne – vadinasi, paslaugų teikėjas „iš esmės“ netenkina paklausos“. Iškelęs tokį klausimą *Slovenska posta* byloje teismas atkreipė dėmesį, kad Slovakijos paštas neteikė elektroninių atskaitų pateikimo paslaugos ir pašto siuntų pristatymo septynias dienas per savaitę paslaugos, o Slovakijos pašto siūlomos rašytinių atskaitų pateikimo paslauga netenkino klientų poreikių, susijusių su atskaitos duomenų integravimu į klientų IT sistemas. Atitinkamai, teismas pripažino, kad Komisiją pagrįstai nusprendė, kad Slovakijos paštas „aiškiai“ negalėjo patenkinti rinkoje esančios paklausos.

Šiame kontekste reikia pažymėti, kad sprendime teismas be kitų aplinkybių akcentavo, kad Slovakijos paštas nepateikė jokių įrodymų, kad paštas galėtų suteikti tokias paslaugas klientams³³³. Toks teismo argumentas palieka tam tikrą abejonę, ar Slovakijos paštui patvirtinus savo ketinimus suteikti tokias paslaugas ateityje vis dar būtų galima konstatuoti pažeidimą? Visgi *Slovenska posta* byloje teismas atsakymo į šį klausimą nepateikė.

4.1.4. Tyrimo rezultatų apibendrinimas

Apibendrinant ESTT ir Komisijos poziciją atskirose bylose galima daryti išvadas dėl teisinių kriterijų, kurie turėtų būti nustatomi konstatuojant SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimus ir atsakyti į šio poskyriaus pradžioje iškeltus klausimus.

Žalos teorija. Kiekvienas konkurencijos teisės pažeidimas turi tam tikrą žalos teoriją, kuri leidžia analizuoti skirtingus konkurencijos teisės pažeidimo atvejus išlaikant principinę atitinkamos pažeidimo rūšies idėją³³⁴. Apibendrinant ESTT ir Komisijos praktiką, galima daryti išvadą, kad paklausos nepatenkinimo byloje žalos teorija buvo suformuota *Hofner* byloje ir šiuo metu galioja praktiškai nepakitusi su vienintele išlyga, kad atsakomybę už žalos kilimą moderniojoje praktikoje solidariai galime priskirti tiek valstybei, tiek išimtinių teisių turėtojui. Atitinkamai šiuo metu taikoma žalos teorija turėtų skambėti maždaug taip: „SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimas egzistuoja tuomet, jeigu dėl bendrų valstybės ir išimtinių teisių turėtojo veiksmų sukuriama situacija, kai atitinkamų paslaugų pirkėjas netenka galimybės įsigyti jam reikiamų paslaugų dėl to, kad išimtinių teisių turėtojas tokių paslaugų nesiūlo, o tokių paslaugų įsigyti iš trečiųjų asmenų pirkėjas negali dėl valstybės suteiktų išimtinių teisių.“³³⁵ Tokia žalos teorija suponuoja, kad konstatuojant SESV 106(1) str.

333 *Ibid.*, 348, 349 paragrafas.

334 Apie poreikį nustatyti žalos teoriją konkurencijos byloje plačiau žr. Michael Walker, "The Importance of a Theory of Harm," *European Competition Law Review* 31, 10 (2010); Stavros S. Makris, "Applying normative theories in EU competition law: exploring article 102 TFEU," *UCL Journal of Law and Jurisprudence* (2014): 30-57; Ioannis Apostolakis, "E-commerce and free rider considerations under article 101 TFEU," *European Competition Law Review* 37, 3 (2016): 115.

335 Žr. pvz. Bendrojo teismo sprendimą byloje Nr. T-556/08, *Slovenská pošta v Komisija, ECLI:EU:T:2015:189*, 325 ir 350 paragrafas ir ESTT sprendimą byloje Nr. C-41/90, *Klaus Höfner ir Fritz Elser v Macrotron GmbH, ECLI:EU:C:1991:161*, 30 ir 31 paragrafas.

ir 102 str. pažeidimą paklausos nepatenkinimo byloje vertinimą visuomet reikia atlikti per atitinkamų *paslaugų pirkėjo interesų* pažeidimo prizmę, nepaisant to, kad išimtinių teisių suteikimas labai dažnai pažeidžia realių ar potencialių konkurentų interesus.

Tokią žalos teoriją patvirtina ESTT ir Komisijos praktika: (1) *Hofner, Job Centre II, Carra, Ambulanz Glockner* byloje skundėsi konkurentai, negalintys įeiti į atitinkamą rinką arba joje teisėtai veikti dėl valstybės suteiktų išimtinių teisių, tačiau pažeidimo analizė buvo atliekama išimtinai per vartotojo prizmę, t.y. ar išimtinių teisių turėtojas pakankamai efektyviai patenkina rinkoje egzistuojančią paklausą; (2) *Pavlov, Albany, Brentjens, Drijvende Bokken, AG2R* ginčą inicijavo atitinkamų paslaugų pirkėjai, kurie buvo priversti pirkti jiems netinkamas paslaugas iš išimtinių teisių turėtojo, todėl tyrimo metu buvo siekiama atsakyti į klausimą ar išimtinių teisių turėtojo teikiamos paslaugos jiems buvo tinkamos; (3) Komisijos nagrinėtos *Olandijos pašto, Ispanijos pašto, Italijos GSM, Ispanijos GSM* ir *Slovenska posta* bylos buvo pradėtos Komisijos iniciatyva reaguojant į papildomų išimtinių teisių suteikimą, kliudantį Komisijos iniciatyvoms liberalizuoti rinką, tačiau paklausos nepatenkinimo pažeidimo elemento vertinimas vėl buvo atliekamas per vartotojo prizmę, t.y. ar vartotojai neteko galimybės įsigyti jiems reikiamų paslaugų.

Priežastinis ryšys. Konceptualiai SESV 106(1) str. pažeidimas gali būti įžvelgiamas tik tuomet, jeigu valstybė sumažina Europos Sąjungos teisės normų veiksmingumą. Tai reiškia, kad įrodinėjant 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą paklausos nepatenkinimo byloje visais atvejais turime nustatyti didesnę ar mažesnę valstybės atsakomybę už SESV 102 str. veiksmingumo sumažinimą³³⁶, t.y. priežastinį ryšį tarp neteisėtų veiksmų ir valstybės priemonių.

Paklausos nepatenkinimo byloje visuomet aktyviai buvo keliamas valstybės prisidėjimo prie SESV 102 str. pažeidimo intensyvumo klausimas, kuris teisine prasme reiškia tinkamo priežastinio ryšio nustatymą. Šiuo atžvilgiu doktrinoje ir praktikoje visuomet diskutuojamos dvi teorijos.

Pagal pirmąją teoriją valstybės atsakomybė SESV 106(1) str. pagrindu paklausos nepatenkinimo byloje gali kilti tik tuomet, jeigu išimtinių teisių suteikimą ir pažeidimą sieja *tiesioginis* priežastinis ryšys, kuriame išimtinių teisių suteikimas yra vienintelė priežastis, dėl kurios išimtinių teisių turėtojas buvo priverstas padaryti SESV 102 str. pažeidimą savo veiksmais (t.y. nepatenkino paklausos). Reikalaujant nustatyti tokį priežastinį ryšį išimtinių teisių turėtojo vaidmuo tampa absoliučiai šalutinis, t.y. nepriklausomai, ar išimtinių teisių turėtojas pasieks maksimalų veiklos efektyvumą arba bus valdomas neefektyviai, objektyvios aplinkybės nesudaro jokių prielaidų patenkinti paklausą. *Hofner* sprendimo motyvais tokio priežastinio ryšio nustatymas reikalauja įrodyti, kad suteiktų išimtinių teisių kontekste išimtinių teisių turėtojas „negali“ patenkinti rinkoje esančios paklausos. Tokį priežastinį ryšį ESTT reikalavo nustatyti *Hofner, Job Centre II* ir *Carrra* byloje, kas yra pakankamai natūralu atsižvelgiant į tai, kad šiomis bylomis atsargiai buvo kuriama išimtis iš *Sacchi* byloje sukurtos bendros taisyklės, suponuojančios savaiminį išimtinių teisių teisėtumą. Tokio teisinio testo taikymą įgalino ir išskirtinės nagrinėtų bylų aplinkybės, kurių kontekste buvo galima kalbėti būtent apie tiesioginio priežastinio ryšio egzistavimą, t.y. valstybės sprendimas suteikti išimtines teises teikti labai diversifikuotas įdarbinimo pas-

336 Eleni Manaridou, "The Greek Lignite Sprendimas byloje: A (Questionable) Victory of The "Effects Theory," *European Law Review* 40, June (2015): 429.

laugas tokių didelių rinkų, kaip Vokietija ir Italija, buvo neadekvatus realioms bet kokio subjekto galimybės patenkinti paklausą.

Antroji teorija teigia, kad paklausos nepatenkinimo byloje atsakomybę valstybei SESV 106(1) str. pagrindu galima priskirti ir tokiais atvejais, kai už paklausos nepatenkinimą yra solidariai atsakinga tiek valstybė, tiek išimtinių teisių turėtojas. Reikalaujant nustatyti tokį priežastinį ryšį pakanka nustatyti kilusias pasekmes, t.y. kad egzistuoja rinkoje paklausa, kurios nepatenkina išimtinių teisių turėtojas, o galimybė įsigyti tokias paslaugas iš trečiųjų asmenų yra apribota valstybės suteiktomis išimtinėmis teisėmis. Savo ruožtu, klausimas, kas konkrečiai sukėlė tokias pasekmes – valstybė, suteikdama išimtines teises ar neefektyviai valdomas išimtinių teisių turėtojas, – yra neaktualus, kadangi valstybės ir išimtinių teisių turėtojo atsakomybė už kilusias pasekmes bet kokiu atveju yra solidari. Praktikoje tokio priežastinio ryšio taikymas reiškia, kad nagrinėjant paklausos nepatenkinimo bylas reikia nustatyti, kad išimtinių teisių turėtojas „*nenori ar negali*“³³⁷ suteikti konkrečioms klientams reikiamų paslaugų. Kaip paaiškinama aukščiau atliktoje bylų analizėje, tokios solidarios atsakomybės koncepcijos taikymą galime pastebėti visose Komisijos bylose, tuo tarpu Europos Sąjungos teismų praktikoje jis buvo atsargiai pristatytas *Albany* byloje, netiesiogiai buvo matomas *Pavlov, Ambulanz Glockner, AG2R* byloje ir pakankamai gerai išryškėjo *Slovenska posta* atveju. Atitinkamai, tokią priežastinio ryšio teoriją galima vertinti kaip dominuojančią moderniojoje ESTT ir Komisijos praktikoje.

Šiame kontekste reikia pripažinti, kad solidarios atsakomybės principo įtvirtinimas ESTT ir Komisijos praktikoje turi tiek privalumų, tiek trūkumų lyginant su tiesioginio priežastinio ryšio principu, todėl vienareikšmiškai konstatuoti vieno ar kito principo pranašumą yra neįmanoma. Kita vertus, siekiant suvokti probleminius aspektus būtina atkreipti dėmesį į kiekvieno principo pagrindinius privalumus ir trūkumus.

Kalbant apie tiesioginio priežastinio ryšio principo privalumus pirmiausiai galime pastebėti, kad toks principas suteikia gerokai didesnę komfortą išimtines teises suteikiančiai valstybei, kadangi išimtinių teisių suteikimo ir galiojimo metu valstybė gali pakankamai aiškiai įvertinti, ar toks išimtinių teisių suteikimas yra teisėtas. Šiuo atžvilgiu priimdama sprendimą – suteikti išimtines teises arba išlaikyti tokių teisių galiojimą – valstybė turi tiesiog *ex ante* įvertinti, ar pakankamai gerai valdomas išimtinių teisių turėtojas turi galimybę patenkinti rinkoje egzistuojančią paklausą. Savo ruožtu, pripažinus solidariosios atsakomybės principą, valstybės veiksmų teisėtumas pradeda tiesiogiai priklausyti nuo išimtinių teisių turėtojo veiksmų, t.y. jeigu išimtinių teisių turėtojas tenkina rinkoje egzistuojančią paklausą, valstybės veiksmai bus teisėti, jeigu netenkina – valstybės veiksmai tampa neteisėti, o valstybė *inter alia* susiduria su potencialiais žalos atlyginimo reikalavimais. Maža to, valstybės veiksmų teisėtumas tampa kintantis laike – jeigu šiandien išimtinių teisių turėtojas neteikia konkrečiam klientui reikiamos paslaugos, – valstybė padaro 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą, tačiau tik išimtinių teisių turėtojui pasiūlius reikiamų parametrų paslaugą valstybės suteiktos išimtinės teisės vėl tampa teisėtos. Tokią problematiką pakankamai gerai apžvelgė generalinis advokatas *Jacobs Albany* byloje nurodydamas, kad pašalinus poreikį nustatyti *tiesioginį* priežastinį ryšį tarp valstybės veiksmų ir konkurenciją ribojan-

337 Tokį testą siūlė ESTT taikyti Komisija *Hofner* byloje, žr. ESTT sprendimą byloje Nr. C-41/90, Klaus Höfner ir Fritz Elser v Macrottron GmbH, ECLI:EU:C:1991:161, 18 paragrafas.

čių pasekmių, valstybė tiesiog tampa atsakinga už visus *autonomiškus* ūkio subjekto konkurenciją ribojančius veiksmus vien dėl to, kad tokie veiksmai atliekami tos valstybės jurisdikcijoje³³⁸. Kiek kitu aspektu solidariosios atsakomybės principą kritikavo ir generalinis advokatas *Tesauro Cobeau*³³⁹ byloje nurodydamas, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. neturėtų tapti instrumentu, kuriuo vertinamas išimtinių teisių turėtojų ekonominis efektyvumas. Jo įsitikinimu, šie straipsniai turėtų būti taikomi tik priimant sprendimą dėl išimtinių teisių suteikimo teisėtumo/neteisėtumo, o išimtinių teisių turėtojo ekonominio efektyvumo klausimas turėtų būti paliktas nacionalinės valdžios kontrolei.

Autoriaus įsitikinimu, tokie argumentai yra visiškai racionalūs: tiesioginio priežastinio ryšio principas užtikrina gerokai didesnę teisinę tikrumą valstybei, kuri gali vertinti ir kontroliuoti savo veiksmų teisėtumą, o efektyvumo klausimas paliekamas nacionalinei diskrecijai. Kita vertus, tokie argumentai turi vieną esminį trūkumą: jie nesprendžia labai konkrečios rinkos dalyvio problemos, pasireiškiančios tuo, kad dėl bendrų valstybės ir ūkio subjektų veiksmų jis negali užsitikrinti jam reikiamų paslaugų teikimo. Konkrečiai, (1) jeigu problema kyla dėl išimtinių teisių turėtojo veiklos efektyvumo trūkumo, taikant tiesioginio priežastinio ryšio valstybės atsakomybės principą toks rinkos dalyvis negali išsilaivinti iš teisių apribojimų įrodinėdamas išimtinių teisių prieštaravimą SESV 106(1) str. ir 102 str.; (2) daugeliu atveju toks rinkos dalyvis taip pat negalės įrodyti ir išimtinių teisių turėtojo piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi, kadangi SESV 102 str. nėra pritaikytas tokio pobūdžio situacijų sprendimui: SESV 102 str. taikymo tikslais paklausos nepatenkinimo problema dauguma atveju turėtų būti kvalifikuojama kaip dominuojančio subjekto *atsisakymas tiekti*, tačiau tokio pobūdžio pažeidimas *inter alia* yra siejamas tik su atsisakymu tiekti *esminius išteklius* (t.y. prekėmis/paslaugomis, nuo kurių tiekimo priklauso galimybė veikti atitinkamoje rinkoje) ir niekaip neįpareigoja dominuojančio subjekto sukurti konkretaus kliento poreikius tenkinančios prekės ar paslaugos. Kitaip tariant, pripažinus poreikį nustatyti tiesioginį priežastinį ryšį tarp valstybės veiksmų ir susiklosčiusios situacijos, susidarytų situacija, kai konkurencijos problema akivaizdžiai egzistuoja, tačiau teisėje nėra mechanizmo, galinčio tokią problemą išspręsti.

Analogiškai galima kelti klausimą, kiek iš tiesų yra racionalus teiginys, kad suteikusi išimtines teises valstybė tampa priklausoma nuo autonomiškai veikiančio išimtinių teisių turėtojo veiksmų, pati niekaip neprisidėdama prie SESV 102 str. pažeidimo. Šiuo atžvilgiu reikėtų atkreipti dėmesį, kad paklausos nepatenkinimo byloje išimtinių teisių suteikimo negalima vertinti *tik* kaip tam tikro teisės akto priėmimo, po kurio valstybė atiduoda visą išimtinės teisės įgyvendinimo kontrolę išimtinių teisių turėtojui. Šiuo atžvilgiu reikia atkreipti dėmesį, kad priėmus teisės aktą „įsijungia“ visas valstybės prievartos mechanizmas, kuris nuolatos užtikrina tokių išimtinių teisių efektyvumą, t.y. išimtinių teisių turėtojas praneša institucijoms apie teisių pažeidimus, aktyvuojamas pažeidimų tyrimo ir sankcijų mechanizmas, teismai atsisako ginti pagal sutartis įgytas teises ir t.t. Visi šie valstybės veiksmai po išimtinių teisių suteikimo nuolatos užtikrina, kad suteikus išimtines teises klientas neturėtų galimybės ieškoti alternatyvų tiekimo šaltinių, o būtų privestas kreiptis

338 Generalinio advokato Jacobs išvada *Albany International* byloje (ESTT sprendimas byloje Nr. C-67/96, *Albany International*, ECLI:EU:C:1999:430), 338 paragrafas.

339 ESTT sprendimas byloje Nr. C-320/91, *Corbeau*, ECLI:EU:C:1993:198.

su prašymu pradėti tiekti tam tikrą paslaugą į išimtinių teisių turėtoją, kuris savo ruožtu jau gali laisvai nuspręsti, ar teikti klientui reikiamas paslaugas. Pažvelgus į situaciją iš tokios perspektyvos, tampa pakankamai akivaizdu, kad paklausos nepatenkinimo bylose pakankamai sunku įžvelgti absoliučiai *autonomišką* ūkio subjekto veikimą apribojant klientų galimybes įsigyti jiems reikiamas paslaugas rinkoje. Šiame procese visuomet kartu su ūkio subjektu dalyvauja valstybė panaudodama valstybės prievartos mechanizmą, todėl būtų pakankamai racionalu manyti, kad ir atsakomybę už tokių konkurenciją ribojančių pasekmių kilimą solidarai turi prisiimti tiek valstybė, tiek išimtinių teisių turėtojas.

Labai panašios pozicijos laikosi Monti³⁴⁰ bei Manaridou. Šių autorių įsitikinimu, negalėjimo patenkinti paklausos bylose valstybės atsakomybės klausimą reikėtų sieti ne tiek su išimtinių teisių turėtojo efektyvumo trūkumu, kiek su pasyviais valstybės veiksmais nesprendžiant susidariusios situacijos. Kaip nurodo Manaridou, šiuo atveju valstybės atsakomybė kyla tuomet, jeigu matydama savo kontroliuojamo subjekto neefektyvumą ar tai, kad kiti ūkio subjektai yra pasiruošę geriau patenkinti rinkoje egzistuojančią paklausą, valstybė nesiima priemonių tokiai situacijai ištaisyti³⁴¹. Kitaip tariant, valstybė turi *pareigą* prižiūrėti savo sukurtų monopolijų efektyvumą ir gali būti laikoma atsakinga, jeigu valstybė nesukuria adekvataus mechanizmo, kuris pašalintų iš tokio monopolizavimo kylančių antikonkurencinių pasekmių, t.y. negalėjimo patenkinti paklausos³⁴².

Šiame kontekste pažymėtina, kad solidarios atsakomybės principo taikymas kartu užtikrina galimybę efektyviai šalinti iš teisines sistemos valstybės ir išimtinių teisių turėtojo veiksmais sukurtas antikonkurencines pasekmes. Tokį efektyvumą lemia gerokai mažesnė įrodinėjimo našta, taikoma įrodinėjant SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą pagal solidarios atsakomybės principą. Tai galima iliustruoti *Slovenska posta* situacijos motyvais pagrįstu pavyzdžiu. Įsivaizduokime, kad konkretaus kliento veikloje pakankamai svarbu iš hibridinio pašto paslaugų teikėjo gauti elektronines ataskaitas apie pašto siuntų pristatymą siekiant efektyviau valdyti savo klientų įsiskolinimus ir išnaudoti šiam tikslui anksčiau įsigytas informacines technologijas. Jeigu toks klientas privalėtų įrodyti tiesioginį priežastinį ryšį tarp valstybės suteiktų išimtinių teisių ir susidariusios situacijos (t.y. elektroninių ataskaitų nepateikimo), įrodinėjant SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą šiam klientui tektų pareiga įrodyti, kad išimtinių teisių turėtojas susiduria su objektyviomis kliūtimis, trukdančiomis suteikti šiam klientui reikiamas paslaugas (tik toks argumentas leistų kelti valstybės atsakomybės pagal SESV 106(1) str. klausimą). Nesunku numanyti, kad įrodyti tokios aplinkybės egzistavimą atitinkamų paslaugų pirkėjui būtų nepaprastai sunku, jeigu apskritai įmanoma. Absoliučia dauguma atvejų paslaugų pirkėjai neturi tikslų žinių apie atitinkamos paslaugos teikimo mechanizmą ir konkrečias kliūtis, su kuriomis susiduria paslaugos teikėjai norėdami suteikti jam reikalingą paslaugą, tuo tarpu ginčo kontekste išimtinių teisių turėtoji pripažinus savo neefektyvumą ar pažadėjus suteikti tokią paslaugą kada nors ateityje (pvz. kai bus rinkoje didesnė paklausa, kai atsilaisvins resursai ir t.t.), toks pripažinimas vienareikšmiškai lemtų nukentėjusio asmens skundo atmetimą. Kitaip

340 Giorgio Monti, *EC Competition Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 449.

341 Eleni Manaridou, "The Greek Lignite Spreading bylaws: A (Questionable) Victory of The "Effects Theory," *European Law Review* 40, June (2015): 430.

342 Giorgio Monti, *EC Competition Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 449.

tariant, tiesioginio priežastinio principas įrodinėjant SESV 106(1) str. pažeidimą realiai sudarytų galimybę ginčyti tik tokias ekstremalias situacijas, kurios buvo nagrinėtos *Hofner*, *Job Centre II* ir *Carra* bylose, tačiau solidariosios atsakomybės principas sudaro galimybę kelti paklausos nepatenkinimo klausimą gerokai plačiau. Šiuo atžvilgiu klientui pakanka įrodyti, kad išimtinių teisių turėtojas „*nenori ar negali*“ suteikti jam reikiamų paslaugų, t.y. aplinkybes, kurios yra objektyviai nustatomos (teikia arba neteikia) ir kurias klientas puikiai suvokia (žinau, ko man reikia, tačiau negaliu gauti). Atitinkamai solidariosios atsakomybės principas suteikia klientui visiškai racionalią galimybę ginti savo pažeistas teises SESV 106(1) str. ir 102 str. pagrindu.

Paklausos nepatenkinimas. Vienas centrinių elementų paklausos nepatenkinimo bylose yra faktas, kad konkrečių bylos aplinkybių kontekste iš tiesų egzistuoja situacija, kada nėra tenkinama rinkos paklausa. Atitinkamai kyla klausimas, kokių konkrečių kriterijų pagrindų reikia konstatuoti šios faktinės aplinkybės egzistavimą? Kaip minėta šio poskyriaus pradžioje, analizuojant paklausos nepatenkinimą taip pat kyla klausimas, kokios apimties veiklos atžvilgiu reikėtų vertinti paklausos nepatenkinimą, nes vienaip atrodytų negalėjimas teikti konkrečios paslaugos vertinant bendrą ūkio subjekto veiklą, kitaip – vertinant tam tikros kategorijos paslaugų teikimą ir dar kitaip vertinant išimtinių teisių turėtojo veiklą teikiant labai konkrečias paslaugas. Tai galima iliustruoti praktiniu pavyzdžiu. Tarkime, kad savivaldybė yra suteikusi savo kontroliuojamam subjektui išimtinę teisę teikti viešojo transporto paslaugas, 99% vietos savivaldos gyventojų yra patenkinti tokio paslaugų teikėjo teikiamomis paslaugomis, likusį 1% gyventojų populiacijos sudaro judėjimo negalią turintys žmonės, kuriems nesudaromos techninės galimybės pasinaudoti viešuoju transportu. Jeigu vertintume tokios išimtinės teisės teisėtumą visų vartotojų atžvilgiu, tokioje situacijoje galima būtų daryti aiškią išvadą, kad išimtinės teisės turėtojas tenkina rinkoje egzistuojančią paklausą, todėl toks išimtinių teisių suteikimas nepažeidžia SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimų. Kita vertus, vertinant išimtinių teisių turėtojo pasirengimą patenkinti paklausą iš judėjimo negalią turinčių asmenų perspektyvos išvados būtų absoliučiai priešingos – tokių asmenų poreikiai (paklausa) yra visiškai netenkinami.

Atsakymą dėl tinkamos vertinimo perspektyvos galime rasti *Job Centre II* ir *Slovenska posta* bylose. *Job Centre II* byloje buvo pakankamai aiškiai konstatuota, kad paklausos nepatenkinimas turėtų būti svarstomas kiekvienos atskiros veiklos atžvilgiu, kuri gali būti siauresnė už atitinkamą rinką sudarančių paslaugų grupę, tuo tarpu *Slovenska posta* byloje teismas tokio principo taikymą iliustravo praktiniu pavyzdžiu, t.y. apibrėžęs atitinkamą rinką kaip hibridinio pašto paslaugų teikimą, teismas vertino išimtinių teisių turėtojo galimybę suteikti pakankamai specifines *papildomas* paslaugas, kurias iki rinkos monopolizavimo rinkoje hibridinio pašto paslaugos pirkėjams teikė privatūs ūkio subjektai. Tokie sprendimo motyvai leidžia daryti išvadą, kad paklausos patenkinimo/nepatenkinimo klausimas turi būti vertinamas ne bendros išimtinių teisių turėtojo veiklos, tačiau labai konkrečios paslaugos atžvilgiu, kuriai tik egzistuoja savarankiška paklausa.

*Slovenska posta*³⁴³ sprendime pateikti teismo motyvai taip pat leidžia spręsti, kad nustatant savarankiškos paklausos egzistavimą pakanka nustatyti aplinkybę, kad egzistuoja pirkėjų, kuriems kyla poreikis įsigyti atitinkamą paslaugą, nekelti reikalavimo įrodyti to-

343 Bendrojo teismo sprendimas byloje Nr. T-556/08, *Slovenská pošta v Komisija*, ECLI:EU:T:2015:189.

kios paklausos masto. Kitaip tariant, jeigu galima pagrįstai įrodyti, kad egzistuoja pirkėjų, kuriems tokios paslaugos realiai galėtų reikėti, galima konstatuoti savarankiškos paklausos egzistavimą tokiais paslaugai.

Visgi šiuo atveju reiktų atkreipti dėmesį, kad, darant galutinę išvadą dėl savarankiškos paklausos egzistavimo, reiktų kelti paklausos egzistavimo įrodomumo klausimą siekiant atskirti situacijas, kada rinkoje egzistuoja paklausa atitinkamoms paslaugoms nuo situacijos, kai atitinkamą paslaugą galėtų/norėtų pasiūlyti tiekėjai. Šiuo atžvilgiu norima pasakyti, kad analizuojant bet kokią išimtinių teisių turėtojo teikiamą paslaugą visuomet galima pastebėti, kad tokią paslaugą galima teikti kitaip arba tokioms paslaugoms galima panaudoti naujausias mokslines technologijas, pvz. teikti hibridinio pašto paslaugą pašto siuntų pristatymui naudojant skraidykles, kurias šiandien naudoja tokios bendrovės kaip Amazon. Visgi toks rinkos dalyvių pasirengimas teikti atitinkamas paslaugas (arba pasiūlos egzistavimas) nebūtinai reiškia, kad egzistuoja atitinkama paklausa tokioms paslaugoms, o norėdamas išsaugoti išimtinių teisių teisėtumą išimtinių teisių turėtojas privalėtų teikti visas įmanomas paslaugos modifikacijas. Tokią išvadą *inter alia* galime daryti atsižvelgdami į tai, kad paklausos nepatenkinimo byloje taikoma žalos teorija yra siejama su konkretaus kliento negalėjimu užsitikrinti jam reikiamų paslaugų teikimo, o ne konkurentų galimybe pasiūlyti savo teikiamas paslaugas.

Šiame kontekste pastebėtina, kad vertinant paklausos nepatenkinimą pakankamai dažnai galime susidurti su situacija, kada išimtinių teisių turėtojas siūlo atitinkamą paslaugą, tačiau tokios paslaugos teikėjų netenkina tokios paslaugos kokybė arba kaina. Kaip galima spręsti iš Komisijos sprendimų *Italijos GSM* ir *Ispanijos GSM* bylose tokiais atvejais taip pat galima kelti paklausos nepatenkinimo klausimą, kurį galima būtų išreikšti tokia forma: (1) ar egzistuoja paklausa tokios kokybės ar tam tikros kainos paslaugoms o jeigu tokia paklausa egzistuoja (2) ar išimtinių teisių turėtojas tokią paklausą patenkina. Savo ruožtu, galutinis atsakymas dėl tokios paklausos patenkinimo ir išimtinių teisių atitikimo SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimams priklausys nuo to, ar skirtumas tarp išimtinių teisių turėtojo siūlomos paslaugų kainos ir kokybės bei paslaugų kainos ir kokybės, kurią pirkėjai galėtų įsigyti iš trečiųjų asmenų nesant valstybės intervencijos, yra esminis.

Esminis paklausos nepatenkinimas. Padarius išvadą, kad egzistuoja paklausa tam tikroms paslaugoms ir tokios paslaugos išimtinių teisių turėtojas nepatenkina, turi būti keliamas paklausos nepatenkinimo reikšmingumo klausimas, t.y. ar išimtinių teisių turėtojas iš esmės netenkina tokios paslaugos.

Kaip galima buvo pastebėti analizuojant konkrečiose bylose priimtus sprendimus, evoliucionuojant teismų praktikai požiūris į paklausos nepatenkinimo esmingumą reikšmingai pasikeitė. *Hofner*, *Job Centre II* ir *Carra* bylose ESTT priimti sprendimai analizavo situacijas, kai paklausos nepatenkinimas buvo visiškai akivaizdus ir tokias situacijas apibūdinti kaip „esminį“ paklausos nepatenkinimą buvo pakankamai racionalu konkrečių bylų aplinkybių kontekste. Tokia ESTT praktika leido generaliniam advokatui Jacobs *Albany* byloje daryti išvadą, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo konstatavimas paklausos nepatenkinimo byloje įmanomas tik išskirtinėmis aplinkybėmis³⁴⁴, kai valstybė sukuria

344 Generalinio advokato Jacobs išvada ESTT byloje Nr. C-67/96, *Albany International*, ECLI:EU:C:1999:430, 408 paragrafas.

sisteminę paklausos nepatenkinimo problemą ir netgi tuo atveju nustatant pažeidimo egzistavimą reikėtų suteikti valstybei galimybę klysti vertinant išimtinių teisių turėtojo galimybes. Kitaip tariant, paklausos nepatenkinimas turi būti toks akivaizdus, kad praktiškai niekam neturėtų kilti abejonų dėl tokios paslaugos nepatenkinimo reikšmingumo. Visgi evoliucionuojant teismų praktikai toks požiūris reikšmingai pasikeitė. Nors Komisija ir Europos Sąjungos teismai savo sprendimuose konkrečiai nėra nurodę, kaip konkrečiai reikėtų nustatyti paklausos nepatenkinimo esmingumą, praktikos analizė suponuoja, kad paklausos nepatenkinimas turėtų būti vertinamas vadovaujantis tiesiog racionalių esmingumo kriterijumi, kuris, pavyzdžiui, taikomas nustatant esminį sutarties pažeidimą. Kitaip tariant, paklausos nepatenkinimo bylose galime kelti tiesiog subjektyvaus teismo vertinimo reikalaujantį klausimą, ar išimtinių teisių turėtojo teikiamos paslaugos iš esmės netenkina konkretaus asmens poreikių, nesusiejant tokio esmingumo su tokiais krašutinėmis situacijomis, kurios buvo nustatytos *Hofner*, *Job Centre II* ir *Carra* bylose. Savo ruožtu analogiškas vertinimas turėtų būti atliekamas analizuojant situacijas, kai pirkėjas apskritai negali gauti jam reikiamos paslaugos, tiek tose situacijose, kada pirkėjas negauna jam reikiamos kokybės paslaugos.

Šiame kontekste galima kelti klausimą, ar atlikdami paklausos nepatenkinimo esmingumo vertinimą turėtume atsižvelgti į konkretaus pirkėjo poreikių patenkinimą ar tam tikros kritinės pirkėjų masės poreikių patenkinimą. Manytina, kad įrodinėjant pažeidimo egzistavimą paklausos tenkinimo/netenkinimo vertinimą galima atlikti analizuojant bendrais požymiais apibrėžtos asmenų grupės poreikius (kaip tai buvo daroma pvz. *Hofner*, *Job Center II*, *Carra* ir *Ambulanz Glockner* bylose). Visgi toks grupinis vertinimas jokia būdu neapriboja galimybės įrodinėti individualaus pirkėjo poreikių patenkinimo problemos. Autoriaus įsitikinimu, tokią išvadą galima daryti atsižvelgiant į tai, kad koncepcinį paklausos nepatenkinimo bylų pagrindą sudaro SESV 102 str. numatytas pažeidimas, kurio nustatymo tikslais nėra keliamas reikalavimas įrodyti, kad piktnaudžiavimo veiksmai buvo nukreipti į kritinę nukentėjusių asmenų masę. Jeigu toks nukentėjusių asmenų kritinės masės reikalavimas nekeliamas įrodinėjant SESV 102 str. pažeidimą, toks reikalavimas natūraliai negali būti keliamas ir įrodinėjant 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą.

Išimtinių teisių teisėtumas. Kadangi SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimas gali būti padarytas individualaus pirkėjo atžvilgiu, kyla klausimas, ar išimtinių teisių turėtojo negalėjimas patenkinti vieno pirkėjo poreikių gali panaikinti visas ūkio subjekto išimtines teises, t.y. kitų klientų ir kitų paslaugų atžvilgiu? Kaip galima pastebėti analizuojant ESTT ir Komisijos sprendimus, SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimas konstatuojamas nurodant, kad tam tikras teisės aktas ar valstybės veiksmas sudaro pažeidimą konkrečių bylų faktinių aplinkybių kontekste, todėl Komisija pareikalauja pašalinti tokį pažeidimą, o priimdamas prejudicinį sprendimą ESTT pateikia paaiškinimus, kaip konkrečiai nacionalinis teismas turėtų spręsti bylą taikydamas nacionalines teisės normas. Nepaisant to, kaip konkrečiai valstybė pašalins pažeidimą priklauso išimtinai nuo valstybės narės pasirinkimo: šiuo atžvilgiu valstybės diskreciją riboja tik reikalavimas pašalinti Europos Sąjungos teisei prieštaraujančias išimtines teises byloje nagrinėtų asmenų arba paslaugų atžvilgiu (priklausomai nuo byloje nagrinėtų faktinių aplinkybių).

Išvados. Analizuojant SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo sąlygas paklausos nepatenkinimo bylose galime pastebėti, kad tokio pobūdžio pažeidimas gali būti įrodinėjamas ne tokiais išskirtiniais atvejais, apie kuriuos buvo kalbama *Hofner* byloje, kada paklausos nepatenkinimas turi būti toks fundamentalus, kad neišvengiamai turi būti daroma išimtis iš *Sacchi* byloje suformuluotos bendros taisyklės. Šiuo metu galiojantis teisinis testas yra siejamas su pakankamai gyvenimiškais situacijomis, kai pirkėjas turi poreikį tam tikroms paslaugoms, tokių paslaugų negali gauti iš išimtinių teisių turėtojo, tačiau kartu negali tokių paslaugų pirkti iš trečiųjų asmenų. Tokioje situacijoje įrodinėdamas SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą pirkėjas neturės įrodyti nei to, kad su analogiška problema susiduria ir kiti paslaugų pirkėjai, nei to, kad valstybė sukūrė *sistemingą* problemą, dėl kurios net efektyviausias išimtinių teisių turėtojas neturi galimybės jo poreikių patenkinti. Nors reikia pripažinti, kad įrodinėjant pažeidimą nebus įmanoma absoliučiai smulkmeniškoms situacijoms, kadangi SESV 102 str. pažeidimo tikslais pirkėjas turės įrodyti ne tik piktnaudžiavimo veiksmų, tačiau ir poveikio prekybai tarp valstybių narių egzistavimą.

Viena vertus, toks žemas pažeidimo įrodinėjimo standartas turėtų sukelti reikšmingą valstybių narių susirūpinimą, kadangi, įgalinant ginčyti išimtinių teisių suteikimą individualiais paklausos nepatenkinimo atvejais, sumažinus paklausos nepatenkinimo „esmingumo“ kartelę iki racionalaus lygmens bei implikuojant solidarią valstybės ir išimtinių teisių turėtojo atsakomybę, natūraliai kyla klausimas, ar egzistuoja valstybėje teisėtų išimtinių teisių arba, kitaip tariant, ar Europos Sąjungos konkurencijos teisė nustatė *per se* išimtinių teisių neteisėtumo standartą? Iš tiesų yra pakankamai sunku įsivaizduoti situaciją, kai valstybės paskirtas išimtinių teisių turėtojas patenkintų visų klientų poreikius ir dar turėdamas išimtinę teisę nesivadovautų monopolisto logika ir teiktų paslaugas už tokias kainas, kurios nebūtų reikšmingai didesnės už tokias, kurios galėtų nusistovėti nesant valstybės intervencijos. Tokia situacija sudaro prielaidą manyti, kad po *Slovenska posta*³⁴⁵ sprendimo išimtis iš *Sacchi*³⁴⁶ byloje 1974 m. nustatytos bendros taisyklės dėl išimtinių teisių *per se* teisėtumo yra gerokai didesnė už pačią taisyklę³⁴⁷, t.y. bendrajai išimtinių teisių *per se* teisėtumo taisyklei yra paliekama iš esmės teoriniai atvejai, kada išimtinių teisių turėtojai veikia labai efektyviai, tenkina visų vartotojų interesus ir dar teikia paslaugas konkurencingomis kainomis.

Kita vertus, vertinant tokios taisyklės racionalumą reikėtų atkreipti dėmesį, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimas paklausos nepatenkinimo bylose pašalina išimtinių teisių teisėtumą tik tokiu atveju, kuomet toks pažeidimas negali būti pateisinamas 106(2) str. numatyta išimtimi. Kitaip tariant, toks neteisėtumas pasireiškia tik tokiose situacijose, kai susiduriame su elementaria protekcionistine valstybės politika, kada išimtinių teisių suteikimu yra tiesiog sutrikdoma rinkoje egzistuojanti laisva konkurencija, nesiekiant arba netinkamai siekiant kokių nors visuomenei naudingų tikslų. Visgi toks teisinis standartas nekluduoja įgyvendinti tokių SESV 106(2) str. išimtimi pateisinamų projektų, kaip pvz., solidarumo principo pagrindu veikiančios sveikatos apsaugos, socialinio draudimo, greitosios pagalbos paslaugų

345 Bendrojo teismo sprendimas byloje Nr. T-556/08, *Slovenská pošta v Komisija*, ECLI:EU:T:2015:189.

346 ESTT sprendimas byloje Nr. C-155/73, *The State v. Giuseppe Sacchi*, ECLI:EU:C:1974:40.

347 Žr. taip pat José Luis Buendía Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law: Article 86 (Formerly Article 90) of the EC Treaty*. (Oxford: Oxford University Press on Demand, 1999), 189.

organizavimo schemas (pvz. *Albany*³⁴⁸, *Pavlov*,³⁴⁹ *Ambulanz Glockner*³⁵⁰). Tokiame teisiniame kontekste pakankamai žemas išimtinių teisių teisėtumo standartas nebeatrodo toks neracionalus. Visgi kartu reikia pripažinti, kad *Slovenska posta*³⁵¹ sprendimas siunčia pakankamai aiškų signalą, kad valstybės narės turėtų susilaikyti nuo išimtinių teisių suteikimo, nebent jos turi labai aiškų pagrindimą, kodėl tokios išimtinės teisės ir su tuo siejamas konkurencijos iškreipymas yra reikalingas norint pasiekti visuomenei naudingų tikslų.

4.2. Interesų konflikto situacijos sudarymas

SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo prasme pažeidimas gali pasireikšti ir tokiais atvejais, kai valstybė sukuria konflikto situacijas, kuriose atsidūrę subjektai įgyja reikšmingą paskatą piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi. Atitinkamai, šiame disertacijos poskyryje analizuosime teisinius kriterijus, kurių pagrindu tokių interesų konflikto situacijų sukūrimas gali būti laikomas SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimu.

Prieš pradėdant analizuoti SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo turinį pirmiausiai reikėtų atkreipti dėmesį, kad interesų konflikto situacijos visuomet sukuria konkurencijos problemas nepriklausomai nuo to, ar tokios situacijos susiformuoja natūraliai, ar būna sukurtos valstybės. Tai puikiai iliustruoja aplinkybė, kad daugelis klasikinių piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi atvejų yra siejami su vertikaliai integruotų dominuojančių subjektų veiksmis, kai šie naudojami savo dominuojančia padėtimi siekdami išstumti konkurentus iš vertikaliai susijusių rinkų. Prie tokių piktnaudžiavimo veikslių galima priskirti, pavyzdžiui, dominuojančio subjekto atsisakymą suteikti prieigą prie esminių išteklių³⁵², diskriminacinių ir/arba pernelyg didelių kainų taikymą pasrovinėje rinkoje konkuruojantiems subjektams³⁵³, maržos spaudimo taikymą siekiant pašalinti konkurentus iš pasrovinės rinkos kainodaros priemonėmis³⁵⁴ ir t.t. Visi šie pavyzdžiai leidžia manyti, kad kilus poreikiui bendradarbiauti su pasrovinėje ar priešsrovinėje rinkoje veikiančiais konkurentais piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi veikslių potencialas reikšmingai išauga būtent dėl kylančio interesų konflikto: dominuojantis subjektas nėra suinteresuotas tiekti arba tiekti palankiomis sąlygoms savo konkurentams pasrovinėse ar priešsrovinėse rinkose, kadangi bet koks tiekimo sąlygų pagerinimas konkuruojantiems subjektams mažina paties dominuojančio subjekto konkurencingumą.

Konkurencijos teisė interesų konflikto kuriamas konkurencijos problemas kontroliuoja per piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi institutą. Visgi šio instituto galimybė išspręsti konkurencijos problemas yra pakankamai ribota: jis sprendžia interesų konflikto situacijoje

348 ESTT sprendimas byloje Nr. C-67/96, *Albany International*, ECLI:EU:C:1999:430.

349 ESTT sprendimas sujungtose bylose Nr. C-180/98 - C-184/98, *Pavel Pavlov* ir kiti v *Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, ECLI:EU:C:2000:428.

350 ESTT sprendimas byloje Nr. C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz*, ECLI:EU:C:2001:577.

351 Bendrojo teismo sprendimas byloje Nr. T-556/08, *Slovenská pošta v Komisija*, ECLI:EU:T:2015:189.

352 ESTT sprendimas byloje Nr. C-418/01 *IMS Health*, ECLI:EU:C:2004:257.

353 ESTT sprendimas sujungtose bylose C-110/88, C-241/88 ir C-242/88, *François Lucazeau* ir kiti v *Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM)* ir kiti, ECLI:EU:C:1989:326.

354 ESTT sprendimas byloje Nr. C-52/09 *Konkurrensverket V Teliasonera Sverige*, ECLI:EU:C:2011:83.

sukuriamų neigiamų *pasekmių* šalinimo klausimą (vertina konkrečius ūkio subjektų veiksmus), tačiau neturi galimybės pašalinti tokių antikoncepcinių pasekmių kilimo *priežasties*, – pačios interesų konflikto situacijos, kurioje atsiduria piktnaudžiavimo veiksmus atliekantis dominuojantis ūkio subjektas. Toks teisinės kontrolės mechanizmo kontrolės ribotumas atspindi sąmoningą konkurencijos politikos apsisprendimą išlaikyti rinkos dalyvių paskatą siekti rinkos lyderio pozicijos siūlant vartotojams geriausios kainos ir kokybės prekes ir paslaugas (jeigu neleidžiama užimti rinkoje dominuojančios padėties – nėra poreikio aktyviai konkuruoti siekiant tokios pozicijos). Visgi tokiais atvejais, kai interesų konflikto situacija susidaro *dirbtinai* dėl valstybės sprendimo suteikti išimtinės teisės, tokia konkurencijos politikos logika negalioja. Tiek draudžiant piktnaudžiavimo veiksmų atlikimą, tiek reikalaujant pašalinti *dirbtinai* susiformavusią interesų konflikto situaciją paskatų konkuruoti sumažinti neįmanoma vien dėl to, kad *dirbtinėje* interesų konflikto situacijoje atsідūręs subjektas dominuojančią padėtį rinkoje bet koku atveju įgyja ne dėl savo įdėtų pastangų ir efektyvumo, o valstybės intervencijos į rinkoje vykstančius natūralius konkurencijos procesus.

Tokia logika paaiškina, kodėl racionalu riboti valstybių diskreciją kurti *dirbtines* interesų konflikto situacijas. Konkurencijos politikos prasme toks ribojimas pirmiausiai garantuoja sąžiningas konkurencijos sąlygas visiems rinkoje veikiantiems subjektams, nepriklausomai nuo tokio subjektų turimo santykio su valstybe, ir tokiu būdu tiesiogiai įgyvendina Europos Sąjungos sutartyje numatytą tikslą Europos Sąjungos vidaus rinkos integraciją grįsti neiškreiptos konkurencijos sąlygomis. Toks valstybės diskrecijos ribojimas taip pat leidžia racionaliau panaudoti valstybės išteklius įgyvendinant konkurencijos politiką, kadangi pašalinus piktnaudžiavimo veiksmų susidarymo priežastį, toks sprendimas reikšmingai sumažina ir konkurencijos institucijų išteklių panaudojimą tiriant interesų konflikto situacijoje atsідūrusių subjektų veiksmų teisėtumą, t.y. kontroliuojant pasekmes. Pastarąjį elementą puikiai iliustruoja Konkurencijos tarybos praktika tiriant AB „Lietuvos paštas“ veiksmų teisėtumą, kurio atžvilgiu nuo 2004 m. Konkurencijos taryba yra priėmusi net 7 sprendimus byloje³⁵⁵, kuriose AB „Lietuvos paštas“ buvo įtariamas piktnaudžiavimu dominuojančia padėtimi.

4.2.1. Interesų konflikto draudimo koncepciniai pagrindai

1974 m. *Sacchi*³⁵⁶ byloje ESTT vienareikšmiškai nurodė, kad išimtinių teisių suteikimas savaime negali būti laikomas SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimu. Kita vertus, *Telekomunikacijų galinių įrenginių* byloje³⁵⁷ kartu užsiminė, kad *ne visos* išimtinės teisės yra suderinamos su Europos Sąjungos teisės reikalavimais³⁵⁸. Šių sprendimų perspektyvoje buvo

355 Šiuo atveju skaičiuojami ir sprendimai, kuriais Konkurencijos taryba atsisakė pradėti tyrimą arba tyrimą nutraukė, kadangi šie sprendimai taip pat iliustruoja rinkoje susidariusią įtampą dėl dirbtinės interesų konflikto situacijos, kuri buvo susidariusi iki pašto rinkos liberalizacijos 2013 m.

356 ESTT sprendimas byloje Nr. C-155/73, *The State v. Giuseppe Sacchi*, ECLI:EU:C:1974:40.

357 ESTT sprendimas byloje Nr. C-202/88, *Prancūzija v. Komisija (Telekomunikacijų galinių įrenginių byla)*, ECLI:EU:C:1991:120.

358 žr. ESTT sprendimą byloje Nr. C-202/88, *Prancūzija v. Komisija (Telekomunikacijų galinių įrenginių byla)*, ECLI:EU:C:1991:120, 22 paragrafą, kuriame pirmą kartą buvo pasakyta, kad ne visos išimtinės teisės yra suderinamos su Europos Sąjungos teisės reikalavimais.

pakankamai aiškiai suvokiama, kad išimtinių teisių suteikimas *per se* negali sudaryti pažeidimo, – tokiam pažeidimui konstatuoti būtina nustatyti kažkokią papildomą aplinkybę. Ankstyvojoje teismų praktikoje tokia papildoma aplinkybė buvo siejama su situacijomis, kai suteikdama išimtines teises valstybė *verčia* ūkio subjektą piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi (žr. pvz. *Hofner*³⁵⁹) arba *skatina* atlikti piktnaudžiavimo veiksmus (žr. pvz. *Port of Genoa*³⁶⁰). Šių precedentų kontekste natūraliai kilo klausimas, kokio intensyvumo paskatas piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi turi sukurti valstybė suteikdama išimtines teises, kad būtų galima konstatuoti pažeidimą. Viena vertus, reikia pripažinti, kad kiekvienos dominuojančios padėties sukūrimas suteikia galimybę ir paskatą ūkio subjektams piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi, todėl kiekvieną išimtinių teisių suteikimą galima būtų laikyti SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimu. Kita vertus, tokia pozicija tiesiogiai prieštarautų *Sacchi* principui, kad išimtinių teisių suteikimas savaime negali būti laikomas pažeidimu, todėl tokia pozicija negali būti teisinga. Dėl šios priežasties Komisijos ir ESTT praktikoje taikant SESV 106(1) str. ir 102 str. numatytą draudimą buvo siekiama identifikuoti situacijas, kuriose ūkio subjektams būtų sukuriamos *papildomos* paskatos piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi, kurios būtų stipresnės už paskatas įprastai kylančias iš dominuojančios padėties sukūrimo³⁶¹.

Šiuo atveju interesų konflikto draudimo teorija labai natūraliai įsiliejo tarp ankstesnėse bylose pripažintų atvejų, kai valstybės suteikiamos išimtinės teisės *skatina* ūkio subjektą piktnaudžiauti savo dominuojančia padėtimi. Interesų konflikto teorijos evoliucijos pradžią galime sieti su *Telekomunikacijų galinių įrenginių*³⁶² direktyva bei ESTT sprendimu *Telekomunikacijų galinių įrenginių* byloje³⁶³. Visgi interesų konflikto teorijos esmė aiškiausiai buvo atskleista *ERT*³⁶⁴ byloje, kurioje teismas buvo paprašytas įvertinti Graikijos transliuotojui suteiktos išimtinės teisės teikti televizijos transliacijų paslaugas atitikimą *inter alia* Europos Sąjungos konkurencijos teisės reikalavimus.

ERT byloje nagrinėjamas ginčas kilo tada, kai vietinis transliuotojas DEP pradėjo vykdyti televizijos programų transliacijas, tuo tarpu ERT siekė uždrausti tas transliacijas, motyvuodamas jam suteikta išimtine teise vykdyti tokią veiklą. Tokio ginčo kontekste pasisakydamas dėl ERT suteiktos išimtinės teisės teisėtumo ESTT pirmiausiai atkreipė dėmesį į *Sacchi* byloje suformuluotą principą, kad išimtinių teisių suteikimas savaime nėra netei-

359 ESTT sprendimas byloje Nr. C-41/90, Klaus Höfner ir Fritz Elser v. Macrotron GmbH, ECLI:EU:C:1991:161.

360 ESTT sprendimas byloje Nr. C-179/90, Mercati convenzionali porto di Genova SpA v. Siderurgica Gabrielli SpA., ECLI:EU:C:1991:464.

361 Tokios pačios pozicijos laikosi pavyzdžiui Manaridou. Žr. Eleni Manaridou, "The Greek Lignite Sprendimas byloje: A (Questionable) Victory of The "Effects Theory," *European Law Review* 40, June (2015): 428.

362 1988-05-16 Komisijos direktyva Nr. 88/301/EEB, dėl konkurencijos galinės telekomunikacinės įrangos rinkose, O.L. L 31, p. 73 (1988).

363 ESTT sprendimas byloje Nr. C-18/88, Régie Des Télégraphes et des Téléphones v. GB-INNO-BM SA, ECLI:EU:C:1991:474; ESTT sprendimas byloje Nr. C-202/88, Prancūzija v. Komisija (Telekomunikacijų galinių įrenginių byla), ECLI:EU:C:1991:120.

364 ESTT sprendimas byloje Nr.C-260/89, Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE and Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou v Dimotiki Etairia Pliroforissis and Sotirios Kouvelas and Nicolaos Avdellas ir kiti, ECLI:EU:C:1991:254.

sėtas. Visgi kartu teismas pažymėjo, kad SESV 106(1) str. pažeidimą gali lemti netinkama išimtinės teisės struktūra (angl. „*manner in which the monopoly is organised*“) arba tokios išimtinės teisės įgyvendinimas³⁶⁵. Analizuodamas ERT suteiktų išimtinių teisių teisėtumą būtent šiuo aspektu teismas atkreipė dėmesį, kad ERT suteikta išimtinė teisė įgalino ERT išimtinių teisių pagrindu transliuoti tiek savo, tiek retransliuoti konkuruojančių ūkio subjektų sukurtas televizijos programas. Nors šioje byloje teismas nenustatė jokių konkrečių ERT piktnaudžiavimo veiksmy, teismas pripažino SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą atsižvelgdamas į tai, kad vienam ūkio subjektui valstybės suteiktos išimtinės teisės vykdyti tiek transliavimo, tiek retransliavimo veiklą „*sukuria situaciją, kurioje toks ūkio subjektas yra skatinamas pažeisti [SESV 102 str.] vykdydamas diskriminacinę transliavimo politiką, kuri proteguoja savo paties programas <...>*“³⁶⁶.

Kitaiip tariant, ERT byloje teismas SEV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą siejo ne su pačių išimtinių teisių suteikimu ar konkrečiais piktnaudžiavimo veiksmais, tačiau su valstybės surkurta interesų konflikto situacija. Teismo nuomone, tokia situacija susidaro dėl to, kad ūkio subjektui suteikus galimybę kontroliuoti konkurentų jam pačiam sudaromą spaudimą, toks ūkio subjektas susiduria su reikšminga paskata išnaudoti suteiktas teises savo veiklos protegavimui. Tokioje situacijoje visiškai racionalu manyti, kad surkurdamas interesų konfliktą valstybė *skatina* ūkio subjektą piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi ir tokiu būdu pažeidžia SESV 106(1) str. numatytą pareigą susilaikyti nuo bet kokių veiksmy, mažinančių SESV 102 str. efektyvumą.

Analizuojant ESTT ir Komisijos praktiką galima pastebėti, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo tikslais interesų konfliktas gali susidaryti labai įvairiomis aplinkybėmis, tačiau bendriausiu požiūriu toks interesų konfliktas visuomet kyla dviejų rūšių situacijose. Pirmuoju atveju interesų konfliktas gali susidaryti tuomet, jeigu valstybė surkuria situaciją, kai rinkoje veikiantis ūkio subjektas tiesiogiai ar per susijusius asmenis įgyja galimybę įgyvendinti *reguliacines* funkcijas. Antruoju atveju, interesų konfliktas susidaro valstybei suteikus konkrečiam ūkio subjektui *išimtinę teisę veikti atitinkamoje rinkoje*, kurią ūkio subjektas gali vėliau išnaudoti kaip instrumentą siekiant proteguoti savo veiklą pasrovinėse ar priešsrovinėse rinkose. Kiekviena interesų konflikto kilimo situacijų išsamiau bus nari-nėjama šios disertacijos 4.2.2 ir 4.2.3 poskyriuose.

4.2.2. Interesų konflikto susidarymas susiejant reguliacines ir komercines funkcijas

Bendriausiu požiūriu interesų konflikto problema, kylanti iš reguliacinių ir komercinių funkcijų susiejimo, pasireiškia tuomet, kai ūkinę-komercinę veiklą vykdančias subjektas yra įtraukiamas į viešojo administravimo veiklą ir įgyja galimybę daryti įtaką savo paties ir konkurentų veiklos sąlygoms. Tokioje situacijoje atsidūręs ūkio subjektas vienu metu tampa „ir teisėju, ir žaidėju“, todėl jam labai sunku atsispirti pagundai išnaudoti jam patikėtas reguliacines funkcijas siekiant padėti savo verslui, pvz. surkurti sau palankias verslo sąlygas,

365 *Ibid.*, 10-11 paragrafai

366 *Ibid.*, 38 paragrafas

apriboti arba uždelsti konkurentų patekimą į atitinkamą rinką ar riboti konkurentų galimybę efektyviai veikti rinkoje. Savo ruožtu, tokią motyvaciją papildomai didina aplinkybė, kad dalyvaujant viešojo administravimo veikloje ūkio subjekto kuriamos veiklos sąlygos sudaro labai lengvą galimybę sukurti jam palankią ir visiems privalomą elgesio taisyklę, kurios veikimą užtikrina valstybės kontrolės ir prievartos mechanizmas. Atitinkamai, įtraukdama vieną ūkio subjektą į reguliacinių funkcijų vykdymą, valstybė sukuria likusių rinkos dalyvių priklausomybę nuo valstybės proteguojamo rinkos dalyvio ir iškreipia rinkoje galiojančias konkurencijos sąlygas.

Toks reguliacinių funkcijų suteikimas gali pažeisti SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimus bet kokiam ūkio sektoriuje. Pavyzdžiui, vienoje naujausių bylų (*MOTOE*³⁶⁷) ESTT pripažino SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą, kai interesų konflikto situacijoje atsidūrė motorinių transporto priemonių sporto federacija, kuri vienu metu užsiėmė sportinių renginių organizavimu ir tuo pačiu metu turėjo valstybės suteiktus įgaliojimus kontroliuoti leidimų išdavimą konkuruojančių subjektų renginiams. Visgi absoliučioje daugumoje ESTT nagrinėtų bylų interesų konflikto situacijos susidarydavo istoriškai egzistavusiose monopolinėse rinkose, kuriose, nepaisant rinkos liberalizavimo, valstybės išlaikė pakankamai didelį interesą vykdyti ūkinę veiklą savarankiškai per savo kontroliuojamus ūkio subjektus³⁶⁸.

Istoriškai interesų konflikto situacijos suteikiant reguliacines funkcijas valstybės kontroliuojamiems ūkio subjektams dažniausiai susiformuodavo vykstant liberalizacijos procesams. Kaip nurodo Broberg³⁶⁹, egzistuojant monopolijoms įstatymų leidėjui ar viešojo administravimo subjektui būdavo pakankamai racionalu įtraukti į teisės aktų priėmimo procesą išimtinių teisių turėtojus, kadangi jie geriausiai supranta atitinkamos veiklos specifiką ir turi galimybę suformuoti atitinkamai veiklai keliamus reikalavimus. Monopolinėse rinkose toks įstatymų leidėjo ir išimtinių teisių turėtojų bendradarbiavimas nekėlė jokių konkurencijos problemų, tačiau, pradėjus liberalizuoti rinkas, situacija reikšmingai pasikeitė, kadangi istorinių monopolistų dalyvavimas reglamentuojant veiklos sąlygas atitinkamoje rinkoje nesudarė galimybės liberalizuotose rinkose susikurti efektyviai konkurencijai. Tokį požiūrį gerai iliustruoja telekomunikacijų sektoriui skirtoje žaliojoje knygoje³⁷⁰ Komisijos išdėstyta pozicija, kad „*telekomunikacijų sektoriaus reguliavimo atskyrimas nuo nacionalinių telekomunikacijų operatorių organizacijų be jokios abejonės buvo viena reikšmingiausių prielaidų vykdant reformą ir liberalizuojant ES telekomunikacijų rinką*“. Toks istorinis kontekstas paaiškina, kodėl daugiausiai ESTT ir Komisijos nagrinėtų interesų konfliktų bylų yra susijusios būtent su istorinėmis valstybių monopolijomis. Visgi, kaip liudija *MOTOE* bylos pavyzdys, interesų konflikto pagrindu kylantis SESV 106(1) str. ir

367 ESTT sprendimas byloje Nr. C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) v Elliniko Dimosio*, ECLI:EU:C:2008:376.

368 Šiuo atveju pirmiausiai kalbama apie telekomunikacijų, pašto, energetikos, transporto, socialinio draudimo ir panašias rinkas.

369 Morten P. Broberg and Niels Fenger, "National Organisation of Regulatory Powers and Community Competition Law," *European Competition Law Review* 16, 6 (1995): 364-375.

370 Komisijos komunikatas, Green Paper on the Development of the Common Market for Telecommunications Services and Equipment, Com (87) 290 of 30 June 1987, p. 9, http://ec.europa.eu/greenpapers/pdf/green_paper_telecom_services_common_market_com_87_290.pdf

102 str. pažeidimas gali pasireikšti bet kuriame ūkio sektoriuje, netgi tokiuose, kuriuose valstybė pati neveikia ir neturi tiesioginio intereso proteguoti vieną ar kitą ūkio subjektą.

Analizuojant SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymą situacijose, kada interesų konfliktas kyla dėl reguliacinių ir komercinių funkcijų susiejimo, kyla keli esminiai klausimai: (1) kokias konkrečiai funkcijas reikėtų laikyti reguliacinėmis, o kurios atspindi visiškai natūralų ūkio subjekto poreikį reglamentuoti savo paslaugų teikimo sąlygas? (2) kokiomis sąlygomis reguliacines funkcijas vykdančis subjektas turi galimybę įtraukti ūkinę veiklą vykdančius subjektus vykdydamas savo funkcijas? (3) kokiomis situacijomis galime kalbėti apie komercinių ir reguliacinių funkcijų susiejimą tuomet, kai šios funkcijos yra išskaidomos keliems subjektams, t.y. kai reguliacinės ir komercinės funkcijos paskirstomos tarp kelių, tarpusavyje susijusių juridinių asmenų, tarp skirtingų valstybės institucijų arba valstybės institucijų ir šių institucijų kontroliuojamų juridinių asmenų? Į visus šiuos klausimus bus siekiama atsakyti tolesniuose šios disertacijos poskyriuose.

4.2.2.1. Reguliacinių funkcijų identifikavimas

Siekiant atsakyti į klausimą, kokias funkcijas reikėtų laikyti reguliacinėmis, tikslinga analizuoti ESTT ir Komisijos praktiką interesų konflikto byloje. Atliekant tokią analizę pirmiausiai bus siekiama nustatyti, kokie konkrečiai įgaliojimai buvo suteikti komercinę veiklą vykdančioms ūkio subjektams, kurie ESTT ir Komisijos požiūriu susidūrė su interesų konflikto situacija. Savo ruožtu, įvertinus praktinius pavyzdžius, bus galima daryti apibendrinančias išvadas apie tai, kokių reguliacinių funkcijų suteikimas gali sudaryti SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą.

Tokią analizę tikslinga pradėti nuo bylų, susijusių su telekomunikacijų sektoriaus reguliavimu. Kaip minėta, apie interesų konflikto teorijos taikymą plačiau buvo pradėta kalbėti 1988 m., kada Komisija priėmė *Telekomunikacijų galinių įrenginių direktyvą*³⁷¹, kurios 6 straipsnis *inter alia* įpareigojo valstybes nares užtikrinti, kad prie telekomunikacijų tinklų jungiamiems galiniams įrenginiams taikomų (1) techninių reikalavimų rengimą, (2) tokių reikalavimų taikymo priežiūrą ir (3) atitikties sertifikatų išdavimą atliktų asmenys, kurie „būtų nepriklausomi nuo valstybinių ar privačių ūkio subjektų siūlančių prekes ir/ar paslaugas telekomunikacijų sektoriuje“.³⁷² Tokiu reikalavimu Komisija siekė pašalinti konkurencijos iškraipymus telekomunikacijos galinių įrenginių rinkose susidarantį dėl to, kad reglamentuodamas prie savo tinklo jungiamos ryšio įrangos specifikacijas išimtinį teisių turėtojas gavo labai reikšmingą paskatą piktnaudžiauti suteikiamomis teisėmis teikdamas prioritetą savo parduodamiems įrenginiams ir, atitinkamai, diskriminuodamas alternatyvios įrangos tiekėjus. Direktyvoje suformuluota Komisijos pozicija, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. numatytas draudimas reikalauja atskirti komercines ir reguliacines funkcijas, buvo pripažinta ESTT *Telekomunikacijų galinių įrenginių* byloje ir sudarė pagrindą daugeliui kitų bylų, kuriose buvo nagrinėjamas interesų konflikto situacijų egzistavimas ir teisėtumas.

371 1988-05-16 Komisijos direktyva Nr. 88/301/EEB, dėl konkurencijos galinės telekomunikacinės įrangos rinkose, O.L. L 31, p. 73 (1988).

372 *Ibid.*, 6 straipsnis.

GB-Inno-BM³⁷³ byloje buvo nagrinėjama *Telekomunikacijų galinių įrenginių* direktyvoje numatytą draudimą atitinkanti situacija. Šioje byloje buvo nagrinėjamas Belgijos sprendimas suteikti telekomunikacijų operatoriui *Régie des Télégraphes et Téléphones* (RTT) reguliacinius įgaliojimus (1) nustatyti techninius reikalavimus prie savo valdomo tinklo jungiamai įrangai ir (2) kontroliuoti atitikimą tokiems reikalavimams, kas skatino tinklo operatorių proteguoti savo parduodamą galinio ryšio įrangą. Vertindamas tokių reguliacinių įgaliojimų suteikimą ESTT nurodė:

„SESV 106(1) str. ir 102 str. „<...> draudžia valstybėms narėms viešąjį telekomunikacijų tinklą valdančiam ūkio subjektui suteikti įgaliojimus nustatyti techninius reikalavimus telefonams ir vertinti, ar ekonominiai operatoriai laikosi tokių reikalavimų, jeigu jis pats konkuruoja su tokiais operatoriais tokių įrenginių rinkoje“³⁷⁴

Šiuo atveju svarbu pastebėti, kad valstybės suteiktų įgaliojimų pagrindu RTT nustatomi techniniai parametrai buvo tiesiogiai susieti su valstybės valdiniais įgaliojimais: RTT išimtinės teisės valdyti telekomunikacijų tinklą buvo suteiktos įstatymu, kuris *inter alia* įgaliojo RTT nustatyti techninius reikalavimus prie tinklo jungiamai įrangai ir kartu numatė bendro pobūdžio draudimą jungti prie telekomunikacijų tinklų įrenginius, kurių nebuvo autorizavusi RTT. Toks RTT techninių sprendimų susiejimas su valstybės valdiniais įgaliojimais buvo reikalingas RTT (ir atitinkamai valstybei) norint užtikrinti tinklo vientisumą ir efektyvų veikimą, kadangi RTT kaip telekomunikacijų tinklo valdytojas neturėjo realios galimybės kitais būdais priversti jungti prie tinklo tik RTT nustatytus techninius reikalavimus atitinkančią įrangą. Telefonų pardavėjų su RTT nesiejo jokie civiliniai teisiniai santykiai, todėl RTT negalėjo įpareigoti jų parduoti konkrečius parametrus atitinkančią įrangą, lygiai taip pat RTT negalėjo efektyviai kontroliuoti kiekvieno vartotojo jungiamos galinės ryšio įrangos atitikties RTT keliamiems reikalavimams, kadangi išaiškinti tokius individualius atvejus buvo pakankamai sunku. Tokiame kontekste RTT nustatomų reikalavimų susiejimas su valstybės valdiniais įgaliojimais buvo pakankamai natūralus veiksmas užtikrinant telekomunikacijų tinklo veikimą. Savo ruožtu toks RTT sprendimų susiejimas su valstybės valdiniais įgaliojimais iš esmės reiškė, kad RTT buvo įtraukta į viešojo administravimo veiklos vykdymą ir galėjo lemti valstybės nustatomų teisių ir pareigų turinį.

Labai panašias situacijas ESTT nagrinėjo *Decoster*³⁷⁵ ir *Taillander*³⁷⁶ bylose, kuriose operatoriams teisės aktais buvo nustatyta galimybė (1) nustatyti technines specifikacijas, (2) kontroliuoti atitikimą tokioms specifikacijos ir (3) išduoti atitikties sertifikatus. Savo ruožtu, tokie tinklo operatoriaus nustatomi reikalavimai buvo susieti su valstybės valdiniais įgaliojimais (konkrečiai kriminalinėmis sankcijomis), kas leidžia konstatuoti tinklo ope-

373 ESTT sprendimas byloje Nr. C-18/88, *Régie Des Télégraphes et des Téléphones v. GB-INNO-BM SA*, ECLI:EU:C:1991:474.

374 ESTT sprendimas byloje Nr. C-18/88, *Régie Des Télégraphes et des Téléphones v. GB-Inno-BM SA*, ECLI:EU:C:1991:474, 28 paragrafas.

375 ESTT sprendimas byloje Nr. C-69/91, *Criminal proceedings against Francine Gillon, née Decoster*, ECLI:EU:C:1993:853.

376 ESTT sprendimas byloje Nr. C-92/91, *Taillander*, ECLI:EU:C:1993:854.

ratoriaus, *inter alia* parduodančio telekomunikacijų tinklo galinius įrenginius, įtraukimą į viešojo administravimo funkcijų vykdymą.

„SESV 106(1) ir 102 str. <...> neleidžia priimti nacionalinių taisyklių, kurios draudžia ekonominiams operatoriams gaminti, importuoti, saugoti pardavimui, parduoti ar platinti galinius telekomunikacijų tinklų įrenginius nepateikiant atitikimą nustatytiems esminiams reikalavimams, susijusiems su vartotojų saugumų ir tinkamu tinklo veikimu, patvirtinančių atitikties sertifikatų ar kitų lygiaverčiais laikomų dokumentų, jeigu nėra garantuojamas asmens išduodančio atitikties sertifikatus ar lygiaverčiais laikomus dokumentus ir nustatančio tokiai įrangai keliamus techninius reikalavimus nepriklausomumas nuo bet kokio operatoriaus siūlančio prekes ir/ar paslaugas telekomunikacijų sektoriuje.“³⁷⁷

Kiek vėliau priimtame ESTT sprendime *Tranchant*³⁷⁸ byloje buvo analizuojama situacija, kurioje tinklo operatoriaus galimybė dalyvauti nustatant techninius reikalavimus prie tinklo jungiamai įrangai ir tikrinant atitikimą tokiems reikalavimams buvo gerokai apribota, t.y. techninius reikalavimus ir atitikties sertifikatus išdavinėjo ministerija, tačiau tinklo operatorius buvo įtrauktas į tokių atestatų išdavimą kaip ekspertinė institucija, išduodanti savo formalų patvirtinimą dėl įrangos atitikimo ministerijos nustatytiems techniniams reikalavimams. Kadangi pagal galiojančias sertifikavimo procedūras toks tinklo operatoriaus patvirtinimas buvo privalomas, o neišduodamas leidimo arba delsdamas išduoti leidimą tinklo operatorius įgijo lemiamą įtaką ministerijos sprendimams, toks techninės ekspertizės suteikimas ESTT vertinimu taip pat galėjo būtų laikomas tinklo operatoriaus įgyvendinamomis reguliacinėmis funkcijomis.

Tranchant byloje ESTT analizuota situacija panašiai atsikartojo 2008 m. ESTT nagrinėtoje *MOTOE*³⁷⁹ byloje susijusioje su motorinio transporto sportinių renginių organizavimu. Nagrinėjant šią bylą paaiškėjo, kad Graikijos įstatymai numatė reikalavimą gauti ministerijos leidimą transporto priemonių sporto renginių organizavimui, tuo tarpu tokio leidimo išdavimas buvo įmanomas tik gavus atitinkamos sporto šakos federacijos sutikimą. Tokio leidimo buvo reikalaujama *inter alia* siekiant suderinti sportininkų tvarkaraščius ir užtikrinti renginio saugumo reikalavimų įgyvendinimą, todėl federacija įgyvendino ekspertinės organizacijos funkcijas padedant valstybei vykdyti viešojo administravimo funkcijas. Nepaisant tokių pakankamai racionalių federacijos tikslų nagrinėjamoje byloje problema kilo tuomet, kai motorinių transporto priemonių federacija ELPA pati ėmė organizuoti sportinius renginius, kartu išlaikydama galimybę spręsti dėl konkurentų galimybės gauti iš valstybės leidimus atitinkamo renginio organizavimui. Šiuo atžvilgiu ELPA, kaip ekspertinei institucijai, suteikti įgaliojimai aiškiai buvo susieti su valstybės valdiniais įgalinimais, kadangi sutikimo išdavimas arba neišdavimas galėjo nulemti valstybės sprendimus įgyvendinant savo viešojo administravimo funkcijas. Toks ELPA dalyvavimas viešojo administravimo veikloje taip pat buvo pripažintas ir teismo sprendimo rezoliucinėje dalyje:

377 ESTT sprendimas byloje Nr. C-69/91, Criminal proceedings against Francine Gillon, née Decoster, ECLI:EU:C:1993:853, sprendimo rezoliucinė dalis.

378 ESTT sprendimas byloje Nr. C-91/94, Tranchant, ECLI:EU:C:1995:374.

379 ESTT sprendimas byloje Nr. C-49/07, Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) v Elliniko Dimosio, ECLI:EU:C:2008:376.

„Juridinis asmuo, kurio veikla apima ne tik dalyvavimą priimant administracinius sprendimus, suteikiant leidimus motociklų sporto renginių organizavimui, tačiau kartu ir pats organizuoja tokius renginius ir šiuo tikslu sudaro paramos, reklamos ir draudimo sutartis, patenka į [SESV 102 str. ir 106 str.] taikymo sritį. Šios teisės normos draudžia nacionalinius teisės aktus, kurie suteikia asmeniui, organizuojančiam motociklų sporto renginius ir šiuo tikslu sudaro paramos, reklamos ir draudimo sutartis, suteikti įgaliojimus išduoti leidimus tokių renginių organizavimui neapribojant tokios įgalinimų apimties, nenustatant įpareigojimų ir sprendimų peržiūros galimybės“³⁸⁰

Kiek kitokia situacija buvo sprendžiama *Albany* byloje³⁸¹, kurioje buvo sprendžiamas klausimas susijęs su pensijų fondams suteikiamomis išimtinėmis teisėmis teikti pensijų draudimo paslaugas atskirų verslo sektorių darbuotojams. Toks išimtinių teisių suteikimas buvo kildinamas iš įstatymo lygmens teisės akto, kurie *inter alia* numatė galimybę išimtinės teisės turinčiam pensijų fondui atleisti atskirus subjektus ar subjektų grupes nuo privalomo dalyvavimo savo valdomuose pensijų fonduose. Tokie įgaliojimai įtraukė pensijų fondus į viešojo administravimo funkcijų vykdymą, kadangi teisės aktais suteiktos išimtinės teisės turinys priklausė tiek nuo valstybės institucijų (suteikta išimtinė teisė), tiek nuo pačių pensijų fondų (galimybė atleisti nuo privalomo dalyvavimo pensijų fonde). Savo ruožtu, teisės aktuose numatyta galimybė patiems spręsti, kada konkuruojantys pensijų fondai gali perimti išimtinių teisių turėtojo klientus, natūraliai sąlygojo interesų konfliktą.

Visi aukščiau nurodyti ESTT praktikos pavyzdžiai suponuoja, kad, kalbėdami apie reguliacinės funkcijas, mes pirmiausiai kalbame apie viešojo administravimo / valstybinės funkcijas ir tokių funkcijų delegavimą ūkio subjektams. Atitinkamai, daugeliu atveju SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo tikslais galėsime konstatuoti reguliacinių funkcijų suteikimą nustatę, kad ūkio subjektas tam tikra apimtimi pradeda dalyvauti valstybės institucijų sprendimų priėmime. Visgi šiuo atžvilgiu reikia atkreipti dėmesį, kad, nepaisant savo statuso, valstybės institucijos konkrečios veiklos atžvilgiu gali būti laikomos ir ūkio subjektu, kurio veiksmų vertinimas nepatenka į SESV 106(1) str. taikymo apimtį. Todėl, prieš konstatuodami ūkio subjekto įtraukimą į viešojo administravimo veiklos vykdymą, pirmiausiai turime įsitikinti, kad nagrinėjami įgaliojimai iš tiesų yra suteikiami valstybės institucijoms, įgyvendinančioms viešojo administravimo veiklą.

Apibendrinant šiame poskyryje išdėstytus argumentus galima teigti, kad reguliacinių funkcijų suteikimas gali būti konstatuotas, kai *valstybė įtraukia ūkio subjektą į viešojo administravimo veiklos vykdymą*. Šiuo atveju būtina nustatyti, kad (1) atitinkamos funkcijos vykdymas pagal savo pobūdį yra valstybės (viešojo administravimo) funkcija; (2) ūkio subjektas buvo įtrauktas į viešojo administravimo funkcijos vykdymą perleidžiant tokios funkcijos vykdymą ūkio subjektui arba tiesiog įtraukiant į sprendimų priėmimo procesą; (3) dalyvavimas viešojo administravimo veikloje ūkio subjektas turi galimybę daryti reikšmingą įtaką viešojo administravimo veiklos rezultatui.

380 *Ibid.*, sprendimo rezoliucinė dalis.

381 ESTT sprendimas byloje Nr. C-67/96, *Albany International*, ECLI:EU:C:1999:430, 112-123 paragrafai.

4.2.2.2. Valstybės ir valstybės kontroliuojamo subjekto bendradarbiavimo ribos vykdant reguliacines funkcijas

Kaip minėta 4.2.2 poskyryje, interesų konflikto situacijos istoriškai dažniausiai susiformuodavo liberalizuojant rinkas. Egzistuojant valstybiniam monopolijai, kuriuose ūkinę veiklą vykdė valstybės kontroliuojami subjektai, įstatymų leidėjai buvo linkę glaudžiai bendradarbiauti su išimtinių teisių turėtojais mažiausiai dėl tos priežasties, kad šie subjektai turėdavo reikšmingą *know-how* atitinkamoje veiklos srityje. Visgi liberalizavus rinkas ir suteikus galimybę rinkos dalyviams konkuruoti su istorinių monopolijų operatoriais, valstybės bendradarbiavimas su vienu iš rinkos dalyvių natūraliai negalėjo tęstis: valstybės įgyvendinamas teisinis reguliavimas pagal savo pobūdį turėjo būti neutralus ir užtikrinti visų rinkos dalyvių galimybę konkuruoti atitinkamoje rinkoje lygiais pagrindais.

Kaip galima spręsti iš ESTT praktikos telekomunikacijų bylose, atsisakyti bendradarbiavimo su istorinių monopolijų operatoriais valstybės narėms nebuvo labai paprasta. Reikšminga dalimi tokio bendradarbiavimo buvo siekiama atsižvelgiant į tai, kad valstybės institucijos neturėjo perėmusios iš valstybinių monopolijų adekvataus *know-how*, kuris įgalintų savarankiškai nustatyti veiklos atitinkamoje rinkoje sąlygas, nustatyti techninius reikalavimus ir kontroliuoti tokių reikalavimų atitikimą. Todėl visiškai natūralu, kad jausdamos *know-how* trūkumą valstybės siekė nustatyti ribas, kurių apimtyje valstybė galėtų toliau konsultuotis su rinkos dalyviais dėl savo vykdomo viešojo administravimo veiklos turinio, o tokie valstybių bandymai atitinkamai formavo ESTT precedentus. Konkrečiai, tokias valstybės ir verslo bendradarbiavimo ribas buvo siekiama apibrėžti *Lagauche*, *Tranchant*, *Albany* ir *Ambulanz Glockner* bylose.

Teisėto reguliacines ir komercines funkcijas vykdančių subjektų bendradarbiavimo teisėtumo ribų paieškos prasidėjo nuo *Lagauche* ir *Tranchant* bylų, kuriose visais požymiais analogiškose situacijose ESTT priėmė du skirtingus sprendimus.

Lagauche byloje buvo analizuojami Belgijos telekomunikacijų operatoriui RTT suteikti įgaliojimai išduodant atitiktus sertifikatus prie tinklo jungiamai galinei telekomunikacijų įrangai. *Lagauche* byloje nagrinėta Belgijos ir RTT bendradarbiavimo schema buvo kiek modifikuota lyginant su schema, kurią ESTT pripažino pažeidžiančią SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimus *GB-Inno-BM*³⁸² byloje. Anksčiau turėtus RTT įgaliojimus nustatyti techninius reikalavimus prie tinklo jungiamai įrangai ir išduoti atitiktus sertifikatus konkreitiems įrenginiams Belgija perkėlė ministerijai. Visgi RTT ir toliau dalyvavo atestatų išdavimo procedūrose ekspertinės institucijos vaidmenyje, t.y. jai buvo patikėta užduotis patikrinti, kaip konkretūs įrenginiai atitinka ministerijos nustatytus reikalavimus bei pateikti savo išvadą ministerijai, kuri RTT išvados pagrindu priimdavo sprendimą išduoti/ neišduoti atitiktus sertifikatus. Įvertinęs tokį ministerijos ir PTT bendradarbiavimo pobūdį teismas atkreipė dėmesį, kad RTT priskirti įgaliojimai yra pakankamai siauros apimties:

„49. <...> *Nors RTT iš tiesų yra įgaliota [įstatymu] <...> teikti bet kokias radiokomunikacines paslaugas, iš įstatymo 7 straipsnio yra akivaizdu, kad jos vienintelė užduotis toje apim-*

382 ESTT sprendimas byloje Nr. C-18/88, *Régie Des Télégraphes et des Téléphones v. GB-Inno-BM SA*, ECLI:EU:C:1991:474.

tyje, kiek tai yra susiję su atitikties sertifikatų išdavimu signalus siunčiančiai ar priimančiai įrangai, yra patikrinti, kad tokia įranga atitinka ministro nustatytus reikalavimus.“

Savo ruožtu, tokio motyvo pagrindu teismas nusprendė, kad RTT nebuvo suteiktos jokios reguliacinės funkcijos ir atmetė galimybę tokio valstybės ir RTT bendradarbiavimo atveju įžvelgti SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą. Toks teismo sprendimas suponavo, kad *ne kiekvienas* rinkoje veikiančio ūkio subjekto bendradarbiavimas su reguliacines funkcijas vykdančiu subjektu turėtų būti laikomas reguliacinių funkcijų suteikimu. Tokių reguliacinių funkcijų suteikimo negalima įžvelgti tokiais atvejais, kai ūkio subjekto dalyvavimas viešojo administravimo veikloje apsiriboja techninių funkcijų vykdymu. Kaip galima suprasti iš ESTT motyvų esmės, *Lagauche* byloje RTT suteiktų ekspertinių institucijos funkcijų vykdymo ESTT nebuvo linkęs laikyti reguliacinėmis funkcijomis, kadangi visas sprendimų priėmimo centras buvo sukoncentruotas ministerijoje, o atlikdama jai priskirtą techninę funkciją RTT negalėjo daryti įtakos ministerijos priimamiems sprendimams.

Anksčiau nagrinėtais *Decoster* ir *Taillander* sprendimais pripažinus, kad Prancūzijos taikoma valstybės ir tinklo operatoriaus bendradarbiavimo schema prieštarauja SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimams, o *Lagauche* byloje nagrinėja Belgijos bendradarbiavimo schema buvo teisėta, Prancūzija reformavo savo telekomunikacijų sektoriaus teisinį reglamentavimą pasekdama Belgijos pavyzdžiu. Konkrečiai, *Tranchant* byloje ESTT buvo nagrinėta modifikuota valstybės ir tinklo operatoriaus bendradarbiavimo schema, pagal kurią techninius reikalavimus ir atitikties sertifikatus išdavinėjo ministerija, o ūkinę veiklą vykdanči *France Telecom* buvo įtraukta į atitikties sertifikatų išdavimą kaip ekspertinė institucija. Šiuo atveju, *France Telecom* analogiškai kaip Belgijos atveju atliko techninę funkciją – tikrino atitikimą ministerijos nustatytiems reikalavimams pagal ministerijos nustatytą tvarką. Atitinkamai, sprendžiamas dėl tokio reguliacinių funkcijų ir komercinių funkcijų pasidalinimo, teismas turėjo galimybę pasekti *Lagauche* sprendimo išvadamis ir pripažinti tokį funkcijų pasidalinimą teisėtu. Visgi teismas nusprendė priešingai ir konstatavo SESV 106(1) ir 102 str. pažeidimą. Įdomu pastebėti, kad motyvuodamas savo sprendimą teismas visiškai nepaminėjo prieš 2 metus priimto *Lagauche* sprendimo ar jame padarytų išvadų. Šiuo atžvilgiu teismas tiesiog atkreipė dėmesį, kad ministerija priima sprendimą dėl atitikties sertifikatų išdavimo iš esmės pagal *France Telecom* atliekamus testavimo rezultatus, kurie sudarė neatskiriamą ministerijos atliekamo techninių reikalavimų atitikimo patikrinimo proceso dalį (ką galima suprasti kaip reguliacinių funkcijų suteikimo *France Telecom* konstatavimą) ir kartu akcentavo, kad nepriklausomumo reikalavimas reikalauja pašalinti „bet kokią interesų konflikto riziką“³⁸³.

Trečias precedentas buvo suformuluotas *Albany* byloje, kurioje išimtinė teisė buvo suteikta pensijų fondams, numatant privalomą atitinkamos kategorijos darbuotojų dalyvavimą pensijų draudimo schemoje, kartu paliekant pensijų fondams galimybę spręsti dėl atskirų asmenų atleidimo nuo privalomo dalyvavimo pensijų draudimo schemoje pagal valstybės iš anksto nustatytas gaires. Šiose gairėse numatytas atleidimas nuo privalomo dalyvavimo konkrečioje schemoje buvo susietas su dviem kriterijais: (1) darbuotojai turi būti atleidžiami nuo dalyvavimo privalomoje schemoje, jeigu jų turimas draudimas yra analo-

383 ESTT sprendimas byloje Nr. C-91/94, *Tranchant*, ECLI:EU:C:1995:374, 19 paragrafas.

giškos kokybės, t.y. bendrame visų sąlygų kontekste alternatyvaus pensijų fondo siūlomos sąlygos turi būtų lygiavertės sąlygoms, kurias siūlo privalomas pensijų draudimo fondas; darbuotojo teisės turi būti adekvačiai saugomos; (2) atleidimas nuo dalyvavimo privalomo draudimo scheme nepažeis privalomo pensijų fondo finansinio stabilumo³⁸⁴.

Analizuodamas tokią situaciją ESTT pirmiausiai atkreipė dėmesį, kad įstatymai nesu- teikė pensijų fondams diskrecijos spręsti dėl pirmojo kriterijaus tenkinimo. Jeigu asmuo įrodo, kad jo turimas pensijų fondas siūlo analogiškos kokybės paslaugas (t.y. tenkinamas pirmasis atleidimo kriterijus) pensijų fondas *privalo* tokį asmenį atleisti nuo privalomo dalyvavimo pensijų funde. Atitinkamai, pensijų fondas neturi galimybės piktnaudžiauti savo teisėmis atliekant šių nuostatų vertinimą – jis tik patikrina, ar valstybės nustatytos atleidimo sąlygos yra tenkinamos. Šiuo atžvilgiu teismas pateikia nuorodą į *Lagauche* by- loje suformuluotą teisinį kriterijų ir konstatuoja, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo tokioje situacijoje nėra³⁸⁵.

Savo ruožtu analizuodamas antrąjį kriterijų, susijusį su pensijų fondo atliekamu vertini- mu dėl to, ar asmens atleidimas nuo privalomo dalyvavimo pensijų funde nepažeis pensijų fondo finansinio stabilumo, teismas susilaikė nuo pensijų fondo diskrecijos vertinimo, ta- čiau iš karto perėjo prie argumentų, pateisinančių tokį pensijų fondo sprendimų priėmimą. Tokią teismo motyvų struktūrą galima laikyti netiesioginiu patvirtinimu, kad šiuo atveju kalbėti apie diskrecijos nebuvimą nėra pagrindo ir toks diskrecijos suteikimas sudarytų pažeidimą, jeigu negalėtų būti pateisinamas³⁸⁶. Kitaip tariant, *Albany* sprendime teismas priėjo prie *Lagauche* byloje padarytos išvados, kad valstybės bendradarbiavimas su ūkio subjektams nėra problema, jeigu, padedant įgyvendinti viešojo administravimo funkcijas ūkio subjektams, patikėta funkcija yra techninė ir apsiriboja valstybės nustatytų kriterijų patikrinimu, tačiau toks bendradarbiavimas laikomas SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidi- mu (t.y. laikomas reguliacinės funkcijos suteikimu), jeigu ūkio subjektui suteikiama tam tikra galimybė nulemti viešojo administravimo subjekto sprendimus.

Analizuojant šiuos tris precedentes peršasi išvada, kad regulatoriaus bendradarbiavi- mo su konkurentais ribos yra grindžiamos pakankamai aiškia logika: bendradarbiavimas virsta reguliacinių funkcijų suteikimu ir, atitinkamai, sukelia interesų konfliktą tuomet, kai bendradarbiaujantys ūkio subjektai įgyja galimybę nulemti viešojo administravimo veiks- mų rezultatą. Visgi vertinant visus šiuos precedentes *in corpore* yra akivaizdu, kad „tech- ninės funkcijos“ suvokimas teismo sprendimuose yra absoliučiai skirtingas. *Tranchant* byloje teismas vienareikšmiškai atmetė bet kokią reikšmingesnę ūkio subjekto dalyvavimą vykdant viešojo administravimo funkcijas, nurodydamas, kad nepriklausomumo principas reikalauja pašalinti bet kokią interesų konflikto riziką. *Lagauche* byloje teismas buvo linkęs pripažinti galimybę ūkio subjektams dalyvauti viešojo administravimo veikloje, jeigu jie atlieka tik techninį vertinimą pagal valstybės nustatytus parametrus (kaip galima suprasti iš teismo motyvų, toks konfliktas nekyla, nes techniniai reikalavimai yra objektyvūs ir iš- matuojami). Savo ruožtu, nors *Albany* konstatavęs „techninės funkcijos“ egzistavimą ir tai,

384 ESTT sprendimas byloje Nr. C-475/99, Firma Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz, ECLI:EU:C:2001:577, 14 paragrafas.

385 *Ibid.*, 116-117 paragrafai.

386 *Ibid.*, 116-121 paragrafai.

kad tokia techninė funkcija nesuteikia galimybės piktnaudžiauti suteiktomis teisėmis, teismas tokį vertinimą realiai pritaikė tokioms teisėms, kurios aiškiai siejosi su pensijų fondo diskrecija: klausimas, ar alternatyvaus fondo siūlomos sąlygos yra *analogiškai geros* vertinant bendrame draudimo sąlygų kontekste, ir tai, ar pensijų fondo teisės yra *pakankamai* apsaugotos, akivaizdžiai reikalauja kokybinio vertinimo, kuris savaime siejasi su pensijų fondo diskrecijos įgyvendinimu. Šie precedentai suponuoja, kad sutarimo teismų praktikoje, kas konkrečiai laikoma „techninės funkcijos“ suteikimu, nėra. Taip pat nėra aišku, kuris precedentas: *Lagauche* ar *Tranchant* formuoja šiuo metu taikomą teisinį standartą. Atitinkamai, atsakymas į klausimą, kokios yra valstybės ir ūkio subjekto bendradarbiavimo ribos vykdant viešąjį administravimą lieka atviras.

Autoriaus įsitikinimu, ieškodami atsakymo į šį klausimą turėtume grįžti prie interesų konflikto draudimo koncepcijos. Kaip minėta, šios koncepcijos pagrindą sudaro prielaida, kad rinkoje turi būti užtikrinamos lygių konkurencijos galimybių principas, kuriose nėra vienas ūkio subjektas negalėtų daryti įtakos kito ūkio subjekto veiklos sąlygoms. Šio principo kontekste galime analizuoti *Lagauche* ir *Tranchant* bylose nagrinėtas situacijas siekdami atsakyti į klausimą, ar vieno rinkos dalyvio paskyrimas ekspertine institucija įgalino tokį subjektą piktnaudžiauti savo teisėmis kliudant konkurentų veiklai atitinkamoje rinkoje? Autoriaus įsitikinimu, šiuo atveju piktnaudžiavimo galimybė pirmiausiai priklauso nuo ekspertinei institucijai formuluojamos užduoties. Viena vertus, yra pakankamai akivaizdu, kad, ekspertinei institucijai suformulavus užduotį įvertinti *kokybinių* parametų atitikimą (pvz. ar įrenginys yra saugus, nepažeis tinklo vientisumo, nekliudys kitiems tinklo naudotojams ir t.t.), tokia įstaiga turi pakankamą diskreciją spręsti dėl kiekvieno tokio parametro turinio ir griežčiau vertinti konkurentų nei savo tiekiamus įrenginius. Antra vertus, jeigu ekspertinei institucijai keliamas uždavinys įvertinti išimtinai kiekybinius ir išmatuojamus parametrus (pvz. ar įrenginio skleidžiamas spinduliavimas neviršija tam tikros ribos), įstaiga realiai gali atsakyti į suformuluotus klausimus tik „taip“ arba „ne“ ir neturi didelės diskrecijos spręsti dėl kiekvieno parametro turinio. Šių argumentų kontekste, matyt, galima pripažinti, kad galimybė daryti įtaką konkurentų veiklai rinkoje neatsiranda, jeigu ekspertinei institucijai suformuluota vertinimo užduotis yra pakankamai tiksli, o vertinimas atliekamas vadovaujantis išimtinai kiekybiniais ir lengvai išmatuojamais parametrais.

Visgi šiame kontekste būtina atkreipti dėmesį, kad netgi tokių kiekybiniais parametrais apibrėžtų užduočių vykdymas nebūtinai pašalina konkurencijos iškraipymo galimybę. Kaip nurodė Komisija *Tranchant* byloje, teismas neturėtų pernelyg sumenkinti ekspertinės institucijos įtakos vykdant atitiktą vertinimą pagal iš anksto nustatytus kriterijus, kadangi ekspertinė institucija gali vilkinti vertinimo procedūras, o galimybė apskūsti neigiamą ekspertinės institucijos išvadą yra išskirtinai ribota atsižvelgiant į tai, kad ūkio subjektas yra vienintelė ekspertinė įstaiga teisės aktais įgaliota atlikti tokio pobūdžio vertinimą³⁸⁷. Analizuojant *Tranchant* sprendimo motyvus nėra aišku, ar teismas sutiko su tokiais argumentais, tačiau reikia pripažinti, kad tokie Komisijos argumentai yra visiškai racionalūs ir atspindi realią interesų konfliktą turinčio subjekto situaciją ir paskatą riboti konkurentų veiksmus piktnaudžiaujant procedūromis. Šiuo atžvilgiu galime įsivaizduoti, kaip pasielgtų

387 ESTT sprendimas byloje Nr. C-91/94, *Tranchant*, ECLI:EU:C:1995:374, 16 paragrafas; Luc Gyselen, "Case Note to The RTT case", *Common Market Law Review* 29, 6 (1992): 1235.

pagal objektyvius kiekybinius kriterijus vertinimą atliekantis subjektas, jeigu konkurentas siektų autorizuoti produktą, kuris jam suteiktų išskirtinį konkurencinį pranašumą galinių įrenginių pardavimo rinkoje ir galėtų reikšmingai sustiprinti jo rinkos galią? Galima tik numatyti, kad tokioje situacijoje ekspertinės išvados pateikimas pareikalautų „papildomų tyrimų“, ekspertinė institucija susidurtų su personalo trūkumu, pažeistų teisės aktuose nustatytus ekspertizės atliktus terminus, o ekspertinę išvadą teikiantis subjektas būtų sąmoningai linkęs savo išvadoje nurodyti bet kokių reikalavimų neatitikimą, suvokdamas, kad po tokio sprendimo atsirandantys teisminiai ginčai, papildomų ekspertizių skyrimas jam leidžia laimėti pakankamai daug laiko, kad galėtų pasiruošti tinkamai atsakyti į konkurento veiksmus. Ne mažesnę žalą konkurencijai daro ir aplinkybė, kad atlikdamas net ir visiškai technines funkcijas vienas subjektas įgyja galimybę gauti priegią prie konkurentų komerciškai jautrios informacijos (pvz. planus įvesti naujas prekes į rinką).

Tokių argumentų kontekste galima daryti išvadą, valstybė neturi realios galimybės sukonstruoti tokio teisinio mechanizmo, kuris pašalintų bet kokias ūkio subjekto galimybes piktnaudžiauti savo, kaip techninę funkciją atliekančios institucijos, įgaliojimais vykdant viešojo administravimo veiklą ir gauti priegią prie komerciškai jautrios konkurentų informacijos. Dėl šios priežasties, matyt, reikėtų pripažinti, kad ESTT sprendimas *Tranchant* byloje gerokai tiksliau atspindi SESV 106(1) str. ir 102 str. draudimo sukurti interesų konflikto situacijos esmę, t.y. valstybei draudžiama įtraukti interesų konfliktą turinčius ūkio subjektus į viešojo administravimo veiklos vykdymą, jeigu tokių subjektų įtraukimas į viešojo administravimo veiklą tiesiogiai ar netiesiogiai gali suteikti jiems galimybę teisėtai ar neteisėtai būdais daryti įtaką konkurentų veiklai atitinkamoje rinkoje arba įgyti priegią prie komerciškai jautrios konkurentų informacijos.

Tokių išvadų kontekste galime kelti klausimą, ar toks principas numato draudimą apskritai tartis su rinkos dalyviais, įskaitant ir specialų santykį su valstybe turinčiais subjektais dėl viešojo administravimo veiklos turinio ar priimamų teisės aktų? Ar galima įtraukti interesų konfliktą turinčius subjektus į darbo grupes svarstančias naujų teisės aktų kūrimą? Atsakymas į tokį klausimą vėl priklauso nuo tokio ūkio subjekto dalyvavimo darbų grupių veikloje ar įstatymų leidybos procedūrose pobūdžio. Konkrečiai, ar toks ūkio subjekto įtraukimas atitinka interesų konflikto doktrinos žalos teoriją, siejamą su ūkio subjekto galimybe nustatyti savo konkurentų veiklos sąlygas?

Tokios žalos teorijos kontekste, matyt, nėra pagrindo manyti, kad rinkoje veikiančio rinkos dalyvio pasiūlymas priimti teisės aktą ar net siūlymas priimti konkretaus turinio aktą ar dalyvavimas darbo grupių veikloje, išsakant savo argumentus, galėtų suteikti galimybę spręsti dėl konkurentų veiklos sąlygų. Visgi, įtraukdama ūkio subjektus į teisėkūros procesą, valstybė turėtų užtikrinti, kad toks ūkio subjekto dalyvavimas teisėkūros procese *de jure* ir *de facto* nesudarytų galimybės nulemti teisėkūros proceso rezultato. Konkrečiai, šiuo atžvilgiu valstybė būti mažiausiai *de jure* užtikrinti, kad (1) ūkio subjekto nuomonės gavimas ar ūkio subjekto dalyvavimas teisėkūros procese nebūtų privalomas; (2) sprendimą priimančias subjektas turėtų realią galimybę atsisivelti arba neatsivelti į ūkio subjekto teikiamus pasiūlymus; ir (3) ūkio subjektui nebūtų suteikta galimybė balsuoti kolektyvinio sprendimo priėmimo procedūrose ar daryti įtaką tokios darbo grupės veiklai (pvz. balsavimas darbo grupėse, ūkio subjekto įtraukimas skaičiuojant kvorumą). Kartu valstybė turėtų

užtikrinti ir tai, kad valstybės institucija *de facto* turėtų kompetenciją ir galimybę priimti sprendimą savarankiškai, nepaisant ūkio subjekto teikiamų pasiūlymų, siekiant išvengti situacijos, kai atitinkama institucija sudaro tik nepriklausomumo iliuziją, realiai sankcionuojanti visus ūkio subjekto teikiamus pasiūlymus³⁸⁸.

Apibendrinant aukščiau išdėstytus argumentus, galima suformuluoti kelias valstybės ir valstybės kontroliuojamo subjekto bendradarbiavimo taisykles, kurios leidžia išvengti SESV 106(1) ir 102 str. pažeidimo:

- (i) Interesų konfliktą turintis ūkio subjektas *negali būti* įtrauktas į viešojo administravimo veiklos vykdymą *formaliais pagrindais*, jeigu tokio subjekto įtraukimas į viešojo administravimo veiklą tiesiogiai ar netiesiogiai gali suteikti jam galimybę teisėtai ar neteisėtai būdais daryti įtaką konkurentų veiklai atitinkamoje rinkoje arba įgyti prieigą prie komerciškai jautrios konkurentų informacijos (kiekvienas šių elementų reiktų reguliacinių funkcijų suteikimą). Tokie apribojimai yra tokie platūs, kad *formalus* interesų konfliktą turinčio subjekto įtraukimas į viešojo administravimo funkcijų įgyvendinimą turėtų būtų suvokiamas daugiau kaip teorinis modelis, o ne praktinė galimybė;
- (ii) Interesų konfliktą turintis ūkio subjektas *gali* dalyvauti viešojo administravimo ar teisėkūros veikloje išskirtinai konsultaciniais pagrindais, jeigu valstybė užtikrina, kad toks ūkio subjektas *de jure* ir *de facto* neturėtų galimybės daryti įtakos sprendimo priėmimo procedūrai ir/arba sprendimo turiniui.

4.2.2.3. Teisinis situacijos vertinimas, kai reguliacinės ir komercinės funkcijos išskaidomos keliems tarpusavyje susijusiems subjektams

Nustačius, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. draudžia valstybėms narėms sukurti interesų konflikto situacijas, kurioje komercinę veiklą atitinkamoje rinkoje vykdančiams subjektams suteikiami reguliaciniai įgaliojimai, kyla klausimas, kaip reikėtų vertinti situacijas, kai šios reguliacinės funkcijos išskaidomos tarp kelių tarpusavyje susijusių asmenų? Šiuo atveju įmanomos kelios galimybės:

- (i) valstybė paveda reguliacinių funkcijų įgyvendinimą juridiniam asmeniui, kuris savo ruožtu yra susijęs su komercines funkcijas vykdančiu kitu juridiniu asmeniu;
- (ii) valstybė paveda reguliacinių funkcijų įgyvendinimą vienai institucijai, kuri savo ruožtu vykdo komercinę veiklą per savo kontroliuojamus asmenis, t.y. savarankišką teisinį statusą turinčius juridinius asmenis arba atskirus institucijos departamentus.

Šiame disertacijos poskyryje siekiama nustatyti, kaip reikėtų vertinti interesų konflikto situacijas kiekvienu šių atveju.

388 Tokiai pozicijai pritaria ir Broberg, žr. Morten P. Broberg and Niels Fenger, "National Organisation of Regulatory Powers and Community Competition Law," *European Competition Law Review* 16, 6 (1995): 371.

Reguliacinių funkcijų suteikimas keliems juridiniams asmenims

Europos Sąjungos konkurencijos teisės taisyklės visuomet yra adresuojamos ne atskiriems juridiniams asmenims, tačiau „ūkio subjektams“, kurie apima visus ekonominius ryšiais tarpusavyje susijusius asmenis, nepriklausomai nuo tokių asmenų teisinės formos. Šis principas taikomas SESV 106(1) str. 102 str. numatyto draudimo atveju, kadangi kiekvieno šių straipsnių taikymas yra siejamas su ūkio subjektų veikla. Konkrečiai, SESV 102 str. nustato „ūkio subjektui“ (angl. „*undertaking*“) adresuotą draudimą piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi, tuo tarpu SESV 106(1) str. numatytas draudimas teikti privilegijas yra siejamas su privilegijų teikimu valstybiniais „ūkio subjektams“ (angl. „*public undertakings*“) bei „ūkio subjektams“, kuriems valstybės narės suteikia specialias arba išimtinės teises (angl. „*undertakings to which Member States grant special or exclusive rights*“). Toks reglamentavimas suponuoja, kad identifikuojant interesų konfliktą SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo tikslais turime vertinti ne konkretaus juridinio asmens, tačiau *in corpore* visų atitinkamam „ūkio subjektui“ priskiriamų asmenų interesų konfliktiškumą. Savo ruožtu, tokiam „ūkio subjektui“ turėtume priskirti visus juridinius ir fizinius asmenis, kurie dėl savo tarpusavio ekonominių, organizacinių ar teisinių ryšių gali būti laikomi vienu ekonominiu vienetu³⁸⁹.

Šiame kontekste reikėtų atkreipti dėmesį, kad visų valstybės kontroliuojamų įmonių galutinis akcijų valdytojas yra valstybė. Tokia aplinkybė kelia klausimą, ar mes turėtume laikyti visus valstybės valdomus asmenis vienu ūkio subjektu dėl to, kad visų šių asmenų galutinis akcijų valdytojas yra valstybė? Ar visgi egzistuoja atskiros tarpusavyje susijusių valstybės kontroliuojamų asmenų grupės, kurių kiekvieną galima įvardinti atskiru ūkio subjektu? Kaip galima numanyti, toks klausimas yra labai aktualus interesų konflikto byloje, kadangi pripažinus visus valstybės kontroliuojamus asmenis vienu ūkio subjektu kartu turėtume pripažinti, kad valstybei SESV 106(1) str. ir 102 str. apskritai draudžia vykdyti ūkinę-komercinę veiklą, kadangi visais atvejais vykdydama reglamentavimą valstybė atsiduria interesų konflikto situacijoje.

Atsakymą į šį klausimą galime rasti koncentracijų kontrolės taisyklėse, kurios *inter alia* sprendžia klausimą, kokiais atvejais valstybės įmonių reorganizacija turėtų būti laikoma koncentracija, o kuriais – tik vidine reorganizacija to paties ūkio subjekto viduje. Kaip nurodoma ES Reglamento 139/2004 dėl koncentracijų tarp įmonių kontrolės³⁹⁰ 22 preambulės punkte, skaičiuojant valstybės kontroliuojamų subjektų pajamas būtina įtraukti tik tokių subjektų pajamas, kurie „*sudaro vieną ekonominį vienetą, turintį savarankiškų sprendimų priėmimo galimybę, nepriklausomai nuo*“ tokių subjektų akcijų faktinio valdytojo. Tokia taisyklė iš esmės reiškia, kad atskiri valstybės (kaip galutinio akcijų valdytojo) kontroliuojami

389 ESTT sprendimas byloje Nr. C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio v Compañía Española de Petróleos SA, ECLI:EU:C:2006:784, 40 paragrafas; ESTT sprendimas byloje Nr. C-97/08 P, Akzo Nobel NV ir kiti v Komisija, ECLI:EU:C:2009:536, 58 paragrafas.

390 2004-01-20 Tarybos reglamentas (EB) Nr. 139/2004 Dėl koncentracijų tarp įmonių kontrolės (EB Susijungimų Reglamentas), OL L 24, 1-22, 2004 1 29, 1–22, 22 preambulės punktas. Europos Komisijos praktika susijungimų bylose, kuriose dalyvauja valstybės kontroliuojami subjektai gerai apibendrina Piet Jan Slot (žr. Piet Jan Slot, "The Application of the EU Merger Control Rules to State Owned Enterprises," *European Competition Law Review* 36, 11 (2015)).

juridiniai asmenys gali būti laikomi tarpusavyje nepriklausomais ir sudaryti atskirus ūkio subjektus, jeigu jie turi veikdami atitinkamoje rinkoje turi galimybę įgyvendinti savarakišką komercinę politiką³⁹¹. Tokią kelių valstybės kontroliuojamų ūkio subjektų atskyrimo galimybę netiesiogiai patvirtina ir kiti Europos Sąjungos teisės aktai, pavyzdžiui, gamtinių dujų sektoriaus III paketo direktyva, numatanti, kad valstybė bus laikoma tinkamai įgyvendinusi perdavimo sistemos operatoriaus ir tiekimo veiklą, jeigu kontrolę šių veiklų atžvilgiu įgyvendina skirtingos institucijos³⁹². Toks kelių valstybės kontroliuojamų ūkio subjektų išskyrimo principas reiškia, kad, sprendami dėl interesų konflikto situacijos sukūrimo paskirsčius reguliacines ir komercines funkcijas keliems valstybės kontroliuojamiems asmenims interesų konfliktą, galėsime konstatuoti tik tokiu atveju, jeigu šios funkcijos bus priskiriamos vienam ūkio subjektui. Savo ruožtu, toks vienam ūkio subjektui priskiriamų tarpusavyje susijusių asmenų vertinimas visuomet bus individualus ir priklausys nuo konkrečios institucijos ir šios institucijos įgyvendinamų kontrolės mechanizmų.

Reguliacinių ir komercinių funkcijų suteikimas vienam asmeniui, kai valstybės institucija reguliuoja veiklą, kurioje kartu įgyvendina komercines funkcijas

Tokiais atvejais, kai valstybė suteikia galimybę vykdyti reguliacines funkcijas atskirą teisinį subjektiškumą turinčiam asmeniui interesų, konflikto susiformavimas yra pakankamai aiškiai pastebimas. Šiuo atveju pakankamai intuityviai galime identifikuoti tiek ūkio subjekto vykdomos veiklos komercinį pobūdį, tiek nustatyti teisės aktuose konkrečiam ūkio subjektui suteiktus įgalinimus dalyvauti įgyvendinant reguliacines funkcijas. Pavyzdžiui, *GB-Inno-BM*³⁹³ byloje reguliacinių funkcijų suteikimas buvo įformintas teisės aktuose numatant, kad techninius reikalavimus nustato ir atitikties sertifikatus telekomunikacijų įrenginiams išduoda valstybės kontroliuojama bendrovė RTT. Analogiškai reguliacinių funk-

391 Komisijos suvestinis pranešimas dėl jurisdikcijos pagal Tarybos reglamentą (EB) Nr. 139/2004 dėl koncentracijų tarp įmonių kontrolės, O.L. C 95, 1-48 (2008), 52 paragrafas; 1998-06-02 Komisijos sprendimas, Commission Decision of 02/06/1998 Declaring a Concentration to Be Compatible with the Common Market (sprendimas byloje No IV / M.931 - Neste / Ivo) According to Council Regulation (EEC) Nr. 4064/89, O.L. C 218, 4 (1998), 7 paragrafas; 2013-03-08 Europos Komisijos sprendimas byloje Nr. COMP/M.680, Commission Decision of 08/03/2013 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No COMP/M.6801 - ROSNEFT / TNK-BP) according to Council Regulation (EC) No 139/2004, OL C 37/10 OL p. 34 (2013), 2-9 paragrafai; 2011-10-03 Europos Komisijos sprendimas byloje Nr. COMP/M.6141, Commission Decision of 03/10/2011 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No COMP/M.6141 - CHINA NATIONAL AGROCHEMICAL CORPORATION/ KOOR INDUSTRIES/ MAKHTESHIM AGAN INDUSTRIES) according to Council Regulation (EC) No 139/2004, OL C 309, p. 1 (2011), 5-7 paragrafai; 2011-05-19 Europos Komisijos sprendimas byloje Nr. COMP/M.6113, Commission Decision of 19/05/2011 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No COMP/M.6113 - DSM / SINOCHEM / JV) according to Council Regulation (EC) No 139/2004, O.L. C 177, p. 1 (2011), 7-16 paragrafai.

392 2009-07-13 Europos Parlamento ir tarybos direktyva 2009/73/EC dėl gamtinių dujų vidaus rinkos bendrųjų taisyklių, panaikinanti Direktyvą 2003/55/EB, O.L. L 211, p. 94–136 (2009), 9 straipsnio 6 punktas.

393 ESTT sprendimas byloje Nr. C-18/88, Régie Des Télégraphes et des Téléphones v. GB-INNO-BM SA, ECLI:EU:C:1991:474.

cijų suteikimas pastebimas gerokai modernesnėje *MOTOE*³⁹⁴ byloje, kurioje teisės aktais oficialios sporto federacijos buvo įtrauktos į leidimų organizuoti sportinius renginius išdavimo procedūras su diskrecija blokuoti leidimų išdavimą konkurentų organizuojamiems renginiams. Šie pavyzdžiai liudija, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo tikslais valstybė tikrai negalėtų savo kontroliuojamiems ūkio subjektams pavesti vykdyti interesų konfliktą keliančių reguliacinių funkcijų ir kartu leisti vykdyti veiklą reguliuojamose rinkose.

Visgi analizuojant valstybės kontroliuojamų ūkio subjektų ir valstybės santykių specifiką reikia pripažinti, kad valstybės institucijoms realiai net nekyla poreikis deleguoti tam tikrų reguliacinių funkcijų savo kontroliuojamiems asmenims norint suteikti jiems galimybę pasinaudoti valstybės reguliacinėmis funkcijomis susikuriant konkurencinį pranašumą. Šiuo atveju reikia atkreipti dėmesį, kad suteikus atskirą teisinį subjektiškumą savo kontroliuojamam ūkio subjektui, tokio subjekto dalininkų ir kitų valdymo organų funkcijas dažniausiai įgyvendina institucijos pareigūnai, kurie paraleliai valstybės institucijoje vykdo reguliacines funkcijas. Techniškai tokioje situacijoje atsidūręs rinkos dalyvis neturi jokio pranašumo prieš kitus rinkos dalyvius ir neturi galimybės daryti poveikio jų galimybėms veikti atitinkamoje rinkoje. Visgi realybėje toks reglamentavimas tik perkelia ūkio subjekto lygmenyje susiformuojantį interesų konfliktą į valstybės institucijos lygmenį, kada reguliuodami atitinkamą veiklos sektorių ir būdami atsakingi už kontroliuojamo ūkio subjekto finansinius rezultatus valstybės pareigūnai ir pati institucija neišvengiamai susiduria su stiprių interesų konfliktu. Atitinkamai, rezultato požiūriu tokioje situacijoje valstybės ir valstybės kontroliuojamo ūkio subjekto tarpusavio santykis niekuo nesiskiria nuo SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą sudarančios motininės ir dukterinės bendrovės tarpusavio santykio situacijos, kurioje motininė bendrovė įgyvendina reguliacines funkcijas, o dukterinė bendrovė veikia motininės bendrovės reguliuojamoje rinkoje.

Toks situacijų ir poveikio konkurencijai panašumas kelia mažiausiai du klausimus. Ar tai reiškia, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą galime įžvelgti ir tada, kai valstybės institucija nusprendžia pati veikti rinkoje, kurią pati reguliuoja? Ar tai reiškia, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. apskritai draudžia valstybei dalyvauti ūkinėje veikloje atsižvelgiant į tai, kad valstybė pagal savo prigimtį negali nevykdyti reguliacinės funkcijos? Atsakymo į šiuos klausimus ieškosime ESTT ir Komisijos praktikoje, kurioje buvo svarstomas valstybės institucijų ir valstybės kontroliuojamų ūkio subjektų santykiuose susidarancio interesų konflikto situacijos. Šiuo atveju konkrečiai bus analizuojama, kaip ESTT ir Komisijos praktikoje yra vertinamas komercinės ir reguliacines funkcijas vykdančių asmenų „nepriklausomumas“.

Kaip minėta, apie SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymą sprendžiant interesų konflikto situacijas buvo pradėta plačiau kalbėti 1988 m., kai Komisija 106(3) str. pagrindu priėmė *Telekomunikacijų galinių įrenginių direktyvą*³⁹⁵. Šios direktyvos 6 straipsnis *inter alia* nurodė, kad valstybes narės privalo patikėti prie telekomunikacijų tinklų jungiamai galiniams įrenginiams taikomų techninių reikalavimų rengimą, tokių reikalavimų taikymo priežiū-

394 ESTT sprendimas byloje Nr. C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) v Elliniko Dimosio*, ECLI:EU:C:2008:376.

395 1988-05-16 Komisijos direktyva Nr. 88/301/EEB Dėl konkurencijos galinės telekomunikacinės įrangos rinkose, O.L. L 31, p. 73 (1988).

rą ir atitikties sertifikatų išdavimą asmenims, kurie „būtų nepriklausomi nuo valstybinių ar privačių ūkio subjektų, siūlančių prekes ir/ar paslaugas telekomunikacijų sektoriuje“.³⁹⁶ Toks reikalavimas direktyvos preambulės 9 ir 17 punktuose buvo motyvuojamas taip:

„siekiant užtikrinti, kad [techninės specifikacijos ir atitikties sertifikatų išdavimo procedūros] būtų taikomos skaidriai, objektyviai ir nediskriminuojant, specifikacijų rengimas ir tokių taisyklių taikymas turėtų būti patikėtas subjektams, kurie yra nepriklausomi nuo [telekomunikacijos įrangos] rinkoje veikiančių konkurentų <..>“³⁹⁷

„Atitikties sertifikatų išdavimo specifikacijų ir procedūrų priežiūra negali būti patikėta telekomunikacijų įrangos rinkoje veikiančiam konkurentui dėl akivaizdaus interesų konflikto. Atitinkamai, valstybės narės turėtų užtikrinti, kad atsakomybė už atitikties sertifikatų išdavimo specifikacijų ir procedūrų rengimą būtų patikėta asmeniui, nepriklausomam nuo tinklo operatoriaus ir bet kokie telekomunikacijų įrangos rinkoje veikiančio konkurento“³⁹⁸.

Kitaip tariant, nustatydamą įpareigojimą atskirti reguliacines ir komercines funkcijas Komisija vadovavosi prielaida, kad interesų konfliktas visuomet susiformuoja, jeigu techninių specifikacijų rengimas ir įrenginių atitikties vertinimas yra patikimas ūkio subjektui, kuris (i) pats veikia atitinkamoje rinkoje, arba (ii) asmeniui, kuris yra priklausomas nuo tokioje rinkoje veikiančių rinkos dalyvių. Visgi nustačiusi reikalavimą patikėti reguliacines funkcijas nepriklausomam asmeniui, Komisija direktyvoje konkrečiau taip ir nepaaiškino, kaip konkrečiai šis reikalavimas turėtų būti suprantamas, t.y. kokie teisiniai, ekonominiai ar organizaciniai ryšiai leidžia spręsti apie reguliacines funkcijas vykdančio asmens nepriklausomumą. Tokią Komisijos poziciją galima iš dalies galima paaiškinti tuo, kad *Telekomunikacijų galinių įrenginių direktyva* buvo pirmasis Komisijos bandymas šalinti SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimus, priimant visas valstybes nares įpareigojančią direktyvą 106(3) str., o ne sprendžiant konkrečius SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo atvejus. Todėl Komisija galėjo sąmoningai vengti pateikti konkretesnę „nepriklausomumo“ sampratos interpretaciją siekiant išvengti didesnės konfrontacijos su valstybėmis narėmis. Antra vertus, tokios sąvokos aiškinimas galėjo būti sąmoningai paliktas ateičiai atsižvelgiant į tai, kad „nepriklausomumo“ principo aiškinimas direktyvos priėmimo metu nebuvo prioritetas. Kaip galima spręsti iš 1987 m. priimtos Komisijos žaliosios knygos,³⁹⁹ aptariančios telekomunikacijos sektoriaus perspektyvas, tokios direktyvos tikslas pirmiausiai buvo pašalinti interesų konfliktą sukeliančias reguliacines funkcijas iš nacionalinių operatorių monopolio, o šiam tikslui pasiekti platesnė nepriklausomumo sąvokos interpretacija nebuvo reikalinga.

Palikus direktyvoje „nepriklausomumo“ sampratos turinį atvirą, buvo aišku tik tiek, kad „nepriklausomumo“ reikalavimas tikrai bus pažeistas, jeigu reguliacinės ir komercinės

396 *Ibid.*, 6 straipsnis.

397 *Ibid.*, preambulės 9 punktas.

398 *Ibid.*, preambulės 17 punktas.

399 Komisijos komunikatas, Green Paper on the Development of the Common Market for Telecommunications Services and Equipment, Com (87) 290 of 30 June 1987, p. 17, http://ec.europa.eu/greenpapers/pdf/green_paper_telecom_services__common_market_com_87_290.pdf

funkcijos patikimos vienam ūkio subjektui. Savo ruožtu, jeigu komercinės ir reguliacinės funkcijos paskirstomos keliems tarpusavyje susijusiems asmenims „nepriklausomumo“ sąvoka galėjo būti aiškinama dviem būdais. Viena vertus, direktyvoje pateikiama „nepriklausomumo“ (angl. „independent“) sampratą galima buvo aiškinti siaurai ir „priklausomais“ laikyti tik tokius subjektus, kurie rinkoje gali įgyvendinti kontrolę. Šiuo atveju nepriklausomumo reikalavimas bus įgyvendintas, jeigu reguliatorius nėra subordinuotas ūkinę veiklą įgyvendinančio subjekto atžvilgiu. Antra vertus, „nepriklausomumo“ sąvoką galima buvo interpretuoti ir gerokai plačiau bei priklausomais asmenims laikyti visus „susijusius asmenis“. Pastaruoju atveju nepriklausomu asmeniu galėtų būti laikomas tik toks subjektas, kuris neturi jokių teisinių, ekonominių ar organizacinių sąsajų su rinkoje veikiančių rinkos dalyviu, nepriklausomai nuo to, ar tokios sąsajos būtų horizontalios ar vertikalios.

Telekomunikacijų galinių įrenginių direktyvoje Komisijos išdėstyta SESV 106(1) str. ir 102 str. turinio interpretacija buvo apskūsta ESTT *inter alia* nurodant, kad Komisija nepagrįstai įžvelgė 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą tokiose situacijose, kai tinklo valdytojas pats nustato prie tinklo jungiamų įrenginių technines specifikacijas ir užtikrina prie tinklo jungiamų įrenginių tokių specifikacijų atitikimą. Tokius pareiškėjų argumentus ESTT atmetė priimdamas sprendimą *Telekomunikacijų galinių įrenginių*⁴⁰⁰ (1991 m.) byloje. Savo sprendime ESTT pirmiausiai paaiškino teisinę taisyklę, kuri įgalina interesų konflikto situacijas vertinti kaip SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą. Šiuo atžvilgiu teismas nurodė, kad Sutartis numato reikalavimą šalinti konkurencijos iškraipymus⁴⁰¹, kuris gali būti pasiektas tik užtikrinus lygias galimybes visiems ekonominiams operatoriams. Savo ruožtu, tokio lygių galimybių principo reikalavimai nagrinėjamoje situacijoje akivaizdžiai nėra tenkinami tada, jeigu ūkio subjektui, parduodančiam telekomunikacinius įrenginius, yra suteikiama teisė nustatyti technines specifikacijas tokiems įrenginiams, prižiūrėti tokių specifikacijų vykdymą ir išduoti tokių specifikacijų atitikimą patvirtinančius sertifikatus. Teismo požiūriu, tokių teisių reguliacinių funkcijų suteikimas „yra tolygus galimybei savo nuožiūra spęsti, kuri telekomunikacijų įranga gali būti prijungta prieš viešųjų tinklų ir tokiu būdu suteikia ūkio subjektui akivaizdų pranašumą prieš savo konkurentus“⁴⁰². Šių argumentų kontekste ESTT konstatavo, kad Komisija turėjo teisę direktyvoje reikalauti specifikacijų rengimą ir priežiūrą patikėti asmeniui, kuris „būtų nepriklausomas nuo valstybinių ar privačių ūkio subjektų, siūlančių prekes ir/ar paslaugas telekomunikacijų sektoriuje“⁴⁰³.

Toks teismo sprendimas turėjo fundamentalią reikšmę interpretuojant SESV 106(1) str. ir 102 str. keliamus reikalavimus interesų konflikto situacijose. Šiuo atžvilgiu svarbu pastebėti, kad Komisija turi teisę priimti direktyvas SESV 106(3) str. numatytu pagrindu tik siekdama pašalinti SESV 106(1) str. pažeidimus. Atitinkamai, tokiomis direktyvomis Komisija gali tik paaiškinti SESV 106(1) str. keliamus reikalavimus (*inter alia* reikalavimus, nustatomus

400 ESTT sprendimas byloje Nr. C-202/88, Telecommunications Terminal Equipment: France (Italy, Belgium, Germany and Greece intervening) v. E.C. Commission, 5 C.M.L.R. 552, (1992).

401 Nors teismas konkrečiai to neįvardina, tačiau galima numanyti, kad tokį tikslą teismas susiejo su Europos Ekonominės bendrijos sutarties 3(f) str. (kuris šiuo metu yra perkeltas į ESS 3(3) str. ir EES 27 protokolą) numatytu tikslu užtikrinti neiškraipytą konkurenciją.

402 ESTT sprendimas byloje Nr. C-202/88, Telecommunications Terminal Equipment: France (Italy, Belgium, Germany and Greece intervening) v. Komisija, 5 C.M.L.R. 552, (1992), 51 paragrafas.

403 *Ibid.*, 52 paragrafas.

SESV 106(1) str. ir 102 str.), tačiau negali sukurti naujų teisinių taisyklių⁴⁰⁴. ESTT sprendimas pripažinti, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo tikslais pažeidimu iš tiesų turi būti laikomi atvejai, kai valstybė neužtikrina reguliacinių ir komercinių funkcijų atskirumo savo sprendimo motyvų, niekaip nesusiedama su telekomunikacijų sektoriaus specifika, suformavo universalią reguliacinių ir komercinių interesų atskirumo taisyklę, kuri galioja nepriklausomai nuo nagrinėjamos ūkinės veiklos pobūdžio ir specialių Komisijos direktyvų atitinkamam veiklos sektoriui egzistavimo. Tokią sprendimo įtaką puikiai iliustruoja teismo sprendimas *GB-Inno-BM* byloje⁴⁰⁵, kurioje teismas *Telekomunikacijų galinių įrenginių* bylos motyvais pripažino SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimu interesų konflikto situaciją, susidariusią autorizuojant telekomunikacijų galinius įrenginius dar iki atsirandant *Telekomunikacijų galinių įrenginių* direktyvoje nustatytam reikalavimui atskirti komercines ir reguliacines funkcijas.

Visgi, nepaisant tokios precedentinės teismo sprendimo reikšmės, sprendime nerasime atsakymo, kaip konkrečiai reikėtų interpretuoti direktyvoje apibrėžtą „nepriklausomų“ asmenų sąvoką. Šiuo klausimu teismo sprendime paminima tik tiek, kad tokios interesų konfliktą sąlygojančios funkcijos negali būti suteikiamos tam pačiam „ūkio subjektui“⁴⁰⁶, kas leidžia suprasti teismo poziciją, kad „nepriklausomumo“ reikalavimas aiškiai nebūtų tenkinamas tuomet, jeigu komercinės ir reguliacinės funkcijos būtų paskirstomos keliems vieną ūkio subjektą sudarantiems juridiniams asmenims. Visgi tokia nepriklausomumo principo interpretacija buvo pakankamai nuspėjama atsižvelgiant į tai, kad tiek SESV 102 str., tiek 106(1) str. taisyklės yra susietos su „ūkio subjektu“, o ne atskirų juridinių asmenų veiksmų vertinimu.

Kiek daugiau aiškumo dėl „nepriklausomumo“ sąvokos suteikė 1993 m. ESTT tą pačią dieną priimti trys sprendimai *Decoster*⁴⁰⁷, *Taillander*⁴⁰⁸ ir *Lagauche*⁴⁰⁹ bylose, kuriose vėl buvo nagrinėjama interesų konflikto situacija, susidariusi telekomunikacijų sektoriuje. *Decoster* ir *Taillander* bylose buvo nagrinėjamas Prancūzijos, o *Lagauche* byloje – Belgijos teisės aktuose numatytas telekomunikacijos paslaugų teikimo reglamentavimas, susijęs su galinių telekomunikacijų įrenginių autorizavimo procedūromis.

Decoster ir *Taillander* bylose nagrinėjamas teisinis reglamentavimas pasižymėjo tuo, kad monopolines telekomunikacijos paslaugas tiesiogiai teikė vienas iš ministerijos departamentų, tuo tarpu galinių telekomunikacijos įrenginių autorizavimas bėgant laikui buvo

404 Ibid., 21 paragrafas, ESTT sprendimas sujungtose bylose C-48/90 ir C-66/90, Olandija, Koninklijke PTT Nederland NV ir PTT Post BV v Komisija, ECLI:EU:C:1992:63, 26 paragrafas; ESTT sprendimas byloje Nr. C-163/99, Portugalija v Komisija, ECLI:EU:C:2001:189, 26 paragrafas.

405 ESTT sprendimas byloje Nr. C-18/88, Régie Des Télégraphes et des Téléphones v. GB-INNO-BM SA, ECLI:EU:C:1991:474. Tokios nuomonės laikėsi ir Generalinis advokatas Tesouro *Decoster* byloje (ESTT sprendimas byloje Nr. C-69/91, Criminal proceedings against Francine Gillon, née Decoster, ECLI:EU:C:1993:853), kuris *inter alia* taip pat pažymėjo, kad netgi netenkinant 106(1) str. taikymo sąlygų (pvz. nagrinėjama situacija nėra susijusi su ūkio subjektu užimančio rinkoje dominuojančią padėtį), interesų konflikto situacija bet koku atveju būtų draudžiama pagal SESV 34 str..

406 ESTT sprendimas byloje Nr. C-202/88, Prancūzija v. Komisija (*Telekomunikacijų galinių įrenginių byla*), ECLI:EU:C:1991:120, 51 paragrafas.

407 ESTT sprendimas byloje Nr. C-69/91, Criminal proceedings against Francine Gillon, née Decoster, ECLI:EU:C:1993:853.

408 ESTT sprendimas byloje Nr. C-92/91, Taillander, ECLI:EU:C:1993:854.

409 ESTT sprendimas byloje Nr. C-46/90 (sujungtose bylose C-46/90 ir C-93/9), Procureur du Roi v Jean-Marie Lagauche ir kiti, ECLI:EU:C:1993:852.

organizuojamas įgyvendinant dvi skirtingas schemas. Pirmuoju atveju komercines telekomunikacijos paslaugas teikė vienas iš ministerijos departamentų, tuo tarpu technines specifikacijas telekomunikacijų galiniams įrenginiams rengė ir atitikties sertifikatus išdavinėjo tas pats ministerijos departamentas arba atskiras šio departamento padalinys. Kiek vėliau ministerija reorganizavo savo departamentų funkcijas, palikdama komercinių funkcijų vykdymą vienam ministerijos departamentui, o reguliacinę funkciją perduodama naujai įsteigtam departamentui. Kitaip tariant, *Decoster* ir *Taillander* bylose ESTT turėjo analizuoti vieną situaciją, kada interesų konfliktas susidarė sutelkus reguliacines ir komercines funkcijas tame pačiame ministerijos departamente ir šio subjekto tiesiogiai kontroliuojamame padalinyje, bei kitą situaciją, kai reguliacinės ir komercinės funkcijos buvo išskirstytos dviem atskiriems tarpusavio pavaldumo ryšiais nesusijusiems tos pačios ministerijos padaliniais. Savo ruožtu, *Lagauche* byloje nagrinėjamas teisinis reglamentavimas iš esmės skyrėsi tik tuo, kad Belgijoje komercinių paslaugų teikimas buvo patikėtas atskiram juridiniam asmeniui – *Régie des Télégraphes et Téléphones* („RTT“), kuris tikrino telekomunikacijų galinių įrenginių techninių reikalavimų atitikimą ir išduodavo atitikties sertifikatus, tuo tarpu konkrečius techninius reikalavimus įrenginiams nustatinėjo RTT atžvilgiu kontrolę įgyvendinanti ministerija.

Analizuodamas Prancūzijos teisinį reglamentavimą *Decoster* ir *Taillander* bylose teismas pritaikė *Telekomunikacijų galinių įrenginių*⁴¹⁰ ir *GB-Inno-BM*⁴¹¹ bylose įtvirtintą lygių galimybių principą⁴¹² ir konstatavo SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą, atsižvelgdamas į tai, kad Prancūzija neužtikrino reguliacinių funkcijų vykdymo nepriklausomam asmeniui. Savo ruožtu, pasisakydamas dėl nepriklausomumo principo reikalavimo turinio, teismas pakankamai lakoniškai nurodė, kad skirtingi *tos pačios* institucijos padaliniai negali būti laikomi *nepriklausomi* vienas nuo kito⁴¹³. Nepaisant tokio sprendimų motyvų lakoniškumo, teismo sprendimas leido daryti kelias išvadas dėl nepriklausomumo principo turinio. *Pirma*, teismas konstatavo nepriklausomumo principo pažeidimą situacijoje, kurioje komercines ir reguliacines funkcijas įgyvendino tarpusavio pavaldumo ryšiais nesusiję departamentai, todėl teismo sprendimai *Decoster* ir *Taillander* bylose leidžia manyti, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. ir direktyvoje numatyta nepriklausomumo sąvoka turi būti suvokiama plačiai ir apimti visus tarpusavyje „sijusius“ asmenis, nepriklausomai nuo to, ar šie asmenys yra susiję tarpusavio pavaldumo ryšiais, ar tiesiog yra susiję per vieną kontroliuojantį asmenį. *Antra*, teismo nagrinėtame epizode, susijusiam su laikotarpiu po vidinės ministerijos departamentų reorganizacijos, vienam departamentui suteikiant visas reguliacines funkcijas, o kitam – atsakomybę, už komercinių paslaugų teikimą nebuvo įmanoma nustatyti jokio reguliacinių funkcijų „suteikimo“ komercines

410 ESTT sprendimas byloje Nr. C-202/88, Prancūzija v. Komisija (Telekomunikacijų galinių įrenginių byla), ECLI:EU:C:1991:120.

411 ESTT sprendimas byloje Nr. C-18/88, Régie Des Télégraphes et des Téléphones v. GB-Inno-BM SA, ECLI:EU:C:1991:474.

412 ESTT sprendimas byloje Nr. C-69/91, Criminal proceedings against Francine Gillon, née Decoster, ECLI:EU:C:1993:853, 19-20 paragrafai.

413 Šį aspektą kiek plačiau pakomentavo išvadą byloje teikęs generalinis advokatas Tesauro, kuris laikėsi pozicijos, kad komercinių ir reguliacinių funkcijų akumuliavimą viename subjekte reikėtų vertinti analizuojant ne atskirų ministerijos departamentų, bet pačios ministerijos funkcijas, kadangi kiekvienas padalinys bet koku atveju įgyvendina ministerijos pavestus uždavotus ir hierarchiniais ryšiais yra susijęs su viena sprendimus priimančia institucija.

funkcijas vykdančiam subjektui. Šiuo atveju savarankiškas ministerijos padalinys tiesiog vykdė įprastas valstybei viešojo administravimo funkcijas. Tokia aplinkybė leido manyti, kad interesų konflikto susiformavimo tikslais reguliacinės funkcijos nebūtinai turi būti „perduodamos“ kokiems nors subjektams, t.y. interesų konfliktas gali kilti ir tokiose situacijose, kada valstybės institucija tiesiog įgyvendina įprastas reguliacines funkcijas, o interesų konfliktą sukelia valstybės sprendimas vykdyti ūkinę veiklą savo reguliuojamoje rinkoje. Tokio sprendimo kontekste visiškai logiškai galima daryti išvadą: valstybės sprendimas vykdyti ūkinę veiklą per ministerijos struktūrinius padalinius ar įsteigiant savarankišką teisinį subjektiškumą turintį juridinį asmenį SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo tikslais neturėtų sudaryti teisiškai reikšmingos aplinkybės, kadangi valstybės institucijos sąsaja su atskiru savo departamentu praktiškai visais atžvilgiais yra tolygi valstybės sąsajai su savo kontroliuojamu atskira teisinį subjektiškumą turinčiu asmeniu. Tokią išvadą *inter alia* leidžia daryti ESTT sprendimas *Komisija v. Italija*⁴¹⁴ byloje, kurioje ESTT paaiškino, kad nacionalinė teisė negali apspręsti Europos Sąjungos teisės turinio:

„Šiuo atžvilgiu reikėtų pažymėti, kad Teismas savo sprendimuose pakankamai dažnai pabrėžia, kad rėmimasis nacionaline valstybių narių teise, siekiant apriboti Bendrijos teisės apimtį, paneigtų tokios teisės vieningumą ir efektyvumą, todėl negali būti pripažįstamas. Atitinkamai, aplinkybė, kad konkretus asmuo pagal nacionalinę teisę turi arba neturi atskiros teisinio statuso nuo valstybės, yra teisiškai nesvarbi, „sprendžiant, ar jis gali būti laikomas valstybės ūkio subjektų direktyvos prasme“⁴¹⁵

Kitaip tariant, pripažįstant principą, kad nacionalinis teisinis reglamentavimas negali daryti įtakos Europos Sąjungos teisės taikymui, galima racionaliai manyti, kad vienodai turėtų būti vertinama situacija, kada įgyvendindama reguliacines funkcijas valstybė komercinę veiklą vykdo valstybės institucijų sudėtyje (kaip tai buvo daroma *Decoster* ir *Taillander* bylose nagrinėtoje situacijoje), ir situacija, kai tokią komercinę veiklą institucija patiki savarankišką teisinį subjektiškumą turinčiam, tačiau institucijos visiškai kontroliuojamam subjektui.

Visgi tą pačią dieną priimtame *Lagauche* sprendime ESTT laikėsi visiškai kitokios pozicijos ir nusprendė, kad nagrinėjamu atveju SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimai nebuvo pažeisti, t.y. Belgija įgyvendino reikalavimą užtikrinti komercinių ir reguliacinių funkcijų atskyrimą. Šiuo atveju įdomu, kad *Lagauche* sprendime teismas atskyrė laikotarpį *iki* ir *po* Telekomunikacijų galinių įrenginių direktyvos įsigaliojimo. Teismas pirmiausiai nurodė, kad savo kontroliuojamos subjekto RTT įtraukimas į atitikties sertifikatų išdavimo procedūras iš tiesų pažeidė direktyvos 6 str. numatantį reikalavimą - reguliacinių funkcijų įgyvendinimą patikėti asmeniui, nepriklausomam nuo reguliuojamoje rinkoje veikiančių ūkio subjektų⁴¹⁶. Visgi analizuodamas laikotarpį iki direktyvos įsigaliojimo ir tos pačios teisinio reglamentavimo situacijos atžvilgiu, taikydamas SESV 106(1) str. ir 102 str. teismas priėjo išvadą, kad šiuose straipsniuose numatytas interesų konflikto draudimo principas nebuvo pažeistas⁴¹⁷.

414 ESTT sprendimas byloje Nr. 118/85, *Komisija v. Italija*, ECLI:EU:C:1987:283.

415 *Ibid.*, 11 paragrafas.

416 ESTT sprendimas sujungtose bylose Nr. C-46/90 ir C-93/90, *Procureur du Roi v. Jean-Marie Lagauche* ir kiti, ECLI:EU:C:1993:852, sprendimo rezoliucinės dalies 3 paragrafas.

417 *Ibid.*, sprendimo rezoliucinės dalies 4 paragrafas.

Tokiu būdu teismas iš esmės pasakė, kad egzistuoja du savarankiški nepriklausomumo standartai: (i) direktyvos taikymo prasme nepriklausomumo teisinis standartas yra gerokai aukštesnis ir bus pažeistas tuomet, jeigu valstybės kontroliuojamas subjektas bus įtrauktas į reguliacinių funkcijų įgyvendinimą, net jeigu jis atliks tik ribotas technines funkcijas; tuo tarpu (ii) SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo tikslais nepriklausomumo standartas yra žemesnis, todėl interesų konflikto draudimo taikymo tikslais toleruojamos situacijos, kai valstybė pati ki techninių funkcijų įgyvendinimą savo kontroliuojamam subjektui, išlaikydama galutinio sprendimo priėmimą savo kompetencijos ribose. Toks sprendimas iš esmės suponavo, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo tikslais interesų konflikto draudimas nėra taikomas, jeigu valstybė atskiria savo komercines funkcijas perkeldama jas savarankišką teisinį subjektiškumą turintiems asmenims, jeigu tik tokie subjektai nėra *atskirai* įtraukiami į reguliacinių funkcijų įgyvendinimą. Šiuo atžvilgiu valstybės dalyvavimas tokių subjektų kapitale ir kontrolės tokių subjektų atžvilgiu įgyvendinimas yra teisiškai nereikšminga aplinkybė.

Toks teismo sprendimas buvo labai kontraversiškas dviem aspektais. *Pirma*, toks teismo sprendimas suponavo, kad valstybė savo nacionaliniai teisės aktais (komercinių funkcijų perkėlimu savarankišką teisinį subjektiškumą turinčiam asmeniui) gali pašalinti SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą nepaisant to, kad toks perkėlimas nepašalina nei interesų konflikto, nei sumažina interesų konflikto intensyvumo. Toks sprendimas aiškiai prieštaravo *Komisija v. Italija*⁴¹⁸ byloje nurodytam principui, kad valstybė savo nacionaliniais teisės aktais negali pakeisti Europos Sąjungos teisės taikomų taisyklių apimties, ir tai, kad SESV 106 str. taikymo tikslais valstybės ūkio subjekto sąvoka apima visus valstybės kontroliuojamus ūkio subjektus nepaisant to, ar šiems suteikiamas atskiras teisinis statusas. *Antra*, ESTT sprendimas suponavo, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo tikslais bei Telekomunikacijų galinių įrenginių direktyvos 6 str. taikymo tikslais nepriklausomumo principas gali būti suvokiamas skirtingai, nors *Telekomunikacijos galinių įrenginių*⁴¹⁹ byloje ESTT buvo padaręs išvadą, kad šios direktyvos 6 str. atitinka SESV 106(1) str. ir 102 str. numatytą teisinę taisyklę. Doktrinoje toks teismo sprendimas buvo pakankamai reikšmingai kritikuojamas *inter alia* dėl to, kad *Lagauche* sprendime ir vėlesniuose savo sprendimuose taip ir nepaaiškino, kaip sprendimas *Lagauche* byloje koreliuoja su daugeliu anksčiau ESTT sprendimų, pripažįstančių direktyvos 6 str. ir SESV 106(1) ir 102 str. turinio sutapimą⁴²⁰. Kartu toks sprendimas paskatino kai kuriuos autorius matyti, kad tokiu sprendimu teismas patvirtino Komisijos teisę 106(3) str. pagrindu ne tik aiškinti SESV 106(1) str. turinį, tačiau kartu „vystyti Bendrijos teisę konstatuojant naujų pareigų egzistavimą“, panašiai, kaip daro ESTT interpretuodamas Bendrijos teisę⁴²¹.

Savo pozicija teismas turėjo galimybę paaiškinti 1995 m., kai *Tranchant* byloje ESTT vėl buvo paprašytas įvertinti Prancūzijos atliktus pakeitimus savo teisės aktuose po *Decoster* ir

418 ESTT sprendimas byloje Nr. 118/85, *Komisija v. Italija*, ECLI:EU:C:1987:283.

419 ESTT sprendimas byloje Nr. C-202/88, *Prancūzija v. Komisija (Telekomunikacijų galinių įrenginių byla)*, ECLI:EU:C:1991:120.

420 Vincent Kronenberger, "A Model of the Transformation Process of Statutory Monopolies in European Community Law: From Practice to Theory," *European Business Organization Law Review* 2, 2 (2001): p. 301-338, 146 išnaša; generalinio advokato *Tesauro* nuomonė ESTT byloje Nr. C-91/94, *Tranchant*, ECLI:EU:C:1995:374, 3 išnaša.

421 David Edward and Mark Hoskins, "Article 90: Deregulation and EC Law. Reflections Arising from the XVI Fide Conference," *Common Market Law Review* 32 (1995): 157.

Taillander sprendimų. Konkrečiai šioje byloje ESTT nustatė, kad Prancūzija perleido telekomunikacijos paslaugų teikimą ministerijos įsteigtai bendrovei *France Telecom*, sau pasilikdama tik techninių specifikacijų rengimo ir atitikties sertifikatų išdavimo funkciją, tačiau kartu įtraukė *France Telecom* į reguliacinių funkcijų įgyvendinimą, išduodant atitikties sertifikatus, tokias funkcijas susiejant su *France Telecom* privalomai teikiama ekspertine išvada, kad konkretus įrenginys atitinka ministerijos patvirtintus techninius reikalavimus. Kitaip tariant, naujasis telekomunikacijų paslaugų teikimo teisinis reglamentavimas buvo sukurtas atkartojant teisinio reglamentavimą struktūrą, kurios teisėtumą SESV 106(1) str. ir 102 str. požiūriu teismas pripažino *Lagauche* byloje.

Įvertinęs ginčo šalių argumentus ESTT pripažino, kad toks telekomunikacijų paslaugų teikimo organizavimas pažeidžia *Telekomunikacijų galinių įrenginių* direktyvos 6 str. reikalavimą patikėti reguliacinių funkcijų vykdymą asmeniui, kuris būtų nepriklausomas nuo ūkinę veiklą vykdančių subjektų. Visgi, nepaisant aplinkybės, kad *Tranchant* byloje *France Telecom* buvo patikėta tik atitikties sertifikatų išdavimo funkcija, analogiškai kaip ir *Lagauche* nagrinėtoje byloje, savo išvadas dėl atitikimo direktyvos 6 str. teismas papildomai motyvavo *Telekomunikacijų galinių įrenginių*⁴²² ir *GB-Inno-BM*⁴²³ bylose suformuluotu lygių galimybių principu, net neužsimindamas apie *Lagauche* byloje priimtą sprendimą. Savo ruožtu, reaguodamas į šalių argumentus dėl nevienareikšmiškos *France Telecom* laboratorijos įtakos, autorizuojant konkurentų siūlomas prekes, teismas nurodė, kad direktyvoje numatytas nepriklausomumo reikalavimas siekia pašalinti „bet kokią interesų konflikto riziką“ tarp reguliacines funkcijas vykdančio subjekto veiksmų ir ūkio subjektų, siūlančių prekes ir paslaugas rinkoje⁴²⁴. Autoriaus supratimu, tokiu būdu teismas netiesiogiai leido suprasti, kad pats teismas siekia atsiriboti nuo savo ankstesnio sprendimo bent jau toje dalyje, kurioje teismas pripažino SESV 106(1) str. ir 102 str. ir direktyvos 6 str. reikalavimų netapatumą identifikuojant nepriklausomus subjektus. Visgi reikia pripažinti, kad *Tranchant* sprendimas nesuteikia pakankamo aiškumo, ar tikrai šioje byloje teismas bandė atsiriboti nuo *Lagauche* sprendimo toje dalyje, kurioje teismas pripažino, kad, perkeldama ūkinę veiklą į atskirą juridinį asmenį, valstybės institucija gali išvengti SESV 106(1) str. ir 102 str. draudžiamo interesų konflikto. Šiuo atveju problema kyla dėl to, kad *Tranchant* byloje teismas tiesiogiai nepasisakė dėl SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo nagrinėjamoje situacijoje, nors kartu aiškindamas direktyvos turinį pagal *Telekomunikacijų galinių įrenginių*⁴²⁵ ir *GB-Inno-BM*⁴²⁶ sprendimų precedentus suteikė pagrindą manyti, kad tiek direktyvos, tiek SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo tikslais nustatomas analogiškas nepriklausomumo standartas.

Tokių sprendimo ribotumą ir nepakankamą aiškumą SESV 106(1) str. ir 102 str. požiūriu paaiškina labai siaurai suformuluotas nacionalinio teismo klausimas. Konkrečiai

422 ESTT sprendimas byloje Nr. C-202/88, Prancūzija v. Komisija (Telekomunikacijų galinių įrenginių byla), ECLI:EU:C:1991:120.

423 ESTT sprendimas byloje Nr. C-18/88, Régie Des Télégraphes et des Téléphones v. GB-Inno-BM SA, ECLI:EU:C:1991:474.

424 ESTT sprendimas byloje Nr. C-91/94, Tranchant, ECLI:EU:C:1995:374, 19 paragrafas.

425 ESTT sprendimas byloje Nr. C-202/88, Prancūzija v. Komisija (Telekomunikacijų galinių įrenginių byla), ECLI:EU:C:1991:120.

426 ESTT sprendimas byloje Nr. C-18/88, Régie Des Télégraphes et des Téléphones v. GB-Inno-BM SA, ECLI:EU:C:1991:474.

nacionalinis teismas klausė, ar bus pažeistas direktyvos 6 straipsnis tokioje situacijoje, kai ekspertinius tyrimus atliekanti laboratorija yra kontroliuojama komercinę veiklą vykdančio ūkio subjekto⁴²⁷. Tokio klausimo kontekste natūralu, kad ESTT turėjo labai ribotą galimybę pasisakyti apie SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymą, ir apskritai pasisakyti dėl to, ar nebuvo pažeistas nepriklausomumo principas gerokai bendresnio pobūdžio situacijoje, kai per *France Telecom* komercinę veiklą vykdanči ministerija pati nustatinėdavo techninius reikalavimus prie tinklo jungiamai įrangai. Visgi abejonę dėl tokio bendresnio pobūdžio interesų konflikto išreiškė byloje išvadą teikęs generalinis advokatas *Tesauro*. Generalinio advokato nuomone, Prancūzija galėjo pažeisti nepriklausomumo principą vien dėl to, kad ministerija ir toliau vykdė ūkinę veiklą savo reguliuojamoje rinkoje per *France Telecom*. Šiuo atžvilgiu generalinis advokatas pastebėjo, kad *France Telecom* yra priskirtas misterijos atsakomybės sričiai, 14 iš 21 valdybos narių yra paskirti ministerijos, o bendrovė veikia pagal ministerijos teikiamus nurodymus. Visgi savo išvados dėl tokio reguliacinių ir komercinių funkcijų atskyrimo tinkamumo generalinis advokatas negalėjo pateikti atsižvelgdamas į tai, kad tokia išvada išeitų už nacionalinio teismo keliamo klausimo ribų⁴²⁸.

Atitinkamai šių teismo sprendimų kontekste klausimas dėl SESV 106(1) str. ir 102 str., numatyto draudimo valstybėms sukurti intereso konflikto situacijas tokiais atvejais, kai valstybė užsiima komercine veikla ir kartu reguliuoja rinką, liko pakankamai neaiškus ir ilgą laiką buvo sprendžiamas per kiekvieno atskiro sektoriaus reguliavimą direktyvomis, taip ir nepateikiant aiškios išvados, ar šios direktyvos atitinka SESV 106(1) str. ir 102 str. draudimo turinį. Toks aiškumas atsirado tik 2001 m. Komisijai priėmus sprendimą *La Poste* byloje.

Kaip minėta ankstesniame poskyryje, *La Poste* byloje Komisija įžvelgė SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą paisydama to, kad valstybės suteikta išimtinė teisė *La Poste* suteikė *de facto* galimybę reguliuoti rinkoje galiojančias konkurencijos sąlygas. Bylos eigoje *La Poste* laikėsi pozicijos, kad reguliacinės funkcijos jai nebuvo suteiktos, kadangi *La Poste* sprendimai atskirais klausimais turėjo būti suderinti su *La Poste* kontroliuojančia ministerija. Tokių argumentų kontekste Komisija turėjo pasisakyti ir dėl to, ar *La Poste* ir ją kontroliuojanti ministerija gali būti laikoma nepriklausomu asmeniu SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo tikslais.

Savo analizę Komisija pradėjo nuo pozicijos, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. ir Komisijos direktyvose, reikalaujančiose atskirti komercines ir reguliacines funkcijas, „nepriklausomumo“ reikalavimas yra tapatus. Komisijos teigimu, visais „*tokiais atvejais, kai valstybės ūkio subjektas susiduria su interesų konflikto rizika, valstybė privalo užtikrinti, kad būtų sukurta efektyvi priežiūros sistema, įgalinanti atstatyti pažeistas ūkio subjektų lygias galimybes*“⁴²⁹. Komisijos teigimu, toks principas kyla iš ESTT sprendimo *GB-Inno-BM* byloje, reikalaujančio atskirti komercines ir reguliacines funkcijas, o tokio principo taikymą Komisija patvirtino priimdama direktyvas pašto sektoriui⁴³⁰. Savo ruožtu, kalbėdama apie

427 ESTT sprendimas byloje Nr. C-91/94, Tranchant, ECLI:EU:C:1995:374, 10 paragrafas.

428 Generalinio advokato *Tesauro* išvada byloje *Ibid.*, 17 išnaša.

429 Komisijos sprendimas Nr. 2002/344/EC, Commission Decision of 23 october 2001 on the Lack of Exhaustive and Independent Scrutiny of the Scales of Charges and Technical Conditions Applied by *La Poste* to Mail Preparation Firms for Access to Its Reserved Services (Text with Eea Relevance.) (Notified under Document Number C(2001) 3186), OL L 120, P. 19 - 37 (2001), 78 paragrafas.

430 *Ibid.*, 77-78 paragrafas.

ministerijos ir *La Poste* tarpusavio nepriklausomumą, Komisija nurodė, kad teisės aktuose esantis atskyrimas „*neužtikrina neginčijamo neutralumo prižiūrint santykius tarp valstybės subjekto ir pašto paruošimo bendrovių*“. Šiuo atžvilgiu, Komisija nurodė, kad valstybės institucijos aktyviai dalyvauja nustatant *La Poste* veiklos tikslus, todėl ta pati institucija, kuri yra atsakinga už *La Poste* veiklos priežiūrą, kartu yra atsakinga už *La Poste* pelningumą ir finansinį stabilumą. Atitinkamai, ministerijos vykdomai priežiūrai „*greičiausiai daro įtaką aspektai, susiję su valstybės finansiniais interesais, kurie nėra susiję su tikslu užtikrinti lygybę, kuriai turėtų būti teikiamas prioritetas analizuojant santykius tarp La Poste ir jos vartotojų bei komercinių partnerių*“⁴³¹. Komisijos įsitikinimu, šių aplinkybių kontekste yra pakankamai aišku, kad ministerija nėra pakankamai nepriklausoma nuo *La Poste* ir negali efektyviai vykdyti jos veiklos priežiūros. Savo ruožtu, tokių aplinkybių kontekste „*pati valstybės institucija susiduria su interesų konflikto situacija ir objektyviai negali vykdyti efektyvios La Poste priežiūros tokiu būdu, kad padėtų išvengti interesų konflikto*“⁴³². Šių argumentų kontekste Komisija pripažino SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą⁴³³.

Toks Komisijos sprendimas pašalino bet kokius neaiškumus dėl valstybės institucijų galimybių vykdyti ūkinę-komercinę veiklą savo reguliuojamose rinkose, nepriklausomai nuo nagrinėjamo ūkio sektoriaus. *Pirma*, Komisija nurodė, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. ir atskirose Komisijos direktyvose įtvirtintas reikalavimas atskirti reguliacines ir komercines funkcijas yra tapatus. *Antra*, SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo tikslais ministerija nepašalina interesų konflikto tiesiog priskirdama komercinių funkcijų vykdymą savarankišką teisinį subjektiškumą turinčiam asmeniui. *Trečia*, susiedama direktyvose keliamą nepriklausomumo reikalavimą su SESV 106(1) str. ir 102 str. numatytu draudimu sukurti interesų konflikto situacijas, Komisija iš esmės nurodė, kad atskiriems sektoriams taikomose direktyvose (pvz. telekomunikacijų elektros ar dujų sektoriui) numatyti reikalavimai atskirti reguliacines ir komercines funkcijas turi būti taikomi universaliai visiems veiklos sektoriams, pvz. Elektroninių ryšių pagrindų direktyva tiesiogiai įvardina, kad „*Valstybės narės, kurioms nuosavybės teise priklauso ar kurios valdo įmones, teikiančias elektroninių ryšių tinklus ar paslaugas, [turi užtikrinti], kad reguliavimo funkcija būtų veiksmingai atskirta nuo veiklos, susijusios su nuosavybės teise ir valdymu*“, siekiant pašalinti interesų konflikto situacijas⁴³⁴, kartu pateikia indikacijas, kokie kituose ūkio sektoriuose taikomi interesų konflikto šalinimo metodai galėtų būti priimtini SESV 106(1) str. ir 102 str. tikslais. Pavyzdžiui, ketindama vykdyti ūkinę veiklą savo reguliuojamoje rinkoje valstybė gali vadovautis Komisijos 1995 m. komunikate dėl direktyvos 90/288/EEC įgyvendinimo⁴³⁵ siūlomais sprendiniais, t.y. (i) reguliacines funkcijas patikėti įgyventi atitinkamos ministerijos departamentams, tuo tarpu ūkinę veiklą vykdančio subjekto kontrolę perleisti privatiems akcininkams; arba (ii) perleisti reguliacines funkcijas asmeniui, kuris yra nepriklausomas

431 *Ibid.*, 82 paragrafas.

432 *Ibid.*, 83 paragrafas.

433 *Ibid.*, rezoliucinė dalis.

434 2002 m. kovo 7 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2002/21/EB dėl elektroninių ryšių tinklų ir paslaugų bendrosios reguliavimo sistemos (Pagrindų Direktyva), O.L. L 108, 24.4.2002, p.33, žr. preambulės 11 punktą ir direktyvos 3 str. 2 d.

435 1990 m. birželio 28 d. Komisijos direktyva Nr. 90/388/EEC dėl konkurencijos telekomunikacijų paslaugų rinkose, O.L. L 192, p. 10–16 (1990).

nuo konkrečios ministerijos (išskyrus sąskaitų ir sprendimų teisėtumo kontrolę) tokiais atvejais, kai institucija yra vienvaldė, pagrindinė ūkinę veiklą vykdančio subjekto dalininkė ar išlaiko pakankamai reikšmingą akcijų dalį tokiaame subjekte⁴³⁶.

Pastebėtina, kad Komisijos sprendimas *La Poste* byloje nebuvo apskūstas ESTT, todėl lieka tam tikra abejonė, ar *La Poste* byloje Komisijos padarytos išvados būtų pripažintos teismų praktikoje. Visgi reikia pripažinti, kad Komisijos sprendimo motyvacija yra pagrįsta visiškai racionaliais argumentais, atitinka interesų konflikto pažeidimo žalos teoriją, koreliuoja su kitais ESTT ir Komisijos sprendimais bei atskiriems sektoriams taikomomis direktyvomis reikalaujančiomis atskirti reguliacinių ir komercinių funkcijų vykdymą. Tokiaame kontekste pakankamai sunku būtų tikėtis, kad spręsdamas SESV 106(1) str. ir 102 str. numatyto reikalavimo turinio būtent aspektu, susijusiu su valstybės galimybe vykdyti komercinę veiklą atitinkamoje rinkoje ir tuo pačiu metu vykdyti tokios rinkos reguliavimą, ESTT sugrįžtų prie *Lagauche* precedento taikymo. Atitinkamai, Komisijos sprendimą *La Poste* byloje galima vertinti kaip pakankamai tvirtą precedentą, kuriuo reikėtų vadovautis interesų konflikto bylose.

Apibendrinant ESTT ir Komisijos praktiką galima konstatuoti, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo tikslais nepriklausomumo sąvoka suvokiama labai plačiai, todėl interesų konfliktą galime įžvelgti visais atvejais, kai komercinės ir reguliacinės funkcijos išskaidomos keliems tarpusavyje susijusiems privatiems ar viešiesiems subjektams. Šiuo atveju visiškai nesvarbu, ar (i) tokios funkcijos išskaidomos keliems vieną ūkio subjektą sudarantiems asmenims, (ii) paskirstomos tarp atskirų valstybės institucijos padalinių, ar (iii) valstybės institucijai perleidžiant ūkinės veiklos vykdymą savo kontroliuojamiems savarankišką teisinį subjektiškumą turintiems asmenims, sau pasiliekančią galimybę vykdyti įprastas reguliavimo funkcijas tokioje rinkoje.

4.2.3. Interesų konflikto susidarymas suteikiant išimtinę teisę veikti rinkoje

Kaip minėta, SESV 106(1) str. ir 102 str. numatytas interesų konflikto draudimas yra grindžiamas prielaida, kad reguliacines funkcijas atitinkamos rinkos atžvilgiu vykdančias ir toje pačioje rinkoje veikiantis subjektas tampa „teisėju ir žaidėju“, todėl jis susiduria su reikšminga paskata piktnaudžiauti suteiktais įgaliojimais proteguojant savo vykdomą veiklą. Analogišką interesų konfliktą valstybė taip pat gali pasiekti tiesiog suteikdama išimtinę teisę veikti rinkoje vertikaliai integruotam ūkio subjektui, netgi nesuteikiant šiam subjektui jokių reguliacinių įgaliojimų. Šiuo atveju išimtinių teisių turėtojo interesų konfliktas pasireiškia tuomet, kai išimtinės teisės turėtojui kyla poreikis nustatyti savo teikiamų paslaugų sąlygas (kainas, technines ir komercines sąlygas). Tokioje situacijoje lygiai taip pat, kaip ir turėdamas reguliacines funkcijas išimtinių teisių turėtojas yra skatinamas nustatyti paslaugų teikimo sąlygas tokiu būdu, kad jos būtų maksimaliai palankios sau ir minimaliai palankios savo konkurentams.

Konkurencijos teisės požiūriu, visi tokie išimtinių teisių turėtojo veiksmai gali būti vertinami SESV 102 str. požiūriu per diskriminacinių sąlygų nustatymo, maržos spaudimo, atsisakymo tiekti ir panašių piktnaudžiavimo formų prizmę. Visgi šiuo atveju konkurencijos problemos sprendimas būtų nukreiptas į *pasekmes*, o ne tokių veiksmų *priežastis*. Todėl

436 *Ibid.*, 10 puslapis.

kyla klausimas, ar galima tokias situacijas vertinti SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo požiūriu atsižvelgiant į tai, kad šių piktnaudžiavimo veikslių priežastis yra valstybės veiksmais sukurta situacija, kurioje išimtinių teisių turėtojas tapo neišvengiamu verslo partneriu? Viena vertus, tokioje situacijoje interesų konflikto problema susiformuoja išskirtinai dėl išimtinių teisių suteikimo, kuris vadovaujantis *Sacchi* principu savaime nėra neteisėtas. Kita vertus, tokioje situacijoje valstybės sukurto interesų konflikto problema ir tokio interesų konflikto sukuriama paskata diskriminuoti savo konkurentus yra akivaizdi.

Būtent šis interesų konfliktas sudaro *papildomą* elementą, kuris skiria *Sacchi* principo deklaruojamą išimtinių teisių *per se* teisėtumą nuo išimtinių teisių suteikimo pažeidžiančio SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimus. Savo ruožtu, tokio interesų konflikto egzistavimas sukuria labai panašius konkurencijos iškraipymus, kuriuos galima nustatyti tokiais atvejais, kai ūkio subjektui patikimas reguliacinių funkcijų vykdymas. Šiuo atveju skirtumą sudaro tik interesų konflikto šaltinis: suteikiant reguliacines funkcijas interesų konfliktą sukuria galimybė daryti įtaką teisei aplinkai, kurioje veikia konkurentai; tuo tarpu suteikiant išimtines teises interesų konfliktą sukuria ūkio subjekto vertikali integracija⁴³⁷ ir valstybės sukurta galimybė primesti tokias verslo sąlygas konkurentams, kurios suteiktų išimtinių teisių turėtojui konkurencinį pranašumą vertikalčiai susijusiose rinkose. Taigi skiriasi ir tokio interesų konflikto pašalinimo būdai: jeigu reguliacinių funkcijų suteikimo bylose paprastai reikalaujama pašalinti reguliacines funkcijas, išimtinių teisių suteikimo bylose paprastai reikalaujama uždrausti vykdyti veiklą vertikalčiai susijusiose rinkose arba sukurti tokį kontrolės mechanizmą, kuris pašalintų išimtinių teisių turėtojo galimybę išnaudoti išimtines teises proteguojant savo veiklą susijusiose rinkose.

SESV 106(1) str. ir 102 str. buvo taikomas sprendžiant interesų konflikto situacijas susidarancias dėl išimtinių teisių suteikimo *ERT*⁴³⁸, *Raso*⁴³⁹ ir *La Poste*⁴⁴⁰ bylose.

Kaip plačiau paaiškinta 4.2.1 poskyryje, *ERT*⁴⁴¹ byloje teismo buvo prašoma įvertinti Graikijos transliuotojui suteiktos išimtinės teisės teikti televizijos transliacijos paslaugas teisėtumą. Šiuo atveju interesų konflikto problema kilo dėl to, kad valstybės suteiktos išimtinės teisės įgalino *ERT* išimtinėmis teisėmis transliuoti tiek savo pagamintą televizijos produkciją, tiek retransliuoti konkuruojančių ūkio subjektų sukurtas televizijos pro-

437 Reikia pripažinti, kad interesų konflikto problema teoriškai gali kilti ir tokiais atvejais, kuomet ūkio subjektas naudojasi išimtinėmis teisėmis proteguojant savo veiklą ir horizontaliai susijusiose arba rinkose, kurios nėra susijusios nei vertikalčiai, nei horizontaliai. Visgi sunku sugalvoti praktinius tokio protegavimo pavyzdžius, todėl matyt daugiausia problemų kils būtent vertikalčiai susijusiose rinkose.

438 ESTT sprendimas byloje Nr.C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE and Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou v Dimotiki Etairia Pliroforissis ir Sotirios Kouvelas ir Nicolaos Avdellas ir kiti*, ECLI:EU:C:1991:254.

439 ESTT sprendimas byloje Nr. C-163/96, *Criminal proceedings against Silvano Raso ir kiti*, ECLI:EU:C:1998:54.

440 Komisijos sprendimas Nr. 2002/344/EC, *Commission Decision of 23 october 2001 on the Lack of Exhaustive and Independent Scrutiny of the Scales of Charges and Technical Conditions Applied by La Poste to Mail Preparation Firms for Access to Its Reserved Services (Text with Eea Relevance.) (Notified under Document Number C(2001) 3186), O.L. L 120, P. 19 - 37 (2001).*

441 ESTT sprendimas byloje Nr.C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE ir Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou v Dimotiki Etairia Pliroforissis and Sotirios Kouvelas and Nicolaos Avdellas ir kiti*, ECLI:EU:C:1991:254.

gramas. Nepaisant to, kad ERT retransliavo pakankamai didelį paketą konkuruojančių subjektų parengtų televizijos programų, o konkretūs diskriminacinės politikos atvejai nebuvo nustatyti, akivaizdus faktas buvo tas, kad ERT suteiktos išimtinės teisės skatino ERT teikti pirmenybę būtent savo pagamintų televizijos programų transliacijoms, t.y. proteguoti savo, kaip televizijos programų gamintojo, veiklą. ESTT požiūriu, būtent šis ERT interesų konfliktas sprendžiant, kurias programas transliuoti sudarė pagrindą atriboti ERT bylos situaciją nuo *Sacchi* byloje suformuluoto išimtinių teisių *per se* teisėtumo principo. Šiuo atveju, ESTT konstatavo, kad SESV 102 str. efektyvumas yra pažeidžiamas atsižvelgiant į tai, kad vienam ūkio subjektui valstybės suteiktos išimtinės teisės vykdyti transliavimo ir retransliavimo veiklą „sukuria situaciją, kurioje toks ūkio subjektas yra skatinamas pažeisti [SESV 102 str.] vykdydamas diskriminacinę transliavimo politiką, kuri proteguoja savo paties programas <...>“⁴⁴². Savo ruožtu, konstatavęs pažeidimą teismas neteisėtu pripažino išimtinės teisės egzistavimą tokia apimtimi, kiek tokia teisė suteikiama interesų konflikto principą turinčiam subjektui.

*Raso*⁴⁴³ byloje buvo nagrinėjamas Italijos uosto įmonėms suteiktų išimtinių teisių teisėtumas. ESTT nagrinėtoje byloje buvo nustatyta, kad Italijos teisės aktai suteikė galimybę uosto kompanijoms laisvai konkuruoti teikiant uosto paslaugas. Visgi tokiais atvejais, kai uosto kompanijos susidurdavo su pajėgumų trūkumu, tokios uosto kompanijos teisės aktais buvo įpareigosios pirkti trūkstantus pajėgumus iš paskirtos įmonės nepaisant to, kad trūkstantus pajėgumus uosto kompanijoms techniškai buvo pasirengę suteikti daugelis kitų rinkos dalyvių. Atitinkamai, toks teisės aktuose numatytas įpareigojimas pirkti paslaugas iš paskirtos įmonės buvo laikomas išimtinių teisių suteikimu, o tokias laikinos darbo jėgos paslaugas teikianti bendrovė tapo neišvengiamu uosto bendrovių partneriu tokiais atvejais, kada šių turimų pajėgumų nepakako norint patenkinti rinkoje esančią paklausą.

Šiuo atveju interesų konflikto situacija pasireiškė tuo, kad išimtinių teisių turėtojas ne tik teikė laikinos darbo jėgos paslaugas uosto bendrovėms, tačiau taip pat su jomis konkuravo teikdamas visas kitas uosto paslaugas. Kaip nurodė generalinis advokatas *Fenelli*, tokia padėtis sukūrė reikšmingą interesų konfliktą ir galimybę piktnaudžiauti savo išimtinėmis teisėmis. Viena vertus, paskirta bendrovė galėjo konkuruoti dėl užsakymų su uosto bendrovėmis, tačiau kartu ji įgijo galimybę kontroliuoti konkurentų kaštų struktūrą ir apspręsti jų galimybę suteikti užsakovų prašomas paslaugas. Šiuo atveju išimtinių teisių turėtojas galėjo nustatyti tokią laikinos darbo jėgos paslaugų kainą, kuri uosto bendrovės kainos pasiūlymą padarytų mažiau patrauklų už paskirtosios bendrovės pateiktą kainos pasiūlymą. Alternatyviai, paskirtoji bendrovė turėjo galimybę vilkinti derybas dėl laikinos darbo jėgos paslaugų kainos ir, nepasiekus susitarimo, sukurti situaciją, kurioje konkuruojančios uosto bendrovės apskritai negalėtų suteikti paslaugų⁴⁴⁴.

Tokiame kontekste ESTT nurodė, kad SESV 106(1) str. draudžia valstybėms narėms sukurti tokią situaciją, kurioje ūkio subjektas yra skatinamas piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi. Teismo įsitikinimu, nagrinėjamoje byloje valstybė ne tik suteikė išimtinės

442 *Ibid.* 38 paragrafas

443 ESTT sprendimas byloje Nr. C-163/96, Criminal proceedings against Silvano Raso ir kiti, ECLI:EU:C:1998:54.

444 Generalinio advokato *Fenelli* nuomonė byloje *Ibid.*, 72 paragrafas.

teisės teikti laikino įdarbinimo paslaugas uosto bendrovėms, tačiau taip pat sukūrė interesų konflikto situaciją leisdamas tokiai bendrovei konkuruoti su uosto bendrovėmis. Tokiu būdu valstybė skatino laikinos darbo jėgos paslaugas teikiančią bendrovę piktnaudžiauti nustatant pernelyg dideles kainas arba nesuteikiant atitinkamai užduočiai atlikti uosto bendrovėms reikalingų paslaugų. Atsižvelgdamas į šiuos argumentus teismas pripažino, kad tokios interesų konflikto situacijos sukūrimas *pats savaime* pažeidžia SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimus, nepriklausomai nuo to, kad bylos nagrinėjimo metu nebuvo nustatytas konkretus piktnaudžiavimo atvejis⁴⁴⁵. Savo ruožtu, konstatavęs pažeidimą ESTT pripažino, kad išimtinės teisės teikti laikinos darbo jėgos paslaugas suteikimas pažeidžia SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimus, jeigu tokių teisių turėtojas pats turi galimybę teikti uosto paslaugas ir konkuruoti su savo paslaugų pirkėjais.

*La Poste*⁴⁴⁶ byloje Komisijos buvo prašoma paprašyta įvertinti išimtinės teisės teikti rezervuotas pašto paslaugas teisėtumą, atsižvelgiant į tai, kad tokias teises turinti bendrovė *La Poste* pati veikė priešrovinėje pašto paslaugų rinkoje, o turėdama įstatyminių monopolį teikti rezervuotąsias pašto paslaugas, kartu įgijo galimybę riboti savo konkurentų galimybe efektyviai konkuruoti priešrovinėje pašto paslaugų teikimo rinkoje. Identifikavusi interesų konflikto situaciją Komisija pirmiausiai atkreipė dėmesį į *GB-Inno-BM*⁴⁴⁷, *Telekomunikacijų galinių įrenginių*⁴⁴⁸ ir *Lagauche*⁴⁴⁹ sprendimuose ESTT padarytą išvadą, kad priemonės, kuriomis valstybė suteikia rinkoje veikiančiam subjektui galimybę nustatyti konkurentams privalomas veiklos sąlygas, sudaro konkurencijos iškraipymus ir pažeidžia rinkoje veikiančių ūkio subjektų lygių galimybių principą. Komisijos teigimu, tokią situaciją galime įžvelgti ir analizuodami *La Poste* bylos aplinkybes. Šiuo atžvilgiu Komisija pirmiausiai atkreipė dėmesį, kad valstybei suteikus išimtinės teises veikti rezervuotųjų pašto paslaugų rinkoje *La Poste* tapo neišvengiamu partneriu pašto paruošimo rinkoje veikiančioms ūkio subjektams, todėl *La Poste* kartu su išimtinių teisių suteikimu įgijo galimybę vienašališkai nustatyti technines ir komercines sąlygas priešrovinėje pašto paruošimo rinkoje veikiančioms subjektams. Savo ruožtu, aplinkybė, kad *La Poste* pati vykdė veiklą tokioje pašto paruošimo paslaugų rinkoje, sukūrė aiškų interesų konfliktą, kuris skatino *La Poste* proteguoti savo tiekiamas pašto paruošimo paslaugas tuo pažeidžiant SESV 102 str. numatytą draudimą.

„Dėl Prancūzijos teisės aktų sukuriama ekonominės galios disbalanso, La Poste turi de facto teisę nustatyti taisykles savo konkurentams ir reguliuoti jų veiklą, net jeigu pagal naci-

445 *Ibid.*, 27-32 paragrafai,

446 2001-10-23 Komisijos sprendimas Nr. 2002/344/EC, Commission Decision of 23 october 2001 on the Lack of Exhaustive and Independent Scrutiny of the Scales of Charges and Technical Conditions Applied by La Poste to Mail Preparation Firms for Access to Its Reserved Services (Text with Eea Relevance.) (Notified under Document Number C(2001) 3186), OL L 120, P. 19 - 37 (2001).

447 ESTT sprendimas byloje Nr. C-18/88, Régie Des Télégraphes et des Téléphones v. GB-Inno-BM SA, ECLI:EU:C:1991:474.

448 ESTT sprendimas byloje Nr. C-202/88, Prancūzija v. Komisija (Telekomunikacijų galinių įrenginių byla), ECLI:EU:C:1991:120.

449 ESTT sprendimas sujungtose bylose C-46/90 ir C-93/9, Procureur du Roi v Jean-Marie Lagauche ir kiti, ECLI:EU:C:1993:852.

onalinę teisę ji neturi jokių viešojo administravimo teisių. Be to, La Poste taip pat veikia pašto paruošimo rinkoje pati ir per savo dukterines bendroves. Toks veikimas pašto paruošimo rinkoje sukuria La Poste interesų konfliktą, kadangi tokia situacija skatina La Poste tiesiogiai ar netiesiogiai teikti prioritetą savo dukterinėms bendrovėms ir skatina piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi⁴⁵⁰

Šiuo atžvilgiu, svarbu pastebėti, kad konstatavusi SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą Komisija nepareikalavo panaikinti La Poste suteiktos išimtinės teisės teikti rezervuotas pašto paslaugas, tačiau pažymėjo, kad „tokiais atvejais, kai valstybės ūkio subjektas susiduria su interesų konflikto rizika, valstybė privalo užtikrinti, kad būtų sukurta efektyvi priežiūros sistema, įgalinanti atstatyti pažeistas ūkio subjektų lygias galimybes“⁴⁵¹, o pažeidimu pripažino teisės aktų nuostatas, kuriomis nėra sukuriamas adekvatus La Poste priežiūros mechanizmas⁴⁵².

Kaip galima spręsti iš aukščiau aprašytų praktinių pavyzdžių, išimtinių teisių suteikimu sukuriama interesų konflikto situacijos iš tiesų gali sukelti analogišką konkurencijos sąlygų iškraipymą susijusiose rinkose, kaip ir situacijoje, susijusiose su reguliacinių įgaliojimų suteikimu. Valstybei suteikus išimtines teises, ūkio subjektas tampa neišvengiamu savo konkurentų verslo partneriu ir gali vienašališkai nustatyti jiems privalomas verslo sąlygas tokia pačia apimtimi, kaip ir įgyvendinamas reguliacinius įgaliojimus. Tokių išimtinių teisių turėtojas gali daryti įtaką, pavyzdžiui, konkurentų parduodamų prekių kokybei (pvz. į platinimo tinklą tiekiami produktai turi būti konkretaus dydžio, pagaminti iš konkrečių medžiagų, su atitinkamais sertifikatais ir t.t.), verslo formoms (pvz. numatant išskirtinai palankias komercines sąlygas vienoms verslo formoms, o nepalankias – kitoms), įėjimui į rinką arba tokio įėjimo trukmei ar netgi kainoms (pvz. atskiro konkurentų segmento atžvilgiu numatant nereikšmingas nuolaidas). Nors tokie išimtinių teisių turėtojo nustatomi reikalavimai nėra susiejami su valstybės valdiniais įgaliojimais, tokių valdinių įgaliojimų nebuvimą pakankamai gerai kompensuoja dėl valstybės veiksmų konkurentams neišvengiamai kylantis poreikis sutikti su ūkio subjekto keliamais reikalavimais. Atitinkamai, tiek suteikiant ūkio subjektui reguliacinius įgaliojimus, įtraukiant subjektą į viešojo administravimo veiklos vykdymą, tiek suteikiant išimtines teises, yra sukeliama analogiškas poveikis konkurencijos struktūrai skatinant atlikti SESV 102 str. pažeidimą sudarančius piktnaudžiavimo veiksmus. Šiuo atveju išimtines teises turintis ir ūkinę veiklą susijusiose rinkose vykdamas ūkio subjektas dėl valstybės veiksmų atsiduria tokioje interesų konflikto

450 2001-10-23 Komisijos sprendimas Nr. 2002/344/EC, Commission Decision of 23 october 2001 on the Lack of Exhaustive and Independent Scrutiny of the Scales of Charges and Technical Conditions Applied by La Poste to Mail Preparation Firms for Access to Its Reserved Services (Text with Eea Relevance) (Notified under Document Number C(2001) 3186), OL L 120, P. 19 - 37 (2001), 70 paragrafas.

451 *Ibid.*, 78 paragrafas.

452 Kad adekvataus kontrolės mechanizmo sukūrimas galėtų pašalinti neteisėtą interesų konfliktą pripažįstama ir doktrinoje, žr. pvz. Eleni Manaridou, "The Greek Lignite Sprendimas byloje: A (Questionable) Victory of The "Effects Theory," *European Law Review* 40, June (2015): 430; Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, 8th ed. ed. (Oxford; New York: Oxford University Press, 2015), 245. Žr. tai pat ESTT praktiką: ESTT sprendimas byloje Nr. C-49/07, Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) v Elliniko Dimosio, ECLI:EU:C:2008:376, 42 paragrafas; *Albany International*, ESTT sprendimas byloje Nr. C-67/96, *Albany International*, ECLI:EU:C:1999:430, 112-121 paragrafai.

situacijoje, kurioje jis yra skatinamas piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi proteguodamas savo paties veiklą ir, atitinkamai, diskriminuodamas savo konkurentus (t.y. atlikti SESV 102 str. draudžiamus piktnaudžiavimo veiksmus).

Apibendrinant šiami poskyryje išdėstyti argumentus, reikia pripažinti, kad galimybė pripažinti interesų konflikto situacijos susidarymą *valstybei suteikus išimtinės teisės* reikšmingai praplečia SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo apimtį. Šiuo atžvilgiu *kiekvienas išimtinės teisės suteikimas yra neteisėtas* dėl sukuriamo interesų konflikto, jeigu (i) išimtinė teisė suteikiama tokioje rinkoje, kurioje išimtinių teisių turėtoji gali kilti poreikis bendradarbiauti su vertikaliose rinkose veikiančiais konkurentais; o (ii) suteikiant tokią išimtinę teisę, kartu nėra sukuriama adekvačios priemonės pašalinančios interesų konfliktą, t.y. *inter alia* uždraudžiant išimtinių teisių turėtoji vykdyti ūkinę veiklą vertikaliai susijusiose rinkose arba sukuriant nepriklausomos institucijos vykdomą kontrolės mechanizmą, leidžiantį efektyviai kontroliuoti išimtinių teisių turėtojo sprendimus dėl išimtinių teisių turėtojo taikomų techninių ir komercinių sąlygų.

4.2.4. Galimybė pateisinti interesų konflikto situacijos sukūrimą SESV 106(2) str. pagrindu

Nustačius, kad valstybės veiksmais sukurta interesų konflikto situacija sudaro SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą, kyla klausimas, ar tokios situacijos sukūrimas gali būti pateisinamas SESV 106(2) str. pagrindu motyvuojant tuo, kad toks konkurencijos ribojimas yra neišvengiamai reikalingas siekiant užtikrinti bendros ekonominės svarbos paslaugų teikimą? Konkrečiai tokio pateisinimo taikymo tikslais būtina įrodyti, kad (i) interesų konflikto situacijoje atsidūrusiam ūkio subjektui, valstybė patikėjo teikti bendros ekonominės svarbos paslaugas ir tai, kad (ii) tokių paslaugų teikimas negalėtų būti užtikrinamas pašalinus interesų konflikto susidarymo priežastis.

Klausimas, ar valstybė patikėjo interesų konflikto situacijoje atsidūrusiam subjektui bendros ekonominės svarbos paslaugų teikimą, visuomet bus sprendžiamas individualiai kiekvienos bylos faktinių aplinkybių kontekste. Nustatant šios aplinkybės egzistavimą interesų konflikto bylose nėra taikomi jokie specifiniai teisiniai kriterijai. Visgi reikia pripažinti, kad nustačius valstybės pavedimą teikti bendros ekonominės svarbos paslaugas, pateisinti interesų konflikto sukūrimą SESV 106(2) str. pagrindu bus įmanoma tik labai išskirtiniais ir labai specifiniais atvejais. Šiuo atveju tokio pateisinimo galimybę reikšmingai riboja tai, kad valstybė paprastai savo dispozicijoje turi pakankamai daug instrumentų, kurie leidžia užtikrinti bendros ekonominės svarbos paslaugų teikimą nustatant mažesnės apimties konkurencijos apribojimus. Šiuo atžvilgiu valstybė gali išskaidyti reguliacines ir komercines funkcijas atskiriems valstybės kontroliuojamiems ūkio subjektams, palikti vienai ministerijai galimybę reglamentuoti veiklos sąlygas atitinkamoje rinkoje, o kitai ministerijai patikėti komercinių paslaugų teikimą atitinkamoje rinkoje, perduoti ūkio subjekto valdymą privačiam operatoriui arba paskirti nepriklausomą reguliuotoją apribojantį ūkio subjekto galimybes piktnaudžiauti išimtinėmis teisėmis. Tokių konkurenciją mažiau ribojančių galimybių egzistavimas buvo konstatuotas atmetant SESV 106(2) str. taikymą daugelyje interesų konflikto bylų:

Generalinio advokato Lenz nuomonė ERT byloje: „šis tikslas gali būti pasiektas mažiau ribojančiomis priemonėmis, nei suteikiant ieškovui monopolį retransliavimo paslaugoms“⁴⁵³.

ESTT sprendimas GB-Inno-BM byloje: „siekiant užtikrinti, kad įranga atitinka esminius vartotojų ir tinklo valdytojo saugumo ir telekomunikacijų tinklo apsauga nuo bet kokios žalos, pakanka nustatyti specifikacijas, kuriuos turėtų atitikti tokia įranga ir nustatyti atitikties vertinimo procedūras, kurios įgalintų patikrinti, ar tokie reikalavimai yra įgyvendinti“⁴⁵⁴.

Generalinio advokato Lenz nuomonė Lagauche byloje: „Šioje byloje nagrinėjama problema yra susijusi ne su užduočių patikėjimu valstybės ūkio subjektui, tačiau su tokių užduočių patikėjimu ūkio subjektui, kuris kartu yra rinkoje veikiantis konkurentas. Šios užduotys gali būti atliktos vienodai gerai, jeigu jos būtų patikėtos kitoms institucijoms“⁴⁵⁵.

Komisijos sprendimas La Poste byloje: „Bet kokių atveju nebūtų įmanoma įrodyti, kad pašalinus interesų konfliktą arba užkirtus kelią iš interesų konflikto kylantiems La Poste galimiems diskriminavimo veiksams, galėtų būtų apsunkintas viešajam pašto paslaugų operatoriui patikėtas bendros ekonominės svarbos paslaugų teikimas“⁴⁵⁶.

Tokios praktikos ir valstybei prieinamų alternatyvų kontekste 106(2) str. taikymas turėtų būti siejamas tik su labai specifiniais atvejais, kada tik pats paslaugos teikėjas yra pajėgus kompetentingai nuspręsti dėl sąlygų, kuriomis turi būti grindžiama veikla atitinkamoje rinkoje. Tokio pateisinimo pavyzdys gali būti *Albany*⁴⁵⁷ byloje nagrinėta situacija, kurioje valstybė buvo suteikusi išimtinę teisę teikti pensijų draudimo paslaugas atitinkamo sektoriaus darbuotojams, kartu numatydama galimybę atleisti atskirus darbuotojus nuo privalomo pensijų draudimo, jeigu išimtinių teisių turėtojas savo nuožiūra nuspręs, kad toks atleidimas nepažeis jo valdomo pensijų fondo finansinio stabilumo. Teismo įsitikinimu, šioje byloje kylantį interesų konfliktą galima pateisinti SESV 106(2) str. pagrindu⁴⁵⁸ atsižvelgiant į tai, kad finansinio stabilumo vertinimas reikalauja labai sudėtingo vertinimo pakankamai specifinėje srityje, tuo tarpu išimčių suteikimas gali sukelti reikšmingą fondo finansinio stabilumo riziką⁴⁵⁹.

453 ESTT sprendimas byloje Nr.C-260/89, Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE and Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou v Dimotiki Etairia Piroforissis ir Sotirios Kouvelas ir Nicolaos Avdellas ir kiti, ECLI:EU:C:1991:254.

454 ESTT sprendimas byloje Nr. C-18/88, Régie Des Télégraphes et des Téléphones v. GB-Inno-BM SA, ECLI:EU:C:1991:474, 22 paragrafas.

455 Generalinio advokato Lenz išvada, ESTT sujungtose bylose C-46/90 ir C-93/9, Procureur du Roi v Jean-Marie Lagauche ir kiti, ECLI:EU:C:1993:852, 57 paragrafas.

456 2001-10-23 Komisijos sprendimas Nr. 2002/344/EC, Commission Decision of 23 october 2001 on the Lack of Exhaustive and Independent Scrutiny of the Scales of Charges and Technical Conditions Applied by La Poste to Mail Preparation Firms for Access to Its Reserved Services (Text with Eea Relevance) (Notified under Document Number C(2001) 3186), OL L 120, P. 19 - 37 (2001), 95 paragrafas.

457 ESTT sprendimas byloje Nr. C-67/96, Albany International, ECLI:EU:C:1999:430.

458 Pastebėtina, kad savo sprendime teismas neįvardino, kad teismo motyvai yra grindžiami būtent SESV 106(2) str. pagrindu, tačiau tokią išvadą suponuoja teismo sprendime pateiktos motyvacijos pobūdis, kuris paprastai būdingas SESV 106(2) str. taikymo atvejais.

459 ESTT sprendimas byloje Nr. C-67/96, Albany International, ECLI:EU:C:1999:430, 118-120 paragrafas.

ESTT sprendimas *Albany* byloje iki šiol lieka vienintelis sprendimas, kuriame teismas buvo linkęs pateisinti interesų konflikto sukūrimą SESV 106(2) str. pagrindu, todėl negalima daryti aiškios išvados dėl tokio pateisinimo taikymo sąlygų. Visgi ESTT sprendimas *Albany* byloje suponuoja, kad interesų konflikto pateisinimas SESV 106(2) str. pagrindu priklauso nuo (i) nepriklausomų subjektų galėjimo kompetentingai įvertinti verslo aplinką, kurioje teikiamos bendros ekonominės svarbos paslaugos ir užtikrinti, kad šių priimami sprendimai nesumažins galimybės tinkamai įvykdyti jiems priskirtas užduotis; ir (ii) nepriklausomo reguliatoriaus potencialios klaidos „kainos“. Kiekvienas šių kriterijų yra subjektyvus ir labai priklauso nuo konkrečios bylos situacijos ir sprendimą priimančio asmens pozicijos. Visgi šiame kontekste reikėtų pažymėti, kad valstybė paprastai turi praktikos atlikti pakankamai sudėtingus ekspertinius vertinimus labai specifinių telekomunikacijų, energetikos, finansų rinkų atžvilgiu, turi galimybę konsultuotis su rinkos dalyviais prieš priimdama savo sprendimą (įskaitant interesų konflikto situacijoje esančius asmenis) ir netgi pasitelkti išorinius ekspertus tokiam vertinimui atlikti. Atitinkamai, autoriaus įsitikinimu, *Albany* byloje nustatyti SESV 106(2) str. taikymo kriterijai turėtų vertinami labai griežtai, o pateisinimas įmanomas tik labai išskirtiniais atvejais, jeigu toks pateisinimas apskritai yra įmanomas praktikoje.

Apibendrinant galima teigti, kad interesų konflikto situacijų sukūrimas gali būti pateisinamas SESV 106(2) str. pagrindu tik labai išskirtiniais atvejais, kai dėl (i) itin specifinio veiklos sektoriaus veiklos sąlygų atitinkamoje rinkoje veikiantiems rinkos dalyviams gali atlikti tik pats bendros ekonominės svarbos paslaugas teikiantis subjektas; o (ii) reguliuojamas sektorius yra toks jautrus, kad neteisingo reguliavimo žala būtų tokia didelė, kad galėtų atsverti konkurencijos iškraipymais sukuriamą žalą konkurencijai.

Tyrimo rezultatų apibendrinimas

Apibendrinant SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo interesų konflikto situacijoje analizės rezultatus galima suformuluoti kelias teises taisykles, susijusias su pažeidimo įrodinėjimu interesų konflikto situacijose.

Pirma, SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymas interesų konflikto situacijoje yra grindžiamas prielaida, kad valstybė neturėtų sukurti tokių situacijų, kuriose ūkio subjektas būtų skatinamas piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi, kai tuo pačiu metu SESV 102 str. siekia užkirsti kelią tokių piktnaudžiavimo veiksmų vykdymui, o Europos Sąjunga skiria reikšmingus resursus tokių pažeidimų prevencijai, išaiškinimui ir užkardymui. Atitinkamai, interesų konflikto draudimo tikslais nėra svarbu nustatyti, kad ūkio subjektas realiai atlieka piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi veiksmus interesų konflikto situacijoje – nustatant pažeidimą pakanka nustatyti, kad valstybė savo veiksmais tokią situaciją sukūrė.

Antra, interesų konflikto situacijose pažeidimo struktūra visuomet susideda iš trijų esminių elementų: (i) egzistuoja valstybės veiksmais sukurtas teisinis mechanizmas, kuris sudaro galimybę reguliuoti patekimą į atitinkamą rinką ir/ar veiklos šioje rinkoje sąlygas; (ii) šis mechanizmas tiesiogiai ar netiesiogiai patikimas ūkio subjektui arba su juo susijusiems asmenims; (iii) rinkos sąlygų reguliavimo mechanizmo kontrolę įgijęs asmuo susiduria su interesų konfliktu, kadangi reguliuodamas rinkos sąlygas jis faktiškai kontroliuoja ir konkurencinį spaudimą, su kuriuo jam reikia susidurti veikiant atitinkamoje rinkoje. SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo tikslais nėra svarbu, dėl kokių konkrečiai valstybės

veiksmų susidarė tokia situacija. Atitinkamai, interesų konflikto draudimas pirmiausiai taikomas valstybės veiksams, kuriais ūkio subjektas įtraukiamas į viešojo administravimo veiklos vykdymą ir prisideda prie visiems rinkos dalyviams privalomos atitinkamos rinkos reguliacinės aplinkos kūrimo. Toks draudimas taip pat taikomas *de facto* reguliacinių funkcijų suteikimo atvejais. ESTT ir Komisijos praktikoje, toks *de facto* reguliacinių funkcijų suteikimas įžvelgiamas situacijose, kai valstybė savo veiksmais sukuria esminius išteklius ir išimtinių teisių pagrindu perduoda tokius išteklius ūkio subjektui. Nagrinėtose bylose *de facto* reguliacinės funkcijos susidarė išimtinių teisių turėtoją padarius neišvengiamu verslo partneriu savo konkurentams ir tokiu būdu sudarius jam galimybę reguliuoti verslo sąlygas pasrovinėse ir/ar priešsrovinėse rinkose. Visgi interesų konflikto draudimas yra universalus, todėl SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą galime įžvelgti ir alternatyviose situacijose, kuriomis analogiškai būtų iškreipiamos visų rinkos dalyvių lygios konkurencijos sąlygos.

Trečia, interesų konfliktas akivaizdžiausiai pasireiškia tuomet, kai komercinės ir reguliacinės funkcijos suteikiamos vienam subjektui. Visgi SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo tikslais interesų konfliktas gali būti įžvelgiamas ir tokiais atvejais, kada reguliacinės ir komercinės funkcijos išskaidomos keliems tarpusavyje susijusiems asmenims. Komercinės funkcijas vykdančių asmenų atžvilgiu pakanka nustatyti, kad interesų konfliktą turintys asmenys gali būti priskiriami vienam ūkio subjektui konkurencijos teisės taisyklių požiūriu (šiuo atveju interesų konfliktas susiformuoja ūkio subjekto lygmenyje). Valstybės kontroliuojamų asmenų atžvilgiu pakanka nustatyti, kad reguliacines funkcijas įgyvendinanti valstybės institucija vykdo tokioje rinkoje veikiančio komercinio subjekto kontrolę (šiuo atveju interesų konfliktas susiformuoja institucijos lygmenyje).

Ketvirta, SESV 106(1) str. ir 102 str. numatytas draudimas nenurodo konkrečių priemonių, kaip turi būti šalinamas interesų konfliktas – šio straipsnio taikymo tikslais valstybėms keliamas tik reikalavimas užtikrinti galutinį rezultatą, kad toks interesų konfliktas nepasireikštų. Sprendžiant iš ESTT ir Komisijos praktikos, toks tikslas iš esmės gali būti pasiekiamas: (i) uždraudžiant reguliacines funkcijas vykdančiam subjektui vykdyti komercinę veiklą; (ii) pašalinant reguliacines funkcijas (viešojo administravimo funkcijų suteikimo atveju – pašalinti subjektą iš tokių viešojo administravimo veiklos; *de facto* reguliacinių funkcijų atveju – pašalinti priežastis, sukūrusias *de facto* galimybę kontroliuoti konkuruojančių ūkio subjektų veiklą, įskaitant išimtinių teisių suteikimą); (iii) sukuriant nepriklausomą kontrolės mechanizmą, kuris *realiai* pašalintų ūkio subjekto galimybę piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi, netgi susidūrus su interesų konflikto situacija. Šiuo atveju tokią nepriklausomą kontrolę galima užtikrinti *inter alia* perleidžiant ūkio subjekto kontrolės įgyvendinimą tiek nuo ūkio subjekto, tiek nuo ūkio subjektą kontroliuojančio asmens nepriklausomiems asmenims, arba pavedant vykdyti tokią piktnaudžiavimo veiksmų kontrolę nepriklausomam reguliuotojui. Visgi tokie nepriklausomo kontrolės mechanizmo sukūrimo variantai leidžia išvengti SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo tik tokiais atvejais, kai jie realiai leidžia pašalinti bet kokią interesų konflikto pasireiškimo riziką.

Penkta, SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo tikslais draudimas suteikti reguliacines funkcijas nekliudo ūkio subjekto įtraukti į viešojo administravimo veiklą ar teisėkūros procesus konsultaciniais pagrindais. Bet turi būti užtikrinta, kad ūkinę veiklą vykdančias subjektas ar tokio subjekto atžvilgiu kontrolę įgyvendinanti valstybės institucija neturėtų galimybės *de*

facto ar de jure daryti įtakos galutinio sprendimo priėmimui. Šiuo atveju įtraukdama ūkio subjektą į reguliacinės veiklos vykdymą konsultaciniais pagrindais, valstybė privalo užtikrinti, kad interesų konfliktą turintis subjektas nebūtų formaliai įtraukiamas į sprendimų priėmimo procesus, įgydamas galimybę nulemti kolektyvinį sprendimą (pvz. suteikiant tokiam ūkio subjektui balso teisę), negalėtų manipuliuoti sprendimų priėmimo procedūromis (pvz. privalomai reikalaujama nuomonė, įtraukimas skaičiuojant kvorumą ir t.t.), o sprendimus priimanči institucija turėtų pakankamą kompetenciją ir nepriklausomumą, kad tokios institucijos veikla nesudarytų tik nepriklausomumo iliuzijos.

Šešta, absoliučia dauguma atvejų interesų konflikto sukūrimas negalės būtų pateisintas SESV 106(2) str. pagrindu atsižvelgiant į tai, kad valstybė dažniausiai turi galimybę pasiekti reguliacinius tikslus mažiau konkurenciją ribojančiomis priemonėmis, pvz., atskirdama komercinės ir reguliacinės funkcijos vykdymą atskiriems savo kontroliuojamiems ūkio subjektams ar sukurdamą nepriklausomus reguliuotojus. *Albany*⁴⁶⁰ pavyzdys liudija, kad SESV 106(2) str. taikymo tikslais gali egzistuoti išimtinės situacijos, kada reguliavimo funkcijos perleidimas sukeltų grėsmę bendros ekonominės svarbos paslaugų teikimui, tačiau tai gali apimti tik labai išskirtinius atvejus, kai dėl (i) itin specifinio veiklos sektoriaus atitinkamoje rinkoje veikiantiems dalyviams paslaugas gali atlikti tik pats bendros ekonominės svarbos paslaugas teikiantis subjektas; o (ii) reguliuojamas sektorius yra toks jautrus, kad neteisingo reguliavimo žala būtų tokia didelė, kad galėtų atsverti konkurencijos iškraipymais sukuriamą žalą konkurencijai.

4.3. Dominuojančios padėties įtvirtinimas, sustiprinimas ir išplėtimas

SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimas, pasireiškiantis interesų konfliktų situacijos sudarymu ar išimtinių teisių turėtojo nesugebėjimu patenkinti paklausos, yra siejamas su pakankamai specifinėmis situacijomis. Visgi greta šių specifinių pažeidimo formų ESTT praktikos analizė leidžia išskirti ir universalesnę draudimą valstybės veiksmais įtvirtinti ar sustiprinti ūkio subjekto dominuojančią padėtį pirminėje rinkoje arba išplėsti tokią dominuojančią padėtį į susijusias rinkas. Pastebėtina, kad toks universalus draudimas ESTT praktikoje pirmiausiai formavosi kaip draudimas *išplėsti* dominuojančią padėtį į susijusias rinkas (*GB-INNO-BM*). Visgi jau 1995-1996 Ispanijos ir Italijos GSM byloje Komisija tokį draudimą pritaikė dominuojančios padėties *sustiprinimo* atveju. Analogiškos pozicijos laikėsi ESTT 2003 m. nagrinėtoje *Connect Austria* byloje, kurioje teismas pažeidimą įžvelgė dominuojančios padėties *sustiprinimo* situacijoje bei 2014 m. nagrinėtoje *Greek lignite* byloje, nurodydamas, kad pažeidimas gali pasireikšti suteikus galimybę *išlaikyti* dominuojančią padėtį, *sustiprinti* dominuojančią padėtį ar *išplėsti* dominuojančią padėtį į kitas rinkas⁴⁶¹.

Kaip pastebi Manaridou, tokio pobūdžio pažeidimas skiriasi savo esme nuo pažeidimų, pasireiškiančių interesų konflikto sukūrimu ir/arba negalėjimo patenkinti paklausos. Pastarojo pobūdžio pažeidimų vertinimas pradedamas nuo prielaidos, kad išimtinių teisių suteikimas *prima facie* yra teisėtas, todėl, siekiant įrodyti pažeidimą, būtina įrodyti pik-

460 *Ibid.*

461 ESTT sprendimas byloje Nr. C-553/12 P, Komisija v. Dimosia Epicheirisi Ilektrismou Ae (DEI) (Greek Lignite), ECLI:EU:C:2014:2083, 46 paragrafas.

tnaudžiavimo veiksmus ir priešastinį ryšį tarp valstybės priemonių ir tokių veiksmų atlikimo (atlikimo rizikos). Savo ruožtu, struktūrinio pažeidimo teorijai, panašu, yra visiškai nesvarbu, ar konkretus ūkio subjektas yra skatinamas atlikti kokius nors piktnaudžiavimo veiksmus⁴⁶².

4.3.1. Draudimo koncepcinių pagrindų suformavimas

Apie SESV 106(1) str. ir 102 str. galimą taikymą situacijose, kai valstybė savo veiksmais padeda specialų santykį su valstybe turintiems subjektams išplėsti dominuojančią padėtį į kitas rinkas, buvo pradėta kalbėti dar 1974 m. ESTT nagrinėjant *Sacchi*⁴⁶³ bylą.

Sacchi byloje teismas buvo paprašytas paaiškinti, ar galima įžvelgti SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą situacijoje, kai išimtinę teisę teikti televizijos transliacijos paslaugas antžeminiais televizijos tinklais turinčiam subjektui valstybė papildomai suteikia išimtinę teisę teikti analogiškas televizijos transliacijos paslaugas kabeliniais ryšių tinklais. Atsakydamas į tokį klausimą, ESTT vienareikšmiškai nurodė, kad tokioje situacijoje SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo įžvelgti nėra galimybės. Pasak teismo, jau pati SESV 106(1) str. formuluotė preziumuoja specialiųjų ir išimtinių teisių egzistavimo galimybę, o Sutartyje nėra jokių nuostatų, draudžiančių išimtinių teisių suteikimą. Atitinkamai, monopolijos egzistavimas, susidarantis „valstybei narei suteikiant išimtines teise nėra, kaip toks, nesuderinamas su [SESV 106 str.]. Tos pačios išvados taip pat taikomos ir išimtinių teisių išplėtimui, kuris įvyksta valstybei vykdant naują intervenciją⁴⁶⁴. Toks teismo sprendimas reikšminga dalimi buvo pagrįstas pozicija, kad 106(1) str. pažeidimas būtinai turi būti susijęs su dominuojančio subjekto atliekamais piktnaudžiavimo veiksmais ir valstybės priemonėmis, skatinančiomis ir/arba sankcionuojančiomis tokius piktnaudžiavimo veiksmus. Savo ruožtu, tokia pozicija reikšminga dalimi gali būti siejama su generalinio advokato *Reischl* paaiškinimu, kad SESV 102 str. nenumatant draudimo užimti dominuojančios padėties, tokio draudimo negali numatyti ir SESV 106(1) str., kurio taikymas yra siejamas su valstybės veiksmais, mažinančiais SESV 102 str. efektyvumą⁴⁶⁵.

Tokio ESTT sprendimo kontekste apie SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymą dominuojančios padėties išplėtimo situacijose reikšmingesnių diskusijų nevyko iki pat 1985 m. ESTT nagrinėtos *Telemarketing*⁴⁶⁶, kurioje buvo sprendžiamas SESV 102 str. pažeidimo klausimas. Šioje byloje buvo nagrinėjamas televizijos transliacijos paslaugas teikiančio subjekto sprendimas išstumti savo verslo partnerį iš susijusios telemarketingo paslaugų rinkos ir pačiam pradėti tokių paslaugų teikimą pasinaudojant tuo, kad tokių paslaugų teikimui neišvengiamai reikėjo turėti sutartį su išimtinę teisę teikti televizijos transliacijos paslaugas turinčiu

462 Eleni Manaridou, "The Greek Lignite Sprendimas byloje: A (Questionable) Victory of The "Effects Theory," *European Law Review* 40, June (2015): 431.

463 ESTT sprendimas byloje Nr. C-155/73, *The State v. Giuseppe Sacchi*, ECLI:EU:C:1974:40.

464 *Ibid.*, 14 paragrafas.

465 Generalinio advokato *Reischl* išvada byloje, *Ibid.*

466 ESTT sprendimas byloje Nr. C-311/84, *Centre belge d'études de marché - Télémarcheting (CBEM) v SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) and Information publicit e Benelux (IPB) (Telemarketingo byla)*, ECLI:EU:C:1985:394.

subjektu. *Telemarketing* byloje atsakovai savo poziciją grindė *Sacchi* pobūdžio argumentais: dominuojančios padėties išplėtimas į susijusias rinkas negali būti laikomas SESV 102 str. pažeidimu, kadangi dominuojančios padėties turėjimas nėra draudžiamas. Pasak atsakovų, pažeidimo nustatymui reikia įrodyti, kad ūkio subjektas *naudojasi tokia padėtimi* siekdamas gauti naudos, kurios negalėtų gauti konkurencingoje rinkoje⁴⁶⁷. Visgi *Telemarketing* byloje teismas buvo linkęs pripažinti SESV 102 str. pažeidimą. Šiuo atžvilgiu teismas pirmiausiai įžvelgė analogiją su *Commercial Solvents* bylos situacija ir konstatavo, kad:⁴⁶⁸

„[SESV 102 str.] taikymo tikslais piktnaudžiavimo veiksmai padaromi, kai nesant objektyvaus poreikio dominuojančią padėtį atitinkamoje rinkoje turintis subjektas rezervuoja sau arba tai pačiai grupei priklausančiam ūkio subjektui papildomą veiklą, kuri galėtų būti vykdoma kito ūkio subjekto kaip sudedamoji dalis, susijusioje, tačiau atskiroje rinkoje, vykdomos veiklos, tokiu būdu sukuriant galimybę pašalinti visą konkurenciją, kurią gali sudaryti toks ūkio subjektas“⁴⁶⁹

Šiame teismo sprendime nebuvo nieko konkrečiai pasisakyta apie SESV 106(1) str. taikymą kartu su 102 str.. Visgi valstybės suteiktų išimtinių teisių vertinimo kontekste ESTT išsakyta pozicija dėl dominuojančios padėties išplėtimo prieštaravimo SESV 102 str. vėl atgaivino diskusijas dėl galimybės SESV 106(1) str. ir 102 str. pagrindu riboti valstybės veiksmus, išplečiant ūkio subjekto dominuojančią padėtį į susijusias rinkas. Savo ruožtu, *Telemarketing* byloje ESTT suformuluotas teisinis testas buvo taikomas daugelyje vėlesnių SESV 106(1) ir 102 str. bylų, susijusių su dominuojančios padėties išplėtimu.

Pirmą žingsnį link draudimo išplėsti dominuojančią padėtį valstybės veiksmais žengė Komisija 1989 m. spręstoje *Olandijos pašto*⁴⁷⁰ byloje. Šioje byloje Komisija nagrinėjo Olandijos sprendimą išplėsti pašto bendrovės PTT turimą išimtinę teisę teikti universaliąsias pašto paslaugas į susijusią pašto kurjerių paslaugų rinką. Priimdama sprendimą Komisija buvo linkusi įžvelgti tiesioginę paralelę tarp *Telemarketing* ir *Olandijos pašto* bylų situacijų, kadangi tiek vienu, tiek kitu atveju buvo sukuriamas analogiškas rezultatas. Skirtumas tik tas, kad *Telemarketing* atveju tokį rezultatą sukūrė išimtinių teisių turėtojas, atlikdamas piktnaudžiavimo veiksmus, o *Olandijos pašto* atveju išimtinių teisių turėtojui tokį rezultatą padėjo pasiekti valstybė, priimdama atitinkamus teisės aktus. Konkrečiai, motyvuodama *Olandijos pašto* bylos sprendimą Komisija pirmiausiai pateikė nuorodą į *Telemarketing* sprendimą, kuriame SESV 102 str. pažeidimas buvo įžvelgtas situacijoje, kai ūkio subjektas *rezervavo* sau papildomos veiklos vykdymą ir nurodė, kad Olandijos priimti teisės aktai su-

467 *Ibid.* 21 paragrafas.

468 *Ibid.* 23 paragrafas.

469 *Ibid.*, 27 paragrafas.

470 90/16/EEC European Commission Decision concerning the provision in the Netherlands of express delivery services (PTT), O.L. L 010, 47 - 52 (1990). Reikia pripažinti, kad dominuojančios padėties išplėtimą į susijusias rinkas Komisija tam tikra prasme pripažino neteisėtu 1988 m. priimant Telekomunikacijų galinių įrenginių direktyvą, kurioje Komisija pareikalavo, kad valstybės narės panaikintų tinklo operatoriams suteiktą išimtinę teisę susijusias su galinių įrenginių importu, montavimu ir pardavimu. Visgi tokių specialių ir išimtinių teisių draudimą dar pakankamai sunku priskirti dominuojančios padėties išplėtimo koncepcijai taip, kaip mes ją suprantame šiuo metu.

kūrė analogišką *rezultatą*, t.y. *rezervavo* PTT išimtinę teisę veikti rinkoje, kurioje anksčiau PTT konkuravo su privačiais subjektais, tokiu būdu „išplėsdama PTT Post BV dominuojančią padėtį į kurjerių pašto paslaugų rinką, kuri yra atskira nuo [įprastų pašto paslaugų rinkos]“⁴⁷¹. Atsižvelgdama į tokį *rezultato* panašumą Komisija konstatavo, kad PTT dominuojančios padėties išplėtimas valstybės veiksmais pažeidė SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimus.

Visgi reikia pažymėti, kad Komisijos sprendimas *Olandijos pašto* byloje turėtų būti vertinamas, kaip Komisijos atsargus bandymas plėsti SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo ribas individualių bylų kontekste, kadangi Komisijos sprendime nerasime jokio paaiškinimo, kaip Komisijos pozicija koreliuoja su *Sacchi* byloje ESTT padaryta išvada, kad dominuojančios padėties išplėtimas valstybės veiksmais negali pažeisti SESV 106(1) str. Komisijos sprendime taip pat pateikiami trys papildomi epizodai, kaip PTT dominuojančios padėties išplėtimas į kurjerių pašto paslaugų rinką pažeidė SESV 106(1) str. ir 102 str., taip ir nepaaiškinant, ar pažeidimą sudarė kiekvienas atskiras pažeidimo epizodas, ar visi pažeidimai *in corpore*. Visgi, kaip galima suprasti iš Komisijos XIX *ataskaitos apie konkurencijos politiką*, *Olandijos pašto* byloje pažeidimo centriniu elementu Komisija laikė būtent valstybės veiksmais pasiektą dominuojančios padėties išplėtimą į susijusias rinkas⁴⁷².

Analogišką sprendimą Komisija priėmė 1990 m., nagrinėdama *Ispanijos pašto*⁴⁷³, kurioje buvo nagrinėtas faktinėmis aplinkybėmis labai panašus pašto paslaugos teikėjo dominuojančios padėties išplėtimas į susijusią pašto kurjerių rinką valstybės veiksmais. Savo ruožtu, pirmasis ESTT sprendimas, kuriame teismas pripažino SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymą dominuojančios padėties išplėtimo byloje, buvo priimtas 1991 m. ESTT nagrinėtoje *GB-INNO-BM*⁴⁷⁴ byloje. Šioje byloje teismas nagrinėjo ginčą, susijusį su nacionaliniam telekomunikacijų tinklo operatoriui suteikta išimtinė teise nustatyti technines specifikacijas prie tinklo jungiamiesiems galiniams telekomunikacijų ryšių įrenginiams bei vertinti tokių įrenginių nustatytų techninių reikalavimų atitikimą išduodant atitikties sertifikatus.

Kaip pažymi Buendia⁴⁷⁵ ir Whish⁴⁷⁶, teismas šioje byloje turėjo visas galimybes priimti sprendimą vadovaujantis laisvo prekių judėjimo nuostatomis, su kuriomis reikšminga dalimi buvo susijęs nacionalinio teismo paklausimas, tačiau teismas sąmoningai pasirinko nagrinėti susidariusią situaciją, taikydamas konkurencijos teisės taisykles⁴⁷⁷. Ir netgi šiuo

471 *Ibid.*, 11 paragrafas.

472 Nineteenth Report on Competition Policy. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities. 1990. ISBN: 92-826-1629-0. 229 paragrafas.

473 90/456/EEC Commission Decision concerning the provision in Spain of international express courier services, O.L. L 233, 19-23 (1990).

474 ESTT sprendimas byloje Nr. C-18/88, Régie Des Télégraphes et des Téléphones v. GB-Inno-BM SA, ECLI:EU:C:1991:474.

475 José Luis Buendia Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law: Article 86 (Formerly Article 90) of the EC Treaty*. (Oxford: Oxford University Press on Demand, 1999), 169.; Žr. taip pat Eleni Manaridou, "The Greek Lignite Sprendimas byloje: A (Questionable) Victory of The "Effects Theory," *European Law Review* 40, June (2015): 431.

476 Richard Whish ir David Bailey, *Competition Law*, 8th ed. ed. (Oxford; New York: Oxford University Press, 2015), 245.

477 Žr. ESTT sprendimą byloje Nr. C-18/88, Régie Des Télégraphes et des Téléphones v. GB-Inno-BM SA, ECLI:EU:C:1991:474, 13 paragrafą.

atžvilgiu, turėdamas galimybę išspręsti klausimą, vadovaujantis *ERT* byloje jau suformuota interesų konflikto draudimo doktrina, teismas pasirinko analizuoti Belgijos suteiktų išimtinių teisių teisėtumą per dominuojančios padėties išplėtimo teorijos prizmę. Atitinkamai, teismo sprendimą *GB-INNO-BM* byloje galima vertinti kaip sąmoningą teismo pasirinkimą pasisakyti dėl SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo situacijose, susijusiose su dominuojančios padėties išplėtimu į susijusias rinkas, ir suformuoti naują precedentą, kuriame būtų pateiktas atsakymas dėl *Sacchi* precedento taikymo ateityje ir suderinti ESTT bei Komisijos poziciją dėl SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo dominuojančios padėties išplėtimo bylose, dėl kurios Komisija pasisakė *Olandijos pašto* ir *Ispanijos pašto* bylose.

Motyvuodamas savo sprendimą pripažinti pažeidimą, pirmiausiai teismas paaiškino žalos teoriją, kuri taikoma įrodinėjant SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą dominuojančios padėties išplėtimo bylose. Šiuo atžvilgiu atkartodamas Komisijos sprendimų *Olandijos ir Ispanijos pašto* bylose motyvų struktūrą teismas pirmiausiai pacitavo *Telemarketing* sprendime teismo padarytą išvadą, kad SESV 102 str. pažeidimas pasireiškia tuomet, jeigu dominuojantis ūkio subjektas sau *rezervuoja* papildomą veiklą. Taigi teismas paaiškino, kad toks pažeidimas *GB-INNO-BM*⁴⁷⁸ nagrinėjamoje situacijoje galėtų būtų įžvelgtas tuomet, jeigu išimtinę teisę turintis tinklo operatorius, RTT nesant objektyvaus poreikio, rezervuotų pats sau susijusią, tačiau atskirą telekomunikacijos galinių įrenginių rinką, tokiu būtu visiškai pašalindamas konkurentų sudaromą konkurencinį spaudimą. Konstatavus tokią aplinkybę, kilo klausimas, kaip konkrečiai toks RTT *galimas* SESV 102 str. pažeidimas gali būti susietas su valstybės veiksmais, kurie įgalintų taikyti SESV 106(1) str.?

Viena vertus, SESV 106(1) str. pažeidimą būtų galima įžvelgti taikant *veiksmų teoriją*, jeigu valstybė būtų įpareigojusi arba skatinusi RTT savo veiksmais plėsti dominuojančią padėtį į susijusią telekomunikacijų galinių ryšio įrenginių rinką. Šiuo atveju 106(1) str. taikymas būtų grindžiamas schema: valstybė skatina/verčia pažeisti SESV 102 str. → PTT atlieka SESV 102 str. draudžiamus veiksmus → veiksmai sukelia antikonkurencines pasekmes → valstybė atsakinga 106(1) str. pagrindu už vertimą/skatinimą pažeisti SESV 102 str. Visgi tokio valstybės atsakomybės pagrindo įžvelgti teismas neturėjo galimybės, kadangi nagrinėjamoje byloje nebuvo nustatyti jokie RTT piktnaudžiavimo veiksmai. Tai paskatino teismą pažeidimą konstatuoti motyvais, kurie suformavo *struktūrinio pažeidimo teoriją*. Konkrečiai, sprendime ESTT nurodė, kad 106(1) str. ir 102 str. draudžia valstybėms narėms atlikti veiksmus, kuriais specialų santykį su valstybe turintys subjektai „*atsiduria situacijoje, kurios šie subjektai negalėtų patys pasiekti savo veiksmais nepažeisdami SESV 106(1) str.*“, numatyto draudimo, ir atitinkamai konstatavo, kad situacijose, „<...> kai [specialų santykį su valstybe turinčių subjektų] *dominuojančios padėties išplėtimas kyla iš valstybės veiksmų, tokie veiksmai sudaro* [SESV 106(1) str.] *taikomo kartu su* [SESV 102 str.] *pažeidimą.*“ Tokia pažeidimo teorija buvo išskirtinė, kadangi joje SESV 106(1) str. pažeidimas buvo susietas ne su RTT atliekamais piktnaudžiavimo veiksmais, kuriais RTT būtų bandžiusi išplėsti savo dominuojančią padėtį į susijusias rinkas, tačiau *išskirtinai su valstybės teisės aktais*, leidusiais pasiekti analogišką rezultatą, kurio RTT negalėjo pasiekti savarankiškai išvengdamas SESV 102 str. pažeidimo.

478 *Ibid.*

Tokiu būdu valstybės atsakomybė pagal 106(1) str. kilo už sukeltas *pasekmes* pagal naujai suformuotą *struktūrinio pažeidimo teoriją*, kuri gali būti išreikšta tokia logine struktūra: RTT galėjo atlikti SESV 102 str. draudžiamus veiksmus → veiksmai būtų sukėlę antikonkurencines pasekmes (išplėtimą į susijusią rinką) → RTT nereikėjo daryti SESV 102 str. pažeidimo, kadangi valstybė leido pasiekti pageidaujamas antikonkurencines pasekmes savo veiksmais → valstybė atsakinga 106(1) str. pagrindu, kadangi savo veiksmais leido RTT pasiekti antikonkurencinius tikslus, kurie būtų vertinami kaip SESV 102 str. pažeidimas, jeigu tokių tikslų būtų siekusi RTT savarankiškai⁴⁷⁹.

Įdomu pastebėti, kad *GB-INNO-BM* byloje teismas ne tik suformavo struktūrinio pažeidimo teoriją, tačiau kartu nurodė, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo požiūriu dominuojančios padėties išplėtimas valstybės veiksmais į kitas rinkas, nesant objektyvaus pagrindo, yra draudžiamas *savaimė*. Tai reiškia, kad dominuojančios padėties išplėtimo bylose nustatyti išimtinių teisių turėtojo vykdomo SESV 102 str. pažeidimo, nėra jokio poreikio. Kartu teismas atkreipė dėmesį į Sutartyje numatytą reikalavimą užtikrinti lygių konkurencijos galimybių principą ir pažymėjo, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. numatytas draudimas plėsti dominuojančią padėtį į susijusias rinkas valstybės veiksmais apima tiek tokius atvejus, kada valstybė visiškai *pašalina* konkurentų galimybę veikti tokiose susijusiose rinkose, tiek tokiais atvejais, kai valstybė tiesiog *iškreipia* rinkoje egzistuojančias konkurencijos sąlygas⁴⁸⁰.

Toks ESTT sprendimas *GB-INNO-BM* byloje suformulavo koncepcinį pagrindą SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymui dominuojančios padėties *išplėtimo* bylose, kuris galioja praktiškai nepakitęs iki šiol, ir analogiškai taikomas vertinant dominuojančios padėties *įtvirtinimo* ar *sustiprinimo* situacijas. Šio sprendimo precedentinė reikšmė yra neabejotina, tačiau *GB-INNO-BM* precedento taikymas realiose situacijose kelia kur kas daugiau klausimų, nei gali pasirodyti iš pirmo žvilgsnio. Atitinkamai, šiame disertacijos poskyryje bus siekiama identifikuoti ir aptarti probleminius SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo aspektus, taikant *GB-INNO-BM* byloje suformuluotą teoriją, ir surasti atsakymus į kylančius klausimus.

4.3.2. Veiksmai, kuriais valstybė gali iškreipti konkurenciją

Analizuojant ESTT ir Komisijos bylų praktiką galima pastebėti, kad dominuojančios padėties įtvirtinimas, sustiprinimas ar išplėtimas paprastai siejamas su valstybės priemonėmis, kurios *de jure* arba *de facto* rezervuoja atitinkamą rinką specialų santykį su valstybe turinčiam subjektui. Šiuo atveju valstybės priemonės turi tiesioginį poveikį konkurencijos struktūrai, sukurdamos ir padėdamos išlaikyti dominuojančią padėtį tokioje susijusioje rinkoje. Kita vertus, poveikis konkurencijai taip pat gali būti įžvelgtas tuomet, kai valstybė

479 Žr. šiuo aspektu taip pat Eleni Manaridou, "The Greek Lignite Sprendimas byloje: A (Questionable) Victory of The "Effects Theory," *European Law Review* 40, June (2015): 431; Tony Prosser, *The Limits of Competition Law: Markets and Public Services* (Oxford: Oxford University Press, 2005), 131-132; Alison Jones ir Brenda Sufrin, *EU Competition Law: Text, Sprendimas bylose and Materials* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 614-618; Luc Gyselen, "Case Note to The RTT case", *Common Market Law Review* 29, 6 (1992): 1229-1245; Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, 8th ed. ed. (Oxford; New York: Oxford University Press, 2015), 246.

480 ESTT sprendimas byloje Nr. C-18/88, *Régie Des Télégraphes et des Téléphones v. GB-INNO-BM SA*, ECLI:EU:C:1991:474 (1991), 24 paragrafas.

suteikia ūkio subjektui vienkartinį ar nuolatinį pranašumą prieš kitus rinkos dalyvius, tokiu būdu iškreipdama rinkoje vykstančią konkurenciją. Praktikoje kilusias situacijas sąlyginai galima suskirstyti į kelias valstybės priemonių grupes.

De jure rinkos monopolizavimo grupėi galima priskirti situacijas, kai valstybė priima *teisės aktus*, suteikiančius galimybę rinkoje veikti tik vienam konkrečiam ūkio subjektui, turinčiam specialų santykį su valstybe. Šiuo atveju dominuojančios padėties išplėtimas į susijusias rinkas ir valstybės priemonėmis sukuriamas poveikis konkurencijai yra aki-vaizdus, kadangi privatūs subjektai netenka bet kokios galimybės veikti tokioje monopoli-zuotoje rinkoje. Tokio *de jure* susijusios rinkos monopolizavimo pavyzdžiu galima laikyti situaciją, Komisijos nagrinėtą *Ispanijos pašto*⁴⁸¹ byloje. Šioje byloje Komisija nustatė, kad tarptautinis laišku siuntimas kurjerių paštu sudaro atskirą atitinkamą prekę rinką⁴⁸², kuri yra susijusi su valstybės kontroliuojamo ūkio subjekto teikiamomis tradicinėmis pašto pas-laugomis. Savo ruožtu dominuojančios padėties *de jure* išplėtimą į susijusią rinką Komisija konstatavo nustačiusi, kad Ispanija priskyrė visų pašto siuntų, neviršijančių 2 kg siuntimą, savo kontroliuojamam subjektui, kas iš esmės reiškė, kad privatūs operatoriai neturi jo-kios galimybės teikti tarptautinio *laiškų* siuntimo paslaugos, atsižvelgiant į tai, kad pagal savo pobūdį laišakai niekada neviršija 2 kilogramų ribos. Šiuo atžvilgiu Komisija atkreipė dėmesį į *Telemarketing*⁴⁸³ byloje ESTT padarytas išvadas pažymėdama, kad SESV 102 str. yra pažeidžiamas tuomet, kai ūkio subjektas rezervuoja sau papildomą veiklą, kuri gali būti priskiriama susijusiai, tačiau atskirai rinkai *sukeliant galimybę* pašalinti konkurenciją. Kadangi šiuo atveju toks veiklos rezervavimas pasireiškė valstybei priimant teisės aktus, tokie veiksmai sudarė SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą⁴⁸⁴.

De facto rinkos monopolizavimo grupėi galima priskirti situacijas, kai valstybė tiesiog-iai nesuteikia išimtinių teisių atskiriems ūkio subjektams, todėl teoriškai galimybė veikti rinkoje alternatyviems paslaugų teikėjams išlieka. Visgi reali privačių operatorių galimybė veikti rinkoje valstybės veiksmais yra pašalinama arba taip apsunkinama, kad valstybės veiksmus galima laikyti *de facto* susijusios rinkos monopolizavimu. Tokiais *de facto* rinkos monopolizavimo pavyzdžiais galima laikyti Komisijos ir ESTT nagrinėtas situacijas *Roed-by*⁴⁸⁵ ir *Ambulanz Glockner*⁴⁸⁶ bylose.

*Roedby*⁴⁸⁷ byloje Komisija nustatė, kad Roedby uostas Danijoje buvo valdomas valstybės kontroliuojamo subjekto DSB, kuris kartu teikė ir pervežimo keltais paslaugas. Šiuo atžvilgiu

481 90/456/EEC Commission Decision concerning the provision in Spain of international express courier services, O.L. L 233, 19-23 (1990).

482 Ibid., 8 punktas.

483 ESTT sprendimas byloje Nr. C-311/84, Centre belge d'études de marché - Télémkteting (CBEM) v SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) and Information publicitė Benelux (IPB) (telemarketingo byla), ECLI:EU:C:1985:394.

484 90/456/EEC Commission Decision concerning the provision in Spain of international express courier services, O.L. L 233, 19-23 (1990), 10-11 paragrafai

485 94/119/EEC, European Commission Decision concerning a refusal to grant access to the facilities of the port of Rødby (Denmark), O.L. L 055, 52 – 57 (1994).

486 ESTT sprendimas byloje Nr. C-475/99, Firma Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz, ECLI:EU:C:2001:577.

487 94/119/EEC, European Commission Decision concerning a refusal to grant access to the facilities of the port of Rødby (Denmark), O.L. L 055, 52 – 57 (1994).

Komisija padarė išvadą, kad nagrinėjamos bylos kontekste DSB veikla buvo vykdoma dviejuose tarpusavyje susijusiose rinkose: (i) pirmaisiai DSB veikė monopolizuotoje uosto paslaugų rinkoje, teikdamas paslaugas laivams, kursuojantiems tarp Roedby ir Puttgarden jūrų uostų; ir kartu (ii) veikė atitinkamoje rinkoje, apimančioje keleivių ir krovinių pervežimus jūra tarp minėtų Roedby ir Puttgarden jūrų uostų. Nepaisant to, kad pervežimo paslaugų rinkos atžvilgiu DSB neturėjo jokių specialiųjų ar išimtinių teisių, tačiau DSB dominuojančią padėtį šioje rinkoje *de facto* garantavo valstybės suteikta išimtinė teisė teikti uosto paslaugas. Šiuo atveju situacijos specifika pasireiškė tuo, kad norint pradėti veiklą Roedby uoste reikėjo prašyti DSB kontroliuojančios ministerijos leidimo, tuo tarpu byloje nagrinėjamas ginčas kilo tuomet, kai DSB konkurentas kreipėsi į ministeriją prašydamas išduoti leidimą vykdyti pervežimo laivais paslaugas tarp Roedby ir Puttgarden uostų; arba alternatyviai leisti pasistatyti privatų uostą savo sklype, esančiame šalia Roedby jūrų uosto. Ministerija abu šiuos prašymus atmetė privačiam operatoriui adresuotais laiškais. Komisijos vertinimu, atmesdama prašymą, valstybė išplėtė DSB dominuojančią padėtį uosto paslaugų rinkoje į susijusią pervežimo paslaugų rinką, kadangi ministerijos atsakymas išduoti leidimą teikti pervežimo paslaugas arba statyti savo privatų uostą, pašalina potencialų konkurentą iš Rodby-Puttgarden maršruto. Šiuo atžvilgiu Komisija pažeidimą įžvelgė *GB-INNO-BM* argumentų struktūros pagrindu. Pirmaisiai Komisija *Telemarketing* precedento pagrindu pažymėjo, kad ūkio subjekto sprendimas atsakyti suteikti prieigą konkurentams prie esminės uostų infrastruktūros, kurios pagrindu jis teikia jūrų transporto paslaugas, yra laikomas SESV 102 str. pažeidimu. Tuomet Komisija atkreipė dėmesį, kad SESV 106(1) str. draudžia valstybėms sukurti tokias situacijas, kurių specialų santykį su valstybe turintys ūkio subjektai *negalėtų pasiekti nepažeisdami SESV 102 str.* ir, atitinkamai, konstatavo, kad visais tokiais atvejais, kai specialų santykį su valstybe turinčio subjekto *dominuojanči padėtis išplečiama* valstybės veiksmais, tokie valstybės veiksmai laikomi SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimu⁴⁸⁸. Taikydama tokią pažeidimo loginę struktūrą konkrečių bylos aplinkybių atžvilgiu, Komisija nurodė, kad DSB būtų pažeidusi SESV 102 str. atsakydama suteikti prieigą prie uosto infrastruktūros savo konkurentui, todėl, pakeitus tokį DSB atsakymą valstybės institucijos atsakymu suteikti prieigą, buvo sukurta analogiška situacija. Kadangi tokioje situacijoje DSB veiksmuose įžvelgti SESV 102 str. pažeidimo nėra prielaidų dėl valstybės veiksmų, dėl tokios situacijos sukūrimo atsakomybę turi prisiimti valstybė, kuri ir turi būti laikoma pažeidusi SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimus⁴⁸⁹.

Ambulanz Glockner byloje ESTT nagrinėjo situaciją, susijusią su išimtinių teisių suteikimu, teikiant ligonių pervežimo paslaugas. Šioje byloje teismas nustatė, kad ligonių pervežimo paslaugos apima dvi atitinkamas rinkas: (i) greitosios pagalbos pervežimo paslaugų rinką; ir (ii) pacientų pervežimo paslaugų rinką, kurioje teikiamos gerokai paprastesnės ligonių pervežimo paslaugos. Kartu ESTT konstatavo, kad specialų santykį su valstybe turintis ūkio subjektas DRK užima dominuojančią padėtį abiejose šiose rinkose. Nors *pacientų pervežimo paslaugų* rinka nebuvo *de jure* monopolizuota ir privatūs subjektai galėjo teikti pacientų pervežimo paslaugas, šioje byloje ginčas kilo tuomet, kai esamam pacientų pervežimo paslaugų teikėjui *Ambulanz Glockner* valstybė atsisakė pratęsti licenciją teikti

488 94/119/EEC, European Commission Decision concerning a refusal to grant access to the facilities of the port of Rødby (Denmark), O.L. L 055, 52 – 57 (1994), 13 paragrafas.

489 *Ibid.*, 13 paragrafas.

pacientų pervežimo paslaugas. Toks atsakymas buvo siejamas su teisės aktuose valstybės institucijoms numatyta galimybe atsisakyti išduoti licencijas teikti *pacientų* pervežimo paslaugas tuomet, kai papildomų subjektų veikimas rinkoje, gali turėti neigiamą poveikį egzistuojančių greitosios pagalbos ir ligonių pervežimo paslaugų teikimo organizavimui ir pelningumui. Šių aplinkybių kontekste teismas nurodė, kad dominuojančios padėties išplėtimas, rezervuojant susijusią, tačiau savarankišką rinką, yra laikomas SESV 102 str. pažeidimu, todėl tokios dominuojančios padėties išplėtimas valstybės veiksmais turi būti laikomas SESV 106(1) str. ir 102 str.⁴⁹⁰ pažeidimu. Atitinkamai, įstatyminė pareiga pasikonsultuoti su medicinos įstaigomis, turinčioms išimtinę teisę teikti greitosios medicinos pagalbos paslaugas prieš išduodant licenciją, kartu suteikė šioms medicinos įstaigoms išimtinę teisę⁴⁹¹ teikti pacientų pervežimo paslaugas ir rezervavo papildomą pervežimo veiklą, kurią galėjo vykdyti privatus operatoriai. Atitinkamai, priimdama tokius teisės aktus, valstybė pažeidė SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimus⁴⁹².

Dalinio rinkos monopolizavimo grupėi galima priskirti situacijas, kai valstybė palieka galimybę veikti rinkoje keliems ūkio subjektams, tačiau monopolizuoja tam tikrą atitinkamos rinkos segmentą. Tokiu būdu specialų santykį su valstybe turinčiam subjektui suteikiamas strateginis pranašumas ir sudaroma galimybė išplėsti savo dominuojančią padėtį į susijusią rinką palankesnėmis sąlygomis nei kitiems rinkos dalyviams. Tokio dirbtinio dominuojančio padėties išplėtimo pavyzdžiu galime laikyti situaciją, nagrinėtą *Slovenska posta* byloje⁴⁹³. Šioje byloje Komisija nustatė, kad *Slovenska posta* veikia dviejose atitinkamosiose rinkose (i) tradicinių pašto paslaugų rinkoje, apimančioje pašto siuntų surinkimą ir pristatymą adresatams; ir (ii) hibridinių pašto paslaugų rinkoje, apimančioje procesą nuo elektroninių dokumentų perdavimo pašto bendrovei iki tokių dokumentų atspausdinimo, surūšiavimo ir pristatymo klientui. *Slovenska posta* turėjo valstybės suteiktą išimtinę teisę teikti tradicines pašto paslaugas, todėl *Slovenska posta* neabejotinai dominavo tradicinių pašto paslaugų rinkoje⁴⁹⁴. Savo ruožtu, dominuojančios padėties išplėtimas į hibridinio pašto paslaugų rinką pasireiškė visu kompleksu valstybės veiksmų, kuriais hibridinio pašto paslaugų teikėjams ir toliau buvo sudaryta galimybė teikti hibridinio pašto paslaugas, tačiau šie buvo priversti teikti tokias hibridinio pašto paslaugas pristatydami paruoštas pašto siuntas, naudojantis *Slovenska posta* teikiamomis pašto siuntų pristatymo paslaugomis⁴⁹⁵.

490 ESTT sprendimas byloje Nr. C-475/99, Firma Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz, ECLI:EU:C:2001:577, 40 paragrafas.

491 *Ibid.*, 24 paragrafas.

492 *Ibid.*, 43 paragrafas.

493 2008-10-07 Komisijos sprendimas Nr. COMP/F-1/39.562, Commission Decision of 7 October 2008 relating to a proceeding under Article 86(3) of the EC Treaty on the Slovakian postal legislation relating to hybrid mail services, O.L. 4 C.M.L.R. 13 (2009); Bendrojo teismo sprendimas byloje Nr. T-556/08, Slovenská pošta v Komisija, ECLI:EU:T:2015:189.

494 2008-10-07 Komisijos sprendimas Nr. COMP/F-1/39.562, Commission Decision of 7 October 2008 relating to a proceeding under Article 86(3) of the EC Treaty on the Slovakian postal legislation relating to hybrid mail services, O.L. 4 C.M.L.R. 13 (2009), 89 paragrafas; Bendrojo teismo sprendimas byloje Nr. T-556/08, Slovenská pošta v Komisija, ECLI:EU:T:2015:189, 29 paragrafas.

495 2008-10-07 Komisijos sprendimas Nr. COMP/F-1/39.562, Commission Decision of 7 October 2008 relating to a proceeding under Article 86(3) of the EC Treaty on the Slovakian postal legislation relating to hybrid mail services, O.L. 4 C.M.L.R. 13 (2009), 116-117 paragrafas.

Tokių aplinkybių kontekste SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą Bendrasis teismas konstatavo iš esmės atkartodamas *Greek lignite* byloje ESTT išdėstytus motyvus, kurių pagrindą sudaro lygių galimybių principo pažeidimas. Konkrečiai, Bendrasis teismas atkreipė dėmesį, kad SESV 106(1) str. pažeidimo konstatavimui pakanka nustatyti, kad valstybė savo veiksmais padarė poveikį konkurencijos struktūrai, sukurdama nelygiavertes konkurencijos sąlygas ūkio subjektams, kuris leido specialų santykį su valstybe turintiems subjektams *įtvirtinti* dominuojančią padėtį, *sustiprinti* dominuojančią padėtį ar *išplėsti* dominuojančią padėtį *į kitas* rinkas, tokiu būdu apribojant konkurenciją⁴⁹⁶. Bendrasis teismas konkrečiai nepaaiškino, kaip šis principas turėtų būti taikomas *Slovenska posta* bylos situacijoje, tačiau iš teismo motyvų galima suprasti, kad hibridinio pašto dalies monopolizavimas pakankamai reikšmingai iškreipė konkurentų galimybes konkuruoti su *Slovenska posta* lygiais pagrindais atsižvelgiant į tai, kad paruoštų pašto siuntų pristatymas sudaro reikšmingą hibridinio pašto paslaugos vertės dalį, o reikalavimas naudotis *Slovenska posta* pašto siuntų pristatymo paslaugomis pašalino hibridinio pašto paslaugų teikėjų galimybę pasiūlyti pranašesnes nei *Slovenska posta* paslaugas, tokias kaip elektroninių ataskaitų apie pašto siuntų pristatymą, pateikimas ir pašto siuntų pristatymas 7 dienas per savaitę⁴⁹⁷. Atitinkamai, tokios situacijos kontekste Bendrasis teismas pakankamai pagrįstai galėjo konstatuoti lygių galimybių principo ir SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą.

Reguliacinių funkcijų suteikimo grupei galima priskirti situacijas, kai specialų santykį su valstybę turinčiam subjektui sudaroma galimybė riboti savo konkurentų veiksmus, įgyvendinant valstybės *de facto* ar *de jure* priskirtas reguliacines funkcijas. Tokiu būdu vienam iš rinkos dalyvių suteikiamas strateginis pranašumas, kuris gali būti panaudotas išplečiant dominuojančią padėtį į susijusias rinkas. Tokio dominuojančio padėties išplėtimo pavyzdžiu galime laikyti situaciją, nagrinėtą *GB-INNO-BM* byloje.

Kaip minėta, *GB-INNO-BM* byloje nagrinėjama situacija, susijusi su išimtinių teisių suteikimu telekomunikacijų sektoriuje. Šiuo atveju teismas nustatė, kad RTT veikia dviejose atitinkamos rinkose, t.y. (i) telekomunikacijų tinklo valdymo rinkoje ir (ii) rinkoje, susijusioje su telekomunikacijų tinklo galinio ryšio įrenginių importu ir pardavimu. O valstybė savo veiksmais padėjo išplėsti valstybės kontroliuojamo subjekto dominuojančią padėtį iš tinklo valdymo rinkos į telekomunikacijų galinių įrenginių rinką. Nagrinėjamoje byloje toks dominuojančios padėties išplėtimas buvo siejamas su RTT valstybės suteikta teise nustatyti prie tinklo jungiamas technines specifikacijas ir vertinti savo konkurentų tiekiamų prekių atitikimą šioms techninėms specifikacijoms. Tokių aplinkybių kontekste teismas nurodė, kad SESV 102 str. taikymo tikslais dominuojančiam subjektui yra draudžiama rezervuoti sau veiklą susijusiose rinkose pašalinant konkurentų sudaromą konkurencinį spaudimą, todėl RTT negalėtų rezervuoti galinio ryšio įrenginių rinkos, nepažeisdamas SESV 102 str. numatyto draudimo. Atitinkamai, valstybės atsakomybę 106(1) str. ir 102 str. pagrindu galime konstatuoti tuomet, jeigu dėl valstybės veiksmų specialų santykį su valstybe turintys subjektai „*atsiduria situacijoje, kurios jie negalėtų patys pasiekti savo veiksmais nepažeisdami SESV 106(1) str.*“ numatyto draudimo, kas natūraliai atsitinka, kai valstybė savo veiksmais išplečia ūkio subjekto dominuojančią padėtį į susijusias rinkas.

496 Bendorjo teismo sprendimas byloje Nr. T-556/08, *Slovenská pošta v Komisija*, ECLI:EU:T:2015:189, 102 paragrafas.

497 Žr. disertacijos dalį susijusią su paklausos nepatenkinimo klausimais.

Tokio sprendimo kontekste liko neaišku, kokio masto poveikį konkurencijai galėjo sukelti tokių specialiųjų teisių suteikimas RTT, su kuriuo galima sieti 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą, kadangi realūs RTT atliekami piktnaudžiavimo veiksmai nagrinėjamoje byloje nebuvo nustatyti. Visgi šiuo atžvilgiu teismas atkreipė dėmesį, kad pažeidimu galima laikyti tiek konkurentų *pašalinimą*, tiek konkurencijos *sąlygų iškreipimą* atsižvelgiant į tai, kad Sutartis reikalauja užtikrinti lygias galimybes konkuruoti rinkoje atskiriems ūkio subjektams⁴⁹⁸. Savo ruožtu, galimybės rengti technines specifikacijas ir tikrinti tokių įrenginių specifikacijų atitikimą suteikimas konkurentui prilygsta galimybei spręsti, kurie įrenginiai bus prijungti prie tinklo, ir suteikia „*tokiam ūkio subjektui akivaizdų pranašumą prieš savo konkurentus*“⁴⁹⁹. Atsižvelgiant į tokius teismo motyvus, galima konstatuoti, kad teismas dominuojančios padėties išplėtimą *iškreipiant* konkurencijos sąlygas nagrinėtoje byloje siejo su *formalia sudėtimi*, kuri nereikalauja nustatyti, ar ūkio subjektas realiai naudojasi jam valstybės suteikta galimybe išplėsti dominuojančią padėtį į susijusias rinkas, ir tai, kiek dominuojančiam subjektui realiai pavyko išplėsti savo dominuojančią padėtį į tokias rinkas. Visgi teismo sprendimas nesudaro galimybės spręsti, kokio masto konkurencijos iškraipymas turėtų būti sukuriamas valstybės veiksmais. Šiuo atžvilgiu akivaizdu tik tai, kad reguliacinių funkcijų suteikimas vienam iš rinkos dalyvių buvo vertinamas kaip „*akivaizdaus pranašumo*“ suteikimas.

GB-INNO-BM bylos kontekste natūraliai kyla klausimas, kodėl teismas netaikė dominuojančios padėties išplėtimo doktrinos vėlesnėse *Decoster, Tranchant, Raso* ir *MOTOE* bylose, kuriose ESTT nagrinėjo savo faktinėmis aplinkybėmis panašias situacijas, kaip ir situaciją, nagrinėtą *GB-INNO-BM* byloje? Ar tokią ESTT praktiką reikėtų suvokti, kaip teismo pozicijos pasikeitimą dėl galimybės interesų konflikto situacijoje pritaikyti dominuojančios padėties išplėtimo draudimo koncepciją?

Atsakant į šį klausimą pirmiausiai reikia pripažinti, kad ESTT sprendimas *GB-INNO-BM* byloje yra vienintelis toks, kuriame ESTT vertino interesų konflikto situacijos sudarymą dominuojančios padėties išplėtimo bylų kontekste. Toks sprendimas įsikomponavo tarp *ERT*⁵⁰⁰ bylos ir vėlesnių ESTT sprendimų *Decoster, Tranchant, Raso* ir *MOTOE* bylose, kuriose teismas buvo linkęs interesų konfliktų sukūrimą vertinti kaip savarankišką pažeidimą, siejamą su ūkio subjektui sukurtomis *paskatomis* piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi. Visgi manytina, kad šie sprendimai nepaneigia galimybės valstybės veiksmus, sukuriant interesų konflikto situacijas, kvalifikuoti kaip pažeidimą, pasireiškiantį dominuojančios padėties išplėtimu.

Šiuo atžvilgiu *Decoster* ir *Tranchant* bylose teismo pasirinkimas interesų konflikto situacijos sukūrimą kvalifikuoti kaip savarankišką SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą gali būti paaiškintas nacionaliniuose teismuose nagrinėjamų ginčų ir teismo užduotų klausimų specifika. *GB-INNO-BM* byloje dominuojančios padėties *išplėtimo* koncepcijos

498 ESTT sprendimas byloje Nr. C-18/88, *Régie Des Télégraphes et des Téléphones v. GB-Inno-BM SA*, ECLI:EU:C:1991:474, 24-25 paragrafai.

499 *Ibid.*, 24-25 paragrafai.

500 ESTT sprendimas byloje Nr. C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE and Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou v Dimotiki Etairia Plioroforissis ir Sotirios Kouvelas ir Nicolaos Avdellas ir kiti*, ECLI:EU:C:1991:254.

sukūrimas išreiškė pakankamai organišką požiūrį į nacionalinio teismo nagrinėjamą problemą, atsižvelgiant į tai, kad ginčas nacionaliniame teisme vyko tarp galinių įrenginių rinkoje veikiančių pakankamai stiprių konkurentų: plataus prekybos tinklo, prekiausio galiniais telekomunikacijų įrenginiais, ir valstybės kontroliuojamo tinklo operatoriaus, o *GB-INNO-BM* keliami teisiniai klausimai reikšminga dalimi buvo siejami su jam sudaromomis kliūtimis veikti tokioje galinių įrenginių rinkoje⁵⁰¹. Savo ruožtu ginčai *Decoster* ir *Tranchant* bylose vyko baudžiamųjų bylų kontekste, kuriose buvo sprendžiamas asmenų nelegalios veiklos (t.y. prekiavimu įrenginiais neturinčiais reikalingų sertifikatų) vykdymo klausimas⁵⁰². Atitinkamai, *Decoster* ir *Tranchant* bylose gerokai aktualesnis buvo reikalavimo turėti atitikties sertifikatą teisėtumo klausimas, nei konkurencijos sąlygų iškraipymas, apie kurį buvo kalbama *GB-INNO-BM*. Tokių aplinkybių kontekste nacionaliniai teismai siekė išsiaiškinti, ar atitikties sertifikatų reikalavimas atitinkina *Telekomunikacijų galinių įrenginių direktyvoje* keliamą reikalavimą užtikrinti komercinių ir reguliacinių institucijų atskyrimą, o pasisakydamas dėl tokios direktyvos taikymo, ESTT buvo tiesiogiai skatinamas pasisakyti dėl SESV 106(1) str. ir 102 str. būtent taikymo interesų konflikto situacijoje.

Raso ir *MOTOE* bylose nagrinėta situacija buvo gerokai palankesnė norint įrodinėti SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą, pasireiškiantį dominuojančios padėties išplėtimu, kadangi šių bylų aplinkybių kontekste jau galima pakankamai aiškiai identifikuoti reguliacinių priemonių sukuriamą pranašumą atskiriems ūkio subjektams. Visgi šiose bylose nacionaliniai ginčai pagal savo pobūdį taip pat buvo orientuoti ne tiek į konkurencinio pranašumo pašalinimo problemą, kiek į vienkartinių problemų sprendimą, t.y. *Raso* byloje nacionalinis ginčas kilo baudžiamosios bylos kontekste, kuriame fiziniai asmenys buvo kaltinami pažeidę išimtinės teisės - sudarę sutartis su teisės teikti laikinos darbo jėgos paslaugas neturinčiomis įmonėmis. Tuo tarpu *MOTOE* byloje nacionalinis ginčas kilo dėl valstybės / ELPA sprendimo neišduoti leidimo labai konkretaus renginio organizavimui. Būtent tokia nacionalinių ginčų specifika iš dalies galėtų paaiškinti, kodėl *GB-INNO-BM* byloje buvo linkęs kalbėti apie dominuojančios padėties išplėtimą (siejamą su konkurentų plėtos galimybių ribojimu), o *Decoster*, *Tranchant*, *Raso* ir *MOTOE* bylose – apie interesų konfliktą (daugiausiai siejamą išimtinių teisių pažeidimais). Visgi šie precedentai nereiškia, kad interesų konflikto sukūrimas negali būti įrodinėjamas dominuojančios padėties išplėtimo bylose.

Tokią poziciją papildomai pagrindžia aplinkybė, kad interesų konflikto ir dominuojančios padėties išplėtimo koncepcijos teisinis pagrindas yra analogiškas – valstybė turi susilaikyti nuo veiksmų, kurie pažeistų Sutartyje numatytą lygių konkurencijos sąlygų principą. Tokią interpretaciją palaiko ir aplinkybė, kad interesų konflikto bylose pažeidimo egzistavimą teismas visuomet motyvuoja *GB-INNO-BM* sprendimu. *Decoster* ir *Tranchant* bylose SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimą atskirti komercines ir reguliacines funkcijas grindė tiesiogiai pateikdami nuorodas į *GB-INNO-BM* sprendimą identifikuodamas, kad

501 ESTT sprendimas byloje Nr. C-18/88, *Régie Des Télégraphes et des Téléphones v. GB-Inno-BM SA*, ECLI:EU:C:1991:474, 4 paragrafas.

502 ESTT sprendimas byloje Nr. C-69/91, *Criminal proceedings against Francine Gillon, née Decoster*, ECLI:EU:C:1993:853, 2 paragrafas; ESTT sprendimas byloje Nr. C-91/94, *Tranchant*, ECLI:EU:C:1995:374, 2 paragrafas;

toks interesų konfliktas pažeidžia lygių galimybių principą⁵⁰³. *Raso* byloje ESTT nukreipė į *GB-INNO-BM* bylos sprendimą, pažeidimo egzistavimą susiedamas su aplinkybe, kad, turėdamas išimtinę teisę teikti laikinos darbo jėgos paslaugas, ūkio subjektas *bus linkės* savo veiksmais sukurti tokias konkurencijos sąlygas, kurios pažeis lygių konkurencijos galimybių principą. *MOTOE* byloje ESTT pažeidimo egzistavimą vėl susiejo su *GB-INNO-BM* sprendimu ir šiame sprendime pritaikytu lygių konkurencijos galimybių principu konstatuodamas, kad galimybė spręsti dėl leidimo išdavimo konkurentų organizuojamiems renginiams suteikia ELPA akivaizdų pranašumą prieš konkurentus tiek savaime, tiek atsižvelgiant į tai, kad organizuodama renginius ELPA neturėjo poreikio derinti su niekuo atitinkamų leidimų išdavimo klausimo⁵⁰⁴.

Tokios ESTT praktikos kontekste galima daryti išvadą, kad interesų konflikto draudimas ir dominuojančios padėties išplėtimas *per interesų konflikto sukūrimą* yra grindžiamas analogišku teisiniu pagrindu – lygių konkurencijos galimybių principo pažeidimu. Atitinkamai, šių koncepcijų požiūris į teisinę problemą realiai sudaro to paties medalio dvi skirtingas puses ir suteikia galimybę nagrinėjamoje situacijoje įrodinėti SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą alternatyviai taikant interesų konflikto pažeidimo arba dominuojančios padėties išplėtimo teoriją. Tai reiškia, kad abiejų šių koncepcijų teisinio vertinimo rezultatas turi būti vienodas, – šiuo atveju taikant atskiras koncepcijas, skirsis tik tai, kad vienu atveju mes SESV 106(1) str. pažeidimą susiesime su valstybės teisės aktais, o kitu atveju – valstybės veiksmais, skatinančiais interesų konflikto situacijoje atsidūrusio ūkio subjekto piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi. Tokia išvada leidžia teigti, kad *GB-INNO-BM* ir vėlesni *Decoster*, *Tranchant*, *Raso* ir *MOTOE* sprendimai vienas kitą papildo ir nepaneigia galimybės interesų konflikto situacijoje įrodinėti SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo taikant dominuojančios padėtis išplėtimo koncepciją.

Finansinio pranašumo suteikimo grupei galima priskirti tokius atvejus, kai valstybė sudaro galimybę veikti rinkoje keliems ūkio subjektams, tačiau specialų santykį su valstybe turintiems subjektams yra suteikiamas finansinis pranašumas, įgalinantis tokius subjektus palankesnėmis sąlygomis įsitvirtinti susijusiose rinkoje. Tokio finansinio pranašumo suteikimo grupei galime priskirti Komisijos sprendimus *Italijos GSM*⁵⁰⁵ ir *Ispanijos GSM*⁵⁰⁶ bylose ir ESTT sprendimą *Connect Austria*⁵⁰⁷ byloje.

Italijos GSM byloje Komisija analizavo situaciją, susijusią su licencijų išdavimu teikti GSM ryšio paslaugas. Komisija konstatavo, kad valstybės kontroliuojamas ūkio subjektas,

503 ESTT sprendimas byloje Nr. C-69/91, Criminal proceedings against Francine Gillon, née Decoster, ECLI:EU:C:1993:853, 19-21 paragrafai; ESTT sprendimas byloje Nr. C-91/94, Tranchant, ECLI:EU:C:1995:374, 18-19 paragrafai.

504 ESTT sprendimas byloje Nr. C-49/07, Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) v Elliniko Dimosio, ECLI:EU:C:2008:376, 51-52 paragrafai.

505 1995-10-04 Komisijos sprendimas Nr. 95/489/EC, Commission Decision of 4 October 1995 concerning the conditions imposed on the second operator of GSM radiotelephony services in Italy, O.L. L 280, 49 – 57 (1995).

506 1996-12-18 Komisijos sprendimas Nr. 97/181/EC, Commission Decision of 18 December 1996 concerning the conditions imposed on the second operator of GSM radiotelephony services in Spain, O.L. L 076, 19 - 29 (1997).

507 ESTT sprendimas byloje Nr. C-462/99, Connect Austria, ECLI:EU:C:2003:297.

teikiantis analoginio judriojo ryšio paslaugas, gavo GSM licenciją be konkurso ir neatlygintinai. Savo ruožtu, privatus rinkos operatoriai, siedami gauti GSM licenciją, privalėjo dalyvauti konkurse, kuriame konkurso laimėtojo parinkimas *inter alia* priklauso nuo konkurso dalyvių pasiūlyto licencijos mokesčio. Užbaigus konkurso procedūras, susidarė situacija, kad privatus operatorius už GSM licencijos išdavimą turėjo sumokėti licencinį mokestį, kuris sudarė trečdalį visų tinklo plėtrai reikalingų investicijų, o valstybės kontroliuojamas subjektas įgijo proporcingą finansinį pranašumą, kadangi savo GSM ryšio licenciją gavo neatlygintinai. Tokios situacijos kontekste Komisija nurodė, kad SESV 106(1) str. numato reikalavimą susilaikyti nuo priemonių, kurios „reikšmingai iškreiptų konkurenciją“⁵⁰⁸, tačiau Italija pažeidė tokį reikalavimą suteikdama analoginio mobiliojo ryšio rinkoje dominuojančiam subjektui tokį finansinį pranašumą, kuris *galėjo paskatinti* valstybinį operatorių išplėsti savo dominuojančią padėtį į susijusią GSM ryšio paslaugų rinką tiesiog pasiūlant mažesnius paslaugų tarifus⁵⁰⁹.

Ispanijos GSM byloje Komisija analizavo praktiškai identišką SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą. *Ispanijos GSM* byloje Komisija nustatė, kad valstybės kontroliuojamas telekomunikacijų operatorius užėmė dominuojančią padėtį fiksuotojo telefono ryšio ir analoginio mobiliojo ryšio paslaugų rinkose⁵¹⁰, kuriam valstybė suteikė licenciją teikti naujos kartos GSM paslaugas be konkurso ir neatlygintinai, tuo tarpu antroji licencija buvo išduodama konkurso būdu ir reikalavo sumokėti pakankamai reikšmingą licencinį mokestį. Tokių aplinkybių kontekste Komisija vėl atkreipė dėmesį, kad SESV 106(1) str. reikalauja susilaikyti valstybes nuo priemonių, kurios „reikšmingai iškreiptų konkurenciją“⁵¹¹ ir konstatavo SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą *inter alia* atsižvelgdama į tai, kad valstybės sukurti kaštų struktūros skirtumai, sudarantys apie trečdalį visų tinklo plėtrai reikalingų investicijų,⁵¹² *galėjo skatinti* valstybinį ūkio subjektą plėsti savo dominuojančią padėtį į susijusią GSM rinką⁵¹³. Šiuo atveju Komisija nurodė, kad dominuojančios padėties išplėtimas įmanomas pasiūlant mažesnius tarifus, išplečiant paslaugų platinimo sąlygas apimtis leidžiančias pasiekti klientus, kurie turi didžiausią potencialą tapti privataus operatoriaus klientais ar vykdant agresyvią rinkodarą. Kitaip tariant, Komisijos požiūriu, valstybei sukūrus tokią GSM operatorių sąnaudų nelygybę, iš valstybės gautą finansinį-konkurencinį pranašumą valstybinis operatorius *galėjo* panaudoti labai įvairiais būdais, įsitvirtindamas rinkoje palankesnėmis sąlygomis nei privatus operatorius, tuo tarpu pažeidimo konstatavimo tikslais pakanka nustatyti valstybės sukurtus kaštų skirtumus, kurie *potencialiai* gali būti naudojami išplečiant dominuojančią padėtį į susijusias rinkas.

508 1995-10-04 Komisijos sprendimas Nr. 95/489/EC, Commission Decision of 4 October 1995 concerning the conditions imposed on the second operator of GSM radiotelephony services in Italy, O.L. L 280, 49 – 57 (1995), 17 paragrafas.

509 *Ibid.*, 17 paragrafas.

510 1996-12-18 Komisijos sprendimas Nr. 97/181/EC, Commission Decision of 18 December 1996 concerning the conditions imposed on the second operator of GSM radiotelephony services in Spain, O.L. L 076, 19 - 29 (1997), 21 paragrafas.

511 *Ibid.*, 21 paragrafas.

512 *Ibid.*, 21 paragrafas.

513 *Ibid.*, 21 paragrafas.

Šiame kontekste pastebėtina, kad Ispanijos GSM byloje kilo tam tikra abejonė dėl to, ar analoginės mobiliojo ryšio paslaugos ir skaitmeninės mobiliojo GSM ryšio paslaugos sudaro vieną ar dvi skirtingas rinkas. Ši aplinkybė buvo reikšminga tuo požiūriu, kad visas šias GSM ryšio paslaugas priskyrimui vienai atitinkamai rinkai, neliktų pagrindo kalbėti apie dominuojančios padėties išplėtimą į susijusią rinką. Toks nagrinėjamos bylos kontekstas paskatino Komisiją išplėsti *GB-INNO-BM* sprendime suformuluotą principą ir pripažinti pažeidimu ne tik dominuojančios padėties išplėtimo, tačiau ir dominuojančios padėties *sustiprinimo* situacijas. Šiuo atžvilgiu nagrinėjamoje byloje Komisija nurodė, kad konkretus atitinkamos rinkos apibrėžimas nėra svarbus, kadangi bet koku atveju tokioje rinkoje valstybinis operatorius užėmė dominuojančią padėtį, o SESV 106(1) str. pažeidimas galėtų būti susietas su „*dominuojančios padėties sustiprinimu*“, kuris galėtų būti konstatuotas analogiškų motyvų pagrindu⁵¹⁴.

Connect Austria byloje taip pat buvo analizuojama situacija, susijusi su GSM licencijos išdavimu. Šiuo atveju buvo nustatyta, kad rinkoje veikė keli mobiliojo ryšio operatoriai, turintys GSM 900 licenciją. 1997 m. Austrija vykdė konkursą, kurio metu buvo parinktas GSM 1800 licencijos gavėjas, kuriuo tapo privatus operatorius *Connect Austria*, už licenciją sumokėjęs reikšmingą licencinį mokestį⁵¹⁵. Savo ruožtu, 1998 m. Austrija išdavė analogišką licenciją valstybės kontroliuojamai bendrovei, kuri jau anksčiau veikė GSM 900 licencijos pagrindu, be konkurso ir neatlygintinai. Tokių aplinkybių kontekste ESTT nustatė, kad valstybės kontroliuojamas subjektas galėjo užimti dominuojančią padėtį atitinkamoje rinkoje, kuri galėjo būtų apibrėžta kaip apimanti mobiliojo ryšio paslaugas, teikiamas analoginės GSM 900 ir/arba GSM 1800 licencijos pagrindu. Visgi teismo požiūriu, tikslus atitinkamos rinkos apibrėžimas nebuvo reikalingas atsižvelgiant į tai, kad valstybės kontroliuojamas subjektas užėmė dominuojančią padėtį rinkoje nepriklausomai nuo to, kaip tokia rinka būtų apibrėžta. Kartu teismas konstatavo SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą. Šiuo atžvilgiu teismas pasekė Komisijos praktika Italijos ir Ispanijos GSM bylose ir nurodė, kad SESV 102 str. pažeidimas gali pasireikšti dominuojančiam ūkio subjektui konkurenciją iškraipiančiais veiksmais tiek *stiprinant* dominuojančią padėtį, tiek tokią dominuojančią padėtį *išplečiant* į susijusias, tačiau atskiras rinkas⁵¹⁶. Atitinkamai, jeigu analogiškai konkurencijos iškraipymai, pažeidžiantys lygių konkurencijos sąlygų principą, susidaro dėl valstybės veiksmų, tokie veiksmai turi būti laikomi SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimu⁵¹⁷. Tokių teisinių kriterijų kontekste teismas konstatavo, kad valstybės sprendimas privačiam operatoriui išduoti GSM 1800 standarto licenciją, sumokant reikšmingą licencinį mokestį, tuo tarpu valstybiniam subjektui tokią licenciją išduodant neatlygintinai, sukuria konkurencijos iškraipymus, kurie *skatina* valstybinį ūkio subjektą arba išplėsti savo dominuojančią padėtį į GSM 1800 standarto pagrindu teikiamų skaitmeninio mobiliojo ryšio paslaugų rinką, arba sustiprinti tokio subjekto dominuojančią padėtį platesnėse skaitmeninio mobiliojo ryšio paslaugų rinkoje ar mobiliojo ryšio paslaugų rinkoje, priklausomai nuo to, kaip tokia rinka būtų apibrėžta⁵¹⁸.

514 *Ibid.*, 20 paragrafas.

515 ESTT sprendimas byloje Nr. C-462/99, *Connect Austria*, ECLI:EU:C:2003:297, 18-20 paragrafai.

516 *Ibid.*, 81-82 paragrafas.

517 *Ibid.*, 84 paragrafas.

518 *Ibid.*, 86 paragrafas.

Strateginio pranašumo grupei galima priskirti tokius atvejus, kai valstybė suteikia strateginį pranašumą specialų santykį su valstybe turintiems subjektams, kuris leidžia įsitvirtinti susijusiose rinkose. Tokios situacijos pavyzdys galėtų būti Komisijos ir ESTT nagrinėtos *Greek lignite*⁵¹⁹ bylos situacija.

Greek lignite byloje buvo nustatyta, kad elektros rinkoje veikiantis valstybės kontroliuojamas ūkio subjektas DEI užėmė dominuojančią padėtį (i) *didmeninėje elektros rinkoje*, apimančioje elektros energijos gamybą ir importą, bei (ii) priešrovinėje elektros energijos gamyboje naudojamos žaliavos – lignito išgavimo ir tiekimo rinkoje. Didmeninė elektros rinka Graikijoje buvo liberalizuota, todėl joje galėjo veikti tiek privatūs, tiek valstybės kontroliuojami ūkio subjektai. Nepaisant tokio rinkos liberalizavimo, DEI konkurentai neturėjo galimybės įsitvirtinti tokioje elektros rinkoje atsižvelgiant į tai, kad DEI turėjo išskirtinę prieigą prie pigiausios elektros energijos gamyboje Graikijoje žaliavos – lignito. Šiuo atveju išskirtinė prieiga prie lignito DEI buvo užtikrinta valstybės veiksmais: viena vertus, Graikija išdavė DEI leidimą eksploatuoti labai didelius lignito telkinius (praktiškai visus, kurie buvo eksploatuojami Graikijoje), antra vertus, valstybė atsisakydavo išduoti licencijas į likusius Graikijos lignito resursus DEI konkurentams. Tokiais veiksmais valstybės veiksmai suteikė *de facto* išimtinę teisę eksploatuoti lignito resursus ir *kartu* sudarė galimybę palaikyti ir apsaugoti DEI dominuojančią padėtį pasrovinėje didmeninėje elektros rinkoje⁵²⁰. Tokios situacijos kontekste SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą konstatavo tiesiogiai pradėdamas nuo lygių konkurencijos galimybių principo taikymo. Teismo įsitikinimu, SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo tikslais pakanka nustatyti, kad valstybės savo priemonėmis sukūrė antikonkurencines pasekmes. Savo ruožtu, tokios antikonkurencinės sąlygos gali būti nustatytos tokiais atvejais, kada valstybės priemonės pažeidžia rinkos struktūrą, sukurdamas nelygias konkurencines sąlygas rinkoje veikiantiems subjektams, sudarydamos specialų santykį su valstybe turintiems subjektams galimybę *išlaikyti* dominuojančią padėtį, *sustiprinti* dominuojančią padėtį ar *išplėsti* tokią dominuojančią padėtį į *kitas* rinkas⁵²¹. Kadangi nagrinėjamu atveju taip ir buvo, ESTT pripažino SESV 106(1) str. ir 102 str. egzistavimą.

4.3.3. Tyrimo rezultatų apibendrinimas

Apibendrinami aukščiau nurodytus pavyzdžius, galime išskirti kelias taisykles, susijusias su SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo įrodinėjimu dominuojančios padėties įtvirtinimo, sustiprinimo ir išplėtimo į kitas rinkas bylose.

Pirma, teisiniai kriterijai taikomi dominuojančios padėties įtvirtinimo, sustiprinimo ir išplėtimo bylose pirmiausiai buvo formuojami dominuojančios padėties išplėtimo bylų kontekste, kurių pradžia galima sieti su *GB-INNO-BM* bylos sprendimu. Visgi susidūrus su situacijomis, kuriose priklausomai nuo atitinkamos rinkos apibrėžimo tie patys valstybės

519 ESTT sprendimas byloje Nr. C-553/12 P, Komisija v. Dimosia Epicheirisi Ilektrismou Ae (DEI) (*Greek Lignite*), ECLI:EU:C:2014:2083.

520 Europos Komisijos sprendimas byloje Nr. COMP/B-1/38.700 dėl procedūros pagal EB sutarties 86 straipsnio 3 dalį dėl Graikijos Respublikos įmonei, [2009] 4 C.M.L.R. 11, 8 paragrafas.

521 *Ibid.*, 46 paragrafas.

veiksmai, *išplečiantys* dominuojančią padėtį, turėtų būti laikomi dominuojančios padėties *sustiprinimu*, tokie valstybės veiksmai ESTT ir Komisijos praktikoje analogiškai buvo pripažinti pažeidimu. Atitinkamai, šiuo metu yra taikomi vienodi teisiniai kriterijai tiek dominuojančios padėties *įtvirtinimo*, tiek *sustiprinimo*, tiek *išplėtimo* bylose. Tokią išvadą aiškiausiai patvirtina sprendimai *Greek Lignite*⁵²² ir *Slovenska posta*⁵²³ bylose, kuriose teismas taiko tuos pačius teisinius kriterijus, nepriklausomai nuo konkurencijos iškraipymo formos.

Antra, Komisijos ir ESTT praktika įrodo, kad dominuojančios padėties įtvirtinimas, sustiprinimas ar išplėtimas į kitas rinkas gali būti pasiekiamas pačiomis įvairiausiomis valstybės intervencijos formomis: *de jure* ar *de facto* monopolizuojant papildomas rinkas, monopolizuojant atskirus atitinkamos rinkos segmentus, suteikiant galimybę kontroliuoti konkurentų veiksmus, pasinaudojant valstybės suteiktais reguliaciniais įgaliojimais, suteikiant finansinį ar strateginį pranašumą prieš kitus rinkos dalyvius. Visos šios valstybės intervencijos priemonės, nepaisant konkrečių bylų specifikos ir teismų motyvacijos įvairovės, buvo pripažintos pažeidimu, iš esmės atsižvelgiant į tai, kad visos jos nepaisė Sutartyje numatyto lygių konkurencijos galimybių principo. Toks bendras visų bylų vardiklis sudaro pagrindą teigti, kad šiuo metu susiformavusios atskiros bylų kategorijos gali būti vertinamos tik kaip pažeidimą sudarančių situacijų pavyzdžiai, nekludantys konstatuoti SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo tokiais atvejais, kai valstybė iškreipia lygių konkurencijos galimybių principą alternatyviais būdais. Iš esmės tokią galimybę konstatavo ir ESTT *Greek lignite* byloje atmetęs atsakovo poziciją, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimas gali būti konstatuojamas tik specialiujų ar išimtinių teisių arba reguliacinių funkcijų suteikimo atvejais⁵²⁴.

Trečia, SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą susiedami su lygių konkurencijos galimybių principo pažeidimu, Komisija ir ESTT pakankamai aiškiai leidžia suprasti, kad tokio principo pažeidimas bus vertinamas taikant formalią pažeidimo sudėtį. Šiuo atžvilgiu konstatuojant pažeidimą vertinamas *galimas* valstybės intervencijos poveikis konkurencijai, neatsižvelgiant į tai, ar toks poveikis konkurencijai realiai pasireiškė, ir į tai, ar tokie konkurencijos iškraipymai realiai padėjo ūkio subjektui įtvirtinti, sustiprinti ar išplėsti dominuojančią padėtį rinkoje. Visgi ESTT ir Komisija nepateikia pakankamo aiškumo, kokio intensyvumo konkurencijos sąlygų iškraipymus reikia nustatyti, kad būtų galima konstatuoti pažeidimą. ESTT ir Komisijos praktikoje spęstose bylose konkurencijos iškraipymai visuomet buvo pakankamai reikšmingi, todėl abejonių dėl lygių konkurencijos sąlygų iškraipymo tiesiog nelikdavo. Visgi Komisijos ir ESTT praktika nepateikia atsakymo, kaip reikėtų vertinti gerokai mažesnio intensyvumo valstybės intervencijos priemonės, kurių sukuriama konkurencijos iškraipymai yra gerokai mažesni.

522 ESTT sprendimas byloje Nr. C-553/12 P, Komisija v. Dimosia Epicheirisi Ilektrismou Ae (DEI) (Greek Lignite), ECLI:EU:C:2014:2083, 46 paragrafas.

523 Bendrojo teismo sprendimas byloje Nr. T-556/08, Slovenská pošta v Commission, ECLI:EU:T:2015:189, 102 paragrafas.

524 ESTT sprendimas byloje Nr. C-553/12 P, Komisija v. Dimosia Epicheirisi Ilektrismou Ae (DEI) (Greek Lignite), ECLI:EU:C:2014:2083, 61-68 paragrafas.

Apibendrinant galima teigti, kad:

- (i) SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimas gali būti konstatuotas taikant universalų draudimą valstybės veiksmais *įtvirtinti*, *sustiprinti* dominuojančią padėtį arba *išplėsti* dominuojančią padėtį į kitas rinkas.
- (ii) toks universalus draudimas ESTT praktikoje pirmiausiai formavosi kaip draudimas *išplėsti* dominuojančią padėtį į susijusias rinkas (ESTT sprendimas *GB-INNO-BM* byloje). Visgi jau 1995-1996 Komisijos praktikoje bei 2003 m. ESTT praktikoje šio draudimo taikymas buvo išplėstas, todėl šiuo SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimas gali pasireikšti tiek suteikus galimybę *išlaikyti* ar *sustiprinti* dominuojančią padėtį, tiek *išplėsti* dominuojančią padėtį į kitas rinkas⁵²⁵.
- (iii) dominuojančios padėties įtvirtinimas, apsaugojimas ir išplėtimas gali pasireikšti bet kokiomis valstybės priemonėmis, kuriomis iškreipiama ūkio subjektų konkurencija. Institucijų praktikoje konstatuotuose pažeidimuose tokie konkurencijos iškraipymai pasireiškė *de jure* ir *de facto* monopolizuojant rinkas (visą ar dalį atitinkamos rinkos), vienam iš rinkos dalyvių suteikiant reguliacines funkcijas, suteikiant ekonominį ar strateginį pranašumą.

4.3.4. Veiksmai, kuriuos galima laikyti dominuojančios padėties „išplėtimu“ į kitas rinkas

Bendriausiu požiūriu SESV 106(1) str. ir 102 str. numatytą draudimą išplėsti ūkio subjekto dominuojančią padėtį į kitas rinkas galime suprasti, kaip situaciją, kai valstybė dominuojančią padėtį rinkoje jau užimančiam subjektui suteikia tam tikras privilegijas, kurios įgalina tokį subjektą palankesnėmis sąlygomis pradėti/vykdyti veiklą kitose rinkose. Tokiose situacijose visuomet galime išsivaizduoti tam tikrą laiko atotrūkį tarp dominuojančios padėties susiformavimo *pirminėje* rinkoje ir *papildomos* rinkos monopolizavimo bei aiškiai identifikuojamus valstybės veiksmus, monopolizuojant tokią papildomą rinką. Tokio pobūdžio dominuojančios padėties išplėtimo situacijos buvo nagrinėjamos pvz. *Olandijos pašto*⁵²⁶, *Connect Austria*⁵²⁷, *Ambulanz Glockner*⁵²⁸, *Greek lignite*⁵²⁹ bylose.

Visgi šiame kontekste kyla klausimas, ar mes galime konstatuoti dominuojančios padėties išplėtimą ir, atitinkamai, SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą tokiais atvejais, kai (i) valstybė vienu sprendimu monopolizuoja kelias atitinkamas rinkas, t.y. nėra atotrūkio laike tarp pirminės dominuojančios padėties sukūrimo (kuris *per se* nėra neteisėtas) ir tokios dominuojančios padėties išplėtimo; (ii) teisėtai monopolizuota rinka natūraliai evo-

525 ESTT sprendimas byloje Nr. C-553/12 P, Komisija v. Dimosia Epicheirisi Ilektrismou Ae (DEI) (Greek Lignite), ECLI:EU:C:2014:2083, 46 paragrafas.

526 1989-12-20 Komisijos sprendimas Nr. 90/16/EE, Commission Decision of 20 December 1989 concerning the provision in the Netherlands of express delivery services, O.L. L 010, 47 – 52 (1990).

527 ESTT sprendimas byloje Nr. C-462/99, Connect Austria, ECLI:EU:C:2003:297.

528 ESTT sprendimas byloje Nr. C-475/99, Firma Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz, ECLI:EU:C:2001:577.

529 ESTT sprendimas byloje Nr. C-553/12 P, Komisija v. Dimosia Epicheirisi Ilektrismou Ae (DEI) (Greek Lignite), ECLI:EU:C:2014:2083.

liucionuoja tokiu būdu, kad istorinis *vienos* atitinkamos rinkos monopolizavimas laikui bėgant pradeda apimti *kelias* atitinkamas rinkas, t.y. šiuo atveju dominuojančios padėties išplėtimas vykdomas ne papildomais valstybės veiksmais, tačiau vykstant natūraliai rinkų evoliucijai teisiniam reguliavimui išliekant nepakitusiam?

Ieškant atsakymų į šiuos klausimus, pirmiausiai reiktų atkreipti dėmesį, kad valstybės atsakomybė pagal SESV 106(1) str. kyla tuomet, kai valstybė sumažina SESV 102 str. efektyvumą. Dominuojančios padėties išplėtimo bylų atveju, valstybė SESV 102 str. efektyvumą paprastai sumažina pašalindama šio straipsnio galimybę užkardyti tokius piktnaudžiavimo veiksmus, kuriais dominuojantys subjektai siektų išplėsti savo dominuojančią padėtį į susijusias rinkas, tuo tarpu tokios praktikos pavyzdžiais galėtų būti atsakymas tiekti, prekių susiejimas ar maržos spaudimas. Atitinkamai, vertinant SESV 106(1) str. ir 102 str. numatyto draudimo taikymą tokiems valstybės veiksams, kuriais valstybė monopolizuoja kelias rinkas vienu sprendimu ir/ar monopolizuoja papildomą rinką vykstant natūraliai rinkų evoliucijai, atsakymo galima ieškoti SESV 102 str. byloje.

Aiškiausią atsakymą į nagrinėjamus klausimus galima rasti SESV 102 str. byloje, kuriose nagrinėjamas piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi vykdamant prekių susiejimo veiksmus. Įrodinėjant SESV 102 str. pažeidimą tokio pobūdžio byloje *inter alia* reikalaujama nustatyti, kad dominuojančio subjekto susiejamos prekės yra savarankiškos/atskiros, t.y. šios prekės turi savarankišką paklausą ir vartotojai tokias prekes paprastai būtų linkę pirkti atskirai⁵³⁰, kas daugeliu atveju reiškia, kad dominuojančio subjekto susiejamos prekės turi būti priskiriamos dviem savarankiškom atskiroms rinkoms, o taikydamas prekių susiejimo veiksmus dominuojantis subjektas siekia išplėsti savo dominuojančią padėtį iš vienos rinkos į kitą.

Tokio pobūdžio situacija buvo nagrinėjama *Microsoft I* byloje, kurioje Europos Sąjungos teismai nagrinėjo situaciją, susijusią su *Microsoft*, kaip dominuojančio kompiuterinių operacinių sistemų gamintojo, veiksmais parduodant kompiuterines operacines sistemas kartu su iš anksto įdiegta audio/video kompiuterinių bylų paleidimui naudojama programine įranga (prekių susiejimas) ir atsisakant suteikti techninę informaciją konkuruojančios programinės įrangos gamintojams (atsisakymas tiekti). Vertinant *Microsoft* taikomą prekių susiejimo praktiką, teismui kilo poreikis nustatyti, ar kompiuterinės operacinės sistemos ir audio/video kompiuterinių bylų paleidimui naudojama programinė įranga turi savarankišką paklausą ir sudaro *atskiras* prekes (kas įgalintų konstatuoti prekių susiejimą), ar visgi egzistuoja savarankiška paklausa tik *vienai* prekei, t.y. kompiuterinei operacinei sistemai, kurioje natūraliai turi būti audio/video kompiuterinių bylų paleidimui naudojama programinė įranga, lygiai taip pat kaip automobilyje turi būti ratai, žibintai ar veidrodėliai. Šio klausimo kontekste Bendrasis teismas pripažino, kad atsakymas dėl vienos ar dviejų prekių egzistavimo *gali keistis priklausomai nuo nagrinėjamo laikotarpio*⁵³¹, todėl skirtingos programinės įrangos susiejimas SESV 102 str. požiūriu gali būti teisėtas vienu laiko momentu,

530 Komisijos komunikatas. Komisijos įgyvendinimo prioritetų taikant EB sutarties 82 straipsnį dominuojančių įmonių piktnaudžiaujamam antikonkurenciniam elgesiui gairės, OL C 45, 24.2.2009, 50, 51 paragrafai;

531 Bendrojo teismo sprendimas byloje Nr. T-201/04, *Microsoft Corp. v Komisija*, ECLI:EU:T:2007:289, 913 paragrafas.

tačiau tapti neteisėtu kitu laiko momentu. Šiuo atžvilgiu teismas *Microsoft I* byloje kalbėjo apie informacinių technologijų rinkas, tačiau tokia taisyklė universaliai gali būti pritaikyta ir kituose verslo sektoriuose⁵³².

Tokia teismo pozicija prekių susiejimo bylose analogijos pagrindu gali būti pritaikyta SESV 106(1) str. ir 102 str. bylose, susijusiose su dominuojančios padėties išplėtimu. Šiuo atveju reikėtų sutikti, kad situacija, kada valstybė suteikia išimtinės teisės tokios rinkos atžvilgiu, kuri, pasikeitus rinkoje egzistuojančiai pasiūlai ir paklausai, pradeda apimti dvi skirtingas atitinkamas rinkas (susiformavus dviem rinkoms valstybės veiksmai išplečia dominuojančią padėtį į susijusią rinką), savo esme visiškai atitinka situaciją, kai dominuojantis subjektas teisėtai parduoda dvi prekes kartu, tačiau, pasikeitus paklausos ir pasiūlos struktūrai, vykdydamas tuos pačius veiksmus, jis pažeidžia SESV 102 str. reikalavimus, susiedamas dviem skirtingoms atitinkamoms rinkoms priskiriamas prekes (susiformavus dviem rinkoms dominuojantis subjektas vykdydamas prekių susiejimą perkelia savo dominuojančią padėtį iš vienos rinkos į kitą). Tokia situaciją analogija leidžia daryti išvadą, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. bylose, kuriose nagrinėjamas dominuojančios padėties išplėtimas pasireiškia natūraliai evoliucionuojant rinkoms, pažeidimą galime konstatuoti nuo momento, kai istoriškai valstybės suteiktos išimtinės teisės pradeda monopolizuoti *naujai* susiformavusią atitinkamą rinką nepriklausomai nuo to, ar dėl tokios naujos rinkos monopolizavimo valstybė imasi papildomų veiksmų.

Tokią poziciją patvirtina ir 1990 m. Komisijos sprendimas *Ispanijos pašto*⁵³³ byloje. Šioje byloje Komisija nustatė, kad Ispanija 1960-1966 m. priimtais teisės aktais suteikė valstybinei pašto bendrovei pašto paslaugų monopolį numatydama draudimą visiems kitiems ūkio subjektams surinkti, pervežti ir pristatyti laiškus. Sprendime konstatuota, kad Komisijos sprendimo priėmimo momentu (t.y. 1990 m.) valstybinei pašto bendrovei suteikta išimtinė teisė vienu metu monopolizavo dvi rinkas, t.y. tradicinių pašto paslaugų ir skubaus pristatymo pašto paslaugų atitinkamas rinkas, nors nagrinėjamų teisės aktų priėmimo momentu (1960-1966 m.) skubaus pristatymo pašto paslaugų atitinkama rinka neegzistavo (tokia rinka susiformavo tik apie 1981 m., kai valstybinė pašto bendrovė pasiūlė tokią paslaugą⁵³⁴). Tokių aplinkybių kontekste Komisija konstatavo SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą *inter alia* atsižvelgdama į tai, kad valstybė 1960-1966 m. priimtais teisės aktais išplėtė valstybinės pašto bendrovės dominuojančią padėtį teikiant tradicines pašto paslaugas į susijusią skubaus pristatymo pašto paslaugų rinką. Komisija priėmė tokį sprendimą nepaisydama to, kad nagrinėtoje byloje toks išplėtimas pasireiškė ne papildomais valstybės veiksmais monopolizuojant naujai atsiradusią rinką, tačiau natūralios evoliucijos būdu susiformavus dviem atskiroms pašto paslaugų rinkoms.

Panaši situacija buvo nagrinėjama ir *Corbeau*⁵³⁵ byloje, kurioje ESTT vertino valstybės suteiktos išimtinės teisės teikti pašto paslaugas valstybės kontroliuojamam ūkio subjektui

532 Jonathan Faull ir Ali Nikpay, *Faull & Nikpay, the EU Law of Competition*, 3rd edition. ed. (Oxford: Oxford university Press, 2014), 443.

533 1990-08-01 Europos Komisijos sprendimas Nr. 90/456/EEC, Commission Decision concerning the provision in Spain of international express courier services, OL L 233, 19-23 (1990).

534 Žr. Sprendimo 5 ir 10 paragrafus.

535 ESTT sprendimas byloje Nr. C-320/91, *Corbeau*, ECLI:EU:C:1993:198.

teisėtumą. Išimtinė teisė teikti pašto paslaugas buvo patikėta 1956 m., tačiau vėliau rinka natūraliai evoliucionavo pasiūlydama vartotojams naujų paslaugų, tokių kaip skubaus pristatymo pašto paslaugos. Kaip galima netiesiogiai suprasti iš generalinio advokato nuomonės bei teismo motyvų turinio, šios paslaugos galėjo būti išskirtos į savarankišką atitinkamą rinką, tačiau tokių paslaugų teikimas pateko į 1956 m. suteiktų išimtinių teisių apimtį ir privatus operatoriai tokių paslaugų teikti teisėtai neturėjo galimybių. Šių aplinkybių kontekste teismas nenustatė jokių papildomų valstybės veiksmų monopolizuojant tokių papildomų paslaugų teikimą, tačiau pripažino, kad rinkai pasiūlyti naujas skubaus pristatymo pašto paslaugas. 1956 m. priimtų teisės aktų teisėtumas monopolizuojant tokių naujų paslaugų teikimą yra neteisėtas, jeigu tokių naujų paslaugų teikimo negalima individualiai pateisinti SESV 106(2) str. pagrindu⁵³⁶.

Savo ruožtu, kalbant apie situacijas, kai valstybė vienu sprendimu monopolizuoja kelias rinkas (t.y. nėra laiko atotrūkio tarp dominuojančios padėties vienoje rinkoje sukūrimo ir tokios dominuojančios padėties išplėtimo į kitą rinką) pirmiausiai reikėtų pastebėti, kad poveikio konkurencijai požiūriu tiek dviejų rinkų monopolizavimas vienu veiksmu, tiek dviejų rinkų monopolizavimas vienu veiksmu, pasireiškiantis tik vėlesniame etape evoliucionuojant rinkoms, tiek pagrindinės ir papildomos rinkos monopolizavimas atskirais valstybės veiksmais sukelia analogišką poveikį konkurencijai, todėl teisiniu požiūriu vertinti tokias situacijas skirtingai nėra jokio koncepcinio pagrindo. Tokio skirtingo teisinio vertinimo galimybės nepalaiko ir SESV 102 str. bylų praktika vertindama situacijas, susijusias su dominuojančios padėties išplėtimu į kitas rinkas (pvz. atsisakymas tiekti, maržos spaudimas, prekių susiejimas). Tokiose bylose SESV 102 str. pažeidimo egzistavimas priklauso nuo to, ar dominuojantis ūkio subjektas atlieka konkurenciją iškreipiančius veiksmus, perkeliančius dominuojančią padėtį iš vienos rinkos į kitą, nesuteikiant jokios reikšmės tokių rinkų susiformavimo ar dominuojančios padėties rinkoje susiformavimo momentui. Atsižvelgiant į tai, galima teigti, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. vertinimo tikslais pažeidimą galima įžvelgti, net jeigu nėra laiko atotrūkio tarp valstybės veiksmų, sukuriančių dominuojančią padėtį vienoje rinkoje ir išplečiančių tokio subjekto dominuojančią padėtį į kitas rinkas. Savo ruožtu, tokios praktikos pavyzdžiu galima būtų pateikti *Greek lignite* bylos situaciją, kurioje tie patys veiksmai, kuriais Graikija teisėtai suteikė DEI kvazi-išimtinę teisę veikti lignito rinkoje, kartu buvo vertinami kaip neteisėti veiksmai, išplečiant DEI dominuojančią padėtį į didmeninę elektros rinką.

Apibendrinant, galima daryti išvadą, kad dominuojančios padėties išplėtimo situacijos egzistavimas turi būti vertinamas ne pagal valstybės veiksmų skaičių ar eiliškumą, tačiau pagal atliekamų veiksmų *poveikį*. Jeigu nagrinėjamoje situacijoje galima daryti išvadą, kad valstybė savo vienu ar keliais veiksmais monopolizuoja dvi skirtingas rinkas, tokie veiksmai gali būti vertinami SESV 106(1) str. ir 102 str. požiūriu per dominuojančios padėties išplėtimo situacijos prizmę.

Šiame kontekste galima atkreipti dėmesį į *Slovenska posta* byloje vykusį ginčą, susijusį su Slovakijos sprendimu monopolizuoti tokių pašto paslaugų teikimą, kurias privatus operatoriai naudojo teikdami hibridinio pašto paslaugas. Komisijai išreiškus abejonę dėl tokių veiksmų atitikimo SESV 106(1) ir 102 str. reikalavimams Slovakija savo veiksmų teisėtumą siekė

536 Ibid., 21 paragrafas.

pateisinti užimdama poziciją, kad tokių pašto paslaugų teikimas visuomet buvo monopolizuotas, todėl Komisijos nagrinėjami teisės aktai negali būti vertinami kaip valstybės veiksmai, išplečiantys *Slovenska posta* dominuojančią padėtį⁵³⁷. Tokių argumentų kontekste Komisija⁵³⁸, o ypač Bendrasis teismas⁵³⁹ skyrė labai didelę savo sprendimo motyvacijos dalį pagrindimui, kad Slovakijos pozicija yra klaidinga: hibridinio pašto paslaugoms reikalingų pašto paslaugų rinka anksčiau buvo liberalizuota, todėl nagrinėjami teisės aktai išplėtė monopolį į liberalizuotą rinką. Visgi tokie Komisijos ir Bendrojo teismo motyvai yra pertekliniai, kadangi Slovakijos poziciją buvo galima paneigti paprasčiausiai nurodžius, kad egzistuoja dvi skirtingos atitinkamos pašto paslaugų rinkos, kurių monopolizavimas nuo atskirų rinkų susiformavimo momento tiek pagal seną, tiek pagal naują teisinį reglamentavimą gali būti laikomas dominuojančios padėties išplėtimu, o toks vertinimas yra teisingas, nepriklausomai nuo to, ar istoriškai hibridinio pašto paslaugų rinka buvo atverta privatiems rinkos dalyviams. Savo ruožtu toks vertinimas galėtų papildomai būtų grindžiamas Komisijos sprendimo *Ispanijos pašto*⁵⁴⁰ byloje ar ESTT sprendimo *Corbeau* byloje analogija.

Apibendrinant galima teigti, kad dominuojančios padėties *išplėtimo situacijos egzistavimą* reikėtų vertinti ne pagal valstybės veiksmų skaičių ar eiliškumą, tačiau pagal atliekamų veiksmų *poveikį*. Jeigu nagrinėjamoje situacijoje galima daryti išvadą, kad valstybė vienu ar keliais veiksmais monopolizuoja dvi skirtingas rinkas, tokie veiksmai gali būti vertinami SESV 106(1) str. ir 102 str. požiūriu per dominuojančios padėties išplėtimo teorijos prizmę. Šiuo atžvilgiu pažeidimas gali pasireikšti valstybei vienu metu monopolizuojant dvi ar daugiau atitinkamų rinkų. Pažeidimas gali kilti ir tuomet, jeigu vykstant natūraliai rinkų evoliucijai monopolizuota rinka išsiskaidys į dvi ar daugiau atskirų atitinkamų rinkų, o valstybė nesiims priemonių pašalindama tokių naujai susiformavusių rinkų atžvilgiu taikomų išimtinių teisių ar kitų konkurenciją iškraipančių priemonių.

4.3.5. Įrodinėjimo probleminiai aspektai taikant struktūrinio pažeidimo teoriją

Aukščiau pateikta bylų apžvalga leidžia suprasti, kokiomis formomis gali pasireikšti dominuojančios padėties įtvirtinimas, sustiprinimas ar išplėtimas, tačiau neatspindi koncepcinių problemų, su kuriomis susiduriama taikant SESV 106(1) str. ir 102 str. tokio pobūdžio bylose. Šiuo atžvilgiu didžiausios problemos kyla bandant paaiškinti, kodėl valstybės veiksmai, iškreipiant konkurenciją, turėtų būti vertinami *lojalumo principo* požiūriu, kaip valstybės veiksmai, sumažinantys SESV 102 str. veiksmingumą, bei kokios yra tokio pažeidimo įrodinėjimo ribos. Siekiant atskleisti tokią problematiką, būtina nagrinėti do-

537 2008-10-07 Komisijos sprendimas Nr. COMP/F-1/39.562, Commission Decision of 7 October 2008 relating to a proceeding under Article 86(3) of the EC Treaty on the Slovakian postal legislation relating to hybrid mail services, O.L. 4 C.M.L.R. 13 (2009), 118 paragrafas.

538 Ibid., 118-148 paragrafai.

539 Bendrojo teismo sprendimas byloje Nr. T-556/08, *Slovenská pošta v komisija*, ECLI:EU:T:2015:189, 208-321 paragrafai.

540 1990-08-01 90/456/EEC Commission Decision concerning the provision in Spain of international express courier services, OL L 233, 19-23 (1990).

minuojančios padėties įtvirtinimo, sustiprinimo ir išplėtimo bylose formuluojamo teisinių kriterijų evoliuciją pagal (i) *GB-INNO-BM* struktūrinio pažeidimo; ir (iii) lygių galimybių principo pažeidimo teorijas.

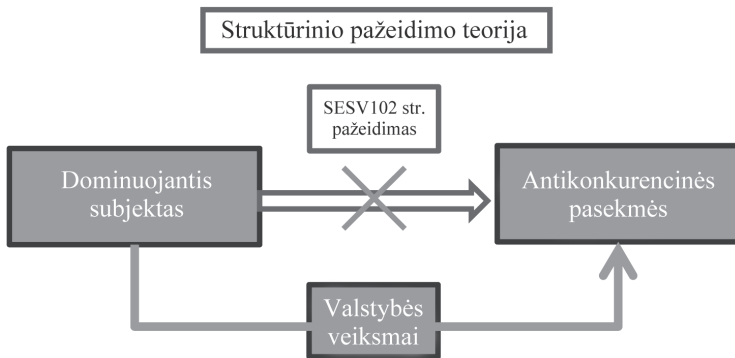
4.3.5.1. Pažeidimo įrodinėjimas taikant *GB-INNO-BM* struktūrinio pažeidimo teoriją

Dominuojančios padėties išplėtimo pažeidimo koncepcijos susiformavimą pirmiausiai galima sieti su Komisijos sprendimais *Olandijos pašto* ir *Ispanijos pašto* bylose. Visgi šiuose sprendimuose Komisija konstatavo pažeidimą pakankamai abstrakčiais argumentais, todėl jie tinkamai nepaaiškina valstybės atsakomybės pagal SESV 106(1) str. kilimo pagrindų. Tokį pagrindimą galima atrasti tik ESTT sprendime *GB-INNO-BM* byloje, kuriame teismas suformavo naują *struktūrinio pažeidimo* teoriją, kurios pagrindiniu vertinimo objektu tapo valstybės sukeltos pasekmės konkurencijai. Šiuo atžvilgiu struktūrinio pažeidimo teorija reikšmingai skyrėsi nuo ankstesnėje praktikoje taikytos *veiksmų teorijos*, kurios pagrindą sudarė dominuojančio subjekto atlikti *piktnaudžiavimo veiksmai*, o valstybės atsakomybė kilo už skatinimą atlikti tokius veiksmus. Taigi, šiame disertacijos poskyryje bus nagrinėjamas *GB-INNO-BM* sprendime suformuluotos *struktūrinio pažeidimo* teorijos turinys, siekiant atskleisti tokios teorijos taikymo probleminius aspektus.

Kaip minėta, *GB-INNO-BM* byloje teismas nagrinėjo situaciją, kai valstybė suteikė telekomunikacijų paslaugų rinkoje dominuojančią padėtį turinčiam subjektui teisę nustatyti techninius reikalavimus prie tinklo jungiamai galinio ryšio įrangai ir tikrinti tokių įrenginių atitikimą nustatytiems techniniams reikalavimams. Teismo vertinimu, toks teisinis reglamentavimas suteikė RTT akivaizdų pranašumą prieš galinio ryšio įrangą parduodančius subjektus ir, atitinkamai, išplėtė RTT dominuojančią padėtį telekomunikacijų paslaugų teikimo rinkoje į susijusią galinio ryšio įrenginių rinką. Analizuodamas tokią situaciją teismas konstatavo SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą tokios motyvų struktūros pagrindu:

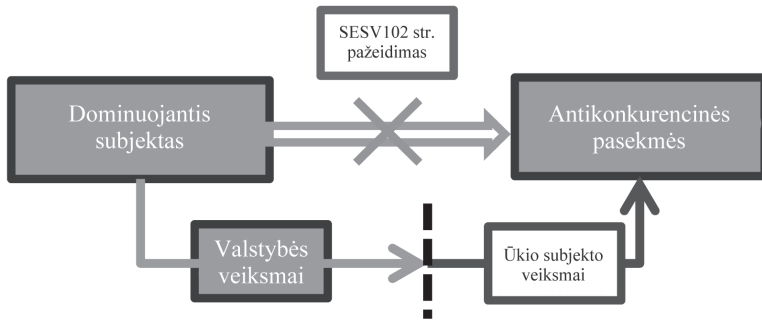
- (i) SESV 102 str. pažeidimas padaromas tuomet, kai dominuojantis ūkio subjektas *rezervuoja* sau susijusią veiklą, kuri galėtų būti vykdoma kitų ūkio subjektų susijusioje, tačiau atskiroje rinkoje ir tokiu būdu sudaro *galimybę* pašalinti tokių subjektų sukuriamą konkurenciją (18 paragrafas);
- (ii) *GB-INNO-BM* bylos kontekste tokio pobūdžio SESV 102 str. pažeidimas *hipotetiškai būtų* padarytas, jeigu išimtinę teisę turintis telekomunikacijų tinklo valdytojas *sau rezervuotų* susijusią, tačiau atskirą rinką, šiuo atveju rinką, susijusią su telekomunikacijos galinių įrenginių importavimu ir pardavimu, tokiu būdu pašalindamas visą kitų ūkio subjektų sudaromą konkurenciją (19 paragrafas);
- (iii) valstybės atsakomybė pagal 106(1) str. kyla tuomet, jeigu valstybė savo veiksmais sudaro galimybę specialų santykį su valstybe turintiems subjektams *pasiekti situaciją, kurios jie negalėtų patys pasiekti savo veiksmais, nepažeisdami SESV 102 str.* (20 paragrafas);
- (iv) atitinkamai, jeigu dominuojančios padėties išplėtimas susidaro dėl valstybės veiksmų, tokie veiksmai sudaro SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą (21 paragrafas).

Kaip galima pastebėti, tokios teismo sprendimo motyvacijos centrinį elementą sudaro 20 paragrafe suformuluotas valstybės atsakomybės kilimo pagrindas: valstybė sumažina SESV 102 str. efektyvumą ir tokiu būdu pažeidžia SESV 106(1) str. reikalavimus, jeigu valstybė sukuria *rezultatą*, kurios dominuojantis subjektas negalėjo pasiekti savo veiksmais, nepažeisdamas SESV 102 str. reikalavimų. Šiuo atžvilgiu nėra svarbu, ar tokių veiksmų naudą gavėjas atliko kokius piktnaudžiavimo veiksmus, svarbu tik tai, kad valstybė panaudojo savo viešojo administravimo įgaliojimus ir padėjo ūkio subjektui pasiekti norimų tikslų išvengiant SESV 102 str. pažeidimo. Tokio pažeidimo struktūrą galima iliustruoti grafiškai taip:



Tokios teismo pozicijos kontekste (valstybė sukuria situaciją, kurios ūkio subjektai negalėtų pasiekti patys nepažeisdami SESV 102 str. reikalavimo) visiškai racionaliai įsikomponuoja ir kiti *GB-INNO-BM* sprendimo motyvai, t.y.:

- (i) *nebūtina nustatyti, kad RTT realiai piktnaudžiavo dominuojančia padėtimi* (23-24 paragrafai). Piktnaudžiavimo veiksmų nustatinėjimas tokioje situacijoje iš tiesų būtų beprasmiškas: nustačius, kad valstybė savo veiksmais dominuojančiam subjektui „nutiesė aplinkkelį“ į rezultatą, kurio jis pats negalėjo pasiekti dėl SESV 102 str. numatyto draudimo, matyt, būtų pakankamai naivu ieškoti dominuojančio subjekto piktnaudžiavimo veiksmų, kadangi „aplinkkelis“ tam ir buvo tiesiamas, kad tokį rezultatą sukuriančių veiksmų pats dominuojantis subjektas atlikti negalėjo. Visgi taikyti valstybės atsakomybę 106(1) str. pagrindu, atsižvelgiant į valstybės sukeltas pasekmes, yra visiškai racionalu atsižvelgiant į tai, kad dėl valstybės veiksmų SESV 102 str. efektyvumas sumažėjo: SESV 102 str. negalėjo sulaikyti tokių dominuojančio subjekto veiksmų, kurie be valstybės intervencijos būtų patekę į SESV 102 str. taikymo sritį.
- (ii) *SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo tikslais draudžiama tiek pašalinti konkurenciją, tiek tokią konkurenciją iškreipti* (24-25 paragrafas). Šiuo atveju, tokios taisyklės logiką galėtume apibrėžti taip: valstybė yra atsakinga tiek už galutinio rezultato pasiekimą, kurio negalėjo pasiekti dominuojantis subjektas savo veiksmais dėl SESV 102 str. numatyto draudimo, tiek už padėjimą pasiekti tokį rezultatą arba, kitaip tariant, „palydėjimą į saugią vietą“, nuo kurios jis galėtų pasiekti antikonkurencinį rezultatą:



Apibendrinant šiuos *GB-INNO-BM* sprendimo motyvus, galima išskirti tokią principinę *struktūrinio pažeidimo* įrodinėjimo struktūrą:

- (i) nustatomas valstybės veiksmais sukeltas poveikis konkurencijai;
- (ii) identifikuojamas tokį poveikį galintis sukelti piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi veiksmų tipas;
- (iii) parinktas SESV 102 str. pažeidimo tipas susiejamas su hipotetiniais dominuojančio subjekto veiksmais, kuriuos šis galėtų atlikti siekdamas sukelti tokį poveikį konkurencijai, kuris buvo sukurtas valstybės veiksmais;
- (iv) valstybės atsakomybė pagal SESV 106(1) str. ir 102 str. kyla tuomet, jeigu valstybė savo veiksmais sukuria situaciją, kurios ūkio subjektas *negalėjo pasiekti nepažeisdamas SESV 102 str. reikalavimų*.

Tokia *GB-INNO-BM* sprendime pripažinta *struktūrinio pažeidimo* koncepcinė schema yra visiškai racionali, tačiau ją taikant praktikoje kyla nemažai sudėtingų klausimų, kurie reikalauja atskiro aptarimo.

Pirma, įrodinėjant pažeidimą pagal *GB-INNO-BM struktūrinio pažeidimo* schemą, reikia identifiukuoti tam tikrą piktnaudžiavimo veiksmų modelį, kuris būtų galėjęs padėti dominuojančiam ūkio subjektui atsidurti tokioje situacijoje, kurion jis pateko dėl konkrečioje byloje nagrinėjamų valstybės veiksmų. Kaip pripažįsta Maridoau,⁵⁴¹ valstybės atsakomybė netgi *struktūrinio pažeidimo* scheme turi būti siejama su kokiais nors SESV 102 str. pažeidimą sudarančiais veiksmais, kadangi SESV 106(1) str. pažeidimo turinį apsprendžia SESV 102 str. numatytas draudimas, o SESV 102 str. nenumato draudimo užimti rinkoje dominuojančios padėties ar išstumti konkurentus iš rinkos konkuruojant esminiais konkurencijos parametrais (angl. „on the merits“)⁵⁴².

541 Eleni Manaridou, "The Greek Lignite Sprendimas byloje: A (Questionable) Victory of The "Effects Theory," *European Law Review* 40, June (2015): 432.

542 ESTT sprendimas byloje Nr. C-52/09 Konkurrensverket V Teliasonera Sverige, ECLI:EU:C:2011:83, 43 paragrafas; ESTT sprendimas byloje Nr. C-209/10, Post Danmark A/S v Konkurrencerådet, ECLI:EU:C:2012:172, 20-22 paragrafai; ESTT sprendimas byloje Nr. C-457/10 P, AstraZeneca AB ir AstraZeneca plc v Komisija, ECLI:EU:C:2012:770, 43 paragrafas; ESTT sprendimas byloje Nr. C-23/14, Post Danmark A/S v Konkurrencerådet, ECLI:EU:C:2015:651, 70 paragrafas.

Aptariant piktnaudžiavimo veiksmų modelį natūraliai kyla klausimas, kokia apimtimi toks piktnaudžiavimo veiksmų modelis turėtų koreliuoti su *realiai tikėtiniu/įmanomu* nagrinėjamo ūkio subjekto veiksmų scenarijumi.

Šiuo atžvilgiu reikia pastebėti, kad SESV 102 str. taikymo praktikoje yra išskirta pakankamai daug išstūmimo iš rinkos poveikį turinčių piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi formų, kuriomis dominuojantys subjektai siekia įtvirtinti, sustiprinti ar išplėsti savo dominuojančią padėtį į kitas rinkas. Tarp tokių pažeidimų *inter alia* rasime grobuoniškos kainodaros taikymą, kuris SESV 102 str. pažeidimą sieja su prekių pardavimu žemiau sąnaudų siekiant pašalinti iš rinkos konkurentą⁵⁴³. Europos Sąjungos konkurencijos teisės praktikoje toks pažeidimas yra nustatomas išskirtinai retai ir daugiau siejamas su ankstyvąja konkurencijos institucijų praktika. Visgi toks SESV 102 str. pažeidimas yra toks universalus, kad galėtų sudaryti hipotetinio SESV 102 str. pažeidimo modelį praktiškai visose 106(1) str. ir 102 str. bylose, kuriose tik valstybė suteikia specialų santykį su valstybe turinčiam subjektui kokį nors pranašumą. Šiuo požiūriu grobuoniška kainodara gali būti naudojama tiek įtvirtinti ar sustiprinti dominuojančią padėtį esamoje rinkoje, tiek plėstis į kitas rinkas, netgi neturinčias jokių ryšių su rinka, kurioje jau ūkio subjektas užima dominuojančią padėtį, o pardavinėti prekes ir paslaugas žemiau sąnaudų *teoriškai* turi galimybę visi ūkio subjektai. Atitinkamai, jeigu laikytumėmės pozicijos, kad *GB-INNO-BM* suformuoto struktūrinio pažeidimo įrodinėjimo struktūros prasme gali būti įrodinėjimas *bet koks* labiau ar mažiau tikėtinas SESV 102 str. pažeidimas, grobuoniška kainodara galėtų tapti savotiška konstanta *GB-INNO-BM* įrodinėjimo struktūroje, o *GB-INNO-BM* byloje suformuotas struktūrinio pažeidimo testas realiai apimtų tik vieną individualaus vertinimo reikalaujantį kriterijų: „*ar valstybė savo veiksmais suteikė kokį nors pranašumą specialų santykį su valstybe turinčiam subjektui*“?

Visgi šiuo atžvilgiu yra įmanomas ir alternatyvus požiūris, reikalaujantis įrodinėti *realiai tikėtinus / įmanomus* subjekto, užimančio dominuojančią padėtį rinkoje, piktnaudžiavimo veiksmus. Toks požiūris galėtų būti grindžiamas SESV 101 ir 102 str. taikymo tikslais vertinamo *potencialaus* poveikio prekybai tarp valstybių narių vertinimui taikomų teisinių kriterijų analogija. Nepaisant spekuliatyvaus paties teisinio kriterijaus pobūdžio („*gali paveikti prekybą tarp valstybių narių*“), toks poveikis gali būti konstatuotas tik tuomet, jeigu objektyvūs teisiniai ar faktiniai kriterijai suponuoja egzistuojant pakankamai reikšmingą tikimybę, kad konkretūs veiksmai ar sutartis gali turėti tiesioginį ar netiesioginį poveikį prekybai tarp valstybių narių. Savo ruožtu, tokio pobūdžio analizė negali būti grindžiama spekuliaciniais ar hipotetiniais argumentais, tačiau reikalauja nustatyti pakankamai aiškų priežastinį ryšį tarp atliekamų veiksmų ir poveikio prekybai⁵⁴⁴. Analogijos pagrindu pritaikius tokius teisinius kriterijus, *GB-INNO-BM* testo atveju būtų galima teigti, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo tikslais parenkamas SESV 102 str. pažeidimo tipas turėtų būti siejamas ne su hipotetiniais, tačiau *realybėje pakankamai tikėtinais* dominuojančio subjekto veiksmais, kuriuos šis galėtų įgyvendinti siekdamas susikurti tokią situaciją, kurią jam sukūrė valstybė. Tokiu atveju teisinis testas reikalautų nustatyti jau dviejų aplinkybių

543 Žr. pvz. ESTT sprendimą byloje Nr. C-97/08 P, Akzo Nobel NV ir kiti v Komisija, ECLI:EU:C:2009:536.

544 2004-04-27 Komisijos pranešimas, Gairės dėl poveikio prekybai tarp valstybių narių sampratos taikant sutarties 81 ir 82 straipsnius, O.L. C 101, 2004 4 27, 23, 49 paragrafai.

egzistavimą: (i) „ar valstybė savo veiksmais suteikė kokią nors pranašumą specialų santykį su valstybe turinčiam subjektui“? ir (ii) „ar tikėtina/įmanoma, kad tokį pranašumą būtų galėjęs susikurti nagrinėjamas ūkio subjektas atlikdamas SESV 102 str. pažeidimą sudarančius veiksmus“

GB-INNO-BM bylos aplinkybių kontekste ESTT parinko tokį hipotetinį SESV 102 str. pažeidimą, kuris savo veiksmų turiniu ir sukeliomomis pasekmėmis buvo pakankamai tikėtinas nagrinėtoje bylos situacijoje, Teismo nurodytas *hipotetinis SESV 102 str. pažeidimas* buvo siejamas su dominuojančio subjekto veiksmais rezervuojant sau papildomą veiklą ir apsunkinant konkurentų galimybes veikti tokioje rinkoje. Savo ruožtu, *nagrinėjamoje situacijoje* valstybė savo veiksmais rezervavo papildomą veiklą dominuojančiam subjektui ir tokiu būdu apsunkino konkurentų galimybę veikti tokioje rinkoje, sukurdama analogiškas pasekmes kaip ir teismo identifiukuoto hipotetinio SESV 102 str. pažeidimo atveju. Tokie teismo motyvai leidžia manyti, kad *GB-INNO-BM* byloje teismas galėjo reikalauti nustatyti *tikėtiną* (ne absoliučiai *hipotetinį*) dominuojančio subjekto veiksmų scenarijų⁵⁴⁵. Visgi sprendime šiuo klausimu tikslaus atsakymo nėra pateikiama.

Antra, *GB-INNO-BM* byloje sukurta *struktūrinio pažeidimo* koncepcija valstybės atsakomybę pagal SESV 106(1) str. susieja su valstybės veiksmais, sukuriant situaciją, kurios ūkio subjektas negalėjo pasiekti nepažeisdamas SESV 102 str. reikalavimų⁵⁴⁶. Lingvistiškai aiškinant taip teismo apibrėžtą teisinio vertinimo kriterijų galima teigti, kad valstybės atsakomybė turėtų kilti: (i) apibrėžus valstybės veiksmais sukurtos situacijos turinį; ir (ii) nustatčius, kad tokio turinio situaciją dominuojantis subjektas galėjo pasiekti vienu vieninteliu būdu – piktnaudžiaudamas dominuojančia padėtimi.

Visgi bandant taikyti taip apibrėžtą teisinį kriterijų praktikoje tenka pripažinti, kad tiek dominuojantis, tiek nedominuojantis subjektas visuomet turi galimybę įtvirtinti, sustiprinti savo dominuojančią padėtį ar išplėsti tokią savo padėtį į susijusias rinkas tiesiog pasiūlydamas geriausios kainos ir kokybės prekes ir paslaugas. Todėl visiškai pagrįstai galima teigti, kad tokios situacijos, kurių specialų santykį su valstybe turintis subjektas „negalėtų pasiekti nepažeisdamas SESV 102 str. reikalavimų“ realybėje neegzistuoja, o *GB-INNO-BM* byloje suformuluotas struktūrinio pažeidimo teisinis testas yra neveiksmingas. Tokiame kontekste kyla klausimas, ką realiai reiškia šis ESTT suformuluotas teisinis kriterijus

Suteikti racionalumo šiam teisiniui kriterijui galima išsiaiškinus *GB-INNO-BM* byloje suformuluotas taisyklės tikslus ir kiek papildžius struktūrinio pažeidimo įrodinėjimo struktūros elementus. Tokio pobūdžio analizę reikėtų pradėti nuo koncepcinio klausimo, kas skiria (i) situaciją, kai ūkio subjektas įtvirtina, sustiprina ar išplečia savo dominuojančią padėtį į kitas rinkas pasiūlydamas geriausios kainos ir kokybės prekes ir paslaugas, ir (ii) situaciją, kai tokią padėtį ūkio subjektas įgyja atlikdamas SESV 102 str. pažeidimą? Šiuo atveju esminį skirtumą sudaro aplinkybė, kad pirmuoju atveju dominuojantis ūkio subjektas pasiekia rezultatą *organiškai* konkuruodamas rinkoje savo prekių pranašumu (angl. „*competition on the merits*“), o vartotojai gauna geriausios kokybės ir kainos prekes,

545 Tokios pozicijos laikosi ir Manaridou (Eleni Manaridou, "The Greek Lignite Sprendimas byloje: A (Questionable) Victory of The "Effects Theory," *European Law Review* 40, June (2015): 436).

546 ESTT sprendimas byloje Nr. C-18/88, Régie Des Télégraphes et des Téléphones v. GB-Inno-BM SA, ECLI:EU:C:1991:474, 20 paragrafas.

kokias tik rinka jiems gali pasiūlyti. Tuo tarpu antruoju atveju dominuojantis subjektas įtvirtina, sustiprina ar išplečia savo dominuojančią padėtį *dirbtinai* pasinaudodamas savo jau turima dominuojančia padėtimi, o vartotojas priverstas pirkti tokias prekes ir paslaugas, kokias siūlo dominuojantis subjektas. Kitaip tariant, šių situacijų skirtumą sudaro poveikis vartotojų interesams: vienu atveju ūkio subjekto padėtis rinkoje atspindi tokio subjekto *organiškus* pasiekimus pelnant vartotojų palankumą pasiūlant geriausios kainos ir/ar kokybės prekes, antruoju atveju ūkio subjekto padėtis rinkoje yra palaikoma *dirbtinai* geriausios kainos ir/ar kokybės prekių stoką kompensuojant įvairiais dirbtiniais instrumentais, kurie siejami su rinkoje užimama dominuojančia padėtimi.

Tokios išvados kontekste galima sugrįžti prie principinio klausimo: kokios situacijos dominuojantis subjektas „*negalėtų pasiekti nepažeisdamas SESV 102 str. reikalavimų?* Šiuo atžvilgiu, matyt, reikia pripažinti, kad dominuojantis subjektas *negalėtų* įtvirtinti, sustiprinti ar išplėsti savo dominuojančios padėties, nepažeisdamas SESV 102 str. reikalavimų, *nepasiūlęs vartotojams geriausios kainos ir/ar kokybės prekių ir paslaugų*. Atitinkamai, tokia išvada reiškia, kad valstybės atsakomybė pagal SESV 106(1) str. kyla tuomet, jeigu valstybė sukuria situaciją, kada specialų santykį su valstybe turintis subjektas įtvirtina, sustiprina ar išplečia savo dominuojančią padėtį į kitas rinkas dėl valstybės veiksmų, nepasiūlęs geriausios kainos ir/ar kokybės paslaugų (t.y. nekonkuruodamas rinkoje prekių/paslaugų konkurencijos parametrais, angl. „*on the merits*“).

Toks patikslinimas leidžia geriau suprasti *GB-INNO-BM* suformuluoto kriterijaus prasmę. Kartu jis leidžia paaiškinti, kodėl SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimas negali būti įrodinėjamas tokiais atvejais, kai valstybė įtvirtina ar stiprina savo kontroliuojamų ūkio subjektų dominuojančią padėtį, dalyvaudama savo kontroliuojamų ūkio subjektų kapitale ir *įprastais komerciniais pagrindais* jungdama atskirus ūkio subjektus tarpusavyje ir/arba perleisdama tokių ūkio subjektų kontrolę iš vienu valstybės institucijų kitoms. Analizuojant tokius veiksmus SESV 106(1) str. ir 102 str. požiūriu, taikant *struktūrinio pažeidimo* koncepciją pirmiausiai reikia pripažinti, kad prijungiant papildomus ūkio subjektus dominuojančio subjekto rinkos galia sustiprėja, tačiau tik tokia apimtimi, kiek tokia rinkos galia buvo įgyta organiškai pasiūlius vartotojams geriausios kokybės ir kainos prekes ir paslaugas (t.y. konkuruojant, angl. „*on the merits*“) arba bent jau atliekant tokius veiksmus, kurie nėra laikomi SESV 102 str. pažeidimu. Atitinkamai, tokių aplinkybių kontekste analizuojant, ar galėjo dominuojantis ūkio subjektas pasiekti tokią situaciją *nepažeisdamas SESV 102 str. reikalavimų*, turėtume atsakyti teigiamai (organiškas dominuojančios padėties išplėtimas visuomet įmanomas). Dėl šios priežasties išžvelgti 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo tokiose situacijose pagal *GB-INNO-BM* suformuluotą teisinį testą nėra galimybės.

Trečia, *GB-INNO-BM* sprendimo kontekste teismas nurodė, kad dominuojančios padėties išplėtimas valstybės veiksmais sudaro SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą (21 paragrafas). Šis teismo motyvas vėliau cituojamas daugelyje kitų dominuojančios padėties išplėtimo bylų. Atsižvelgiant į tai, kyla klausimas, ar *GB-INNO-BM* byloje teismas suformulavo universalią taisyklę, kuri draudžia bet kokius valstybės veiksmus išplečiant specialų santykį su valstybe turinčių subjektų dominuojančią padėtį į kitas rinkas, ar visgi tokiai taisyklei yra taikomi kokie nors apribojimai?

Analizuojant tokios taisyklės taikymo apimtį, reikėtų išskirti tris įmanomas situacijas, kaip valstybė galėtų išplėsti dominuojančio subjekto padėtį į kitas rinkas:

- (i) valstybė investuoja į savo kontroliuojamo verslo plėtrą komercinėmis sąlygomis ir organiškai išplečia tokio subjekto dominuojančią padėtį į kitas rinkas: ūkio subjektas pradeda gaminti geriausios kainos ir kokybės prekes arba įsigyja kitą ūkio subjektą, kuris tokias prekes jau gamina;
- (ii) valstybė įgyvendindama viešojo administravimo įgaliojimus išplečia ūkio subjekto dominuojančią padėtį į tokias rinkas, į kurias šis negalėjo išplėsti savo dominuojančios padėties nepiktnaudžiaudamas dominuojančia padėtimi: dominuojantis ūkio subjektas nepagamino geriausios kokybės ir/ar kainos prekių, todėl vienintelė jam prieinama galimybė norint pasiekti valstybės veiksmais sukurtą situaciją – pažeisti SESV 102 str. numatytą draudimą;
- (iii) valstybė įgyvendindama viešojo administravimo įgaliojimus išplečia ūkio subjekto dominuojančią padėtį į tokias rinkas, į kurias šis negalėjo išplėsti nei piktnaudžiaudamas, nei nepiktnaudžiaudamas dominuojančia padėtimi.

Vertinant kiekvienos aukščiau nurodytos situacijos atitikimą SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimams pirmaisiai turėtume atkreipti dėmesį, kad teismo išvada dėl draudimo valstybės veiksmais išplėsti dominuojančią padėtį valstybės veiksmais buvo padaryta analizuojant konkrečios *GB-INNO-BM* bylos aplinkybes. Šiuo atžvilgiu teismas pirmuoju etapu nurodė, kad dominuojančios subjekto sprendimas rezervuoti sau susijusią rinką būtų laikomas SESV 102 str. pažeidimu, antru etapu padarė išvadą, kad *konkrečiai RTT* būtų padariusi pažeidimą, jeigu *savo veiksmais* būtų rezervavusi sau susijusią galinių įrenginių rinką, trečiuoju etapu sulyginu RRT hipotetinio pažeidimo pasekmes su valstybės veiksmais sukurtomis pasekmėmis ir *tik tuomet* padarė išvadą, kad dominuojančios padėties išplėtimas valstybės veiksmais pažeidžia SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimus. Tokių argumentų kontekste galima daryti išvadą, kad teismo išvada dėl draudimo valstybės veiksmais išplėsti specialų santykį su valstybe turinčio subjekto dominuojančią padėtį į susijusias rinkas nesudaro absoliučios taisyklės, tačiau kiekvienu konkrečiu atveju turėtų būti vertinamas individualiai, taikant *GB-INNO-BM* byloje suformuluotus struktūrinio pažeidimo vertinimo kriterijus.

Analizuodami *pirmąją* situaciją (t.y. organinio dominuojančios padėties išplėtimo atveju) turėsime konstatuoti tokios dominuojančios padėties išplėtimo teisėtumą dėl jau minėtos priežasties, kad valstybės priemonėmis sukurtą rezultatą specialų santykį su valstybe turintis subjektas visuomet gali sukurti savo veiksmais nepažeisdamas SESV 102 str. reikalavimų.

Nagrinėdami *antrąją* situaciją turėtume konstatuoti SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą *GB-INNO-BM* bylos motyvais. Šiuo atveju valstybė sukūrė situaciją, kurią specialų santykį su valstybe turintis subjektas galėjo pasiekti tik piktnaudžiaudamas dominuojančia padėtimi, todėl savo veiksmais valstybė sumažino SESV 102 str. efektyvumą.

Analizuojant *trečiąją* situaciją, atsakymo pateikimas tampa kiek komplikuoatas. Viena vertus, reikia pripažinti, kad trečiosios situacijos atveju valstybė suteikia ūkio subjektui akivaizdų pranašumą: anksčiau subjektas užėmė dominuojančią padėtį vienoje rinkoje, tačiau dėl valstybės intervencijos ūkio subjektas pradėjo veikti papildomoje rinkoje palankesnėmis sąlygomis nei konkurentai ir tokiu būdu padidino savo bendrą rinkos galią. Akivaiz-

du, kad tai yra dominuojančios padėties išplėtimo situacija, tačiau kyla klausimas, ar tokie veiksmai gali būtų laikomi SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimu taikant *GB-INNO-BM* suformuluotus struktūrinio pažeidimo nustatymo kriterijus?

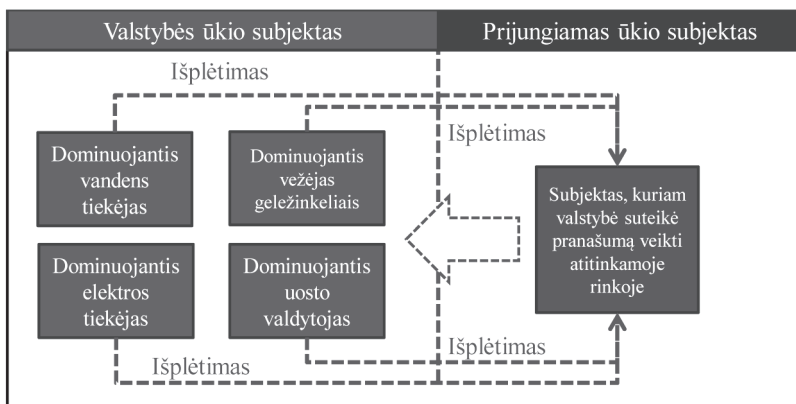
Atsakant į tokį klausimą, vėl reikėtų sugrįžti prie *GB-INNO-BM* sprendimo centrinio elemento, kuris valstybės atsakomybę SESV 106(1) str. pagrindu susiejo su tokios situacijos sukūrimu, „*kurios ūkio subjektas negalėjo pasiekti nepažeisdamas SESV 102 str. reikalavimų*“. Šis teismo motyvas gali būti perfrazuojamas taip: (i) ūkio subjektas turi galimybę susikurti tokią situaciją, kurią jam sukūrė valstybė; (ii) tai yra *vienintelė* galimybė pasiekti tokią situaciją; tačiau (iii) tokia galimybė reikalauja pažeisti SESV 102 str. reikalavimus. Taip perfrazavus *GB-INNO-BM* byloje suformuluotą teisinį kriterijų galima teigti, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo tikslais identifiukuotas hipotetinis SESV 102 str. pažeidimas yra labai svarbus, kadangi jis apibrėžia valstybei tenkančios įrodinėjimo pareigos ribas. Šiuo atžvilgiu valstybei tenkanti įrodinėjimo pareiga yra siejama ne su konkrečiais piktnaudžiavimo veiksmais, kuriuos atliko arba ketino atlikti specialų santykį su valstybe turintis subjektas, tačiau su tokio subjekto *galimybe* savo veiksmais pasiekti valstybės sukurtą rezultatą atliekant piktnaudžiavimo veiksmus. Tokia išvada suponuoja, kad netgi nustačius akivaizdų valstybės teikiamą pranašumą specialų santykį su valstybe turinčiam subjektui, tačiau neturint galimybės tokio pranašumo įgijimo susieti su hipotetiniais ūkio subjekto piktnaudžiavimo veiksmais, kuriuos toks ūkio subjektas turėtų realią galimybę atlikti, *GB-INNO-BM* suformuluota struktūrinio pažeidimo teorija tokio pranašumo suteikimo negalėtų pripažinti SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimu.

Šiame kontekste pažymėtina, kad suabsoliutinus *GB-INNO-BM* byloje padarytą išvadą dėl draudimo valstybės veiksmais išplėsti specialų santykį su valstybe turinčių subjektų dominuojančią padėtį į kitas rinkas ir nenustačius kiekvienos konkrečios situacijos atžvilgiu dominuojančio subjekto galimybės *hipotetinio piktnaudžiavimo veiksmais* pasiekti tokį rezultatą, būtų pakankamai sunku paaiškinti, kokiais konkrečiais veiksmais valstybė sumažino SESV 102 str. efektyvumą išplėsdama dominuojančią padėtį į tokias rinkas į kurias dominuojančios padėties išplėtimas pažeidžiant SESV 102 str. reikalavimus buvo objektyviai neįmanomas.

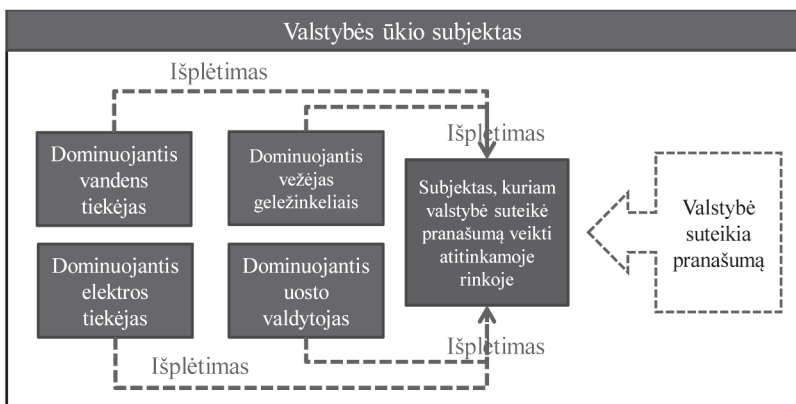
Kartu toks draudimo suabsoliutinimas sukurtą situaciją, kurioje valstybė *de facto* neturėtų galimybės vykdyti ūkinės-komercinės veiklos arba reikalautų modifikuoti valstybės kontroliuojamų ūkio subjektų valdymą tokiu būdu, kad kiekvienas dominuojančią padėtį turintis ekonominis vienetas būtų priskirtas atskiram ūkio subjektui, o tai daugeliu atveju reikalautų kiekvienam subjektui sukurti po atskirą ministeriją. Šiuo atžvilgiu reikėtų atkreipti dėmesį, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. taikomas ne atskirų juridinių asmenų, tačiau *ūkio subjektų* atžvilgiu. Valstybės kontroliuojamus ūkio subjektus sudaro visuma asmenų, kurie yra susiję tarpusavio kontrolės ryšiais. Atitinkamai, dažniausiai *vienos ministerijos* kontroliuojamų juridinių asmenų visuma vykdančių ūkinę-komercinę veiklą bus laikoma vienu ūkio subjektu, kuris gali veikti labai įvairiose atitinkamose rinkose, kurių atžvilgiu gali užimti dominuojančią padėtį (nors galutinis atsakymas priklauso nuo konkrečių tarpusavio valstybės subjektų kontrolės ir priklausomybės ryšių⁵⁴⁷)

547 Tokio pobūdžio analizę gerai iliustruoja Europos Komisijos atliktas vertinimas China National Bluestar/Elkem susijungimų byloje (žr. 2011-03-31 Europos Komisijos sprendimą byloje Nr. COMP/M.6082 — China National Bluestar/Elkem, OL OL C 274, 2011 9 17, p. 7–7).

Tokia situacija reiškia, kad suabsoliutinus dominuojančios padėties išplėtimo valstybės veiksmais draudimą nevertinant, ar dominuojančios subjektas *turėjo galimybę* išplėsti savo dominuojančią padėtį pažeisdamas SESV 102 str. reikalavimus, mes turėtume pripažinti SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimu dominuojančios padėties išplėtimą į bet kokias rinkas. Atsižvelgiant į tai, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. draudimas išplėsti dominuojančią padėtį į kitas rinkas galioja tiek tokių dominuojančių subjektų atžvilgiu, kurie turi išimtinės teises, tiek tokių subjektų atžvilgiu, kurie dominuojančią padėtį įgijo organiškai, valstybės užduotis išvengti SESV 106(1) str. pažeidimo būtų išskirtinai sudėtinga, kadangi valstybės bandymas prijungti papildomą ūkio subjektą, turinį išimtinės teises ar tiesiog kokį nors pranašumą savo kontroliuojama subjektui, sukeltų virtualinę SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimų, kurie visi būtų siejami su jau kontroliuojamų subjektų dominuojančių padėties išplėtimu. Tai galima iliustruoti grafiškai:



Šiuo atžvilgiu visiškai analogiška situacija susidarytų tuo atveju, jeigu valstybė nuspręstų suteikti kokį nors pranašumą jau kontroliuojamam ūkio subjektui.



Kitaip tariant, nereikalaujant nustatyti dominuojančios subjekto *galimybės* hipotetiniu pažeidimu išplėsti dominuojančią padėtį į kitas rinkas, valstybės galimybės suteikti pranašumą atskiriems savo kontroliuojamiems ūkio subjektams, būtų išskirtinai ribotos. Prieš suteikiant tokias privilegijas jas gaunantis subjektas visuomet privalėtų būti išskirtas į atskirą ūkio subjektų grupę, kurioje nėra kitų dominuojančių subjektų, kas *de facto* reikštų poreikį sukurti po atskirą ministeriją, skirtą kiekvieno atskiros dominuojančio subjekto valdymui.

Nesunku numatyti, kad tokia situacija būtų sunkiai suderinama su SESV 345 str. numatytu nuosavybės neutralumo principu, kuris leidžia valstybei užsiimti ūkine veikla. Savo ruožtu, SESV 106(1) str. ir 102 str. pagrindu reikalaujanti kiekvieną pranašumą gaunantį subjektą išskirti į atskirą ūkio subjektų grupę, mes vargiai galėsime paaiškinti, kokių konkrečių būdu toks valstybės veiksmas sumažino SESV 102 str. efektyvumą. Šiuo atveju mes netgi nelabai galėsime paaiškinti, kuo skiriasi poveikis konkurencijai tokiu atveju, kai valstybės suteiktą pranašumą turintis subjektas yra priskiriamas atskiram valstybės kontroliuojamam ūkio subjektui, nuo atvejo, kuomet valstybės suteiktą pranašumą turintis subjektas sudaro bendrą ūkio subjektą su kitais dominuojančią padėtį visiškai nesusijusiose rinkose turinčiais subjektais. Tokių aplinkybių kontekste, matyt, vienintelis racionalus sprendimas yra pripažinti, kad konstatuodami SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą dominuojančios padėties išplėtimo byloje negalima taikyti *per se* pažeidimo taisyklės, kad *kiekvienas* dominuojančios padėties išplėtimas valstybės veiksmais yra laikomas SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimu. Tokiu pažeidimu galėsime vertinti tik tokius atvejus, kai dominuojantis ūkio subjektas *turėjo galimybę* pasiekti valstybės sukurtą situaciją, atlikdamas SESV 102 str. piktnaudžiavimo veiksmus (t.y. turime vadovautis principu 1→2, o ne 1+2). Panašios pozicijos laikosi ir Hordijk⁵⁴⁸, kuris savo darbuose taip pat akcentuoja poreikį nustatyti ryšį tarp dominuojančios padėties turėjimo „pagrindinėje“ rinkoje ir monopolio sukūrimo susijusių paslaugų rinkoje, kuris įprastai yra reikalingas įrodinėjant SESV 102 str. numatytą pažeidimą.

Šiuo atžvilgiu paminėtina, kad aukščiau išdėstytą poziciją galima kritikuoti teigiant, kad *GB-INNO-BM* bylos argumentacijoje nurodytas hipotetinis SESV 102 str. pažeidimas buvo siejamas su dominuojančios padėties išplėtimu į *susijusias* rinkas:

„[SESV 102 str.] taikymo tikslais piktnaudžiavimo veiksmai padaromi, kai nesant objektyvaus poreikio dominuojančią padėtį atitinkamoje rinkoje turintis subjektas rezervuoja sau arba tai pačiai grupei priklausančiam ūkio subjektui papildomą veiklą, kuri galėtų būti vykdoma kito ūkio subjekto kaip sudedamoji dalis *susijusioje, tačiau atskiroje rinkoje, vykdomos veiklos, tokiu būdu sukuriant galimybę pašalinti visą konkurenciją, kurią gali sudaryti toks ūkio subjektas*“⁵⁴⁹

Atitinkamai, SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą galime konstatuoti tik tokiu atveju, jeigu valstybė išplečia dominuojančią padėtį į rinkas, kurios yra *susijusios* su dominuojan-

548 Erik Pijnacker Hordijk, "EC Law Versus Legal Monopolies-A Tense Relationship," *Int'l Bus. LJ* (1995): 601.

549 ESTT sprendimas byloje Nr. C-311/84, Centre belge d'études de marché - Télémarketing (CBEM) v SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) and Information publicité Benelux (IPB) (telemarketingo byla), ECLI:EU:C:1985:394, 27 paragrafas; ESTT sprendimas byloje Nr. C-18/88, Régie Des Télégraphes et des Téléphones v. GB-INNO-BM SA, ECLI:EU:C:1991:474 (1991), 18 paragrafas.

čio subjekto jau turima dominuojančia padėtimi. Pavyzdžiui, telekomunikacijų paslaugų teikėjas veikia telekomunikacijų paslaugų rinkoje, kuri yra *susijusi* su galinių ryšio įrenginių rinka (*GB-INNO-BM, Tranchant*), tradicinių pašto paslaugų teikėjo veikla yra *susijusi* su kurjerių pašto veikla pagal savo veiklos pobūdį (*Olandijos paštas (PTT), Ispanijos paštas*), analoginio mobiliojo ryšio paslaugų teikimas pagal savo veiklos pobūdį yra *susijęs* su GSM standarto pagrindu veikiančiu mobiliuoju ryšiu (*Italijos GSM, Ispanijos GSM, Connect Austria*).

Tokia pozicija yra patraukli ir galėtų susiaurinti SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimų apimtį iki tokių atvejų, kurie realiai sukelia konkurencijos problemas. Visgi tokia pozicija sunkiai gali būti paaiškinama koncepciškai. Šiuo atveju tokia koncepcinė problema kyla siekiant paaiškinti, kodėl mes „skolinamės“ iš *Telemarketing* pobūdžio bylų tik pusę precedento (t.y. kad SESV 102 str. pažeidimas pasireiškia, kai rezervuojama sau „susijusi veikla“), atseitai nuo platesnio vertinimo apie kokio pobūdžio „susijusias veiklas“, kaip buvo kalbama *Telemarketing* sprendime. Konkrečiai, tiek *Telemarketing*⁵⁵⁰ sprendime, tiek *Commercial Solvents*⁵⁵¹ sprendime, į kurį ESTT referuoja *Telemarketing* sprendime teismas analizavo vertikaliai integruotų subjektų veiksmus, kurie atsisakydami tiekti žaliavas/komponentus pasrovinėje rinkoje veikiantiems subjektams siekė rezervuoti sau veiklą pasrovinėse rinkose. Šiuo atveju dominuojantis subjektas (i) rezervavo ne kokią nors *susijusių* rinką, tačiau *susijusių* rinką, kurią *turėjo galimybę* rezervuoti; ir netgi turėjo (ii) tokio rezervavimo motyvą – išplėsti savo dominuojančią padėtį šiose rinkose⁵⁵². Šiame kontekste akivaizdu, kad dominuojančiam subjektui nusprendus „rezervuoti“ sau rinką, kurios jis objektyviai negali „rezervuoti“ dėl to, kad nėra instrumentų, įgalinančių perkelti dominuojančią padėtį į susijusių rinką (pvz. pervežimai jūra ir elektros gamyba), – toks „rezervavimas“ būtų tiesiog teorinis pageidavimas ir nesudarytų SESV 102 str. pažeidimo, kadangi dominuojantis subjektas tiesiog neturėtų instrumentų daryti poveikio konkurencijai tokioje susijusioje rinkoje. Atitinkamai, jeigu SESV 106(1) str. ir 102 str. *struktūrinį pažeidimą* siejame su *Telemarketing* pobūdžio bylose išvelgiamu hipotetiniu SESV 102 str. pažeidimu ir valstybės atsakomybę SESV 106(1) str. pagrindu siejame su SESV 102 str. efektyvumo sumažinimu, tuomet turime būtų nuoseklūs ir SESV 106(1) str. tikslais drausti tik tokį dominuojančios padėties išplėtimą, kurį *turėjo galimybę* įgyvendinti dominuojantis ūkio subjektas.

Apibendrinant galima išskirti kelias taisykles, susijusias su GB-INNO-BM byloje suformuluotos struktūrinio pažeidimo teorijos taikymu:

- (i) *GB-INNO-BM* struktūrinio pažeidimo teorijos atžvilgiu pažeidimo vertinimas yra atliekamas analizuojant valstybės veiksmais sukeltas pasekmes konkurencijai. Pažeidimo vertinimo tikslais siekiama atsakyti į klausimą, ar valstybė sukūrė situaciją, kurios ūkio subjektas nebūtų galėjęs pasiekti nepažeisdamas SESV 102 str. reikalavimų.

550 *Ibid.*

551 Sprendimas sujungtose bylose Nr. C-6/73 ir Nr. C-7/73, Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. ir Commercial Solvents Corporation v Komisija, ECLI:EU:C:1974:18.

552 ESTT sprendimas byloje Nr. C-311/84, Centre belge d'études de marché - Télémarcheting (CBEM) v SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) and Information publicit e Benelux (IPB) (telemarketingo byla), ECLI:EU:C:1985:394.

- (ii) Toks teisinis testas reikalauja identifikuoti *hipotetinį* SESV 102 str. pažeidimą, kurį būtų turėjęs atlikti nagrinėjamas ūkio subjektas, siekdamas savo veiksmais susikurti analogišką rezultatą, kuris buvo sukurtas valstybės veiksmais. Institucijų praktika nesudaro galimybės spręsti, ar konkrečioje byloje išvelgiamas pažeidimas gali būti siejamas su absoliučiai hipotetiniu SESV 102 str. pažeidimu, ar visgi toks pažeidimas turi būti realiai tikėtinas konkretaus dominuojančio subjekto atveju. Visgi pažeidimo negalima išvelgti tuomet, jeigu nagrinėjamoje byloje galima daryti išvadą, kad valstybės sukurto rezultato nagrinėjamas ūkio subjektas negalėjo pasiekti nei piktnaudžiaudamas, nei nepiktnaudžiaudamas dominuojančia padėtimi. Tokia išvada kartu reiškia, kad ne kiekvienas dominuojančios padėties išplėtimas valstybės veiksmais galės būti laikomas SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo tikslais taikant GB-INNO-BM struktūrinio pažeidimo teoriją.
- (iii) Reikalavimas įrodyti, kad dominuojančios padėties įtvirtinimo, sustiprinimo ar išplėtimo ūkio subjektas *nebūtų galėjęs pasiekti nepažeisdamas SESV 102 str. reikalavimų* nėra pakankamai aiškus, kadangi absoliučia dauguma atveju dominuojantis ūkio subjektas *turi galimybę* pasiekti tokį rezultatą rinkai pasiūlęs geriausios kainos ir kokybės prekes ar paslaugas (t.y. nebūtinai pažeisdamas SESV 102 str. reikalavimus). Tokį neaiškumą leidžia pašalinti tokio teisinio kriterijaus susiejimas su situacija, kada ūkio subjektas įtvirtina, sustiprina ar išplečia dominuojančią padėtį į kitas rinkas *nepasiūlęs geriausios kainos ir kokybės prekių ar paslaugų* (t.y. nekonkuruodamas esminiais konkurencijos parametrais) – būtent tokį rezultatą ūkio subjektas gali pasiekti tik pažeisdamas SESV 102 str. reikalavimus. Taip suvokiant *GB-INNO-BM* byloje suformuluotą teisinį testą taip pat galima paaiškinti, kodėl SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimu nėra laikomi tokie *organiniai* dominuojančios padėties įtvirtinimo, sustiprinimo ar išplėtimo atvejai, kai toks rezultatas pasiekiamas valstybei vykdant investicijas į valstybės kontroliuojamus ūkio subjektus rinkos sąlygomis arba prie vienu ūkio subjektų prijungiant kitus – tokį rezultatą galima pasiekti netgi nepasiūlius rinkai geriausios kainos ir kokybės prekių ar paslaugų.

4.3.5.2. Pažeidimo įrodinėjimas taikant lygių konkurencijos galimybių teoriją

GB-INNO-BM sprendime ESTT suformuluota *struktūrinio pažeidimo* teorija nesuformavo vieningo standarto, kuris būtų taikomas dominuojančios padėties įtvirtinimo, sustiprinimo ar išplėtimo į kitas rinkas bylose. Paraleliai *GB-INNO-BM* struktūrinio pažeidimo teorijai formavosi *lygių galimybių* teorija, kuri pirmą kartą buvo paminėta *Telekomunikacijų galinių įrenginių* byloje ir plačiau buvo atskleista naujausiuose SESV 106(1) str. ir 102 str. sprendimuose, nagrinėjant *Connect Austria*, *Greek lignite* ir *Slovenska posta* bylas⁵⁵³. Atitinkamai, šiame poskyryje bus siekiama atskleisti tokios teorijos turinį ir paaiškinti probleminius tokios teorijos taikymo aspektus.

553 Šiuo aspektu žr. taip pat Eleni Manaridou, "The Greek Lignite Sprendimas byloje: A (Questionable) Victory of The "Effects Theory," *European Law Review* 40, June (2015): 435.

Lygių galimybių teorija pirmą kartą buvo paminėta ESTT priimtame sprendime *Telekomunikacijų galinių įrenginių* byloje. Visgi šioje byloje išdėstyti teismo motyvai yra tokie lakoniški, kad jų prasmę galima suprasti tik paaiškinus Komisijos poziciją, priimančią šioje byloje nagrinėjamą *Telekomunikacijos galinių įrenginių*⁵⁵⁴ direktyvą.

*Telekomunikacijų galinių įrenginių direktyvos*⁵⁵⁵ 2 str. numatė reikalavimą panaikinti visas specialiąsias ar išimtinės teises, kurios valstybės narės suteikė telekomunikacijų paslaugų operatoriams. Savo ruožtu, direktyvos 6 str. numatė reikalavimą patikėti techninių reikalavimų prie tinklo jungiamiesiems įrenginiams nustatymą ir atitikties sertifikatų išdavimą asmenims, kurie būtų nepriklausomi nuo komercines funkcijas vykdančių subjektų. Tokie valstybės narės keliama reikalavimai buvo suformuluoti SESV 106(3) str. pagrindu priimtoje direktyvoje, kas *ipso facto* reiškia, kad direktyvoje Komisijos nustatyti įpareigojimai yra teisėti tik tokia apimtimi, kiek specialiuju ar išimtinių teisių suteikimas telekomunikacijų paslaugų operatoriams pažeidžia SESV 106(1) str. taikomą kartu su kitomis SESV nuostatomis – šiuo atveju SESV 102 str. numatyto draudimu piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi.

Tokio SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo pagrindimas yra pateikiamas direktyvos preambulės 13 punkte, kuriame Komisijos pozicija paaiškinama taip: suteikus išimtinės ar specialiąsias teises importuoti ir prekiauti galiniais ryšio įrenginiais, tokie subjektai *skatunami pažeisti SESV 102 str. reikalavimus*: (a) skatindami vartotojus nuomotis įrenginius, nors ekonomiškai jiems būtų naudingiau tokius įrenginius pirkti (šiuo atžvilgiu vykdomas SESV 102 str. (d) dalyje numatytas pažeidimas – „*vertimas sudaryti sutartis kitoms šalims prisiimant papildomus įsipareigojimus, kurių pobūdis ir komercinė paskirtis neturi nieko bendra su tokių sutarčių dalyku*“; (b) apribodami parduotuvinių skaičių ir siūlydami mažesnę įrangos asortimentą, kuris nebūtina atitiks didžiosios vartotojų dalies poreikius (šiuo atžvilgiu vykdomas SESV 102 str. (d) dalyje numatytas pažeidimas – „*gamybos, rinkų arba technikos raidos ribojimas pažeidžiant vartotojų interesus*“). Tokių argumentų kontekste Komisija prideda ir *papildomą* paaiškinimą:

„Bet kokių atveju, tokios specialios ar išimtinės teisės telekomunikacijų galinių įrenginių rinkos atžvilgiu sudaro situaciją, kurią pažeidžia Sutarties 3(f) straipsnio tikslą sukurti sistemą, užtikrinančią, kad konkurencija bendrojoje rinkoje nebūtų iškreipta, ir juo labiau reikalauja, kad konkurencija nebūtų pašalinta. Valstybės narės turi pareigą pagal Sutarties 5 str. susilaikyti nuo bet kokių priemonių, kurios apsunkintų Sutartyje numatytų tikslų pasiekimo, įskaitant tikslų numatytų Sutarties 3(f) straipsnyje.“

Tuomet Komisija daro apibendrinančią išvadą:

„Todėl išimtinės teisės importuoti ir prekiauti galiniais ryšių įrenginiais turi būti laikomos nesuderinamomis su [SESV 102 str.] taikomo kartu su 3 straipsniu, o tokių teisių suteikimas ar palaikymas valstybių narių veiksmais draudžiamas pagal [SESV 106(1) str.]⁵⁵⁶“

554 1988-05-16 Komisijos direktyva Nr. 88/301/EEB Dėl konkurencijos galinės telekomunikacinės įrangos rinkose, O.L. L 31, p. 73 (1988).

555 *Ibid.*

556 *Ibid.*, 13 preambulės punktas

Analizuojant šiuos argumentus galima daryti išvadą, kad priimdama *Telekomunikacijų galinių įrenginių* direktyvą Komisija SESV 106(1) str. pažeidimą susiejo su *veiksmų* teorija, t.y. valstybės suteiktos privilegijos skatina dominuojančius subjektus atlikti piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi veiksmus susijusiose rinkose. Savo ruožtu, Komisijos motyvai dėl tuo metu galiojusios Sutarties redakcijos 3(f) str. pažeidimo yra panašūs į *struktūrinio pažeidimo* teoriją, kurioje pažeidimas siejamas su valstybės veiksmais, nevertinant dominuojančio subjekto galimo piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi. Visgi, analizuojant Komisijos galutinę išvadą („*nesuderinama su [SESV 102 str.] taikomo kartu su 3 straipsniu*“), nėra visiškai aišku, ar direktyvoje Komisija įžvelgė vieną pažeidimą, susijusį su SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimu dėl SESV 102 str. veiksmingumo sumažinimu, o kitą – susijusį su SESV 106(1) str. ir Sutarties 3(f) str. pažeidimu dėl Sutarties 3(f) veiksmingumo sumažinimo, ar visgi SESV 106(1) str. pažeidimas kažkokiu būdu pasireiškia dėl SESV 102 str. ir Sutarties 3(f) veiksmingumo sumažinimu apskritai.

Komisijos priimta direktyva buvo apskūsta teismui, iš esmės prašant įvertinti *Telekomunikacijų galinių įrenginių direktyvoje* išdėstytos Komisijos pozicijos pagrįstumą. Savo ruožtu, *Telekomunikacijų galinių įrenginių*⁵⁵⁷ byloje teismas pakankamai lakoniškai konstatavo:

„Reikėtų atkreipti dėmesį, kad Sutartyje numatyta neiškreiptos konkurencijos sistema gali būti garantuojama tik tuomet, jeigu atskiriems ekonominiams operatoriams yra garantuojamos lygios galimybės. Patikėti ūkio subjektams, kurie parduoda galinio ryšio įrenginius, užduotį tokiai įrangai taikomus techninius reikalavimus, tikrinti jų taikymą ir išduoti atitiktis sertifikatus tokiai įrangai, tolygus galimybei savo nuožiūra spręsti, kuri telekomunikacijų įranga gali būti prijungta prieš viešųjų tinklų ir tokiu būdu suteikia ūkio subjektui akivaizdų pranašumą prieš savo konkurentus“⁵⁵⁸.

Šio motyvo pagrindu ESTT pripažino, kad direktyvoje Komisijos numatytas reikalavimas atskirti reguliacines ir komercines funkcijas „*buvo pateisinamas*“. Interpretuojant tokią teismo motyvaciją, galima daryti išvadą, kad ESTT palaikė Komisijos poziciją dėl tuo metu galiojusios Sutarties 3(f) str. taikymo kartu su SESV 106(1) str., tačiau tokia motyvacija nieko nepasako apie tai, kaip toks lygių galimybių principas yra susijęs su SESV 102 str. numatytu draudimu piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi. Kitaip tariant, analizuojant *Telekomunikacijų galinių įrenginių* sprendimą galima suprasti, kad lygių konkurencijos galimybių Sutartyje principas egzistuoja, tačiau šio principo taikymas kartu su SESV 106(1) str. numatytu draudimu teismo motyvuose liko visiškai neaiškus.

Pastebėtina, kad taip suformuluotas lygių galimybių principas yra paminėtas ir mūsų jau analizuotoje *GB-INNO-BM*⁵⁵⁹ byloje. Visgi jis nėra priskiriamas *struktūrinio pažeidimo* įrodinėjimo elementams, kurie apibrėžiami sprendimo 18-21 paragrafuose. Teismo motyvacijoje lygių galimybių principas yra naudojamas tik siekiant pagrįsti išvadą, kad

557 ESTT sprendimas byloje Nr. C-202/88, Prancūzija v. Komisija (*Telekomunikacijų galinių įrenginių byla*), ECLI:EU:C:1991:120.

558 *Ibid.*, 51 paragrafas.

559 ESTT sprendimas byloje Nr. C-18/88, Régie Des Télégraphes et des Téléphones v. GB-Inno-BM SA, ECLI:EU:C:1991:474.

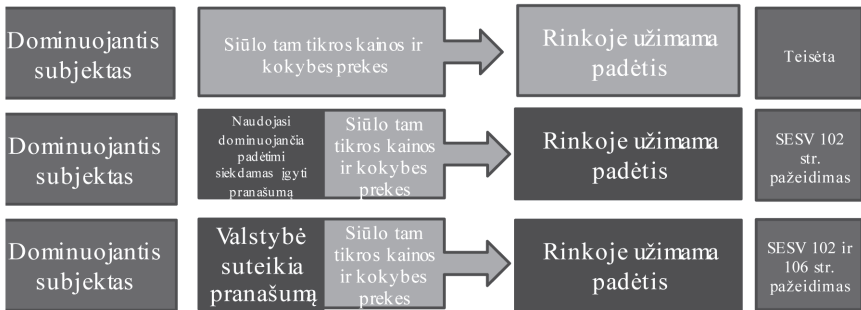
SESV 106(1) str. ir 102 str. numatytas draudimas monopolizuoti susijusią rinką kartu reiškia ir draudimą *iškreipti* tokioje rinkoje vykstančią konkurenciją. Tokiame kontekste teismas tik atkartoja *Telekomunikacijų galinių įrenginių* byloje padarytą išvadą („Sutartyje numatyta neiškreiptos konkurencijos sistema gali būti garantuojama tik tuomet, jeigu atskiriems ekonominiams operatoriams yra garantuojamos lygios galimybės“)⁵⁶⁰ tačiau nieko papildomai nepaaiškina, kaip toks principas turėtų būti taikomas įrodinėjant SESV 106(1) str. ir/ar SESV 102 str. pažeidimą.

Lygių galimybių principas kiek aiškiau buvo atskleistas *Connect Austria* byloje, kurioje teismas taip pat nagrinėjo valstybės veiksmus iškreipiant konkurenciją telekomunikacijų paslaugų rinkoje. Šiuo atžvilgiu konkurencijos iškraipymas pasireiškė suteikus GSM licenciją neatlygintinai valstybės kontroliuojamam telekomunikacijų operatoriui ir reikšmingo licencinio mokesčio nustatymu naujai į rinką įeinančiam operatoriui *Connect Austria*. Šioje byloje ESTT pripažino SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą vadovaujantis *lygių galimybių principu* integruodamas tokį principą į *veiksmų* teoriją. Konkrečiai, pažeidimą teismas konstatavo naudodamas tokią loginę struktūrą:

- (i) SESV 106(1) str. ir 102 str. sudaro pažeidimą, jeigu valstybė sukuria situaciją, kurioje specialų santykį su valstybe turintis subjektas „negali išvengti piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi“ (80 paragrafas);
- (ii) SESV 102 str. pažeidimą sudaro dominuojančio subjekto veiksmai, kuriais toks subjektas *stiprina* ar arba *išplečia* savo dominuojančią padėtį į susijusias, tačiau atskiras rinkas *iškreipdamas konkurenciją* (81-82 paragrafas);
- (iii) Sutartyje numatytos *neiškreiptos konkurencijos sąlygos* gali būti užtikrintos tik tokiu atveju, jeigu užtikrinamos lygios konkurencijos sąlygos (83 paragrafas);
- (iv) jeigu konkurencijos sąlygų nelygybė ir todėl *iškreipta konkurencija* susidaro dėl valstybės veiksmų, tokie veiksmai sudaro SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą (84 paragrafas).
- (v) *Valstybės veiksmai* apmokestinant licencijos išdavimą *Connect Austria* suteikia nacionaliniam operatoriui konkurencinį pranašumą, *suteikiantį šiam galimybę* arba išplėsti, arba sustiprinti savo dominuojančią padėtį (priklausomai nuo rinkos apibrėžimo) *iškreipiant konkurenciją* ir todėl pažeidžiant SESV 102 str. (85 paragrafas); nacionalinis operatorius atsiduria *situacijoje*, kurioje jis būtų skatinamas *inter alia* pasiūlyti mažesnius įkainius, ypač naujos GSM licencijos vartotojams, vykdyti intensyvią rinkodaros kampaniją tokiomis sąlygomis, kuriose *Connect Austria* galėtų pakankamai sunkiai konkuruoti;
- (vi) Tokie valstybės veiksmai, „tikėtina, paskatins valstybės ūkio subjektą, užimančią dominuojančią padėtį, pažeisti SESV 102 str. išplečiant ar sustiprinant savo dominuojančią padėtį (priklausomai nuo to, kaip būtų apibrėžta rinka, iškreipiant konkurenciją). Atsižvelgiant į tai, kad toks konkurencijos iškraipymas susidaro dėl valstybės veiksmų, sukuriančių situaciją, kurioje atskiriems ekonominiams operatoriams lygios konkurencijos galimybės negali būti užtikrintos, tokie valstybės veiksmai gali sudaryti [SESV 106(1) str.] pažeidimą, taikomą kartu su [SESV 102 str.]“ (87 paragrafas).

⁵⁶⁰ *Ibid.*, 51 paragrafas.

Tokia teismo motyvų loginė struktūra grafiškai gali būti iliustruota taip:



Apibendrinant sprendimo motyvus galima daryti kelias išvadas:

Pirma, skirtingai nuo kitų bylų, kuriose lygių galimybių principas buvo paminėtas *inter alia* kitų teismo motyvų kontekste, *Connect Austria* byloje ESTT lygių galimybių principui suteikia esminę reikšmę, nuo kurios priklauso valstybės priemonių teisėtumo/neteisėtumo klausimas.

Antra, teismas turėjo visas galimybes *Connect Austria* byloje įrodinėti *GB-INNO-BM* atveju suformuluotą struktūrinio pažeidimo teoriją. Pavyzdžiui, *Connect Austria* byloje teismas galėjo susieti valstybės suteiktą finansinį pranašumą nacionaliniam operatoriui *inter alia* su hipotetiniu SESV 102 str. pažeidimu nacionaliniam operatoriui nustatant pernelyg dideles tinklų sujungimo sąlygas ir konstatuoti pažeidimą, nustačius valstybės sukurto ir hipotetinio nacionalinio operatoriaus piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi sukuriamo pasekmių (nacionalinis operatorius įgijo tokį pranašumą nepasiūlęs geresnės kokybės ir/ar kainos prekių). Visgi teismas buvo linkęs įrodinėti pažeidimą, vadovaudamasis veiksmų teorija, t.y. valstybės priemonė yra neteisėta dėl to, kad ji skatina nacionalinių operatorių piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi. Atitinkamai, SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimas priklauso nuo nacionalinio operatoriaus veiksmų. Šiuo atžvilgiu reikia pastebėti, kad ESTT savo sprendime *GB-INNO-BM* sprendimą paminėjo tik tokia apimtimi, kiek šiame sprendime paminėtas lygių galimybių principas, apskritai net nepaminėdamas šiame sprendime suformuotos *struktūrinio pažeidimo* teorijos, tuo sukeldamas abejonę dėl *GB-INNO-BM* principo taikymo ir ESTT sąmoningo mėginimo suformuoti naują SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo teoriją.

Trečia, teismo suformuluota teorija grindžiama idėja, kad SESV 102 str. savo esme draudžia tokius dominuojančio subjekto veiksmus, kurie leidžia pasiekti konkurencinį pranašumą *dirbtinai* pasinaudojant savo dominuojančia padėtimi. Šiuo atžvilgiu kiekvienas dominuojančio subjekto bandymas dirbtinai užsitikrinti konkurencinį pranašumą yra laikomas SESV 102 str. pažeidimu, kuris konkrečių situacijų atžvilgiu gali įgyti labai įvairias piktnaudžiavimo formas (pvz. prekių susiejimą, maržos spaudimą, atsisakymą tiekti ir t.t.). Jeigu nesant valstybės intervencijos dominuojantis subjektas gali pasirinkti, kaip įgyti konkurencinį pranašumą – *organiškai* ar *dirbtinai* (ir atitinkamai nuspręsti, ar pažeisti SESV 102 str.), tai valstybei pažeidus lygių galimybių principą toks subjektas neišvengiamai

įgys konkurencinį pranašumą tik *dirbtinai*. Kitaip tariant, kad ir kokie būtų tokio subjekto veiksmai, jis nebeturi galimybės „išsvengti piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi“ konkuruodamas su kitais rinkos dalyviais.

Ketvirta, Connect Austria byloje suformuluotas pažeidimas teoriškai yra grindžiamas *veiksmų teorija*, t.y. orientuojantis į privilegijas gavusio dominuojančio subjekto *veiksmus* įtvirtinant, sustiprinant ar išplečiant dominuojančią padėtį į susijusias rinkas. Visgi pripažinus, kad pažeidus lygių konkurencijos galimybių principą (i) *bet kokie* dominuojančio ūkio subjekto atlikti veiksmai įtvirtins, sustiprins esamą dominuojančią padėtį ar išplės tokią dominuojančią padėtį į kitas rinkas, o (ii) pažeidimo įrodinėjimo tikslais nereikia įrodinėti, kaip konkrečiai ūkio subjektas išnaudoja tokį valstybės suteiktą pranašumą, stiprinant ar išplečiant savo dominuojančią padėtį, reikia pripažinti, kad vienintelis SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą lemiantis elementas yra lygių galimybių principo pažeidimas. Atitinkamai, *Connect Austria* byloje suformuotą lygių galimybių principą galime laikyti *modifikuota struktūrinio pažeidimo teorija*, kurioje valstybės privilegijas gavusių subjektų veiksmų vertinimas praktiškai nėra reikalingas.

Greek lignite

Komisijos ir Graikijos ginčas *Greek lignite* byloje, pasibaigęs 2014 m., tapo viena labiausiai lauktą bylų, kurioje Komisija, Bendrasis teismas ir ESTT turėjo pasisakyti dėl SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimui taikytinų teisinių kriterijų. Šis sprendimas buvo įdomus tiek nagrinėjamos situacijos specifika, tiek aplinkybe, kad ginčas dėl SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo kilo ne SESV 106(3) str. pagrindu priimamos direktyvos teisėtumo ar prejudicinio ESTT sprendimo kontekste, tačiau analizuojant *ad hoc* Komisijos priimtą sprendimą konstatuoti SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą.

Kaip minėta, *Greek lignite* byloje buvo nustatyta, kad elektros rinkoje veikiantis valstybės kontroliuojamas ūkio subjektas DEI užėmė dominuojančią padėtį (i) didmeninėje elektros rinkoje, apimančioje elektros energijos gamybą ir importą, bei (ii) priešrosvinėje elektros energijos gamyboje naudojamos žaliavos – lignito išgavimo ir tiekimo rinkoje⁵⁶¹. Didmeninė elektros rinka Graikijoje buvo liberalizuota, todėl joje galėjo veikti tiek privatus, tiek valstybės kontroliuojami ūkio subjektai. Nepaisant tokio rinkos liberalizavimo, DEI konkurentai neturėjo galimybės įsitvirtinti tokioje elektros rinkoje, atsižvelgiant į tai, kad DEI turėjo išskirtinę priegią prie pigiausios elektros energijos gamybos Graikijoje žaliavos – lignito. Šiuo atveju išskirtinę priegią prie lignito DEI užtikrino valstybė, kuri išdavė DEI leidimą eksploatuoti labai didelius lignito telkinius (praktiškai visus, kurie buvo eksploatuojami Graikijoje) ir paraleliai atsisakydavo išduoti licencijas į likusius Graikijos lignito resursus DEI konkurentams⁵⁶².

Šiuo atžvilgiu Komisijos argumentai pripažįstant pažeidimą buvo grindžiami tokia struktūra:

- (i) Valstybė pažeidžia SESV 106(1) str. ir 102 str., jeigu sukuria situaciją, kurioje specialų santykį su valstybe turintis subjektas „vien tik naudodamasis jam suteik-

561 Europos Komisijos sprendimas byloje Nr. COMP/B-1/38.700 dėl procedūros pagal EB sutarties 86 straipsnio 3 dalį dėl Graikijos Respublikos įmonei, [2009] 4 C.M.L.R. 11, 174 paragrafas.

562 *Ibid.*, 8 paragrafas.

tomis išimtinėmis teisėmis piktnaudžiauja dominuojančia padėtimi arba kai tokios teisės sukuria situaciją, kurioje toks ūkio subjektas yra skatinamas piktnaudžiauti“ (180 paragrafas);

- (ii) Sutartyje numatytos *neiškreiptos konkurencijos sąlygos* gali būti užtikrintos tik tokiu atveju, jeigu užtikrinamos lygios konkurencijos sąlygos atskiriems ekonominiams operatoriams (181 paragrafas);
- (iii) *Connect Austria*: jeigu ekonominių vienetų nevienodos galimybės ir atitinkamai konkurencijos iškraipymas susidaro dėl valstybės priemonių, tokios priemonės sudaro SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą (181 paragrafas);
- (iv) *Connect Austria*: teismas yra pripažinęs, kad SESV 102 str. pažeidimas yra daromas tuomet, kai dominuojantis subjektas *savo konkurenciją iškraipančiais veiksmais išplečia* dominuojančią padėtį į susijusią, tačiau atskirą rinką (182 paragrafas);
- (v) *Connect Austria, GB-INNO-BM*: teismas yra pripažinęs SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą tuomet, kai valstybė savo veiksmais sudarė *dominuojančiam subjektui galimybę iškreipti konkurenciją* susijusioje rinkoje, ko šis negalėjo padaryti nepažeisdamas SESV 102 str. (182 paragrafas);
- (vi) suteikdama kvazi-monopolinę priegią prie pigiausios elektros gamybos žaliavos – lignito – Graikija sustiprino DEI dominuojančią padėtį didmeninėje elektros rinkoje (189 paragrafas).
- (vii) Išvada: „Graikija, suteikdama ir palaikydama kvazi-monopolines teises tyrinėti ir išgauti lignitą ir tokiu būdu gauti privilegijuotą priegią prie pigiausios elektros gamybos šaltinio, sukūrė ekonominių operatorių nelygias galimybes ir todėl iškreipė konkurenciją valstybinio ūkio subjekto PPC naudai, tokiu būdu sustiprindama šio subjekto dominuojančią padėtį didmeninėje elektros rinkoje“ (190 paragrafas).

Komisijos sprendimas *Greek lignite* byloje savo argumentų struktūra praktiškai atkartoją ESTT sprendimą *Connect Austria* byloje, kuriame SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimas grindžiamas veikslių *teorijos* pažeidimo įrodinėjimo struktūra (žr. 180, 182 paragrafus). Visgi skirtingai nuo *Connect Austria* bylos sprendimo, Komisija praktiškai neskyrė dėmesio DEI piktnaudžiavimo veikslių įrodinėjimui, visą dėmesį sutelkdama ties valstybės priemonėmis ir tokių priemonių sukuriamu poveikiu didmeninės elektros rinkai. Kaip šiuo atžvilgiu pastebėjo *Vedder*, darydamas išvadas dėl 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo 190 paragrafe, Komisija šalia sąvokos dominavimas apskritai nemini žodžio „piktnaudžiavimas“, tokiu būdu „*Komisija iš esmės įrodinėja, kad valstybė narė pažeidžia 106 straipsnį, taikomą kartu su SESV 102 straipsniu, netgi nesant valstybės ūkio subjekto piktnaudžiavimo veikslių*“⁵⁶³.

Toks Komisijos sprendimas buvo apskūstas Europos Sąjungos teismams. Vertindamas Komisijos sprendimo pagrįstumą Bendrasis teismas⁵⁶⁴ nebuvo linkęs palaikyti tokios plačios lygių galimybių principo interpretacijos. Bendrojo teismo įsitikinimu, norint konstatuoti SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą, nepakanka nustatyti lygių galimybių principo

563 Hans Vedder, "The Appeal in Greek Lignite: Clarification of the Law or Jumpstarting Article 106 TFEU?," žiūrėta 2016 05 10, <http://europeanlawblog.eu/?p=2492>.

564 Bendrojo teismo sprendimas byloje Nr. T-169/08, *Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI) v Komisija*, ECLI:EU:T:2012:448.

pažeidimą – šiuo tikslu būtina identifikuoti konkrečius piktnaudžiavimo veiksmus (SESV 102 str. pažeidimą), kuriuos ūkio subjektas buvo priverstas arba skatinamas atlikti valstybės priemonėmis⁵⁶⁵.

Tokiu būdu Bendrasis teismas iškėlė fundamentalų klausimą, kiek SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo vertinimo tikslais vis dar aktualu identifikuoti konkrečius SESV 102 str. pažeidimus ir valstybės atsakomybę sieti su tuo, kad valstybė savo veiksmais „legalizuoja“ ar skatina tokius ūkio subjektų daromus pažeidimus. Bendrojo teismo įsitikinimu, visose ankstesnėse ESTT nagrinėtose bylose buvo identifikuojamas konkretus SESV 102 str. pažeidimas, kurį ūkio subjektas būdavo priverstas arba skatinamas atlikti. Tokį pažeidimą ESTT išvėlgė tiek *veiksmų teorijos* bylose (pvz. *Hofner, Raso*), tiek GB-INNO-BM *struktūrinio pažeidimo* byloje, kurioje teismas identifiko hipotetinį SESV 102 str. pažeidimą, tiek *Connect Austria* byloje, kurioje pažeidimas buvo siejamas su ūkio subjekto atliktais piktnaudžiavimo *veiksmais*, kuriuos šis buvo priverstas padaryti turėdamas valstybės suteiktą pranašumą. Atsižvelgdamas į tai, Bendrasis teismas buvo linkęs manyti, kad Komisijos sprendimas *Greek lignite* byloje pažeidimą susieti vien tik su lygių galimybių principo pažeidimu, neidentifikuojant jokių SESV 102 str. pažeidimą sudarančių veiksmų, negalėjo būti pateisinamas. Kaip nurodo *Manaridou*⁵⁶⁶ ir *Graham*, tokiu sprendimu teismas iš esmės reikalavo parodyti bent jau tam tikros žalos teorijos egzistavimą⁵⁶⁷.

Toks Bendrojo teismo sprendimas iš tiesų buvo pakankamai racionalus. Ankstesnėje ESTT ar Komisijos praktikoje tikrai būdavo identifikuojamas bent kažkoks SESV 102 str. pažeidimas, kurio vykdymą „legalizuodavo“ ar skatindavo padaryti valstybė savo veiksmais. Žinoma, šioje situacijoje galima diskutuoti, kiek realiai buvo įrodinėjamas, pvz., SESV 102 str. pažeidimas *Connect Austria* byloje, kurioje įtvirtinta pažeidimo įrodinėjimo struktūra preziumuoja piktnaudžiavimo veiksmų atlikimą *visais atvejais*, kai tik pažeidžiamas lygių galimybių principas. Kita vertus, Bendrasis teismas buvo visiškai teisus mažiausiai tuo atžvilgiu, kad tokie *Connect Austria* byloje tokie veiksmai bent jau buvo įrodinėjami.

Šiuo atžvilgiu reikia atkreipti dėmesį, kad panaikindamas Komisijos sprendimą Bendrasis teismas nesuponavo, kad lygių galimybių principo pažeidimas apskritai negali būti laikomas Europos Sąjungos teisės pažeidimu. Pasak *Sauter*, toks lygių galimybių iškraipymas, pavyzdžiui, galėtų būti vertinamas per SESV 107-108 str. apibrėžtų valstybės pagalbos taisyklių prizmę. Bendrasis teismas pasakė tik tiek, kad tokios situacijos vertinimas per SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo prizmę neišvengiamai reikalauja susieti lygių galimybių principą su realiu ar potencialiu SESV 102 str. pažeidimu⁵⁶⁸.

565 *Ibid.*, 118 paragrafas.

566 Eleni Manaridou, "The Greek Lignite Sprendimas byloje: A (Questionable) Victory of The "Effects Theory," *European Law Review* 40, June (2015): 436.

567 Cosmo Graham, "Abuse of Dominant Position in the Context of Exclusive Rights Granted by Authorities," *Journal of European Competition Law & Practice* 4, 2 (2013): 144-145, žr. taip pat Szyszczak (žr. Erika M. Szyszczak, "Services of General Economic Interest and State Measures Affecting Competition," *Journal of European Competition Law & Practice* 5, 7 (2014), IV skyrius).

568 Wolf Sauter, "The Criterion of Advantage in State Aid: Altmark and Services of General Economic Interest," *TILEC Discussion paper series 15*, (2014): 7. Tokios pačios pozicijos laikosi ir Manaridou (žr. Eleni Manaridou, "The Greek Lignite Sprendimas byloje: A (Questionable) Victory of The "Effects Theory," *European Law Review* 40, June (2015).

Visgi 2014 m. priimtame sprendime ESTT nutarė panaikinti Bendrojo teismo sprendimą ir palikti galioti Komisijos sprendimą suponuojantį pakankamai platų lygių galimybių principo taikymą. Tokia teismo pozicija buvo grindžiama žemiau nurodyta argumentų struktūra, reikšmingai atkartojančia *Connect Austria* sprendimo motyvus:

- (i) Valstybė pažeidžia SESV 106(1) str. ir 102 str., jeigu sukuria situaciją, kurioje specialų santykį su valstybe turintis subjektas, „vien tik naudodamasis jam suteiktomis išimtinėmis teisėmis, piktnaudžiauja dominuojančia padėtimi arba kai tokios teisės sukuria situaciją, kurioje toks ūkio subjektas yra skatinamas piktnaudžiauti“ (41 paragrafas), t.y. akcentuojamas ūkio subjekto atliekamų veiksmų neteisėtumas;
- (ii) Nebūtina nustatyti, kad SESV 102 str. pažeidimas realiai buvo padarytas – 106(1) str. pažeidimas susidaro ir tuomet, jeigu susidaro pažeidimo rizika (42 paragrafas);
- (iii) Sutartyje numatytos *neiškreiptos konkurencijos sąlygos* gali būti užtikrintos tik tokiu atveju, jeigu užtikrinamos lygios konkurencijos sąlygos atskiriems ekonominiams operatoriams (43 paragrafas);
- (iv) Tokie teismo motyvai reiškia, kad valstybės priemonėmis sudaromos nevienodos galimybės atskiriems ekonominiams operatoriams ir atitinkamai iškreipiama konkurencija, tokios priemonės sudaro SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą (44 paragrafas); pažeidimo nustatymo tikslais pakanka konstatuoti, kad valstybės priemonė sudaro situaciją, kurioje specialų santykį su valstybe turintis subjektas neišvengiamai atlieka SESV 102 str. numatytus piktnaudžiavimo veiksmus (59 paragrafas);
- (v) Išvada: SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimas „gali būti nustatytas nepriklausomai nuo to, ar realiai egzistuoja koks nors piktnaudžiavimas. Komisijai pakanka nustatyti potencialias arba egzistuojančias antikoncepcines pasekmes, kurios gali kilti iš nagrinėjamų valstybės veiksmų. Todėl toks pažeidimas gali būti nustatytas, kada nagrinėjamos valstybės priemonės daro poveikį rinkos struktūrai, sukurdamas įmonėms nevienodas konkurencijos sąlygas, suteikiančias galimybę valstybės ūkio subjektams ir ūkio subjektams, kuriems valstybė suteikia specialias ar išimtinės teises išlaikyti (pavyzdžiui, apsunkinant galimybę naujiems rinkos dalyviams įeiti į rinką), sustiprinti arba išplėsti dominuojančią padėtį į kitas rinkas, tokiu būdu apribojant konkurenciją, nekeliant reikalavimo įrodyti egzistuojančio piktnaudžiavimo“ (46 paragrafas).

Šie teismo motyvai visa savo apimtimi perimti iš 2015 m. Bendrojo teismo priimto sprendimo *Slovenska posta* byloje⁵⁶⁹. Atitinkamai, ESTT sprendimas *Greek lignite* suformavo aktualiausią šiuo metu taikomą teisinį standartą, kuris universaliai taikomas dominuojančios padėties įtvirtinimo, sustiprinimo ir išplėtimo į kitas rinkas byloje, kuris yra svarbus keliais aspektais.

569 Bendrojo teismo sprendimas byloje Nr. T-556/08, *Slovenská pošta v Commission*, ECLI:EU:T:2015:189, 96-107 paragrafai.

Pirma, *Greek lignite* sprendimo motyvacinėje galima pastebėti loginį šuolį nuo 41-42 paragrafuose išdėstytų motyvų, akcentuojančių poreikį nustatyti konkrečiam subjektui priskiriamą SESV 102 str. pažeidimą iki 44 paragrafe daromos išvados dėl to, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimas yra padaromas ignoravus lygių galimybių principą. Atitinkamai, teismo motyvai nesuteikia pakankamo aiškumo dėl pritaikytos SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo koncepcijos. Visgi atsižvelgiant į tai, kad *Greek lignite* byloje ESTT pakankamai gausiai cituoja *Connect Austria* sprendimo motyvus ir reikšminga dalimi perima *Connect Austria* nutarties motyvacinę, galima daryti išvadą, kad *Greek lignite* sprendimo žalos teorija atitinka *Connect Austria* byloje įžvelgtą žalą teoriją, t.y. SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimas įvykdomas atsižvelgiant į tai, kad, valstybei suteikus dominuojančiam subjektui pranašumą, šis neišvengiamai atliks piktnaudžiavimo veiksmus, kadangi valstybės suteiktas pranašumas neišvengiamai pats savaime kažkokiu mastu įtvirtins, sustiprins ar išplės ūkio subjekto dominuojančią padėtį į susijusias rinkas.⁵⁷⁰

Šiuo atžvilgiu *Greek lignite* sprendimas tam tikra prasme išlaiko veiksmų teorijos modelį, kuris SESV 106(1) str. ir 102 str. tikslais reikalauja nustatyti ūkio subjekto piktnaudžiavimo veiksmus (tai aiškiai matoma iš sprendimo 41 ir 59 paragrafų). Visgi *Greek lignite* sprendimas gerokai optimizavo *Connect Austria* numatytą pažeidimo įrodinėjimo struktūrą. *Connect Austria* sprendime konstatavęs lygių galimybių principo pažeidimą ESTT įžvelgė poreikį pateikti papildomų argumentų, įrodančių, kad, turėdamas finansinį pranašumą prieš *Connect Austria*, nacionalinis operatorius gali įvairiomis priemonėmis sustiprinti ar išplėsti savo dominuojančią padėtį pažeisdamas SESV 102 str. reikalavimus. Visgi toks įrodinėjimas buvo grindžiamas teorinėmis prielaidomis, kaip galėtų elgtis nacionalinis operatorius, turėdamas finansinį pranašumą, kurios nebuvo reikšmingos atsižvelgiant į tai, kad teismo pasiūlyta pažeidimo struktūra bet kokiu atveju preziumavo piktnaudžiavimo veiksmų atlikimą nepriklausomai nuo to, kokius veiksmus rinkoje būtų atlikęs pranašumą gavęs nacionalinis operatorius. *Greek lignite* byloje visų šių hipotetinių piktnaudžiavimo veiksmų įrodinėjimo buvo atsisakyta, realiai susiaurinant pažeidimo esmę iki lygių galimybių principo pažeidimo. Konkrečiai, *Greek lignite* bylos kontekste buvo laikomasi pozicijos, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimui nustatyti reikia identifikuoti keturias aplinkybes (kiek tai susiję su SESV 102 str. pažeidimu):

- (i) specialų santykį su valstybe turintis subjektas užima dominuojančią padėtį;
- (ii) valstybė *bet kokiomis* priemonėmis pažeidžia lygių konkurencijos galimybių principą tokiu būdu, kuris suteikia *naudą* specialų santykį su valstybe turinčiam subjektui;
- (iii) egzistuoja priežastinis ryšys tarp valstybės suteiktos naudos ir dominuojančios padėties įtvirtinimo, sustiprinimo ir/ar išplėtimo į kitas rinkas;
- (iv) tokie valstybės veiksmai sukuria situaciją, kurioje dominuojantis subjektas negali išvengti piktnaudžiavimo veiksmų.

570 Tai, kad ESTT sprendimas *Greek lignite* byloje reikalauja nustatyti potencialų arba egzistuojantį antikonkurencinį poveikį mano ir Babirad, nors kartu ir pripažįsta, kad *Greek lignite* byloje aiškiau atsakymo kaip vertinti tokį poveikį nepateikė. Žr. Robert Miklós Babirad, "European Commission V Dimosia Epicheirisi Ilektrismou Ae (DEI)," *European Competition Law Review*, 12 (2014): 616.

Šiuo atžvilgiu pastebėtina, kad (iii) elementas, t.y. priežastinis ryšys, yra preziumuojamas ir bus nustatomas absoliučioje daugumoje atvejų. Visgi nereikėtų atmesti galimybės, kad pranašumą gavęs subjektas gali tokį pranašumą izoliuoti taip, kad jis negalėtų būti išnaudojamas dominuojančios padėties įtvirtinimui, sustiprinimui ar išlėtinimui į kitas rinkas, tokiu būdu išvengiant SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo. Pavyzdžiui, valstybei įpareigojus ūkio subjektą vykdyti reguliacines funkcijas (pvz. išduoti atitikties sertifikatus), ūkio subjektas gali išvengti pažeidimo, perleisdamas tokios reguliacinės funkcijos vykdymą subjektams, kurie būtų organizaciškai ar struktūriškai nepriklausomi nuo specialų santykį su valstybe turinčio ūkio subjekto. Visgi tokie atvejai, matyt, yra labiau teoriniai nei praktiniai.

Šių aplinkybių kontekste galima daryti išvadą, kad sprendimas *Greek lignite* byloje realiai sukūrė *veiksmų-struktūrinio pažeidimo teorijos* hibridą, kuriame ~90% dėmesio skiriama valstybės veiksmams (pažeidimo esmę sudaro valstybės veiksmai, kuriais suteikiamas konkurencinis pranašumas), savo ruožtu ~10% vertės suteikiama dominuojančio subjekto veiksmų vertinimui. Šiuo atžvilgiu ūkio subjekto veiksmai aktualūs tuo, kad jie sudaro SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo formą (iškreipus lygias galimybes būtent ūkio subjektas atliks piktnaudžiavimo veiksmus), kartu užtikrinant teorinę galimybę ūkio subjektui išvengti pažeidimo izoliuojant valstybės suteiktą pranašumą taip, kad jis neišvengtų, nesustiprintų ir neišplėstų dominuojančios padėties į kitas rinkas. Panašios pozicijos dėl pritaikyto testo pobūdžio laikosi ir *Vedder*⁵⁷¹.

Antra, analizuojant *Connect Austria*, *MOTOE*, *Greek lignite*, *Slovenska posta* sprendimų motyvus gali susidaryti įspūdis, kad teismas bando atsisakyti *GB-INNO-BM* suformuluoto *struktūrinio pažeidimo* testo ir siūlo alternatyviai naudoti *lygių galimybių* testą, kuris pirminiu požiūriu atrodo kaip pakankamai skirtingas ir gerokai paprasčiau taikomas teisinis testas. Tokią išvadą galima daryti atsižvelgiant į tai, kad *Connect Austria* (2003), *MOTOE* (2008), *Greek lignite* (2014) sprendimuose *GB-INNO-BM* bylos precedentas yra minimas tik tokia apimtimi, kiek jame ESTT teismas yra paminėjęs lygių galimybių principo egzistavimą. Savo ruožtu, 2015 m. *Slovenska posta* byloje⁵⁷² teismas pripažino SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą perrašydamas ESTT sprendimo *Greek lignite* motyvaciją, grindžiamą lygių galimybių principu, nepaisant to, kad bendrajam teismui apskūstas Komisijos sprendimas priimtas nagrinėjant *Slovenska posta* buvo konstatuotas *GB-INNO-BM* struktūrinio pažeidimo teorija⁵⁷³. Visgi išsamiau analizuojant šias teismų nutartis galima spręsti, kad

571 Hans Vedder, "The Appeal in Greek Lignite: Clarification of the Law or Jumpstarting Article 106 TFEU?," žiūrėta 2016 05 10, <http://europeanlawblog.eu/?p=2492>.

572 Žr. 2008-10-07 Komisijos sprendimas Nr. COMP/F-1/39.562, Commission Decision of 7 October 2008 relating to a proceeding under Article 86(3) of the EC Treaty on the Slovakian postal legislation relating to hybrid mail services, O.L. 4 C.M.L.R. 13 (2009), 116 paragrafą, kuriame Komisija pažeidimo nustatymui taikomą testą susiejo su *GB-INNO-BM* sprendimo paragrafais, kurie neapima lygių galimybių principo. Komisija taip pat pamini ESTT sprendimą sujungtose bylose Nr. C-271/90, Nr. C-281/90 ir Nr.C-289/90, Ispanija, Belgija ir Italija v Komisija, ECLI:EU:C:1992:440).

573 Žr. 2008-10-07 Komisijos sprendimas Nr. COMP/F-1/39.562, Commission Decision of 7 October 2008 relating to a proceeding under Article 86(3) of the EC Treaty on the Slovakian postal legislation relating to hybrid mail services, O.L. 4 C.M.L.R. 13 (2009), 116 paragrafą, kuriame Komisija pažeidimo nustatymui taikomą testą susiejo su *GB-INNO-BM* sprendimo paragrafais, kurie neapima lygių galimybių principo. Komisija taip pat pamini ESTT sprendimą sujungtose bylose Nr. C-271/90, Nr. C-281/90 ir Nr.C-289/90, Ispanija, Belgija ir Italija v Komisija, ECLI:EU:C:1992:440).

išvados apie *GB-INNO-BM* struktūrinio pažeidimo teorijos aktualumo praradimą yra kiek skubotos. Šiuo atžvilgiu pirmiausiai reikėtų pastebėti, kad Europos Sąjungos teismai savo naujausiuose sprendimuose nei tiesiogiai, nei netiesiogiai nepasisakė, kad *GB-INNO-BM* struktūrinio pažeidimo teorija neturėtų būti taikoma ateityje ir, netgi priešingai, – teismų sprendimai cituoja atskirus *GB-INNO-BM* nutarčių motyvus, sudarydami teismų praktikos tęstinumo įspūdį. Toks teismų požiūris leidžia manyti, kad *GB-INNO-BM* suformuluota struktūrinio pažeidimo teorija ir toliau gali būti taikoma įrodinėjant SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimus, nors moderniojoje praktikoje, matyt, gerokai labiau tikėtinas lygių galimybių principo taikymas.

Tokiame kontekste kyla klausimas, ar *struktūrinio pažeidimo* ir *lygių galimybių* teorijos yra tokios skirtingos, kad jos galėtų nulemti skirtingus teisinio vertinimo rezultatus?

Kaip jau buvo išsamiau paaškinta ankstesniuose šios disertacijos poskyriuose, *struktūrinio pažeidimo* teorija yra grindžiama prielaida, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimas pasireiškia, kai valstybė savo veiksmais sukuria specialų santykį su valstybe turinčiam ūkio subjektui tokią situaciją, kurios jis negalėtų pasiekti nepažeisdamas SESV 102 str. reikalavimų. Šios teorijos taikymo tikslais reikalaujama identifikuoti bent jau hipotetinį SESV 102 str. pažeidimą, kurį *savo veiksmais* galėtų padaryti ūkio subjektas, siekdamas atsidurti tokioje situacijoje, kurioje jis atsidūrė dėl valstybės intervencijos į atitinkamą rinką⁵⁷⁴.

Analizuojant *Greek lignite* sprendimo motyvus galima susidaryti įspūdį, kad *lygių galimybių* teorijos požiūriu nėra poreikio nustatyti jokie SESV 102 str. pažeidimo (nei realaus, nei potencialaus, nei hipotetinio). Šios teorijos pagrindinis motyvas yra grindžiamas prielaida, kad, suteikus bet kokį pranašumą specialų santykį su valstybe turinčiam dominuojančiam subjektui, tokia valstybės intervencija visais atvejais sudarys galimybę tokiam subjektui įtvirtinti, sustiprinti dominuojančią padėtį pirminėse rinkose arba išplėsti tokią dominuojančią padėtį į kitas rinkas *dirbtinėmis* priemonėmis, todėl valstybės paramą gavęs subjektas visuomet atliks neapibrėžto pobūdžio SESV 102 str. pažeidimą sudarančius veiksmus.

Nepaisant išorinių skirtumų, reikia pripažinti, kad *GB-INNO-BM* ir *Greek lignite* sprendimuose taikytų teorijų koncepciniai skirtumai yra minimalūs, t.y. (i) *GB-INNO-BM* hipotetinis SESV 102 str. pažeidimas priešpastatomas *Greek lignite* neapibrėžto pobūdžio SESV 102 str. pažeidimui; o (ii) *Connect Austria / Greek lignite* reikalavimas nustatyti ūkio subjekto neteisėtus veiksmus, tokių veiksmų atlikimą preziumuojant *visais atvejais*, kai valstybė iškreipia lygias konkurencijos sąlygas, *de facto* atitinka struktūrinio pažeidimo teorijos poziciją, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo tikslais ūkio subjekto piktnaudžiavimo veiksmų atlikimas nėra reikalingas. Atsižvelgiant į tai, galima teigti, kad šių teorijų taikymas lemia analogiškus teisinio vertinimo rezultatus.

Šiuo atžvilgiu pirmiausiai paminėtina, kad teisinio vertinimo rezultatas nesiskirs analizuojant organišką dominuojančios padėties įtvirtinimą, sustiprinimą ar išplėtimą į kitas rinkas. Šiuo atveju *GB-INNO-BM struktūrinio pažeidimo* teorija pateisins tokius valstybės veiksmus atsižvelgiant į tai, kad specialų santykį su valstybe įgijęs subjektas turi galimybę atsidurti valstybės veiksmais sukurtoje situacijoje *nebūtinai* pažeisdamas SESV 102 str.

574 Tokios pozicijos laikosi ir Manaridou (Eleni Manaridou, "The Greek Lignite Sprendimas byloje: A (Questionable) Victory of The "Effects Theory," *European Law Review* 40, June (2015): 436).

reikalavimus. Savo ruožtu, *Greek lignite* lygių galimybių teorija pateisins tokius organiškus valstybės veiksmus, atsižvelgiant į tai, kad valstybė savo veiksmais neiškreipė lygių konkurencijos sąlygų, tačiau dalyvavo rinkoje vadovaudamasi privataus rinkos operatoriaus logika, kuria vadovaujasi visi kiti rinkos dalyviai.

Teisinio vertinimo rezultatas taip pat neturėtų skirtis dominuojančios padėties įtvirtinimo, sustiprinimo ar išplėtimo į *susijusias* rinkas bylose, priklausomai nuo taikomos teorijos mažiausiai dėl to, kad tokiose bylose pakankamai nesunku sugalvoti hipotetinį SESV 102 str. pažeidimą, kuris galėtų padėti dominuojančiam ūkio subjektui atsidurti tokioje padėtyje, kurią jam sukūrė valstybė, savo veiksmais vykdydama intervenciją į rinką. Šiuo atveju skirsis tik pažeidimo įrodinėjimo algoritmas: *GB-INNO-BM* atveju turėsime identifiukuoti hipotetinį SESV 102 str. pažeidimą, sukuriantį analogiškas pasekmes, o *lygių galimybių* teorijos atveju – apsiriboti teiginiu, kad lygių galimybių iškreipimas sukūrė situaciją, kurioje ūkio subjektas neišvengiamai padarys neapibrėžto pobūdžio SESV 102 str. pažeidimą.

Tam tikras šių teorijų skirtumas gali išryškėti bandant taikyti SESV 106(1) str. ir 102 str. ribinėse situacijose, susijusiose su dominuojančios padėties išplėtimu valstybės veiksmais į *kitas* rinkas. Kaip išsamiau buvo paaiškinta aukščiau, reikalaujama identifiukuoti bent jau hipotetinį SESV 102 str. pažeidimą, *GB-INNO-BM* struktūrinio pažeidimo teorija nesudaro galimybės pažeidimu pripažinti tokių situacijų, kai dominuojantis subjektas dėl valstybės veiksmų atsiduria tokioje situacijoje, kurioje jis objektyviai negalėjo atsidurti piktnaudžiaudamas dominuojančia padėtimi. Atitinkamai, taikydami *GB-INNO-BM* struktūrinio pažeidimo teoriją SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo neižvelgsime tokiose situacijose, kai valstybė savo veiksmais išplės ūkio subjekto dominuojančią padėtį į tokias rinkas, į kurias toks subjektas neturėjo galimybės išplėsti savo dominuojančios padėties *savo veiksmais*.

Savo ruožtu, analizuojant SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymą *Greek lignite* byloje, vadovaujantis *lygių galimybių* teorija, galima daryti dvi skirtingas išvadas.

Kaip minėta, *Greek lignite* sprendime ESTT motyvacijoje egzistuoja minties šuolis tarp teismo motyvų, suponuojančių poreikį nustatyti tokius valstybės veiksmus, kurie skatina/priverčia ūkio subjektą pažeisti SESV 102 str. reikalavimus (41-42 paragrafai), ir pagrindinio sprendimo motyvo, teigiančio, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo įrodymui pakanka nustatyti, kad valstybės veiksmais sukuriamos nevienodos konkurencijos sąlygos, suteikiančios specialų santykį su valstybe turintiems subjektams galimybę įtvirtinti, sustiprinti savo dominuojančią padėtį ar tokią dominuojančią padėtį išplėsti į kitas rinkas (44, 46 paragrafai). Tokie sprendimo motyvacijos trūkumai (konkrečiai nepaaiškinamos piktnaudžiavimo veiksmų reikšmės pažeidimo įrodinėjimo struktūroje) gali sudaryti pagrindą pernelyg suabsoliutinti lygių galimybių principą ir teigti, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidžiamas *visuomet*, kai valstybė suteikia privilegijas specialų santykį su valstybe turinčiam subjektui, užimančiam rinkoje dominuojančią padėtį. Šiuo atveju pažeidimu reikėtų laikyti dominuojančios padėties išplėtimą į bet kokias kitas atitinkamas rinkas nepriklausomai, ar taip išplėsti dominuojančią padėtį į kitas rinkas ūkio subjektas galėjo *savo veiksmais*, pažeidžiančiais SESV 102 str. reikalavimus. Tokią išvadą galima daryti atsižvelgiant į tai, kad tokioje pažeidimo įrodinėjimo struktūroje (pažeidimas = privilegi-

ja + dominuojančios padėties išplėtimas į kitas rinkas) nėra jokio koncepcinio pagrindo, leidžiančio įžvelgti pažeidimą tik specifiniais dominuojančios padėties išplėtimo atvejais. Tokią poziciją netiesiogiai palaiko ir *Greek lignite* sprendimo 46 paragrafe teismo pateiktas paaiškinimas, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimas pasireiškia, jeigu lygių galimybių principo pažeidimas sudaro galimybę išplėsti dominuojančią padėtį į „kitas“ rinkas, kai tuo tarpu *GB-INNO-BM* teoriją taikančiose bylose įprastai kalbama apie dominuojančios padėties išplėtimą į „susijusias rinkas“.

<...> *Todėl toks pažeidimas gali būti nustatytas, kai nagrinėjamos valstybės priemonės daro poveikį rinkos struktūrai sukurdamas nevienodas konkurencijos sąlygas įmonėms, suteikiančias galimybę <...> išplėsti dominuojančią padėtį į kitas rinkas, <...>*“ (46 paragrafas)⁵⁷⁵.

Visgi pripažinus, kad *Greek lignite* sprendimo 41-42 paragrafuose teismo pateikti paaiškinimai dėl SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo tokiais atvejais, kai valstybė skatina/priverčia ūkio subjektą pažeisti SESV 102 str. reikalavimus, turi turėti prasmę SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo įrodinėjimo struktūroje ir būtent tokią prasmę, kuri buvo suteikta *Connect Austria* byloje. Kartu reikės pripažinti, kad *GB-INNO-BM struktūrinio pažeidimo* teorija ir *lygių galimybių* teorija yra grindžiama analogiška pozicija: SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimu galima laikyti tik tokį dominuojančios padėties išplėtimą į kitas rinkas, kurį ūkio subjektas galėjo atlikti *savo veiksmais*.

Tokią išvadą galima daryti analizuojant *lygių galimybių* teorijos koncepcinius pagrindus, kuriuos teismas išdėstė *Connect Austria* byloje. Pagrįsdamas *lygių galimybių* principo taikymą SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo bylose teismas pradėjo nuo ūkio subjekto veiksmų, pažeidžiančių SESV 102 str. reikalavimus. Teismo požiūriu, nepriklausomai nuo įvairių piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi pavyzdžių principiniame lygmenyje, SESV 102 str. pažeidimai yra nustatomi tuomet, kai dominuojantys ūkio subjektai stiprina arba išplečia savo dominuojančią į kitas rinkas *iškreipdami konkurenciją*⁵⁷⁶, t.y. konkuruodami ne konkurencijos parametrais, tokiais kaip kaina ir kokybė, tačiau *dirbtinomis* priemonėmis. Atitinkamai, jeigu konkurencijos iškraipymas, suteikiantis *dirbtinį* pranašumą prieš kitus rinkos dalyvius, susidaro ne dėl dominuojančio ūkio subjekto, tačiau dėl valstybės atliktų veiksmų, tokie veiksmai sukuria situaciją, kurioje dominuojantis subjektas neišvengiamai turės pažeisti SESV 102 str. reikalavimus (jis visuomet turės *dirbtinį* pranašumą), o valstybė bus atsakinga SESV 106(1) str. pagrindu už SESV 102 str. veiksmingumo sumažinimą.

Analizuojant šiuos pažeidimo koncepcinius pagrindus galima pastebėti, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo tikslais *lygių galimybių* principo pažeidimas nesukuria naujos SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo taisyklės, kuri būtų atsieta nuo SESV 102 str.. Valstybės veiksmais sukuriama konkurencijos iškraipymai sudaro SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą tik tuomet, jeigu *dirbtinis* pranašumas, kurį naudodamas ūkio subjektas

575 ESTT sprendimas byloje Nr. C-553/12 P, Komisija v. Dimosia Epicheirisi Ilektrismou Ae (DEI) (Greek Lignite), ECLI:EU:C:2014:2083, 46 paragrafas. Žr. taip pat šiuo atžvilgiu Ingeborg Simonsson, "Legal Challenges Arising from Abuse of Dominance," *ERA Forum* 16, 1 (2015): 45-46.

576 ESTT sprendimas byloje Nr. C-462/99, *Connect Austria*, ECLI:EU:C:2003:297, 81-82 paragrafai.

pažeidžia SESV 102 str. reikalavimus, valstybės veiksmais yra pakeičiamas valstybės suteiktu dirbtiniu pranašumu. Tokia valstybės intervencija natūraliai sumažina SESV 102 str. veiksmingumą, kadangi dominuojančiam subjektui naudojantis savo dominuojančia padėtimi (pvz. taikant prekių susiejimo strategiją) susikuriamas *dirbtinis* pranašumas būtų laikomas SESV 102 str. pažeidimu, tuo tarpu *dirbtinį* pranašumą sukūrus valstybės veiksmais ūkio subjektas pasiekia analogišką rezultatą (pvz. sustiprina dominuojančią padėtį) nebeturėdamas poreikio pažeisti SESV 102 str. reikalavimų.

Taip suvokę *lygių galimybių* teorijos koncepcinį pagrindą, galime daryti išvadą, kad *GB-INNO-BM struktūrinio pažeidimo* ir *lygių galimybių* teorija yra grindžiama analogiška išeitine pozicija: valstybė padaro SESV 106(1) str. pažeidimą tuomet, kai valstybė sukuria analogiškas pasekmes, kurias dominuojantis subjektas turėtų susikurti savo veiksmais pažeisdamas SESV 102 str. reikalavimus. Savo ruožtu, pripažinę abiejų teorijų koncepcinių pagrindų sutapimą, kartu turime konstatuoti, kad *lygių galimybių* teorijos požiūriu lygiai kaip *struktūrinio pažeidimo* teorijos požiūriu SESV 106(1) str. pažeidimu laiko tik tokius atvejus, kai ūkio subjektas turės galimybę savo veiksmais (nors ir pažeidžiančiais SESV 102 str. reikalavimus) pasiekti analogišką rezultatą, kuris buvo sukurtas valstybės veiksmais. Dominuojančios padėties išplėtimo atveju tokia išvada reiškia, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimu nebus laikomos tokios situacijos, kada valstybė savo veiksmais išplės ūkio subjekto dominuojančią padėtį į tokias rinkas, į kurias jis objektyviai neturėjo galimybės išplėsti pats atlikdamas SESV 102 str. pažeidimą sudarančius veiksmus.

Visgi šiame kontekste reikia pripažinti, kad netgi nustačius tokius koncepcinius *lygių galimybių* teorijos taikymo apribojimus, nustatant konkrečius valstybės diskrecijos apribojimus, susiduriama su analogiškomis problemomis, kurios aktualios ir struktūrinio pažeidimo teorijai. Konkrečiai, taikant *lygių galimybių* teoriją, kyla klausimas, ar SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo tikslais turėtume laikytis pozicijos, kad dominuojantis ūkio subjektas *savo piktnaudžiavimo veiksmais* objektyviai gali pasiekti tokį rezultatą, kurį sukūrė valstybė tuomet, kai (i) egzistuoja teorinė tokių piktnaudžiavimo veiksmų atlikimo tikimybė; ar (ii) tuomet, kai tokio pobūdžio piktnaudžiavimo veiksmai yra realiai tikėtini atsižvelgiant į faktines, ekonomines ir teisines aplinkybes. Jeigu taikytume pirmąją poziciją, reikėtų pripažinti, kad teoriškai visi dominuojantys subjektai gali taikyti grobuonišką kainodarą ir taip išplėsti savo dominuojančią padėtį į bet kokias rinkas. *De facto* reiškia, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimas turėtų būti įžvelgtas visais atvejais, kai valstybė savo veiksmais išplečia dominuojančią padėtį į bet kokias kitas rinkas. Visgi, jeigu reikautume nustatyti konkrečių faktinių, ekonominių ir teisinių aplinkybių kontekste realiai įmanomą, nors ir hipotetinį, SESV 102 str. pažeidimo scenarijų, kuriame valstybė pakeičia dominuojančio subjekto veiksmus savo veiksmais taip sumažindama SESV 102 str. efektyvumą, tuomet SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymas būtų įmanomas tik tada, jeigu ūkio subjektas *savo veiksmais* realiai galėtų bent jau pamėginti išplėsti dominuojančią padėtį į tokias rinkas. Pavyzdžiui, šiuo atveju mes negalėtume kalbėti apie grobuoniškos kainodaros hipotetinį taikymą tokiais atvejais, jeigu nagrinėjamas subjektas veikia santykinai nedidelėje rinkoje ir valstybės veiksmais plečia savo dominuojančią padėtį į didelių investicijų reikalaujančią gerokai didesnę infrastruktūrinę rinką, kadangi tokia išstūmimo iš rinkos strategija yra aiškiai neveiksminga ir realybėje specialų santykį su valstybe turintis subjek-

tas tokių SESV 102 str. pažeidžiančių veiksmų niekada nevykdytų. Nepaisant šio klausimo aktualumo, teismų praktikoje nėra pateikiama atsakymo, kokios konkrečios pozicijos šiuo klausimu galima būtų tikėtis būsimuose teismų sprendimuose, todėl šis klausimas iki šiol lieka atviras.

Trečia, *Connect Austria* ir *Greek lignite* bylose išplėtotą lygių galimybių teorija SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimu leidžia pripažinti praktiškai bet kokią valstybės intervenciją suteikiant specialų santykį su valstybe turinčiam subjektui tiesioginį ar netiesioginį pranašumą prieš kitus rinkos dalyvius. Atitinkamai, kyla klausimas, ar tokios teorijos kontekste vis dar galima kalbėti apie *per se* išimtinių teisių suteikimo teisėtumą, kuris buvo minimas *Sacchi* ir daugelyje vėlesnių ESTT nagrinėtų bylų?

Tam tikrą abejonę dėl tokios pozicijos tolesnio taikymo sukėlė lygių galimybių teoriją išplėtojęs ESTT sprendimas *Connect Austria* byloje, kurioje šiuo klausimu nebuvo nieko pasisakyta. Visgi *Greek Lignite* sprendime teismas motyvuodamas SESV 106(1) str. pažeidimą atkreipė dėmesį, kad „dominuojančios padėties sukūrimas, suteikiant išimtines teises, savaime nesudaro [SESV 102 str.] pažeidimo“⁵⁷⁷, kas iš esmės reiškia, kad suformuluotoje lygių galimybių pažeidimo teorijoje turi būti palikta tam tikra erdvė teigti, kad valstybės narės turi teisę suteikti išimtines teises nepažeisdamos SESV 106(1) str. reikalavimų.

Analizuojant tokio *per se* išimtinių teisių teisėtumo ribas lygių galimybių teorijos kontekste reikia atkreipti dėmesį, kad (i) *Greek lignite* sprendime ESTT išvelgė SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą atkreipdamas dėmesį į tai, kad *pats savaime* išimtinių teisių suteikimas *pirminėje* lignito rinkoje suteikė DEI galimybę apsaugoti savo dominuojančią padėtį *susijusioje* elektros rinkoje; o (ii) *Connect Austria* ir *Greek lignite* sprendimų motyvacija implikuoja valstybei galimybę suteikti specialų santykį su valstybe turintiems subjektams pranašumą tokiose rinkose, į kurias šie neturėtų galimybės išplėsti savo užimamos dominuojančios padėties savo veiksmais, pažeidžiančiais SESV 102 str. reikalavimus (su sąlyga, kad tokiose rinkose šie neužima dominuojančios padėties⁵⁷⁸).

Tokių argumentų kontekste galima teigti, kad išimtinių teisių *per se* teisėtumas po *Connect Austria*, *Greek lignite* ir *Slovenska posta* sprendimų vis dar yra pripažįstamas, tačiau su reikšmingomis rezervacijomis:

- (i) išimtinių teisių suteikimas yra teisėtas, jeigu tokių išimtinių teisių poveikis visiškai izoliuojamas konkrečios rinkos ribose;
- (ii) išimtinių teisių suteikimas yra teisėtas, jeigu tokios išimtinės teisės suteikimas tokios rinkos atžvilgiu, į kurią specialų santykį su valstybe turintis subjektas objektyviai negalėjo išplėsti savo dominuojančios padėties atlikdamas SESV 102 str. pažeidimą sudarančius veiksmus.

577 ESTT sprendimas byloje C-553/12 P, Komisija v. Dimosia Epicheirisi Ilektrismou Ae (DEI) (*Greek Lignite*), ECLI:EU:C:2014:2083, 45 paragrafas.

578 Jeigu šiose rinkose nagrinėjamas subjektas užima dominuojančią padėtį, tuomet tokio pranašumo suteikimas turėtų būti vertinamas kaip dominuojančios padėties įtvirtinimas, sustiprinimas ar išplėtimas į kitas rinkas, o tokia „kita rinka“ analizės tikslais laikoma „pirmine rinka“.

Savo ruožtu, tokios *per se* išimtinių teisių teisėtumo ribos gali būti iliustruotos grafiškai taip:

Valstybės veiksmas <u>dominuojančią</u> padėtį rinkoje užimančio subjekto atžvilgiu	Pirminė rinka	Susijusi rinka (Rinka, į kurią dominuojantis subjektas turi galimybę išplėsti dominuojančią padėtį)	Kita rinka (Rinka, į kurią dominuojantis subjektas objektyviai neturi galimybės išplėsti dominuojančios padėties pažeisdamas SESV 102 str. reikalavimus)
Konkurencijos iškraipymas	Draudžiama	Draudžiama	Leidžiama , jeigu šioje rinkoje ūkio subjektas neužima dominuojančios padėties ¹
Išimtinių teisių suteikimas	Leidžiama , jeigu izoliuojamas tokių išimtinių teisių poveikis nuo kitų rinkų.	Draudžiama , jeigu išimtinių teisių suteikimas sukelia poveikį kitoms rinkoms.	

Pastebėtina, kad tokia grafinė iliustracija pateikia pakankamai supaprastintą situacijos vaizdą, kuris praktikoje visuomet bus gerokai labiau komplikuoatas turint galvoje tai, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. požiūriu išimtinių teisių suteikimas yra vertinamas ūkio subjekto atžvilgiu, kuris bent jau valstybės kontroliuojamų ūkio subjektų atžvilgiu daugeliu atveju bus sudarytas iš labai įvairių veiklų ir labai skirtingą padėtį rinkoje užimančių tarpusavyje susijusių subjektų. Atitinkamai, praktinėse situacijose suteikiant išimtinę teisę veikti rinkoje valstybė turi: (i) užtikrinti, kad tokia išimtinė teisė nesudarys galimybės sustiprinti ar apsaugoti dominuojančios padėties susijusiose rinkose (izoliuoti poveikį kitoms rinkoms); (ii) įsitikinti, kad tokią monopolizuojama rinka negalėtų būti vertinama kaip „susijusi rinka“ kitų atitinkamų rinkų atžvilgiu, kurioje ūkio subjektas užima dominuojančią padėtį; ir (iii) panaikinti išimtines teises tuomet, jeigu ūkio subjektas įgyja dominuojančią padėtį (natūraliai augant ar įgyjant kitų subjektų kontrolę) tokioje rinkoje, kurios atžvilgiu monopolizuota rinka galėtų būti vertinama kaip „susijusi“ rinka; (iv) panaikinti išimtines teises tuomet, jeigu pasikeitus ekonominėms, faktinėms, teisinėms ar kitoms aplinkybėms ūkio subjektų veiklos „kitose rinkose“ statusas pasikeičia į „susijusių rinkų“ statusą (pasikeitus tokiam statusui ūkio subjekto turima išimtinė teisė pirminės rinkos atžvilgiu gali būti nepakankamai izoliuota nuo naujos „susijusios rinkos“ arba monopolizuota pirminė rinka kitų rinkų atžvilgiu gali tapti „susijusi rinka“). Tokia išimtinių teisių teisėtumo kitimo dinamika suponuoja, kad išimtinių teisių teisėtumo užtikrinimas praktinėse situacijose reikalauja pakankamai sudėtingo vertinimo ir atitikties SESV 106(1) str. ir 102 str. užtikrinimo priežiūros mechanizmo.

Apibendrinant šiame poskyryje išdėstytus argumentus, galima suformuluoti kelias taisykles, susijusias su lygių galimybių teorijos taikymu įrodinėjant SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą:

- (i) *GB-INNO-BM* struktūrinio pažeidimo teorijoje yra vertinamas tik valstybės sukurtas teisinis rezultatas analizuojant valstybės ir ūkio subjekto hipotetiškai atliekamų piktnaudžiavimo veiksmų *pasekmių* panašumus. Lygių galimybių te-

- orija pažeidimą susieja su dominuojančio ūkio subjekto veiksmais (t.y. valstybės veiksmai verčia/skatina pažeisti SESV 102 str.), tačiau kartu preziumuoja, kad, valstybei suteikus bet koki pranašumą tokiam subjektui, jis *neišvengiamai* atliks neapibrėžto pobūdžio SESV pažeidimą sudarančius veiksmus. Atitinkamai, pagal savo esmę, lygių galimybių teorija išreiškia veikslių-struktūrinio pažeidimo teorijos hibridą, kuriame pažeidimo vertinimas yra atliekamas vertinant išimtinai valstybės atliktus veiksmus (naudą gavusio subjekto veiksmai realiai nėra svarbūs), o veikslių teorija tik suteikia koncepcinį pagrindą paaiškinimui, kodėl tokie konkurencijos iškraipymai turėtų būti laikomi SESV 106(1) str. pažeidimu.
- (ii) Nepaisant to, kad *lygių galimybių teorija* ESTT praktikoje buvo išplėtota vėliau, tokia teorija nepaneigia galimybės nagrinėjamoje byloje taikyti *GB-INNO-BM* byloje suformuluoto teisinio testo.
 - (iii) *Lygių galimybių teorija* palengvina SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo įrodinėjimą, lyginant su *GB-INNO-BM* struktūrinio pažeidimo teorija, tuo požiūriu, kad lygių galimybių teorija nereikalauja įrodinėti jokio SESV 102 str. pažeidimo – nei realaus, nei tikėtino, nei hipotetinio. Visgi abi teorijos garantuoja iš esmės analogišką teisinio vertinimo rezultatą: (a) *GB-INNO-BM* struktūrinio pažeidimo teorija kelia pakankamai žemą įrodinėjimo standartą *hipotetiniam* SESV 102 str. pažeidimui, todėl toks hipotetinis pažeidimas yra labai artimas neapibrėžto pobūdžio pažeidimui, kurį preziumuoja lygių galimybių teorija, (b) abi teorijos riboja galimybę konstatuoti pažeidimą įrodžius, kad nagrinėjamoje situacijoje dominuojantis ūkio subjektas dėl specifinių bylos aplinkybių objektyviai negali pažeisti SESV 102 str. pažeidimo / objektyviai negalėjo susikurti nagrinėjamos situacijos pažeisdamas SESV 102 str. reikalavimus, nepaisant nagrinėjamoje byloje valstybės taikytų intervencijos priemonių.

4.4. Išimtinių teisių suteikimas kaip *per se* pažeidimas

SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo kontekste išimtinių teisių suteikimo *per se* teisėtumo klausimas visuomet buvo vertinamas labai kontraversiškai. Viena vertus, doktrinoje ir teislių praktikoje pripažįstama, kad dominuojančios padėties sukūrimas valstybei suteikiant išimtines teises *per se* negali būti laikomas SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimu. Kita vertus, vertinant valstybės veiksmais sukuriama poveikį konkurencijai, yra pakankamai akivaizdu, kad išimtinių teisių suteikimas pašalina bet kokią konkurencijos galimybę ir yra gerokai žalingesnis, nei SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą sudarantys valstybės veiksmai, kuriais valstybė apsaugo ir/ar sustiprina specialų santykį su valstybe turinčių subjektų užimamą dominuojančią padėtį rinkoje. Tokios praktikos kontekste susidaro įspūdis, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. požiūriu valstybės sprendimas suteikti išimtines teises turi savotišką imunitetą, kuris reikšmingai apriboja SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo apimtį. Atitinkamai, šiame disertacijos poskyryje bus nagrinėjami tokio imuniteto susiformavimo teisiniai pagrindai ir ribos.

4.4.1. Išimtinųjų teisių teisėtumo prezumpcijos susiformavimas

Absoliučioje daugumoje SESV 106(1) str. ir 102 str. bylų aiškinant taikomų teisės normų turinį *inter alia* nurodoma, kad dominuojančios padėties sukūrimas suteikiant išimtinę teisę pats savaime nėra laikomas SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimu. Tokia teisinė pozicija paprastai kildinama iš 1974 m. ESTT sprendimo *Sacchi*⁵⁷⁹ byloje. Šioje byloje teismo padaryta išvada dėl išimtinųjų teisių *per se* teisėtumo iš esmės yra grindžiama SESV 106(1) str. formuluotės analize: jeigu SESV 106(1) str. taikymas yra siejamas su valstybės priemonėmis, kurios yra nukreiptos į išimtinųjų teisių turėtojus, vadinasi, steigimo sutartyse išimtinųjų teisių teisėtumas yra preziumuojamas:

„[14] [SESV 106(1) str.] *inter alia* suteikia galimybę valstybėms narėms suteikti ūkio subjektams specialias ar išimtinę teises. Jokia Sutarties nuostata neriboja valstybių narių galimybės vadovaujantis neekonominio pobūdžio viešaisiais interesais pašalinti radijo ir televizijų transliacijas, įskaitant transliavimą kabeliniais tinklais, iš konkurencijos teisės nuostatų taikymo apimties, suteikiant vienai ar kelioms institucijoms išimtinę teisę veikti šioje srityje. <...> [SESV 102 str. ir 106 str.] bendra interpretacija suponuoja išvadą, kad monopolinė padėtis, kuria naudojasi ūkio subjektai valstybės suteiktų išimtinųjų teisių pagrindu, nėra kaip tokia, nesuderinama su [SESV 102 str.] reikalavimais. Atitinkamai, analogiška išvada taikoma ir išimtinųjų teisių išplėtimui, kuris pasireiškia valstybei vykdant naują intervenciją.“

Sacchi byloje suformuluota teisinė pozicija nuosekliai kartojama praktiškai visuose Komisijos, Bendrojo teismo ir ESTT sprendimuose, todėl diskutuoti su šioje byloje suformuluota principine idėja, kad išimtinųjų teisių suteikimas savaime nėra laikomas pažeidimu, yra praktiškai neįmanoma. Kita vertus, analizuojant vėlesnius ESTT ir Komisijos sprendimus, taip pat galima pakankamai aiškiai matyti, kad *Sacchi* byloje suformuluoto teisėtumo prezumpcijos apimtis buvo nuosekliai mažinama. Pagrindą peržiūrėti šios prezumpcijos taikymą sudarė 1991 m., ESTT sprendimas *Telekomunikacijų galinių įrenginių* byloje⁵⁸⁰, kurioje teismas pakankamai subtiliai užsiminė, kad *ne visos* išimtinės teisės yra suderinamos su Europos Sąjungos teisės reikalavimais⁵⁸¹, taip pažeisdamas išimtinųjų teisių teisėtumo imunitetą. Savo ruožtu vėlesniais laikotarpiais buvo aktyviai siekiama išsiaiškinti tokio *per se* teisėtumo ribas, t.y. kada visgi valstybės suteiktos išimtinės teisės gali būti neteisėtos.

Per labai trumpą laikotarpį ESTT praktikoje buvo apibrėžtos kelios kategorijos specifinių situacijų, kuriomis valstybės suteiktos išimtinės teisės visgi gali būti pripažintos pažeidžiančiomis SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimus. Šiuo atžvilgiu ESTT pripažino, kad išimtinųjų teisių suteikimas gali būti neteisėtas, jeigu išimtinųjų teisių turėtojas akivaiz-

579 ESTT sprendimas byloje Nr. C-155/73, *The State v. Giuseppe Sacchi*, ECLI:EU:C:1974:40.

580 STT sprendimas byloje Nr. C-202/88, *Prancūzija v. Komisija (Telekomunikacijų galinių įrenginių byla)*, ECLI:EU:C:1991:120.

581 žr. ESTT sprendimą byloje Nr. C-202/88, *Prancūzija v. Komisija (Telekomunikacijų galinių įrenginių byla)*, ECLI:EU:C:1991:120, 22 paragrafą, kuriame pirmą kartą buvo pasakyta, kad ne visos išimtinės teisės yra suderinamos su Europos Sąjungos teisės reikalavimais.

džiai nesugeba patenkinti kylančios paklausos (pvz. *Hofner*⁵⁸²), išimtinės teisės sukuria interesų konfliktą, skatinantį ūkio subjektą piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi (pvz. *GB-INNO-BM*⁵⁸³), ar sudaro galimybę ūkio subjektui išplėsti savo dominuojančią padėtį į susijusias rinkas, suteikiant tokiam ūkio subjektui galimybę reguliuoti savo konkurentų veiklą ar tiesiog suteikiant išimtinės ar specialias teises veikti tokiose susijusiose rinkose (pvz. *Connect Austria*⁵⁸⁴).

Natūralu, kad tokios teisinės praktikos evoliucijos kontekste netruko kilti klausimas, kiek apskritai aktualus išlieka *Sacchi* byloje suformuluotas principas, kad išimtinių teisių suteikimas savaime nesudaro SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo. Tokią abejonę pirmiausiai iškėlė ESTT sprendimas *Porto di Genoa*⁵⁸⁵ byloje. Šioje byloje ESTT nagrinėjo Italijoje kilusią situaciją, kai išimtinę teisę atlikti uosto darbus turinti uosto bendrovė savo kliento atžvilgiu atliko eilę veiksmų, kurie visi potencialiai galėjo būtų laikomi SESV 102 str. pažeidimu, o tokio ginčo kontekste kilo klausimas dėl uosto bendrovei suteiktos išimtinės teisės atitikimo SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimams.

Atsakydamas į nacionalinio teismo iškeltus klausimus, ESTT patvirtino, kad išimtinės teisės suteikimas savaime nėra laikomas pažeidimu⁵⁸⁶, ir tai, kad toks pažeidimas egzistuoja tik tuomet, jeigu valstybės suteiktos išimtinės teisės verčia arba skatina SESV 102 str. pažeidimą sudarančius veiksmus⁵⁸⁷. Visgi šioje byloje įdomiausia yra tai, kad konstatuodamas išimtinės teisės prieštaravimą SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimams teismas įžvelgė *skatinimą* pažeisti SESV 102 str. reikalavimus pačioje išimtinėje teisėje vykdyti uosto darbus⁵⁸⁸. Šiuo atžvilgiu reikia pripažinti, kad kiekvienas ūkio subjektas, gaudamas išimtinės teises, kartu įgyja didesnę ar mažesnę paskatą vykdyti SESV 102 str. pažeidimą sudarančius veiksmus. Atitinkamai, *Porto di Genoa* byloje teismui pripažinus, kad tokios *paskatos* visiškai pakanka SESV 106(1) str. ir 102 str. pagrindu pripažįstant išimtinių teisių neteisėtumą taikant veiksmų teoriją, toks teismo sprendimas leido reikšmingai suabejoti išimtinių teisių teisėtumo prezumpcijos galiojimu.

Porto di Genoa byloje iškelta abejonė buvo patvirtinta 1993 m. ESTT nagrinėtoje *Corbeau*⁵⁸⁹ byloje. Šioje byloje ginčas kilo tuomet, kai p. Corbeau, teikiantis pašto pasiuntinių paslaugas, buvo apkaltintas pažeidusiu Belgijos pašto bendrovei suteiktas išimtinės teises. Bylą nagrinėjantis teismas kreipėsi į ESTT prašydamas paaiškinti, ar pažeistos Belgijos pašto bendrovei suteiktos išimtinės teisės neprieštarauja Europos Sąjungos teisei, t.y. SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimams. Skirtingai nuo ankstesnių savo sprendimų, *Corbeau* byloje ESTT išimtinių teisių analizę iš karto pradėjo nuo vertinimo, ar Belgijos

582 ESTT sprendimas byloje Nr. C-41/90, Klaus Höfner ir Fritz Elser v Macrotron GmbH, ECLI:EU:C:1991:161.

583 ESTT sprendimas byloje Nr. C-18/88, Régie Des Télégraphes et des Téléphones v. GB-INNO-BM SA, ECLI:EU:C:1991:474.

584 ESTT sprendimas byloje Nr. C-462/99, Connect Austria, ECLI:EU:C:2003:297.

585 ESTT sprendimas byloje Nr. C-179/90, Merci convenzionali porto di Genova SpA v Siderurgica Gabrielli SpA., ECLI:EU:C:1991:464.

586 Ibid., 16 paragrafas.

587 Ibid., 17 paragrafas.

588 Ibid., 19 paragrafas.

589 ESTT sprendimas byloje Nr. C-320/91, Corbeau, ECLI:EU:C:1993:198.

paštui suteiktos išimtinės teisės tenkino SESV 106(2) str. numatytos išimties sąlygas. Tokia teismo motyvacija buvo suprasta kaip ESTT patvirtinimas, kad išimtinių teisių suteikimas savaime pažeidžia SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimus, nebent būtų laikomas pateisinamas SESV 106(2) str. numatyta išimtimi. Kitaip tariant, *Sacchi* byloje suformuluota išimtinių teisių teisėtumo prezumpcija buvo pakeista alternatyvia prezumpcija, kad išimtinių teisių suteikimas yra neteisėtas, nebent galėtų būti pateisintas išskirtinėmis specifiniam atvejui būdingomis aplinkybėmis⁵⁹⁰.

4.4.2. *La Crespelle*

Porto di Genoa ir Corbeau bylų precedentai savo laikmečiui iš tiesų buvo pakankamai radikalūs, todėl, praėjus tik metams nuo *Corbeau* bylos sprendimo, ESTT nusprendė šio principo taikymą peržiūrėti 1994 m. nagrinėtoje *La Crespelle*⁵⁹¹ byloje. Šioje byloje ESTT vertino Prancūzijos suteiktų išimtinių teisių teikti apseklinimo paslaugas atitikimą SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimams kilus ginčui dėl tokio apseklinimo centro taikomų pernelyg didelių kainų. Skirtingai nei *Corbeau* byloje, čia teismas įžvelgė poreikį nagrinėti išimtinių teisių atitikimą SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimams prieš analizuodamas galimybę taikyti SESV 106(2) str. numatytą išimtį tokių išimtinių teisių suteikimui. Maža to, skirtingai nei *Porto di Genoa* byloje teismas sprendė, kad priežastinis ryšys tarp valstybės suteiktų išimtinių teisių ir tokių teisių turėtojų taikomų pernelyg didelių paslaugų kainų yra pernelyg tolimas, kad būtų galima įžvelgti SESV 106(1) str. pažeidimą tokias teises suteikusios valstybės narės veiksmuose⁵⁹². Kitaip tariant, *La Crespelle* byloje reikšmingai rėmėsi veiksmų teorija ir pažeidimo konstatavimo tikslais reikalavo nustatyti tiek SESV 102 str. draudžiamus piktnaudžiavimo veiksmus, tiek tiesioginį priežastinį ryšį tarp valstybės suteiktų išimtinių teisių ir *La Crespelle* piktnaudžiavimo veiksmų.

Toks teismo sprendimas sudarė pakankamai ryškų kontrastą *Corbeau* byloje suformuluotam išimtinių teisių neteisėtumo principui (*Corbeau* byla *La Crespelle* sprendime apskritai nepaminėta): po šių sprendimų vėl imta galvoti, kad išimtinių teisių suteikimas savaime nesudaro pažeidimo – tokiam pažeidimui nustatyti būtina konstatuoti papildomų SESV 102 str. pažeidimą sudarančių aplinkybių egzistavimą, pvz. dominuojančios padėties išplėtimą į susijusias rinkas, paklausos nepatenkinimą ir t.t.. Kartu šis sprendimas reikalavo pakartotinai spręsti, kokio intensyvumo turi būti valstybės skatinimas pažeisti SESV 102 str. reikalavimus, kad valstybės veiksmus galima būtų pripažinti SESV 106(1) str. pažeidimu: ar pakanka „skatinimo“, kuris natūraliai kyla iš pačios išimtinės teisės suteikimo, ar visgi motyvacija pažeisti SESV 102 str. reikalavimus turi būti papildomai stimuliuojama specifinių konkrečios bylos aplinkybių.

590 Tokia pozicija buvo aktyviai palaikoma ir doktrinoje, atskiriems autoriams netgi implikuojant įvykus velvetinei revoliucijai teismų praktikoje. Žr. Anthony Gardner, "The Velvet Revolution: Article 90 and the Triumph of the Free Market in Europe's Regulated Sectors," *European Competition Law Review* 16, 2 (1995): 80-81.

591 ESTT sprendimas byloje Nr. C-323/93, *Société Civile Agricole du Centre d'Insémination de la Crespelle v Coopérative d'Elevage et d'Insémination Artificielle du Département de la Mayenne*, ECLI:EU:C:1994:368.

592 *Ibid.*, 16-22 paragrafai.

4.4.3. ESTT praktikos evoliucija po *Corbeau* ir *La Crespelle* sprendimų

Analizuojant vėlesnius ESTT sprendimus (*Dusseldorp*⁵⁹³ ir *Deutsche Post*⁵⁹⁴) galima daryti išvadą, kad *La Crespelle* sprendimas tik kuriam laikui atidėjo diskusijas dėl savaiminio išimtinių teisių neteisėtumo. Savo ruožtu ESTT buvo linkęs pakankamai atsargiai sugrįžti prie pozicijos, išdėstytos *Porto di Genoa* ir *Corbeau* sprendime.

1998 m. *Dusseldorp*⁵⁹⁵ sprendime ESTT sprendė, ar prieštarauja SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimams Olandijos nustatytas įpareigojimas pristatyti pavojingas atliekas sutvarkymui konkrečiam valstybės paskirtam atliekų tvarkytojui. Pasisakydamas dėl tokios išimtinės teisės teisėtumo ESTT pakartojo, kad dominuojančios padėties sukūrimas pats savaime nėra laikomas SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimu, tačiau kartu nurodė, kad toks pažeidimas bus padarytas tuomet, jeigu valstybė imsis priemonių, kurios „*igalina ūkio subjektą, kuriam ji suteikė išimtinės teises, piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi*“. Savo ruožtu, nagrinėjamoje ginčo situacijoje teismas išvelgė pažeidimą nurodydamas, kad valstybės nustatytas įpareigojimas privilegijuoja išimtinės teisės turėtoją „*igalinant jį sutvarkyti atliekas, kurios buvo skirtos sutvarkyti trečiajam asmeniui*“. Teismui susiejus pažeidimą su išimtinės suteikta *galimybė* pažeisti SESV 102 str. reikalavimus, iš esmės buvo sugrįžta prie *Porto di Genoa* taikomo teisinio standarto, t.y. galimybė naudotis išimtinėmis teisėmis visuomet „*igalins*“ ūkio subjektą piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi, todėl kiekviena išimtinė teisė yra neteisėta, nebent tokios teisės suteikimą galima bus pateisinti SESV 106(2) str. numatytais pagrindais⁵⁹⁶.

Įspūdį dėl tokios teismo pozicijos sustiprino 2000 m. priimtas ESTT sprendimas *Deutsche Post*⁵⁹⁷ byloje, kuris sprendė klausimą dėl Vokietijos pašto bendrovei suteiktos išimtinės teisės atitiktis SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimams analogiškai kaip ir *Corbeau* byloje. Savo ruožtu, ESTT sprendimo *Deutsche Post* motyvacija visiškai atkartoja *Corbeau* bylos sprendimo motyvus. Sprendime ESTT pirmiausiai patvirtina, kad išimtinių teisių suteikimas *savaime* nesudaro SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo, tačiau tuomet paaiškina, kad SESV 106(1) str. turi būti interpretuojamas kartu su SESV 106(2) str., ir iš karto pereina prie SESV 106(2) str. numatytos išimties taikymo analizės. Tokia teismo analizės struktūra paskatino manyti, kad *Corbeau* byloje suformuluotas principas vėl galėtų būti taikomas.

593 ESTT sprendimas byloje Nr. C-203/96, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV ir kiti v Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, ECLI:EU:C:1998:316.

594 Sprendimas sujungtose bylose Nr. C-147/97 ir C-148/97, *Deutsche Post AG v Gesellschaft für Zahlungssysteme mbH GZS* (C-147/97) and *Citicorp Kartenservice GmbH* (C-148/97), ECLI:EU:C:2000:74.

595 ESTT sprendimas byloje Nr. C-203/96, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV ir kiti v Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, ECLI:EU:C:1998:316, 54-64 paragrafai

596 Tokios pozicijos laikosi ir Zevgolis, žr. Nikolaos E. Zevgolis, "Anti-Competitive Conduct from Public or Privileged Enterprises: Towards a Per Se Abuse of Dominant Position? Applicability of the Provision of TFEU Article 106(2) by National Competition Authorities," *European Competition Law Review* 33, 2 (2012): 87.

597 Sprendimas sujungtose bylose Nr. C-147/97 ir C-148/97, *Deutsche Post AG v Gesellschaft für Zahlungssysteme mbH GZS* (C-147/97) and *Citicorp Kartenservice GmbH* (C-148/97), ECLI:EU:C:2000:74, 39-44 paragrafai.

Kita vertus, naujai kylantį entuziazmą kalbėti apie išimtinių teisių neteisėtumo prezumpciją apribojo 2000 m. ESTT sprendimas *Sydhavnens*⁵⁹⁸ byloje. Kaip ir *Dusseldorp* šioje byloje buvo nagrinėjamas klausimas dėl išimtinių teisių suteikimo atliekų tvarkytojams ir analogiškai kaip *Dusseldorp* byloje pareiškėjas savo poziciją grindė tuo, kad tokių išimtinių teisių suteikimas įgalina piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi: išimtinių teisių suteikimas suteikia išimtinių teisių turėtojams galimybę sutvarkyti atliekas, kurios sutvarkymui galėjo būti skirtos trečiajam asmeniui. Nepaisant to, ESTT atsisakė pripažinti tokių išimtinių teisių neteisėtumą, nurodydamas, kad byloje išdėstyti faktai nesuponuoja jokie išimtinių teisių turėtojų vykdomo SESV 102 str. pažeidimo⁵⁹⁹, skirtingai nei siūlė išvadą byloje teikiantis generalinis advokatas *Leger*⁶⁰⁰ ir pats teismas buvo pripažinęs *Dusseldorp* byloje. Tokiu būdu ESTT vėl sukėlė abejonę dėl to, kokio intensyvumo *skatinimas* pažeisti SESV 106(1) str. reikalingas siekiant konstatuoti valstybės priemonių prieštaravimą SESV 106(1) str. reikalavimams ir, atitinkamai, išimtinių teisių neteisėtumo prezumpcijos taikymą.

Kaip išsamiai aptariama šios disertacijos 4.3.4 poskyryje, prieš išimtinių teisių teisėtumo prezumpcijos taikymo vėl buvo grįžta gerokai vėlesniame 2014 m. ESTT sprendime *Greek lignite* byloje ir 2015 m. *Slovenska posta* byloje. Šiuose sprendimuose pateikta motyvacija suponuoja, kad išimtinių teisių suteikimas yra neteisėtas *savaime*, kadangi pažeidimo nustatymui nebūtina nustatyti absoliučiai jokių piktnaudžiavimo veiksmų, – tik lygių konkurencijos galimybių iškreipimo faktą, kuris turėtų būti būdingas absoliučiai visiems išimtinių teisių suteikimo atvejais:

„46. <...> Viskas, ką reikia padaryti Komisijai, – tai yra įrodyti potencialią ar realią antikonkurencinę pasekmę, kuri gali kilti dėl nagrinėjamų valstybės priemonių. Atitinkamai, toks pažeidimas gali būti nustatytas, kai valstybės veiksmai padarė poveikį rinkos struktūrai, sukuriant nevienodas konkurencijos sąlygas atskiroms bendrovėms, sudarydami galimybę viešiesiems ūkio subjektams arba ūkio subjektams, kuriems yra suteiktos specialios ar išimtinės teisės **apsaugoti (pavyzdžiui, apsunkinant naujų dalyvių įėjimą į rinką), sustiprinti ar išplėsti savo dominuojančią padėtį į kitas rinkas, tokiu būdu apribodami konkurenciją, nereikalaujant įrodyti konkretaus pažeidimo**“.

Kita vertus, kaip aptarta šios disertacijos 4.3.4 poskyryje, išsamesnė šių sprendimų analizė suponuoja, kad 2014 m. priimtame *Greek lignite* sprendime ar 2015 m. *Slovenska posta* sprendime teismai visgi išlaikė principą, kad kažkokia apimtimi išimtinių teisių suteikimas turi būti teisėtas.

4.4.4. ESTT praktikos vertinimas

Analizuojant tokią ESTT praktiką, pirmiausiai reikėtų pripažinti, kad teismas iki šiol nėra linkęs atsisakyti iš *Sacchi* bylos kylančios principinės idėjos, kad išimtinių teisių su-

598 ESTT sprendimas byloje Nr. C-209/98, Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) v Københavns Kommune, ECLI:EU:C:2000:279.

599 *Ibid.*, 66-72 paragrafai.

600 Išvados 86-95 paragrafai.

teikimas pats savaime nėra laikomas SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimu (tai aiškiai liudija tokio principo paminėjimas naujausiose *Greek lignite* ir *Slovenska posta* bylose). Tokia teismo pozicija iš esmės reiškia, kad bet kokia teorija, bandanti paaiškinti išimtinių teisių atitikimą SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimams reikalavimus, turi būti grindžiama prielaida, kad dalis išimtinių teisių yra teisėtos.

Savo ruožtu, ESTT praktika suponuoja dvi skirtingas teorijas, kurių abi puikiai derėtų su *Sacchi* byloje suformuluotu principu.

Corbeau tipo teorija teigia, kad išimtinių teisių suteikimas yra neteisėtas, nebent tokių teisių suteikimą galima pateisinti SESV 106(2) str. numatyta išimtimi. Tokia teorija puikiai įsikomponuoja į *Sacchi* bylos motyvaciją: išimtinės teisės iš tiesų *savaime* negali būti laikomos SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimu, kadangi išimtinių teisių egzistavimą atskirais atvejais galima pateisinti SESV 106(2) str. numatytais atvejais (todėl tokios išimtinės teisės ir minimos SESV 106(1) str. formuluotėje). Konceptiniu požiūriu tokia teorija turi labai stiprų pagrindimą. Jeigu pripažįstame, kad dominuojančios padėties išplėtimas į kitas rinkas (su anksčiau aptartomis išimtimis) valstybės priemonėmis savaime sudaro SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą (*GB-INNO-BM*⁶⁰¹), o pažeidimu galima vertinti ir valstybės priemones, padedančias apsaugoti ar sustiprinti dominuojančią padėtį (*Connect Austria*), nėra jokios racionalios priežasties, leidžiančios teigti, kad *aukščiausio* laipsnio konkurencijos iškraipymo atžvilgiu, kuris pasiekiamas suteikiant išimtines teises, turėtų būti daroma kitokia išvada.

Savo ruožtu, „papildomo elemento“ teorija išimtinių teisių neteisėtumo kartelę kilsteli šiek tiek aukščiau ir reikalauja susieti priežastiniu ryšiu valstybės suteiktą išimtinę teisę su SESV 102 str. pažeidimu. Priklausomai nuo taikomos teorijos požiūris į reikalaujamą priežastinio ryšio intensyvumą (pvz. ar valstybės priemonė „vertė“, „skatino“ ar „įgali-no“ piktnaudžiavimo veiksmus) ar poreikį tiksliai apibrėžti SESV 102 str. pažeidimą, su kuriuo siejamas valstybės priemonės neteisėtumas (pvz. reikalaujant identifikuoti realiai tikėtina, hipotetinė ar abstraktų SESV 102 str. pažeidimą) gali reikšmingai skirtis. Visgi taikant „papildomo elemento“ teoriją, akivaizdu yra tai, kad antikonkurencinės pasekmės ir priežastinis ryšys turi būti įrodinėjami prieš konstatuojant išimtinės teisės prieštaravimą SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimams ir svarstant galimybę pateisinti tokių išimtinių teisių suteikimą SESV 106(2) str. numatytais teisiniais pagrindais⁶⁰².

Tokia teorija pašalina galimybę kalbėti apie *per se* išimtinių teisių neteisėtumą, kadangi labai specifinių bylos aplinkybių kontekste teoriškai įmanomos situacijos, kai valstybės suteiktos išimtinės teisės negalės būti susietos su SESV 102 str. veiksmingumo sumažinimu.

Atsižvelgiant į ESTT praktikos nenuoseklumą, tiksliai atsakyti į klausimą, kuri teorija turėtų būti taikoma vertinant išimtinių teisių teisėtumą (ar egzistuoja *per se* neteisėtumo taisyklė) šiame teismų praktikos evoliucijos kontekste yra pakankamai sunku. Iš tiesų reikia pripažinti, kad ESTT sprendimuose aiškaus atsakymo šiuo klausimu nėra pateikiama,

601 ESTT sprendimas byloje Nr. C-18/88, *Régie Des Télégraphes et des Téléphones v. GB-INNO-BM SA*, ECLI:EU:C:1991:474.

602 Žr. Eleni Manaridou, "The Greek Lignite Sprendimas byloje: A (Questionable) Victory of The "Effects Theory," *European Law Review* 40, June (2015): 429.

todėl bent jau šiame teismų praktikos evoliucijos etape galima kalbėti tik apie ESTT pateikiamas užuominas ir vyraujančias tendencijas.

Šiuo atžvilgiu, matyt, reikėtų pripažinti, kad ESTT praktikoje yra siekiama suderinti labai skirtingas teorijas, kurios buvo kuriamos nuo 1974 m. *Sacchi* iki 2014 m. *Greek lignite* sprendimo. Viena vertus, ESTT siekia išlaikyti nuoseklumą su *Sacchi* principine idėja, kad išimtinių teisių suteikimas savaime nėra laikomas pažeidimu, ir reikalauja įrodinėti priešastinių ryši tarp valstybės priemonių ir SESV 102 str. veiksmingumo sumažinimo, taikant įvairias tokį paaiškinimą pateikiančias teorijas (pvz. paklausos nepatenkinimas, interesų konflikto sudarymas ir t.t.)⁶⁰³. Kita vertus, kiekviena šių teorijų šiuo metu leidžia įrodinėti pažeidimą taikant tokius žemus įrodinėjimo standartus priešastiniam ryšiui tarp valstybės priemonių ir SESV 102 str. veiksmingumo sumažinimo, kad atskirų teorijų atveju labai sunku identifikuoti situacijas, kuriose valstybės suteiktos išimtinės teisės nesuponuotų SESV 102 str. veiksmingumo sumažinimo. Tokiu būdu netgi deklaruodama *Sacchi* principo tęstinumą, ESTT praktika yra labai artima *Corbeau* byloje konstatuotam *per se* išimtinių teisių neteisėtumo principui.

Tokia praktika reikalauja sutikti su *Buendia* vertinimu, kad šiuo metu egzistuojanti teisinė situacija iš esmės yra labai artima *Corbeau* byloje suformuluotai principinei idėjai: išimtinės teisės suteikimas yra neteisėtas, nebent tokios teisės suteikimas gali būti pateisinamas SESV 106(2) str. pagrindu. *Buendia* vertinimu, dėl tokios taisyklės iš esmės yra sutariama tiek Komisijos, tiek valstybių narių lygmenyje, ką iš esmės patvirtina šiuo metu vykstanti aktyvi diskusija ne dėl SESV 106(1) str. ir 102 str. numatyto pažeidimo, o dėl SESV 106(2) str. numatytos išimties taikymo sąlygų⁶⁰⁴. Visgi tokios tendencijos ir priartėjimas prie *Corbeau* principo bent jau šiame ESTT praktikos kontekste nesudaro prielaidų implikuoti SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo vien tik nustačius, kad valstybė suteikė specialų santykį su valstybe turinčiam ūkio subjektui išimtinę teisę, kuri negali būti pateisinama SESV 106(2) str. numatyta išimtimi. Tokį pažeidimą galėsime konstatuoti tik įvertinę suteiktų išimtinių teisių sukuriamą poveikį konkurencijai ir tokį poveikį įkomponavę į vieną iš šioje disertacijoje nagrinėtų pažeidimo teorijų⁶⁰⁵.

603 Tokia pozicija kartojama ir kitose pakankamai naujose ESTT bylose, t.y. "Valstybė narė pažeis draudimus numatytus šiose teisės normose tik tokiu atveju, jeigu nagrinėjimas ūkio subjektas vien tik naudodamasis jam suteiktomis išimtinėmis teisėmis atlieka piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi veiksmus, arba tuomet, kai tokios teisės skuria situaciją, kurioje toks ūkio subjektas yra skatinamas atlikti tokius piktnaudžiavimo veiksmus", žr. ESTT sprendimas byloje Nr. C-437/09, Ag2r *Prévoyance v. Beaudout Père Et Fils Sarl*, ECLI:EU:C:2011:112, 68 paragrafas; ESTT sprendimas byloje Nr. C-351/12, *OSA - Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o.s. v Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s.*, ECLI:EU:C:2014:110; Sprendimas Byloje Nr. C-437/09, Ag2r *Prévoyance v. Beaudout Père Et Fils Sarl*, ECLI:EU:C:2011:112, 83 paragrafas.

604 Jonathan Faull ir Ali Nikpay, *Faull & Nikpay, the EU Law of Competition*, 3rd edition. ed. (Oxford: Oxford university Press, 2014), 834.

605 Günther Hirsch, Frank Montag, ir Franz Jürgen Säcker, *Competition Law: European Community Practice and Procedure, Article-by-Article Commentary* (London: Sweet & Maxwell, 2008), 1289; Eleni Manaridou, "The Greek Lignite Sprendimas byloje: A (Questionable) Victory of The "Effects Theory," *European Law Review* 40, June (2015): 429.

Apibendrinant šiame poskyryje išdėstytus argumentus, galima akcentuoti kelis aspektus, susijusius su išimtinų teisių suteikimo *per se* neteisėtumu:

- (i) Šiame teismų praktikos evoliucijos etape nėra pagrindo teigti, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą vien tik nustačius, kad valstybė suteikė specialų santykį su valstybe turinčiam ūkio subjektui išimtinę teisę, kuri negali būti pateisinama SESV 106(2) str. numatyta išimtimi. Tokį pažeidimą galėsime konstatuoti tik įvertinę suteiktų išimtinų teisių sukuriamą poveikį konkurencijai ir tokį poveikį įkomponavę į vieną iš disertacijoje nagrinėtų pažeidimo teorijų, *kuri paaiškina tokių išimtinų teisių suteikimo įtaką SESV 102 str. veiksmingumo sumažinimui*.
- (ii) Reikalavimui parodyti išimtinų teisių suteikimo įtaką SESV 102 str. veiksmingumo sumažinimui keliamas nustatomas pakankamai žemas įrodinėjimo standartas. Atitinkamai, netgi pripažįstant, kad išimtinų teisių suteikimas savaime nesudaro pažeidimo, praktinėse situacijose išimtinų teisių suteikimo teisinio vertinimo rezultatas yra labai artimas *Corbeau* byloje suformuluotai principinei idėjai, kad išimtinės teisės suteikimas yra neteisėtas, nebent tokios teisės suteikimas gali būti pateisinamas SESV 106(2) str.

IŠVADOS

Tyrimo mokslinė problema buvo siejama su tuo, kad galiojančioje teisėje nėra pakankamo aiškumo, kokie konkrečiai teisiniai elementai turėtų būti įrodyti konstatuojant valstybės atsakomybę pagal SESV 106(1) str. ir 102 str. už specialų santykį su valstybe turinčių subjektų privilegijavimą. Savo ruožtu, tyrimo tikslą sudarė minėtuose straipsniuose įtvirtinto pažeidimo teisinės sudėties elementų turinio atskleidimas.

Tokių tikslų kontekste atliktas mokslinis tyrimas leido suformuluoti pagrindines taisyklės, pagal kurias turėtų būti vertinamas valstybės veiksmų suderinamumas su SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimais tokiais atvejais, kai valstybė vykdo intervenciją į rinką proteguodama specialų santykį su valstybe turinčius subjektus.

Prielaidos, leidžiančios taikyti valstybių narių atsakomybę už draudimo piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi veiksmingumo sumažinimą

- (i) Valstybių narių atsakomybė pagal SESV 106(1) str. ir 102 str. kyla, kai valstybė sumažina SESV 102 str. numatyto draudimo piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi veiksmingumą. Nustatant pažeidimą būtina įrodyti dviejų teisės normų teisinės sudėties elementus:
 - SESV 106(1) str. taikymo tikslais būtina įrodyti, kad: (a) nagrinėjami veiksmai gali būti laikomi „valstybės priemonėmis“; (b) priemonės yra nukreiptos į „ūkio subjektus“; (c) ūkio subjektai turi specialų santykį su valstybe;
 - SESV 102 str. taikymo tikslais būtina įrodyti, kad (a) ūkio subjektas užima dominuojančią padėtį rinkoje; (b) valstybės priemonėmis mažinamas SESV 102 str. numatyto draudimo veiksmingumas; (c) egzistuoja poveikis prekybai tarp valstybių narių.
- (ii) SESV 106(1) str. numatytas „valstybės priemonės“ gali sukurti bet kuris valstybinės valdžios subjektas. Visgi „valstybės priemonėmis“ pripažįstamas tik toks institucijų veikimas, kai nagrinėjamais veiksmais valstybės institucijos įgyvendina valstybinės valdžios funkcijas.
- (iii) SESV 106(1) str. taikymo tikslais „ūkio subjekto“ samprata yra siejama su prekių ar paslaugų siūlymu rinkoje (ekonomine veikla). Veiklos ekonominio pobūdžio įrodinėjimas yra sudėtingas *išimtinių* teisių suteikimo byloje. Teisinės monopolijos kontekste eliminuojami praktiniai pavyzdžiai, liudijantys atitinkamų prekių ar paslaugų rinkos egzistavimą, todėl tokiose byloje „ūkinės veiklos“ įrodinėjimas turi būti grindžiamas teoriniais argumentais ir netiesioginiais įrodymais, liudijančiais, kad monopolizuota veikla nesudaro klasikinių valstybės funkcijų ir savo esme galėtų būti vykdoma privačių subjektų siekiant pelno.
- (iv) SESV 106(1) str. taikymo tikslais valstybės priemonių adresatai gali būti valstybės ūkio subjektai ir ūkio subjektai, turintys išimtinės ar specialias teises. Tyrimo rezultatai leidžia daryti kelias išvadas dėl šių subjektų pobūdžio:
 - valstybės ūkio subjektų ir ūkio subjektų turinčių išimtinės ar specialias teises kategorija yra išskirta dėl specialaus santykio su valstybe, kuris suteikia valstybei motyvą proteguoti tokių subjektų veiklą. Tačiau nagrinėjamas teisinis

- instrumentas nesukuria šiems subjektams jokių papildomų pareigų, kurių neturėtų kiti ūkio subjektai;
- valstybės ūkio subjektais laikomi subjektai, kurių atžvilgiu valstybė įgyvendina *lemiamą įtaką*. Tokios įtakos susiformavimas turėtų būti vertinamas taikant teisinius kriterijus, kurie taikomi nustatant *kontrolės* susiformavimą koncentracijų kontrolės tikslais;
 - specialių ir išimtinių teisių sąvokos siejamos su situacija, kada valstybė suteikia ūkio subjektui teises, kuriomis naudojasi tik *ribota* subjektų grupė, ir tokia priemonė reikšmingai apriboja kitų subjektų galimybę vykdyti analogišką ekonominę veiklą toje pačioje geografinėje teritorijoje. Konstatuojant išimtinių ar specialiųjų teisių suteikimą nėra teisiškai reikšminga, ar tokios teisės buvo suteiktos konkurso būdu;
 - specialių santykių su valstybe visuomet turės ūkio subjektai, integruoti į valstybės institucijų sudėtį (t.y. neturintys savarankiško teisinio subjektiškumo).
- (v) Įrodinėjant dominuojančios padėties egzistavimą SESV 106(1) str. ir 102 str. įtvirtinto pažeidimo požiūriu taikomas teisinis standartas, kuris įprastai naudojamas piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi bylose. Tyrimo rezultatai leidžia atmesti doktrinoje sutinkamą nuomonę, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. bylose taikomas supaprastintas dominuojančios padėties įrodinėjimo standartas. Pagal savo pobūdį dominuojančios padėties įrodinėjimas yra sudėtingas procesas, todėl reikalavimas įrodyti šį teisinės sudėties elementą reikšmingai apsunkina SESV 106(1) str. ir 102 str. numatyto pažeidimo įrodinėjimą, išskyrus atvejus, kai vertinamas teisiųjų monopolijų teisėtumas.

Šios išvados patvirtina disertacijos ginamąjį teiginį, kad SESV 106(1) ir 102 str. pažeidimo platesnį taikymą reikšmingai apsunkina pažeidimo teisinės sudėties elementų didelė apimtis bei pakankamai aukštas teisinis standartas taikomas įrodinėjant, kad nagrinėjamos veiklos atžvilgiu nagrinėjamas asmuo veikia kaip „ūkio subjektas“ ir atitinkamoje rinkoje užima dominuojančią padėtį.

Valstybės priemonių santykis su SESV 102 str. numatyto draudimo piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi veiksmingumo sumažinimu

- (vi) Vertinant *valstybių narių* atsakomybę pagal SESV 106(1) str. piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi (SESV 102 str. pažeidimas) įrodinėjamas skirtingai, nei vertinant *ūkio subjekto* piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi veiksmus. Keliant *valstybės* atsakomybės klausimą, SESV 102 str. pažeidimas vertinamas per valstybių narių *lojalumo pareigos* prizmę. Tokio vertinimo metu analizuojami ne tiek veiksmai, kurie galėtų sudaryti piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi, o SESV 102 str. numatyto draudimo veiksmingumo sumažinimas. Vadovaujantis tokiu požiūriu, valstybės atsakomybė gali kilti (a) *verčiant* ar (b) *skatinant* atlikti SESV 102 str. pažeidimą sudarančius veiksmus arba (c) sukuriant situaciją, kurioje *ūkio subjektas nebūtų galėjęs atsidurti neatlikdamas piktnaudžiavimo veiksmų*.

- (vii) Praktikoje SESV 102 str. veiksmingumo sumažinimas vertinamas per tris pažeidimo formas: (a) paklausos nepatenkinimą, (b) interesų konflikto sukūrimą bei (c) bendro pobūdžio draudimo įtvirtinti, sustiprinti arba išplėsti dominuojančią padėtį pažeidimą.

Negalėjimas patenkinti paklausos

- (viii) SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimas konstatuojamas, jeigu išimtinių teisių turėtojas iš *esmės nepatenkina rinkoje egzistuojančios paklausos*. Pažeidimo vertinimo tikslais pagrindinį tyrimo objektą sudaro paklausos nepatenkinimo *situacija*. Atitinkamai, jeigu rinkoje egzistuojanti paklausa yra iš esmės nepatenkinama galima konstatuoti pažeidimo egzistavimą papildomai nevertinant, ar tokią situaciją sukėlė valstybė, suteikdama išimtines teises, ar neefektyviai veikiantis išimtinių teisių turėtojas.
- (ix) Įrodinėjant paklausos nepatenkinimo *faktą* pakanka įrodyti, kad konkrečiu momentu egzistuoja tam tikrų prekių/paslaugų paklausa, kurios išimtinių teisių turėtojas netenkina. Paklausos nepatenkinimu pripažįstamos ir situacijos, kada išimtinių teisių turėtojas tiekia nagrinėjamas prekes/paslaugas, tačiau jų kokybė netenkina individualaus kliento labai specifinių poreikių.
- (x) Toks žemas įrodinėjimo standartas taikomos paklausos nepatenkinimo bylose reiškia, kad priimdama sprendimą monopolizuoti rinkas valstybė privalo sukurti teisinį-administracinį mechanizmą garantuojantį monopolinio prekių/paslaugų teikėjo nuolatinį pasirengimą patenkinti kiekvieno individualaus kliento poreikius. Tokio rezultato pasiekti dėl diversifikuotos paklausos struktūros modernioje ekonomikoje objektyviai neįmanoma. Todėl rinkų monopolizavimas praktiškai visuomet sukurs paklausos nepatenkinimo situacijas, o monopolio atitikimas SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimams priklausys tik nuo galimybės pateisinti konkurencijos ribojimus SESV 106(2) str. numatyta išimtimi.

Interesų konflikto sukūrimas

- (xi) SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimas konstatuojamas, jeigu valstybė sukuria interesų konfliktą, *skatinantį* atlikti piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi veiksmus. Interesų konflikto sukūrimas įžvelgiamas nustačius tris sąlygas: (a) egzistuoja *valstybės* sukurtas mechanizmas, leidžiantis reguliuoti sąlygas, kuriomis prekės/paslaugos gali būti siūlomos rinkoje; (b) tokio mechanizmo kontrolė yra patikima *ūkio subjektui*; (c) tokio mechanizmo kontrolę įgijęs asmuo susiduria su interesų konfliktu, kuris kyla dėl galimybės kontroliuoti savo konkurentų sudaromą konkurencinį spaudimą.
- (xii) Konstatuoti tokio reguliacinio mechanizmo patikėjimą galima tada, kai valstybė suteikia ūkio subjektui galimybę daryti reikšmingą įtaką viešojo administravimo veiklos rezultatui. Tačiau reguliacinio mechanizmo suteikimas gali būti įžvelgiamas ir tada, kai dėl valstybės veiksmų ūkio subjektas tampa neišvengiamu verslo partneriu savo konkurentams, t.y. kai vertikalčiai integruotam subjektui suteikiamos išimtinės teisės veikti priešsrovinėje rinkoje.

- (xiii) Interesų konflikto egzistavimas gali būti konstatuotas ir tais atvejais, kai komercinės bei reguliacinės funkcijos išskaidomos atskiriems asmenims, kurie konkurencijos teisės požiūriu sudaro vieną „ūkio subjektą“. Galimybė išvelgti interesų konflikto susiformavimą ūkio subjektų grupės apimtyje reiškia, kad interesų konfliktas bus sukuriamas praktiškai *visais atvejais*, kai valstybės institucijos nuspręs vykdyti ūkinę veiklą tokioje srityje, kurios atžvilgiu įgyvendina viešojo administravimo įgaliojimus. Pateisinti intereso konflikto situacijos SESV 106(2) str. numatyta išimtimi praktiškai neįmanoma, kadangi valstybė paprastai turi savo dispozicijoje priemonių, kurios galėtų leistų pasiekti išsikeltus tikslus nesukuriant interesų konflikto (t.y. mažiau konkurenciją ribojančiomis priemonėmis). Atitinkamai, nusprendusi vykdyti ūkinę veiklą, valstybė gali išvengti SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo tik užtikrinusi, kad reguliacines funkcijas tokios veiklos atžvilgiu vykdytų *de facto* ir *de jure* tarpusavyje nesusiję asmenys.

Dominuojančios padėties įtvirtinimas, sustiprinimas ar išplėtimas

- (xiv) SESV 106(1) ir 102 str. pažeidimas gali būti konstatuojamas ir taikant bendro pobūdžio draudimą *valstybės priemonėmis* įtvirtinti, sustiprinti arba išplėsti dominuojančią padėtį į kitas rinkas. Tyrimo rezultatai suponuoja, kad tokio pobūdžio draudimas gali būti pažeistas ne tik *de jure* ar *de facto* monopolizuojant rinkas. Toks pažeidimas taip pat gali būti padarytas suteikiant *bet kokią* ekonominę ar strateginę pranašumą specialų santykį su valstybe turinčiam subjektui, kuris įgalina išlaikyti ar sustiprinti dominuojančią padėtį rinkoje ar šią dominuojančią padėtį išplėsti į kitas rinkas.
- (xv) Kadangi SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimas konceptualiai turi būti siejamas su piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi draudimo veiksmingumo sumažinimu, institucijų praktikoje tokie konkurencijos iškraipymai vertinami taikant dvi teorijas (a) *GB-INNO-BM* struktūrinio pažeidimo teoriją; bei (b) lygių galimybių teoriją.
- (xvi) Taikant *GB-INNO-BM* struktūrinio pažeidimo teoriją vertinama valstybės priemonėmis sukurta *situacija*. Tokio vertinimo tikslais siekiama atsakyti į klausimą, ar valstybė sukūrė situaciją, kurios *ūkio subjektas nebūtų galėjęs pasiekti nepažeisdamas SESV 102 str. reikalavimų*. Taikant tokį testą reikalaujama nustatyti *hipotetinį* SESV 102 str. pažeidimą, kurį būtų turėjęs atlikti nagrinėjamas subjektas siekdamas įgyti valstybės priemonėmis sukurtą pranašumą. Savo ruožtu, valstybės atsakomybė už SESV 102 str. *veiksmingumo* sumažinimą kyla už tai, kad suteikdama pranašumą valstybė pašalina ūkio subjekto poreikį atlikti veiksmus, kurie sudarytų tokį *hipotetinį* SESV 102 str. pažeidimą.

Atliktas tyrimas leidžia paaiškinti mažiausiai du probleminius šios teorijos taikymo aspektus:

- taikant *GB-INNO-BM* teoriją nėra aišku, kokiomis aplinkybėmis galima konstatuoti, kad konkrečią padėtį ūkio subjektas galėjo pasiekti *tik* atlikdamas SESV 102 str. pažeidimą sudarančius veiksmus. Tyrimo rezultatai suponuoja, kad pažeidimą reikėtų išvelgti situacijose, kai valstybės priemonės

padeda apsaugoti, sustiprinti ar išplėsti dominuojančią padėtį į kitas rinkas ir tokio rezultato ūkio subjektas nebūtų galėjęs pasiekti *nepasiūlęs geriausios kainos ir kokybės prekių ar paslaugų* (t.y. nekonkuruodamas esminiais konkurencijos parametrais).

- *hipotetinis* SESV 102 str. pažeidimas turi būti siejamas su konkrečios bylos situacija ir realiai tikėtinas nagrinėjamo ūkio subjekto atžvilgu. Atitinkamai, ši teorija neleidžia pažeidimo įžvelgti tada, kai valstybės priemonėmis sukurto rezultato (pranašumo) nagrinėjamas ūkio subjektas negalėjo pasiekti nei piktnaudžiaudamas, nei nepiktnaudžiaudamas dominuojančia padėtimi. Tai sudaro sąlyginai menką, tačiau visgi apribojimą įžvelgti pažeidimą visais konkurencijos iškraipymo atvejais.
- (xvii) Taikant *lygių galimybių teoriją* vertinami ūkio subjekto *veiksmai*. Konceptualiai ši teorija pažeidimo egzistavimą susieja su ūkio subjekto vertimu/skatinimu piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi. Visgi taikant lygių galimybių teoriją nėra reikalaujama įrodinėti *jokio* SESV 102 str. pažeidimo – nei realaus, nei tikėtino, nei hipotetinio. Šiuo atžvilgiu lygių galimybių teorija daro prielaidą, kad, valstybei suteikus bet kokią pranašumą, ūkio subjektas *neišvengiamai* atliks neapibrėžto pobūdžio SESV 102 str. pažeidimą sudarančius veiksmus. Atitinkamai, tokia teorija palieka labai mažai erdvės įrodinėjimui, kad valstybės priemonėmis suteiktas konkurencinis pranašumas nesudaro SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo.
- (xviii) Nereikalaujama nustatyti *hipotetinio* SESV 102 str. pažeidimo lygių galimybių teorija palengvina pažeidimo įrodinėjimą lyginant su GB-INNO-BM struktūrinio pažeidimo teorija. Visgi nepaisant koncepcinių skirtumų vertinant konkurencijos iškraipymus, *GB-INNO-BM* struktūrinio pažeidimo teorija ir lygių galimybių teorija garantuoja panašų rezultatą, nes:
- *de facto* lygių galimybių teorijoje pažeidimo esmę visgi sudaro ne ūkio subjekto piktnaudžiavimo veiksmai, tačiau *valstybės suteiktas* konkurencinis pranašumas;
 - *GB-INNO-BM* teorijoje hipotetinio SESV 102 str. pažeidimo įrodinėjimui keliamas toks žemas įrodinėjimo standartas, kad jis praktiškai prilygsta neapibrėžto pobūdžio pažeidimui, kurį preziumuoja *lygių galimybių teorija*,
 - abi teorijos riboja galimybę konstatuoti pažeidimą įrodžius, kad konkrečios bylos aplinkybių kontekste nagrinėjamas ūkio subjektas negalėjo atlikti SESV 102 str. pažeidimo nepaisant valstybės taikytų intervencijos priemonių.

Šios išvados patvirtina disertacijos ginamąjį teiginį, kad įrodinėjant SESV 102 str. numatyto draudimo piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi *veiksmingumo sumažinimą* keliamas pakankamai žemas įrodinėjimo standartas – *veiksmingumo sumažinimas* gali būti konstatuotas praktiškai visuomet, kai valstybė suteikia konkurencinį pranašumą specialų santykių su valstybe turinčiam ūkio subjektui.

Išimtinių teisių suteikimas, kaip pažeidimas savaiame

- (xix) Tyrimo išvados nesudaro pagrindo manyti, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimas gali būti konstatuojamas *vien tik* nustačius išimtinių teisių suteikimą, kuris negali būti pateisinamas SESV 106(2) str. numatyta išimtimi (t.y. išimtinių teisių neteisėtumo prezumpcija neegzistuoja). Konstatuojant išimtinių teisių neteisėtumą visais atvejais būtina paaiškinti, kaip tokių teisių suteikimas sumažina SESV 102 str. veiksmingumą.
- (xx) Visgi SESV 102 str. *veiksmingumo* sumažinimo įrodinėjimui keliamas žemas įrodinėjimo standartas suponuoja, kad absoliučia dauguma atvejų išimtinių teisių suteikimas bus laikomas SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimu, todėl išimtinių teisių suteikimą iš principo bus galima pateisinti tik įrodžius atitikimą SESV 106(2) str. numatytos išimties reikalavimams.

Šios išvados patvirtina disertacijos ginamąjį teiginį, kad moderniojoje teisėje ir toliau galioja 1974 m. *Sacchi* byloje įtvirtintas principas, kad išimtinių teisių suteikimas *pats savaiame nėra laikomas pažeidimu*, tačiau evoliucionuojant teismų praktikai šio principo turinys reikšmingai pasikeitė. Jeigu istoriškai šis principas sudarė išimtinių teisių *teisėtumo* prezumpciją, moderniojoje teismų praktikoje išimtinių teisių suteikimas *paprastai* laikomas SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimu. Savo ruožtu postulatą, kad „išimtinių teisių suteikimas *pats savaiame nėra laikomas pažeidimu*“, moderniojoje teismų praktikoje *de facto* reiškia tik *galimybę* kiekvieną išimtinių teisių suteikimą pateisinti SESV 106(2) str. numatyta išimtimi, t.y. konkurencijos ribojimas objektyviai reikalingas siekiant užtikrinti visuotinės ekonominės svarbos paslaugų teikimą.

PASIŪLYMAI

Atlikus tyrimą galima daryti išvadą, kad pagrindinę kliūtį efektyvesnei SESV 106(1) str. ir 102 str. apibrėžto pažeidimo kontrolei sudaro pakankamai neaiški Europos Sąjungos institucijų pozicija dėl tokio pažeidimo teisinės sudėties elementų ir įrodinėjimo standartų. Šiuo metu pažeidimo teisinės sudėties elementai yra suformuoti išimtiniai kazuistiniu pagrindu nagrinėjant bylas Europos Komisijoje ir ESTT, kurių pozicija atskirais pažeidimo įrodinėjimo klausimais išsiskiria. Tokia teisės instituto evoliucija nesuteikia teisinio aiškumo ir teisinio reguliavimo prasme yra ydinga.

Atsižvelgiant į tai, Europos Komisijai, kaip Europos Sąjungos steigimo sutarčių sergėtojais, rekomenduotina imtis priemonių, kuriomis būtų siekiama atskleisti SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo teisinės sudėties elementų turinį. Šiuo atžvilgiu rekomenduotina panaudoti minkštosios teisės elementus, kurie, pavyzdžiui, buvo naudojami 2016 m. priimant Komisijos paaiškinimus dėl valstybės pagalbos sąvokos⁶⁰⁶ ar 2009 m. Komisijos paaiškinimus dėl SESV 102 str. taikymo⁶⁰⁷. Šiuo atžvilgiu Komisija pirmiausiai diskusijų dokumentuose turėtų susisteminti Komisijos ir ESTT praktiką ir pateikti Europos Komisijos poziciją dėl tokio pažeidimo įrodinėjimui ateityje taikomų taisyklių. Tuo tarpu po kelerių metų, kai bus aiškesnis praktikos, doktrinos, nacionalinių teismų ir ESTT požiūris į diskusijų dokumentuose aprašytų teisinių elementų taikymą, priimti konkretesnes gaires, apibrėžiančias SESV 106(1) str. ir 102 str. numatyto pažeidimo teisinių elementų turinį ir įrodinėjimo standartus.

606 Komisijos Komunikatas. Komisijos pranešimas dėl valstybės pagalbos sąvokos pagal SESV 107 Straipsnio 1 dalį, OL C 262/1, 2016-7-19.

607 Komisijos komunikatas. Komisijos įgyvendinimo prioritetų taikant EB sutarties 82 straipsnį dominuojančių įmonių piktnaudžiaujamam antikonkurenciniam elgesiui gairės, OL C 45, 24.2.2009.

LITERATŪROS SĄRAŠAS

Europos Sąjungos norminiai aktai

1. 1980-06-25 Komisijos direktyva Nr. 80/723/EEC. dėl finansinių santykių tarp valstybių narių ir valstybės įmonių skaidrumo, O.L. L 195, 35 – 37 (1980).
2. 1987-06-30 Komisijos komunikatas Nr COM (87) 290, Green Paper on the Development of the Common Market for Telecommunications Services and Equipment, http://ec.europa.eu/green-papers/pdf/green_paper_telecom_services__common_market_com_87_290.pdf
3. 1988-05-16 Komisijos direktyva Nr. 88/301/EEB Dėl konkurencijos galinės telekomunikacinės įrangos rinkose, OL L 31, p. 73 – 77 (1988).
4. 1990-06-28 Komisijos direktyva Nr. 90/388/EEC Dėl konkurencijos telekomunikacijų paslaugų rinkose, OL L 192, p. 10–16 (1990).
5. 1994-10-13 Komisijos direktyva Nr. 94/46/EB, iš dalies keičianti direktyvas Nr. 88/301/EEB ir Nr. 90/388/EEC, ypač palydovinio ryšio srityje, OJ L 268, 19/10/1994 P. 15-21.
6. 2002-03-07 Europos Parlamento ir Tarybos direktyva Nr. 2002/21/EB Dėl elektroninių ryšių tinklų ir paslaugų bendrosios reguliavimo sistemos (Pagrindų Direktyva), O.L. L 108, p. 33 – 50 (2002).
7. 2002-09-16 Komisijos Direktyva Nr. 2002/77 Dėl konkurencijos elektroninių ryšių tinklų ir paslaugų rinkose, OL L 249, 17/09/2002 p. 21 – 26.
8. 2004-01-20 Tarybos reglamentas (EB) Nr. 139/2004 Dėl koncentracijų tarp įmonių kontrolės (EB Susijungimų Reglamentas), OL L 24, 1–22 (2004).
9. 2004-04-27 Komisijos pranešimas, Gairės dėl poveikio prekybai tarp valstybių narių sampratos taikant sutarties 81 ir 82 straipsnius, OL C 101, 2004 4 27, P. 81—96.
10. 2006-11-16 Komisijos direktyva Nr. 2006/111/EB Dėl finansinių santykių tarp valstybių narių ir valstybės įmonių skaidrumo ir dėl finansinio skaidrumo tam tikrose įmonėse, OL L 318, 17.11.2006, P. 17–25.
11. 2007-07-10 Komisijos suvestinis pranešimas dėl jurisdikcijos pagal Tarybos reglamentą (EB) Nr. 139/2004 Dėl koncentracijų tarp įmonių kontrolės, O.L. C 95, 1-48 (2008).
12. 2009-07-13 Europos Parlamento ir tarybos direktyva 2009/73/EC Dėl gamtinių dujų vidaus rinkos bendrųjų taisyklių, panaikinanti direktyvą 2003/55/EB, OL L 211, p. 94–136 (2009).
13. Komisijos komunikatas. Komisijos įgyvendinimo prioritetų taikant EB sutarties 82 straipsnį dominuojančių įmonių piktnaudžiaujamam antikonkurenciniam elgesiui gairės, OL C 45, 24.2.2009.
14. Komisijos Komunikatas dėl Europos Sąjungos valstybės pagalbos taisyklių taikymo kompensacijai už visuotinės ekonominės svarbos paslaugų teikimą, OL C 8, 11.1.2012.
15. 2014-02-26 Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2014/23/ES Dėl koncesijos sutarčių suteikimo, OL L 94, 28.3.2014, P. 1–64.
16. 2014-02-26 Europos Parlamento ir Tarybos direktyva Nr. 2014/25/ES Dėl subjektų, vykdančių veiklą vandens, energetikos, transporto ir pašto paslaugų sektoriuose, vykdomų pirkimų, kuria panaikinama direktyva 2004/17/EB, OL L 94, 2014-03-28, p. 243–374.

17. Komisijos komunikatas. Komisijos pranešimas dėl valstybės pagalbos sąvokos pagal SESV 107 Straipsnio 1 dalį, OL C 262/1, 2016-7-19.

Europos Teisingumo Teismo praktika

1. ESTT sprendimas byloje Nr. C-82/01 P, Aéroports de Paris v Komisija, ECLI:EU:C:2002:617.
2. ESTT sprendimas byloje Nr. T-155/04, SELEX Sistemi Integrati SpA v Komisija, ECLI:EU:T:2006:387.
3. ESTT sprendimas byloje Nr. C-55/96, Job Centre coop. arl., ECLI:EU:C:1997:603.
4. ESTT sprendimas sujungtose bylose Nr. C-6/73 ir Nr. C-7/73, Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. ir Commercial Solvents Corporation v Komisija, ECLI:EU:C:1974:18.
5. ESTT sprendimas byloje Nr. C-27/76, United Brands Company ir United Brands Continental BV v Komisija, ECLI:EU:C:1978:22.
6. ESTT sprendimas byloje Nr. C-85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG v Komisija, ECLI:EU:C:1979:36.
7. ESTT sprendimas byloje Nr. 188-190/80, Prancūzija, Italija ir Didžioji Britanija v Komisija, ECLI:EU:C:1982:257.
8. ESTT sprendimas byloje Nr. C-311/84, Centre belge d'études de marché - Télémarketing (CBEM) v SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) and Information publicité Benelux (IPB) (telemarketingo byla), ECLI:EU:C:1985:394.
9. ESTT sprendimas byloje Nr. 118/85, Komisija v Italija, ECLI:EU:C:1987:283.
10. ESTT sprendimas byloje Nr. C-35/96, Komisija v Italija, 1998 ECR I-3851.
11. ESTT sprendimas sujungtose bylose C-110/88, C-241/88 ir C-242/88, François Lucazeau and others v Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM) ir kiti, ECLI:EU:C:1989:326.
12. ESTT sprendimas byloje Nr. 30/87, Corinne Bodson v SA Pompes funèbres des régions libérées, ECLI:EU:C:1988:225.
13. ESTT sprendimas byloje Nr. 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen and Silver Line Reisebüro GmbH v Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V, ECLI:EU:C:1989:140.
14. ESTT sprendimas byloje Nr. C-202/88, Prancūzija v. Komisija (Telekomunikacijų galinių įrenginių byla), ECLI:EU:C:1991:120.
15. ESTT sprendimas byloje Nr. C-18/88, Régie Des Télégraphes et des Téléphones v. GB-INNO-BM SA, ECLI:EU:C:1991:474.
16. ESTT sprendimas sujungtose bylose C-209/78, C-215/78 ir C-218/78, Heintz van Landewyck SARL ir kiti v Komisija, 1980 ECR 3125.
17. ESTT sprendimas byloje Nr. C-343/95, Diego Cali & Figli Srl v Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG), ECLI:EU:C:1997:160.
18. Sprendimas sujungtose bylose Nr. C-271/90, Nr. C-281/90 ir Nr.C-289/90, Ispanija, Belgija ir Italija v Komisija, ECLI:EU:C:1992:440.
19. ESTT sprendimas byloje Nr. C-69/91, Criminal proceedings against Francine Gillon, née Decoster, ECLI:EU:C:1993:853.
20. ESTT sprendimas byloje Nr. C-364/92, SAT Fluggesellschaft mbH v Eurocontrol, ECLI:EU:C:1994:7.

21. ESTT sprendimas byloje Nr. C-393/92, Municipality of Almelo and others v NV Energiebedrijf IJsselmij, ECLI:EU:C:1994:171.
22. ESTT sprendimas byloje Nr. C-18/93, Corsica Ferries v Corpo dei piloti del porto di Genova, ECLI:EU:C:1994:195.
23. ESTT sprendimas byloje Nr. C-323/93, Société Civile Agricole du Centre d'Insémination de la Crespelle v Coopérative d'Élevage et d'Insémination Artificielle du Département de la Mayenne, ECLI:EU:C:1994:368.
24. ESTT sprendimas byloje Nr. 10/71, Ministère public luxembourgeois v Madeleine Muller, Veuve J.P. Hein and others, ECLI:EU:C:1971:85.
25. ESTT sprendimas byloje Nr. C-160/94, Komisija v Ispanija, ECLI:EU:C:1997:502.
26. ESTT sprendimas byloje Nr. C-359/95 P ir C-379/95 P, Komisija and French Republic v Ladbroke Racing Ltd. ECLI:EU:C:1997:531 (1997).
27. ESTT sprendimas byloje Nr. C-203/96, Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV and Others v Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, ECLI:EU:C:1998:316.
28. ESTT sprendimas byloje Nr. C-209/98, Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) v Københavns Kommune, ECLI:EU:C:2000:279.
29. ESTT sprendimas byloje Nr. C-180/98 - C-184/98, Pavel Pavlov ir kiti v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, ECLI:EU:C:2000:428.
30. ESTT sprendimas byloje Nr. C-340/99, TNT Traco SpA v Poste Italiane SpA ir kiti, ECLI:EU:C:2001:281.
31. ESTT sprendimas byloje Nr. C-475/99, Firma Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz, ECLI:EU:C:2001:577.
32. ESTT sprendimas byloje Nr. C-244/94, Fédération Française des Sociétés d'Assurance, Société Paternelle-Vie, Union des Assurances de Paris-Vie and Caisse d'Assurance et de Prévoyance Mutuelle des Agriculteurs v Ministère de l'Agriculture et de la Pêche, ECLI:EU:C:1995:392.
33. ESTT sprendimas byloje Nr. C-205/03 P, Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) v Komisija, ECLI:EU:C:2006:453.
34. ESTT sprendimas byloje Nr. C-482/99, French Republic v Komisija, ECLI:EU:C:2002:294.
35. Bendrojo teismo sprendimas sujungtose bylose Nr. T-191/98, Nr. T-212/98, Nr. T-213/98 ir Nr. T-214/98, Atlantic Container Line and Others v Komisija, ECLI:EU:T:2003:245.
36. ESTT sprendimas byloje Nr. C-222/04, Ministero dell'Economia e delle Finanze v Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato and Cassa di Risparmio di San Miniato SpA, ECLI:EU:C:2006:8 (2006).
37. ESTT sprendimas byloje Nr. C-49/07, Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) v Elliniko Dimosio, ECLI:EU:C:2008:376.
38. ESTT sprendimas byloje Nr. C-437/09, Ag2r Prévoyance v. Beaudout Père Et Fils Sarl, ECLI:EU:C:2011:112.
39. ESTT sprendimas byloje Nr. C-549/10 P, Tomra ir kiti v Komisija, ECLI:EU:C:2012:221.
40. ESTT sprendimas byloje Nr. C-553/12 P, Komisija v DEI, ECLI:EU:C:2014:2083.

41. ESTT sprendimas byloje Nr. C-351/12, OSA - Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o.s. v Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s., ECLI:EU:C:2014:110.
42. ESTT sprendimas byloje Nr. C-553/12 P, Komisija v. Dimosia Epicheirisi Ilektrismou Ae (DEI) (Greek Lignite), ECLI:EU:C:2014:2083.
43. ESTT sprendimas byloje Nr. C-185/14, “EasyPay” AD and “Finance Engineering” AD v Ministerski savet na Republika Bulgaria and Natsionalen osiguriteln institut, ECLI:EU:C:2015:716.
44. ESTT sprendimas byloje Nr. C-67/96, Albany International, ECLI:EU:C:1999:430.
45. ESTT sprendimas byloje Nr. C-457/10 P, AstraZeneca AB ir AstraZeneca plc v Komisija, ECLI:EU:C:2012:770.
46. ESTT sprendimas byloje Nr. C-115/97, Brentjens V Stichting, ECLI:EU:C:1999:434.
47. ESTT sprendimas byloje Nr. C-418/01 IMS Health, ECLI:EU:C:2004:257.
48. ESTT sprendimas byloje Nr. C-258/98, Carra and Others, ECLI:EU:C:2000:301.
49. ESTT sprendimas byloje Nr. C-52/09 Konkurrensverket V Teliasonera Sverige, ECLI:EU:C:2011:83.
50. ESTT sprendimas byloje Nr. C-91/94, Tranchant, ECLI:EU:C:1995:374.
51. ESTT sprendimas byloje Nr. C-97/08 P, Akzo Nobel NV ir kiti v Komisija, ECLI:EU:C:2009:536.
52. ESTT sprendimas byloje Nr. C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio v Compañía Española de Petróleos SA, ECLI:EU:C:2006:784.
53. ESTT sprendimas byloje Nr. C-462/99, Connect Austria, ECLI:EU:C:2003:297.
54. ESTT sprendimas byloje Nr. C-198/01 Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ECLI:EU:C:2003:430.
55. ESTT sprendimas byloje Nr. C-320/91, Corbeau, ECLI:EU:C:1993:198.
56. ESTT sprendimas byloje Nr. C-219/97, Drijvende Bokken V Stichting, ECLI:EU:C:1999:437.
57. ESTT sprendimas byloje Nr. T-169/08, Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI) v Komisija, ECLI:EU:T:2012:448.
58. ESTT sprendimas byloje Nr. C-41/90, Klaus Höfner ir Fritz Elser v Macrotron GmbH, ECLI:EU:C:1991:161.
59. ESTT sprendimas byloje Nr. T-201/04, Microsoft Corp. v Komisija, ECLI:EU:T:2007:289.
60. ESTT sprendimas byloje Nr. C-163/99, Portuguese Republic v Komisija, ECLI:EU:C:2001:189.
61. ESTT sprendimas byloje Nr. C-23/14, Post Danmark A/S v Konkurrencerådet, ECLI:EU:C:2015:651.
62. ESTT sprendimas byloje Nr. C-209/10, Post Danmark A/S v Konkurrencerådet, ECLI:EU:C:2012:172.
63. ESTT sprendimas byloje Nr. C-179/90, Merci convenzionali porto di Genova SpA v Siderurgica Gabrielli SpA., ECLI:EU:C:1991:464.
64. Sprendimas sujungtose byloje Nr. C-147/97 ir C-148/97, Deutsche Post AG v Gesellschaft für Zahlungssysteme mbH GZS) (C-147/97) ir Citicorp Kartenservice GmbH (C-148/97), ECLI:EU:C:2000:74.

65. ESTT sprendimas byloje Nr. C-163/96, Criminal proceedings against Silvano Raso and Others, ECLI:EU:C:1998:54.
66. ESTT sprendimas byloje Nr. C-238/87, AB Volvo v Erik Veng (UK) Ltd., ECLI:EU:C:1988:477.
67. Bendrojo teismo sprendimas byloje Nr. T-416/13, Stanleybet Malta ir Stanley International Betting v Komisija, ECLI:EU:T:2014:567.
68. ESTT sprendimas byloje Nr.C-260/89, Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE and Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou v Dimotiki Etairia Pliroforissis and Sotirios Kouvelas and Nicolaos Avdellas and others, ECLI:EU:C:1991:254.
69. ESTT sprendimas byloje Nr. C-103/88, Fratelli Costanzo SpA v Comune di Milano, ECLI:EU:C:1989:256.
70. ESTT sprendimas byloje Nr. 13/77, SA G.B.-INNO-B.M. v Association des détaillants en tabac (ATAB), ECLI:EU:C:1977:185.
71. ESTT sprendimas sujungtose bylose C-46/90 ir C-93/9, Procureur du Roi v Jean-Marie Lagache ir kiti, ECLI:EU:C:1993:852.
72. ESTT sprendimas sujungtose bylose C-48/90 ir C-66/90, Olandija, Koninklijke PTT Nederland NV ir PTT Post BV v Komisija, ECLI:EU:C:1992:63.
73. Bendrojo teismo sprendimas byloje Nr. T-556/08, Slovenská pošta v Komisija, ECLI:EU:T:2015:189.
74. ESTT sprendimas byloje Nr. C-92/91, Taillander, ECLI:EU:C:1993:854.
75. ESTT sprendimas byloje Nr. C-155/73, The State v. Giuseppe Sacchi, ECLI:EU:C:1974:40.

Europos Komisijos praktika

1. 1989-12-20 Europos Komisijos sprendimas Nr. 90/16/EE, Commission Decision of 20 December 1989 concerning the provision in the Netherlands of express delivery services, O.L. L 010, 47 – 52 (1990).
2. XIXth Report on Competition Policy. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities. 1990. ISBN: 92-826-1629-0.
3. 1990-08-01 Komisijos sprendimas Nr. 90/456/EEC Commission Decision concerning the provision in Spain of international express courier services, OL L 233, 19-23 (1990).
4. XXth Report on Competition Policy. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities. 1991. ISBN 92-826-2314-9.
5. 1993-12-21 Komisijos sprendimas byloje Nr. 94/119/EEC, European Commission Decision concerning a refusal to grant access to the facilities of the port of Rødby (Denmark), O.L. L 055, 52 – 57 (1994).
6. 1993-12-21 Europos Komisijos sprendimas Nr. 94/119/EC, Commission Decision of 21 December 1993 concerning a refusal to grant access to the facilities of the port of Rødby (Denmark), O.L. L 055, P. 52-57 (1994).
7. 1995-06-28 Europos Komisijos sprendimas Nr. 95/364/EC dėl procedūrų pagal sutarties 90(3) straipsnį (Briuselio Nacionalinis Oro Uostas (Zaventem)), Oj L 216 , 12/09/1995 P. 8 - 14.

8. 1995-10-04 Europos Komisijos sprendimas Nr. 95/489/EC, Concerning the conditions imposed on the second operator of GSM radiotelephony services in Italy, OL L 280, 49 – 57 (1995).
9. 1996-12-18 Europos Komisijos sprendimas Nr. 97/181/EC, Commission Decision of 18 December 1996 concerning the conditions imposed on the second operator of GSM radiotelephony services in Spain, O.L. L 076, 19 - 29 (1997).
10. 1998-06-02 Europos Komisijos sprendimas Nr. IV / M.931, Commission Decision of 02/06/1998 Declaring a Concentration to Be Compatible with the Common Market (Case number Nr. IV / M.931 - Neste / Ivo) According to Council Regulation (EEC) Nr. 4064/89, O.L. C 218, 4 (1998).
11. 1989-12-20 Europos Komisijos sprendimas Nr. 90/16/EEC, 90/16/EEC European Commission Decision concerning the provision in the Netherlands of express delivery services (PTT), OL L 010, 47 - 52 (1990).
12. 2001-10-23 Europos Komisijos sprendimas Nr. 2002/344/EC, Commission Decision of 23 October 2001 on the Lack of Exhaustive and Independent Scrutiny of the Scales of Charges and Technical Conditions Applied by La Poste to Mail Preparation Firms for Access to Its Reserved Services (Text with Eea Relevance) (Notified under Document Number C(2001) 3186), O.L. L 120, P. 19 - 37 (2001).
13. 2008-10-07 Europos Komisijos sprendimas Nr. 39/568/EEC, European Commission Decision on the Slovakian postal legislation relating to hybrid mail services, 4 C.M.L.R. 13 (2008).
14. 2008-03-05 Europos Komisijos sprendimas byloje Nr. COMP/B-1/38.700 dėl procedūros pagal EB sutarties 86 straipsnio 3 dalį dėl Graikijos Respublikos įmonei, [2009] 4 C.M.L.R. 11.
15. 2008-10-07 Europos Komisijos sprendimas Nr. COMP/F-1/39.562, Commission Decision of 7 October 2008 relating to a proceeding under Article 86(3) of the EC Treaty on the Slovakian postal legislation relating to hybrid mail services, O.L. 4 C.M.L. R. 13 (2009).
16. 2011-03-31 Europos Komisijos sprendimas byloje Nr. COMP/M.6082 — China National Bluestar/Elkem, OL OL C 274, 2011 9 17, p. 7—7.
17. 2011-05-19 Europos Komisijos sprendimas Nr. COMP/M.6113, Commission Decision of 19/05/2011 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No COMP/M.6113 - DSM/ SINOCHEM/ JV) according to Council Regulation (EC) No 139/2004, O.L. C 177, p. 1 (2011), 7-16 paragrafai.
18. 2011-10-03 Europos Komisijos sprendimas Nr. COMP/M.6141, Commission Decision of 03/10/2011 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No COMP/M.6141 - CHINA NATIONAL AGROCHEMICAL CORPORATION/ KOOR INDUSTRIES/ MAKHTESHIM AGAN INDUSTRIES) according to Council Regulation (EC) No 139/2004, O.L. C 309, p. 1 (2011).
19. 2013-03-08 Europos Komisijos sprendimas Nr. COMP/M.680, Commission Decision of 08/03/2013 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No COMP/M.6801 - ROSNEFT/ TNK-BP) according to Council Regulation (EC) No 139/2004, OL C 37/10 OL p. 34 (2013).

Lietuvos Respublikos teismų ir valstybės institucijų praktika

1. 2011-01-20 Konkurencijos tarybos nutarimas Nr. 2S-2 „Dėl ūkio subjektų, užsiimančių ortopedinių techninių priemonių gamyba ir prekyba, ir jų asociacijų veiksmų atitikties Lietuvos Respublikos Konkurencijos Įstatymo 5 Straipsnio ir sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo 101 Straipsnio reikalavimams ir dėl Valstybinės ligonių kasos prie Sveikatos apsaugos ministerijos veiksmų atitikties Lietuvos Respublikos Konkurencijos Įstatymo 4 Straipsnio reikalavimams.“ Prieiga per internetą: http://kt.gov.lt/index.php?show=nut_view&nut_id=1223.
2. 2015-03-05 Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo nutarimas „Dėl konkurencijos atliekų tvarkymo paslaugų srityje“.
3. 2015-04-3 Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo nutarimas „Dėl suskystintų gamtinių dujų terminalo projekto įgyvendinimo ir finansavimo“
4. 2016-05-19 Vilniaus apygardos teismo sprendimas byloje Nr. E2-1923-345/2016 TEO LT v. Aukštadvario regioninio parko direkcija.
5. 2016-09-15 Lietuvos apeliacinio teismo nutartis byloje Nr. e2A-957-236/2016 TEO LT v. Aukštadvario regioninio parko direkcija.

Specialioji literatūra

1. Apostolakis, Ioannis. “E-Commerce and Free Rider Considerations under Article 101 TFEU.” *European Competition Law Review* 37, 3 (2016): 114-121.
2. Babirad, Robert Miklós. “European Commission V Dimosia Epicheirisi Ilektrismou Ae (DEI).” *European Competition Law Review*, 12 (2014): 613-616.
3. Balčiūnaitė, Justina. “EB Konkurencijos teisės procedūrų pobūdis: Ar turėtų būti taikomas EŽTK 6 straipsnis šių procedūrų metu.” *Socialinių mokslų studijos* 1, 5 (2010): 253-70.
4. Blum, Françoise, and Anne Logue. *State Monopolies under EC Law*. Chichester: J. Wiley, 1998.
5. Bright, Christopher. “Article 90, Economic Policy and the Duties of Member States.” *European Competition Law Review* 14, 6 (1993): 263-72.
6. Broberg, Morten P., and Niels Fenger. “National Organisation of Regulatory Powers and Community Competition Law.” *European Competition Law Review* 16, 6 (1995): 364-375.
7. Davies, Gareth. “Article 86 EC, the EC’s Economic Approach to Competition Law, and the General Interest.” *European Competition Journal* 5, 2 (2009): 549-584.
8. Davilla, Marixenia. “Commission V DEI: The Law on Public Companies or Companies with Special or Exclusive Rights That Are Led to Abuse Their Dominant Position.” *Journal of European Competition Law & Practice* 6, 1 (2015): 30-32.
9. De Baere, Geert and Timothy Roes. “EU Loyalty as Good Faith.” *International & Comparative Law Quarterly* (2015): 829-74.
10. Edward, David, and Mark Hoskins. “Article 90: Deregulation and EC Law. Reflections Arising from the XVI Fide Conference.” *Common Market Law Review* 32 (1995): 157.
11. Ehlermann, CD. “Managing Monopolies: The Role of the State in Controlling Market Dominance in the European Community”,(1993).” *ECLR* 14 (1993): 61.

12. Faull, Jonathan, and Ali Nikpay. *Faull & Nikpay, the Eu Law of Competition*. 3rd edition. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.
13. Gardner, Anthony. "The Velvet Revolution: Article 90 and the Triumph of the Free Market in Europe's Regulated Sectors." *European Competition Law Review* 16, 2 (1995): 78-86.
14. Garner, Bryan A., and Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 9th ed. ed. St. Paul, MN: West, 2009.
15. Giesen, Richard. "Statutory Monopolies and Ec Competition Law: The Belgian Post Monopoly Case." *European Competition Law Review* 14, 6 (1993): 279-283.
16. Graells, Dr Albert Sánchez, and Ignacio Herrera Anchustegui. "Revisiting the Concept of Undertaking from a Public Procurement Law Perspective - a Discussion on Easypay and Finance Engineering." *European Competition Law Review* 37, 3 (2016): 93-98.
17. Graham, Cosmo. "Abuse of Dominant Position in the Context of Exclusive Rights Granted by Authorities." *Journal of European Competition Law & Practice* 4, 2 (2013): 144-145.
18. Gumbis, Jaunius. *Competition Law in Lithuania*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business, 2011.
19. Gumbis, Jaunius, et. al. *Competition Law in Lithuania*. Second edition. ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.
20. Gyselen, Luc. "Case Note to The RTT case", *Common Market Law Review* 29, 6 (1992): 1229-1245.
21. Gyselen, Luc. "Anti-Competitive State Measures under the Ec Treaty: Towards a Substantive Legality Standard." *European Law Review, Supp (Competition law checklist)* (1994): 55-89.
22. Hatzopoulos, Vassilis. "The Economic Constitution of the Eu Treaty and the Limits between Economic and Non-Economic Activities." *European Business Law Review* 23, 6 (2012): 973-1007.
23. Hirsch, Günther, Frank Montag, ir Franz Jürgen Säcker. *Competition Law: European Community Practice and Procedure, Article-by-Article Commentary*. London: Sweet & Maxwell, 2008.
24. Hoffman, Alan B. "Anti-Competitive State Legislation Condemned under Articles 5, 85 and 86 of the EEC Treaty: How Far Should the Court Go after Van Eycke?". *European Competition Law Review* 11, 1 (1990/05/03 1990): 11-27.
25. Hordijk, Erik Pijnacker. "EC Law Versus Legal Monopolies-a Tense Relationship." *Int'l Bus. LJ* (1995): 595-601.
26. Joliet, René. "National Anti-Competitive Legislation and Community Law." *Fordham Int'l LJ*, 12 (1988): 163.
27. Jones, Alison, ir Brenda Sufrin. *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
28. Kerf, Michel. "Policy of the Commission of the E.E.C. Toward National Monopolies." *World Competition: Law and Economics Review* 17, (1993-1994): 73-111.
29. Kersting, Christian. "Social Security and Competition Law—ECJ Focuses on Art. 106 (2) TFEU." *Journal of European Competition Law & Practice* 2, 5 (2011): 473-476.

30. Keserauskas, Šarūnas. "What Should the Priorities of a Small Country's Competition Authority Be?: Lessons and Suggestions Based on Two Decades of Competition Policy Experience in Lithuania." *Daktaro disertacija*, University of London, 2010.
31. Klamert, Marcus. *The Principle of Loyalty in EU Law*. First edition. ed. (Oxford: Oxford University Press, 2014).
32. Kronenberger, Vincent. "A Model of the Transformation Process of Statutory Monopolies in European Community Law: From Practice to Theory." *European Business Organization Law Review* 2, 2 (2001): 301-38.
33. Kuncová, Lucie. "Antitrust Supervision of the Regulatory Activities of Public Bodies: One Step Forward, Two Steps Back?" *Global Antitrust Review (GAR)*, 7 (2014): 220-221.
34. Lang, John Temple. "European Community Competition Law and Member State Action." *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, 10 (1989): 114.
35. Maican, Ovidiu Horia. "Legal Status of Public Enterprises and Commercial Monopolies in the European Union." *Juridical Tribune/Tribuna Juridica* 3, 1 (2013).
36. Makris, Stavros S. "Applying Normative Theories in EU Competition Law: Exploring Article 102 TFEU." *UCL Journal of Law and Jurisprudence* (2014): 30-57.
37. Manaridou, Eleni. "The Greek Lignite Case: A (Questionable) Victory of The "Effects Theory." *European Law Review* 40, June (2015): 424-38.
38. Moisejevas, Raimundas. *Grobuoniška kainodara kaip piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi Europos bendrijų Konkurencijos teisėje forma*. Vilnius: Mykolo Romerio universitetas, 2009.
39. Moisejevas, Raimundas. "Objective Justifications in Predatory Pricing." *Jurisprudencija* 18, 1 (2011).
40. Moisejevas, Raimundas. "Recoupment of Losses by the Dominant Undertaking, Which Allegedly Have Used Predatory Pricing and Legality of Actions." *Jurisprudencija*, 2 (2010).
41. Moisejevas, Raimundas. "The Importance of the Intent in Predatory Pricing Cases." *Jurisprudencija*, 4 (2010).
42. Moisejevas, Raimundas, ir Ana Novosad. "Some Thoughts Concerning the Main Goals of Competition Law." *Jurisprudencija* 20, no. 2 (2013).
43. Moisejevas, Raimundas, Ana Novosad, ir Virginijus Bitė. "Costs Benchmarks as Criterion for Evaluation of Predatory Pricing." *Jurisprudencija* 19, 2 (2012).
44. Monti, Giorgio. *EC Competition Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
45. Nasutavičienė, Justina. "Lygiagrečioji valstybių narių ir Europos Komisijos kompetencija taikyti ES Konkurencijos teisės tuostatas *Ne Bis in Idem* principo kontekste." *Socialinių mokslų studijos* 4, 1 (2012): 288.
46. Neergaard, Ulla Boegh, et al. *Social Services of General Interest in the Eu*. The Hague: Springer, 2013.
47. Nicolaidis, Phedon. "The Flexible Boundary between Economic and Non-Economic Activities." (2013), žiūrėta 2016 05 24. <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/1635>.
48. Novosad, Ana. "Dominuojančio ūkio subjekto atsisakymo tiekti vertinimas pagal Konkurencijos teisę." *Daktaro disertacija*, Mykolo Romerio universitetas, 2011.

49. Novosad, Ana. "Sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo 102 Straipsnio reformos įtaka objektyvaus pateisinimo sampratos raidai." *Socialinių Mokslų Studijos* 3, 1 (2011).
50. Odudu, Okeoghene. "Are State Owned Healthcare Providers That Are Funded by General Taxation Undertakings Subject to Competition Law?." *European Competition Law Review* 32, 5 (2011): 231-41.
51. Ortiz Blanco, Luis, editor of compilation. *EU Competition Procedure*. Third edition. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.
52. Pappalardo, Aurelio. "State Measures and Public Undertakings: Article 90 of the Eec Treaty Revisited." *European Competition Law Review* 12, 1 (1991): 29-39.
53. Platteau, Koen. "Article 90 EEC Treaty after the Court Judgment in the Telecommunications Terminal Equipment Case." *European Competition Law Review* 12, 3 (1991): 105-112.
54. Prosser, Tony. *The Limits of Competition Law: Markets and Public Services*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
55. Rimšaitė, Laura. "Konkurencijos teisės institutų taikymo ypatumai energetikos sektoriuje" Doktoro disertacija, Mykolo Romerio universitetas, 2016.
56. Roth, P. M., Vivien Rose, and Christopher. *Bellamy & Child, European Community Law of Competition*. 6th ed. / edited by Peter Roth, Vivien Rose. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
57. Sauter, Wolf. "The Criterion of Advantage in State Aid: Altmark and Services of General Economic Interest." *TILEC Discussion paper series* 2014, 15 (2014).
58. Sauter, Wolf. "Containing Corporatism: Eu Competition Law and Private Interest Government." *European Competition Law Review* 36, 5 (2015): 187-93.
59. Sauter, Wolf, and Harm Schepel. *State and Market in European Union Law: The Public and Private Spheres of the Internal Market before the Eu Courts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
60. Sierra, José Luis Buendia. *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law: Article 86 (Formerly Article 90) of the EC Treaty*. Oxford: Oxford University Press on Demand, 1999.
61. Simonsson, Ingeborg. "Legal Challenges Arising from Abuse of Dominance Cases." *ERA Forum* 16, 1 (2015): 39-47.
62. Slot, Piet Jan. "The Application of the EU Merger Control Rules to State Owned Enterprises." *European Competition Law Review* 36, 11 (2015): 484-492.
63. Slot, Piet Van, ir Leigh Hancher. "Article 90." *European Competition Law Review* 11, 1 (1990): 35-39.
64. Švirinas, Daivis ir Novosad, Ana. "Prekių susiejimas kaip piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi forma." *Jurisprudencija* 2, 120 (2010).
65. Szyszczak, Erika. "Controlling Dominance in European Markets." *Fordham Int'l LJ* 33 (2011): 1737-1775..
66. Szyszczak, Erika. "Services of General Economic Interest and State Measures Affecting Competition." *Journal of European Competition Law & Practice* 5, 7 (2014): 508-518.
67. Szyszczak, Erika, et al. *Developments in Services of General Interest*. Vol. 3. The Hague: Springer, 2011.

68. Szyszczak, Erika M. *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*. Oxford: Hart, 2007.
69. Szyszczak, Erika, and Johan Willem van de Gronden. *Financing Services of General Economic Interest: Reform and Modernization*. The Hague: Springer Science & Business Media, 2014.
70. Sánchez Graells, Albert. "Competition Law against Public Restraints in the Public Procurement Field: Importing Competition Considerations into the Eu Public Procurement Directives." Pranešimas konferencijoje The Public Procurement: Global Revolution IV-Conference, University of Nottingham, 2010.
71. Temple Lang, John. "European Union Law Rules on State Measures Restricting Competition." *dans Competition Law Yearbook* (2003).
72. Tidikis, Rimantas. *Socialiniu Mokslu Tyrimu Metodologija*. Vilnius: Lietuvos teisės universiteto Leidybos centras, 2003.
73. Torre, Fernando Castillo De La. "Rights of Defence of Member States and Undertakings." *European Law Review* 17, 6 (1992): 539-545.
74. Vedder, Hans. „The Appeal in Greek Lignite: Clarification of the Law or Jumpstarting Article 106 TFEU?“. Žiūrėta 2016 05 10. <http://europeanlawblog.eu/?p=2492>
75. Vedder, Hans. " Burning Desire to Clarify(?) the Law for Public Undertakings: The Judgment in Greek Lignite (Case T-169/08)". Žiūrėta 2016 05 10. <http://europeanlawblog.eu/?p=935>
76. Walker, Michael. "The Importance of a Theory of Harm." *European Competition Law Review* 31, 10 (2010).
77. Whish, Richard, ir David Bailey. *Competition Law*. 8th ed. ed. Oxford; New York: Oxford University Press, 2015.
78. Zevgolis, Nikolaos E. "Anti-Competitive Conduct from Public or Privileged Enterprises: Towards a Per Se Abuse of Dominant Position? Applicability of the Provision of TFEU Article 106(2) by National Competition Authorities." *European Competition Law Review* 33, no. 2 (2012): 84-90.
79. Ølykke, Grith Skovgaard. "Is the Granting of Special and Exclusive Rights Subject to the Principles Applicable to the Award of Concessions?: Recent Developments in Case Law and Their Implications for One of the Last Sanctuaries for Protectionism." *Public Procurement Law Review* 2014, 1 (2013): 1-20.

Kiti šaltiniai

1. Investuotojų forumas. „Naujas politinis sezonas: Investuotojų požiūris.“ http://www.investorsforum.lt/files/Publikacijos/2015%2010%2028%20LIPI%201V%20ketv/2015_10_28_IF_NAUJAS_POLITINIS_SEZONAS.pdf

MYKOLO ROMERIO UNIVERSITETAS

Karolis Kačerauskas

VALSTYBĖS PARAMOS VALSTYBĖS
KONTROLIUOJAMIEMS ŪKIO SUBJEKTAMS
DRAUDIMAS PAGAL SUTARTIES DĖL
EUROPOS SAJUNGOS VEIKIMO 106(1) IR
102 STRAIPSNIUS

Daktaro disertacijos santrauka
Socialiniai mokslai, teisė (01 S)

Vilnius, 2016

Daktaro disertacija rengta 2012-2016 m. Mykolo Romerio universitete, ginama Mykolo Romerio universitete pagal Mykolo Romerio universitetui ir Vytauto Didžiojo universitetui 2011 m. birželio 8 d. Lietuvos Respublikos švietimo ir mokslo ministro įsakymu Nr. V-1019 suteiktą doktorantūros teisę.

Moksliniai vadovai:

2012-2014 m. – doc. dr. Lina Novikovienė (Mykolo Romerio universitetas, socialiniai mokslai, teisė, 01 S)

2014-2016 m. – doc. dr. Raimundas Moisejevas (Mykolo Romerio universitetas, socialiniai mokslai, teisė, 01 S)

Daktaro disertacija ginama Mykolo Romerio universiteto ir Vytauto Didžiojo universiteto teisės mokslo krypties taryboje:

Pirmininkė:

prof. dr. Asta Dambrauskaitė (Mykolo Romerio universitetas, socialiniai mokslai, teisė, 01 S)

Nariai:

prof. dr. hab. Anna Piszcz (Balstogės universitetas, Lenkijos Respublika, socialiniai mokslai, teisė, 01 S);

doc. dr. Antanas Rudzinskas (Mykolo Romerio universitetas, socialiniai mokslai, teisė, 01 S);

prof. dr. Ignas Vėgėlė (Mykolo Romerio universitetas, socialiniai mokslai, teisė, 01 S);

doc. dr. Skirgailė Žalimienė (Vilniaus universitetas, socialiniai mokslai, teisė, 01 S).

Daktaro disertacija bus ginama viešame teisės mokslo krypties tarybos posėdyje 2017 m. sausio 6 d. 13 val. Mykolo Romerio universitete I-414 auditorijoje.

Adresas: Ateities g. 20, LT-08303 Vilnius, Lietuva.

Daktaro disertacijos santrauka išsiųsta 2016 m. gruodžio 6 d.

Daktaro disertaciją galima peržiūrėti Lietuvos nacionalinėje Martyno Mažvydo bibliotekoje (Gedimino pr. 51, Vilnius) bei Mykolo Romerio universiteto bibliotekoje (Ateities g. 20, Vilnius) ir Vytauto Didžiojo universiteto bibliotekoje (K. Donelaičio g. 52, Kaunas).

Tyrimo aktualumas

Europos Sąjungos teisė yra grindžiama SESV 345 str. įtvirtintu nuosavybės neutralumo principu. Šis principas reiškia, kad valstybės narės turi galimybę ne tik įgyvendinti klasikinės valstybės funkcijas viešojo administravimo srityje, tačiau kartu dalyvauti ekonominėje veikloje siekdamos pelno. Visgi valstybės dalyvavimas ekonominėje veikloje, konkuruojant su privačiais rinkos dalyviais, visuomet kelia valstybės ir verslo santykių įtampą. Daugeliu atvejų tokia įtampa kyla ne dėl konkurencinio spaudimo, kurį galėtų sudaryti efektyviai veikiantys valstybės valdomi ūkio subjektai, tačiau suvokimo, kad dalyvaudama ūkinėje veikloje valstybė yra linkusi kurti tokią verslo aplinką, kurioje išskirtinės veiklos sąlygos sudaromos būtent valstybės kontroliuojamiems ūkio subjektams.

Šiuo atžvilgiu reikia pripažinti, kad požiūris į valstybės dalyvavimą ekonominėje veikloje įvairiais Europos Sąjungos evoliucijos laikotarpiais keitėsi pakankamai reikšmingai. Ankstyvajame Europos Sąjungos vystymosi etape daugelyje šalių egzistavo valstybinės monopolijos, kurios kontroliavo paslaugų teikimą tokiose jautriose ekonomikos srityse, kaip telekomunikacijos ar energetika, o tokių valstybinių monopolijų egzistavimas buvo laikomas įprastu valstybių ekonomikos organizavimo modeliu. Visgi situacija dramatiškai pasikeitė XX a. aštuntojo dešimtmečio pabaigoje – devintojo dešimtmečio pradžioje Europos Sąjungoje įsivyravus liberalizmo idėjoms. Šiuo laikotarpiu buvo pradėtas kelti tokių monopolijų teisėtumo klausimas, o Europos Sąjungos institucijų pastangų dėka valstybės monopolijos ir kitos valstybės intervencijos priemonės buvo aktyviai pradėtos šalinti iš valstybių narių teisinės sistemos. Šie monopolijų teisėtumo ribų klausimai iki šiol aktyviai svarstomi Europos Sąjungos teisės doktrinoje ir praktikoje.

Vertinant šiuo metu Lietuvoje vyraujančią požiūrį į valstybės dalyvavimą ekonominėje veikloje ir su tuo susijusius valstybės-verslo santykius, galima daryti išvadą, kad valstybės monopolijų ir intervencijos priemonių teisėtumo klausimai ganėtinai ilgai Lietuvoje buvo ignoruojami. Tuo tarpu Lietuvoje besiklostanti valstybės dalyvavimo versle situacija labai primena tą, kuri egzistavo Europos Sąjungoje prieš du dešimtmečius. Šiuo metu Lietuva yra linkusi plėsti savo dalyvavimą ekonominėje veikloje. Toks valstybės dalyvavimas ekonominėje veikloje ryškiausiai pastebimas energetikos sektoriuje, kuriame valstybės ar savivaldybių kontroliuojami ūkio subjektai valdo praktiškai visus bent kiek svarbesnius energetikos objektus, o valstybės institucijos tiesiogiai deklaruoja siekį tokią kontrolę išlaikyti *inter alia* nurodydamos, kad tokia valstybės kontrolė leidžia efektyviausiai valdyti verslą. Analogiška valstybės dalyvavimo rinkoje problema ryški ir pervežimų geležinkelių sektoriuje, kuriame nepaisant rinkos liberalizavimo praktiškai vieninteliu vežėju geležinkeliais išlieka valstybės kontroliuojama įmonė, ar telekomunikacijų sektoriuje, kuriame paslaugų teikimą viešiesiems subjektams siekia perimti valstybės kontroliuojamas paslaugų teikėjas, motyvuodamas tuo, kad privatūs subjektai neužtikrina tinkamo duomenų perdavimo saugumo ir t.t. Savo ruožtu, didžiausius Lietuvos investuotojus vienijanti asociacija „*Investuotojų forumas*“ savo 2015 metų pranešime, apžvelgiančiame verslo požiūrį į aktualiausias valstybės problemas, išreiškia susirūpinimą būtent dėl valstybinio kapitalizmo stiprėjimo. Investuotojų požiūriu valstybinio kapitalizmo problema pasireiškia tuo, kad „*mokesčių mokėtojų pinigai yra investuojami į komercinio pobūdžio veiklą, kurios poreikį visiškai pa-*

tenkina *privatūs rinkos dalyviai*“, o dalyvaudama rinkoje valstybė veikia interesų konflikto situacijoje (vienu metu veikdama kaip rinkos reguliatorius ir kaip investuotojas) ir negali užtikrinti sąžiningų konkurencijos sąlygų⁶⁰⁸.

Susidūrus tokiems priešingiems valstybės ir verslo interesams, natūraliai kyla klausimas, kokios konkrečiai yra valstybės dalyvavimo versle ribos, t.y. kokia apimtimi valstybė gali padėti vykdyti veiklą savo kontroliuojamiems ūkio subjektams, įgalindama juos vykdyti verslo operacijas ir kartu siekiant papildomų valstybinio pobūdžio tikslų, kurie paprastai keliami valstybės kontroliuojamiems ūkio subjektams. Šiuo atžvilgiu reikia pripažinti, kad Europos Sąjungos teisės požiūriu tokios valstybės paramos savo kontroliuojamiems ūkio subjektams ribos gali būti vertinamos įvairių teisinių instrumentų pagrindu, įskaitant Europos Sąjungos laisvo judėjimo nuostatas ar valstybės pagalbos taisykles. Visgi išskirtinį vaidmenį liberalizuojant rinkas ir šalinant iš valstybių narių teisinės sistemos įvairias intervencijos priemones Europos Sąjungoje vaidina SESV 106(1) str. taikymas kartu su konkurencijos teisės taisyklėmis, konkrečiai SESV 102 str. numatyto draudimu piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi. Dėl savo reikšmės atskirų autorių šis teisinis instrumentas buvo įvardintas netgi savotišku „skardinių atidarytuvu“ Europos Sąjungoje vykstančiuose rinkų liberalizacijos procesuose⁶⁰⁹. Atsižvelgiant į tokią SESV 106(1) str. ir 102 str. reikšmę tebesitęsiančiuose Europos Sąjungos liberalizacijos procesuose bei Lietuvoje vyraujančias valstybinio kapitalizmo tendencijas šioje disertacijoje atliekamas tyrimas konkrečiai bus nukreiptas į šio teisinio instrumento analizę.

Pirminiu požiūriu SESV 106(1) str. ir 102 str. numatytas draudimas yra pakankamai paprastas. SESV 106(1) str. nustato valstybėms narėms lojalumo pareigą, kuri išreiškiama kaip reikalavimas susilaikyti nuo bet kokių veiksmų galinčių sumažinti Europos Sąjungos teisės veiksmingumą. Savo ruožtu, taikant SESV 106(1) str. kartu su 102 str. suformuluojamas valstybėms narėms adresuotas draudimas savo kontroliuojamų ūkio subjektų atžvilgiu imtis priemonių, kurios galėtų sumažinti SESV 102 str. numatyto draudimo piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi veiksmingumą. Nors toks draudimas atrodo deklaratyvus, evoliucionuojant Komisijos ir ESTT praktikai jis buvo susietas su įvairiomis pažeidimo teorijomis, kurios suteikė šiam draudimui gerokai platesnę prasmę ir įgalino efektyviai šalinti valstybės intervencijos priemones iš valstybių narių teisinės sistemos. Interpretuojant šio pažeidimo sąlygas ESTT ir Komisijos sprendimuose buvo išreikšta bendra idėja, kad pranašumo suteikimas valstybės kontroliuojam ūkio subjektui absoliučia dauguma atvejų sudarys šiam galimybę apsaugoti, sustiprinti ar išplėsti savo dominuojančią padėtį į kitas rinkas ir tokiu būdu sumažins SESV 102 str. veiksmingumą. Taip plačiai suvokus SESV 106(1) str. ir 102 str. numatyto draudimo objektą, šis draudimas buvo suvoktas kaip universalus teisinis instrumentas, draudžiantis valstybėms narėms proteguoti savo kontroliuojamus ūkio subjektus, kurio įtaką sustiprino Komisijai SESV 106(3) str. pagrindu

608 Investuotojų forumas. „Naujas Politinis Sezonas: Investuotojų Požiūris,“ žiūrėta 2016 05 24. http://www.investorsforum.lt/files/Publikacijos/2015%2010%2028%20LIPI%20IV%20ketv/2015_10_28_IF_NAUJAS_POLITINIS_SEZONAS.pdf.

609 *Szysczczak* SESV 106(1) str. įvardino kaip savotišką skardinių atidarytuvą naudojamą atidarant vis naujas rinkas, žr. Erika M. Szysczczak. "Controlling Dominance in European Markets." *Fordham Int'l LJ* 33 (2011), 1738.

suteikti platūs įgaliojimai operatyviai konstatuoti tokio pobūdžio pažeidimus ir reikalauti tokių pažeidimų pašalinimo.

SESV 106(1) str. ir 102 str. nuostatos yra tiesiogiai veikiančios nacionalinių valstybių narių teisinėse sistemose. Atitinkamai šis draudimas galėtų būti efektyviai taikomas ir Lietuvoje, sprendžiant valstybės ir verslo nesutarimus dėl valstybės dalyvavimo ekonominėje veikloje⁶¹⁰. Tokia galimybė iš teisės doktrinos reikalauja pakankamai aiškių teisinio vertinimo taisyklių, kurios sudarytų galimybę *ex ante* įvertinti valstybės vykdomų intervencijos priemonių atitikimą SESV 106 str. ir 102 str. numatytam draudimui, nes tik toks aiškumas sudaro galimybę kalbėti apie efektyvią pažeidimų prevenciją ir prognozuojamą pažeistų teisių gynybą nacionaliniuose teismuose, Europos Komisijoje ir/arba Europos Sąjungos teisminėse institucijose.

Nepaisant tokio poreikio galiojančios praktikos, doktrinos analizė leidžia daryti išvadą, kad teisinio aiškumo, interpretuojant SESV 106(1) str. ir 102 str. numatyto draudimo teisinės sudėties elementų turinį, nėra. Tokį aiškumo trūkumą labai gerai atskleidžia generalinio advokato *Tesouro Telekomunikacijų galinių įrenginių* byloje išdėstyta nuomonė⁶¹¹. Generalinio advokato įsitikinimu, SESV 106 str. formuluotė yra „*akivaizdžiai neaiški*“ (angl. „*manifest obscurity*“)⁶¹² ir toks neaiškumas yra siejamas ne tiek su sunkumais formuluojant SESV 106 str. numatytą draudimą, kiek koncepcinio pobūdžio problema bandant suderinti tarpusavyje akivaizdžiai nesuderinamus principus: viena vertus, Sutartis reikalauja užtikrinti laisvos konkurencijos principo viršenybę ir Europos Sąjungos bendrosios rinkos veikimą, tačiau tuo pačiu metu Sutartis reikalauja tokioje laisvos konkurencijos sistemoje surasti deramą vietą monopolijų ir išimtinių teisių egzistavimui⁶¹³. Tokio teisinio aiškumo trūkumui pritariama ir doktrinoje, kurią puikiai apibendrino *Buendia* 1999 m. nurodydamas, kad SESV 106(1) str. yra įgijęs „*probleminio aiškinimo reputaciją, kuri paskatino akademikus konstatuoti <...> akivaizdų [106 str.] neaiškumą*“⁶¹⁴.

Šiuo atžvilgiu svarbu pastebėti, kad praėjus daugiau kaip dviem dešimtmečiams *Tesouro* nurodyta teisinio aiškumo trūkumo problema išliko. Tokią situaciją patvirtino generali-

610 Pirmasis tokio pobūdžio ginčas SESV 106(1) str. ir 102 str. pagrindu ginčijantis valstybinės monopolijos teikti saugaus valstybinio duomenų perdavimo paslaugas teisėtumą jau yra nagrinėjamas nacionaliniuose teismuose pagal TEO LT, AB pateiktą ieškinį prieš Aukštadvario regioninio parko direktiją (2016 m. gegužės 19 d. Vilniaus apygardos teismo sprendimas byloje Nr. E2-1923-345/2016, 2016 m. rugsėjo 15 d. Lietuvos apeliacinio teismo nutartis byloje Nr. e2A-957-236/2016, šiuo metu byla nagrinėjama Lietuvos Aukščiausiajame teisme, bylos Nr. eCIK-1412/2016). Savo ruožtu, Lietuvos Respublikos Konstitucinis teismas SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymą kol kas yra palietęs netiesiogiai nagrinėdamas SESV 106(2) str. numatytos išimties taikymo sąlygas. Žr. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2015 m. kovo 5 d. nutarimą "Dėl konkurencijos atliekų tvarkymo paslaugų srityje"; Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2015 m. balandžio 3 d. nutarimą "Dėl suskystintų gamtinių dujų terminalo projekto įgyvendinimo ir finansavimo"

611 ESTT sprendimas byloje Nr. C-202/88, Prancūzija v. Komisija (Telekomunikacijų galinių įrenginių byla), ECLI:EU:C:1991:120; José Luis Buendia Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law: Article 86 (Formerly Article 90) of the EC Treaty*. (Oxford: Oxford University Press on Demand, 1999).

612 Tokiai pozicijai pritarė ir daugelis tuo metu rašiusių autorių, pvz. Fernando Castillo De La Torre. "Rights of Defence of Member States and Undertakings," *European Law Review* 17, 6 (1992): 543; José Luis Buendia Sierra, *op.cit.*, p. 77-79.

613 Generalinio advokato *Tesouro* išvados 1 ir 11 paragrafas.

614 José Luis Buendia Sierra, *supra* note 4, p. 129.

nis advokatas *Wathelet* vienoje naujausių bylų (*Greek lignite*) atskirai pabrėždamas, kad SESV 106 str. bylų nėra daug, teismų praktika formuluota prejudiciniais sprendimais⁶¹⁵, o 2013-2014 m. ESTT nagrinėta *Greek lignite* byla yra *pirmoji*, kurioje teismas turės galimybę įvertinti SESV 106 str., pritaikiusio Komisijos sprendimo pagrįstumą ir teisėtumą⁶¹⁶. Teisinio aiškumo trūkumas plačiai pripažįstamas ir doktrinoje nevengiant pakankamai aštrių pasisakymų⁶¹⁷. Daugelis teisės mokslininkų tikėjosi reikšmingesnio aiškumo dėl SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo iš 2014 m. ESTT priimto sprendimo *Greek lignite* byloje ir 2015 m. Bendrojo teismo sprendimo *Slovenska posta* byloje⁶¹⁸. Kita vertus, šių sprendimų įtaką egzistuojančiam supratimui apie SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo sąlygas teisės doktrinoje dar nebuvo reikšmingiau analizuota, todėl šioje disertacijoje atliekamas tyrimas yra aktualus ne tik Lietuvos, tačiau ir Europos Sąjungos teisės plėtojimui.

615 Tokią problemą kelia ir Szyszczak, žr. Erika M. Szyszczak, "Services of General Economic Interest and State Measures Affecting Competition," *Journal of European Competition Law & Practice* 5, 7 (2014), IV skyrius.

616 Generalinio advokato *Wathelet* išvados *Greek lignite* byloje 41 paragrafas (žr. ESTT sprendimą byloje Nr. C-553/12 P, Komisija v. Dimosia Epicheirisi Ilektrismou Ae (DEI) (*Greek Lignite*), ECLI:EU:C:2014:2083).

617 Pavyzdžiui, *Whish* nurodo, kad „teismų praktika taikant 106 str. yra sudėtinga ir besivystanti“ (Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, 8th ed. ed. (Oxford; New York: Oxford University Press, 2015), 234); *Szyszczak* teigia: „SESV 106 str. taikymą interpretuojanti teismų praktika išlieka ribota, o modernioji praktika yra labiau sukoncentruota ne tiek SESV 106 ir 102 str. sąveika bei su tuo susijusia piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi koncepcija, kiek su visuotinės ekonominės svarbos paslaugų finansavimu ir sąveika tarp viešųjų pirkimų ir valstybės pagalbos taisyklių taikymu“ (Erika Szyszczak, *supra* note 2, p. 1744.); *Zevgolis* nurodo, kad doktrinos ar teismų praktikos SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo klausimai „išlieka įdomūs ir provokuoja mąstymą“ (Nikolaos E. Zevgolis, "Anti-Competitive Conduct from Public or Privileged Enterprises: Towards a Per Se Abuse of Dominant Position? Applicability of the Provision of TFEU Article 106(2) by National Competition Authorities," *European Competition Law Review* 33, 2 (2012): 84.); *Manaridou* nurodo, kad „nepriklausomai nuo daugelio teismų sprendimų, interpretuojančių SESV 106(1) str. taikymą kartu su 102 str., išlieka pakankamai erdvės nesupratimui, kada konkrečiai išimtinių teisių suteikimas yra draudžiamas“ (Eleni Manaridou, "The Greek Lignite Sprendimas byloje: A (Questionable) Victory of The "Effects Theory," *European Law Review* 40, June (2015): 424.); *Prosser* pabrėžia, kad šiuo atžvilgiu teismų praktika „dažnai yra labai sudėtinga ir kartais beveik nesuvokiama. <...> šiais dviem klausimais egzistuojanti teisė buvo apibūdinta kaip „nepakankamas aiškumas“ arba „akivaizdus neaiškumas“, iš kurių nė vienas epitetas nesuponuoja, kad supratimas bus lengvas.“ (Tony Prosser, *The Limits of Competition Law: Markets and Public Services* (Oxford: Oxford University Press, 2005), 122.); tuo tarpu *Vedder* teigimu, „daug doktrinų ir teorijų buvo taikomos SESV 106 str. atžvilgiu ir *Greek lignite* taip pat gali pasiūlyti naują doktriną. Kita vertus, kai yra tiek daug doktrinų ir teorijų <...> galime klausiti, ar šiuo atžvilgiu teisinis tikrumas išlieka apskritai?“ (Hans Vedder, "The Appeal in Greek Lignite: Clarification of the Law or Jumpstarting Article 106 TFEU?," žiūrėta 2016 05 10, <http://europeanlawblog.eu/?p=2492>); 1999 m. atkreipęs dėmesį į SESV 106(1) str. interpretavimo problemas *Buendia* analogišką nuomonę išsakė ir praėjus daugiau kaip dešimtmečiui. Pasak *Buendia*, išimtinių ir specialiųjų teisių klausimas ES teisėje „yra gerokai labiau kompliktuotas ir didesnės apimties, nei gali pasirodyti iš pirmo žvilgsnio“ (Luis Ortiz Blanco, editor of compilation, *EU Competition Procedure*, Third edition. red., (Oxford: Oxford University Press, 2013.), 821).

618 Žr., pvz., Hans Vedder, "The Appeal in Greek Lignite: Clarification of the Law or Jumpstarting Article 106 TFEU?," žiūrėta 2016 05 10, <http://europeanlawblog.eu/?p=2492>); "Burning Desire to Clarify(?) the Law for Public Undertakings: The Judgment in Greek Lignite (sprendimas byloje T-169/08)", žiūrėta 2016 05 10, <http://europeanlawblog.eu/?p=935>

Autoriaus įsitikinimu visos aukščiau nurodytos aplinkybės vienareikšmiškai liudija poreikį išsamiau analizuoti SESV 106(1) str. ir 102 str. numatyto teisės pažeidimo sąlygas. Viena vertus, šis draudimas yra praktiškai aktualus siekiant nustatyti valstybės institucijų dalyvavimo rinkoje sąlygas ir pašalinti valstybės ir verslo santykių įtampą. Kita vertus, šiuo metu egzistuojantis SESV 106(1) str. ir 102 str. numatyto draudimo teisinio vertinimo kriterijų ištyrimo lygis yra akivaizdžiai nepakankamas siekiant atsakyti į teorijoje ir praktikoje kylančius klausimus dėl valstybės pagalbos tokiems ūkio subjektams teikiamų ribojimų pagal SESV 106(1) str. ir 102 str.

Mokslinė problema

Kaip minėta, SESV 106(1) str. ir 102 str. suvaidino esminį vaidmenį Europos Sąjungoje vykusiuose rinkų liberalizavimo procesuose ir bendros Europos Sąjungos rinkos kūrime. Nepaisant to, tiek praktikoje, tiek doktrinoje pripažįstama, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo teisinės sudėties elementų turinys lieka pakankamai neaiškus. Toks teisinio aiškumo trūkumas susiformavo dėl keleto priežasčių. Šiuo atžvilgiu pagrindinė kliūtis susiformuoti nuoseklesnei SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo praktikai kilo dėl poreikio vienoje pažeidimo koncepcijoje įtvirtinti konkurencijos teisės taisyklių absoliutumą, kartu pripažįstant valstybių narių teisę atskirais atvejais išlaikyti valstybinių monopolijų egzistavimą. Kadangi tokie interesai nebuvo tiesiogiai suderinti Europos Sąjungos pirminiuose teisės šaltiniuose, šių interesų suderinimas buvo paliktas Europos Sąjungos institucijų praktikai, tiesiogiai interpretuojančiai Sutarties nuostatas, t.y. Komisijai ir Europos Sąjungos teismams.

Šiuo atveju reikia pripažinti, kad, nesant aiškios teisinio elgesio taisyklės, institucijų praktikai didelę įtaką darė sprendimų priėmimo metu vyraujančios visuomenės nuotaikos ir politiniai tikslai. Tai puikiai iliustruoja institucijų praktikoje kardinaliai pasikeitęs požiūris į išimtinių teisių teisėtumą. 1974 m. *Sacchi*⁶¹⁹ byloje ESTT suformulavo fundamentalų principą, kad išimtinių teisių suteikimas ar tokių teisių išplėtimas savaime negali būti laikomas SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimu. Visgi prasidėjus rinkų liberalizacijos procesams tokios taisyklės galiojimas buvo iš esmės peržiūrėtas 1991 m. *Telekomunikacijų galinių įrenginių byloje* ESTT pateikus užuominą, kad ne visos išimtinės teisės yra teisėtos, o 1991 m.⁶²⁰ ir 1993 m.⁶²¹ jau konstatuojant absoliučiai priešingą taisyklę – visos išimtinės yra neteisėtos, nebent pateisinamos SESV 106(2) str. numatytu pagrindu. Vėlesnėje praktikoje SESV 106(1) ir 102 str. interpretacijos pasikeitimai nėra tokie kardinalūs, tačiau, vertinant ESTT ir Komisijos sprendimus istorinės perspektyvos požiūriu, galima pastebėti, kad institucijų praktikoje visuomet buvo svyruojama tarp *per se* išimtinių teisių neteisėtumo ir poreikio įrodyti priežastinį ryšį tarp valstybės taikomų priemonių ir valstybės kontroliuojamo ūkio subjekto vykdomų SESV 102 str. pažeidimą sudarančių veiksmų.

619 ESTT sprendimas byloje Nr. C-155/73, *The State v. Giuseppe Sacchi*, ECLI:EU:C:1974:40.

620 ESTT sprendimas byloje Nr. C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova SpA v Siderurgica Gabrielli SpA*, ECLI:EU:C:1991:464.

621 ESTT sprendimas byloje Nr. C-320/91, *Corbeau*, ECLI:EU:C:1993:198.

Nuoseklios institucijų praktikos susiformavimą apsunkino ir aplinkybė, kad iki pat 2014 m. ESTT sprendimo *Greek lignite* byloje SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimui aktualūs teisiniai kriterijai buvo formuluojami prejudiciniais ESTT sprendimais, kur teismas atsakydavo į nacionalinių teismų keliamus *teisės aiškinimo* klausimus, nesusidurdamas su poreikiu priimti sprendimų, kuriuose teismo pateikti paaiškinimai būtų pritaikyti praktiškai konkrečių bylos faktinių aplinkybių kontekste. Tokiu būdu ESTT sprendimuose yra atskleidžiami tik SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo principai, nesuteikiant aiškumo, kaip šie principai turėtų būti taikomi praktinėse situacijose, o pateikiamų paaiškinimų turinį reikšminga dalimi lėmė nacionalinių teismų keliamų klausimų pobūdis.

Kadangi Europos Sąjungos teismų ir Komisijos praktika sudaro vienintelį teisės šaltinį interpretuojant SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo sąlygas, toks institucijų praktikos nenuoseklumas ir paviršutiniškumas neišvengiamai turėjo įtakos teisės doktrinos evoliucijai. Kaip minėta aukščiau, teisės doktrinoje pripažįstama, kad netgi praėjus daugiau kaip dvidešimčiai metų nuo SESV 106(1) str. ir 102 str. aktyvaus taikymo pradžios, šio pažeidimo sudėties elementai lieka neaiškūs, o institucijų praktika vis dar evoliucionuoja. Kartu pripažįstama, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. interpretacijai reikšmingą įtaką gali turėti pirmieji Europos Sąjungos teismų sprendimai *Greek lignite* ir *Slovenska posta* bylose, kuriose pirmą kartą buvo vertinamas Komisijos konstatuotų SESV 106(1) str. pažeidimų teisėtumas. Moderniojoje doktrinoje šių sprendimų turinys ir įtaka egzistuojančioms SESV 106(1) ir 102 str. pažeidimo vertinimo taisyklėms išsamiau dar nebuvo nagrinėti.

Toks SESV 106(1) str. ir 102 str. numatyto draudimo taikymo sąlygų ištyrimo trūkumas ir galimi teisinės praktikos pasikeitimai po naujausių Europos Sąjungos institucijų sprendimų *Greek lignite* ir *Slovenska posta* bylose savaime suponuoja **mokslinę problemą**: *galiojančioje teisėje nėra pakankamo aiškumo, kokie konkrečiai teisiniai elementai turėtų būti įrodyti konstatuojant SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimą.*

Tyrimo objektas

Tyrimo objektą sudaro atskiri SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo sudėties elementai, kurie nustatomi skirtingai nei kituose konkurencijos teisės pažeidimuose. Siekiant nuoseklumo, darbe paaiškinami visi SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo kriterijai. Kita vertus, išsami analizė atliekama būtent tokių pažeidimo elementų atžvilgu, kurie yra specifiskai būdingi SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo įrodinėjimui.

Apibrėžiant tyrimo objektą reikia pripažinti, kad pakankamai panašius teisinius instrumentus numato ir Lietuvos nacionalinė teisė: Konstitucijos 46 str. bei Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymo 4 str. Visgi, nepaisant mokslinio intereso, šių institutų gilesnė analizė bei palyginimas su SESV 106(1) ir 102 str. paliekamas už šio tyrimo ribų, atsižvelgiant į tai, kad adekvati šių nacionalinių ir Europos Sąjungos teisės institutų lyginamoji analizė pernelyg išplėstų šios disertacijos apimtį.

Atskiro tyrimo objekto taip pat nesudaro SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo įrodinėjimo nacionaliniuose teismuose procesiniai aspektai. Šiuo atžvilgiu reikia pastebėti, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. yra tiesiogiai veikiančios teisės normos, todėl šių teisės normų pagrindu šalys gali ginti savo poziciją nacionaliniuose teismuose. Visgi šiame darbe tokie procesiniai aspektai nėra išsamiau analizuojami. Tokį sprendimą lėmė aplinkybė, kad Lietuvos teismuose SESV 106(1) ir 102 str. įtvirtintas institutas niekuomet nebuvo taikomas (t.y. nėra jokios nacionalinės šio instituto taikymo specifikos), tuo tarpu Europos Sąjungos teisės tiesioginio veikimo sąlygų analizė sudaro atskirą tyrimo objektą, kuris nėra specifiskai susijęs su disertacijoje nagrinėjamu teisės institutu.

Tyrimo tikslas

Atliekamo tyrimo tikslas – atskleisti SESV 106(1) str. ir 102 str. straipsniuose įtvirtinto pažeidimo teisinės sudėties elementų turinį.

Tyrimo uždaviniai

Nurodytam tikslui pasiekti buvo keliami šie pagrindiniai uždaviniai:

- atskleisti SESV 106(1) str. ir 102 str. numatyto pažeidimo istorinę raidą ir teisinę prigimtį siekiant nustatyti tokio pažeidimo koncepcinius pagrindus;
- nustatyti SESV 106 str. ir 102 str. pažeidimo įrodinėjimui aktualius teisinės sudėties elementus ir atskleisti tokių elementų turinį, kurie įgalina kelti valstybės atsakomybės klausimą už SESV 102 str. veiksmingumo sumažinimą;
- nustatyti valstybės priemonių formas, kuriomis valstybė gali sumažinti SES 102 str. numatyto draudimo veiksmingumą;
- išnagrinėti institucijų praktikoje susiformavusias tradicines SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo formas ir atskleisti taisykles, kurių pagrindu turėtų būti atliekamas kiekvienos šios pažeidimo formos vertinimas. Tyrimo metu konkrečiai siekiama atskleisti:
 - o teisinius kriterijus taikomus negalėjimo patenkinti paklausos bylose;
 - o teisinius kriterijus taikomus interesų konflikto bylose;
 - o teisinius kriterijus taikomus dominuojančios padėties įtvirtinimo, sustiprinimo ir/arba išplėtimo bylose;
 - o galimybę pripažinti išimtinių teisių suteikimą *per se* SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimu.

Temos ištyrimo lygis

Lietuvos mokslininkų darbuose (*Švirinas, Moisejevas, Novosad, Rimšaitė, Nesutavičienė, Gumbis, Balčiūnaitė*) yra analizuojami atskiri konkurencijos teisės aspektai, susiję su autoriaus atliekamo tyrimo objektu. Šių mokslininkų darbuose aptariami Europos Sąjungos konkurencijos teisės bendrieji principai, konkurencijos teisės taikymo procesiniai klausimai bei SESV 102 str. numatytas draudimas piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi⁶²². Nepaisant to, Lietuvos mokslininkų darbuose nėra analizuojama SESV 106(1) str. pagrindu kylanti valstybių narių atsakomybė už SESV 102 str. veiksmingumo sumažinimą. Atitinkamai, tyrimas yra grindžiamas daugiausiai užsienio mokslininkų atliktų tyrimų rezultatais. Pagal savo reikšmę tokių teisės mokslininkų atliktus tyrimus galima sąlyginai suskirstyti į kelias kategorijas: (1) nuoseklūs tyrimai; (2) reakcija į naujus institucijų sprendimus / aktualijas; bei (3) vyraujančių teisinių elementų apžvalga vadovėlinio pobūdžio leidiniuose.

Šiuo atžvilgiu reikia pripažinti, kad aktyviausia diskusija dėl SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo sąlygų vyko 1985-1995 metais. Absoliuti dauguma šio laikotarpio mokslininkų analizavo atskirus Europos Sąjungos institucijų sprendimus ir tokių sprendimų sąveiką su ankstesniais teismų sprendimais, o pagrindinį tyrimo objektą sudarė klausimas, kiek naujausių teismų sprendimo kontekste lieka galioti *Sacchi* byloje suformuluotas valstybės suteiktų išimtinių teisių teisėtumo principas. Šiuo laikotarpiu pagrindinė diskusija vyko tarp *Lang*⁶²³, *Joliet*⁶²⁴, *Hancher*⁶²⁵,

622 Raimundas Moisejevas, *Grobuoniška kainodara kaip piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi Europos Bendrijų konkurencijos teisėje forma* (Vilnius: Mykolo Romerio universitetas, 2009); Šartinas Kersauskas, "What Should the Priorities of a Small Country's Competition Authority Be?: Lessons and Suggestions Based on Two Decades of Competition Policy Experience in Lithuania" (daktaro disertacija, University of London, 2010); Raimundas Moisejevas, "Recoupment of Losses by the Dominant Undertaking, Which Allegedly Have Used Predatory Pricing and Legality of Actions," *Jurisprudencija*, 2 (2010); Raimundas Moisejevas, "The Importance of the Intent in Predatory Pricing Sprendimas bylojes," *Jurisprudencija*, 4 (2010); Justina Balčiūnaitė, "EB Konkurencijos teisės procedūrų pobūdis: Ar turėtų būti taikomas EŽTK 6 Straipsnis šių procedūrų metu," *Socialinių mokslų studijos* 1, 5 (2010); Dailis Švirinas ir Ana Novosad, "Prekių susiejimas kaip piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi forma," *Jurisprudencija* 2, 120 (2010); Ana Novosad, "Sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo 102 Straipsnio reformos įtaka objektyvaus pateisinimo sampratos raidai," *Socialinių Mokslu Studijos* 3, 1 (2011); Ana Novosad, "Dominuojančio ūkio subjekto atsakymo tiekti vertinimas pagal konkurencijos teisę" (daktaro disertacija, Mykolo Romerio universitetas, 2011); Raimundas Moisejevas, "Objective Justifications in Predatory Pricing," *Jurisprudencija* 18, 1 (2011); Jaunius Gumbis, *Competition Law in Lithuania* (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business, 2011); Raimundas Moisejevas, Ana Novosad, ir Virginijus Bitė, "Costs Benchmarks as Criterion for Evaluation of Predatory Pricing," *Jurisprudencija* 19, 2 (2012); Justina Nasutavičienė, "Lygiagrečioji valstybių varių ir Europos Komisijos kompetencija taikyti ES konkurencijos teisės nuostatas *Ne Bis in Idem* principo kontekste," *Socialinių mokslų studijos* 4, 1 (2012); Raimundas Moisejevas ir Ana Novosad, "Some Thoughts Concerning the Main Goals of Competition Law," *Jurisprudencija* 20, 2 (2013); Jaunius Gumbis, et al., *Competition Law in Lithuania*, Second edition. ed. (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business, 2014); Laura Rimšaitė, "Konkurencijos teisės institutų taikymo ypatumai energetikos sektoriuje" (daktaro disertacija, Mykolo Romerio universitetas, 2016).

623 John Temple Lang, "European Community Competition Law and Member State Action," *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, 10 (1989): 114.

624 René Joliet, "National Anti-Competitive Legislation and Community Law," *Fordham Int'l LJ*, 12 (1988): 163.

625 Piet Van Slot ir Leigh Hancher, "Article 90," *European Competition Law Review* 11, 1 (1990): 35.

Hoffman⁶²⁶, Pappalardo⁶²⁷, De La Torre⁶²⁸, Platteau⁶²⁹, Kerf⁶³⁰, Gyselen⁶³¹, Giesen⁶³², Bright⁶³³, Ehlermann⁶³⁴, Gardner⁶³⁵, Sauter⁶³⁶, ir t.t.

Po 1995 m., sumažėjus ESTT ir Komisijoje nagrinėjamų SESV 106(1) str. ir 102 str. bylų apimčiai, buvo atlikti nuoseklesni ir išsamesni moksliniai tyrimai, kuriais buvo siekiama išsiaiškinti SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo sąlygas. Šiuo atžvilgiu pirmiausia reikėtų išskirti 1998 m. Blum ir Logue išleistą monografiją „*State Monopolies under EC Law*“⁶³⁷, kurioje buvo bandoma apibendrinti institucijų praktikoje susiformavusius pažeidimo vertinimo kriterijus, o institucijų bylas suklasifikuoti į atskiras kategorijas. Visgi šioje monografijoje greta SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo buvo nagrinėjamos SESV 106(2) str. numatytos išimties taikymo sąlygos, SESV 106(1) str. sąveika su kitais Sutarties straipsniais, reglamentuojančiais laisvo judėjimo nuostatas bei monopolinių rinkų atžvilgiu taikomos reguliavimo priemonės. Atitinkamai, Blum ir Logue monografijoje SESV 106(1) str. ir 102 str. analizė atliekama pakankamai paviršutiniškai.

Prie kitų reikšmingesnių šio laikotarpio darbų galima priskirti Buendia 1999 m. monografiją „*Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*“⁶³⁸, kurioje atliekamas nuoseklus pažeidimo įrodinėjimui aktualių teisinių kriterijų tyrimas, paaiškinami pažeidimo koncepciniai pagrindai ir sąveika su kitais institutais, o monografijoje daromi apibendrinimai reikšminga dalimi išlieka aktualūs ir šiuo metu. 2007 m. prie nuoseklesnių SESV 106 str. tyrinėtojų prisijungė Szyszczak išleidusi monografiją „*Regulation of the State in the*

-
- 626 Alan B. Hoffman, "Anti-Competitive State Legislation Condemned under Articles 5, 85 and 86 of the EEC Treaty: How Far Should the Court Go after Van Eycke?," *European Competition Law Review* 11, 1 (1990): 11-27.
- 627 Aurelio Pappalardo, "State Measures and Public Undertakings: Article 90 of the EEC Treaty Revisited," *European Competition Law Review* 12, 1 (1991): 29-39.
- 628 Fernando Castillo De La Torre, "Rights of defence of Member States and undertakings," *European Law Review* 17, 6 (1992): 539-545.
- 629 Koen Platteau, "Article 90 EEC Treaty after the Court Judgment in the Telecommunications Terminal Equipment Case," *European Competition Law Review* 12, 3 (1991): 105-112.
- 630 Michel Kerf, "Policy of the Commission of the E.E.C. Toward National Monopolies," *World Competition: Law and Economics Review* 17, (1993-1994): 73-111.
- 631 Luc Gyselen, "Anti-Competitive State Measures under the EC Treaty: Towards a Substantive Legality Standard," *European Law Review*, Supp (Competition law checklist) (1994): 55-89.
- 632 Richard Giesen, "Statutory Monopolies and EC Competition Law: The Belgian Post Monopoly Case," *European Competition Law Review* 14, 6 (1993): 279-283.
- 633 Christopher Bright, "Article 90, Economic Policy and the Duties of Member States," *European Competition Law Review* 14, 6 (1993): 263-272.
- 634 CD Ehlermann, "Managing Monopolies: The Role of the State in Controlling Market Dominance in the European Community" (1993), *ECLR* 14 (1993): 61.
- 635 Anthony Gardner, "The Velvet Revolution: Article 90 and the Triumph of the Free Market in Europe's Regulated Sectors," *European Competition Law Review* 16, 2 (1995): 78-86.
- 636 Wolf Sauter ir Harm Schepel, *State and Market in European Union Law: The Public and Private Spheres of the Internal Market before the Eu Courts* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009); Wolf Sauter, "The Criterion of Advantage in State Aid: Altmark and Services of General Economic Interest," *TILEC Discussion paper series* 2014, 15 (2014).
- 637 Francoise Blum ir Anne Logue, *State Monopolies under EC Law* (Chichester: J. Wiley, 1998).
- 638 José Luis Buendia Sierra, *supra* note 4, p. 129.

*Competitive Markets in the EU*⁶³⁹, kurioje puikiai buvo atskleistas SESV 106(1) str. taikymo istorinis kontekstas ir koncepciniai pagrindai, pateiktas esminių pažeidimo elementų paaiškinimas, tačiau esminė monografijos dalis buvo skirta rinkų liberalizavimą reglamentuojančių direktyvų analizei bei SESV 106(2) str. numatytai galimybei pateisinti pažeidimą, iškilus poreikiui užtikrinti visuotinės ekonominės svarbos paslaugų teikimą. Šiuo laikotarpiu reikšmingą indėlį turėjo ir Hirsch, Montag ir Säcker darbas „*Competition Law: European Community Practice and Procedure*“⁶⁴⁰, kuriame nuosekliai aptariami įvairūs konkurencijos teisės institutai, įskaitant SESV 106 str. numatytą draudimo taikymo sąlygas.

Analizuojant moderniosios doktrinos autorius, galima pastebėti, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo doktriną šiuo metu formuoja du pagrindiniai mokslininkai: Buendia⁶⁴¹ darbai yra skirti SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo elementų analizei ir procedūriniam šio pažeidimo įrodinėjimo aspektams, o Szyszczak savo analizę koncentruoja ties SESV 106(2) str. numatytais pažeidimų pateisinimo pagrindais, kurie lieka už šioje disertacijoje atliekamo tyrimo ribų⁶⁴². Savo ruožtu, šių mokslininkų atliekamą doktriną reikšmingai papildė moderniosios kartos mokslininkų darbai, kurių didžioji dauguma yra orientuoti ne tiek į SESV 106(1) ir 102 str. pažeidimų analizę, kiek SESV 106(2) str. numatytos išimties taikymo sąlygas ir šios išimties sąsajas su valstybės pagalbos ir viešųjų pirkimų taisyklėmis. Prie tokių mokslininkų galima priskirti Graells⁶⁴³, Sauter⁶⁴⁴, Szydło ar Ølykke⁶⁴⁵.

Visus šiuos nuoseklius SESV 106 str. taikymo sąlygų tyrimus papildė klasikiniai vadovėliniai konkurencijos teisės darbai, kuriuos parengė Whish ir Bailey⁶⁴⁶, Jones ir Sufrin⁶⁴⁷ bei Roth, Rose ir Bellamy autorių kolektyvai⁶⁴⁸. Šie darbai apibendrina vyraujančias teorijas ir

639 Erika M. Szyszczak, *The Regulation of the State in Competitive Markets in the Eu* (Oxford: Hart, 2007).

640 Günther Hirsch, Frank Montag, ir Franz Jürgen Säcker, *Competition Law: European Community Practice and Procedure, Article-by-Article Commentary* (London: Sweet & Maxwell, 2008).

641 Buendia mokslinių tyrimų rezultatai publikuojami teisinių tyrimų rinkiniuose, žr. Jonathan Faull ir Ali Nikpay, *Faull & Nikpay, the EU Law of Competition*, 3rd edition. ed. (Oxford: Oxford university Press, 2014); Luis Ortiz Blanco, editor of compilation, *EU Competition Procedure*, (Oxford: Oxford University Press, 2013).

642 Erika Szyszczak et al., *Developments in Services of General Interest*, vol. 3 (The Hague: Springer, 2011); Erika Szyszczak and Johan Willem van de Gronden, *Financing Services of General Economic Interest: Reform and Modernization* (The Hague: Springer Science & Business Media, 2014); Ulla Boegh Neergaard et al., *Social Services of General Interest in the EU* (The Hague: Springer, 2013).

643 Albert Sánchez Graells, "Competition Law against Public Restraints in the Public Procurement Field: Importing Competition Considerations into the EU Public Procurement Directives." Pranešimas konferencijoje the Public Procurement: Global Revolution IV-Conference, University of Nottingham, 2010.

644 Wolf Sauter, "The Criterion of Advantage in State Aid: Altmark and Services of General Economic Interest," *TILEC Discussion paper series 15*, (2014).

645 Grith Skovgaard Ølykke, "Is the Granting of Special and Exclusive Rights Subject to the Principles Applicable to the Award of Concessions?: Recent Developments in Case Law and Their Implications for One of the Last Sanctuaries for Protectionism," *Public Procurement Law Review* 2014, 1 (2013): 1-20.

646 Richard Whish ir David Bailey, *Competition Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2015).

647 Alison Jones ir Brenda Sufrin, *EU Competition Law: Text, Case notes and Materials* (Oxford: Oxford University Press, 2014),

648 P. M. Roth, Vivien Rose, ir Christopher, Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, 6th ed. / edited by Peter Roth, Vivien Rose. ed. (Oxford: Oxford University Press, 2008).

paaiškina pagrindinius institucijų sprendimų aspektus, tačiau juose yra santykinai mažai gilinamasi į probleminius SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo aspektus.

Apibendrinant doktrinoje egzistuojantį mokslinio ištyrimo lygį galima daryti išvadą, kad šiuo metu *Buendia* yra praktiškai vienintelis autorius, nuosekliai ir išsamiai analizuojantis SESV 106(1) str. ir 102 str. taikymo sąlygas, tačiau šio autoriaus darbuose nėra analizuojami naujausi Europos Sąjungos institucijų sprendimai *Greek lignite* ir *Slovenska posta* bylose. Tuo tarpu kitų mokslininkų darbai tik sąlyginai paviršutiniškai apžvelgia SESV 106(1) str. taikymo sąlygas arba analizuoja tik atskirus tokio pažeidimo sudėties elementus. Tokia nuoseklių mokslinių tyrimų stoka natūraliai reikalauja toliau tyrinėti SESV 106(1) str. ir 102 str. numatyto teisės pažeidimo sąlygas siekiant suformuluoti aiškesnes teisinio vertinimo taisykles. Tokio pobūdžio tyrimas bus atliekamas šiame moksliniame tiriamajame darbe.

Tyrimo rezultatų apibavimas

Atskiri disertacijos aspektai buvo paskelbti leidiniuose:

- (i) Straipsnyje „*Failure to meet the demand as infringement of Articles 106(1) and 102 TFEU: the problem of causal link*“. Straipsnis paskelbtas Mykolo Romerio universiteto leidžiamame recenzuojamame mokslo darbų leidinyje „*Social Transformations in Contemporary Society*“ (2016), 60-72 psl.⁶⁴⁹;
- (ii) Straipsnyje „*Failure to meet the demand as infringement of Articles 106(1) and 102 TFEU: the notion of failure to meet the demand*“. Straipsnis paskelbtas Mykolo Romerio universiteto leidžiamame recenzuojamame mokslo darbų leidinyje „*Social Transformations in Contemporary Society*“ (2016), 73-85 psl.⁶⁵⁰

Pastarųjų dviejų straipsnių pagrindu parengti pranešimai, kurie buvo pristatyti 2016 m. Mykolo Romerio universitete vykusioje tarptautinėje mokslinėje konferencijoje „*Social transformations in Contemporary Society*“. 2016 m. birželio 30 d. disertacija svarstyta ir aprobuota Mykolo Romerio universiteto Privatinės teisės institute.

Tyrimo metodai

Tyrimo tikslui ir uždaviniams įgyvendinti buvo pasitelkti žemiau nurodyti pagrindiniai empiriniai ir teoriniai mokslinio tyrimo metodai:

- *Loginės analizės metodai (indukcija, dedukcija, sintezė, sisteminė analizė)*. Šie universalūs loginės analizės metodai buvo taikomi vertinant institucijų praktiką, sprendimus, mokslininkų darbus, formuluojant apibendrinimus, išvadas, pasiūlymus ir rekomendacijas.
- *Lyginamasis istorinis metodas*. Disertacijoje nagrinėjamas teisinis instrumentas iš esmės yra suformuotas Europos Komisijos ir Europos Sąjungos teismų sprendimuose. Absoliuti dauguma tokių sprendimų tik labai lakoniškai atskleidžia taiko-

649 *Social Transformations in Contemporary Society*, 2016 (4) ISSN 2345-0126 (internetinis šaltinis).

650 *Social Transformations in Contemporary Society*, 2016 (4) ISSN 2345-0126 (internetinis šaltinis).

mos teisinės taisyklės turinį arba paaiškina atskirus teisės taikymo aspektus. Pakankamai dažnai taikomos teisės taisyklės turinį atskleidžia sprendimai, kuriuos skiria keleri metai ar net dešimtmečiai. Dėl tokio tiriamo reiškinio pobūdžio tyrimo metu buvo plačiai naudojamas lyginamasis istorinis metodas⁶⁵¹. Šio metodo pagrindu kiekvienas disertacijoje nagrinėjamas klausimas buvo analizuojamas atskleidžiant visą nagrinėjamo klausimo evoliuciją Europos Komisijos ir Europos Sąjungos teismų sprendimuose. Tokia analizė leido suprasti sprendimų priėmimo kontekstą, priežastingumą ir atskleisti tikrąją institucijų sprendimų turinio prasmę.

- *Lyginamasis ir analogijos metodai*. Šis metodas *inter alia* buvo naudojamas (i) lyginant tarpusavyje Europos Komisijos, Europos Sąjungos teismų ir bylose išvadas teikusių generalinių advokatų pozicijas, tokiu būdu atskleidžiant nagrinėjamo teisinio instrumento problematiką; (ii) lyginant tarpusavyje giminingus teisinius institutus (daugiausiai lyginama su koncentracijų kontrolės ir draudimo piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi institutais) siekiant pasiūlyti koncepciškai pagrįstus, suderintus ir universalų pritaikomumą turinčius teisinių problemų sprendinius.
- *Metaanalizės metodas*. Šis metodas *inter alia* buvo naudojamas analizuojant kitų tyrėjų atliktus tyrimus ir jų padarytas išvadas. Apibendrinus kitų tyrėjų padarytas išvadas ir jas papildžius autoriaus atlikto tyrimo rezultatais darbe buvo suformuluotos naujo lygmens išvados, kurių nebuvo padarę pirminiai tyrėjai.
- *Teisinių dokumentų analizės metodas*⁶⁵². Šis metodas yra klasikinis teisės krypties mokslo metodas, kuris buvo plačiai naudojamas atliekant tyrimą. Vadovaujantis šio metodo keliamais reikalavimais, tyrimo metu pirmiausiai buvo vykdoma dokumentų atranka: (i) iš oficialių duomenų bazių buvo surinkti visi⁶⁵³ Europos Komisijos ir Europos Sąjungos teisingumo teismo sprendimai, interpretuojantys SESV 106(1) ir 102 str. taikymo sąlygas, ir (ii) atrinkti sprendimai, kurie bent minimaliai gali atskleisti nagrinėjamo teisės instituto esmę. Tuomet vykdoma dokumentų turinio analizė vadovaujantis šiais pagrindiniais principais: (i) siekiant išvengti vertimo metu susidarancio dokumento turinio iškraipymo buvo analizuojami anglų kalba surašyti dokumentai; (ii) institucijų sprendimuose pateikti paaiškinimai buvo interpretuojami vertinant sprendimo priėmimo kontekstą: bylos faktines aplinkybes, byloje teiktus šalių ir generalinių advokatų paaiškinimus, sprendimo priėmimo metu egzistavusias ekonomines-politines sąlygas, atitinkamu laikmečiu institucijų sprendžiamus uždavinius ir t.t.; (iii) teisės aktų turinys buvo vertinamas atsižvelgiant į teisės akto priėmimą lėmusias priežastis.

651 Rimantas Tidikis, *Socialinių Mokslų Tyrimo Metodologija*, (Vilnius: Lietuvos teisės universiteto Leidybos centras, 2003): 411.

652 *Ibid.*, p. 488-498.

653 Autorius neatmeta galimybės, kad dalis sprendimų liko už tyrimo ribų, kadangi institucijų priimami sprendimai nėra kaupiami centralizuotai. Nepaisant to, autorius yra įsitikinęs, kad dokumentų, nepatekusių į tyrimo apimtį, apimtis neturėtų viršyti 5%. Tokia išvada daroma tiek savarankiškai atliktos paieškos pagrindu, tiek vertinant kitų autorių darbuose minimų institucijų sprendimų apimtį.

- *Apibendrinimo metodas*⁶⁵⁴. Atlikus dokumentų ir mokslinių darbų analizę, tyrimo rezultatai buvo sisteminami ir grupuojami pagal juos vienijančius požymius. Savo ruožtu, tokių susistemintų duomenų pagrindu buvo daromos tyrimo išvados bei pateikiamos rekomendacijos.

Darbo struktūra

Atsižvelgiant į tyrimo tikslą ir uždavinius, disertacija yra grindžiama žemiau nurodyta darbo struktūra:

- Įvade aptariama darbo problematika, objektas, tikslas ir uždaviniai, atliekama literatūros tiriamuoju klausimu analizė, aptariama tyrimo metodologija.
- Pirmajame skyriuje aptariama SESV 106(1) str. ir 106 str. numatyto pažeidimo istorinė raida ir teisinė prigimtis akcentuojant esminius pažeidimo koncepcijos evoliucijos aspektus.
- Antrajame skyriuje analizuojami SESV 106(1) str. taikymo kriterijai siekiant išsiaiškinti, kokių konkrečiai valstybės priemonių atžvilgiu taikomas SESV 106(1) str. numatytas draudimas ir kokių asmenų atžvilgiu valstybė turi susilaikyti nuo tokių priemonių priėmimo. Šiame skyriuje pagrindinis dėmesys skiriamas analizei, kokio ūkio subjektai yra laikomi išimtinių ar specialiųjų teisių turėtojais, kurių atžvilgiu taikomas draudimas.
- Trečiojo skyriaus tyrimo objektą sudaro SESV 106(1) str. ir 102 str. numatytų draudimų sąveika analizuojant, kokiais konkrečiais veiksmais valstybė gali sumažinti SESV 102 str. numatyto draudimo veiksmingumą. Šiuo tikslu disertacijoje identifikuojamos atskiros valstybės intervencijos priemonių grupės, kurių atžvilgiu institucijų praktikoje reikalaujama įrodinėti specifinius teisinio pažeidimo elementus: negalėjimą patenkinti paklausos, interesų konflikto situacijos sudarymą, dominuojančios padėties įtvirtinimą, sustiprinimą ir išplėtimą (įskaitant lygių galimybių principo pažeidimą). Visos šios pažeidimų rūšys ir joms keliami teisiniai kriterijai nagrinėjami atskirai, užbaigiant analizę išvadomis apie tai, kokia apimtimi modernioje praktikoje išlieka galioti *Sacchi* byloje suformuluotas principas, kad išimtinių teisių suteikimas savaime nėra laikomas SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimu.
- Baigiamoji darbo dalis skirta darbo išvadoms, kuriose įvardijami ir apibendrinami esminiai tyrimo rezultatai.

Ginamieji teiginiai

- (i) SESV 106(1) ir 102 str. pažeidimas siejamas su valstybės veiksmais, kuriais sumažinamas SESV 102 str. įtvirtinto draudimo piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi *veiksmingumas*. Toks *veiksmingumo* sumažinimas gali būti konstatuotas praktiškai visuomet, kai valstybė suteikia konkurencinį pranašumą specialų santykį su valstybe turinčiam ūkio subjektui.

654 Rimantas Tidikis, *supra* note 44, p. 387-390.

- (ii) SESV 106(1) ir 102 str. pažeidimo platesnį taikymą reikšmingai apsunkena pažeidimo teisinės sudėties elementų didelė apimtis bei pakankamai aukštas teisinis standartas taikomas įrodinėjant, kad nagrinėjamos veiklos atžvilgiu valstybės paramos gavėjas veikia kaip „ūkio subjektas“ ir atitinkamoje rinkoje užima dominuojančią padėtį.
- (iii) Moderniojoje teisėje išlaikomas principas, kad išimtinių teisių suteikimas *pats savaimė* nėra laikomas pažeidimu, tačiau šio principo turinys reikšmingai pasikeitė. Istorikai šis principas sudarė išimtinių teisių *teisėtumo* prezumpciją. Visgi moderniojoje teisėje išimtinių teisių suteikimas paprastai laikomas SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimu. Savo ruožtu postulatas, kad išimtinių teisių suteikimas *pats savaimė* nėra laikomas pažeidimu, *de facto* reiškia tik *galimybę* kiekvieną išimtinių teisių suteikimą pateisinti SESV 106(2) str. numatyta išimtimi, t.y. konkurencijos ribojimas objektyviai reikalingas siekiant užtikrinti visuotinės ekonominės svarbos paslaugų teikimą.

Išvados

Tyrimo mokslinė problema buvo siejama su tuo, kad galiojančioje teisėje nėra pakankamo aiškumo, kokie konkrečiai teisiniai elementai turėtų būti įrodyti konstatuojant valstybės atsakomybę pagal SESV 106(1) str. ir 102 str. už specialų santykį su valstybe turinčių subjektų privilegijavimą. Savo ruožtu, tyrimo tikslą sudarė minėtuose straipsniuose įtvirtinto pažeidimo teisinės sudėties elementų turinio atskleidimas.

Tokių tikslų kontekste atliktas mokslinis tyrimas leido suformuluoti pagrindines taisyklės, pagal kurias turėtų būti vertinamas valstybės veiksmų suderinamumas su SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimais tokiais atvejais, kai valstybė vykdo intervenciją į rinką proteguodama specialų santykį su valstybe turinčius subjektus.

Prielaidos, leidžiančios taikyti valstybių narių atsakomybę už draudimo piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi veiksmingumo sumažinimą

- (i) Valstybių narių atsakomybė pagal SESV 106(1) str. ir 102 str. kyla, kai valstybė sumažina SESV 102 str. numatyto draudimo piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi veiksmingumą. Nustatant pažeidimą būtina įrodyti dviejų teisės normų teisinės sudėties elementus:
 - SESV 106(1) str. taikymo tikslais būtina įrodyti, kad: (a) nagrinėjami veiksmai gali būti laikomi „valstybės priemonėmis“; (b) priemonės yra nukreiptos į „ūkio subjektus“; (c) ūkio subjektai turi specialų santykį su valstybe;
 - SESV 102 str. taikymo tikslais būtina įrodyti, kad (a) ūkio subjektas užima dominuojančią padėtį rinkoje; (b) valstybės priemonėmis mažinamas SESV 102 str. numatyto draudimo veiksmingumas; (c) egzistuoja poveikis prekybai tarp valstybių narių.

- (ii) SESV 106(1) str. numatytas „valstybės priemonės“ gali sukurti bet kuris valstybinės valdžios subjektas. Visgi „valstybės priemonėmis“ pripažįstamas tik toks institucijų veikimas, kai nagrinėjama veiksmais valstybės institucijos įgyvendina valstybinės valdžios funkcijas.
- (iii) SESV 106(1) str. taikymo tikslais „ūkio subjekto“ samprata yra siejama su prekių ar paslaugų siūlymu rinkoje (ekonominė veikla). Veiklos ekonominio pobūdžio įrodinėjimas yra sudėtingas *išimtinių* teisių suteikimo bylose. Teisinės monopolijos kontekste eliminuojami praktiniai pavyzdžiai, liudijantys atitinkamų prekių ar paslaugų rinkos egzistavimą, todėl tokiose bylose „ūkinės veiklos“ įrodinėjimas turi būti grindžiamas teoriniais argumentais ir netiesioginiais įrodymais, liudijančiais, kad monopolizuota veikla nesudaro klasikinių valstybės funkcijų ir savo esme galėtų būti vykdoma privačių subjektų siekiant pelno.
- (iv) SESV 106(1) str. taikymo tikslais valstybės priemonių adresatais gali būti valstybės ūkio subjektai ir ūkio subjektai, turintys išimtinės ar specialias teises. Tyrimo rezultatai leidžia daryti kelias išvadas dėl šių subjektų pobūdžio:
- valstybės ūkio subjektų ir ūkio subjektų turinčių išimtinės ar specialias teises kategorija yra išskirta dėl specialaus santykio su valstybe, kuris suteikia valstybei motyvą proteguoti tokių subjektų veiklą. Tačiau nagrinėjamas teisinis instrumentas nesukuria šiems subjektams jokių papildomų pareigų, kurių neturėtų kiti ūkio subjektai;
 - valstybės ūkio subjektais laikomi subjektai, kurių atžvilgiu valstybė įgyvendina *lemiamą įtaką*. Tokios įtakos susiformavimas turėtų būti vertinamas taikant teisinius kriterijus, kurie taikomi nustatant *kontrolės* susiformavimą koncentracijų kontrolės tikslais;
 - specialių ir išimtinių teisių sąvokos siejamos su situacija, kada valstybė suteikia ūkio subjektui teises, kuriomis naudojasi tik *ribota* subjektų grupė, ir tokia priemonė reikšmingai apriboja kitų subjektų galimybę vykdyti analogišką ekonominę veiklą toje pačioje geografinėje teritorijoje. Konstatuojant išimtinių ar specialiųjų teisių suteikimą nėra teisiškai reikšminga, ar tokios teisės buvo suteiktos konkurso būdu;
 - specialių santykių su valstybe visuomet turės ūkio subjektai, integruoti į valstybės institucijų sudėtį (t.y. neturintys savarankiško teisinio subjektiškumo).
- (v) Įrodinėjant dominuojančios padėties egzistavimą SESV 106(1) str. ir 102 str. įtvirtinto pažeidimo požiūriu taikomas teisinis standartas, kuris įprastai naudojamas piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi bylose. Tyrimo rezultatai leidžia atmesti doktrinoje sutinkamą nuomonę, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. bylose taikomas supaprastintas dominuojančios padėties įrodinėjimo standartas. Pagal savo pobūdį dominuojančios padėties įrodinėjimas yra sudėtingas procesas, todėl reikalavimas įrodyti šį teisinės sudėties elementą reikšmingai apsunkina SESV 106(1) str. ir 102 str. numatyto pažeidimo įrodinėjimą, išskyrus atvejus, kai vertinamas teisinių monopolijų teisėtumas.

Šios išvados patvirtina disertacijos ginamąjį teiginį, kad SESV 106(1) ir 102 str. pažeidimo platesnį taikymą reikšmingai apsunkina pažeidimo teisinės sudėties elementų didelė apimtis bei pakankamai aukštas teisinis standartas taikomas įrodinėjant, kad nagrinėjamos veiklos atžvilgiu nagrinėjamas asmuo veikia kaip „ūkio subjektas“ ir atitinkamoje rinkoje užima dominuojančią padėtį.

Valstybės priemonių santykis su SESV 102 str. numatyto draudimo piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi veiksmingumo sumažinimu

- (vi) Vertinant *valstybių narių* atsakomybę pagal SESV 106(1) str. piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi (SESV 102 str. pažeidimas) įrodinėjamas skirtingai, nei vertinant *ūkio subjekto* piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi veiksmus. Keliant *valstybės* atsakomybės klausimą, SESV 102 str. pažeidimas vertinamas per valstybių narių *lojalumo pareigos* prizmę. Tokio vertinimo metu analizuojami ne tiek veiksmai, kurie galėtų sudaryti piktnaudžiavimą dominuojančia padėtimi, o SESV 102 str. numatyto draudimo veiksmingumo sumažinimas. Vadovaujantis tokiu požiūriu, valstybės atsakomybė gali kilti (a) *verčiant* ar (b) *skatinant* atlikti SESV 102 str. pažeidimą sudarančius veiksmus arba (c) sukuriant situaciją, kurioje *ūkio subjektas nebūtų galėjęs atsidurti neatlikdamas piktnaudžiavimo veiksmų*.
- (vii) Praktikoje SESV 102 str. veiksmingumo sumažinimas vertinamas per tris pažeidimo formas: (a) paklausos nepatenkinimą, (b) interesų konflikto sukūrimą bei (c) bendro pobūdžio draudimo įtvirtinti, sustiprinti arba išplėsti dominuojančią padėtį pažeidimą.

Negalėjimas patenkinti paklausos

- (viii) SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimas konstatuojamas, jeigu išimtinių teisių turėtojas iš *esmės nepatenkina rinkoje egzistuojančios paklausos*. Pažeidimo vertinimo tikslais pagrindinį tyrimo objektą sudaro paklausos nepatenkinimo *situacija*. Atitinkamai, jeigu rinkoje egzistuojanti paklausa yra iš esmės nepatenkinama galima konstatuoti pažeidimo egzistavimą papildomai nevertinant, ar tokią situaciją sukėlė valstybė, suteikdama išimtines teises, ar neefektyviai veikiantis išimtinių teisių turėtojas.
- (ix) Įrodinėjant paklausos nepatenkinimo *faktą* pakanka įrodyti, kad konkrečiu momentu egzistuoja tam tikrų prekių/paslaugų paklausa, kurios išimtinių teisių turėtojas netenkina. Paklausos nepatenkinimu pripažįstamos ir situacijos, kada išimtinių teisių turėtojas tiekia nagrinėjamas prekes/paslaugas, tačiau jų kokybė netenkina individualaus kliento labai specifinių poreikių.
- (x) Toks žemas įrodinėjimo standartas taikomos paklausos nepatenkinimo bylose reiškia, kad priimdama sprendimą monopolizuoti rinkas valstybė privalo sukurti teisinį-administracinį mechanizmą garantuojantį monopolinio prekių/paslaugų teikėjo nuolatinį pasirengimą patenkinti kiekvieno individualaus kliento poreikius. Tokio rezultato pasiekti dėl diversifikuotos paklausos struktūros moderniojoje ekonomikoje objektyviai neįmanoma. Todėl rinkų monopolizavimas praktiškai visuomet sukurs paklausos nepatenkinimo situacijas, o monopolio atiti-

kimas SESV 106(1) str. ir 102 str. reikalavimams priklausys tik nuo galimybės pateisinti konkurencijos ribojimus SESV 106(2) str. numatyta išimtimi.

Interesų konflikto sukūrimas

- (xi) SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimas konstatuojamas, jeigu valstybė sukuria interesų konfliktą, *skatinantį* atlikti piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi veiksmus. Interesų konflikto sukūrimas įžvelgiamas nustačius tris sąlygas: (a) egzistuoja *valstybės* sukurtas mechanizmas, leidžiantis reguliuoti sąlygas, kuriomis prekės/paslaugos gali būti siūlomos rinkoje; (b) tokio mechanizmo kontrolė yra patikima *ūkio subjektui*; (c) tokio mechanizmo kontrolę įgijęs asmuo susiduria su interesų konfliktu, kuris kyla dėl galimybės kontroliuoti savo konkurentų sudaromą konkurencinį spaudimą.
- (xii) Konstatuoti tokio reguliacinio mechanizmo patikėjimą galima tada, kai valstybė suteikia ūkio subjektui galimybę daryti reikšmingą įtaką viešojo administravimo veiklos rezultatui. Tačiau reguliacinio mechanizmo suteikimas gali būti įžvelgiamas ir tada, kai dėl valstybės veiksmų ūkio subjektas tampa neišvengiamu verslo partneriu savo konkurentams, t.y. kai vertikaliai integruotam subjektui suteikiamos išimtinės teisės veikti priešsrovinėje rinkoje.
- (xiii) Interesų konflikto egzistavimas gali būti konstatuotas ir tais atvejais, kai komercinės bei reguliacinės funkcijos išskaidomos atskiriems asmenims, kurie konkurencijos teisės požiūriu sudaro vieną „ūkio subjektą“. Galimybė įžvelgti interesų konflikto susiformavimą ūkio subjektų grupės apimtyje reiškia, kad interesų konfliktas bus sukuriamas praktiškai *visais atvejais*, kai valstybės institucijos nuspręš vykdyti ūkinę veiklą tokioje srityje, kurios atžvilgiu įgyvendina viešojo administravimo įgaliojimus. Pateisinti intereso konflikto situacijos SESV 106(2) str. numatyta išimtimi praktiškai neįmanoma, kadangi valstybė paprastai turi savo dispozicijoje priemonių, kurios galėtų leistų pasiekti išsikeltus tikslus nesukuriant interesų konflikto (t.y. mažiau konkurenciją ribojančiomis priemonėmis). Atitinkamai, nusprendusi vykdyti ūkinę veiklą, valstybė gali išvengti SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo tik užtikrinusi, kad reguliacines funkcijas tokios veiklos atžvilgiu vykdytų *de facto* ir *de jure* tarpusavyje nesusiję asmenys.

Dominuojančios padėties įtvirtinimas, sustiprinimas ar išplėtimas

- (xiv) SESV 106(1) ir 102 str. pažeidimas gali būti konstatuojamas ir taikant bendro pobūdžio draudimą *valstybės priemonėmis* įtvirtinti, sustiprinti arba išplėsti dominuojančią padėtį į kitas rinkas. Tyrimo rezultatai suponuoja, kad tokio pobūdžio draudimas gali būti pažeistas ne tik *de jure* ar *de facto* monopolizuojant rinkas. Toks pažeidimas taip pat gali būti padarytas suteikiant *bet kokią* ekonominę ar strateginę pranašumą specialų santykį su valstybe turinčiam subjektui, kuris įgalina išlaikyti ar sustiprinti dominuojančią padėtį rinkoje ar šią dominuojančią padėtį išplėsti į kitas rinkas.
- (xv) Kadangi SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimas konceptualiai turi būti siejamas su piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi draudimo veiksmingumo sumaži-

nimu, institucijų praktikoje tokie konkurencijos iškraipymai vertinami taikant dvi teorijas (a) *GB-INNO-BM* struktūrinio pažeidimo teoriją; bei (b) lygių galimybių teoriją.

- (xvi) Taikant *GB-INNO-BM* struktūrinio pažeidimo teoriją vertinama valstybės priemonėmis sukurta *situacija*. Tokio vertinimo tikslais siekiama atsakyti į klausimą, ar valstybė sukūrė situaciją, kurios *ūkio subjektas nebūtų galėjęs pasiekti nepažeisdamas SESV 102 str. reikalavimų*. Taikant tokį testą reikalaujama nustatyti *hipotetinį* SESV 102 str. pažeidimą, kurį būtų turėjęs atlikti nagrinėjamas subjektas siekdamas įgyti valstybės priemonėmis sukurta pranašumą. Savo ruožtu, valstybės atsakomybė už SESV 102 str. *veiksmingumo* sumažinimą kyla už tai, kad suteikdama pranašumą valstybė pašalina ūkio subjekto poreikį atlikti veiksmus, kurie sudarytų tokį *hipotetinį* SESV 102 str. pažeidimą.

Atliktas tyrimas leidžia paaiškinti mažiausiai du probleminius šios teorijos taikymo aspektus:

- taikant *GB-INNO-BM* teoriją nėra aišku, kokiomis aplinkybėmis galima konstatuoti, kad konkrečią padėtį ūkio subjektas galėjo pasiekti *tik* atlikdamas SESV 102 str. pažeidimą sudarančius veiksmus. Tyrimo rezultatai suponuoja, kad pažeidimą reikėtų įžvelgti situacijose, kai valstybės priemonės padeda apsaugoti, sustiprinti ar išplėsti dominuojančią padėtį į kitas rinkas ir tokio rezultato ūkio subjektas nebūtų galėjęs pasiekti *nepasiūlęs geriausios kainos ir kokybės prekių ar paslaugų* (t.y. nekonkuruodamas esminiais konkurencijos parametrais).
 - *hipotetinis* SESV 102 str. pažeidimas turi būti siejamas su konkrečios bylos situacija ir realiai tikėtinas nagrinėjamo ūkio subjekto atžvilgu. Atitinkamai, ši teorija neleidžia pažeidimo įžvelgti tada, kai valstybės priemonėmis sukurto rezultato (pranašumo) nagrinėjamas ūkio subjektas negalėjo pasiekti nei piktnaudžiaudamas, nei nepiktnaudžiaudamas dominuojančia padėtimi. Tai sudaro sąlyginai menką, tačiau visgi apribojimą įžvelgti pažeidimą visais konkurencijos iškraipymo atvejais.
- (xvii) Taikant *lygių galimybių teoriją* vertinami ūkio subjekto *veiksmai*. Konceptualiai ši teorija pažeidimo egzistavimą susieja su ūkio subjekto vertimu/skatinimu piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi. Visgi taikant lygių galimybių teoriją nėra reikalaujama įrodinėti *jokio* SESV 102 str. pažeidimo – nei realaus, nei tikėtino, nei hipotetinio. Šiuo atžvilgiu lygių galimybių teorija daro prielaidą, kad, valstybei suteikus bet koki pranašumą, ūkio subjektas *neišvengiamai* atliks neapibrėžto pobūdžio SESV 102 str. pažeidimą sudarančius veiksmus. Atitinkamai, tokia teorija palieka labai mažai erdvės įrodinėjimui, kad valstybės priemonėmis suteiktas konkurencinis pranašumas nesudaro SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimo.
- (xviii) Nereikalaujama nustatyti *hipotetinio* SESV 102 str. pažeidimo lygių galimybių teorija palengvina pažeidimo įrodinėjimą lyginant su *GB-INNO-BM* struktūrinio pažeidimo teorija. Visgi nepaisant koncepcinių skirtumų vertinant konkurencijos iškraipymus, *GB-INNO-BM* struktūrinio pažeidimo teorija ir lygių galimybių teorija garantuoja panašų rezultatą, nes:

- *de facto* lygių galimybių teorijoje pažeidimo esmę visgi sudaro ne ūkio subjekto piktnaudžiavimo veiksmai, tačiau *valstybės suteiktas* konkurencinis pranašumas;
- *GB-INNO-BM teorijoje* hipotetinio SESV 102 str. pažeidimo įrodinėjimui keliamas toks žemas įrodinėjimo standartas, kad jis praktiškai prilygsta neapibrėžto pobūdžio pažeidimui, kurį preziumuoja *lygių galimybių teorija*,
- abi teorijos riboja galimybę konstatuoti pažeidimą įrodžius, kad konkrečios bylos aplinkybių kontekste nagrinėjamas ūkio subjektas negalėjo atlikti SESV 102 str. pažeidimo nepaisant valstybės taikytų intervencijos priemonių.

Šios išvados patvirtina disertacijos ginamąjį teiginį, kad įrodinėjant SESV 102 str. numatyto draudimo piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi *veiksmingumo sumažinimą* keliamas pakankamai žemas įrodinėjimo standartas – *veiksmingumo sumažinimas* gali būti konstatuotas praktiškai visuomet, kai valstybė suteikia konkurencinį pranašumą specialų santykį su valstybe turinčiam ūkio subjektui.

Išimtinių teisių suteikimas, kaip pažeidimas savaime

- (i) Tyrimo išvados nesudaro pagrindo manyti, kad SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimas gali būti konstatuojamas *vien tik* nustačius išimtinių teisių suteikimą, kuris negali būti pateisinamas SESV 106(2) str. numatyta išimtimi (t.y. išimtinių teisių neteisėtumo prezumpcija neegzistuoja). Konstatuojant išimtinių teisių neteisėtumą visais atvejais būtina paaiškinti, kaip tokių teisių suteikimas sumažina SESV 102 str. veiksmingumą.
- (ii) Visgi SESV 102 str. *veiksmingumo* sumažinimo įrodinėjimui keliamas žemas įrodinėjimo standartas suponuoja, kad absoliučia dauguma atvejų išimtinių teisių suteikimas bus laikomas SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimu, todėl išimtinių teisių suteikimą iš principo bus galima pateisinti tik įrodžius atitikimą SESV 106(2) str. numatytos išimties reikalavimams.

Šios išvados patvirtina disertacijos ginamąjį teiginį, kad moderniojoje teisėje ir toliau galioja 1974 m. Sacchi byloje įtvirtintas principas, kad išimtinių teisių suteikimas pats savaime nėra laikomas pažeidimu, tačiau evoliucionuojant teismų praktikai šio principo turinys reikšmingai pasikeitė. Jeigu istoriškai šis principas sudarė išimtinių teisių teisėtumo prezumpciją, moderniojoje teismų praktikoje išimtinių teisių suteikimas *paprastai* laikomas SESV 106(1) str. ir 102 str. pažeidimu. Savo ruožtu postulatą, kad „*išimtinių teisių suteikimas pats savaime nėra laikomas pažeidimu*“, moderniojoje teismų praktikoje *de facto* reiškia tik galimybę kiekvieną išimtinių teisių suteikimą pateisinti SESV 106(2) str. numatyta išimtimi, t.y. konkurencijos ribojimas objektyviai reikalingas siekiant užtikrinti visuotinės ekonominės svarbos paslaugų teikimą.

Autoriaus mokslinės publikacijos ir mokslinė veikla

Mokslinių publikacijų sąrašas

- (i) K. Kačerauskas, „*Failure to meet the demand as infringement of Articles 106(1) and 102 TFEU: the problem of causal link*“, *Social Transformations in Contemporary Society*, 2016 (4) ISSN 2345-0126 (internetinis šaltinis), 60-72 psl.;
- (ii) K. Kačerauskas „*Failure to meet the demand as infringement of Articles 106(1) and 102 TFEU: the notion of failure to meet the demand*“, *Social Transformations in Contemporary Society*, 2016 (4) ISSN 2345-0126 (internetinis šaltinis), 73-85 psl.

Pranešimai mokslinėse konferencijose

- (i) Pranešimas 2016 m. birželio 2-3 dienomis vykusioje konferencijoje „*Social transformations in contemporary society 2016*“. Pranešimo tema: „*Failure to meet the demand as infringement of Article 106(1) and 102 TFEU: the problem of causal link*“;
- (ii) Pranešimas 2016 m. birželio 2-3 dienomis vykusioje konferencijoje „*Social transformations in contemporary society 2016*“. Pranešimo tema: „*Failure to meet the demand as infringement of Article 106(1) and 102 TFEU: the notion of failure to meet the demand*“.

Mokslinės publikacijos ne disertacijos tema

- (i) J. Gumbis, M. Juonys, L. Šlepaitė, K. Kačerauskas, „*Competition Law in Lithuania*“, Antras leidimas, Kluwer Law International, Olandija, 2014, ISBN 978-90-411-5422-4.
- (ii) J. Gumbis, D. Greblikiienė, T. Kamblevičius, K. Kačerauskas, L. Jusiutė, E. Beikauskas, „*Energy law in Lithuania*“, Kluwer Law International, Olandija, 2015, ISBN 978-90-411-6077-5.

Mokslinė stažuotė

- (i) Mokslinė stažuotė Bolonijos Universitete nuo 2015-03-30 iki 2015-06-26.

Gyvenimo aprašymas

IŠSILAVINIMAS:

2012 m. – dabar	Teisės mokslo krypties doktorantūros studijos, Mykolo Romerio universitetas, Teisės fakultetas
2005 – 2007 m.	Teisės magistras, Mykolo Romerio universitetas, Teisės fakultetas
2001 – 2005 m.	Teisės bakalauras, Mykolo Romerio universitetas, Teisės fakultetas

DARBO PATIRTIS:

2005 m. – dabar	Advokatas, advokatų kontora „Valiunas Ellex“
2007 – 2015 m.	Mykolo Romerio universiteto, Teisės fakulteto Verslo teisės katedros lektorius

MOKSLINĖS STAŽUOTĖS:

2015 m. kovas - birželis	Bolonijos universitetas (Università di Bologna), Bolonija, Italija (stažuotės trukmė 90 d.)
2008 m. liepa	Vasaros mokykla Europos teisės akademijoje (European Law Academy), Trier, Vokietija (stažuotės trukmė 14 d.)

MYKOLAS ROMERIS UNIVERSITY

Karolis Kačerauskas

PROHIBITION OF STATE ASSISTANCE TO
STATE CONTROLLED UNDERTAKINGS UNDER
ARTICLE 106(1) APPLIED IN CONJUNCTION
WITH ARTICLE 102 OF THE TREATY ON THE
FUNCTIONING OF THE EUROPEAN UNION

Summary of the Doctoral Thesis
Social sciences, Law (01 S)

Vilnius, 2016

The doctoral thesis was written from 2012 to 2016 at Mykolas Romeris University according to the right to carry out doctoral studies provided to Mykolas Romeris University and Vytautas Magnus University under the order of the Minister of Education and Science of the Republic of Lithuania, dated 8 June 2011, No. V-1019.

Scientific supervisors:

2012-2014 – Assoc. Prof. Dr. Lina Novikovienė (Mykolas Romeris University, Social Sciences, Law, 01 S);

2014-2016 - Assoc. Prof. Dr. Raimundas Moisejevas (Mykolas Romeris University, Social Sciences, Law, 01 S).

The doctoral thesis will be defended at the Law Research Council of Mykolas Romeris University and Vytautas Magnus University:

Chairman:

Prof. Dr. Asta Dambrauskaitė (Mykolas Romeris University, Social Sciences, Law, 01 S)

Members:

Prof. Dr. Hab. Anna Piszcz (University of Byalystok, Poland, Social Sciences, Law, 01 S);

Assoc. Prof. Dr. Antanas Rudzinskas (Mykolas Romeris University, Social Sciences, Law, 01 S);

Prof. Dr. Ignas Vėgėlė (Mykolas Romeris University, Social Sciences, Law, 01 S);

Assoc. Prof. Dr. Skirgailė Žalimienė (Mykolas Romeris University, Social Sciences, Law, 01 S).

The public defence of the doctoral thesis will take place at the Law Research Council at Mykolas Romeris University on 6 January, 2017 at 13.00 in the Conference Hall of Mykolas Romeris University (Room I-414).

Address: Ateities str. 20, LT-08303, Vilnius, Lithuania.

The summary of the doctoral thesis was sent out on 6 December, 2016.

The doctoral thesis is available at Martynas Mažvydas National Library of Lithuania (Gedimino ave. 51, Vilnius) and the libraries of Mykolas Romeris University (Ateities str. 20, Vilnius) and Vytautas Magnus University (K. Donelaičio str. 52, Kaunas).

Relevancy of the research

European Union law is based on the principle of neutrality of ownership established in Article 345 of the TFEU. This principle means that Member States are entitled to execute not only the classic functions of the State in the area of public administration, but also simultaneously engage in the economic activities seeking for profit. Still, participation of the State in economic activities engaging into competition with private market players always results in tension in State and business relations. In many cases such tension is not related to competitive pressure, which could be anticipated from efficiently functioning State-controlled undertakings. Rather such tension result from understanding that while participating in economic activities the State is induced to create such business environment, which would be exclusively favourable to undertakings controlled by the State.

In this regard one should recognize that at different phases of evolution of the European Union the approach to participation of the State in economic activities underwent rather significant changes. In the early stage of development of the European Union State monopolies existed in majority of the States, which were in control of provision of services in the sensitive economic areas like telecommunications and energy. At that time existence of national monopolies was considered as a common model of organization of national economy. Nevertheless, the situation changed dramatically in the end of eighties – beginning of nineties of the 20th century as the European Union turned to the ideas of liberalism. Since then legitimacy of such monopolies has been questioned, while the efforts of EU institutions resulted in active withdrawal of national monopolies and other means of state intervention from the legal system of the Member States. The said matters of legitimacy of monopolies are still being actively discussed in the legal doctrine and practice of the European Union.

The assessment of current approach dominant in Lithuania in respect of the participation of the State in economic activities and the related State-business relations suggest that matters of legitimacy of national monopolies and State intervention measures had been ignored in Lithuania for a relatively long period of time. The situation of participation of the State in economic activities in Lithuania strongly resembles the situation of the European Union two decades ago. Lithuania currently tends to expand its participation in the economic activities. Such participation may be best seen in the energy sector where the undertakings under national or municipal control manage practically all energy objects having at least minor importance for the State, while national institutions directly declare their intention to retain such control *inter alia* by stating that State control of undertakings helps to manage business in the most efficient manner. Analogous problem of participation by the State in the market is also obvious in the railroad transport sector, in which the company controlled by the State is essentially the only provider of rail transportation services despite liberalisation of the market; or the telecommunications sector, where the provider of services under State control seeks to take over provision of IT services to the public entities because private entities are allegedly unable to guarantee appropriate data transmission security, etc. Meanwhile, in its report of 2015 on the overview of the business problems “Investuotojų forumas”, the association uniting the largest investors of Lithuania, has expressed its concerns about strengthening of State capitalism. From the point of view

of the investors, the problem of State capitalism manifests through the fact that “*taxpayers’ funds are invested into activities of commercial nature the need for which is completely satisfied by the private market players*” and while participating in the market the State finds itself in the situation of conflict of interests (by simultaneously acting as the market regulator and investor) and is unable to guarantee conditions of fair competition⁶⁵⁵.

Collision of such opposite interests of the State and the business naturally raises the question: what are specific limits of participation by the State in business, i.e. to what extent the State can assist undertakings under its control by authorising the latter to perform business operations and simultaneously seeking additional aims, which usually are attributed to the undertakings under State control. In this regard one should recognise that from the point of view of the European Union law, the limits of such State assistance provided to the undertakings under its control may be considered from the point of view of different legal instruments including the provisions of free movement of the European Union or state aid control. However, the exceptional role in market liberalisation and removal of different measures of intervention from the legal system of Member States is attributed to Article 106(1) of the TFEU applicable in conjunction with the rules of competition law, i.e. prohibition of abuse of dominant status set forth in Article 102 of the TFEU. Due to its significance some authors even referred to the said legal instrument as a “can opener” in the market liberalisation processes of the European Union⁶⁵⁶. Considering such importance of Article 106(1) and Article 102 of the TFEU to the ongoing market liberalisation processes in the European Union and the national capitalism tendencies prevailing in Lithuania, the research conducted in this thesis shall be specifically aimed at legal analysis of the said legal instrument.

From the initial point of view, the prohibition set forth in Article 106(1) and Article 102 of the TFEU is rather simple. Article 106(1) of the TFEU provides for the loyalty obligation of the Member States expressed as the requirement to abstain from any acts which could reduce efficiency of the European Union law. Accordingly, application of Article 106(1) of the TFEU in conjunction with Article 102 of the TFEU concludes the prohibition for the Member States to undertake measures in respect of the undertakings under their control which could reduce efficiency of the prohibition of abuse of dominant position established in Article 102 of the TFEU. Although such prohibition seems declarative, with the evolution of the case law of the Commission and EUCJ such prohibition was linked to various infringement theories, which significantly expanded the scope of such prohibition and enabled efficient removal of the measures of State intervention from legal systems of the Member States. While interpreting conditions of this infringement, decisions of the EUCJ and the Commission expressed a common idea that granting advantages to an undertaking under State control in absolute majority of cases would enable the latter to maintain, strengthen, or expand its dominant position into other markets and, thus, would reduce efficiency of Article 102 of the TFEU. Such wide interpretation of infringement stipulated

655 Investors Forum. “New political season: Investor approach,” viewed on 2016 05 24. http://www.investorsforum.lt/files/Publikacijos/2015%2010%2028%20LIP1%20IV%20ketv/2015_10_28_IF_NAUJAS_POLITINIS_SEZONAS.pdf.

656 Szyszczak saw Article 106(1) of the TFEU as a kind of can opener used for opening of new markets, see Erika M. Szyszczak. “Controlling Dominance in European Markets.” *Fordham Int’l LJ* 33 (2011), 1738.

in Articles 106(1) and 102 of the TFEU resulted in understanding that said prohibition may be universal legal instrument prohibiting the Member States from protecting undertakings under their control; influence of the said prohibition was increased by wide powers granted to the Commission under Article 106(3) of the TFEU enabling to investigate such violations in short timeframes and claim immediate rectification thereof.

Provisions of Article 106(1) and Article 102 of the TFEU are directly applicable in national legal systems of the Member States. Respectively, this prohibition could be efficiently applied in Lithuania when resolving disagreements between the State and business in relation to participation of the State in economic activities⁶⁵⁷. Such possibility requires from the legal doctrine sufficiently clear rules of legal assessment which would enable to conduct *ex ante* assessment of compliance of the intervention measures undertaken by a State with the prohibition established in Articles 106 and 102 of the TFEU; only such clearness allows one to speak of efficient prevention of violations and predicted protection of violated rights at the national courts, European Commission, and/or judicial institutions of the European Union.

Despite such necessity, analysis of case law and the doctrine leads to the conclusion that there is no legal clarity in interpretation of the contents of the constituent legal elements of the prohibition set forth in Articles 106(1) and 102 of the TFEU. Lack of such clearness can be best seen in the opinion of the Advocate General *Tesauro* presented in *Telecommunications Terminal Equipment*⁶⁵⁸ case. In the opinion of the Advocate General, the wording of Article 106 of the TFEU is signified by its “*manifest obscurity*”⁶⁵⁹ and such obscurity is related not to the problems in formulation of the prohibition under Article 106 of the TFEU rather than to the problem of conceptual nature when attempting to harmonise the mutually clearly incompatible principles: on the one hand, the Treaty requires guaranteeing functioning of free competition and common market of the European Union; however, at the same time the Treaty requires finding a place for existence of monopolies and exclusive rights in such system of

657 First dispute of such nature under Articles 106(1) and 102 of the TFEU disputing lawfulness of the monopoly of the state in provision of services of secure national data transfer is already pending at the national courts on the basis of the claim of TEO LT, AB against the Aukštadvaris Regional Park Direction (judgment of 19 May 2016 of the Vilnius Regional Court in case No E2-1923-345/2016, ruling of 16 September 2016 of the Court of Appeal of Lithuania in case No e2A-957-236/2016, the case is currently pending at the Supreme Court of Lithuania, case No eCIK-1412/2016). Meanwhile, the Constitutional Court of the Republic of Lithuania has so far referred to application of Articles 106(1) and 102 of the TFEU only indirectly during hearing of the conditions of application of the exclusion stipulated in Article 106(2) of the TFEU. See Resolution of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of 5 March 2015 “Regarding competition in the waste processing services sector”; Resolution of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of 3 April 2015 “Regarding implementation and funding of the liquefied natural gas terminal project”.

658 Judgment of the EU CJ in case No C-202/88, *France v. Commission* (Telecommunications Terminal Equipment case), ECLI:EU:C:1991:120; José Luis Buendia Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law: Article 86 (Formerly Article 90) of the EC Treaty*. (Oxford: Oxford University Press on Demand, 1999).

659 Numerous authors of that time consented to such position, e.g. Fernando Castillo De La Torre. “Rights of Defence of Member States and Undertakings,” *European Law Review* 17, 6 (1992): 543; José Luis Buendia Sierra, *op.cit.*, p. 77-79.

free competition⁶⁶⁰. Lack of such legal clarity was also widely acknowledged in the doctrine, which was perfectly summarised by *Buendia* which indicated in 1999 that Article 106(1) of the TFEU has acquired “reputation for being extraordinary difficult to interpret, which has led academics to refer to the <...> “clear obscurity” of Article [106]”⁶⁶¹.

In this regard it is important to note that after more than two decades the problem of lack of legal clarity specified by AG *Tesauro* remains. Such situation has been confirmed by the Advocate General *Wathelet* in one of the latest cases (*Greek lignite*); he separately emphasized that cases related to Article 106 of the TFEU are not numerous, case law was formulated by preliminary rulings⁶⁶², and the *Greek lignite* case heard in 2013-2014 by the EUCJ was the *first* in which the court was able to assess, whether Commission correctly applied Article 106 of the TFEU in its infringement decision⁶⁶³. Lack of legal clarity is widely recognised also in the doctrine in rather strong words⁶⁶⁴. Most of the academics expected that EUCJ judgement in *Greek lignite* case and judgment of the General Court in *Slovenska*

660 Conclusions of the Advocate General *Tesauro*, paragraphs 1 and 11.

661 José Luis Buendia Sierra, *supra* note 4, p. 129.

662 Such problem was raised also by Szyszczak, see Erika M. Szyszczak, "Services of General Economic Interest and State Measures Affecting Competition," *Journal of European Competition Law & Practice* 5, 7 (2014), Chapter IV.

663 Conclusions of the Attorney General *Wathelet* in the Greek lignite case, Paragraph 41 (see judgment of the EUCJ in case No C-553/12 P, *Commission v. Dimosia Epicheirisi Ilektrismou Ae (DEI) (Greek Lignite)*, ECLI:EU:C:2014:2083)

664 For example *Whish* indicates that “case law under Article 106 is complex and still developing” (Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, 8th ed. ed. (Oxford; New York: Oxford University Press, 2015), 234); Szyszczak states as follows: “the case law on article 106 TFEU continues to be sparse, its modern focus being no so much upon the interaction of article 106 TFEU with article 102 TFEU and the consequent concept of abuse of a dominant position, not on the funding of services of general economic interest and the interaction with the procurement rules and state aid” (Erika Szyszczak, *supra* note 22, p. 1744.); Zevgolis indicates that the matters of doctrine or case law in relation to application of Articles 106(1) and 102 of the TFEU “remain interesting and thought provoking” (Nikolaos E. Zevgolis, “Anti-Competitive Conduct from Public or Privileged Enterprises: Towards a Per Se Abuse of Dominant Position? Applicability of the Provision of TFEU Article 106(2) by National Competition Authorities,” *European Competition Law Review* 33, 2 (2012): 84.); *Manaridou* indicates that “notwithstanding numerous rulings on the interpretation of art.106(1) in conjunction with art.102 TFEU, there is still room for misunderstanding about when the grant of exclusive rights is prohibited” (Eleni Manaridou, “The Greek Lignite Sprendimas byloje: A (Questionable) Victory of The “Effects Theory,” *European Law Review* 40, June (2015): 424.); *Prosser* emphasizes that in this regard the case law “is often very complicated and sometimes even incomprehensible. <...> the law existing in relation to these two matters was defined as “insufficient clarity” or “complete obscurity”; none of these epithets presupposes easy comprehension” (Tony Prosser, *The Limits of Competition Law: Markets and Public Services* (Oxford: Oxford University Press, 2005),122.); meanwhile, according to *Vedder*, “many doctrines and theories have been found in Article 106 TFEU case, and Greek Lignite may well be the next doctrine to emerge. However, with so many doctrines and theories, that are at times subsumed by one author under one heading, whereas they are equated by another; we may wonder where legal certainty remains in all this” (Hans Vedder, “The Appeal in Greek Lignite: Clarification of the Law or Jumpstarting Article 106 TFEU?,” viewed on 10 May 2016, <http://europeanlawblog.eu/?p=2492>); having noted problems of interpretation of Article 106(1) of the TFEU in the 1999 *Buendia* has expressed analogous opinion more than a decade after. According to *Buendia*, the matter of exclusive and special rights in the EU law “is much more complicated and of greater scope than may first appear” (Luis Ortiz Blanco, editor of compilation, *EU Competition Procedure*, Third edition. red., (Oxford: Oxford University Press, 2013.), 821).

posta case⁶⁶⁵ shall bring more clarity in the application of Articles 106(1) and 102 of the TFEU. On the other hand, influence of the said judgments on the existing interpretation of conditions of application of Articles 106(1) and 102 of the TFEU has not yet been analysed in greater detail. Therefore, the research conducted in this thesis is relevant to development of not only Lithuanian but also European Union law.

The Author believes that the above-mentioned circumstances unambiguously indicate the need for a more detailed analysis of the conditions of prohibition stipulated in Articles 106(1) applied in conjunction with 102 of the TFEU. On the one hand, the said prohibition is of practical relevance in order to establish the conditions of participation by the State institutions in the market economy and removal of the tension in the relations between the State and business. On the other hand, the current level of understanding of legal criteria, which should be taken into account for the purpose of prohibition contained in Articles 106(1) and 102 of the TFEU, is clearly insufficient to answer practical and theoretical questions, which arise in application of Articles 106(1) and 102 of the TFEU.

Academic problem

As has been indicated, Articles 106(1) and 102 of the TFEU played the essential role in the market liberalisation processes in the European Union and creation of the common market of the European Union. Nevertheless, case law as well as doctrine recognises that the contents of the constituent elements of infringement of Articles 106(1) and 102 of the TFEU remain rather unclear. There were several reasons for such lack of legal clarity. The main obstacle for development of more consistent case law could be related to the necessity to coordinate single theory, which would accommodate prevalence of the principle of free competition, while at the same time leaving room for existence of State monopolies in individual cases. Whereas such clashing interests were not coordinated in the primary European Union law, their coordination was left for the case law of EU institutions directly interpreting provisions of the Treaty, i.e. Commission and the courts of the European Union.

In this regard it should be admitted that in the absence of a clear legal rules in the primary law, case law formulated by EU institutions was strongly affected by the public opinion and political aims prevailing at the time of adoption of the decisions. This is perfectly illustrated by perception of legitimacy of exclusive rights which has undergone cardinal changes in the evolution of the case law. In the 1974, in *Sacchi*⁶⁶⁶ case the EU CJ formulated the fundamental principle that granting exclusive rights or expansion of such rights by itself may not be considered as violation of Article 106(1) applied in conjunction with 102 of the TFEU. However, as the market liberalisation processes began, validity of such rule was significantly revised in 1991 in the *Telecommunications Terminal Equipment case*, where

665 See e.g. Hans Vedder, "The Appeal in Greek Lignite: Clarification of the Law or Jumpstarting Article 106 TFEU?", *žiūrėta* 2016 05 10, <http://europeanlawblog.eu/?p=2492>; "Burning Desire to Clarify(?) the Law for Public Undertakings: The Judgment in Greek Lignite (*sprendimas byloje T-169/08*)", viewed on 10 May 2016, <http://europeanlawblog.eu/?p=935>

666 Judgment of the EU CJ in case No C-155/73, *The State v. Giuseppe Sacchi*, ECLI:EU:C:1974:40.

the EUCJ hinted that not all exclusive rights are lawful, and in 1991⁶⁶⁷ and 1993⁶⁶⁸ established absolutely contrary rule – all the exclusive rights are unlawful unless justifiable on the grounds stipulated in Article 106(2) of the TFEU. In the subsequent case law changes of interpretation of Articles 106(1) and 102 of the TFEU are no longer such cardinal. However, considering the decisions of the EUCJ and the Commission from the historical perspective, one could note that case law of the institutions always varied from unlawfulness of exclusive rights *per se* and more conservative approach requiring to prove causal link between the measures applied by the state and acts constituting violation of Article 102 of the TFEU by undertakings controlled by the State.

Development of consistent case law was additionally complicated by the fact that until the judgment of the EUCJ of 2014 in *Greek lignite* case legal criteria of infringement stipulated in Articles 106(1) and 102 of the TFEU were formulated only in preliminary rulings of the EUCJ. Evolution of the case law via preliminary rulings cannot by its nature ensure consistent interpretation of legal elements of infringement, as preliminary rulings merely reply to the questions submitted by national courts on the *interpretation of law*, without facing necessity to apply such principles in particular circumstances of the case. Respectively, judgments of the EUCJ disclose only the principles of application of Articles 106(1) and 102 of the TFEU without shedding any more light on how the said principled should be applied in practical situations; at the same time, the contents of the explanations provided by the EUCJ are significantly predetermined by the nature of the questions submitted by the national courts.

Whereas case law of the courts of the European Union and Commission constitute a sole source of law for interpretation of the conditions of application of Articles 106(1) and 102 of the TFEU, such inconsistency and superficiality of case law unavoidably affected evolution of the legal doctrine. As has been indicated before, legal doctrine recognises that even more than twenty years after beginning of active application of Articles 106(1) and 102 of the TFEU the constituent elements of this infringement remain unclear and the case law of the institutions is still evolving. At the same time it is recognised that interpretation of Articles 106(1) and 102 of the TFEU could be significantly affected by the first judgments of the courts of the European Union in the cases of *Greek lignite* and *Slovenska posta*, in which the courts for the first time reviewed legitimacy of infringement decisions in Article 106(1) and 102 of the TFEU cases adopted by the Commission. In the modern doctrine the contents of the said judgments and their influence on the existing rules of assessment of infringement stipulated in Articles 106(1) and 102 of the TFEU have not been examined in greater detail yet.

Such lack of research of conditions of application of prohibitions under Articles 106(1) and 102 of the TFEU and probable changes in the case law after the latest decisions of the institutions of the European Union in the cases of *Greek lignite* and *Slovenska posta* by themselves presuppose the **academic problem**: *the law currently in force is lacking clarity on the specific legal elements, which should be proven in order to conclude infringement of Article 106(1) applied in conjunction with Article 102 of the TFEU.*

667 Judgment of the EUCJ in case No C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova SpA v Siderurgica Gabrielli SpA.*, ECLI:EU:C:1991:464.

668 Judgment of the EUCJ in case No C-320/91, *Corbeau*, ECLI:EU:C:1993:198.

Subject-matter of the research

The subject-matter of the research consists of constituent elements of prohibition stipulated in Articles 106(1) and 102 of the TFEU, which are applied differently than in case of other infringements of competition law. For the sake of consistency this paper shall explain all the legal elements, which should be determined for the purpose of application of Articles 106(1) and 102 of the TFEU. Nevertheless, exhaustive analysis shall be performed only in respect of those elements, which specifically characterise prohibition stipulated in Articles 106(1) and 102 of the TFEU.

When defining the subject-matter of the research one must recognise that sufficiently similar legal institutes are also available in the national law of Lithuania: Article 46 of the Constitution of the Republic of Lithuania and Article 4 of the Law on Competition of the Republic of Lithuania. Still, despite the academic interest more detailed analysis of the said institutes and comparison thereof to the prohibition contained in Articles 106(1) and 102 of the TFEU has been excluded from this research since adequate comparative analysis of the said institutes of national and European Union law would unreasonably expand the scope of this thesis.

Procedural aspects of application of the institute of Articles 106(1) and 102 of the TFEU at the national courts also have been excluded from this research. Here one should note that Articles 106(1) and 102 of the TFEU are directly applicable legal provisions. Thus parties may defend their interests on grounds of the said legal norms at the national courts. However, this paper shall not analyse such procedural aspects in greater detail. Such decision was predetermined by the circumstance that the institute established in Articles 106(1) and 102 of the TFEU has never been applied in Lithuanian courts (i.e. there is no specific nature of national application of this institute whatsoever). Meanwhile, analysis of the conditions of direct application of European Union law constitute separate object of research which has no specific relation to the legal institute examined in this thesis.

Aim of the research

Aim of the research – disclose the contents of the constituent legal elements of prohibition established in Article 106(1) applied in conjunction with Article 102 of the TFEU.

Objectives of the research

The following objectives were set in relation to achievement of the above-mentioned aim:

- To disclose historical development and legal nature of Articles 106(1) and 102 of the TFEU in order to establish the conceptual grounds of such violation;
- To determine constituent legal elements of prohibition stipulated in Articles 106(1) and 102 of the TFEU and disclose their content enabling to raise the question of liability of the State for reduction of efficiency of Article 102 of the TFEU;
- To determine forms of State measures, which could result in reduction of efficiency of the prohibition under Article 102 of the TFEU;

- To examine the traditional forms of violation of Articles 106(1) and 102 of the TFEU which have been examined in the case law and disclose the rules for assessment of each such form of violation. In particular, in this area the research shall aim to disclose:
 - o Legal criteria applicable in cases of inability to meet the demand;
 - o Legal criteria applicable in the conflict of interests cases;
 - o Legal criteria applicable in the cases of maintenance, strengthening, and/or extension of dominant position;
 - o Possibility to consider provision of exclusive rights as a *per se* infringement of Articles 106(1) and 102 of the TFEU.

Level of research in the academic literature

Works of Lithuanian academics (*Švirinas, Moisejevas, Novosad, Rimšaitė, Nesutavičienė, Gumbis, Balčiūnaitė*) analyse individual aspects of competition law related to the object of this paper. They discuss general principles of EU competition law, procedural matters of application of competition law, and prohibition of abuse of dominant position set forth in Article 102 of the TFEU⁶⁶⁹. Nevertheless, Lithuanian academics does not analyse liability

669 Raimundas Moisejevas, *Grobuoniška kainodara kaip piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi Europos Bendrijų konkurencijos teisėje forma* (Predatory pricing as a form of abuse of dominant position in the competition law of European Communities) (Vilnius: Mykolas Romeris University, 2009); Šarūnas Keserauskas, "What Should the Priorities of a Small Country's Competition Authority Be?: Lessons and Suggestions Based on Two Decades of Competition Policy Experience in Lithuania" (doctorate thesis paper, University of London, 2010); Raimundas Moisejevas, "Recoupment of Losses by the Dominant Undertaking, Which Allegedly Have Used Predatory Pricing and Legality of Actions," *Jurisprudencija*, 2 (2010); Raimundas Moisejevas, "The Importance of the Intent in Predatory Pricing Sprendimas bylojes," *Jurisprudencija*, 4 (2010); Justina Balčiūnaitė, "EB Konkurencijos teisės procedūrų pobūdis: Ar turėtų būti taikomas EŽTK 6 Straipsnis šių procedūrų metu," (Nature of the procedures of the EC competition law: Should Article 6 of the ECHR apply during such procedures) *Social Sciences studies* 1, 5 (2010); Daivis Švirinas and Ana Novosad, "Prekių susiejimas kaip piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi forma," (Tying of goods as a form of abuse of dominant position) *Jurisprudencija* 2, 120 (2010); Ana Novosad, "Sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo 102 Straipsnio reformos įtaka objektyvaus pateisinimo sampratos raidai," (Influence of the reform of Article 102 of the Treaty on Functioning of the European Union on development of the concept of objective justification) *Social Sciences Studies* 3, 1 (2011); Ana Novosad, "Dominuojančio ūkio subjekto atsisakymo tiekti vertinimas pagal konkurencijos teisę" (Assessment of the refusal by the dominant undertaking to supply from the aspect of competition law) (doctorate thesis paper, Mykolas Romeris University, 2011); Raimundas Moisejevas, "Objective Justifications in Predatory Pricing," *Jurisprudencija* 18, 1 (2011); Jaunius Gumbis, *Competition Law in Lithuania* (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business, 2011); Raimundas Moisejevas, Ana Novosad, and Virginijus Bitė, "Costs Benchmarks as Criterion for Evaluation of Predatory Pricing," *Jurisprudencija* 19, 2 (2012); Justina Nasutavičienė, "Lygiagrečioji valstybių varių ir Europos Komisijos kompetencija taikyti ES konkurencijos teisės nuostatas *Ne Bis in Idem* principo kontekste," (Parallel competence of the Member States and the European Commission to apply provisions of the EU competition law within the context of the *Ne Bis in Idem* principle) *Social Sciences Studies* 4, 1 (2012); Raimundas Moisejevas ir Ana Novosad, "Some Thoughts Concerning the Main Goals of Competition Law," *Jurisprudencija* 20, 2 (2013); Jaunius Gumbis, et al., *Competition Law in Lithuania*, Second edition. ed. (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business, 2014); Laura Rimšaitė, "Konkurencijos teisės institutų taikymo ypatumai energetikos sektoriuje" (Peculiarities of application of institutes of competition law in the energy sector) (doctorate thesis paper, Mykolas Romeris University, 2016).

of the State, which may arise under Article 106(1) of the TFEU, for reduction of efficiency of prohibition contained in Article 102 of the TFEU. Respectively, research provided in this paper is based mostly on the conclusions of research made by foreign academics. The research papers of academics may be conditionally divided into several categories: (1) exhaustive researches; (2) reactions to new decisions of institutions / realities; and (3) overview of the prevailing legal elements in the publications of a textbook type.

In this regard, it should be recognised that the most active discussion on the conditions of application of Articles 106(1) and 102 of the TFEU took part in 1985-1995. Absolute majority of the academics at that time analysed individual cases resolved by EU institutions and tried to explain them in the light of theories stipulated in the earlier court judgments. The main object of such research concentrated on the question, whether presumed legality of exclusive rights formulated in *Sacchi* case still remain in force within the context of the latest court judgments. At that time leading theories has been formulated by Lang⁶⁷⁰, Joliet⁶⁷¹, Hancher⁶⁷², Hoffman⁶⁷³, Pappalardo⁶⁷⁴, De La Torre⁶⁷⁵, Platteau⁶⁷⁶, Kerf⁶⁷⁷, Gyselen⁶⁷⁸, Giesen⁶⁷⁹, Bright⁶⁸⁰, Ehlermann⁶⁸¹, Gardner⁶⁸², Sauter⁶⁸³, etc.

After 1995, when the number of Article 106(1) and 102 of the TFEU cases investigated by EU institutions decreased, more consistent and exhaustive academic research was per-

670 John Temple Lang, "European Community Competition Law and Member State Action," *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, 10 (1989): 114.

671 René Joliet, "National Anti-Competitive Legislation and Community Law," *Fordham Int'l LJ*, 12 (1988): 163.

672 Piet Van Slot ir Leigh Hancher, "Article 90," *European Competition Law Review* 11, 1 (1990): 35.

673 Alan B. Hoffman, "Anti-Competitive State Legislation Condemned under Articles 5, 85 and 86 of the EEC Treaty: How Far Should the Court Go after Van Eycke?," *European Competition Law Review* 11, 1 (1990): 11-27.

674 Aurelio Pappalardo, "State Measures and Public Undertakings: Article 90 of the EEC Treaty Revisited," *European Competition Law Review* 12, 1 (1991): 29-39.

675 Fernando Castillo De La Torre, "Rights of defence of Member States and undertakings," *European Law Review* 17, 6 (1992): 539-545.

676 Koen Platteau, "Article 90 EEC Treaty after the Court Judgment in the Telecommunications Terminal Equipment Case," *European Competition Law Review* 12, 3 (1991): 105-112.

677 Michel Kerf, "Policy of the Commission of the E.E.C. Toward National Monopolies," *World Competition: Law and Economics Review* 17, (1993-1994): 73-111.

678 Luc Gyselen, "Anti-Competitive State Measures under the EC Treaty: Towards a Substantive Legality Standard," *European Law Review*, Supp (Competition law checklist) (1994): 55-89.

679 Richard Giesen, "Statutory Monopolies and EC Competition Law: The Belgian Post Monopoly Case," *European Competition Law Review* 14, 6 (1993): 279-283.

680 Christopher Bright, "Article 90, Economic Policy and the Duties of Member States," *European Competition Law Review* 14, 6 (1993): 263-272.

681 CD Ehlermann, "Managing Monopolies: The Role of the State in Controlling Market Dominance in the European Community" (1993), *ECLR* 14 (1993): 61.

682 Anthony Gardner, "The Velvet Revolution: Article 90 and the Triumph of the Free Market in Europe's Regulated Sectors," *European Competition Law Review* 16, 2 (1995): 78-86.

683 Wolf Sauter ir Harm Schepel, *State and Market in European Union Law: The Public and Private Spheres of the Internal Market before the Eu Courts* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009); Wolf Sauter, "The Criterion of Advantage in State Aid: Altmark and Services of General Economic Interest," *TILEC Discussion paper series* 2014, 15 (2014).

formed in order to establish the conditions of application of Articles 106(1) and 102 of the TFEU. In this regard first of all one should distinguish the monograph “*State Monopolies under EC Law*”⁶⁸⁴ published by *Blum* and *Logue* in 1998. In this monograph *Blum* and *Logue* attempted to summarise case practice of EU institutions to determine legal criteria, which are relevant for finding the infringement, and classify case law into separate categories. Nevertheless, it should be admitted that subject matter of such monograph was very wide. In addition to infringement contained in Article 106(1) and 102 TFEU, the monograph additionally examined the conditions for justification stipulated in Article 106(2) of the TFEU, interplay of Article 106(1) of the TFEU with other Articles of the Treaty regulating principle of free movement, also provisions of regulatory law, which apply to the monopoly markets. Respectively, analysis of prohibition contained in Articles 106(1) and 102 of the TFEU remained rather superficial in the monograph of *Blum* and *Logue*.

Other significant works from this period of time include the monograph “*Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*”⁶⁸⁵ written by *Buendia* in 1999. In this monograph *Buendia* performed exhaustive analysis of legal criteria, which are relevant for prohibition contained in Article 106(1) and 102 TFEU, conceptual grounds of such prohibition and its interplay with other institutes. Significant part of conclusions made by *Buendia* in this monograph remains of relevance today as well. In 2007 more consistent researchers of Article 106 of the TFEU were joined by *Szyszczak*, who published a monograph “*Regulation of the State in the Competitive Markets in the EU*”⁶⁸⁶. This monograph perfectly presented historical context and conceptual grounds of prohibition contained in Article 106(1) of the TFEU and provided for an explanation of the material elements of the prohibition. Nevertheless, the essential part of the monograph was devoted for analysis of the EU directives on the liberalisation of markets and the possibility to justify a violation under Article 106(2) of the TFEU in case restrictions of competition are necessary to ensure provision of services of general economic interest. Other significant researchers, which contributed significantly to the academic debate at that time were *Hirsch*, *Montag* and *Säcker*, which published monograph “*Competition Law: European Community Practice and Procedure*”⁶⁸⁷. The said monograph consistently discussed various institutes of competition law including the conditions of application of the prohibition under Article 106 of the TFEU.

Having analysed researches conducted by modern academics one could note that the doctrine of application of Articles 106(1) and 102 of the TFEU is currently mostly formed by two academics. Works of *Buendia*⁶⁸⁸ are aimed at analysis of the elements of violation of Articles 106(1) and 102 of the TFEU and procedural aspects of proving the said violation. On its turn, *Szyszczak* concentrates on analysis of legal grounds for justifications stipulated

684 Françoise Blum and Anne Logue, *State Monopolies under EC Law* (Chichester: J. Wiley, 1998).

685 José Luis Buendia Sierra, *supra* note 4, p. 129.

686 Erika M. Szyszczak, *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU* (Oxford: Hart, 2007).

687 Günther Hirsch, Frank Montag, and Franz Jürgen Säcker, *Competition Law: European Community Practice and Procedure, Article-by-Article Commentary* (London: Sweet & Maxwell, 2008).

688 Results of academic research of Buendia are published in the compendia of legal research, see Jonathan Faull and Ali Nikpay, *Faull & Nikpay, the EU Law of Competition*, 3rd edition. ed. (Oxford: Oxford University Press, 2014); Luis Ortiz Blanco, editor of compilation, *EU Competition Procedure*, (Oxford: Oxford University Press, 2013).

in Article 106(2) of the TFEU, which remains outside the limits of the research of this thesis⁶⁸⁹. The legal research conducted by *Buendia* and *Szyszczak* is significantly supplemented by the works of academics of the modern generation. Although it should be admitted that they mostly focus their analysis on the justifications offered by Article 106(2) of the TFEU and relations of the said justification to the state aid and public procurement rules, rather than analysis of prohibition contained in Articles 106(1) and 102 of the TFEU. Such academics of modern generation could include *Graells*⁶⁹⁰, *Sauter*⁶⁹¹, *Szydło*, or *Ølykke*⁶⁹².

All the said exhaustive researches are supplemented by basic textbook works on competition law drawn up by the author collectives of *Whish* and *Bailey*⁶⁹³, *Jones* and *Sufrin*⁶⁹⁴, and *Roth*, *Rose* and *Bellamy*⁶⁹⁵. These works summarise the prevailing theories and explain the main aspects of the case law. However, they provide rather little details on the problematic aspects of application of Articles 106(1) and 102 of the TFEU.

To summarize, the existing level of academic research available in the doctrine suggest that currently *Buendia* is essentially the only author consistently and thoroughly analysing conditions of application of Articles 106(1) and 102 of the TFEU; however, works of the latter author do not analyse the latest decisions of the institutions of the European Union in the cases of *Greek lignite* and *Slovenska posta*. On its turn, works of other academics provide for only relatively superficial overview of the conditions of application of Article 106(1) of the TFEU or analyse only individual constituent elements of such violation. Such lack of consistent academic research naturally requires further research of the conditions of violation of law under Articles 106(1) and 102 of the TFEU in order to formulate clearer rules of legal assessment. Research of such nature shall be conducted in this research paper.

689 Erika Szyszczak et al., *Developments in Services of General Interest*, vol. 3 (The Hague: Springer, 2011); Erika Szyszczak and Johan Willem van de Gronden, *Financing Services of General Economic Interest: Reform and Modernization* (The Hague: Springer Science & Business Media, 2014); Ulla Boegh Neergaard et al., *Social Services of General Interest in the EU* (The Hague: Springer, 2013).

690 Albert Sánchez Graells, "Competition Law against Public Restraints in the Public Procurement Field: Importing Competition Considerations into the EU Public Procurement Directives." Presentation at the conference the Public Procurement: Global Revolution IV-Conference, University of Nottingham, 2010.

691 Wolf Sauter, "The Criterion of Advantage in State Aid: Altmark and Services of General Economic Interest," *TILEC Discussion paper series 15*, (2014).

692 Grith Skovgaard Ølykke, "Is the Granting of Special and Exclusive Rights Subject to the Principles Applicable to the Award of Concessions?: Recent Developments in Case Law and Their Implications for One of the Last Sanctuaries for Protectionism," *Public Procurement Law Review* 2014, 1 (2013): 1-20.

693 Richard Whish ir David Bailey, *Competition Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2015).

694 Alison Jones ir Brenda Sufrin, *EU Competition Law: Text, Case notes and Materials* (Oxford: Oxford University Press, 2014),

695 P. M. Roth, Vivien Rose, ir Christopher, *Bellamy & Child, European Community Law of Competition*, 6th ed. / edited by Peter Roth, Vivien Rose. ed. (Oxford: Oxford University Press, 2008).

Approval of the results of the research

Individual aspects of the thesis have been published the following journals:

- (i) Article “*Failure to meet the demand as infringement of Articles 106(1) and 102 TFEU: the problem of causal link*”. The article was published in “*Social Transformations in Contemporary Society*”, the peer reviewed journal of academic works published by the Mykolas Romeris University (2016), pages 60-72⁶⁹⁶;
- (ii) Article “*Failure to meet the demand as infringement of Articles 106(1) and 102 TFEU: the notion of failure to meet the demand*”. The article was published in “*Social Transformations in Contemporary Society*”, the peer reviewed journal of academic works published by the Mykolas Romeris University (2016), pages 73-85⁶⁹⁷

Presentations prepared on the grounds of the said two articles were given at the international academic conference “*Social Transformations in Contemporary Society*“, which was held at the Mykolas Romeris University in 2016. On 30 June 2016 the thesis was considered and approved by the Institute of Private Law of the Mykolas Romeris University.

Methods of research

The following main empirical and theoretical methods of academic research were used for achievement of the objective and aims of the research:

- *Logical analysis methods (induction, deduction, synthesis, systematic analysis)*. The said universal logical analysis methods were applied to assess the case law, decisions of EU institutions, works of the academics, formulate summaries, conclusions, proposals, and recommendations.
- *Comparative historical method*. The legal instrument examined in the thesis has essentially been formulated in the decisions of the European Commission and the European Union courts. Absolute majority of such decisions disclose the contents off the applicable legal rule or explain individual aspects of application of law in a very laconic manner. Rather often the contents of the applicable legal rule are disclosed by the decisions separated by several years or even decades. As a result, of such nature of the phenomenon under examination, the comparative historical method was widely used⁶⁹⁸. On the grounds of this method each matter considered in the thesis was analysed by disclosing whole evolution of the matter under examination in the decisions of the European Commission and the European Union courts. Such analysis enabled to understand the context and the causality of decisions taken by EU institutions and disclose their accurate meaning.
- *Comparative and analogy methods*. This method *inter alia* was used (i) to compare positions of the European Commission, European Union courts and Advocates

696 *Social Transformations in Contemporary Society*, 2016 (4) ISSN 2345-0126 (online source).

697 *Social Transformations in Contemporary Society*, 2016 (4) ISSN 2345-0126 (online source).

698 Rimantas Tidikis, *Socialiniu Mokslu Tyrimu Metodologija (Methodology of research in social sciences)*, (Vilnius: Publishing Centre of the Lithuanian University of Law, 2003): 411.

General, which delivered their opinion in the case, in order to disclose problematic aspects of the legal instrument under examination; (ii) to compare related legal institutes (mostly solutions recognised in legal provisions regulating merger control and prohibition of abuse of dominant position) in order to offer conceptually reasonable, concerted, and universally applicable solutions for the identified legal problems.

- *Meta-analysis method*. This method *inter alia* was used for analysis of research conducted by other researchers and conclusions they have come to. Summary of conclusions reached by other researchers and having them supplemented with the results of the research performed by the author of this paper enabled to formulate conclusions of new level which have not been made by the initial researchers.
- *Legal document analysis method*⁶⁹⁹. This method is a classical scientific method of law, which was widely used during the research. In accordance with the requirements of this method selection of documents was first of all performed during the research: (i) all⁷⁰⁰ decisions of the European Commission and the European Union Court of Justice interpreting the conditions of application of Articles 106(1) and 102 of the TFEU have been collected from the official databases, and (ii) other decisions shedding at least minimum light on the merits of the legal institute under examination have also been selected. Afterwards contents of the documents have been analysed in accordance with the following main principles: (i) in order to avoid distortion of the contents of the documents during the translation the documents in English language were analysed; (ii) explanations provided in the case law were interpreted by considering the context of the decisions: factual circumstances of the case, explanations presented in the case by the parties and Advocates General, economic-political conditions prevailing at the time of making the decisions, aims of the institutions at the respective period of time, etc.; (ii) contents of the legal acts were considered in accordance with the reasons predetermining adoption of the legal act.
- *Summary method*⁷⁰¹. After analysis of the documents and academic works the results of the analysis were systemised and grouped in accordance with their common features. Meanwhile, conclusions were made and recommendations provided based on such systemised data.

699 *Ibid.*, p. 488-498.

700 The author does not exclude the possibility that part of the decisions were not included in the research because decisions of the institutions are not collected in a centralised manner. Nevertheless, the author is convinced that the volume of documents not included in the research should not exceed 5%. Such conclusion is based on the grounds of the personally performed search as well as the scope of decisions of institutions specified in the works by other authors.

701 Rimantas Tidikis, *supra* note 44, p. 387-390.

Structure of the paper

Considering the objective and aims of the research the thesis is based on the following structure of work:

- Introduction discusses the problems, object, subject matter and aims of the paper, provide analysis on the literature available on the matter under examination, discusses methodology of the research.
- Chapter One discusses the historical development and legal nature of the prohibition stipulated in Articles 106(1) and 102 of the TFEU by emphasizing the material aspects of development of the concept of the prohibition.
- Chapter Two analyses legal criteria relevant for the application of Article 106(1) of the TFEU aiming to determine nature of State measures, which fall within the prohibition contained in Article 106(1) TFEU, and persons in respect of whom the State must abstain from adoption of the said measures. This Chapter focuses mostly on the analysis of the concept of undertakings holding exclusive or special rights in respect of whom the prohibition contained in Article 106(1) TFEU applies.
- Chapter Three concentrate on the interplay of the prohibition stipulated in Article 106(1) and prohibition contained in Article 102 of the TFEU. This chapter analyse, specific acts of a State which may reduce efficiency of the prohibition contained in Article 102 of the TFEU. For this purpose thesis distinguish specific groups of State measures in respect of which case law requires proving specific elements of infringement: inability to meet the demand, creation of the situation of conflict of interests, maintenance, strengthening, and expansion of dominant position (including violation of the principle of equal opportunities). All the said types of violation and legal criteria applicable thereto are examined separately. The analysis provided in this Chapter is finalised with the conclusions on the scope in which the principle formulated in the *Sacchi* case (that granting exclusive rights *per se* is not considered as violation of Articles 106(1) and 102 of the TFEU) remains in force in modern case law.
- The final part of the paper is devoted for the conclusions, which identify the essential results of the research.

Defended statements

- (i) Violation of Articles 106(1) and 102 of the TFEU is related to the acts by the State reducing *efficiency* of the prohibition of abuse of dominant position contained in Article 102 of the TFEU. Such reduction of *efficiency* may be declared virtually in all cases when the State grants any competitive advantage to an undertaking which has special relations with the State.
- (ii) Wider application of Articles 106(1) and 102 of the TFEU is significantly encumbered by wide scope of constituent legal elements of the violation and rather high legal standard applicable aiming to prove that in respect of specific activity under

investigation beneficiary of State measures acts as an “undertaking” and holds dominant position in the relevant market.

- (iii) Modern case law retains the principle formulated in *Sacchi* case in 1974 where granting exclusive rights *per se* is not considered as violation. However, the contents of the said violation have undergone significant changes in the evolution of case law. While historically this principle constituted presumption of *legitimacy* of exclusive rights, modern case law usually considers granting of exclusive rights as violation of Articles 106(1) and 102 of the TFEU. On its turn, the postulate that granting of “*exclusive rights is not, as such, incompatible*” with Article 106(1) and 102 of the TFEU *de facto* means only a *possibility* to justify each case of granting of exclusive rights under Article 106(2) of the TFEU, i.e. restriction of competition is objectively necessary in order to guarantee provision of services of general economic importance.

Conclusions

Academic problem of the research was related to the fact that the law currently in force does not provide sufficient clarity on the legal elements, which should be proven in order to invoke liability of the State under Articles 106(1) and 102 of the TFEU for granting privileges to entities having special relations to the State. The objective of the research consisted in turn of disclosure of legal elements of prohibition established in the said Articles.

Academic research performed in the context of such objectives enabled to formulate the main rules, which should be used for assessment of compatibility of State measures with the requirements of Articles 106(1) and 102 of the TFEU in such cases, when the State intervenes into the market to protect undertakings having special relations to the State.

Assumptions, which entitle to invoke liability of Member States for reduction of efficiency of the prohibition of abuse of dominant position

- (i) Liability of the Member States under Article 106(1) applied in conjunction with Article 102 of the TFEU arises when the State reduces efficiency of the prohibition under Article 102 of the TFEU to abuse dominant position. In order to establish infringement it is necessary to prove existence of constituent elements of two provisions:
- For the purposes of application of Article 106(1) of the TFEU it must be proven that: (a) the acts under examination may be considered as “State measures”; (b) the measures are directed at “undertakings”; and (c) undertakings have a special relation to the State;
 - For the purposes of application of Article 102 of the TFEU it must be proven that (a) the undertaking holds dominant position in the market; (b) State measures reduce efficiency of the prohibition established in Article 102 of the TFEU; and (c) trading between Member States is affected.

- (ii) “State measures” specified in Article 106(1) of the TFEU may be created by any subject of public authorities. Nevertheless, “State measures” shall include only such actions of the State whereby governmental institutions shall exercise functions of public authority.
- (iii) For the purposes of application of Article 106(1) of the TFEU the concept of “undertaking” is related to offering goods and services in the market (economic activity). Existence of economic nature of an activity turns to be complicated in cases concerning grant of *exclusive* rights. Existence of legal monopoly eliminate practical examples enabling to consider existence of the market of respective goods or services; therefore, in such cases existence of “economic activities” must be proven by theoretical arguments and indirect evidence indicating that monopolised activity does not constitute classic functions of a State and in its essence could be performed by private entities seeking for profit.
- (iv) For the purposes of application of Article 106(1) of the TFEU addressees of the State measures may be State undertakings and undertakings holding exclusive or special rights. Results of the research lead to several conclusions in relation to the nature of such undertakings:
- The category of State undertakings and undertakings holding exclusive and special rights has been distinguished due to the special relation to the State which provides the State with the incentive to protect activities of such undertakings; however, the legal instrument under examination creates no additional obligations for the said undertakings which would not apply to other undertakings;
 - Entities in respect of which the State has *decisive* influence are considered as the State undertakings. Existence of such influence should be considered on the basis of legal criteria, which apply to establishment of *control* for the purposes of merger control;
 - Concepts of special and exclusive rights are related to a situation where the State grants undertaking with the rights, which are available only to a *limited* group of undertakings, and such measures significantly restricts the possibility for other undertakings to engage in analogous economic activities in the same geographical territory. Considering presence of exclusive or special rights it is legally irrelevant, whether such rights were granted via tendering procedures;
 - Undertakings integrated in the State institutions (i.e. having no independent legal personality) shall always have a special relation to the State.
- (v) For the purposes of Articles 106(1) and 102 of the TFEU presence of dominant position in the market should be proven subject to analogous legal standard, which usually applies in abuse of dominant position cases. Results of the research enable to reject preposition submitted by the legal doctrine that a simplified standard of proving abuse of dominant position could apply in the cases considering infringement of Articles 106(1) and 102 of the TFEU. Proving dominant position by its nature appears to be complicated procedure. Therefore, the requirement to prove this legal element significantly complicates proving the in-

fringement of Article 106(1) applied in conjunction with Article 102 of the TFEU saves for the cases where legitimacy of legal monopolies is considered.

The said conclusions confirm the defended statement of the thesis that wider application of the infringement stipulated in Articles 106(1) and 102 of the TFEU is significantly complicated by wide scope of the legal constituent elements of the violation and sufficiently high legal standard applicable aiming to prove that in respect of specific activity under investigation beneficiary of State measures acts as an “undertaking” and holds dominant position in the relevant market.

The relation of the State measures to reduction of the efficiency of the prohibition under Article 102 of the TFEU to abuse dominant position

- (vi) When considering liability of the *Member States* under Article 106(1) of the TFEU abuse of dominant position is proven *differently* from the cases where abuse of dominant position conducted by an *undertaking* are considered. When raising the matter of liability of a State violation of Article 102 of the TFEU is considered from the point of view of *loyalty* obligation. During such assessment reduction of efficiency of the prohibition under Article 102 of the TFEU rather than specific acts which could constitute abuse of dominant position are assessed. In accordance with such approach, a State may be held liable as a result of (a) *forcing* or (b) *encouraging* performance of acts constituting violation of Article 102 of the TFEU, or (c) creation of a situation in which the *undertaking would not have appeared without abusing its dominant position*.
- (vii) In the case law reduction of efficiency of Article 102 of the TFEU is assessed using three forms of violation: (a) failure to meet the demand, (b) creation of conflict of interests, and (c) violation of the prohibition of general nature to maintain, strengthen or extend dominant position.

Inability to meet the demand

- (viii) Violation of Articles 106(1) and 102 of the TFEU could be found in case holder of exclusive rights *manifestly fails to meet the demand existing in the market*. For the purposes of such type of infringement the main object of investigation appears to be the *situation* of failure to meet the demand. Respectively, in case demand existing on the market is manifestly unsatisfied presence of infringement could be declared without further analysis whether such situation has been caused by the State, which decided to grant exclusive rights, or inefficiency of undertaking holding such exclusive rights.
- (ix) In order to prove the *fact* of failure to meet the demand it is sufficient to prove existence of demand for certain goods/services not met by the holder of the exclusive rights. Situations where the holder of exclusive rights provides the goods/services under examination yet the quality of the latter does not satisfy specific needs of the individual client are also recognised as failure to meet the demand.

- (x) Such low standard of proof, which applies in failure to meet the demand cases, means that any monopolisation decision adopted by the State should be accompanied by legal-administrative mechanism, which would ensure that provider of monopoly goods/services would always be prepared to meet the needs of every individual client. Achievement of such result is objectively impossible due to diversified structure of demand in modern economy. Therefore, in vast majority of cases monopolisation of markets shall create situations of failure to meet the demand, while compliance of such monopoly with the requirements of Articles 106(1) and 102 of the TFEU shall only depend on the possibility to justify restrictions of competition on the basis of Article 106(2) of the TFEU.

Creation of conflict of interests

- (xi) Infringement of Articles 106(1) and 102 of the TFEU could be declared in case the State creates conflict of interests, which *induce* performance of actions constituting abuse of dominant position. Creation of the conflict of interest can be seen upon establishment of three conditions: (a) the *State* created mechanism, which enable regulating conditions under which goods/services may be supplied on the market; (b) the control of such mechanism is entrusted to an *undertaking*; (c) the person in control of such mechanism faces the conflict of interests arising from the possibility to control competitive pressure faced by himself from its competitors.
- (xii) Entrustment of such regulatory mechanism shall exist when the State shall provide undertaking with the possibility to exercise significant influence on the result of public administration. However, entrustment of regulatory mechanism shall also exist in case due to State actions undertaking becomes an unavoidable business partner to its competitors, i.e. where a vertically integrated entity is provided with the exclusive rights in the upstream market.
- (xiii) Conflict of interests shall also exist when commercial and regulatory functions shall be distributed among separate entities, which constitute single “undertaking” from the perspective of competition law. Ability to find conflict of interest on the level of group of undertakings means that conflict of interests shall be created essentially *in every case* where the State institutions decides to conduct economic activity in the area, which falls within the scope of its powers of public administration. Justification of the situation of conflict of interests on the basis of Article 106(2) of the TFEU is practically impossible as the State usually has in its disposition sufficient measures to achieve its objectives without creation of conflict of interest (i.e. with measures less restricting competition). Respectively, having decided to engage in economic activities the State may avoid infringement of Article 106(1) applied in conjunction with Article 102 of the TFEU only by guaranteeing that the regulatory functions in respect of such activity were performed by *de facto* and *de jure* mutually unrelated entities.

Maintenance, strengthening or extension of dominant position

- (xiv) Infringement of Articles 106(1) and 102 of the TFEU may also be found by applying prohibition of general nature to maintain, strengthen or extend dominant position into other markets by *State measures*. Results of the research presuppose that prohibition of such nature can be violated not only by *de jure* or *de facto* monopolising markets. Such violation may also be committed by granting *any* economic or strategic advantage to an entity with special relation to the State, if such advantage enables maintain or strengthen dominant position in the market or extend such dominant position into other markets.
- (xv) Whereas infringement of Article 106(1) applied in conjunction with Article 102 of the TFEU must be conceptually related to reduction of efficiency of prohibition to abuse dominant position, such distortions of competition are considered in the case law by applying two theories: (a) *GB-INNO-BM* structural infringement theory; and (b) theory of equal opportunities.
- (xvi) When applying the *GB-INNO-BM* structural infringement theory consideration is given to the *situation* created using the State measures. The assessment focuses on the question whether the State has created the situation which *would have not been achieved by the undertaking without violation of the requirements of Article 102 of the TFEU*. Application of such test requires establishment of a *hypothetical* violation of Article 102 of the TFEU which would have to have been committed by the undertaking under examination in order to gain the advantages resulting from the State measures. On its turn, liability of the State for reduction of *efficiency* of Article 102 of the TFEU shall arise for the fact that advantages granted by the State eliminated necessity for undertaking to perform actions which would constitute such *hypothetical* violation of Article 102 of the TFEU.

The research allows explaining of at least two problematic aspects of application of this theory:

- When applying the *GB-INNO-BM* theory it is not clear under what circumstances one may state that the undertaking could have achieved a specific position *only* by performing acts constituting violation of Article 102 of the TFEU. Results of the research presuppose that violation should be seen in the situations where the State measures help maintaining, strengthening, or extending dominant position into other markets, and the undertaking would have been unable to achieve such a result *without offering goods or services of the best quality for the best price* (i.e. without competing on the merits).
- *Hypothetical* violation of Article 102 of the TFEU must be related to the situation, which could be applicable in the circumstances of specific case, and actually plausible in respect of undertaking under examination. Such limitation prevents finding the infringement in cases where undertaking under investigation would be unable to achieve the result (advantage) created by State measures either by abusing or not abusing the dominating

position. Such limitation constitutes a relatively minor yet still a restriction to see infringement in all cases of distortion of competition.

- (xvii) When applying the *theory of equal opportunities* consideration is given to the *actions* of the undertaking. Conceptually infringement under this theory is related to forcing/encouraging undertaking to abuse its dominant position. Still, application of such theory does not require proving any violation of Article 102 of the TFEU (either actual or hypothetical) in order to find infringement. In this regard the equal opportunities theory presumes that in the event of having the State granted any advantage the undertaking would *unavoidably* commit acts constituting an infringement of Article 102 of the TFEU of undefined nature. Respectively, such theory leaves very little space for proving that the competitive advantage resulting from the State measures does not constitute violation of Articles 106(1) and 102 of the TFEU.
- (xviii) Without requiring establishment of a *hypothetical* violation of Article 102 of the TFEU the *equal opportunities theory* is less complicated to apply when compared to the *GB-INNO-BM* structural infringement theory. However, despite conceptual differences in assessment of distortions of competition, the *GB-INNO-BM* structural violation theory and the equal opportunities theory guarantee similar result because:
- In the equal opportunities theory the main object of assessment de facto appears competitive advantage granted by the State rather than abusive actions committed by undertaking;
 - In the *GB-INNO-BM* theory the standard applicable to proving hypothetical violation of Article 102 of the TFEU is so low that it is essentially tantamount to a violation of undefined nature presumed by the equal opportunities theory;
 - Both theories restrict the possibility to find infringement upon proving that within the context of the circumstances of the specific case the undertaking under examination could not have committed violation of Article 102 of the TFEU despite the measures of intervention applied by the State.

The said conclusions confirm the defended statement of the thesis that standard of proof with respect to *reduction of efficiency* of the prohibition of abuse of dominant position under Article 102 of the TFEU is sufficiently low – *reduction of efficiency* may be declared virtually in all cases when the State grants any competitive advantage to an undertaking which has special relations with the State

Granting exclusive rights as a violation per se

- (xix) Conclusions of the research do not support proposition that infringement of Article 106(1) applied in conjunction with Article 102 of the TFEU could be declared *merely* having found grant of exclusive rights, which cannot be justified on the basis of Article 106(2) of the TFEU (i.e. presumption of unlawfulness of exclusive rights does not exist). In every case acknowledgement of illegality

of exclusive rights should be accompanied by explanation how granting of such rights reduces efficiency of Article 102 of the TFEU.

- (xx) Still, low standard of proof applicable to proving reduction of *efficiency* of Article 102 of the TFEU presupposes that in absolute majority of cases granting of exclusive rights shall be considered as violation of Articles 106(1) and 102 of the TFEU; therefore, it shall only be possible to justify granting exclusive rights by proving compliance with the requirements of the exclusion under Article 106(2) of the TFEU.

The said conclusions confirm the defended statement of the thesis that the modern case law retains the principle formulated in *Sacchi* case in 1974 where granting exclusive rights *per se* is not considered as violation. However, the contents of the said violation have undergone significant changes in the evolution of case law. While historically this principle constituted presumption of *legitimacy* of exclusive rights, modern case law usually considers granting of exclusive rights as violation of Articles 106(1) and 102 of the TFEU. On its turn, the postulate that granting of “exclusive rights is not, as such, incompatible” with Article 106(1) and 102 of the TFEU *de facto* means only a possibility to justify each case of granting of exclusive rights under Article 106(2) of the TFEU, i.e. restriction of competition is objectively necessary in order to guarantee provision of services of general economic importance.

Academic publications and academic activity of the author

List of academic publications

- (i) K. Kačerauskas, “*Failure to meet the demand as infringement of Articles 106(1) and 102 TFEU: the problem of causal link*”, *Social Transformations in Contemporary Society*, 2016 (4) ISSN 2345-0126 (online source), pages 60-72;
- (ii) K. Kačerauskas “*Failure to meet the demand as infringement of Articles 106(1) and 102 TFEU: the notion of failure to meet the demand*”, *Social Transformations in Contemporary Society*, 2016 (4) ISSN 2345-0126 (online source), pages 73-85.

Presentations at the academic conferences

- (i) Presentation at the conference “*Social transformations in contemporary society 2016*” which was held on 2-3 June 2016. Title of the presentation: “*Failure to meet the demand as infringement of Article 106(1) and 102 TFEU: the problem of causal link*”;
- (ii) Presentation at the conference “*Social transformations in contemporary society 2016*” which was held on 2-3 June 2016. Title of the presentation: „*Failure to meet the demand as infringement of Article 106(1) and 102 TFEU: the notion of failure to meet the demand*“.

Academic publications on the topics other than the thesis

- (i) J. Gumbis, M. Juonys, L. Šlepaitė, K. Kačerauskas, „*Competition Law in Lithuania*“, Second Edition, Kluwer Law International, Holland, 2014, ISBN 978-90-411-5422-4.
- (ii) J. Gumbis, D. Greblikiene, T. Kamblevičius, K. Kačerauskas, L. Jusiutė, E. Beikauskas, „*Energy law in Lithuania*“, Kluwer Law International, Holland, 2015, ISBN 978-90-411-6077-5.

Academic internship

- (i) Academic internship at the University of Bologna from 30 March 2015 to 26 June 2015.

Curriculum Vitae

EDUCATION:

2012 – now	Doctoral studies of law at the Faculty of Law of the Mykolas Romeris University
2005 – 2007	Master of Law, Faculty of Law of the Mykolas Romeris University
2001 – 2005	Bachelor of Law, Faculty of Law of the Mykolas Romeris University

JOB EXPERIENCE:

2005 – now	Advocate, law firm “Valiunas Ellex”
2007 – 2015 m.	Lector at the Department of Business Law of the Faculty of Law of the Mykolas Romeris University

ACADEMIC INTERNSHIPS:

March – June 2015	University of Bologna (Università di Bologna), Bologna, Italy (internship duration 90 days)
July 2008	Summer school at the European Law Academy, Trier, Germany (internship duration 14 days)

Kačerauskas, Karolis

VALSTYBĖS PARAMOS VALSTYBĖS KONTROLIUOJAMIEMS ŪKIO SUBJEKTAMS
DRAUDIMAS PAGAL SUTARTIES DĖL EUROPOS SĄJUNGOS VEIKIMO 106(1) IR 102
STRAIPSNIUS: daktaro disertacija. – Vilnius: Mykolo Romerio universitetas, 2016. 280 p.

Bibliogr. 231-279 p.

ISBN 978-9955-19-832-1 (internete)

ISBN 978-9955-19-833-8 (spausdintinis)

Anotacijos

Valstybės dalyvavimas rinkos santykiuose per savo kontroliuojamas įmones visuomet kėlė įtampą santykiuose tarp verslo ir valstybės. Nors valstybė iš principo turi teisę vykdyti ūkinę veiklą ir konkuruoti su privačiais rinkos dalyviais, tačiau tai darydama valstybė susiduria su reikšminga paskata panaudoti savo reguliacinius įgaliojimus sukuriant verslo aplinką, kuri būtų išskirtinai naudinga valstybės kontroliuojamiems ūkio subjektams. Disertacijoje nagrinėjamas tokią valstybės paramą valstybės kontroliuojamiems ūkio subjektams draudžiantis teisės instrumentas – SESV 106(1) str. ir 102 str. numatytas reikalavimams susilaikyti nuo veiksmų, kurie galėtų sumažinti Europos Sąjungos steigimo sutartyse numatyto draudimo piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi veiksmingumą.

Tyrimo metu buvo nustatyta, kad galiojančioje teisėje nėra pakankamo aiškumo, kokie konkrečiai teisiniai elementai turėtų būti įrodyti konstatuojant SESV 106(1) str. ir 102 str. įtvirtintą pažeidimą. Dėl šios priežasties, tyrimo metu buvo siekiama atskleisti tokio teisės pažeidimo teisinės sudėties elementų turinį. Šiuo atžvilgiu tyrimo metu pirmiausiai buvo atskleista SESV 106(1) str. ir 102 str. įtvirtinto pažeidimo istorinė raida ir teisinė prigimtis, identifikuoti teisinės sudėties elementai, atskleistas atskirų elementų turinys, apžvelgtos specifinės veiksmų formos, kuriomis valstybė gali sumažinti draudimo piktnaudžiauti dominuojančia padėtimi veiksmingumą bei padaryta išvada dėl valstybių narių teisinių galimybių suteikti išimtines teises. Tyrimo pabaigoje buvo padarytos išvados dėl teisinių elementų, kurie turi būti įrodinėjami konstatuojant SESV 106(1) str. ir 102 str. įtvirtintą pažeidimą, bei suformuluotos rekomendacijos dėl veiksmų, kurių būtina imtis siekiant pašalinti teisinį neapibrėžtumą ir efektyvesnį šio draudimo taikymą.

Anotation

Participation of the State in the market economy through companies under its control was always the source of tension between business and the State. Although in principle the State is entitled to engage in economic activities and compete with private market players, by doing so the State faces a significant incentive to use its regulatory powers in order to create business environment exclusively favourable to the undertakings under control of the State. The thesis examined the legal instrument prohibiting such assistance by the State to undertakings under control of the State: Articles 106(1) applied in conjunction with Article 102 of the TFEU, which provide for the requirement to abstain from acts which could reduce efficiency of prohibition to abuse dominant position established in the Treaty establishing the European Union.

It has been established during the research that the law currently in force provides for insufficient clarity regarding what specific legal elements should be proven in order to declare infringement of Articles 106(1) and 102 of the TFEU. For this reason the research sought to establish the contents of constituent elements of such violation of law. In this regard the research first of all established the historical development and legal nature of the violation set forth in Articles 106(1) and 102 of the TFEU, identified the composition of the constituent elements of law and contents of individual elements, revised specific forms of acts by which the state may reduce efficiency of the prohibition to abuse dominant position; moreover, conclusion was made regarding the right of the Member States to grant exclusive rights. In the end of the research conclusions were made regarding the legal elements which must be proven in order to declare the violation under Articles 106(1) and 102 of the TFEU, and the recommendations of the acts to be undertaken in order to eliminate the legal uncertainty and achieve more efficient application of this prohibition.

Karolis Kačerauskas

VALSTYBĖS PARAMOS VALSTYBĖS KONTROLIUOJAMIEMS ŪKIO SUBJEKTAMS
DRAUDIMAS PAGAL SUTARTIES DĖL EUROPOS SAJUNGOS VEIKIMO 106(1)
IR 102 STRAIPSNIUS

Daktaro disertacija
Socialiniai mokslai, teisė (01 S)

ISBN 978-9955-19-832-1 (internete)
ISBN 978-9955-19-833-8 (spausdintas)

2016 11 21

UAB „Baltic Printing House“
Svajonės g. 40, LT-94101, Klaipėda
www.balticprinting.com
Maketavo Marius Vaidaugas
Tiražas 20 egz. Užsakymo Nr. 10283

Spausdino UAB „Baltijos kopija“
Kareivių g, 13B, Vilnius
www.kopija.lt
El. paštas info@kopija.lt

ISBN 978-9955-19-832-1



9 789955 198321