

**CONSTANT - Обучение за национални  
съдии в областта на конкурентното  
право и държавните помощи**

## **Сборник лекции**



# **Икономически основи на конкурентното право**

**Мирослава Маринова**

**Матю Реландж**

**Иван Георгиев**



© 2017 Фондация „ЛИБРе“, гр. София  
**ISBN 978-619-90993-1-5**

Авторските права върху всички материали, включени в настоящия сборник, принадлежат на Фондация „ЛИБРе“.

Проект „CONSTANT - Обучение за национални съдии в областта на конкурентното право и държавните помощи“ се изпълнява с финансовата подкрепа на Европейския съюз по Програмата за обучение на национални съдии по договор № SI2.738369-НТ.4989. Лекциите в настоящия сборник отразяват единствено и само възгледите на авторите им и организацията, отговорна за изпълнението на проекта в лицето на Фондация "ЛИБРе". Европейската комисия не е отговорна за използването на съдържашата се тук информация.



## Съдържание

<b>Резюме</b> .....	4
<b>Въведение в икономическите понятия</b> .....	6
<b>Икономически анализ на хоризонталните ограничения</b> .....	18
<b>Значение на решението на националния орган по конкуренцията в производството по колективни иски</b> .....	27
<b>Количествен и качествен анализ на причинените вреди</b> .....	34
<b>Digital Platforms and Competition Law</b> .....	41
<b>Икономически основи на секторната регулация. Взаимодействие между конкурентното право и секторната регулация</b> .....	49
<b>Икономически основи на секторната регулация. Икономически основи на енергийния сектор - дискусия</b> .....	52
<b>Икономически основи на вертикалните ограничения на конкуренцията</b> ...	59
<b>Икономически основи на свръхценообразуването, хищническото ценообразуване, ценови преси, практики на обвързване и пакетни продажби</b> .....	68
<b>Икономически анализ при отстъпки за лоялност като форма на злоупотреба с господстващо положение - казус</b> .....	77



## Резюме

**Обучението „Икономически основи на конкурентното право“**, част от проект „CONSTANT - Обучение за национални съдии в областта на конкурентното право и държавните помощи“, се проведе на 12-14 юли 2017 г. в к.к. Боровец, х-л „Еуфория клуб хотел и спа“.

То беше обусловено от изключителната важност на адекватните познания относно икономическите принципи на конкурентното право за националните съдии. Съсредоточен върху практически примери и директно прилагане на наученото, този семинар включваше основно запознаване с икономическите елементи в политиката на конкуренция (включително основни икономически понятия) и разликите с икономическото регулиране в специфични сектори като медийния и телекомуникационния.

В последствие бяха представени конкретни случаи, демонстриращи икономическия аспект на хоризонталните ограничения, злоупотребата с господстващо положение и вертикалните ограничения.

Съдиите бяха информирани относно най-новите развития в областта чрез набор от „актуални теми“ по разглежданите въпроси.

---

Лектори, включени в обучение „Икономически основи на конкурентното право“, бяха:

**Мирослава Маринова** има магистърска степен по икономика и опит в администрирането на производства към Комисията за защита на конкуренцията (2004-2014 г.). В момента защитава докторантура по конкурентно право към Редингския университет във Великобритания, където разглежда отстъпките за лоялност и ценови намаления в контекста на конкурентното право в ЕС.

**Матю Реландж** е експерт по конкурентно право и иновации. Неговата практика се фокусира върху прилагането европейското и френското конкурентно право в сферата на иновативните пазари. Той консултира ИТ фирми, както и компании опериращи в трансформирани от новите технологии пазари (издателска дейност, реклама, разплащателни услуги, автомобилна индустрия и др.) Като член на Парижката и Брюкселската адвокатски колегии, той представлява клиенти в конкурентно-правни процеси пред Европейската комисия и френската Комисия за защита на конкуренцията.

**Адв. Иван Георгиев** е бивш районен съдия (2010-2016 г.) с интереси и практически опит в областта на конкурентното право. Бивш член на Асоциацията на европейските съдии по конкурентно право (2014-2016 г.) и лектор на обученията по темата. Към момента е практикуващ адвокат и управляващ съдружник на адвокатско дружество, работещо по въпроси на конкурентното право на национално ниво.



Настоящият доклад представя усилията на лекторите да надградят проведеното обучение чрез предоставяне на допълнителни материали и насоки по обсъжданите в рамките на обучението теми.



## Въведение в икономическите понятия

*Мирослава Маринова*

### 1. Роля на икономическите анализи в конкурентното право

Целта на тази лекция е да се направи кратък преглед на микроикономическата теория, която е основа на икономическите анализи, които се извършват за нуждите на конкурентното право. Целта е да се придобият общи познания относно икономическите понятия.

Всеки практикуващ конкурентно право юрист трябва да е в състояние да установи кога икономическите доказателства са важни за изхода на делото. Това дава възможност за правилна преценка кога е необходимо да се ангажира икономически експерт и най-важно - да се разбере и интерпретира резултата от икономическият анализ.

Съдебната практика на европейските съдилища е показателна за важността на икономическата експертиза, необходима за решаване на делата. Като пример могат да се посочат делата GE/Honeywell, Airtour/First Choice и Microsoft, които са решени изцяло на базата на икономически доказателства. Съдът трябва да оцени доказателствата, а адвокатите трябва да ги представят по достъпен начин.

Ролята на икономическите анализи е видна от реформата на европейското конкурентно право. Реформата започва през 1997 г., с публикуване на „Зелена книга вертикалните споразумения“ (Green Paper on Vertical Restraints, EC Competition Policy, COM (96) 22 January 1997).

Реформата на чл. 101 започва с вертикални споразумения, защото ефектът им върху конкуренцията е двусмислен, поради което в академичната литература беше категорично критикувана забрана им без подходяща оценка на техния евентуален ефект върху конкуренцията и потребителите. В резултат на това и вследствие на Зелената книга Европейската комисия прие регламент, определящ условията, при които вертикалните споразумения са освободени от чл. 101, ал. 1. Регламентът е придружен от Насоки, които имат за цел да предоставят указания за подходяща оценка на някои категории вертикални споразумения, които не са освободени от отговорност. Новият подход за оценка на вертикалното ограничение се съсредоточава върху цялостния ефект на тези практики чрез балансиране на техните възможни отрицателни ефекти и повишаване на ефективността. Целта на реформата е да се опростят правилата и да се намали регулаторната тежест за дружествата, като същевременно се осигури по-ефективен контрол върху вертикалните ограничения, прилагани от дружества със значителна пазарна мощ.



Основните аспекти на реформата могат да бъдат обобщени, както следва: (1) вертикалните споразумения могат да имат проконкурентно или антиконкурентно въздействие в зависимост от случая и като такива не могат да бъдат забранени като „сами по себе си“; (2) анализът трябва да се фокусира върху ефекта на споразумението, а не върху неговата форма; (3) антиконкурентните ефекти са по-вероятни, когато съществува пазарна мощ на едно или повече нива на търговия; и (4) отрицателните ефекти върху потребителите са по-вероятни, ако конкуренцията между марките е слаба. В този смисъл реформата на вертикалните споразумения представлява радикална промяна от предишния подход.

Реформата на чл. 101 е пример за ролята на икономическите анализи в конкурентното право. През 2004 г. беше извършена Реформа на контрола на концентрациите, а по-късно Реформа на чл. 102 ДФЕС – 2005-2009 г.

Политиката на ЕК е видна и от множество публични речи, като например тази на Комисар Нели Крус: “Подхода на ЕК в прилагането на конкурентното право е базиран на ефекта върху конкуренцията, основан на солидни икономически анализи.”

## 2. Основни понятия

Целта на конкурентното право е да гарантира функциониращи пазари с ефективна конкуренция, която ще доведе по ползи за крайните потребители. Прилагането на нормите на конкурентното право налага определяне на пазари и установяване дали конкуренцията е нарушена.

Икономиката изучава как функционират пазарите и дава отговор на въпроси като: При какви условия фирмите оперират по начин, по който създават ползи за потребителите? Кога поведението им може да увреди конкуренцията и потребителите?

### 2.1. Търсене и предлагане

Търсенето се определя от количеството, което купувачите са склонни да купят (промяна в дохода, промяна в цената на взаимозаменяеми и допълващи продукти).

Предлагането се определя от количеството стоки, които една фирма е склонна да продаде на всяка определена цена.

Предлагането зависи от промяна в цената на суровините, промяна в технологиите, промени в околната среда (болест по животните може да засегне производството на месо).

Еластичността на търсене е от изключително значение за конкурентно-правните анализи. Показва как се променя търсенето при промяна на някой от факторите и се нарича собствена еластичност на търсенето. Този параметър се



използва при определянето на съответен пазар, чиито особености са предмет на следващата лекция.

Следващият икономически показател, който се използва, е кръстосаната ценова еластичност. Той показва как се променя търсенето на една стока при промяна на цената на друга. Използва се също при определяне на съответен пазар за нуждите на конкурентно правните анализи.

## 2.2. Пазарно равновесие

Пазарното равновесие показва количеството, което се продава и купува на пазара, и цената, на която се извършва. Зависи от взаимодействието между купувачи и продавачи. Точката, в която комбинацията от цена и количество е оптимална за купувачи и продавачи, е пазарно равновесие (при цена 3 лв. за стока се продават 60 единици – оптимален вариант за двете страни в сделката).

Пример за пазарно равновесие:

Ако цената е 4 лв.: На тази цена продавачът може да произведе 100 бутилки. Цената е твърде висока и купувачите ще купят 30 единици – свръх производство; продавачът трябва да свали цената и да намали производството.

Ако цената е 2 лв.: Потребителите ще искат да закупят 90 единици, но са произведени 30 – недостиг на производство; производителят ще увеличи производството и цената.

Цената се връща на изходната позиция от 3 лв. – цената, на която се засичат търсенето и предлагането.

## 2.3. Видове пазарни структури

### 2.3.1. Съвършена конкуренция

- Наличие на много малки продавачи и купувачи
- Хомогенен продукт
- Пазарна прозрачност
- Равен достъп до технологии (всички използват еднаква)
- Свободен достъп до пазара
- Максимизиране на печалбата (всеки продава количество, което максимизира печалбата)

Тази пазарна структура позволява да се произвежда с минимални разходи (продуктивна ефективност) и води до разпределителна ефективност (ресурсите са така разпределени, че да се произведе максимален микс от стоки, които най-добре задоволяват потребителите).



## 2.3.2. Монопол

Пазарна структура с един доставчик, който може да променя произведеното количество и да влияе на цената.

Резултат: цените са по-високи, произведеното количество - по-ниско, налична е вреда за потребителите.

## 2.3.3. Естествен монопол

В някои индустрии ефективност може да бъде постигната само ако един доставчик снабдява целия пазар, отколкото ако има по-голям брой фирми (Katz and Rosen, 1998). На такива пазари икономии се постигат, когато се реализират икономии от мащаба. Икономии от мащаба се постигат, когато средните разходи намаляват с увеличаване на производството (при наличие на много големи инвестиции, като дистрибуция на газ, електричество и вода, по-ефективно е да има само една мрежа от тръбопроводи/стълбове). В такива сектори е оправдано да оперира само един участник.

В тези сектори се налага регулация, за да се попречи на монополиста да влияе на цените.

Монополът може съществува само при липса на бариери за навлизане на нови участници. Пример: Ксерокс е бил монополист в продължение на много години, но липсата на бариери води до навлизане на нови участници и загуба на пазарната му позиция. Днес Ксерокс отдавна не е доминиращ производител на копирна техника, но и до днес търговската му марка е синоним за копирна машина („Извинете, имате ли ксерокс?“) – наследство от времето, когато е бил монополист.

## 2.3.4. Оспорим монопол

На някои пазари монополистът знае, че ако вдигне цените, ще привлече незабавно нови участници, поблазнени от високите нива на печалба. Това е така, защото на тези пазари няма бариери за навлизане. Тази заплахата е достатъчна, за да дисциплинира монополиста.

Ако разходите за навлизане не са високи или могат да се възстановят – навлизането е сигурно.

На тези пазари няма нужда от интервенция.

## 2.3.5. Несъвършена конкуренция и Олигопол

Повечето от пазарите, на които е необходима интервенция, попадат между описаните пазарни структури.

Наличие на повече от един доставчик не е достатъчно, за да се създадат условия за съвършена конкуренция.

Има определена степен конкуренция, но и възможност да се оказва влияние на цената, т.е. има определена степен на пазарна сила.



Пазари, в които конкурентите имат пазарна сила, са олигополни пазари.

Съществуват два вида олигополистична конкуренция – Бернад и Курно (продуктът винаги е хомогенен):

#### 1) Олигополистична конкуренция Курно

Участниците се конкурират на базата на количеството продукция. Всеки се съобразява с количеството, произведено от конкурента, на базата на предположение. От произведеното количество зависи цената.

Резултат: обемът продукция е по-нисък от конкурентен пазар, но по-висок от монополния.

Потенциален риск за конкуренцията е, че участниците на пазара могат да се съгласуват кой колко да произведе и да пресъздадат ефект на монопол.

#### 2) Олигополистична конкуренция Берtrand

Участниците се конкурират на базата на цената. Тъй като продуктът е хомогенен, ако единият участник свали цената, всички потребители ще купуват от него. Всеки от участниците се стреми да привлече клиентите с намаляване на цената, поради което всеки сваля цената и постигат равновесие в точка, която отговаря на конкурентен пазар. Поради тази причина на такива пазари няма нужда от намеса въпреки олигополната структура.

### 2.3.6. Монополистична конкуренция

Пазари с монополистична конкуренция се характеризират с малък брой конкуренти, които произвеждат силно диференцирани продукти (различен дизайн и характеристика). Поради това, че са диференцирани, продуктите задоволяват широк кръг потребители. Пример за това е производството на леки автомобили и електроника. Съществуват различни модификации, екстри, цветове - с цел да се задоволят критериите на потребителите. Това, че продуктът е специфичен, предполага определена степен на пазарна сила на предприятието, което го произвежда.

Повишаването на цената обаче на даден продукт ще доведе до пренасочване на потребителското търсене към взаимозаменяем продукт. Пример: ако цената на Рено дизел се покачи, потребителят може да се пренасочи към Пежо дизел. Характерно за тези пазарни структури е, че няма бариери за навлизане, което от своя страна предопределя невъзможност за упражняване на пазарна сила.

## 3. Определяне на съответен пазар

Определянето на съответния пазар е главният инструмент, чрез който се установяват и определят границите на конкуренцията между предприятията, с



цел да се идентифицира по систематичен начин конкурентната среда, в която те работят. Определянето на съответния пазар е основата за изчисляване на пазарните дялове при оценка на монополно и господстващо положение и анализа на споразумения, решения, съгласувани практики. Важността от правилното определяне на съответния пазар е съществена, тъй като “пазарната сила често се свързва с пазарния дял, който зависи от определянето на пазара, поради което определянето на пазара фактически предопределя изхода на делото” (Kodak v. ITS 54 US 451, 1992).

С Решение 393/2009, КЗК приема Методка за извършване на проучване и определяне на пазарното положение на предприятията на съответния пазар във връзка с прилагането на разпоредбите на Закона за защита на конкуренцията (обн., ДВ, бр.102 от 28 ноември 2008 г.) по отношение на:

- споразумения, решения и съгласувани практики - чл. 15 от ЗЗК и чл. 101 от ДФЕС;
- монополно и господстващо положение на пазара - чл. 21 от ЗЗК и чл. 102 от ДФЕС;
- концентрация между предприятия - чл. 22 от ЗЗК;
- други действия, които могат да доведат до предотвратяване, ограничаване или нарушаване на конкуренцията.

Главната цел при определянето на съответния пазар е да се установи дали потребителят има действително алтернативен избор по отношение на конкретния продукт в определена географска територия. Продуктовият пазар включва всички стоки и услуги, които могат да се приемат от потребителите като взаимозаменяеми или заместими по отношение на техните характеристики, цени и предназначение. Това са стоки, между които съществува висока степен на взаимозаменяемост, която е достатъчна, за да бъдат квалифицирани стоките като конкурентни на един общ пазар (висока кръстосана ценова еластичност при търсенето).

Ако се установят взаимозаменяеми стоки, техните доставчици трябва да се включат като участници на съответния пазар. Добавянето на други участници променя пазарното положение на „разследваното“ предприятие.

Широко използван в европейската практика е Тестът на хипотетичния монополист (SSNIP), който се използва, за да се определи дали купувачът - в резултат на повишаване на цената, ще замени (или е готов да замени) анализирания продукт с други продукти.

След като се определи продуктовия пазар е необходимо да се определи и неговото географско измерение. Географският пазар включва определена територия, в която се предлагат съответните взаимозаменяеми стоки или услуги и в която конкурентните условия са еднакви и се различават от тези в съседните райони.

### 3.1. Конкурентни условия



След определянето на съответен продукт и географски пазар се пристъпва към определяне на конкурентните условия на този пазар. Това включва анализ на взаимозаменяемост при търсенето, взаимозаменяемост при предлагането, потенциална конкуренция и бариери за навлизане.

- **Взаимозаменяемост при търсенето**

От икономическа гледна точка при определяне на съответния пазар взаимозаменяемостта на търсенето е най-ефективната и незабавно действаща дисциплинираща сила върху поведението на предложителите на даден продукт и по-специално по отношение на решенията им относно цените. Взаимозаменяемостта при търсенето зависи от еластичността на търсене на продукта, което беше въведено като понятие по-рано.

- **Взаимозаменяемост при предлагането**

Заместването при предлагането е налице, когато предприятията (доставчици, производители, търговци) са в състояние в краткосрочен план, без значителни допълнителни разходи, да започнат предлагане на проучвания продукт в отговор на малкото и постоянно увеличение на цената му.

- **Потенциална конкуренция**

Дадено предприятие се счита за потенциален конкурент, ако са налице доказателства, че то може без особени усилия да направи необходимите допълнителни инвестиции или други разходи с цел пренасочване на производството за навлизане на съответния пазар, при малко и трайно увеличение на относителната цена.

Навлизането на нови конкуренти на съответния пазар е по-вероятно, когато в анализираната икономическа дейност няма значителни бариери за навлизане и са налице:

- висока норма на печалбата;
- незадоволено търсене (недостатъчно предлагане);
- потенциал за бъдещ растеж;
- отсъствие на интензивна конкуренция;
- възможност за спечелване на конкурентно предимство пред действащите предприятия.

- **Бариери за навлизане**

- структурни - първоначални разходи, икономия от мащаба, транспортни разходи, продуктова диференциация, иновационни възможности, ниво на търсене и предлагане;
- стратегически - в резултат от действията на вече настанените на пазара предприятия;



- правно-административни - наличие на регулаторни режими, напр. лицензиране, разрешения; регулиране на цените; субсидии и дотации; изисквания за сертифициране и технически стандарти; квоти, тарифни и нетарифни бариери пред търговията; ограничения, произтичащи от кредитната, данъчната и ценовата политика на държавата; ограничения за ползването на определени енергийни и суровинни ресурси.

## 3.2. Пазарно положение на участниците на съответния пазар

Определянето на пазарното положение започва с изчисляване на пазарните дялове. ЗЗК не поставя праг на пазарния дял, над който да се счита автоматично, че дадено предприятие има господстващо положение на съответния пазар. Опитът показва, че ако пазарният дял на едно предприятие е под 40 % от съответния пазар, малко вероятно е същото да е с господстващо положение. В някои особени случаи е възможно обаче, дори и под този праг, конкурентите да не са в състояние да оказат натиск върху поведението на господстващото предприятие (British Airways 47.7% - 1990 до 39.7%)

### 3.2.1. Господстващо положение

Определя се като положение на икономическа мощ, с което се ползва дадено предприятие, което му позволява да препятства поддържането на действителната конкуренция на съответния пазар, като му дава възможност да се държи до голяма степен независимо от своите конкуренти, клиенти и потребители. Тази дефиниция е взимствана от Европейския съд от делото Hoffmann La Roche (Case 85/76 1979/ECR 461, para 91) и преповторена многократно след това в съдебната практика. Насоките на ЕК, както и водещи учебници по икономика на конкурентното право дават същото определение (Carlton and Perloff, Modern Industrial).

Друго определение е дадено от Post-Chicago School - възможността на предприятието да оказва влияние на цената и да я повиши едностранно над конкурентните нива успешно.

Друго възможно определение е свързано с възможност на предприятието да отстранява конкуренти, което му дава възможност да оказва влияние на цената и да я повиши едностранно над конкурентните нива успешно.

Господстващо положение също така е задължителен елемент от състава на забраната за злоупотреба с господстващо положение по чл. 21 от ЗЗК и чл. 102 ДФЕС.

Възможно е прилагане на различни прагове в зависимост от предполагаемото нарушение (Sullivan and Grimes, The Law of Antitrust: An Integrate Hand book, 2000).



## 3.2.2. Господстващо положение при прилагане на чл. 21 ЗЗК и чл. 102 ДФЕС

Първо условие за прилагане на чл. 21 ЗЗК и чл. 102 ДФЕС е установяването на господстващо положение (определяне на съответен пазар - пазарният дял може да се определи само след като имаме дефиниран съответен пазар).

### Пример

- В *United Brands (1978)* Съдът определя съответния пазар като пазар на дистрибуция на банани. На този пазар дружеството е господстващо поради това, че притежава плантации, корабна флота за транспортирането им, R&D, насочени към предпазване от болести и повишаване на производителността. Ако пазарът беше определен като пазар на дистрибуция на пресни плодове, дружеството щеше да е с незначителен пазарен дял. Съдът отхвърля доказателствата, че на пазара на банани има ефективна конкуренция.
- Извод: Доказването на господстващо положение решава изхода на делото.

### Пример от практиката на КЗК – Летище София

- Решение на КЗК № 740/05.06.2014 г. - „Суиспорт България“ АД, гр. София, за установяване на извършено нарушение по чл. 21 от ЗЗК и по чл. 102 ДФЕС от страна на „Летище София“ ЕАД, гр. София, във връзка с ценовата му политика като оператор по наземнообслужване.
- С Решение № 12819/30.11.2015 г., ВАС, 3-членен състав, отменя Решението, с което КЗК установява, че не е извършено нарушение и връща преписката на КЗК за постановяване на ново решение, при съобразяване с мотивите на съдебния акт.
- С Решение № 3304/23.03.2016 г., постановено по адм. дело №1906/2016 г., 5-членен състав на ВАС оставя в сила горепосоченото решение на 3-чления състав.
- ВАС приема, че КЗК правилно е определила съответния пазар - пазарът на услуги по наземно обслужване. Съдът приема за неправилен правния извод на КЗК, че „Летище София“ ЕАД не е предприятие с господстващо положение на пазара. Наличието на господстващо положение съдът е обосновал със следните фактори, които е приел за установени:
  - Съвместяване на функциите, които има „Летище София“ ЕАД на летищен оператор, на летищна администрация и оператор по наземно обслужване на територията на Летище София, му осигурява естествен монопол на пазара на услугите по администриране, управление и експлоатация на Летище София и по този начин му позволява да влияе



на вертикално свързаните пазари, какъвто е пазарът по наземно обслужване.

- Високия пазарен дял – над 50% като разликата със следващия участник е значителна, което го квалифицира като водещ участник.
- Възможност за достъп до допълнителни финансови ресурси, които му предоставят предимство пред останалите наземни оператори.
- Наличието на бариери за навлизане на нови участници – инвестиции, лиценз.
- Съдът заключава, че тъй като Комисията, приемайки че не е налице господстващо положение на „Летище София“ ЕАД на съответния пазар, не е разгледала по същество поведението на дружеството.
- С Решение 528/16.05.2017 г. КЗК отново постановява, че няма злоупотреба поради липса на господстващо положение от страна на Летище София.
- Тема за дискусия: При спор за наличие на господстващо положение, следва ли да се разгледа поведението по същество?

### 3.2.3. Установяване на господстващо положение

- Директни методи - Lerner index  

$$M = (\text{цена} - \text{пределни разходи}) / \text{цена} = -1 / \text{еластичност на търсенето} (1)$$
- Косвени методи
  - Пазарен дял - В Hoffmann La Roche Съда казва: "много висок пазарен дял сам по себе си би могъл да е доказателство за наличие на господстващо положение." (пара 41) Това становище е потвърдено и разширено в AKZO (параграф 435), където Съдът на ЕО заявява: "... що се отнася до пазарните дялове, Съдът е постановил [с позоваване на Hoffmann-La Roche], че много големи пазарни дялове сами по себе си, освен при изключителни обстоятелства, свидетелстват за наличието на господстващо положение ... Това е ситуацията и в настоящия случай (пазарен дял от 50%)."
  - Бариери за навлизане и разрастване - в случаите на злоупотреба с господстващо положение, Европейските съдилища оценяват препятствията пред навлизането и разрастване.

Първата група бариери, които следва да се оценят, са абсолютните и стратегически предимства. Те могат да бъдат абсолютни разходни предимства, които Съдът на ЕО и Комисията признават. Наличието на абсолютни предимства на разходите са оценени като бариери за навлизане в различни случаи. Правата на интелектуална собственост, като например патентите, се считат за бариера за влизане в многобройни случаи, включително United Brands, Hugin, Hilti и Tetra Pak II.



Стратегическите предимства се свързват с икономии от мащаба, продуктова диференциация, реклама, първоначален капитал, иновации, патенти, сила на купувача, антиконкурентни практики - изключване на конкуренти.

#### *Пример от съдебната практика*

В сливането на *Nestlé/Perrier*, Комисията посочва високото ниво на познаване на марката в индустрията за минерални води, което се дължи на интензивните рекламни кампании и необходимостта от нов участник да направи същото, за да привлече и задържи клиенти. Трите големи фирми на пазара (предприятията, които ще бъдат обединени след сливането) са направили големи разходи за реклама в продължение на няколко години. Комисията смята, че една нова марка ще изисква дълъг срок и големи инвестиции в реклама и промоция, за да се конкурира на пазара и ще има затруднения при установяването на присъствие поради големия брой вече съществуващи марки, които вече са въведени от първите три фирми.

#### *Пример от съдебната практика*

В *United Brands*, Съдът на Европейските общности установява, че сред пречките пред други конкуренти, които навлизат на пазара, са изключително големите капиталови инвестиции, които се изискват.

В *Hoffmann-La Roche* е направена подобна констатация.

В *Continental Can* Комисията определи достъпа до международните капиталови пазари като важен фактор при определяне на вероятността за навлизане.

### **3.2.4. Колективно господстващо положение**

Чл. 21 забранява поведението на предприятия с монополно или господстващо положение, както и на две или повече предприятия със съвместно господстващо положение, което може да предотврати, ограничи или наруши конкуренцията и да засегне интересите на потребителите.

Стандартният подход към оценката на колективното господство изисква разглеждането на съответния пазар, пазарните дялове, бариерите за навлизане на пазара. Към това добавяме улесняващите фактори, които се разглеждат като основа за мълчаливи тайни споразумения.

### **3.2.5. Наличие на господстващо положение**

Господстващото положение не е забранено само по себе си.

Съгласно чл. 21 ЗЗК, забранено е поведението на предприятия с монополно или господстващо положение, както и на две или повече предприятия със



съвместно господстващо положение, което може да предотврати, ограничи или наруши конкуренцията и да засегне интересите на потребителите, като:

1. пряко или косвено налагане на цени за покупка или продажба или други нелоялни търговски условия;
2. ограничаване на производството, търговията и техническото развитие във вреда на потребителите;
3. прилагане на различни условия за един и същ вид договори по отношение на определени партньори, при което те се поставят в неравноправно положение като конкуренти;
4. поставяне на условията на договори в зависимост от поемането от другата страна на допълнителни задължения или сключване на допълнителни договори, които по своя характер или съгласно обичайната търговска практика не са свързани с предмета на основния договор или с неговото изпълнение;
5. необоснован отказ да се достави стока или да се предостави услуга на реален.

### **3.2.6. Последствия от наличието на господстващо положение**

- Експлоатативна злоупотреба – пряко уврежда потребителите.
- Структурни злоупотреби – потребителите са увредени непряко, чрез увреждане на конкуренцията. Отстраняването на конкуренти уврежда структурата на конкуренцията, което дава възможност на господстващото предприятие на влияе на нивата на продукцията, цени, иновации във вреда на потребителите в дългосрочен план.
- Основен въпрос: Възможно ли е поведението на господстващото предприятие да увреди конкуренцията?



## Икономически анализ на хоризонталните ограничения

Мирослава Маринова

*"Хората от една и професия рядко се срещат заедно, дори за веселие, но разговорът завършва с конспирация срещу обществеността или в някакво предложение за повишаване на цените..." Адам Смит.*

### 1. Същност, причини и предпоставки за формирането на забранено споразумение/съгласувана практика

Прието е, че фирмите, опериращи на даден пазар, са наясно, че могат да повишат приходите си в зависимост от поведението на техните конкуренти. Също така са наясно, че ако успеят да съгласуват пазарните си стратегии с тези на конкурентите си, ще успеят да постигнат фиксиране на по-висока от конкурентната цена (ще я наричаме картелна цена) и съответно - да реализират печалби, които не са възможни в конкурентни условия. Следователно, причините за формиране на забранено споразумение е извличане на печалба, близка до монополната чрез неутрализиране на конкуренцията.

#### 1.1. Правна рамка

- Чл. 15 ЗЗК въвежда обща забрана за антиконкурентни споразумения.
- Чл. 16 ЗЗК предвижда, че забраната не се прилага за споразумения с незначителен ефект.
- Чл. 17 ЗЗК предвижда възможност за освобождаване от забраната, ако са изпълнени 4-те условия.

#### 1.2. Разлика между 'цел' и 'резултат'

Нарушението по 'цел' възниква, когато действието на предприятията по своята същност целят увреждане конкуренцията, като фиксиране на цени, ограничаване на вноса и износа или разпределяне на пазари. Съдът на ЕС е постановил, че целта и ефектът са две различни категории нарушения по член 101. Следователно, ако има нарушение по цел, не е необходимо да се разглеждат ефектите на пазара. Ако поведението няма за цел увреждане на



конкуренцията е необходимо да се извърши икономически анализ, който да установи негативен ефект върху конкуренцията.

Споразумения, които ограничават конкуренцията по цел, се наричат твърди ограничения на конкуренцията. Ако едно споразумение не ограничава конкуренцията по своята цел, трябва да се направи проучване дали то има за резултат ограничаване на конкуренцията. В тези случаи трябва да се вземат предвид както реалните, така и потенциалните ефекти - споразумението трябва да има вероятни антиконкурентни ефекти. При ограниченията на конкуренцията по резултат не съществува презумпция за антиконкурентни ефекти.

Забранените споразумения могат да бъдат изрични, често формализирани под формата на споразумение, или при липса на изрично споразумение, под формата на съгласувана практика или имплицитно (мълчаливо съглашение). Макар че има огромна разлика в правния подход към картелите и мълчаливото тайно споразумение, основните икономически подходи са доста сходни.

### 1.3. Разлика между картел и съгласувана практика

И при двата вида поведение, нарушението може да е 'по цел'. При картела има изрично споразумение или комуникация.

Първият случай на съгласувана практика, разгледан от Съда на ЕС, е Case 48/49, ICI v. Comm, 1972 E.C.R. 621, 655. Производителите на багрила в Европа извършват три отделни и идентични увеличения на цените в различни държави. Няма установено споразумение да се повишат цените, така че анализът е извършен съгласно теорията на съгласуваните практики.

Генералният адвокат Maugras представя становище, в което заявява, че за да се установи съгласувана практика по цел, трябва да се разгледат действителните пазарни ефекти. Ето защо, за разлика от картелите, анализът на съгласувани практики изисква проучване на ефекта върху конкуренцията на пазара. Установено е, че повишаването на цените в различни географски области на общия пазар е паралелно поведение, което не може да бъде обяснено с пазарната структура.

### 1.4. Разлика между тайно и явно споразумение

"Картел" е споразумение и/или съгласувана практика между две или повече предприятия - конкуренти на съответния пазар, насочени към ограничаване на конкуренцията чрез определяне на цени или ценови условия за покупка или продажба, разпределяне на квоти за производство или продажби или разпределяне на пазари, включително при манипулиране на публични търгове или конкурси, или процедури за възлагане на обществени поръчки (ДР 33К & 1 (5)). Това определение е валидно както за явно, така и за тайно споразумение.



Явно споразумение възниква, когато компаниите се споразумеят за условията на споразумението, като например нивото на цените или пазарните дялове, или дори категорията на клиента или географската област, която ще служи. Комуникацията може да бъде повече или по-малко формализирана: тя може да включва само неформална устна комуникация.

## 1.5. Роля на икономическите анализи в прилагането на чл. 101 ДФЕС

ЕК включва икономическия подход при прилагането на чл. 101 чрез приемане на Насоките за прилагане на чл. 101, ал. 3. Комисията предвижда, че “за да бъде дадено споразумение ограничително, то трябва да засегне действителната или потенциалната конкуренция до такава степен, че на съответния пазар могат да се очакват негативни ефекти върху цените, продукцията, иновациите или разнообразието или качеството на стоките и услугите в рамките на разумна степен на вероятност”. ЕК уточнява, че “целта на чл. 81 (понастоящем чл. 101) е да се защити конкуренцията на пазара като средство за подобряване на благосъстоянието на потребителите и за осигуряване на ефективно разпределение на ресурсите”, което изисква потребителите да получат справедлив дял от ползите от всяко споразумение.

В този смисъл Насоките за прилагане на чл. 101, ал. 3 ясно обясняват разбирането на Комисията за вредите за конкуренцията съгласно чл. 101, ал. 1, който се съсредоточава върху вредното въздействие върху пазара, което може да намали благосъстоянието на потребителите.

## 1.6. Икономически анализ чл. 101, ал. 3

За да се определи дали потребителите получават справедлив дял, е необходим двуфазен анализ. Първата фаза трябва да прецени дали дадено споразумение между предприятията има антиконкурентен предмет или действителни или потенциални антиконкурентни ефекти. Когато се установи, че споразумението е рестриктивно, втората стъпка е да се определят ползите за конкуренцията, произтичащи от това споразумение, и да се балансира дали тези проконкурентни ефекти надвишават антиконкурентните ефекти.

Анализът на втората стъпка изисква оценка на четири кумулативни условия за прилагане на правилото за изключения по чл. 101, ал. 3, две положителни и две отрицателни:

- 1) споразумението трябва да допринесе за подобряване на производството или разпространението на стоки или да допринесе за насърчаване на техническия или икономическия прогрес;
- 2) потребителите трябва да получат справедлив дял от получените ползи;
- 3) ограниченията трябва да са абсолютно необходими за постигането на тези цели; и



- 4) споразумението не трябва да позволява на страните да премахнат конкуренцията по отношение на съществена част от въпросните продукти.

Тъй като условията са кумулативни, ако е установена възможност за премахване на конкуренцията на значителна част от пазара, няма нужда от оценка на останалите условия. По този начин неспособността на господстващото дружество да получи освобождаване е свързана с въпроса за господството.

Пример: Значението на условието “неелиминиране на конкуренцията” върху ефективността на конкуренцията е изразено в делото *Atlantic Container Line*. Ако господстващото дружество е в състояние да отстрани конкурентите и като такова да навреди на ефективната конкуренция, то не може да изпълни четирите условия за освобождаване по чл. 101, ал. 3, поради което индивидуалното освобождаване не е възможно дори ако споразумението е благоприятно за благосъстоянието.

## 2. Конкурентно-правна доктрина – забранени споразумения, съгласувани практики/решения на сдружения на предприятия

Икономическата теория показва, че някои обстоятелства могат да доведат до мълчаливо съглашение дори и без комуникация между участващите компании. Условията, които са необходими, за да възникнат и да бъдат устойчиви (например, повтарящи се пазарни взаимодействия, възможността за отмъщение и т.н.), са общи при картелите и при тайно съгласуване.

Съществуват обаче важни различия между мълчаливо тайно споразумение и картели. На теория, ако фирмите в даден сектор се конкурират основно с цени, поради хомогенност на продукта (конкуренция на “Бертранд”), цените би следвало да се изравнят с пределните разходи и икономическата печалба да бъде равна на нула. В този случай, всяка цена, която е на конкурентните нива, може да бъде интерпретирана като следствие на някаква форма на споразумение между операторите. Не във всеки сектор, в който операторите имат печалба, причината е колизия между участниците.

### 2.1. Фактори, които правят възможно формирането и функционирането на картел

- (1) Формиране на споразумението
- (2) Наблюдение за изпълнението на споразумението и
- (3) Установяване и санкциониране на отклонения от общата ценова стратегия.

Липсата на едно от тези условия прави функционирането на картела невъзможно. За установяването на тези условия е необходимо да се направи



анализ на фактори, които правят възможно формирането и стабилното функциониране на картел (икономически анализ).

Установяването на пазарна структура, която е склонна към формиране на съгласувано поведение, може да се приеме като непряко доказателство за наличието на такова. Елементите от икономическият анализ са следните:

1. Пазарна концентрация - когато фирмите са много, координирането на картела става по-трудно и наблюдението на отклонения се, респективно налагането на „наказание”, прави стабилността на картела трудна за поддържане.
2. Пазарни дялове - забрането споразумение се формира с цел извличане на допълнителна печалба и запазване или увеличаване на пазарните дялове на участниците. Ако се установи динамика на пазарните дялове, в смисъл на преразпределение на дял от по-големите към по-малките участници, е показател за ефективна конкуренция.
3. Бариери за навлизане - за да бъде устойчиво едно споразумение е необходимо да съществуват някои бариери за навлизане. Ако не съществуват бариери за навлизане, съществуването на картела е немислимо, тъй като високите икономически печалби в резултат на картела ще привлекат навлизане в индустрията на нови участници, което неминуемо ще доведе до подкопаване на фиксираната картелна цена.

Пример: Витаминният картел в САЩ, където привлечени от високите цени на Витамин С китайски производители започват внос и фактически прекратяват контрола на цените от картела.

4. Чести взаимодействия между фирмите в сектора

Честите взаимодействия между фирмите в даден сектор увеличават устойчивостта на дадено забранено споразумение, защото по този начин става възможно да се установи дали някой от участниците в картела се отклонява от споразумението и съответно се наказва навреме.

5. Пазарна прозрачност

Тайното споразумение не е вероятно да бъде устойчиво, когато цените не са напълно забележим, т.е. когато пазарите не са напълно прозрачни. При непрозрачен пазар е намалена възможността да се идентифицира компанията, която се отклонява от картела и следователно поведението и да бъде дисциплинирано (наказание).

Важно е да се отбележи, че това, което наистина има значение, е прозрачността на цените към доставчици, а не на потребителите.

6. Динамика на търсенето

Динамиката на търсенето има значително влияние върху възможността за формиране и стабилност на забраненото споразумение. В случай, че търсенето се характеризира с идентични поръчки с постоянен характер, голяма неочаквана поръчка може да наруши стабилността на картела,



тъй като всяка от фирмите ще е склонна да се облагодетелства от получаване на неочаквани и високи продажби (печалби), вместо получаването на по-ниско ниво печалба (гарантирана от картела) в дългосрочен план.

7. Други (иновативни пазари, пазари с мрежови ефект, взаимодействие с други пазари)

Пазари, които се характеризират с високо иновативно и технологично ниво, не са склонни към формиране на забранени споразумения, тъй като фирмата, която първа пусне на пазара иновативен продукт, получава значителни предимства спрямо своите конкуренти, респективно приходи.

При пазари, които се характеризират с мрежови ефекти, конкуренцията обикновено приема формата на “победителят прибира всичко”, тъй като целта е да остане само един доставчик на пазара, който ще получи монополната печалба.

8. Институционални връзки между предприятията в сектора

Наличието на свързаност, като кръстосана собственост, могат да улеснят тайните споразумения. Свързаност под формата на кръстосано лицензиране може да служи за улесняване на устойчивостта на споразуменията.

9. Асиметрия в разходите

Наличие на асиметрия в разходите на предприятията в даден сектор би могло да възпрепятства формирането на тайни споразумения. Причините са много: на първо място, нискобюджетни дружества биха искали да имат по-ниски цени, отколкото тези с високи такива. Това обстоятелство може да създаде проблеми в координиране на желаната цена, въпреки че това е вероятно да бъде по-голям проблем в случай на тайно споразумение, отколкото в случай на картел. На второ място, фирмите, които произвеждат с по-ниска себестойност генерират по-голям дял от продукцията от тези, които са по-неефективни (т.е. с висока себестойност). В този случай, формирането на картел изисква да се договорят пазарните дялове, както и схемите за обезщетение в рамките на картела, което го прави много труден за поддържане.

10. Структура на разходите в сектора

В индустрии, които се характеризират с ниски фиксирани разходи като съотношение спрямо общите разходи или имат нееластична крива на пределните разходи, е по-вероятно тайно споразумение да бъде поддържано.

Нека разгледаме случая на сектор, който се характеризира с нееластични пределните разходи: увеличаването на обема продукция (т.е. намаляване на цените) ще доведе до рязко нарастване на пределните разходи, което от своя страна ще намали ползата от отклоняване от картела. По този начин фирмите няма да имат полза да



се отклоняват от съгласуваната практика, което гарантира стабилността ѝ.

## 11. Асиметрия в капацитета на предприятията в сектора

Наличието на асиметрия в капацитета на предприятията в даден сектор намаляване значително възможностите за създаване и устойчивост на тайно споразумение по същите причини, поради които асиметрията в разходите, обяснена по-горе.

## 12. Продуктова диференциация

С цел да се анализират ефектите на диференциация на продуктите върху вероятността от тайно споразумение, трябва да се направи разлика между хоризонтална и вертикална диференциация. С вертикална диференциация, фирмите предлагат стоки, които потребителите оценяват еднакво, поради което формирането на картел е по-трудно. Когато продуктите са хоризонтално диференцирани, фирмите ще имат по-малка склонност да се отклоняват от споразумението, защото, дори и да намалят цената, ще бъде относително по-трудно да се „открадне“ клиент от конкурентите.

## 13. Еластичност на търсенето

В секторите, които се характеризират с еластичност на търсенето, картелите са по-малко вероятно да бъдат източник на безпокойство поради две причини.

Първата от тях е, че дори и при наличието на картел, съгласуваната цена няма да е твърде различна от конкурентната цена.

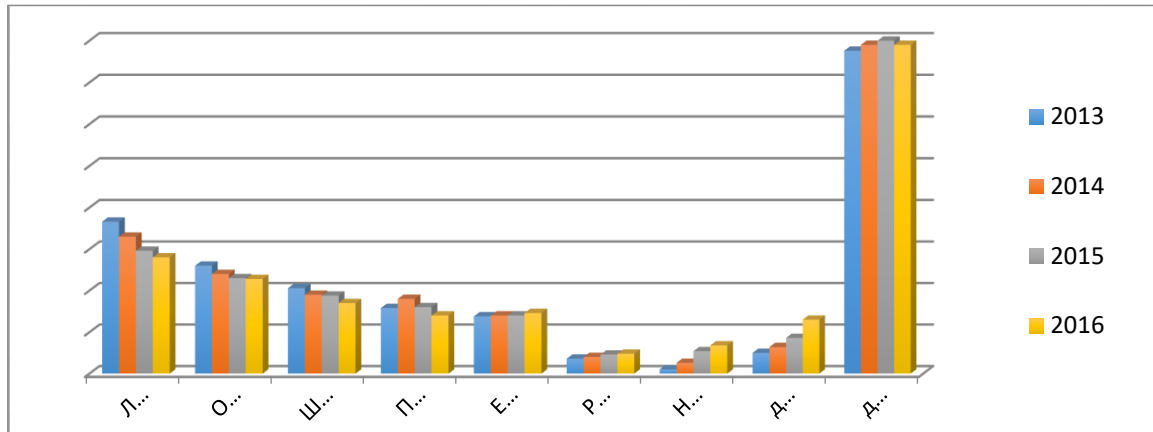
На второ място, докато членовете на картела трябва да понася значителни транзакционни разходи за изграждане и администриране на картела, висока еластичност на търсенето на пазара може да направи създаването на картела непечелившо за страните, тъй като ползите за да си член (по-високи печалби) не биха били достатъчни, за да компенсират разходите.

## 14. Сила на купувача

Наличието на значителна сила на купувача в даден сектор затруднява формирането и поддържането на съгласувана практика. Това е така, защото наличието на голям купувач може да затрудни налагането на цени, които да се отклоняват значително от пределните разходи. Купувач, който притежава значителна сила, може да се опита да използва правото си на договаряне, за да стимулира конкуренцията между продавачите, за да получи по-изгодни условия. Освен това, голям купувач може да реши да централизира своите поръчки към един доставчик и по този начин да ограничи постоянния поток от поръчки към останалите доставчици. Това само по себе си може да попречи на формирането на тайни споразумения.

Пример – източник: графика от Решение на КЗК





## Анализ на пазарната структура:

- Пазарните дялове не се запазват в константни стойности, а се характеризират с изключителна динамика.
- Преминаване на пазарен дял от по-големите пазарни участници към по-малките.
- Навлизане на нови участници, които увеличават пазарния си дял за сметка на водещите участници.
- При съгласувана практика, пазарните дялове са константни във времето, тъй като участниците са се споразумяли да фиксират цената или да си разпределят пазари териториално, с цел елиминиране на конкуренцията. Барьерите са задължителен елемент.
- Константните пазарни дялове показват, че всички участници в картела спазват договорената стратегия, съответно наличието на разместване на пазарния дял на някой от участниците показва, че се е отклонил, като е намалил договорената цена, в резултат на което е увеличил продажбите си, респективно пазарния си дял.
- Отклоненият се от споразумението следва да бъде наказан, за да се гарантира стабилността на картела.

## 2.2. Оценка на доказателствата - преки/косвени

- Преки - телефонни разговори, писма, електронна поща, протоколи от заседания и т. н.
- Косвени – икономически анализ.

Вероятно молителят/органът по конкуренция ще бъде изправен пред непреодолими проблеми в съдилищата, ако това е единственото доказателство, тъй като може да има различни причини, които биха могли да обяснят защо цените на група фирми се движат заедно.



Очевидна възможност за ведомствата е да намерят “преки” доказателства за тайни споразумения. Предвидената в закона възможност за претърсване на помещенията на компаниите, принадлежащи на предполагаем картел, често позволява да се намерят важни доказателства за тайни споразумения. **Но те трябва да имат разумни основания да подозират картел, преди да използват своите правомощия за претърсване** (икономически анализ, предполагащ пазарна структура, която може да създаде условия за възникване и функциониране на картел).

## **“Програми за освобождаване от глоби или намаляване на техния размер“**

Възможност на органите по конкуренция да се опитат да се намерят преки доказателства е използването на т.нар. „Програми за освобождаване от глоби или намаляване на техния размер“. Програма за освобождаване от глоби или намаляване на техния размер е споразумение между органа по конкуренция и някои от членовете на предполагаем картел за предоставяне на частичен или пълен имунитет на последния, при условие че сътрудничат с него, например предоставяйки допълнителни доказателства за картела.

Първата програма е въведена от Министерството на правосъдието на САЩ през 1978 г. без успех и реформирана след това през 1993 г. В Европа програма е въведена през 1996 г. и реформира през 2002 г.

На основание чл. 101, ал. 5 във връзка с чл. 8, т. 14 от Закона за защита на конкуренцията, КЗК приема с Решение 274/08.03.2011 г. Програма за освобождаване от санкция/намаляване на санкции в случай на участие на предприятие в таен картел - до момента неуспешна.



# Значение на решението на националния орган по конкуренцията в производството по колективни ИСКОВЕ

адв. Иван Георгиев

## 1. Въведение

Колективен иск може да бъде предявен от името на лица, увредени от едно нарушение, когато според характера на нарушението техният кръг не може да бъде определен точно, но е определяем.

Лица, които претендират да са увредени от нарушение, или организация за защита на увредените лица или за защита срещу такива нарушения, могат да предявят от името на всички увредени иск срещу нарушителя за установяване на увреждащото действие или бездействие, неговата противоправност и вината.

Лица, които претендират колективният им интерес да е увреден или застрашен от нарушение, или организация за защита на увредените лица, на увредения колективен интерес или за защита срещу такива нарушения могат да предявят от името на всички увредени иск срещу нарушителя за преустановяване на нарушението, за поправяне на последиците от нарушението на увредения колективен интерес или за обезщетение на вредите, причинени на този интерес.

## 2. Искове за вреди от нарушаване правото на конкуренцията

Конкуренцията е основен принцип на националното търговско право на много държави. Немислимо е съществуването на пазарно стопанство без конкуренция<sup>1</sup>. Тя е водещ пазарен принцип и в Европейския съюз. В настоящия момент, задачата на Общността в сферата на икономиката, е да се осигурят отворени пазари и неограничена конкуренция<sup>2</sup>. Намесата на държавата в

<sup>1</sup> Вж. **Таджер, В.** „Комисия за защита на конкуренцията, 1991-1992“. – „Съвременно право“, 1993, № 5, с. 108, в същия смисъл и **Цветанов, Ив.** Фактическият състав на забраната за злоупотреба с монополно и господстващо положение в практиката на ВАС през 2006 г. – „Административно правосъдие“, 2007, № 3, с. 32. В този смисъл вж. и **Марков, М.** Относно понятието за конкурентно право. – „Съвременно право“, 1999, № 2, с. 45-46, който отбелязва, че един от белезите на пазарната икономика е свободната стопанска инициатива, която от своя страна се явява основа за ефективната конкуренция.

<sup>2</sup> Изрично в този смисъл **Местмекер, Е.** За легитимността на Европейското право. – „Правна мисъл“, 1995, № 4, с. 105-106.



икономиката не е в разрез с принципа за свободната стопанска инициатива. Свободата за стопанска дейност не е абсолютна, а държавното регулиране е проява на принципа на социалната държава<sup>3</sup>. СЕС също изрично признава свободната конкуренция за един от общите структурни принципи<sup>4</sup>, а едно от условията за присъединяването на Република България към Общността е било именно възприемане на принципите на свободната конкуренция<sup>5</sup>. Още Учредителните договори поставят акцент върху осигуряването на свободна конкуренция. Общностните норми имат огромно значение за осигуряването на максимална свобода на движение и реализация на продукцията<sup>6</sup>. *Договорът за създаване на Европейската общност*<sup>7</sup> още в своя преамбюл прогласява решимостта да се осигурят икономически и социален прогрес на членовете на Общността, като посредством общи действия бъдат премахнати бариерите, които разделят Европа. Обявено е, че премахването на съществуващите пречки „изисква съгласувано действие, за да се гарантира постоянното увеличаване на производството, балансираната търговия и добросъвестната конкуренция...“.

Предявяването на искове за обезщетение вследствие на нарушение на правото на конкуренцията представлява важна област от прилагането от страна на частноправни субекти на правото на ЕС. От прякото действие на забраните, заложи в членове 101 и 102 от *Договора за функционирането на Европейския съюз* (ДФЕС), следва, че всяко лице може да предяви иск за обезщетение във връзка с понесени вреди, когато е налице причинно-следствена връзка между вредата и нарушаването на правилата за конкуренция на ЕС<sup>8</sup>. Страните, понесли вреди, трябва да могат да поискат обезщетение не само за действително понесените загуби (*damnum emergens*), но и за ползите, от които са били лишени (пропуснати ползи или *lucrum cessans*), както и лихви. Обезщетенията за вреди, произтичащи от нарушаване на правилата за конкуренция на ЕС, не могат да бъдат присъдени чрез правоприлагане от страна на публичните органи.

### 3. Правна уредба

Правото на ЕС отдавна познава възможността за претендиране на причинените с нарушаване на конкурентното право вреди. Тази възможност произтича пряко от разпоредбите на чл. 101 и чл. 102 ДФЕС, но така също

<sup>3</sup> Вж. **Таджер, В.** Концентрация на стопанската дейност съгласно Закона за защита на конкуренцията. – „Съвременно право“, 1998, № 5, с. 11, както и **Неновски, Н.** Гражданско общество – държава – право. – „Правна мисъл“, 1996, № 2, с. 23.

<sup>4</sup> **Гюров, И.** Хармонизацията на българското право на конкуренцията с правото на Европейските Общности. – „Съвременно право“, 2000, № 2, с. 41, 55, бележка под линия № 1.

<sup>5</sup> Вж. **Ескенази, И.** Асоциирането на България с ЕО. – „Съвременно право“, 1994, № 1, с. 97-98.

<sup>6</sup> Вж. в този смисъл **Семов, А.** Европа – 12 звезди. С., 2004, с. 101-104.

<sup>7</sup> Подписан в Рим на 25.03.1957 г.

<sup>8</sup> Вж. решение от 20.09.2001 г. по дело *Courage u Crehan* (C-453/1999), Решение от 13.07.2006 г. по съединени дела *Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* (295/2004), *Antonio Cannito/Fondiararia Sai SpA* (296/2004), *Nicolò Tricarico* (297/2004) и *Pasqualina Murgolo* (298/2004)/*Assitalia SpA*, Решение от 14.06.2011 г. по дело *Pfleiderer AG/Bundeskartellamt* (C-360/2009) и Решение от 06.11.2012 г. по дело *Европейска общност/Otis NV и други* (C-199/2011).



отделни процесуалноправни и материалноправни разпоредби се съдържат в Регламент (ЕО) № 1/2003 на Съвета от 16 декември 2002 година относно изпълнението на правилата за конкуренция, предвидени в членове 81 и 82 от Договора (Регламент 1/2003) и в Директива 2014/104/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 ноември 2014 година относно някои правила за уреждане на искове за обезщетение за вреди по националното право за нарушения на разпоредбите на правото на държавите членки и на Европейския съюз в областта на конкуренцията (Директива 2014/2014).

В националното ни законодателство, разпоредби, уреждащи възможността за търсене на вреди, могат да бъдат открити в Гражданския процесуален кодекс<sup>9</sup> (ГПК), както и в Закона за защита на конкуренцията<sup>10</sup> (ЗЗК). Така например, съобразно текста на чл. 365, т. 5 ГПК, „[п]о реда на тази глава окръжният съд разглежда като първа инстанция искове с предмет право или правно отношение, породено или отнасящо се до картелни споразумения, решения и съгласувани практики, концентрация на стопанска дейност, нелоялна конкуренция и злоупотреба с монополно или господстващо положение“. Съобразно чл. 104, ал. 1 ЗЗК, за причинени вреди вследствие на извършени нарушения виновното лице дължи обезщетение. Право на обезщетение имат всички физически и юридически лица, на които са причинени вреди, дори когато нарушението не е било насочено директно срещу тях – чл. 104, ал. 2 ЗЗК.

#### 4. Установяване на нарушението от националния орган по конкуренция

Комисията за защита на конкуренцията е независим специализиран държавен орган на бюджетна издръжка, първостепенен разпоредител с бюджет. Комисията е юридическо лице със седалище София – чл. 3, ал. 1 ЗЗК. Комисията е националният орган на Република България, отговорен за прилагането на Общностното право в областта на конкуренцията – чл. 3, ал. 2 ЗЗК. Съобразно правилото на чл. 8, т. 1 ЗЗК, КЗК „установява нарушения по този закон“.

Именно изведената по-горе компетентност дава основание да се постави въпросът, дали гражданският съд, който е сезиран с иск за обезщетяване на вреди, има компетентността да установи нарушение на правото на конкуренцията.

Разпоредбата на чл. 104, ал. 4 ЗЗК дава частичен отговор на поставения въпрос. Влязлото в сила решение на Върховния административен съд (ВАС), което потвърждава решение на КЗК за установяване на извършено нарушение, има обвързваща сила за гражданския съд относно това, дали решението на комисията е валидно и законосъобразно. Обвързваща сила за гражданския съд като валидно и законосъобразно има и решение на комисията, което не е обжалвано или жалбата срещу него е оттеглена. Какво обаче се случва, ако

<sup>9</sup> Обн., ДВ, бр. 59 от 20.07.2007 г. с последващи изменения и допълнения.

<sup>10</sup> Обн., ДВ, бр. 102 от 28.11.2008 г. с последващи изменения и допълнения.



решение на КЗК няма, ако то е отменено, или пък Комисията е констатирала, че няма извършено нарушение?

## 5. Установяване на нарушението от националния съд

Няма спор в практиката, че отговорността на нарушителя на правото на конкуренция е разновидност на отговорността за непозволено увреждане, като фактическият състав следва установяване на следните елементи: деяние (поведение); противоправност; вреда; причинна връзка; вина<sup>11</sup>.

В практиката е разглеждан случай, при който ищец е претендирал вреди в резултат на злоупотреба с господстващо положение от страна на ответника. В изложението на обстоятелствата към предявения иск, ищецът е посочил, че КЗК не се е занимавала с това дали ответникът е нарушил правото на конкуренция, но това обстоятелство ще бъде установено в хода на гражданското производство.

Първоинстанционният съд е прекратил делото, като е приел, че единствено КЗК може да установи съществуването на нарушение и докато този въпрос не бъде изяснен, искът се явява преждевременно предявен<sup>12</sup>. Този съдебен акт е потвърден от въззивната инстанция<sup>13</sup>, а касационното обжалване е допуснато, за да се отговори на следния въпрос:

„Компетентни ли са гражданските съдилища в България да установяват господстващо положение във връзка с предявени по реда на ГПК иски за вреди, претърпени вследствие на извършени нарушения по ЗЗК или нормата на чл. 104 ЗЗК установява изключителна компетентност на КЗК да дава преценка в кои случаи е налице господстващо положение?“<sup>14</sup>.

На така поставения въпрос ВКС отговаря отрицателно: „[ц]елта на ЗЗК е да се да осигури защита и условия за разширяване на конкуренцията и на свободната инициатива в стопанската дейност, като за постигането ѝ законът урежда защита срещу споразумения, решения и съгласувани практики, злоупотреба с монополно и господстващо положение на пазара и всякакви други актове и действия, които могат да доведат до предотвратяване, ограничаване или нарушаване на конкуренцията в страната и/или да засегнат търговията между държавите-членки на Европейския съюз, както и срещу нелоялна конкуренция. [...]

[Н]ационалният орган, отговорен за прилагането на Общностното право в областта на конкуренцията е КЗК, като тя си сътрудничи с Европейската комисия и с другите национални органи по конкуренцията на държавите-членки, като получава и оказва съдействие и обменя информация... [...] [П]остановените от

<sup>11</sup> Вж. *Решение № 171 от 11.02.2013 г. по т. д. № 64/2012 г., II т. отд. на ВКС.*

<sup>12</sup> Вж. *Определение № 1702 от 19.04.2013 г. по гр. д. № 2282/2012 г. на Окръжния съд – Варна.*

<sup>13</sup> Вж. *Определение № 515 от 29.07. 2013 г. по в. ч. т. д. № 423/2013 г. на Апелативния съд – Варна.*

<sup>14</sup> Вж. *Определение № 520 от 28.07.2014 г. по ч. т. д. № 4004/2013 г., II т. отд. на ВКС.*



Комисията решения и определения подлежат на обжалване пред Върховния административен съд. В чл. 104, ал. 1 и ал. 3 ЗЗК е предвидено, че за причинени вреди вследствие на извършени нарушения по този закон, виновното лице дължи обезщетение на увредените физически или юридически лица, исковете за които се предявяват по реда на ГПК, като влязлото в сила решение на Върховния административен съд, което потвърждава решение на Комисията за установяване на извършено нарушение по закона, има обвързваща сила за гражданския съд относно това, дали решението на комисията е валидно и законосъобразно.

От анализа на посочените разпоредби, транспонирани от Общностното право, следва да се приеме, че в съответствие с тях националното ни законодателство е определило КЗК като органа, отговорен за прилагането на членове 81 и чл. 82 ДСЕО [съответно чл. 101 и чл. 102 ДФЕС], и Върховният административен съд, който действа в качеството на инстанция за съдебен контрол по отношение на видовете актове на Комисията.

От това следва, че гражданските съдилища, които разглеждат иски за вреди, претърпени вследствие на извършени нарушения по този закон е обвързан от задължителната сила на решенията на ВАС досежно установяването на нарушението – със съдържанието му, съответстващо на дадената от Комисията квалификация, като на доказване съобразно общите съдопроизводствени правила пред гражданския съд ще подлежи установяването на останалите елементи от фактическия състав на непозволеното увреждане – вредата, причинната връзка между нарушението по ЗЗК и вредата и размер на същата“.

## 6. Критика на даденото разрешение

Даденото от ВКС разрешение би могло да се критикува на няколко основания.

На първо място, както инстанционните съдилища, така и ВКС, са се произнесли по въпрос, който касае доказването в гражданския процес. Тези въпроси обаче не касаят допустимостта на производството, а основателността на предявените иски. След като става въпрос за подлежащ на доказване факт, неговото установяване или липсата на такова, не може да бъде преценено предварително.

На второ място, с дадения от ВКС отговор, се „отваря вратата“ на отговорността на държавата за вреди от действия на държавни органи, тъй като, ако гражданският съд не би могъл да установи нарушение на правото на конкуренцията, това означава, че лицата, които са претърпели вреди, няма да могат да ги претендират, ако решението на КЗК бъде отменено на процесуално основание. В този случай изводът на ВАС няма да бъде, че няма извършено нарушение, а че са допуснати нарушения от процесуално естество.

На трето място, в съответствие с член 16, § 1 Регламент № 1/2003, решенията на Европейската комисия по производства съгласно чл. 101 или чл.



102 ДФЕС имат доказателствен ефект в последващи икове за обезщетение, тъй като националният съд не може да постанови решение в разрез с тези решения на компетентния орган. Съобразно чл. 9 § 1 Директива 2014/2014, държавите-членки гарантират, че всяко нарушение на конкурентното право, установено с окончателно решение на национален орган за защита на конкуренцията или на съд, упражняващ съдебен контрол, се счита за безспорно за целите на иск за обезщетение за вреди, предявен пред техните национални съдилища. съгласно чл. 101 или чл. 102 ДФЕС и националното конкурентно право.

Видно от текстовете на Общностното право, а така също и от тези на националното законодателство (чиято идентичност произтича от транспонирането), решенията на националния орган по конкуренция са задължителни само и единствено, когато се установява нарушение. Това е така, тъй като в последния случай констатирането на нарушението става *erga omnes* и въпросът не може да бъде пререшаван. В тези случаи се явява безпредметно доказването на вече доказано обстоятелство, поради което и установяване на нарушението може да бъде осъществено и само чрез представяне на решението на КЗК или на ВАС, или пък чрез неговото служебно изискване. Разпоредбите както на Регламент 1/2003, така и на Директива 2014/2014, а и на ЗЗК, следва да се тълкуват конкретно. Използваната законодателна техника идва, за да покаже, че само изчерпателно изброените хипотези на решения биха имали доказателствено значение за гражданското производство по обезщетяване на вредите.

На четвърто място, вреди могат да бъдат претендирани дори и когато КЗК не е открила нарушение. В тези случаи особеностите са няколко. Комисията се произнася с решение само при установяването на нарушение, докато при липсата на такова, актът няма обвързващ характер. Освен това, производството пред КЗК е административно и в него участват само изчерпателно посочен брой страни, които могат да обжалват решението на регулаторния орган (чл. 64, ал. 1 ЗЗК). Решението не може да се оспорва от потребители или дружества, което например твърдят причиняването на непреки вреди. В този ред на мисли, дори и КЗК да не установи нарушение, няма пречка това да бъде извършено от гражданския съд, в рамките на производството по доказване на един от елементите на фактическия състав на непозволеното увреждане. Именно поради тази причина чл. 6 Регламент 1/2003, посочва, че националните съдилища разполагат с правомощия да прилагат чл. 101 и чл. 102 ДФЕС.

## 7. Заключение

Целта на настоящия доклад е не толкова да представи в пълнота производството по обезщетение на вреди от нарушаване правото на конкуренция, колкото да постави на обсъждане някои интересни въпроси във връзка с правилата на доказване. Независимо от трудностите при установяване на нарушенията на конкурентното право, не следва да се изключва компетентността на гражданските съдилища, които заедно с компетентния



административен орган (КЗК), също представляват национален орган по конкуренцията.



## Количествен и качествен анализ на причинените вреди

Адв. Иван Георгиев

### 1. Въведение

Нарушенията на правото на конкуренцията причиняват големи вреди на икономиката като цяло и възпрепятстват правилното функциониране на вътрешния пазар. За да бъдат предотвратени тези вреди, Комисията има правомощия да налага глоби на предприятия и сдружение на предприятия за нарушаване на европейските правила за конкуренцията. Целта на глобите е възпираща, а именно да бъдат санкционирани засегнатите предприятия (специфично възпиране) и да бъдат възпрени другите предприятия от възприемането или продължаването на противоправно поведение.

Нарушенията на конкурентното право обаче, причиняват големи вреди на потребителите и предприятията. Всяко физическо или юридическо лице, което е понесло вреди поради нарушение на правилата на конкуренцията, има право на обезщетение. Както многократно е подчертано в практиката на Съда на Европейския съюз<sup>15</sup> (СЕС), това право е гарантирано от правото на ЕС. Целта на глобите е възпираща, докато с исковете за обезщетение се цели отстраняването на претърпените вреди вследствие на дадено нарушение. По-ефективните средства за правна защита, с които потребителите и предприятията разполагат, за да получат обезщетение, сами по себе си също ще произведат благоприятни ефекти по отношение на възпирането от бъдещи нарушения и осигуряването на по-добро спазване на тези правила.

Въпросите за установяването на нарушението и количественото определяне на вредата представляват съществено затруднение за съдилищата и страните при производствата по искове за обезщетение.

### 2. Основни принципи

Гражданските искове за компенсация като цяло се разглеждат от националните съдилища. Доколкото няма правила на ЕС, уреждащи въпроса, националната правна система на всяка държава членка следва да определи подробни правила относно упражняването на правото на обезщетение, което е

<sup>15</sup> Решение от 13.07.2006 г. по съединени дела *Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* (295/2004), *Antonio Cannito/Fondiarìa Sai SpA* (296/2004), *Nicolò Tricarico* (297/2004) и *Pasqualina Murgolo* (298/2004)/*Assitalia SpA*.



гарантирано от правото на ЕС. Тези правила обаче не трябва да затрудняват прекомерно или да правят практически невъзможно упражняването на правата, предоставени на физически лица от правото на ЕС (принцип на ефикасност), и не трябва да са по-неблагоприятни от правилата, уреждащи исковите за обезщетение при нарушаване на аналогични права, предоставени от националното право (принцип на равностойност).

### 3. Правна рамка

Правната рамка, в която съдилищата разглеждат количественото определяне на вредата, е определена от законодателството на ЕС и от националното право, и включва правила относно:

- категориите вреди, които да бъдат обезщетени, и общите правила за отговорност, уреждащи искове за обезщетение;
- изисквания като причинно-следствени връзки или близост между незаконното действие и вредата. В това отношение Съдът поясни, че доколкото не съществуват правила на равнище ЕС по този въпрос, националното право трябва да предвиди правилата за прилагането на концепцията за причинно-следствена връзка, при условие че са спазени принципите на равностойност и ефективност;
- процедурната уредба, в рамките на която се вземат решения по искове за обезщетения. В националните правила обикновено се предвижда разпределяне на тежестта на доказване и на съответните отговорности на страните за представяне на фактологична информация в съда;
- подходяща норма на доказване, която може да се различава между различните етапи на производството, и може също така да е различна за въпросите, свързани с отговорността за вреди и техния размер;
- степента и начина, по който съдилищата имат право да определят претърпените вреди в количествено изражение въз основа на приблизителни най-добри оценки и справедливи съображения; и
- допустимостта и ролята на доказателствата в граждански дела и тяхната оценка (и по-специално доказателства от експерти).

### 4. Общ подход към количественото определяне на вредата при дела в областта на конкуренцията

Обезщетението за претърпени вреди цели да постави увредената страна в положението, в което тя би била, ако член 101 или член 102 от ДФЕС не са били нарушени: действителното положение на увредената страна трябва да се сравни с положението, в което тази страна би се намирала, ако не е било извършено



нарушението. Понякога тази оценка е наричана съпоставителен анализ („but-for analysis“).

Следователно основният въпрос при количественото определяне на антитръстови обезщетения е да се определи какво вероятно е щяло да се случи без нарушението. Тази хипотетична ситуация не може да бъде наблюдавана пряко и е необходимо да бъде направена някаква приблизителна оценка за съставянето на референтен сценарий, с който да бъде сравнено действителното положение. Този референтен сценарий се нарича „сценарий без нарушението“ или „съпоставителен сценарий“.

В конкретен случай отправната точка за определяне дали нарушението всъщност е навредило на ищеца, и ако е така, на размера на тази вреда, са особеностите на конкретния случай и доказателствата, с които съдът разполага (включително решения от органите за защита на конкуренцията). Въпросното конкретно (предполагаемо) нарушение и как то може да засегне определен пазар са начална точка за определянето на размера на вредата, причинена от това нарушение.

Видът на вредите, за които ищецът търси обезщетение, определя кой вид икономически променливи (като например цени, обеми на продажбите, печалби, разходи или пазарни дялове) следва да се вземе предвид. Например при картел, водещ до по-високи цени за клиентите на участниците в картела, следва да бъде определена цена без нарушението, която да бъде съпоставена с цената, която клиентите действително плащат. В дело за злоупотреба с господстващо положение, което води до изключването на конкурентите от пазара, загубените печалби на тези конкуренти могат да бъдат измерени чрез съпоставяне на техния действителен оборот и маржа на печалбата с оборота и маржа на печалбата, който вероятно биха реализирали, ако нямаше нарушение.

Не е възможно да се знае със сигурност как точно би се развил пазарът, ако не са били нарушени член 101 и член 102 от ДФЕС. Цените, обемите на продажбите и маржът на печалбата зависят от редица фактори и сложни, честно стратегически взаимоотношения между участниците на пазара, които трудно могат да бъдат оценени. Следователно оценяването на хипотетичния сценарий без нарушението по определение ще се основава на редица предположения. На практика липсата или недостъпността на данни често допълнително засилват това неизбежно ограничение.

По тези причини количественото определяне на вредите по дела, свързани с конкуренцията, по своята същност подлежи на значителни ограничения по отношение на степента на сигурност и точност, която може да се очаква от тях. Не може да има само една „вярна“ стойност на претърпяната вреда, която би могла да бъде определена, а само най-добри оценки, които се основават на предположения и приближения. Приложимите национални правни норми и тяхното тълкуване следва да отразяват тези присъщи ограничения в количественото определяне на вредата при искове за обезщетение вследствие на нарушения на членове 101 и 102 от ДФЕС в съответствие с принципа на ефикасност на правото на ЕС, така че упражняването на правото на обезщетение, гарантирано от Договора, да не стане на практика невъзможно или прекомерно трудно.



Следва да се вземе предвид добавянето на лихва. Присъждането на лихва е съществен компонент на обезщетението за претърпяна вреда. Както подчерта Съдът, пълното обезщетение за претърпяната вреда трябва да включва компенсация за неблагоприятните последици, предизвикани през периода, изтекъл от настъпването на вредата, причинена от нарушението<sup>18</sup>. Тези последици представляват обезценяване на парите и пропуснатата възможност увредената страна да разполага с капитала. В националното право тези последици може да се вземат предвид под формата на законна лихва или други форми на лихва, ако те съответстват на горепосочените принципи на ефикасност и равностойност.

## 5. Методи и техники за изчисление на вредите

Посредством методите, които се използват най-често от страните по делото и от съдилищата, се оценява какво би се случило без нарушението, като се проследяват периодите преди или след нарушението или процесите на други пазари, които не са засегнати от нарушението. При тези съпоставителни методи като показателни за хипотетичния сценарий без нарушение се вземат данните (цени, обеми на продажби, маржове на печалби или други икономически променливи), които са наблюдавани през незасегнатия от нарушението период или на незасегнатите пазари. Прилагането на тези методи понякога се усъвършенства чрез използването на иконометрични техники, които съчетават икономическата теория със статистически или количествени методи за установяване и измерване на икономическите взаимоотношения между променливите.

При един от тези методи се използват икономически модели, съобразени с действителния пазар, за да се симулира вероятният пазарен резултат, който би възникнал без нарушението. Тези модели прибягват до икономическата теория, за да обяснят вероятното функциониране на даден пазар с оглед на неговите основни характеристики (например брой конкуренти, начина, по който те се конкурират помежду си, степента на продуктова диференциация, входни бариери). Други методи включват метода, който се основава на разходите, при който се използват производствените разходи на засегнатия продукт и надбавка за „разумен“ марж на печалбата, за да се оцени хипотетичният сценарий без нарушение, или финансови подходи, чиято изходна точка са финансовите резултати на ищеца или на ответника.

Всички тези методи и техники има специфични характеристики и силни и слаби страни, които могат да ги направят в по-голяма или по-малка степен подходящи за приблизителна оценка на претърпяната вреда при определени обстоятелства. По-специално те се различават по степента, в която се основават на данните, които са резултат от действителните пазарни взаимодействия, или на предположения, основани на икономическата теория, както и по степента, в която се контролират фактори, различни от нарушението, които може да са засегнали ищеца по иска за обезщетение. Освен това методите и техниките се



различават по трудността на тяхното прилагане и по вида и количеството на необходимите данни.

## 6. Съпоставяне с данни от други географски пазари

Друг съпоставителен метод се състои в преглед на данните, които са наблюдавани на различен географски пазар с цел съставяне на сценарий без нарушение. Това могат да бъдат данни, наблюдавани в целия географски съпоставителен пазар, или данни, наблюдавани във връзка само с определени участници на пазара. Същият вид съпоставяне може да бъде направено по отношение на всяка друга икономическа променлива, напр. пазарните дялове, маржовете на печалбите, възвръщаемостта на капитала, стойността на активите или нивото на разходи на едно предприятие. Съпоставянето на търговските резултати на фирми, които работят на друг географски пазар, който не е засегнат от нарушението, би било особено уместно в случаи на изключващо поведение.

Колкото даден географски пазар е по-подобен (с заключение на въздействията от нарушението) на пазара, който е засегнат от нарушението, толкова по-голяма е вероятността той да е подходящ като съпоставителен пазар. Това означава, че продуктите, продавани на двата съпоставяни географски пазара, следва да бъдат еднакви или поне достатъчно подобни. Характеристиките на съпоставителния географски пазар от гледна точка на конкуренцията също следва да са подобни на характеристиките на засегнатия пазар без нарушението. Този пазар може и да не е свършено конкурентен.

Изборът на съпоставителен географски пазар може да бъде повлиян също така от несигурността относно географския обхват на нарушението. Географските пазари, на които е извършено едно и също или подобно нарушение, по принцип не са подходящи, за да служат като съпоставителни пазари. Също така съседните пазари, на които не са извършени подобни нарушения, все пак могат да са били повлияни от антиконкурентните практики на пазара, засегнат от нарушението (напр. защото цените на съседния пазар са нараснали поради повишените цени на пазара с нарушението и по-слабия конкурентен натиск, произтичащ от този пазар). Съпоставянето на такива пазари няма да покаже в пълна степен претърпяната вреда, но въпреки това може да послужи за полезна основа за оценяване на долната граница на вредата, която е причинена на пазара, засегнат от нарушението. Това означава, че страна по иск за обезщетение по принцип може без особен риск да избере да се аргументира със съпоставянето с географски пазар, който е бил повлиян от същото или подобно нарушение, особено когато това въздействие вероятно е било относително слабо.

При наличието на достатъчно данни съпоставянето във времето и съпоставянето между пазарите могат да се съчетават. Този подход понякога се нарича метод „разлика в разликите“, тъй като с него се проследява развитието на съответната икономическа променлива (напр. цената на брашното) на пазара, засегнат от нарушението през определен период (разлика във времето на пазара, засегнат от нарушението), и тя се съпоставя с развитието на същата



променлива през същия период от време на незасегнат от нарушението съпоставителен пазар (разлика във времето на незасегнатия от нарушението пазар). Съпоставянето показва разликата между тези две разлики във времето. По този начин се оценява изменението на променливата, което се дължи на нарушението, и се изключват всички онези фактори, които са засегнали по един и същ начин както пазара, засегнат от нарушението, така и съпоставителния пазар. Следователно методът представлява начин за изолиране на въздействията, дължащи се на нарушението, от другите въздействия върху съответната променлива, считана за обща за двата пазара.

След като бъде избран подходящ съпоставителен метод за съставяне на сценарий без нарушение, съществуват различни техники за практическото прилагане на този метод. Тези техники се различават основно в степента, в която те се основават на самостоятелни или усреднени данни (напр. наблюдаваните цени), както и в степента, в която наблюдаваните данни на съпоставителния пазар или период подлежат на допълнително коригиране. Следователно тези техники се различават по количеството данни, необходими за тяхното прилагане.

Една от възможностите при прилагането на съпоставителните методи е да се използват съпоставителни данни направо във вида, в който те се наблюдават, и въз основа на тях да се изготвя приблизителна стойност за разглежданата икономическа променлива в сценария без нарушение. Когато има повече от един набор наблюдавани данни, те могат да се комбинират чрез изчисляване на средните величини в една или повече стойности за сценария без нарушение. Тези средни стойности за сценариите без нарушение могат след това да бъдат сравнени със средните стойности, които са реално наблюдавани по време на нарушението.

## 7. Обезщетение за пропуснати ползи

Когато изключените конкуренти предявяват иски за обезщетения, те могат да претендират за обезщетение не само за пропуснатите ползи за периода на нарушението, но също така и за ползите, които са пропуснали след неговото преустановяване. Това важи особено, когато те не могат отново да навлязат на пазара или да възстановят изцяло своя пазарен дял поради трайните въздействия на преустановеното нарушение. Тогава се изисква обезщетение за бъдещи печалби, т.е. ползи, които има вероятност да бъдат пропуснати, след като искът за обезщетение бъде предявен и по него е взето съдебно решение.

Трудностите при количественото определяне на тази загуба са свързани не само с техниките, които следва да бъдат използвани, но и с периода от време, през който тя все още може да бъде установена и за нея да бъде получено обезщетение. Националното право играе важна роля в това отношение, например поради факта, че е съответствие с него се определят обстоятелствата, при които може да бъде възстановена бъдеща загуба, или прагматични правила за разрешаване на този въпрос за всеки отделен случай.



Сред факторите, които вероятно се отразяват на избора на период, през който може да се предяви иск за пропуснати бъдещи ползи, може да е, например, вероятното време, необходимо за повторно навлизане на въпросния пазар. В други случаи тази оценка би могла да е по-лесна предвид на обстоятелствата по случая. В други случаи би могло също така да се вземе предвид времето, през което е разумно да се счита, че предприятието би продължило да произвежда стоки или предоставя услуги без да предприема нови инвестиции.

## 8. Заключение

Като един от основните елементи на фактическия състав на неправомерното увреждане, вредата следва да бъде освен конкретно доказана, така също и установена в нейния размер. Трудностите при доказване на размера на вредата налагат и приемането на специални правила (наръчници, насоки), които да помагат на националните съдии и на вещите лица при изчисление на пропуснатите ползи, претърпените загуби и изтеклите лихви. Макар и тези правила да нямат задължителен характер, те са силно препоръчителни за националните правоприлагащи органи при определяне размерите на дължимото обезщетение.



## Digital Platforms and Competition Law

*Подготвено въз основа на материали, предоставени от адв. Хайн Хоббелен, и презентацията, представена от адв. Матю Реландж*

### 1. Introduction

The present document summarises the main highlights and key takeaways of the presentation on the Digital Platforms and Competition Law delivered by Mr Mathieu Relange during the third training event of the CONSTANT project. The document is structured in three chapters as follows.

**Chapter 2** introduces the basic concepts of online platforms.

**Chapter 3** addresses the recent developments in the field of online platforms from a EU perspective and focuses on recent case law.

**Chapter 4** briefly presents the contemporary issues relating to online platforms from a US perspective.

### 2. Introduction to Online Platforms

Data has always played a key role in market economies. However, with the advent of the ‘age of datafication’ and growing use of big data analytics including the use of (self-learning) algorithms, the proliferation of new forms of commercial activities was inevitable.

The European Commission outlined that the main advantage of Big Data is that it can reveal patterns between different sources and data sets, enabling useful insights. Example range from health, food and security, to intelligent transport systems, to energy efficiency and urban planning. In the Commission’s words, “[t]hese ultimately allow higher productivity and improved services, which are the source of economic growth. The use of Big Data by the top 100 EU manufacturers could lead to savings worth € 425 billion, and by 2020, Big Data analytics could boost EU economic growth by an additional 1.9%, which means a GDP increase of € 206 billion.”<sup>16</sup>

Big data has been the main driver for the proliferation of the so-called *online platforms* and it is now also at the heart of commercial strategies leading to mergers and concerted practices. There are multiple definitions of the word “platform”. In its Consultation Paper on “Regulatory environment for platforms, online intermediaries,

<sup>16</sup> European Commission (2016), The EU Data Protection Reform and Big Data Factsheet, p. 4, available at: <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/data-protection-big-data-factsheet-web-en.pdf>.



data and cloud computing and the collaborative economy” of 2015, the European Commission described an online platform as “an undertaking operating in two (or multi) sided markets, which uses the Internet to enable interactions between two or more distinct but interdependent groups of users so as to generate value for at least one of the groups”. Furthermore, in its paper on “Digital Economy” of 2015, the German Bundeskartellamt referred to platforms as to “undertakings that, in the role of an intermediary, enable direct interaction between two or more sides of users, between which there are indirect network effects”.<sup>17</sup> Platforms have also been subject to judicial interpretation in the case of *AC-Treuhand v Commission*, where a third-party cartel facilitator was considered as providing a (one-sided?) platform for a cartel.

The European Parliament acknowledged that it is impossible to have a single definition of online “platforms” by saying that: “it would be very difficult to arrive at a single, legally relevant and future-proof definition of online platforms at EU level, owing to factors such as the great variety of types of existing online platforms and their areas of activity, as well as the fast-changing environment of the digital world; believes that in any case one single EU definition or ‘one size fits all’ approach would not help the EU succeed in the platform economy”.<sup>18</sup>

Finally, it is important to note that the terminology “platforms” and “one/two/multi-sided markets” should not to be confused.

In terms of online platforms, it could definitively be said that the USA is ahead of the EU. According to the European Commission, the EU represents only 4% of the total market capitalisation of largest online platforms. The vast majority of platforms originate in the USA (and Asia). Examples of online platforms in recent Commission Staff Working Document on Online Platforms, the Commission included Google’s AdSense, eBay, Amazon market place, Google and Bing Search, Facebook and YouTube, PayPal, Zalando marketplace and Uber, all of which have their headquarters in the USA.<sup>19</sup> This raises the reasonable question whether there is a gap also present in the application of competition law to horizontal arrangements in online markets.

### 3. Online Platforms from a European Perspective

---

<sup>17</sup> German Bundeskartellamt (2015), Working Paper - The Market Power of Platforms and Networks - Executive Summary, available at: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Think-Tank-Bericht-Zusammenfassung.html;jsessionid=FAF4616AA263BE5259C7F8CBB381217D.2\\_cid387?nn=3591568](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Think-Tank-Bericht-Zusammenfassung.html;jsessionid=FAF4616AA263BE5259C7F8CBB381217D.2_cid387?nn=3591568).

<sup>18</sup> European Parliament (2017), Report on online platforms and the digital single market, (2016/2276(INI)), available at: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0204+0+DOC+XML+V0//EN>

<sup>19</sup> European Commission (2016), Commission Staff Working Document on Online Platforms, accompanying the document "Communication on Online Platforms and the Digital Single Market" (COM(2016) 288), available at: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/commission-staff-working-document-online-platforms>.



In the recently published Commission Staff Document on Online Platforms, the Commission proposes a number of “characteristics” that online platforms share. These include:

- Capacity to extract value from direct user interactions/transactions
- Collection, use and processing of large amounts of data leading to data aggregation capacity which in turn leads to information asymmetry
- Network effects
- Ability to create and shape new markets benefitting users but also disrupting traditional ones
- Reliance on IT as a means to achieve the above.

A typical example of where the competition problems in online platform occur could be illustrated by a reference to the smartphone market. Thus, there is competition at two levels:

- Device vs OS software vs application
- Pre-installed apps vs other apps vs browser

In the EU, some lessons for online platforms could be learned from the court’s ruling in *Cartes Bancaires*<sup>20</sup> and *MasterCard*<sup>21</sup> cases. The decisions in these cases provided key guidance potentially relevant to online platforms. The court highlighted the need to consider particular conduct in a two-sided system as a whole. It held that restriction on one side of two-sided system may not be restriction of competition when looking at interactions of system as a whole. Further, it said that if a restriction is present, any restriction on one side of the system cannot be offset by efficiencies on the other side of the system if they are not present in the same “restricted” market. However, the court also took caution in highlighting that every case has its merits.

The case of *Eturas* is an online platform case. The facts of the case concern *Eturas*, a Lithuanian online travel booking system for travel agencies. The case originates in a preliminary reference from the Lithuanian Supreme Administrative Court in the context of annulment proceedings against a national decision finding that travel agents had coordinated the discounts applicable to clients. The Lithuanian authority considered that, prior to the alleged infringement, the director of the *Eturas* had sent an email to other travel agents asking on a vote on whether discounts should be reduced (there is only record of one agent having received it). Following those emails, a system notice was sent via an internal system which announced discounts for online bookings capped at 3% and a technical restriction was implemented to this effect. The Lithuanian Competition Council fined *Eturas* as third party facilitator. *Eturas* appealed to the Lithuanian Supreme Administrative Court which requested a preliminary ruling from the CJEU. The court held that the mere dispatching of an anticompetitive

<sup>20</sup> CJEU (2014), Judgment of the Court (Third Chamber), 11 September 2014, *Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission*, ECLI:EU:C:2014:2204, available at: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=157516&doclang=EN>

<sup>21</sup> CJEU (2014), Judgment of the Court (Third Chamber), 11 September 2014, *MasterCard Inc. and Others v European Commission*, ECLI:EU:C:2014:2201, available at: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-382/12&language=en>



message is not sufficient to trigger presumption of awareness. It continued that a presumption of the participation of a given undertaking in a concerted practice can nonetheless be rebutted by publicly distancing itself from that practice or by reporting it to administrative authorities. It said that, in accordance with the case law, in the absence of a collusive meeting there may be other ways of rebutting the presumption. Further, it took the view that takes the view that a “clear and explicit objection” addressed to the system administrator would be enough to rebut the presumption of participation and that application of higher discount could rebut presumption. The court’s decision in *Eturas* provides important guidance for online platforms’ liabilities.<sup>22</sup>

In the case of *Coty*, there is a dispute between perfume maker Coty, and one of its authorized distributors clause prohibiting to sell Coty products on online platforms. The Regional Court of Frankfurt held that a ban on sales via third-party internet platforms is in breach of European/German antitrust rules. The Higher Court requested preliminary ruling from ECJ (C-230/16), essentially asking the following questions:

- Is protection of “luxury image” a legitimate reason to maintain selective distribution system?
- Is it permissible to impose on distributors an outright ban no sales via third party platforms regardless of whether the distributor failed to meet the legitimate quality criteria set by the manufacturer?
- Is a ban on sales via third-party internet platforms imposed on authorized dealers of a selective distribution system to be interpreted as a hardcore restriction regarding customer groups?
- Is a ban on sales via third-party internet platforms imposed on authorized dealers of a selective distribution system to be interpreted as a hardcore restriction regarding passive sales to consumers?

The case is still pending before the Court of Justice of the EU.

In a few cases on hotel booking platforms, the question of most favoured nation (MFN) was raised. Thus, in April 2015 the French, Italian and Swedish national competition authorities received commitments from Booking.com replacing wide MFNs with narrow MFNs. In December 2015, the German Bundeskartellamt prohibited narrow MFNs. At the same time, the European Competition Network’s Working Group on effects of narrow MFNs considered that there is no evidence narrow MFNs are anticompetitive. In the case of wide MFNs, these are clauses preventing hotels to offer lower prices on competing platforms, while in the case of narrow MFNs, these are clauses preventing hotels to offer lower prices on own booking portal.

Another important decision is the one held in the case of *AC-Treuhand AG v European Commission (C-194/14)*. On the facts of the case, AC-Treuhand, a consultancy firm, and various suppliers of heat stabilisers were alleged to have participated in a cartel (tin stabilisers and ESBO/esters). AC-Treuhand argued that, while it provided certain services, it did not participate in an agreement or concerted

<sup>22</sup> See also *Chillin’Competition (2016)*, ECJ’s Judgment in Case C-74/14, *Eturas* (on the scope of “concerted practices” and on technological collusion), available at: <https://chillingcompetition.com/2016/01/22/ecjs-judgment-in-case-c-7414-eturas-on-the-scope-of-concerted-practices-and-on-technological-collusion/>



practice. The rulings of the General Court and the Court of Justice highlighted that Article 101 TFEU covers all practices that distort competition, irrespective of whether parties operate in same market. They held that AC-Treuhand organised, attended and actively participated in cartel meetings and received remuneration for acting as moderator between producers. In the court's opinion, the conduct was directly linked to effort of the cartelists – not merely peripheral services – and AC-Treuhand was in full knowledge of the facts. Finally, the court held that the effectiveness of Article 101 could be endangered if facilitators such as AC-Treuhand were allowed to escape liability.

In the Final Report of the E-Commerce Sector Inquiry<sup>23</sup>, the Commission found that Selective distribution practices are in principle exempted under VBER but online restrictions which have the effect of excluding pure online players (Amazon, eBay, etc) without justification (e.g. brick and mortar requirements) will be under greater scrutiny. Furthermore, it highlighted that contractual restrictions on pricing and cross-border sales give rise to competition issues especially if they restrict effective use of the Internet, such as:

- Pricing recommendations and monitoring;
- Dual pricing arrangements
- Geo-blocking (preventing access, re-routing or refusing payment/delivery)
- Pricing comparison tools
- MFNs.

On 2 February 2017, the Commission opened three new investigations into the e-commerce sector. These include:

- Retail price restrictions by consumer electronics manufacturers (Asus, Denon & Marantz, Philips and Pioneer)
- Geo-blocking practices regarding digital content of video-games (Valve Corporation / Bandai Namco, Capcom, Focus Home, Koch Media and Zenimax)
- Hotel price discrimination based on location (Kuoni, REWE, Thomas Cook and TUI / Méliá Hotels).

Commissioner Margrethe Vestager highlighted in her speech of 2 February 2017 that: „*E-commerce should give consumers a wider choice of goods and services, as well as the opportunity to make purchase across borders. The three investigations we have opened today focus on practices where we suspect companies are trying to deny these benefits for consumers*“.

On 14 June 2017, the Commission opened three additional investigations on the licensing and distribution of merchandising products. These focused on the potential restriction of the licensees' ability to sell licensed merchandise cross-border and online:

---

<sup>23</sup> European Commission (2017), Report from the Commission to the Council and the European Parliament: Final report on the E-Commerce Sector Inquiry, {SWD(2017) 154 final}, COM(2017) 229 final, available at: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector\\_inquiry\\_final\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_en.pdf)



- Nike as the licensor of rights fro Futbol Club Barcelona
- Sanrio as the licensor of rights of Hello Kitty
- Universal Pictures as the licensors of rights for the Minions and Despicable Me.

Commissioner Vestager noted that: «*The Commission is investigating whether Nike, Sanrio and Universal Studios are restricting cross border and online sales of merchandising products. We are goig to examine whether the licensing and distribution practices of these three companies may be denying consumers access to wider choice and better deals in the Single Market.*» (Margrethe Vestager, 14 June 2017).

Recently, Google has been fined with a a €2.42 billion fine for abuse of dominance with respect to its service Google Shopping. The case revolves around complaints of shopping comparison websites (and other online services) which boil down to accusations of: (1) "Demotions" in Google's search results page (complaints are early as 2010); and (2) Display of new Google services for product searches (as well as travel searches etc.), which became Google Shopping in 2013. Attempts to settle the case in 2012-2014 failed. The Commission took the view there was (1) a market for general internet search, and (2) a market comparison shopping services. On 27 June 2017, the European Commission announced an infringement decision. It held that the infringement started "in the respective country from the moment Google began prominently displaying its comparison shopping service, whilst demoting rival services". This was, respectively, 2008 for Germany and the UK; 2010 for France; 2011 for Italy, the Netherlands and Spain; 2013 for Czech Republic, Austria, Belgium, Denmark, Norway, Poland and Sweden.

#### 4. Online Platforms from a US Perspective

There are several landmark decisions in the US dealing with cartels in the context of online platforms.

The first important case is the case of *US v David Topkins*. This is a case for alleged conspiracy to fix, increase, maintain and stabilize prices of certain posters sold through an online platform. In essence, there was an implementation of agreement by adoption of specific pricing algorithms. The defendant pleaded guilty.

The second important case is the case of *Meyer v. Kalanick* where the plaintiff alleged that certain Uber drivers have a common motive to conspire by adhering to Uber's pricing algorithm. The allegation was that Uber drivers agree to participate in a conspiracy among themselves when assenting to the terms of Uber's written agreement („Driver terms"). This case is still pending.

Comparing the EU and the US approached, one could see the gap in the focus on pricing algorithms. Thus, in March 2017, Commissioner Vestager said that: „*Competition enforcers need to be suspicious of everyone who uses an automated system for pricing (...) automated systems could be used to make price-fixing more effective. That may be good news for cartelists. But it's very bad news for the rest of us*“ (Margrethe Vestager, Berlin, March 2017).



At nearly the same time, Maureen Olthausen, Commissioner of the US Federal Trade Commission said that: „*There is nothing inherently suspect about using computer algorithms (...) if conduct was unlawful before, using an algorithm to effectuate it will not magically transform it into lawful behaviour. Likewise, using algorithms in ways that do not offend traditional antitrust norms is unlikely to create novel liability scenarios*“ (Maureen Olthausen, New York, May 2017).

It could be concluded that technological developments bring about new challenges but it appears that antitrust concepts can be applied relatively easily to them. Recent EU case law seems to reinforce the tools of antitrust authorities to tackle possible concerted practices by or through (online) “platforms”. The role of regulation and new technologies, especially artificial intelligence, though, are likely to create new challenges in the near future.

## References

- Commission Staff Working Document, Online Platforms, Accompanying the document Communication on Online Platforms and the Digital Single Market, SWD(2016) 172 final
- Bundeskartellamt Paper – Digital Economy – Internet Platforms between Competition Law, Privacy and Consumer Protection, 1 October 2015
- Case C-194/14 P, Judgment of the Court of Justice of 22 October 2015, ECLI:EU:C:2015:717 - AC-Treuhand AG v European Commission
- Case C-74/14, Judgment of the Court of Justice of 21 January 2016, ECLI:EU:C:2016:42 - Eturas and Others v Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba
- Case C-67/13 P, Judgment of the Court of Justice of 11 September 2014, ECLI:EU:C:2014:2204 - Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission
- Case-382/12 P, Judgment of the Court of Justice of 11 September 2014, EU:C:2014:2201 – MasterCard and Others v European Commission
- Case C-230/16, Coty Germany GmbH v Parfümerie Akzente GmbH (OJ 2016 C 260/21) (pending)
- European Competition Network report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU competition authorities, 6 May 2017
- Report from the Commission to the Council and the European Parliament, final report on E-Commerce Sector Inquiry, SWD(2017) 154 final
- European Commission press release, Commission opens three investigations into suspected anticompetitive practices in e-commerce, IP/17/201
- European Commission press release, Commission opens formal investigations into Nike's, Sanrio's and Universal Studios' licensing and distribution practices, IP/17/1646



- European Commission press release, Commission fines Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service, IP/17/1784
- USA v. David Topkins, case 3:15-cr-00201-WHO (30 April 2015, District Court of NDCal); USA v. Trod Limited and others, case 3:15-cr-0419-WHO (9 June 2016)
- "Meyer v. Kalanick", 1:15-cv-09796, U.S., ongoing, District Court of SDNY



## Икономически основи на секторната регулация. Взаимодействие между конкурентното право и секторната регулация

*Мирослава Маринова*

### 1. Въведение

Пред последните няколко години във фокуса на българският антимонополен орган попадат поведението на предприятия, осъществяващи дейност на регулирани пазари в областта на енергетиката, водоснабдяването и телекомуникациите.

Предприятията, опериращи на различни нива от веригата на производство и дистрибуция в сферата на обществените услуги, упражняват дейността си въз основа на специален индивидуален административен акт – лицензия или разрешение, като характерно за тях е, че правата и задълженията на страните по договора за доставка традиционно се определят в общи условия, одобрени от секторен регулатор.

Някои от предприятията в тези сфери на икономиката осъществяват дейността си въз основа на изключителни лицензии с национален или определен териториален обхват, което ги превръща в естествен монополист на съответния пазар.

В тези случаи пазарното положение на предприятията е такова, че те попадат в приложното поле на чл. 20 ЗЗК, без да е необходимо извършването на детайлен икономически анализ, и следва да съобразяват поведението си с едно по-висока степен на отговорност, каквито изисквания законът поставя на предприятията с господстващо положение.

Такива са общественият доставчик, разпределителните и преносното предприятие в областта на електроенергетиката, водоснабдителните и канализационни дружества.

Всяко едно от тези дружества е потенциално уязвимо от гледна точка на конкурентното право, доколкото при тях наличието на господстващо положение в лицензионната територия не подлежи на самостоятелно доказване, което на свой ред облекчава проучването на поведението.

За някои от тези предприятия е характерно, че оперират активи, представляващи „съществено съоръжение“, достъпът до които е необходимо условие за осъществяване на стопанска дейност от други предприятия, което също ги поставя в уязвимо положение по отношение на прилагането на забраната за злоупотреба с господстващо положение.



## 2. Възможни проблеми от конкурентноправна гледна точка

Поради това, че предприятията, притежаващи изключителни лицензии за даден тип стопанска дейност, нямат конкуренти на съответния пазар и тяхното поведение не е от естество да изключи потенциален или реален конкурент, по отношение на тях изниква въпроса дали тези предприятия биха могли да извършат експлоатативна злоупотреба и под каква форма.

Поставя се и въпросът до каква степен КЗК е компетентна да се намесва и да санкционира такива предприятия за поведение, което е обект на специална секторна регулация и контрол от друг регулаторен орган.

В “Новата правна уредба за защита на конкуренцията“, Николов, П. и колектив, стр. 222 е изразено разбирането, че когато цената на дадена стока или услуга се регулира от друг независим орган (например, КЕВР), КЗК не е компетентна да проучва дали тези цени са необосновано високи, тъй като тя се явява общ регулатор и обратното би довело до дублиране на правомощията на специалните секторни регулатори (дали това е така, ще бъде разгледано в следващата лекция).

### *Енергиен пазар*

Съгласно чл. 71 от Закона за енергетиката („ЗЕ“) енергийните предприятия за пренос на електрическа и топлинна енергия и природен газ или за разпределение на електрическа енергия и природен газ, които осигуряват услуга от обществен интерес и които имат господстващо положение на пазара по смисъла на Закона за защита на конкуренцията, се подчиняват на неговите разпоредби, **доколкото те не възпрепятстват фактически или юридически изпълнението на задълженията, които са им възложени.**

От тази разпоредба може да се направи изводът, че изпълнението на лицензионните задължения е с приоритет по отношение на спазване на правилата на ЗЗК.

## 3. Дейност на секторните регулатори, които гарантират ефективна конкуренция

Годишният доклад, който Комисията за енергийно и водно регулиране („КЕВР“) е задължена да изготвя, включва и **отчет за резултатите от контрола за недопускане ограничаването и нарушаването на конкуренцията на енергийните пазари** и за тяхното ефективно функциониране, който доклад се изпраща до Агенцията за сътрудничество между регулаторите на енергия (АСРЕ) и до Европейската комисия.



Комисията за регулиране на съобщенията („КРС“) е натоварена с правомощието да проучва, анализира и изготвя оценка относно нивото на конкуренция на съответните пазари на електронни съобщителни мрежи и/или услуги, поради което годишните ѝ доклади съдържат подробен анализ на пазарните участници и конкурентната среда на пазарите на пощенски услуги и електронни съобщения.

Съгласно чл. 31 от Закона за електронните съобщения („ЗЕС“) КРС насърчава развитието на пазара на електронни съобщителни мрежи и услуги, като:

- 1. прилага регулаторни мерки, ограничаващи възможностите за възпрепятстване на конкуренцията;**
- 2. отстранява пречки и бариери за конкуренцията в рамките на своята компетентност;**
3. ....
- 4. защитава конкуренцията в полза на потребителите и когато е подходящо, насърчава инфраструктурната конкуренция;**
- 5. отчита разнообразието от условия, свързани с конкуренцията и потребителите, които съществуват в различните географски райони.**

Съгласно чл. 151 от ЗЕС КРС периодично анализира, определя и оценява пазарите на обществени електронни съобщителни мрежи и/или услуги и установява наличието или липсата на ефективна конкуренция.

Отделно от това КРС има право да издава решения, с които определя предприятие или предприятия със значително въздействие върху съответния пазар, което на практика се добрижава до оценката, която КЗК извършва за наличие на господстващо положение на предприятие на съответен пазар.

Съгласно чл. 154, ал. 1 от ЗЕС КРС анализира ефективността на конкуренцията на съответния пазар в съответствие с методите и принципите на конкурентното право.

## **Извод**

Секторните регулатори също имат определена компетентност да анализират и подпомагат развитието на конкурентната среда на съответните пазари, поради което съобразяването на тяхното становище при разследване на евентуални нарушения от страна на КЗК е не просто препоръчително, а следва да е задължително.

Но, това е въпрос на взаимодействие между секторното регулиране и прилагането на конкуренцията и дали има място за прилагане на правилата на конкуренцията в строго регулирани области.



## Икономически основи на секторната регулация. Икономически основи на енергийния сектор - дискусия

Мирослава Маринова

### 1. Въведение

Настоящата лекция анализира две важни решения на КЗК по отношение на злоупотребите на дружества, действащи на енергийните пазари, за да повдигне за дискусия следните въпроси:

1. До каква степен КЗК е компетентна да се намесва и наказва тези предприятия за поведение, което е предмет на специален сектор Регулаторен контрол от страна на регулаторния орган на сектора (Комисията за регулиране на енергетиката и водите)? и
2. Дали в практиката си за прилагане срещу тези предприятия, КЗК се придържа към правните стандарти, разработени от Европейските съдилищата?

### 2. Практика на КЗК

През изминалите няколко години КЗК постоянно се намесва и налага санкции на енергийните компании. Тази тенденция достига своя връх през 2015 г., когато КЗК приема 7 решения за установяване на нарушения (като цяло), а 5 от тях са насочени срещу компании на енергийните пазари.

Според своя годишен доклад за 2015 г. КЗК посочва, че възнамерява да продължи да се съсредоточава преди всичко на тези пазари, тъй като поведението на предприятията може пряко да засегне интересите на потребителите. В този смисъл, КЗК заявява, че приоритетно ще се намесва на тези пазари.

Ясно означава, че КЗК се позовава на практики, които пряко вредят на потребителите (експлоатативни злоупотреби).

#### 2.1. Решение КЗК 506/08.05.2013 г.

С Решение 506/08.05.2013 г. КЗК санкционира обществения доставчик на електроенергия в България, „Енерго-Про Продажби“, за прекратяване на



доставките на бизнес клиент, който не е заплатил цената за консумираната от него електроенергия.

Ако намесата на КЗК се окаже over enforcement, това може да доведе до грешки тип I, което означава, че практиката може да се счита за злоупотреба, когато не е, която би могла да обезкуражи стимулт на господстващото дружество да внедри иновации и да предоставя по-добри услуги или дори да доведе някои компании до да се откажат от бъдещи инвестиционни планове или да се освободят от текущите си инвестиции в съответната страна.

**Според публично достъпната информация мажоритарните акционери в тези три дистрибуторски дружества са започнали международен инвестиционен арбитраж срещу Република България поради липсата на адекватна защита на техните инвестиции в ICSID в Световната банка.**

## 2.1.1. Фактическа обстановка

„Енерго-Про Продажби“ е дружество, притежаващо изключителна лицензия за продажба на електрическа енергия на регулирана цена в Североизточна България. Клиентът е единственият доставчик на водоснабдителни и канализационни услуги на съответния пазар - област Добрич.

Съгласно чл. 98а от Закона за енергетиката (ЗЕ), доставчиците на електроенергия, включително ответникът, продават електричество съгласно публично обявените общи условия (ОУ), одобрени от регулатора. Въпросните ОУ, уреждащи взаимоотношенията между страните за съответния период, бяха одобрени от секторния регулаторен орган в своето Решение № ОУ-061/07.11.2007 г.

Съгласно чл. 123 от ЗЕ, доминиращият доставчик на електроенергия има право да преустанови доставката на електроенергия, ако клиентът наруши задълженията си по договора за продажба на електроенергия, включително не успява да извърши своевременно дължимите плащания.

ВиК Добрич има постоянни трудности при плащането на сметките си за доставка на електроенергия. През годините страните подписват няколко споразумения, целящи пренасрочване на плащанията. Към момента на производството пред КЗК, неизплатеният дължим дълг на ВиК Добрич надвишава 3 млн. лв.

ВиК Добрич нарушава последното споразумение за разсрочване, като не само забавя плащанията по месечните вноски, покриващи стария дълг, но и не плаща своевременно задълженията по текущите си фактури. Според установените факти, Енерго-Про Продажби изпълнява задълженията си по чл. 20 от неговите Общи условия и уведомява писмено клиента, съдържащо предупреждение, че ако натрупаният дълг не бъде платен в рамките на определен период, доставката на електроенергия ще бъде спряна. След което започва прекъсване на услугите си съгласно ОУ.

## 2.1.2. Анализ на КЗК



КЗК проучва дали и до каква степен общественият доставчик е следвал процедурата за спиране на доставката на електроенергия, установена от Закона за енергетиката и Общите условия за търговия, за да прецени дали чл. 21 ЗЗК е нарушен.

Според КЗК, Енерго-Про Продажби трябва да вземе предвид високото обществено значение на предоставените от клиента услуги (доставка на прясна вода) и да се възползва от други методи за събиране на дълговете си (например, чрез прилагане на гражданското право). Това разбиране обаче противоречи на специалната секторна регулация и ОУ, които не разграничават различни категории клиенти, които са изложени на възможността техните доставки да бъдат преустановени въз основа на естеството на тяхната дейност.

Според КЗК, публичният доставчик е злоупотребил с господстващото си положение, като не е предоставил предварително на клиента определена информация, а именно информация за точния момент, в който прекъсването ще започне/приключи, и конкретните точки на доставка, на които ще бъдат преустановени доставките.

Тези „изисквания“ на КЗК не могат да бъдат намерени нито в ЗЕ, нито в ОУ на енергийното дружество, които управляват въпросната процедура.

КЗК не посочва какъв вид злоупотреби е имало вероятно поради невъзможността да се класифицира спирането на доставката на електроенергия поради неплатената сметка като злоупотреба.

От анализа на аргументите в решението на КЗК можем да заключим, че КЗК твърди, че злоупотребата е експлоатативна, без да уточнява какви ползи може да получи господстващото дружество чрез преустановяване на доставката на клиент, който не плати цената на закупените стоки или услуги, с изключение на ограничаването на нанесените му щети - задължение, което кредиторът носи съгласно гражданското законодателство.

### 2.1.3. Дискусия

Представянето на този казус е с цел да се повдигне дискусия и да се отговори на въпроса: Опитва ли се КЗК да уреди правомощията на секторния регулатор, който е компетентният орган за наблюдение на спазването на Закона за енергетиката и самите ОУ от енергийните компании при представянето на техните услуги?

Съгласно Закона за енергетиката съществуват конкретни санкции, които регулаторът на сектора има право да наложи на притежателя на лиценз за нарушение на тази процедура. В този смисъл намесата на КЗК може да доведе до санкциониране на едно и също поведение, но от различни регулаторни органи, което едновременно с това да представлява нарушение както на правилата за конкуренция, така и на правилата за специфично регулиране на сектора, при които господстващото дружество е изложено на санкции два пъти.

Такова потенциално натрупване на отговорност би могло също така да наруши основния правен принцип *non bis in idem*.



## 2.1.4. Решения на ВАС

Решението на КЗК беше отменено съответно от три и пет-членен състав на ВАС (13 октомври 2016 г.).

Съда не приема заключенията на КЗК, че дружеството не е спазило процедурата на ОУ, поради което поведението на компанията не може да бъде квалифицирано като злоупотреба. Освен това в решението на петчленен състав се счита, че поведението на господстващото дружество има обективна обосновка - фактът, че клиентът е нарушил задълженията си.

Също така е отбелязано, че КЗК не е обяснила защо разследваното поведение не е квалифицирано по чл. 21, т. 5 от ЗЗК като отказ за предоставяне, а по общата забрана.

## 2.1.5. Коментар

Въпроса за компетентността на КЗК не е засегнат от съда и по този начин съдебните решения изглежда предполагат, че КЗК е компетентна да проверява съответствието на поведението на дружеството със специфичния секторен регламент. В тази връзка следва да се отбележи, че намесата на антимонополно ведомство на регулирани пазари е възможно. Така например, Европейската комисия се е намесвала на национални регулирани пазари, където регулаторът не се намесва или одобрява поведението на господстващото предприятие. Примери в това отношение са делата Deutsche Telekom и Wanadoo España.

## 2.1.6. Коментар от академичните среди

Много изтъкнати коментатори обаче смятат, че намесата в експлоатационните случаи по чл. 102 следва да се ограничи само до много специални обстоятелства, като например значителни пречки за навлизане, пазари, които е малко вероятно да се самокоригират и където няма регулиране (Paulis, 'Article 82 EC and Exploitative Conduct' in Ehlermann, C. D., & Marquis, M. (Eds.). (2008). *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC.*)

Други твърдят, че има по-малък риск от грешки, „ако въпросът е поверен на специфичен за сектора регулатор“, а не на органите за защита на конкуренцията, които са „недобре оборудвани“, за да се намесят в спорни ценови корективни мерки (Motta, Massimo, and Alexandre de Stree. „Exploitative and exclusionary excessive prices in EU law.“ *European competition law annual* (2003).

Те заявяват, че на регулираните пазари: „регулаторът, а не органът по конкуренция, трябва да бъде най-подходящ за намеса, ако конкуренцията не работи правилно“.

## 2.2. Намеса на КЗК на нерегулирана дейност на регулиран пазар



С три много подобни решения, приети през май 2015 г., КЗК санкционира ЧЕЗ, Е.ОН и Енерго-Про за налагане на неоправдано високи цени за предоставяне на достъп до стълбовете на техните разпределителни мрежи.

Стълбовната мрежа за ниско напрежение се използва от кабелните оператори, за да изградят своите комуникационни кабелни мрежи и да предоставят своите услуги на пазара на дребно за разпространение на телевизионни програми и интернет достъп.

Стълбовете са материални активи на оператора, които не са предназначени да обслужват друга дейност, освен лицензионната дейност.

Съгласно чл. 295, ал. 1 ЗЕС предприятията, осъществяващи обществени електронни съобщения, имат право на специално ползване по смисъла на Закона за пътищата и/или на право на ползване на линейни инженерни мрежи на транспорта, водоснабдяването и канализацията, електроснабдяването, електроразпределението, газоснабдяването, хидромелиорациите по смисъла на §5, т. 31 ЗУТ включително техните сервитутни зони. Според ал. 6 правото на ползване е възмездно. Това означава, че операторът не е свободен да реши дали да допусне или не ползването на стълбовата мрежа, защото законодателството го принуждава да търпи ползването, когато лицензирани по ЗЕС лица пожелаят това.

Оператора е определил наемна цена за ползване на стълбовете, която не е променяна от 2008 г. до постановяване на решението на КЗК.

КЗК е установила, че електронно съобщителни услуги могат да се доставят и чрез кабелни мрежи, които са поставени в тръбната канална мрежа на БТК, стълбовете за улично осветление, които са общинска собственост или чрез изграждане на собствени. КЗК ги отхвърля като взаимозаменяеми, тъй като са по-скъпи и определя съответния продуктов пазар като: „пазарът на предоставяне на достъп до стълбовата мрежа ниско напрежение“.

На този пазар, Операторът е единствен участник и като такъв е определен като господстващо предприятие. Също така е установено, Операторът не води разделно счетоводство за дейности извън лицензионната.

### 2.2.1. Заключение на КЗК

КЗК приема, че при предоставянето на стълбовете на НН под наем Операторът налага едностранно необосновано високи цени, което поведение е квалифицирано като експлоатативна злоупотреба.

Според КЗК, цената е необосновано висока, защото не е счетоводно доказана, тъй като Операторът не е доказал стойността на отделните разходи които прави при отдаването под наем на стълбовете си НН.

### 2.2.2. Решение на 3-членен състав на ВАС



3-членен състав на ВАС отменя изцяло решението на КЗК със следните аргументи:

1. Операторът не е предоставил изискваните доказателства за разходи, на която отдава под наем стълбовната си мрежа НН, но доказателствената тежест за необосновано високата цена е на КЗК, а не на дружеството, според чл. 2 от Регламент (ЕО) № 1/2003 г. на Съвета.
2. Съдът приема заключение на тройна съдебно-техническа експертиза, според която реалната стойност на наемната цена е много по-висока от определената от оператора.
3. Дружеството не е реализирало печалба, а е реализирало загуби от така определената от него наемна цена, която е по-ниска от икономическата си себестойност.
4. Разходите, произтичащи от лицензионната дейност на дружеството, са предмет на регулация от страна на КЕВР, а относно другите разходи за допълнителната дейност, освен задължението за разделното им осчетоводяване, няма друго нормативно задължение.
5. За разходите за допълнителната дейност на дружеството, в това число и тези за отдаване под наем на стълбовете НН, дружеството няма нормативно задължение как да ги осчетоводява. Това е въпрос на неговия сметкоплан.
6. Следователно, дружеството не е нарушило задължението си по чл. 37 ЗЕ и Наредба № 1.
7. Цената не е необосновано висока, поради което дружеството не е извършило нарушение по чл. 21, т. 1 ЗЗК.

### 2.2.3. Въпроси за дискусия

Казусът поставя много въпроси за дискусия, като например правилно ли е определен съответния пазар. КЗК определя пазара на базата на това, че кабелните оператори са посочили, че стълбовната мрежа е „предпочитана инфраструктура”. В тази връзка, ако се проложи стандартния тест за определяне на господстващо положение, SSNIP тест, ще се получи, че при повишаване на цената за наем на стълбовната мрежа, кабелните оператори ще се пренасочат към алтернативни средства. В този смисъл, ако операторът повиши наемната цена на стълбовната мрежа, в съответния пазар ще попаднат и други предприятия и операторът няма да е с господстващо положение.

Следващият въпрос за дискусия е дали така определеният пазар наистина представлява пазар, тъй като господстващо положение не е свободно да реши дали да допусне или не ползването на стълбовата мрежа, защото законодателството го принуждава да търпи ползването, когато лицензирани по ЗЕС лица пожелаят това.

Тема за дискусия може да представлява и дали правилно е квалифицирано анализираното от КЗК поведение. Инфраструктурата на всеки един от операторите има по естеството си характера на съществено съоръжение, което



означава, че поведението би следвало да се квалифицира по чл. 21, т. 5 ЗЗК. В подкрепа на този аргумент е и определения от КЗК пазар, а именно 'пазар на достъп до стълбовата мрежа'.

Достъпът по ЗЕС се предоставя под контрола на Комисията за регулиране на съобщенията, а не на КЗК. За достъпа по ЗЕС съществува възможност за налагане на задължение за разделно счетоводство (чл. 169 ЗЕС) от КРС, при разходоориентирани цени (чл. 170).

С Решението си КЗК обосновава нарушение поради липса на разделно счетоводство.



## Икономически основи на вертикалните ограничения на конкуренцията

Мирослава Маринова

Настоящата лекция започва с представяне на правната рамка за оценка на вертикалните споразумения. Целта е да се покаже, че никъде няма изрично разграничение между хоризонтални и вертикални споразумения, което затруднява тълкуването от юристи без специфични и задълбочени познания по конкурентно право. Целта също така е да представи в кои случаи се предвижда икономически анализ.

### 1. Правна рамка

Чл. 15 ЗЗК въвежда обща забрана за антиконкурентни споразумения.

Чл. 16 ЗЗК предвижда, че забраната не се прилага за споразумения с незначителен ефект (изрично е споменато разграничението 10% пазарен дял за хоризонтални и 15% за вертикални). Въведени са правила за споразуменията с незначителен ефект върху конкуренцията (*de minimis*) Решение КЗК 125/2009 г.

Чл. 17 ЗЗК предвижда възможност за освобождаване от забраната, ако са изпълнени 4-те условия.

Чл. 18 ЗЗК предвижда възможност за освобождаване на определени категории споразумения, които изпълняват условията по чл. 17.

Чл. 15 ЗЗК и чл. 101 ДФЕС се прилагат както за хоризонтални, така и за вертикални споразумения, съответно чл. 17 ЗЗК и чл. 101, ал. 3 ДФЕС освобождават от забраната тези споразумения, чиито ползи компенсират антиконкурентния им ефект.

За повечето вертикални ограничения опасенията за конкуренцията могат да възникнат само ако има известна степен на пазарна мощ на ниво доставчик или купувач или и на двете нива. Това ограничава обхвата на прилагане на член 101 до предприятия, притежаващи определена степен на пазарна мощ.

Приема се, че вертикалните ограничения обикновено са по-малко вредни от хоризонталните ограничения и могат да осигурят значителни възможности за ефективност.

Много важна разлика между хоризонталните споразумения и вертикалните ограничения е, че първите се сформират с цел 'колюзия', най-общо и постигане на резултат близък до монопол (картелната цена може да е фиксирана на монополно високи нива), докато вертикалните се сформират с цел изключване на конкурент (Michael Whinston, Lecturers of Antitrust economics, 2006).



В случай, че вертикално споразумение съдържа твърдо ограничение на конкуренцията означава, че не може да изпълни условията за освобождаване по чл. 101, ал. 3, поради което Регламента за групово освобождаване не може да се приложи.

Групово освобождаване от забраната ЗЗК – не се споменава, че става въпрос за вертикални ограничения!

Съгласно чл. 18, ал. 1 определени категории споразумения, решения и съгласувани практики, които отговарят на изискванията по чл. 17, могат да бъдат освободени от забраната по чл. 15 с решение на комисията, което не подлежи на обжалване. То се публикува в регистъра по чл. 68.

Когато комисията установи в резултат на проучване, че дадено споразумение, решение или съгласувана практика, попадащи в обхвата на решението по ал. 1, не са в съответствие с изискванията по чл. 17, тя постановява, че решението за групово освобождаване не се прилага в конкретния случай, като не налага предвидената в закона санкция за нарушение по чл. 15 и посочва срок, в който страните трябва да приведат споразумението си в съответствие с чл. 17 или да го прекратят. (чл. 18, ал. 2 ЗЗК)

Когато комисията установи в резултат на проучване, че определено споразумение, решение или съгласувана практика има несъвместим с чл. 81, ал. 3 от Договора за създаване на Европейската общност ефект върху територията на страната или на част от нея, притежаваща всички характеристики на отделен географски пазар, тя постановява, че разпоредбите на съответния регламент на Европейския съюз за групово освобождаване от забраната по чл. 81, ал. 1 от Договора за създаване на Европейската общност не се прилагат в конкретния случай, като не налага предвидената в закона санкция за нарушение по чл. 81, ал. 1 от Договора за създаване на Европейската общност и посочва срок, в който страните трябва да приведат споразумението си в съответствие с изискванията на чл. 81, ал. 3 от Договора за създаване на Европейската общност или да го прекратят. (чл. 18, ал. 3 ЗЗК)

С Решение на КЗК 55/2011 г. са определени категориите споразумения, които са освободени от забрана – МПС, застрахователен сектор, споразумения за специализация и трансфер на технологии.

## 2. Уредба в ЕС

- Регламент 1/2003
- Регламент 330/2010 (2010/С 130/01) на Комисията от 20 април 2010 г. относно прилагането на член 101, параграф 3 от Договора за функционирането на Европейския съюз по отношение на категории вертикални споразумения и съгласувани практики, известен като Регламент за групово освобождаване
- Регламент 461/2010 – моторни превозни средства



- Известия на Комисията (незадължителни актове 'soft law')
- Известие на Комисията относно споразумения с незначителен ефект
- Известие на Комисията относно вертикалните ограничения
- Известие на Комисията, касаещо пазарите, свързани с МПС.

### 3. Въведение

„Вертикално ограничение“ означава споразумение или съгласувана практика, сключени между две или повече предприятия (**независими**), всеки от които действа за целите на споразумението или съгласуваната практика на различно ниво от производствената или дистрибуторската верига и отнасящо се до условията, в които страните могат да купуват, продават или препродават определени стоки или услуги;

„Вертикално ограничение“ означава ограничаване на конкуренцията във вертикално споразумение, попадащо в приложното поле на член 101, ал. 1 от Договора. По отношение на вертикалните споразумения се допуска се паралелно прилагане на чл. 101 и чл. 102.

Регламента налага праг от 30% пазарен дял, който се отнася за двете страни на вертикалното споразумение. Споразумения в които страните имат пазарен дял под прага са освободени от приложното поле на чл. 101, ал. 1. По този начин една от основните ползи от реформата е възможността Комисията и националните органи за конкуренция да избягват оценката на споразумения, които са по-малко склонни да създадат антиконкурентни ефекти (пазарен дял под 30%) и да се съсредоточат върху споразумения, които биха могли да навредят на потребителите поради пазарната мощ на страните по споразумението. Основните възможни отрицателни последици, които биха могли да възникнат от вертикалното споразумение, са ограничаването на конкуренцията и увреждането на потребителите.

Въвеждането на 30-процентния праг на пазарния дял от Европейската комисия показва позицията ѝ да третира господстващите дружества по-сурово, отколкото тези които не са, и които могат свободно да практикуват вертикални споразумения (с изключение на твърдите ограничения). Под 30% пазарен дял може да бъде освободено споразумение, с изключение на твърдите ограничения, изброени в член 4 от РГО, които не могат да се възползват от защитата.

Агентски договори не попадат в хипотезите на забраната.

### 4. Споразумения по цел или резултат

Споразумения, които ограничават конкуренцията по цел, се наричат твърди ограничения на конкуренцията. Ако едно споразумение не ограничава



конкуренцията по своята цел, трябва да се направи проучване дали то има за резултат ограничаване на конкуренцията. В тези случаи трябва да се вземат предвид както реалните, така и потенциалните ефекти - споразумението трябва да има вероятни антиконкурентни ефекти. При ограниченията на конкуренцията по резултат не съществува презумпция за антиконкурентни ефекти.

### *Изключения – твърди ограничения на конкуренцията ‘черен списък’*

Регламентът посочва изключения, т.нар. твърди ограничения на конкуренцията, за които Регламентът не е приложим:

- поддържане на фиксирани и минимални цени на препродажба;
- ограничения, осигуряващи пълна териториална защита (териториална изключителност) - ограничава се територията или клиентите, на които дистрибуторът може да продава;
- ограничаване на насрещни доставки между дистрибутори, в рамките на селективна дистрибуторска система;
- ограничаването на активните продажби или на пасивните продажби за крайните потребители от страна на членовете на селективна дистрибуторска система, които действат на пазара като търговци на дребно.

## **5. Икономически анализ при вертикални ограничения на конкуренцията**

Анализът започва с определяне на съответния пазар и пазарни дялове. За да се приложи груповото освобождаване, пазарният дял на доставчика и пазарният дял на купувача трябва да бъде 30% или по-малко. Ако съответният пазарен дял е над прага от 30% за доставчика и/или купувача, е необходимо да се прецени дали вертикалното споразумение попада в обхвата на чл. 101, ал. 1 (Насоки, пара 110б). Ако вертикалното споразумение попада в обхвата на чл. 101 ал. 1, е необходимо да се проучи дали той отговаря на условията за освобождаване съгласно чл. 101, ал. 3.

Потенциален риск за конкуренцията е, че участниците на пазара могат да се съгласуват кой колко да произведе и да пресъздадат ефект на монопол.

При оценката на случаите над прага на пазарния дял от 30%, Комисията предприема пълен конкурентно правен анализ, който включва оценка на:

- а) естеството на споразумението;
- б) пазарната позиция на страните;
- в) пазарната позиция на конкурентите;
- г) пазарната позиция на купувачите на договорените продукти;
- д) бариери за навлизане на пазара;



- е) зрялост на пазара;
- ж) ниво на търговия;
- з) естеството на продукта.

## **6. Икономически анализ на специфични форми вертикални споразумения**

### **6.1. Изключително снабдяване с продукт от една марка**

При този вид вертикални споразумения купувачът е длъжен или принуден да концентрира поръчките си за определен вид продукт от един доставчик. Споразумението за неконкуриране се основава на задължение или схема за стимулиране, при които купувачът купува повече от 80% от своите изисквания на конкретен пазар само от един доставчик (при този тип споразумения се прилага чл. 102 – отстъпки за лоялност).

Тези споразумения може да съдържат и т.нар “английска клауза”, според която се изисква купувачът да докладва на доставчика по-добри оферти и да приема само тези, които доставчикът не може да изпълни и с негово съгласие.

Възможните рискове за конкуренцията са блокиране на пазара на конкурентни доставчици и потенциални доставчици, ограничаване на конкуренцията и улесняване на тайните споразумения между доставчиците. Негативен ефект може да настъпи, когато конкурентите нямат равен достъп до пазара, поради условието купувачите да купуват изключително от един доставчик, особено ако тъй като въпросният доставчик е неизбежен търговски партньор поне за част от търсенето на пазара, например защото неговата марка е “запазена стока”, предпочитана от много крайни потребители, или защото ограниченията на капацитета на другите доставчици са такива, че част от търсенето може да бъде осигурена само от въпросния доставчик.

В оценката на тези споразумения пазарната позиция на доставчика е от основно значение за оценка на евентуалните антиконкурентни ефекти от задълженията за продажба на една марка.

### **6.2. Споразумения за изключителна дистрибуция**

При този тип споразумения доставчикът се съгласява да продава своите продукти само на един дистрибутор с цел препродажба на определена територия. В същото време дистрибуторът обикновено е ограничен при активните си продажби в други (изключително разпределени) територии.

Възможни рискове за конкуренцията са:



- ограничаване на конкуренцията в рамките на една марка чрез отстраняване на дистрибутори и разпределянето на пазара;
- когато повечето или всички доставчици прилагат споразумения за изключителна дистрибуция, може да се улесни възникване на тайни споразумения както на ниво доставчици, така и на дистрибутори.

Освобождаване е възможно, когато пазарният дял на доставчика не надвишава 30%, дори и в съчетание с други вертикални ограничения (без трърди ограничения).

При оценката на тези споразумения се извършва икономически анализ, който включва определяне на:

- Пазарната позиция на доставчика и неговите конкуренти - загубата на конкуренция в рамките на една марка може да бъде проблематична само ако конкуренцията между марките е ограничена. Колкото по-силна е позицията на доставчика, толкова по-сериозна е загубата на конкуренция в рамките на една марка. Над прага на пазарния дял от 30% може да съществува риск от значително намаляване на конкуренцията в рамките на една марка.
- Барьерите за влизане, които могат да възпрепятстват доставчиците от създаването на нови дистрибутори или намирането на алтернативни дистрибутори, са не по-малко важни при оценката на възможните антиконкурентни ефекти от изключителната дистрибуция.
- Силата на купувача може също така да увеличи риска от тайни споразумения от страна на купувачите, когато споразуменията за изключителна дистрибуция се налагат от важни купувачи, вероятно разположени на различни територии, на един или няколко доставчици.
- Зрялост на пазара - загубата на конкуренция в рамките на една марка може да представляват сериозен проблем на един зрял пазар, докато при пазари с нарастващо търсене, променящи се технологии и променящи се пазарни позиции може да са ефективни.
- Ниво на търговия - възможните отрицателни ефекти могат да се различават между нивото на търговия на едро и на дребно. Изключителната дистрибуция се прилага главно при разпространението на крайни стоки и услуги.
- В случай, че дистрибуторът не е ограничен да продава само една марка, няма реално ограничаване на достъпа до пазара.
- Проконкурентен ефект – дистрибуторът е провокиран да инвестира в изграждане на имидж на марката, както и да реализира икономия на разходите за логистика.
- Проконкурентен ефект се очаква при въвеждане на нови продукти или такива, чиито качества не могат да бъдат оценени преди употреба.

### 6.3. Споразумения за изключителна доставка



При този тип вертикални споразумения основен предмет е задължението на доставчика да доставя само или главно на един купувач (дистрибутор). Такива ограничения могат да бъдат под формата на задължение за изключителна доставка, което ограничава доставчика да продава само на един купувач с цел препродажба или определена употреба, но може също така да бъде под формата договорени стимули между доставчика и купувача. Основният риск за конкуренция при изключителна доставка е антиконкурентното отстраняване на други купувачи.

Икономическият анализ, който се извършва при оценката на този тип вертикални споразумения, е следният:

- Изключителното предлагане се освобождава от Регламента за групово освобождаване, когато както пазарът на доставчика, така и на купувача не надвишава 30%, дори ако е съчетано с други вертикални ограничения, като неконкуриране.
- Пазарният дял на купувача на пазара за покупки нагоре по веригата е очевидно важен за оценката на способността на купувача да наложи изключителна доставка, която възпрепятства достъпа на други купувачи до доставки.
- Значението на купувача на пазара надолу по веригата обаче е фактор, който определя дали може да възникне конкурентен проблем. Ако купувачът няма пазарна мощ надолу по веригата, тогава не могат да се очакват значителни отрицателни ефекти за потребителите.
- Обхват и продължителност - колкото по-голям е дялът на обвързаната доставка и колкото по-дълга е продължителността на изключителното предлагане, толкова по-голяма е вероятността за ограничаване на конкуренцията.
- Договорите за изключителни доставки по-кратки от пет години, обикновено изискват балансиране на проконкурентните и антиконкурентни ефекти, докато споразумения с продължителност над пет години не се считат за необходими за постигане на заявената ефективност или ефективността не е достатъчна, за да компенсира ефекта на ограничаване на конкуренцията.

## 6.4. Обвързани продажби

Това са вертикални споразумения, при които клиентите, които закупуват един продукт (обвързващ продукт), се изисква да закупуват друг отделен продукт (обвързаният продукт) от същия доставчик или от някой, посочен от последният. Обвързаните продажби може да представляват злоупотреба по смисъла на чл. 102, ал. 2.



Може да представлява и вертикално ограничение, попадащо в обхвата на член 101, когато води до задължение за изключително снабдяване с обвързания продукт. Само в последната ситуация се разглеждат тези насоки.

Споразумение за обвързани продажби се освобождава съгласно Регламента за групово освобождаване, когато пазарният дял на доставчика както на пазара на обвързания продукт, така и на пазара на обвързващия продукт, и на пазарния дял на купувача на съответните пазари нагоре по веригата не надвишава 30%. Споразумението може да бъде комбинирано с други вертикални ограничения, които не са в черния списък. Когато се установят значителни антиконкурентни ефекти, възниква въпросът дали са изпълнени условията на чл. 101, ал. 3.

## 6.5. Ограничения, свързани с фиксиране на препродажни цени (resale price maintenance)

Споразумения или съгласувани практики, чийто пряк или косвен обект е установяването на фиксирана или минимална цена за препродажба, която да се спазва от купувача, се третират като твърдо ограничение на конкуренцията (в САЩ в делото *Leegin Creative Leather Products Inc v PSKS, Inc*, (2007) 551 US 877 Съдът променя 100-годишна практика).

При оценката на тези вертикални споразумения следва да се има предвид, че е допустимо установяване на максимални или препоръчителни цени в случай, че не са стимул за фиксиране на минимални цени.

Когато едно споразумение включва RPM, се предполага, че това споразумение ограничава конкуренцията и по този начин попада в обхвата на чл. 101, ал. 1. Това поражда презумпцията, че споразумението е малко вероятно да изпълни условията на чл. 101, ал. 3, поради което груповото освобождаване не се прилага.

Въпреки това, предприятията имат възможност да се позовават по чл. 101, ал. 3, с което се задължават да докажат, че вероятната ефективност е резултат от включването на такава клауза и, че са изпълнени всички условия по чл. 101, ал. 3.

Комисията трябва да оцени ефективно възможните отрицателни ефекти върху конкуренцията и потребителите, преди да реши дали условията на RPM могат да ограничат конкуренцията по няколко начина. Първо, RPM може да улесни тайните споразумения между доставчиците чрез повишаване на ценовата прозрачност на пазара, като по този начин улеснява разкриването дали даден доставчик се отклонява от тайното споразумение чрез намаляване на цената му. Второ, чрез премахване на ценовата конкуренция в рамките на една марка RPM може също да улесни тайно споразумение между купувачите, т.е. на ниво разпространение. Трето, RPM може да ограничи конкуренцията между производителите и/или между търговците на дребно, особено когато производителите използват едни и същи дистрибутори за разпространение на своите продукти и RPM се прилага от всички или много от тях. Четвърто,



непосредственият ефект на RPM ще бъде, че всички или някои дистрибутори са възпрепятствани да намалят продажната си цена за тази конкретна марка – т.е. директният ефект от RPM е увеличение на цените. Пето, RPM може да се реализира от производител с пазарна мощ, за да изключи по-малките си конкуренти .

## 6.6. Споразумения за селективна дистрибуция

При този вид вертикални споразумения доставчикът сключва договори с ограничен брой оторизирани дистрибутори, които са определени на базата на критерии за селекция, свързани с естеството на продукта (маркови продукти).

ЕК допуска да се ограничи препродажба от неоторизирани дистрибутори с цел запазване имиджа на марката.

Допустимо е всеки оторизиран дистрибутор да получи определен район и да няма право да продава извън него (в Хюндай, КЗК квалифицира забрана за кръстосани доставки в рамките на селективна мрежа за дистрибуция на нови автомобили и оригинални резервни части като твърдо ограничение).

Допустимо е забрана на продажба на конкурентни марки.



## Икономически основи на свърхценообразуването, хищническото ценообразуване, ценови преси, практики на обвързване и пакетни продажби

*Мирослава Маринова*

### 1. Забрана за злоупотреба с монополно или господстващо положение

Чл. 21 ЗЗК: Забранено е поведението на предприятия с монополно или господстващо положение, както и на две или повече предприятия със съвместно господстващо положение, което може да предотврати, ограничи или наруши конкуренцията и да засегне интересите на потребителите, като:

1. пряко или косвено налагане на цени за покупка или продажба или други нелоялни търговски условия;
2. ограничаване на производството, търговията и техническото развитие във вреда на потребителите;
3. прилагане на различни условия за един и същ вид договори по отношение на определени партньори, при което те се поставят в неравноправно положение като конкуренти;
4. поставяне на условията на договори в зависимост от поемането от другата страна на допълнителни задължения или сключване на допълнителни договори, които по своя характер или съгласно обичайната търговска практика не са свързани с предмета на основния договор или с неговото изпълнение;
5. необоснован отказ да се достави стока или да се предостави услуга на реален купувач.

#### 1.1. Видове злоупотреби

Различават се два основни вида злоупотреба - експлоатативни злоупотреби и структурни злоупотреби. Това разграничение е изведено от съдебната практика.

Когато дадена компания се ангажира с поведение, несвързано с конкуренцията, основана на резултати и което не създава ефективност, потребителите биха могли да бъдат засегнати - пряко, когато цените се повишат над конкурентното ниво (експлоатативна злоупотреба) или непряко, когато



конкурентната структура на пазара (злоупотреба с изключване/антиконкурентно поведение, което намалява конкуренцията). (Case C-6/72 *Continental Can Company v Commission* [1973] ECR 215, para 26; *Hoffmann La-Roshe*, para 89 at seq and 125; *British airways* para 244, *Suiker Unie* para 518; *Michelin I* para 70.)

## 1.2. Икономически анализ при експлоатативни злоупотреби

Експлоатативната злоупотреба е поведение на предприятие с господстващо положение, при което се използват „всички възможности, възникващи от нейната позиция, по такъв начин, че да се пожънат **търговски печалби**, каквито не биха били постигнали, ако на пазара имаше достатъчно конкуренция“ (дело *United Brands*). Същото определение е възприето в „**Новата правна уредба на защита на конкуренцията**“ (с авторски колектив от служители и бивши членове на КЗК, стр. 209).

**Правни тестове за наличие на прекомерни цени, изведени от европейската съдебна практика:**

Случаите на установени прекомерно високи цени в европейската практика се считат за прецеденти, тъй като са ограничени само до няколко решения, най-известни от които са *United Brands*, *General Motors*, *British Leylan* и най-скорошното - *Port of Helsingborg*.

В делото *United Brands*, Съдът на ЕС посочва, че „...налагането на цена, която е прекомерна, защото няма разумна връзка със икономическата стойност („economic value“) на продукта е ...злоупотреба“. Съдът на ЕС също така извежда за първи път двустепенния тест за доказване на прекомерни цени, при който:

- 1) първо се установява дали приходите от продажбата на изследвания продукт/услуга превишават прекомерно разходите по неговото производство (т.нар. „ценови анализ на теста“) и в случай, че това се установи,
- 2) дали цената е прекомерна спрямо икономическата стойност на продукта или в сравнение с други подобни продукти (т.нар. „сравнителен анализ на теста“).

В Решението по делото *Port of Helsingborg*, Съдът на ЕС потвърждава, че двете степени на теста са кумулативни условия за установяване на прекомерни цени.

**Възможни сравнителни тестове, които се прилагат и са в съответствие със заключението на Съда в *United Brands*:**

- 1) Сравнение на цената с разходите за производството на продукта/услугата;



- 2) Сравняване на цената между различни пазари или между цените на конкуренти;
- 3) Сравняване на цената в различни географски пазари (Решение на КЗК № 32 от 16.01.2013 г.; докато в Решение № 449 от 27.05.2015 г. КЗК отхвърля тази възможност, тъй като предприятията не били конкуренти и поради това цените не били обективен референт);
- 4) Сравняване на цената на господстващото предприятие в динамика за определен период от време (Решение на КЗК 628/2007 г., където е установено, че „Кремиковци Трейд“ ЕООД е увеличило цената необосновано в интервала от 88% до 162% в сравнение с началото на изследвания период).

### **1.3.Роля на икономическите анализи в прилагането на чл. 102 ДФЕС при структурни злоупотреби**

ЕК инициира реформа с която налага икономическия подход при прилагането на чл. 102 чрез приемане на Насоки относно приоритетите на Комисията по прилагане на член 82 от Договора за ЕО [понастоящем чл. 102 от ДФЕС] на злоупотреба с поведение за изключване от страна на предприятия с господстващо положение.

Съгласно Насоките, подходът, основаващ се на ефекта, се съсредоточава върху наличието на антиконкурентни ефекти, които вредят на потребителите и такива ефекти трябва да бъдат идентифицирани чрез икономически анализ.

Насоките налагат общ подход към практиките на отстраняване на конкуренти, като анализа включва следните стъпки:

1. Пазарна мощ - Първата стъпка при прилагането на чл. 102 е да се прецени дали едно предприятие се намира в господстващо положение и каква е степента на неговата пазарна мощ. Оценката на господството трябва да вземе под внимание конкурентната структура на пазара и особено следните фактори:
  - натиск, оказан от съществуващите доставки от настоящите конкуренти и тяхното пазарно положение (пазарното положение на господстващото предприятие и неговите конкуренти),
  - натиск, оказан от реална заплаха от бъдещо разрастване на настоящите или навлизането на нови конкуренти (разрастване и навлизане),
  - натиск, оказан от клиентите на предприятието благодарение на мощта им при договаряне на условия (уравновесяваща покупателна мощ).
2. Препятстване, нанасящо вреда на потребителите („антиконкурентно препятстване“)



Комисията акцентира на термина “антиконкурентно препятстване” и пояснява, че ще се намесва, единствено когато разглежданата практика е в състояние или вече е възпрепятствала конкуренцията с предприятия, които се считат за толкова ефикасни, колкото и господстващото предприятие (т.нар. Тест на равностойно ефективния конкурент).

За да определи дали дори един хипотетичен, равностоеен по ефикасност конкурент може да бъде блокиран от господстващото предприятие, Комисията ще провери икономическите данни, свързани с разходите и продажните цени, и най-вече дали господстващото предприятие предлага цени, които не покриват разходите.

Насоките въвеждат теста на равностойно ефективния конкурент, който е приет за най-добрият инструмент за разграничаване на проконкурентно от антиконкурентно поведение на господстващо дружество и се превръща в същността на новия подход. Тестът предполага сравняване на разходите и действителните цени на господстващо дружество, за да се прецени дали жертва печалба. Ако цените на господстващото дружество са под себестойността, „ефективен конкурент“ със същата структура на разходите не би могъл да съпостави цените си и по този начин да се конкурира, без да понесе загуба.

Тестът на равностойно ефективния конкурент беше приложен и одобрен от Европейските съдилища по отношение на случаите на злоупотреба с господстващо положение по отношение на практики за отказ на достъп чрез свиване на маржовете (TeliaSonera и Deutsche Telekom) и практиките за ниски цени (Post Danmark I). В тези случаи, Съдът заключава, че при ценови злоупотреби е налице задължение за извършване на теста, тъй като „не е възможно да се прецени дали дадена цена представлява злоупотреба, без да се сравняват с разходите“ (Интел, пара.152).

Презумпцията е, че антиконкурентният ефект не може да се предположи без провеждането на икономически анализ, поради което и теста на равностойно ефективния конкурент е признат за правен стандарт при оценката на злоупотребите, основаващи се на цените. В този смисъл теста се използва като инструмент за оценка на антиконкурентния ефект при злоупотребите, основани цените.

## 2. Хищническо ценообразуване

Господстващото предприятие се е впуснало в хищнически прояви като умишлено търпи загуби или се отказва от печалба в краткосрочен план (наричани по-долу „жертване“), така че да блокира или да бъде в състояние да блокира един или повече от настоящите или потенциалните си конкуренти с цел да засили или да задържи пазарната си мощ, като по този начин причинява вреда на потребителите.



Определянето на по-ниска цена за всички или за определена част от продукцията си през разглеждания период от време или ако е увеличило продукцията си през същия този период, господстващото предприятие е претърпяло или търпи загуби, които биха могли да бъдат избегнати.

Правният тест в случаите на хищническо ценообразуване е изведен в делото AKZO (1983) с което Съда въвежда теста базиран на разходите. Същността на теста е следната:

Когато се установи, че цените са под средните променливи разходи, господстващото предприятие цели да отстрани конкурент, тъй като всяка продажба му носи загуби, поради което поведението се квалифицира като злоупотреба.

Когато се установи, че цените са под средните общи разходи, но над средните променливи разходи, поведението представлява злоупотреба само, ако се установи, че стратегията е част от план за елиминиране на конкурент/и.

В академичните среди се дискутира усилено дали е необходимо ли е да се докаже, че след отстраняване на конкурента, господстващото предприятие ще увеличи цените, за да възстанови загубите си.

Хищническата стратегия може да бъде неуспешна, когато:

- няма сигурност, че конкурентът ще бъде отстранен бързо (ценовата война не може да продължи дълго);
- ако конкурентът бъде отстранен, каква е сигурността, че няма да навлезе отново (пример, Летище София).

Тези въпроси нямат връзка с правния стандарт, наложен от Европейските съдилища.

Темата за възможността на господстващото предприятие да възстанови загубите е основен момент в делото Tetra Pak II (1992), което разглеждаме накратко:

*ЕК установява цени под себестойност, които не се оспорват от господстващото предприятие.*

*Tetra Pak II твърди, че продажбите на загуба са антиконкурентни само ако е възможна фаза в която след това да се възстановят тези загуби, т.е. конкурента е отстранен и цените са увеличени, като се позовава на делото Brooke Group, 1993, с уточнението, че делото е американско и там правния стандарт се различава от европейския.*

*Първоинстанционният съд (сега Общ съд) отхвърля този довод и постановява, че не е необходимо доказване на фазата на възстановяване, защото самия риск от елиминиране на конкуренцията е достатъчен, за да се квалифицира поведението като злоупотреба. В това дело, Съдът потвърждава правния тест изведен в AKZO. В последствие и в делото C-202/07, France Télécom v Commission, тестът е потвърден, но също и че не е необходимо да се установи фаза на възстановяване на загубите.*



Това отново повдига въпрос за дискусия: Ако няма фаза на компенсиране на загубите как се увреждат потребителите?

Комисията не смята, че е необходимо да се докаже, че конкурентите са напуснали пазара, за да се докаже наличието на антиконкурентно препятстване.

Възможно е господстващото предприятие да предпочете да предотврати силната конкуренция с даден конкурент и да го накара да следва цените на господстващото предприятие, отколкото изцяло да го отстрани от пазара.

Възможни са и други форми на хищничество, които не са свързани с цени.

Концепцията за злоупотреба не е лимитирана до експлицитно изброените форми на злоупотреба в чл. 21 ЗЗК (чл. 102 ДФЕС). Концепцията за хищничество също не е лимитирана само до ценообразуването. Като примери могат да се посочат следните форми на неценово хищничество:

- хищническа рекламна кампания (разходите за реклама се увеличават над нивата на печалба);
- хищническа продуктова диференциация (въвеждат се всевъзможни марки и модификации на продукта, поради което новонализахт участник трудно може да намери пазарна ниша в която да позиционира продукта си).

Пример: Darlington Bus (1995) – господстващото предприятие ‘краде’ почти целия персонал на конкурента си до степен последният да не е в състояние да предоставя услуги, с което на практика е отстранен от пазара.

### 3. Обвързващи и пакетни продажби

В някои случаи е възможно господстващо предприятие да обвърже клиенти, които купуват един продукт (обвързващият продукт), да са задължени също да купуват друг продукт от господстващото предприятие (обвързаният продукт).

Обвързването може да се осъществи на техническа (обвързващият продукт е замислен така, че да работи изправно единствено с обвързания продукт) или договорна основа.

Това поведение може да доведе до вреда на потребителите, тъй като чрез обвързване или пакетиране може да се блокира пазара за другите продукти, които са част от обвързването или пакета (наричан обвързан пазар).

За да има антиконкурентен ефект от обвързването, трябва да са налице следните условия:

- обвързващият и обвързаният продукт са отделни; и
- обвързващата практика има вероятност да доведе до антиконкурентно препятстване.

Обвързаните продажби могат да произведат анти-конкурентни ефекти на обвързания, на обвързващия, или и на двата пазара едновременно.



Рискът от антиконкурентно препятстване е по-голям, когато господстващото предприятие придава на своята обвързваща или пакетна стратегия траен характер, например чрез техническо обвързване, от което е прекалено скъпо да се избяга.

Ако обвързващият и обвързаният продукт могат да бъдат използвани в променливи пропорции като ресурс за производствения процес, клиентите могат да реагират на увеличението на цените на обвързващия продукт, като увеличат търсенето на обвързания и го намалят за обвързващия продукт.

Чрез обвързването на два продукта господстващото предприятие може да иска да избегне тази взаимозаменяемост и в резултат на това да увеличи цените.

Ако цените, по които продава господстващото предприятие, са регламентирани на обвързващия пазар, обвързването може да позволи на господстващото предприятие да увеличи цените си на обвързания пазар, за да компенсира загубата на приходи, причинени от регулирането на обвързващия пазар.

Ако обвързаният продукт е важен допълнителен продукт за клиентите на обвързващия продукт, намаляването на броя на алтернативните доставчици на обвързания продукт и вследствие на това намаляване на предлагането на този продукт, може да направи навлизането единствено на обвързващия пазар по-трудно.

#### 4. Отказ на доставки и свиване на маржовете

Отказът на доставки може да представлява злоупотреба с господстващо положение само ако са налице следните обстоятелства. Първо, господстващото предприятие участва на два свързани вертикално пазари, като например пазар на производство на дадена суровина и пазар на който тази суровина се използва за производство на краен продукт и се конкурира на пазара надолу по веригата с участници, които оперират само на второто ниво. Второ, продуктът/услугата, за който е отказан достъп, е обективно необходим за ефективната конкуренция на пазара надолу по веригата и няма алтернативен продукт, с който може да се замести.

Терминът „надолу по веригата“ се използва, за да се обозначи пазар, на който производственият ресурс, за който е отказана доставка, е необходим за производството на продукт или извършването на услуга. Пример може да бъде пазара на интернет услуги, който, за да оперира има нужда от достъп до телекомуникационната мрежа на господстващ оператор. Ако господстващото предприятие оперира и на пазара на интернет услуги, то може да опита да затрудни достъпа на конкурентите си на този пазар, като просто им откаже достъп до мрежата. Без достъп, конкурентите не могат да оперират, което би могло да ги отстрани от пазара. Отказът не е необходимо да е действителен, „конструктивният отказ е достатъчен“. Конструктивният отказ може например да приеме формата на неоправдано забавяне или да възпрепятства доставката с



други средства, или да наложи неприемливи условия срещу извършването на доставката.

Пример от европейската практика е делото *Commercial Solvents v Commission*, където Съда казва: „Предприятие, което има господстващо положение на пазара на суровини, което с цел да резервира такава суровина за производство на собствени производни, отказва да достави клиент, който сам по себе си е производител на тези деривати и поради това рискува да премахне конкуренцията от страна на този клиент, злоупотребява с господстващото си положение“. (Параграф 25)

Господстващото предприятие може да изиска такава цена за продукта на пазара нагоре по веригата, в сравнение с цената, по която продава на пазара надолу по веригата, че дори и равностоен по ефективност конкурент да не може да търгува рентабилно и трайно на пазара надолу по веригата (така нареченото „свиване на маржовете“). В случая с примера за интернет пазара, това означава, че господстващото предприятие може да наложи цена за достъп до мрежата, която е толкова висока, че да свие маржа на конкурентите до степен в която те не могат да покрият разходите си и са принудени да напуснат пазара.

Пример от европейската практика е делото *Case C-52/09, TeliaSonera v Konkurrentsverket*. В това дело е приложен теста на равностойно ефективния конкурент. Съда постановява, че "Когато дадено предприятие въвежда ценова политика, целяща да отстрани от пазара конкуренти, които са може би толкова ефективни, колкото господстващото предприятие, но поради по-малките си финансови ресурси не са в състояние да устоят на конкуренцията, която се води срещу тях, това предприятие злоупотребява с господстващото си положение "(параграф 40)

Съдът прилага следната Методология:

1. определя маржа на господстващото предприятие между неговата входяща цена и цената му за производния продукт;
2. сравнява маржа със собствените разходи на предприятието с господстващо положение вложени в производния продукт;
3. марж, по-нисък от производствените разходи на господстващото предприятие, показва злоупотреба;
4. обосновка - дори конкурент, който е толкова ефективен, колкото и господстващото предприятие, може да не се конкурира ефективно, защото няма да има печалба.

Отказът на достъп може да има негативен ефект върху конкуренцията, когато се засяга продукт или услуга, които са обективно необходими за ефективната конкуренция на пазара надолу по веригата и няма алтернативен продукт, който може да се замести (без отказания производствен ресурс нито един конкурент не би навлязъл или оцелял на пазара надолу по веригата).



Отказът може да доведе до отстраняване на ефективната конкуренция на пазара надолу по веригата (пазарен дял, брой засегнати конкуренти, обем отклонен от конкурентите към господстващото предприятие).

Отказът може да нанесе вреда за потребителите (когато вследствие на отказа, на блокираните от господстващото предприятие конкуренти се попречи да пуснат на пазара новаторски стоки и услуги и/или когато по-нататъшното развитие на нововъведението може да бъде спряно - Дело Т-201/04 Microsoft/Комисията (2007)).



## Икономически анализ при отстъпки за лоялност като форма на злоупотреба с господстващо положение - казус

*Мирослава Маринова*

Цел на лекцията:

Защо се твърди, че правният стандарт за доказване на антиконкурентни отстъпки за лоялност е неясен, което прави тези дела едни от най-трудните?

Отстъпките за лоялност са една от най-често срещаните форми на злоупотреба с господстващо положение. Европейските съдилища третират отстъпките за лоялност, предоставяни от господстващо предприятие, изключително стриктно, което означава, че такива отстъпки са квалифицирани като злоупотреба с господстващо положение, независимо от това дали те са причинили реални или вероятни антиконкурентни ефекти на съответния пазар. Въпреки строгата презумпция за незаконосъобразност на Комисията, нейният подход последователно се потвърждава от съдилищата на ЕС и е област, в която практиката на Комисията по вземане на решения е била успешна.

Този стриктен подход се основава на презумпцията, че когато дадена компания с господстващо положение предоставя отстъпки за лоялност, поведението се приема за злоупотреба, без да се проучва допълнително евентуалния конкурентен ефект на тези практики на съответния пазар. Поради тази причина този подход се нарича „базиран на формата“.

Основната обосновка на този подход е, че някои практики действително създават голям риск за антиконкурентни ефекти и е малко вероятно да генерират ефективност поне на пръв поглед и като такива, е разумно да се санкционират без по-нататъшна оценка. В тези случаи може да е логично да се предполага, че „ползата/вредата, произтичаща от дадена практика, е толкова ясна и недвусмислена, че няма смисъл да се губят съдебни или регулаторни ресурси при разследването на нейните последици.“

Този подход обаче се основава само на формата на поведението. Понякога антиконкурентното поведение не може да се разграничи от ефективната конкуренция, тъй като отстъпките са широко използвано средство за конкуренция и от компании, които нямат господстващо положение. В тези случаи, ефектът от дадена практика не може да се определи само от формата, а е зависим от контекста за използването на отстъпките и дали има за цел постигане на някаква ефектижност.

### 1. Най-критикуваната съдебна практика



По тази причина много коментатори критикуват този подход в съдебната практика, тъй като отстъпките могат да имат проконкурентен или антиконкурентен ефект, в зависимост от обстоятелствата на всеки отделен случай.<sup>24</sup> Според тях (коментаторите, които са както от академичните среди, така и практикуващи юристи и икономисти) приемането на отстъпки за лоялност е израз на силна конкуренция, която е обща и широко разпространена практика в икономическия живот и създава полза за потребителите не само чрез създаването на по-добри продукти, но и чрез по-ниски цени.<sup>25</sup> "В този смисъл презумпцията за незаконосъобразност на отстъпките за лоялност не може да бъде оправдана, тъй като не може да вземе предвид техния евентуален проконкурентен ефект."<sup>26</sup>

### Какво представляват отстъпките за лоялност?

Условните отстъпки представляват отстъпки за покупки, направени през даден период от време, които надхвърлят определен обем, като отстъпката се получава или за всички покупки (отстъпки със задна дата) или само за тези, които са над задължителния обем (прогресивни отстъпки). При предоставянето на тези отстъпки, господстващото предприятие налага задължение на даден клиент на определен пазар да купува изключително или до голяма степен само от господстващото предприятие или да купува определен процент от общите си нужди.

<sup>24</sup> Guilio Federico, 'The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts in Europe: Towards a More Proactive Economic Approach' (2011) 2(3) *Journal of European Competition Law and Practice*, 277; Gianluca Faella, 'The antitrust assessment of loyalty discounts and rebates' (2008) 4(2) *Journal of Competition Law and Economics*; Damian Geradin, 'A proposed test for separating pro-competitive loyalty rebates from anti-competitive ones' (2008); Hans Zenger, 'Loyalty Rebates and the Competitive Process' (2012) 8(4) *Journal of Competition Law and Economics*; Denis Waelbroeck, 'Michelin II: A Per Se Rule Against Rebates by Dominant Companies?', (2005) 1(1) *Journal of Competition Law and Economics*; J Kallaugher and B Sher, 'Rebates revisited: Anti-competitive Effects and Exclusionary Abuse under Article 82' (2004) 25(5), *European Competition Law Review*; John T Lang and Robert O'Donoghue, 'Defining legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82 EC' (2002), *Fordham Int'l LJ*, 26, 83; David Spector, 'Loyalty Rebates: an Assessment of Competition Concerns and a Proposed Rule of Reason' (2005) (No. 0514). CEPREMAP; Derek Ridyard, 'Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses Under Article 82 - an Economic Analysis' (2002) 23(6), *European Competition Law Review*; John Vickers, 'Abuse of Market Power' (2005) 26(9), *The Economic Journal*, 115(504), F244-F261; Guilio Federico, 'When are Rebates Exclusionary? 26 (2005) *European competition law review* 447; Simon Bishop, 'Delivering Benefits to Consumers or Per se Illegal?: Assessing the Competitive Effects of Loyalty Rebates' (2005) *The pros and Cons of price discrimination* 65; Robert O'Donoghue, 'Over-Regulating Lower Prices: Time for a Rethink on Pricing Abuses under Article 82 EC' in in Claus-Dieter Ehlermann and Isabela Atanasiu (eds), *European Competition Law Annual 2003: What is an Abuse of a Dominant Position?* (Bloomsbury Publishing 2006) 371.

<sup>25</sup> Hans Zenger, 'Loyalty Rebates and the Competitive Process' (2012) *Journal of Competition Law and Economics*.

<sup>26</sup> Robert O'Donoghue and Jorge Padilla, *The law and Economics of Article 102 TFEU* (Second ed, Hard publisher, 2013) 463



## 2. Пример от съдебната практика преди реформата на чл. 102

Установената съдебна практика приема, че предоставянето на условни отстъпки от господстващо предприятие представлява злоупотреба без необходимост да се доказва ефекта от поведението на предприятието.

Европейските съдилища разграничават два вида условни отстъпки: (1) отстъпки срещу задължение за закупуване изключително или (2) определен процент от общия обем покупки, които са необходими на клиента от господстващото предприятие.

За първия вид отстъпки е възприето правилото за 'per se' нарушение, тъй като те са предназначени да ограничат свободата на клиента и способността му да избира други доставчици на продукт или услуга.

### 2.1. Пример за ексклузивни отстъпки Case 85/76 Hoffmann-La Roche & Co AG v Commission [1979] ECR 461

Hoffmann-La Roche е най-големият производител на витамини в света. Произвежда широка гама от витамини и ги продава на клиенти за по-нататъшна употреба в хранителната промишленост, животновъдството и фармацевтичната индустрия.

Съдът установява, че Hoffmann-La Roche е господстващо предприятие на основата на неговия пазарен дял, пазарните дялове на конкурентите, диференциацията на продуктите, технологичното предимство пред конкурентите, разработената мрежа за продажби и липсата на потенциална конкуренция.

Hoffmann-La Roche сключва споразумения със своите купувачи, по силата на които те се ангажират да купуват изключително или процент от общите им нужди от витамини.

Продължителността на повечето от договорите е за неопределен период от време и като такива, те са предназначени за установяване на дългосрочни търговски отношения между Hoffmann-La Roche и неговите клиенти.

Тези споразумения включват отстъпки, изчислени въз основа на общите покупки на всички групи витамини в края на определен референтен период.

В мотивите си Съдът постановява, че когато дадено дружество "притежава много голям пазарен дял, това го прави неизбежен търговски партньор за неговите клиенти.'

Ако дадено дружество, което има господстващо положение, предоставя отстъпки на своите клиенти, при условие че те купуват изцяло или изключително от него, такава схема за отстъпки представлява отстъпка за лоялност и злоупотреба с господстващо положение по смисъла на чл. 102, независимо от



това дали "въпросното задължение е предприето предвид отпускането на отстъпка".

Съдът прави разграничение между отстъпките за лоялност и количествени отстъпки и заключава, че последните са изключително обвързани с закупения обем, докато отстъпките за лоялност "са обвързани с предоставянето на финансово предимство, за да се предотврати получаването на доставките от конкурентни производители".

Установява се, че никой от спорните договори не съдържа отстъпки, свързани с фиксиран или прогнозен обем на покупките, а са на базата на изискване за закупуване на определен обем от нуждите на клиента.

Прогресивната ставка на отстъпките е приета като мощен стимул за купувачите да получат максималния процент от посочените изисквания от Hoffmann-La Roche.

Според Съда този метод за изчисляване на спорните отстъпки има за цел да се постигне не максималното количество, а максималните обем от нуждите на клиента на базата приблизителни оценки за всеки клиент.

Тези две характеристики отличават условните отстъпки от количествени отстъпки, чието изчисление е свързано единствено с закупения обем.

## 2.2. Подходът в Hoffmann-La Roche в съдебната практика до реформата на чл. 102

- Case 322/81 *NV Nederlandsche Baden-Industrie Michelin v Commission* (Michelin I) [1983] ECR 3461;
- Case T-65/89 *BPB Industries and British Gypsum v Commission* (BPB Industries)[1993] ECR II-389;
- Case T-228/97 *Irish Sugar v Commission* (Irish Sugar) [1999] ECR II-2975;
- Case T-203/01 *Michelin v Commission* (Michelin II) [2003] ECR II-4071;
- Case T-219/99 *British Airways v Commission* (British Airways) [2003] ECR II-5917 and [2007] ECR I-4071;
- Case T-155/06 *Tomra Systems ASA v Commission* [201] ECR II-4370 (Tomra).

## 2.3. Критики към съдебната практика

Подходът на Европейските съдилища е силно критикуван заради така наречения подход, „основан на формата“, според който не е необходимо да се преценява вероятният антиконкурентен ефект от отстъпките за лоялност, за да бъдат квалифицирани като злоупотреба.



Много коментатори смятат за неприемливо, че съдилищата третират отстъпките за лоялност като "per se" злоупотреба, тъй като ефектът им върху конкуренцията може да бъде и положителен и като такъв не може да се предполага, че те представляват злоупотреба без подходяща оценка на техния реален или потенциален антиконкурентен ефект.

### 3. Реформа на чл. 102

Както споменахме в предходната лекция, ЕК инициира реформа с която налага икономическия подход при прилагането на чл.102 чрез приемане на Насоки относно приоритетите на Комисията по прилагане на член 82 от Договора за ЕО [понастоящем чл. 102 от ДФЕС] на злоупотреба с поведение за изключване от страна на предприятия с господстващо положение.

Съгласно Насоките, подходът, основаващ се на ефекта, се съсредоточава върху наличието на антиконкурентни ефекти, които вредят на потребителите и такива ефекти трябва да бъдат идентифицирани чрез икономически анализ.

Съгласно Насоките отстъпките със задна дата могат значително да блокират пазара, тъй като за клиентите може да не е изгодно да прехвърлят малки обеми от нуждите си към алтернативен доставчик, ако това води до загуба на отстъпките със задна дата.

Колкото по-голяма е отстъпката като процент от пълната цена, колкото по-голям е задължителният обем и колкото по-силен е стимулът малко преди достигането му, толкова по-силно е вероятното отстраняване на настоящи и потенциални конкуренти.

Анализът е съсредоточен върху това дали схемата на отстъпки е в състояние да възпрепятства разрастването или навлизането дори на конкуренти, които са равностойни по ефикасност, като ги затруднява в задоволяването на част от нуждите на отделните клиенти.

Каква е цената, която е готов да предложи един конкурент, за да компенсира загубата на условни отстъпки, ако клиентът е склонен да му прехвърли от господстващото предприятие част от обемите си.

#### 3.1. Пример от съдебната практика след реформата – Case T-286/09 Intel Corp v European Commission [2014]

В решението си от 13 май 2009 г. Европейската комисия констатира, че Intel нарушава чл. 102 от ДФЕС и му наложи глоба в размер над един милиард евро – една от най-големите наказателни санкции, налагана някога от Европейската комисия.

Intel е произвежда микропроцесори, известни като централни процесори (CPU), интегрирани в компютри, сървъри и мрежови и комуникационни продукти, Процесорните процеси са ключов елемент от цялостното представяне на



компютъра и неговата цена представлява значителна част от крайната цена на компютъра.

Intel продава своите процесори предимно на производители на оригинално оборудване като Dell, HP, NEC и Lenovo, а понякога и на търговци като Media-Saturn Holding GmbH (MSH).

Единствения конкурент е AMD с който се конкурират на базата на цени и иновации. През 2003 г. AMD въвежда иновативен микропроцесор, който има предимства в технологично отношение.

В отговор на засиления конкурентен натиск, Интел сключва договори за изключителна доставка с всички клиенти срещу предоставяне на условни отстъпки. Договорените отстъпки са под формата на устно договаряне и не са вписани в договорите.

### 3.2. Анализ на ЕК

ЕК установява, че Интел притежава пазарен дял между 70 и 80% през процесния период. След задълбочена оценка на условията, необходими за разработването на технологиите и проектирането на процесори x86, производствените разходи и ролята на икономите от мащаба, Европейската комисия стигна до заключението, че съществуват значителни бариери за навлизането. ЕК анализира също така и наличието на сила на купувачите и установява, че те не могат да оказват натиск върху поведението на господстващото предприятие.

Европейската комисия основава правната си оценка на поведението на Intel по отношение на съществуващата съдебна практика на ЕС по отношение на отстъпките за лоялност. Съгласно постоянната съдебна практика няма изискване да се докаже конкретен ефект, за да се докаже нарушение на чл. 102 от Договора. Достатъчно е да се докаже, че поведението на предприятието с господстващо положение е в състояние или е вероятно да ограничи конкуренцията.

Ако едно господстващо дружество обвърже клиентите си да закупуват изцяло или по-голямата част от своите нужди изключително от него, това поведение представлява злоупотреба с господстващо положение по смисъла на чл. 102 от ДФЕС.

В допълнение към правния анализ, ЕК прилага теста на равностойно ефективния конкурент, който има за цел да проучи дали Intel (или компания със същите разходи и отстъпки като Intel) ще може да навлезе на пазара без да понесе загуби или с други думи каква е цената която би трябвало да предложи ефективен конкурент, за да компенсира клиента за загубата на отстъпка на Intel.

Тестът предполага сравняване на разходите и действителните цени на Intel, за да се прецени дали жертва печалби, като по този начин тества дали един равностойно ефективен конкурент със същата структура на разходите, колкото



Intel, би могъл да предложи подобни цени и по този начин да се конкурира без да понесе загуба.

След извършването на теста за всеки клиентите, Комисията заключава, че отстъпките на Intel са в състояние или има вероятност да имат антиконкурентни ефекти, тъй като дори равностойно ефективен конкурент ще бъде възпрепятстван да доставя на клиентите процесори.

Комисията изрично посочва възможната вреда на потребителите по отношение на поведението, в която се посочва, че "поведението на Intel би навредило на крайните потребители, като ги лиши от избора на компютри, базирани на процесори, произведени от AMD.

### **3.3.Решение на Общия съд (преди Договора от Лисабон Първоинстанционен съд)**

В мотивите си GC прави разграничение между три категории отстъпки - отстъпки за количество, отстъпки за изключителни права и други „отстъпки“. GC пояснява, че първата категория отстъпки е свързана единствено с обема на покупките, направени от предприятие, заемащо господстващо положение, и като цяло се счита, че този тип отстъпки не могат да създадат опасения за наличие на антиконкурентен ефект.

Втората категория е свързана с отстъпки, които се предоставят при условие, че клиентите получават всички или повечето от своите нужди от предприятието с господстващо положение.

Третата категория от отстъпки е класифицирана като включваща „други системи на отстъпки“. Тези отстъпки се отпускат на базата на определени условия, които не са свързани с изключителни права, напр. когато покупките на клиенти през текущата година надвишават покупките им от предходната година.

### **3.4.Анализ на втората категория отстъпки**

Като се позовава на постоянната съдебна практика, GC заявява, че втората категория отстъпки е злоупотреба по своята същност, ако няма обективно основание за нейното предоставяне, тъй като те са "по естеството си способни да изключат конкурентите" и "да премахнат или да ограничат свободата на купувача да избере източниците си на доставка и да откажат на други производители достъп до пазара."

Поради тази причина Съдът смята, че "не е необходимо да се разглеждат обстоятелствата по случая, за да се определи дали отстъпките са предназначени да попречат на клиентите да получат доставките си от конкуренти."



По отношение на приложението на теста на равностойно-ефективния конкурент, Комисията заявява, че теста не е необходим за установяване на нарушение по чл. 102, а само един възможен начин да се покаже дали отстъпките са били в състояние да причинят или вероятно да предизвикат антиконкурентно ограничаване на пазара. Комисията извършва теста на 150 страници в своето решение срещу няколко страници правен анализ, базиран на практиката преди реформата.

В мотивите си за релевантността на теста, Съдът отново потвърждава установената съдебна практика по чл. 102 от ДФЕС по отношение на отстъпките за лоялност и постановява, че Комисията не е длъжна да прецени обстоятелствата по случая, за да докаже ефекта поради което, теста не е необходим за установяване на нарушение на чл. 102.

По отношение на третият вид отстъпки, Съдът пояснява, че тъй като ефектът от третата категория от отстъпки не се предполага *ex ante*, е необходимо да се вземат предвид всички обстоятелства и факти, за да се прецени дали те могат да имат ефект, сходен с отстъпките за изключителност. Съда посочва, че този анализ трябва да включва: “Критериите и правилата, уреждащи отпускането на отстъпките, и да провери дали предоставянето им не се основава на някаква икономическа полза, която ги обосновава” (Michelin I).

Дори по отношение на тази категория отстъпки, Съдът отхвърля теста за равностойно-ефективния конкурент. Отхвърлянето на теста предизвиква широк академичен дебат, тъй като двете ключови институции в областта на правото на ЕС - Комисията и съдилищата тълкуват закона по значително различни и несъвместими начини, което не е в интерес на правната сигурност.

Преобладаващото мнение е, че случаите на отстъпки за лоялност са единствената област на правото на ЕС в областта на конкуренцията, където все още Съдилищата не са одобрили прилагането на подход, основан на ефекта и в частност теста на равностойно ефективния конкурент. Застъпниците на това становище твърдят, че при сегашното състояние на съдебната практика по чл. 102 от ДФЕС, третирането на отстъпките за лоялност се различава от третирането на други категории злоупотреби, от една страна, и другите разпоредби на Договора, от друга страна.<sup>27</sup>

В светлината на текущия дебат изглежда, че анализа на отстъпките за лоялност далеч не е ясен. Липсата на яснота за дефиниране създава несигурност за предприятията. Първо, липсата на съгласуваност между прилагането на чл. 102 и другите разпоредби на Договора, от една страна, и липсата на съгласувано третиране на отстъпките за лоялност спрямо другите категории злоупотреби, от друга страна, създават риск за дружествата, тъй като те не могат да направят самооценка дали дадено поведение е незаконно или не.

<sup>27</sup> Brian Sher, ‘The last of the steam-powered trains: modernising article [102]’, (2004) 25(5) *European Competition Law Review*, 243, 246: (Разпоредбата на чл. 102 е взаимозависима с другите разпоредби на законодателството на ЕО в областта на конкуренцията, поради което модернизирането на чл. 102 означава, че трябва да се прилагат същите правила, каквито се прилагат към системата на конкуренцията на ЕО като цяло.)



Вследствие на тази несигурност дружествата могат да решат да не инициират редица проконкурентни дейности, ориентирани към ефективност, които са в полза на потребителите, поради страх да не бъдат въввлечени в скъпи и продължителни съдебни процеси.

