

ЗАБРАНАТА НА КАРТЕЛИТЕ СПОРЕД ЕВРОПЕЙСКОТО И БЪЛГАРСКОТО КОНКУРЕНТНО ПРАВО

I. Обща характеристика

1. На 02.12.2008 г. влезе в сила новият Закон за защита на конкуренцията (ЗЗК). Той е трети поред в нашето законодателство – след ЗЗК от 1991 г. и ЗЗК 1998 г.

Основната цел на новия ЗЗК е въвеждането на изискванията на общностното право, предвидени в така наречения модернизационен пакет. В основата на този пакет стои Регламент (ЕО) № 1/2003 на Съвета относно изпълнението на правилата за конкуренция, предвидени в чл. 81 и 82 от Договора за създаване на Европейската общност (ДЕО), който отстрани въведената с Регламент № 17/1962 централизирана система на уведомявания на Европейската комисия (ЕК). Тази система изискваше извършването на големи (неоправдани) разходи от участващите в конкурентните отношения предприятия и затрудняваше работата на ЕК. Централизираната система се оказва непригодна при разширяването на Общността през 2004 г. с приемането на десет нови страни членки.

Модернизационният пакет включва още: Регламент на Комисията № 773/2004 за производствата пред ЕК по прилагане на чл. 81 и 82 ДЕО; Насоки относно прилагането на чл. 81, ал. 3 ДЕО; Насоки относно концепцията за ефекта върху търговията по чл. 81 и 82 ДЕО; Известия относно подаването на молби пред ЕК по чл. 81 и 82 ДЕО; Известия относно неофициалното ръководство на ЕК по прилагането на чл. 81 и 82 ДЕО в конкретни случаи; Известия относно сътрудничеството в рамките на мрежата на органите по конкуренцията; Известия относно сътрудничеството между ЕК и националните съдилища при прилагането на чл. 81 и 82 ДЕО.

2. Основната цел на модернизацията се състои в предоставянето на децентрализирана компетентност на националните органи по конкуренцията и съдилищата за директно прилагане на чл. 81 и 82 ДЕО, която е паралелна на компетентността за това прилагане на ЕК и Съда на Европейския съюз (ЕС). Нещо повече – националните органи и съдилища са длъжни да прилагат чл. 81 и 82 ДЕО (нямат възможност за преценка в това отношение) винаги, когато антитръстовото нарушение може да засегне търговията между държавите членки. В този случай националните органи и съдилищата могат да не прилагат съответното национално законодателство само ако в него има изрична разпоредба в този смисъл. Българското законодателство не съдържа такава разпоредба (за разлика например от италианското законодателство). Първият случай в нашата практика за едновременно прилагане на българското и европейското законодателство е при разглеж-

дане на казуса за т.нар. „застрахователен картел“ от КЗК (Р-576-2008), Тричленен състав на Върховния административен съд (Р-14628-2008 ВАС) и Петчленен състав на ВАС (Р-9407-2009). При едновременното прилагане даденото действие или бездействие следва да се квалифицира като нарушение както по националното, така и по общностното законодателство (от материалноправен аспект). Но в процесуалноправно отношение (правила за развиване на производството и ред за налагане на санкцията) се прилага само националното законодателство, т.е. квалифицирането на даденото деяние по двата правопорядъка не означава, че са извършени две нарушения, за които да се приложат две санкции.

Чл. 81 и 82 ДЕО не следва да се прилагат от националните органи по конкуренцията и съдилищата само при решаване на казуси, които не могат да засегнат търговията между държави членки.

При прилагане на чл. 81 и 82 ДЕО и националните законодателства трябва да се отбележи една съществена разлика между двете разпоредби. Националното законодателство не следва да се прилага, ако е по-строго от чл. 81 ДЕО. Няма пречка за такова прилагане в хипотезата на чл. 82 ДЕО (злоупотреба с господстващо положение). По българското законодателство дадено поведение не може да се определи като такова злоупотреба, без да е и нарушение по чл. 82 ДЕО (за разлика например от шведското и ирландското законодателство).

3. Аналогично на европейското законодателство и нашият ЗЗК премахва системата за нотифициране на споразумения, решения и съгласувани практики, които отговарят на условията за освобождаване от забраната, т.е. понастоящем не е необходимо както уведомяване на КЗК, така и нейно решение в тази насока. А това означава, че според чл. 1, ал. 2 от Регламент № 2/2003 и чл. 17 ЗЗК преценката на предпоставките за освобождаване следва да се прави от самите предприятия, които при оспорване трябва да докажат тяхната наличност.

Характерно за европейското и националните конкурентни законодателства (в частност ЗЗК) е, че в тях доминират императивни и относително определени правни норми. Картелното (антитръстовото) законодателство използва редица категории, в които влага съдържание, което съществено се различава от това, което имат аналогичните категории на класическото търговско законодателство (например предприятие и решение).

II. Субекти на конкурентните правоотношения

1. Конкурентните (антиконкурентните) правоотношения следва да се различават от търговските правоотношения. Двата вида правоотношения са тясно свързани, тъй като конкурентните правоотношения могат да се реализират само чрез търговски правоотношения, които възникват и се развиват посредством сключване и изпълнение на търговски сделки. Същевременно свободната конкуренция или нейното нарушаване (предотвратяване или ограничаване) пряко рефлектира върху пораждането на търговските правоотношения и обуславя съдържанието им (правата и задълженията на договорните партньори).

Но при търговските правоотношения пазарните субекти преследват различна цел, тъй като имат различни икономически интереси. По тази причина те правят несъвпадащи по насоченост и съдържание насрещни волеизявления. Обратно, при конкурентните правоотношения пазарните субекти преследват една и съща цел, тъй като техните икономически интереси съвпадат. На това основание волеизявленията на участниците също съвпадат по насоченост и съдържание, т.е. те не са насрещни, каквито са офертата и приемането при сключването на търговски договори (например продажба, лизинг, комисионен, посреднически и други). Тези договори обаче също могат да съдържат конкурентни клаузи.

По традиция конкурентните правоотношения се разграничават на хоризонтални и вертикални. Хоризонталните отношения възникват между субекти, които заемат едно и също място по веригата на производството и разпределението (например между производители, между търговци на едро, между търговци на дребно и др.). Вертикални са отношенията между субекти от различни икономически равнища (например производител и търговец на едро, производител и дистрибутор, търговци от различни нива на пласмента и др.)

В практиката на ЕК, СЕС и националните органи по конкуренцията се приема, че значително по-опасни и вредни за пазарната икономика са нарушенията на конкуренцията в хоризонталните отношения.

2. Основният адресат на забраните по чл. 81 ДЕО и чл. 15 ЗЗК е предприятието. Според § 1, т. 7 от Допълнителните разпоредби (ДР) на ЗЗК предприятие е всяко физическо лице, юридическо лице или неперсонифицирано образувание, което извършва стопанска дейност, независимо от правната и организационната си форма. В сравнение с отмененото конкурентно законодателство промените в дефиницията са две: „гражданско дружество“ е заменено с „неперсонифицирано образувание“; не се изисква изрично стопанската дейност да се извършва на съответния пазар. Европейското законодателство не дефинира предприятието, но в практиката на ЕК и СЕС то също се разглежда във възможно най-широк смисъл. В такъв смисъл се разглежда и стопанската дейност, която нашият ЗЗК дефинира като дейност на предприятие, резултатите от която са предназначени за размяна на пазара. Това определение е дадено с оглед нуждите на ЗЗК, поради което не трябва да се генерализира.

Следователно за разлика от търговското право, в което основно значение се отдава на предприятието като обект на правни отношения (предмет на сделки), конкурентното право и практика разглеждат предприятието като субект на правни отношения. Критерият за наличие на предприятие е функционален – извършваната от него стопанска дейност. От друга страна, стопанската дейност се определя като дейност на предприятието, т.е. частично двете понятия се изясняват едно чрез друго.

На първо място предприятия по смисъла на конкурентното право са търговците съгласно националното търговско законодателство. Преди всичко това са търговците според организационноправната им форма (по регистрация) – тър-

говски дружества (СД, КД, ООД, АД, КДА), кооперации и еднолични търговци (ЕТ). Предприятия са и образуванията на основание особен (специален) закон държавни предприятия, които не са търговски дружества. Но с оглед функционалния критерий по правило не са предприятия по смисъла на конкурентното право т.нар. привидни (мнимии) търговци, т.е. вписани в регистъра търговски дружества, кооперации или ЕТ, които не са започнали да извършват дейност или са преустановили нейното осъществяване.

Съобразно функционалния критерии конкурентно предприятие са физическите и юридическите лица, които са придобили търговско качество на основание извършването по занятие на обективни (абсолютни) търговски сделки, както и тези които са образували предприятие, чиято дейност по предмет и обем изисква да се води по търговски начин (например освободени от търговско качество физически лица или юридически лица с нестопанска цел – сдружения и фондации).

Търговското качество на физическите и юридическите лица обаче не е задължително, за да бъдат квалифицирани като конкурентно предприятие. Така например по правило националните законодателства освобождават от търговско качество (не третират като търговци) селскостопанските производители, занаятчиите и лицата, които упражняват свободна професия или оказват услуги с личен труд, но те могат да са предприятия по смисъла на конкурентното право. Друг е въпросът, че поради незначителния пазарен дял на произвежданите от тях стоки (оказваните услуги) тези физически лица по правило попадат под действието на правилото *de minimis* (освобождаване от забраната на тяхното поведение) тъй като това поведение ще бъде с незначителен ефект върху конкуренцията.

Друг субект на конкурентното право е неперсонифицираното образувание. С основание то замени гражданското дружество в действащата законова дефиниция на предприятието. Неперсонифицираното образувание има по-широко съдържание не само в сравнение с образуваното по реда на Закона за задълженията и договорите (ЗЗД) гражданско дружество, но и в сравнение с неперсонифицираното дружество, което данъчното законодателство чрез фикция признава за правен субект (приравнява го на юридическо лице). На това основание конкурентното предприятие е нерегистрирано търговско дружество или кооперация, ако те чрез учредителите си извършват дейност (сделки) в процеса на своето образуване. Под неперсонифицирано образувание следва да се разбира и дружеството със съучастие, което не е уредено от българското гражданско и търговско законодателство. Неперсонифицирано образувание е и обединението за съвместно извършване на стопанска дейност (за сътрудничество и взаимопомощ), чийто учредителен акт се квалифицира в съдебната практика не само като договор за образуване на гражданско дружество, но също и като ненаименован договор. Неперсонифицирано образувание е и нерегистрираният като търговско дружество консорциум, както и холдингът. Холдингът е неправосубектна икономическа структура (единица), тъй като юридически лица са само участващите в него холдингово дружество (дружество-майка) и дъщерно дружество (дружества). Към неперсонифицираното образувание се отнася и клонът на търговец.

По тези съображения е твърде неточно да се поставя знак на равенство между гражданско дружество и неперсонифицирано образувание¹.

В законовата дефиниция на конкурентното предприятие не се изисква изрично извършваната от него стопанска дейност да е самостоятелна. Сдружението на предприятия обаче се определя чрез изискването то да не осъществява отделно самостоятелна стопанска дейност (срв. §1, т.12 ДР 33К).

За независимо предприятие и за икономически независим субект се говори отново при дефиниране на сдружението и при концентрациите между предприятия (срв. чл. 22, ал. 1, т. 1 и ал. 2 33К). Изискването конкурентното предприятие да бъде самостоятелна стопанска единица е безспорно в доктрината, както и в практиката на ЕК и СЕС. А това означава предприятието само да определя своето пазарно поведение и автономно да реагира на променящите се икономически условия. Клонът на търговско дружество или кооперация има само относителна обособеност (териториална, имуществена, управленска, правна), поради което по принцип не е предприятие по смисъла на конкурентното право. Клонът може да бъде такова предприятие по изключение, когато в резултат от конкретна преценка се установи, че самостоятелно извършва стопанска дейност. В това отношение основно значение има обемът на представителната власт на управителя на клона, която според европейското и националните търговски законодателства подлежи на отделно вписване в търговския регистър. По-голяма самостоятелност притежават клонове, чиито управители имат статус на прокуристи в сравнение с клонове, чиито управители са вписани в регистъра като обикновени търговски пълномощници. Възможно е цялата или преобладаващата стопанска дейност на търговеца и необходимите за осъществяването ѝ активи да са обособени (включително счетоводно) към даден клон, а по седалището на търговеца да се извършва само организационна (управленска) дейност. По-голяма самостоятелност в счетоводно и данъчно отношение имат клоновете на чуждестранни лица.

Двойственото положение на клона, което се изразява в неговата нормативна относителна самостоятелност (обособеност) и зависимост (подчиненост) спрямо търговеца, е в основата на неговото различно третиране от КЗК и ВАС. В практиката на КЗК клонът се квалифицира като предприятие, а в практиката на ВАС се застъпва обратното разбиране, което води до неприлагане на 33К по отношение клоновете на търговци². Но по повод на участието на клон на чуждестранно лице в процедури

¹ Вж. Новата правна уредба за защита на конкуренцията (под общата редакция на П. Николов). С., 2009, с. 101–102.

² В Р-48-2-2005 КЗК се приема, че разпоредбите на 33К са приложими към поведението на клон на електроразпределително дружество. Така и Р-229-2005 КЗК за клон на чуждестранно КД, който извършва конкурентна дейност спрямо българско ООД. С Р-77-2004 КЗК е наложила обща имуществена санкция на търговеца (АД) и на негов клон. Последното решение е отменено с Р-7621-2005 ВАС изцяло по търговскоправни съображения. Съдът се позовава на общия нормативен режим на клона по Търговския закон (ТЗ), като приема, че той не е юридическо лице, търговец, физическо лице или гражданско дружество (при действието на 33К от 1998г.), поради което е неправосубектен, т.е. напълно се игнорира специалното правило на §1, т. 7 ДР 33К.

за възлагане на обществени поръчки КЗК е склонна да разглежда този клон като част от предприятието на търговеца. Приема се, че е законосъобразно клонът да декларира договори, ресурси (материални и човешки), технически възможности, които се притежават и са на разположение на главното предприятие³. Поддържа се също, че активите на клона са част от активите на чуждестранното дружество, поради което той не се явява негов подизпълнител⁴. Правата и задълженията по сключените от клон на чуждестранен търговец договори възникват направо в patrimoniума на този търговец⁵.

Както не отделните клонове, а търговецът с клонова структура може да бъде конкурентно предприятие, така също не дъщерните дружества и холдинговото дружество, а самият холдинг може да бъде такова предприятие, въпреки че в този случай положението е обратно – холдинговото и дъщерните дружества са юридически лица, а холдингът е непersonифициран. Дружеството-майка няма качеството на предприятие по смисъла на конкурентното право, ако не извършва собствена производствена или търговска дейност (срв. чл. 277, ал. 1 ТЗ). Дъщерното дружество е отделен правен субект, но е зависимо от холдинговото дружество във финансово (капиталово) и управленско отношение. Това е особено характерно за ЕООД и ЕАД, т.е. за дружества, чийто капитал изцяло се притежава от холдинговото дружество. По тази причина холдингът се разглежда като вертикално обединение на търговски дружества за разлика от консорциума, който е хоризонтално обединение на пазарни субекти. При положение, че холдинговото дружество притежава или контролира пряко или непряко значителен процент от капитала (акциите или дяловете) на дъщерните дружества (по нашето право най-малко 25 на сто) и може да определя пряко или непряко повече от половината членове на управителните им органи, едва ли тези дружества имат възможност на практика автономно да определят своето пазарно поведение. По правило те и холдинговото дружество съставляват една стопанска единица, т.е. едно конкурентно предприятие, което не е юридическо лице, а се състои от отделни юридически лица⁶. В този смисъл се развива и практиката на КЗК и ВАС, в която се приема, че холдинговото и дъщерното дружество представляват една икономическа група, поради което холдинговото дружество може да доказва в процедура по възлагане на обществена поръчка изпълнимост на определените от възложителя икономически и технически условия чрез ресурси на негово дъщерно дружество или чрез изпълнени от това дружество договори, без да се счита, че в процедурата се включва нов субект

³ Вж. Р-961-2009 КЗК.

⁴ Вж. Р-708-2009 КЗК.

⁵ Вж. **Стоева, Г.** Клонът на чуждестранно лице като участник в процедури за възлагане на обществени поръчки. – Търговско и конкурентно право, № 12, 2009, с. 41–48.

⁶ Вж. **Цакер, Кристиян.** Европейско право. С., 1998, с. 164 и цитираните там съчинения и практика.

(трето лице)⁷. В практиката на СЕС се приема, че е налице презумпция за принадлежност на дъщерното дружество към предприятието-майка.

Холдинговото дружество може да бъде самостоятелна стопанска единица (отделно конкурентно предприятие), ако извършва собствена стопанска дейност. В отделни случаи такова предприятие може да бъде и дъщерно дружество, ако то само определя своето конкурентно пазарно поведение. На практика това е възможно, когато капиталовото и управленското участие на холдинговото дружество в дадено дъщерно дружество е на минималните законови прагове за квалифициране на това дружество като дъщерно. Пазарното поведение на дъщерното дружество следва в една или друга степен да се отклонява от провежданата в холдинговата структура политика (маркетингова, финансова, инвестиционна и друга), т.е. от поведението на останалите дъщерни дружества. В противен случай конкурентно предприятие е само холдингът, който действа като икономически единна групировка. В този смисъл е и практиката на ЕК и СЕС.

Следователно предприятието трябва да бъде независимо не само от другите участници в даденото антиконкурентно поведение, но и от субекти, които не участват в това поведение (споразумение или практика).

Неперсонифицирано образуване е и общинското предприятие, което може да се образува от община при определени в Закона за общинската собственост (ЗОС) условия. По принцип общинското предприятие не може да бъде независим пазарен субект, тъй като е специализирано звено на община за изпълнение на дейности, финансирани от общинския бюджет. То се образува, преобразува и прекратява (закрива) по решение на общинския съвет, който приема и правилник, въз основа на който общинското предприятие трябва да осъществява дейността си. Общинското предприятие не е юридическо лице, няма търговско качество и не подлежи на вписване в търговския регистър.

3. В съответствие с европейското законодателство и чл. 2, ал. 1, т. 3 ЗЗК разглежда като отделен (специфичен) субект на конкурентното право предприятието, на което държавата или община е възложила извършването на услуги от обществен интерес. По отношение на такова предприятие ЗЗК се прилага, ако това не препятства фактически или юридически изпълнението на задачите, които са му възложени. Предприятието с възложени за изпълнение услуги от обществен

⁷ Вж. P-107-2009 КЗК, както и Определение – 1373-2009 ВАС и P-10866-2008 ВАС, които се отнасят за участие на консорциум в процедури по възлагане на обществени поръчки. Както се отбелязва в първото цитирано решение от важно значение по делото е декларираното от холдинговото дружество обстоятелство, че то влияе на управлението и дейността на своите дъщерни дружества, разполага с ресурсите им и може да ги използва при изпълнение на поръчката. Вж. по-подробно **Дакова, Б. и Г. Стоева**. Практически проблеми с участието на обединения в процедурите за възлагане на обществени поръчки. Търговско и конкурентно право, № 9, 2009, с. 46–54. Приема се също, че и дъщерно дружество може да декларира ресурси и възможности на холдинговото дружество, стига същото да осъществява икономическа дейност. Вж. **Стоева, Г.** Цит. съч., с. 48.

интерес може да нарушава конкуренцията, стига това нарушаване (засягане) да не е в значителна степен. Преценката за степента на засягане следва да се прави от КЗК и съда. Засягането на конкуренцията трябва да се преценява в национален мащаб.

Особеното правно положение на предприятието по чл. 2., ал. 1, т. 3 (сметеното прилагане спрямо него ЗЗК) е израз на изключението от правилото, според което най-добри икономически резултати се постигат само в условията на свободна пазарна конкуренция. Има обаче някои стопански дейности, за които по съображения от политически, икономически и технически характер се приема, че с оглед задоволяване на обществените (публичните) потребности, дейностите по-ефективно могат да се извършват в отсъствие на конкуренция или чрез нейното ограничаване (например в областта на енергетиката или отбранителната промишленост). Такава е практиката и в другите европейски държави. По правило подобни стопански дейности се извършват от публични предприятия, но това не е задължително. Извършването на услуги от обществен интерес може да се възлага и на други предприятия чрез процедури за възлагане на държавни и общински поръчки или чрез предоставяне на концесии. В това отношение се приема, че при стопанската експлоатация на публичната собственост по-важни от спазване на принципа на свободната стопанска инициатива са обществените (публичните) интереси. Те оправдават законовите правила за предоставяне на концесии, които нарушават равнопоставеността на конкурентите⁸.

4. Съгласно § 1, т. 13 ДР ЗЗК стопанска е дейността на предприятие, резултатите от която са предназначени за размяна на пазара.

От законовата дефиниция е видно, че извън стопанската дейност остават придобиванията (покупките) на купувачи за собствени нужди (например за лично, семейно или домакинско потребление, както за влагане в производството). За прехвърлителите (продавачите) обаче дейността е стопанска. Не е стопанска дейност и производството, чийто продукт не е насочен към пазара, а е с цел задоволяване на потребности на производителя (например производство на резервни части).

Стопанската дейност е по-широка категория и включва в съдържанието си търговската дейност и търговските сделки по смисъла на търговското законодателство. Не е необходимо дейността да се извършва по занятие и с цел печалба. В практиката на ЕК и СЕС стопанската дейност се разглежда изключително широко, тъй като наред с традиционни стопански дейности (например банкова дейност, застраховане, транспорт, въгледобив, металургия и др.) като стопанска се определя дори културната и спортната дейност. В тази практика като предприятие е квалифициран даже оперен певец⁹.

⁸ Вж. Р-30-1998 на Конституционния съд (КС).

⁹ Вж. **Стайнер, Джозефин**. Право на Европейската общност. Бургас, 1998, с. 144 и посочената там практика.

Следва да се има предвид обаче, че не стопанските дейности сами по себе си се конкурират помежду си, а техните резултати (пазарни продукти) – стоки, работи или услуги¹⁰. По тази причина съответният пазар, на който се преценяват антиконкурентните поведения, винаги включва като свой компонент продуктивния пазар.

В европейската доктрина липсва единодушие по отношение така нареченото потенциално предприятие (потенциален конкурент). Нашият ЗЗК изисква предприятието да извършва стопанска дейност (срв. § 1, т. 7 ДР ЗЗК). Следователно не може да се определи като предприятие този участник в дадено антиконкурентно поведение, който към момента на осъществяването му (например подписване на споразумение) не извършва стопанска дейност или извършва дейност, която не е съотносима към поведението.

Подкрепа заслужава становището, според което не е необходимо участниците да извършват стопанска дейност към момента на контролираното антиконкурентно поведение. Важното е те да имат реалната възможност в бъдеще да извършват съотносима към това поведение стопанска дейност на съответния пазар. Именно на това основание европейското и повечето национални законодателства допускат търговският представител (агент) да бъде ограничен в своята дейност след прекратяване на агентския договор (да образува бъдещо предприятие) по отношение на района и вида стоки или услуги, които са предмет на този договор. След прекратяване на договора съществува реалната опасност търговският представител да привлече клиентелата или част от нея на принципала, като продължи да сключва с нея сделки, но вече за своя сметка или за сметка на конкурент на принципала. Участник в антиконкурентно поведение може да бъде субект, който е в процес на организиране (подготовка) на бъдеща стопанска дейност, както и субект, който временно е преустановил (спрял) осъществяването на дейност¹¹. Още повече че конкурентното законодателство не изисква стопанската дейност да се извършва по занятие, а търговското законодателство не задължава търговците, които най-често участват в антиконкурентни споразумения и практики, да осъществяват вписаните в техния предмет дейности.

Регламент на Комисията (ЕО) № 2790/1999 също определя конкурентните предприятия като настоящи или потенциални доставчици на един и същи продуктивния пазар (срв. чл.1 „а“ от Регламента).

5. Адресат на чл. 81 ДЕО и чл. 15 ЗЗК е сдружението на предприятия. В § 1, т. 12 ДР ЗЗК то се определя като сдружение на професионална основа и други форми на сдружение на независими предприятия, което не осъществява отделно самостоятелна стопанска дейност и съответно не разпределя печалба. Не е необходимо сдружението да е юридическо лице. В практиката на ЕК и СЕС като сдружение се определя и обединението от сдружения на независими предприятия,

¹⁰ Вж. **Стоянов, И.** Коментар на Закона за защита на конкуренцията. С., 2000, с. 14–15.

¹¹ Така и **Марков, М.** Субекти на конкурентното право. Търговско право, 1999, № 2, с. 42–43.

т.е. то може да бъде производно (вторично) сдружение, в което независимите предприятия не участват пряко, а само косвено – чрез свое първично сдружение, което е член на вторичното сдружение. Европейската практика обаче не изключва възможността сдружението да извършва стопанска дейност. Според българското конкурентно право положението е друго (при ясната редакция на § 1, т. 12 ДР ЗЗК), тъй като извършващото стопанска дейност сдружение трябва да се определи като самостоятелна стопанска единица (предприятие) от което следва, че приетите от неговите органи за управление решения се изключват от забраната на чл. 15, ал. 1 ЗЗК. В качеството си на предприятие сдружението може да участва само в антиконкурентни споразумения и съгласувани практики.

6. В нашата конкурентна практика браншовите и търговските сдружения (асоциации) се използват за извършване на споразумения и съгласувани практики от членовете на асоциацията, като нейните органи за управление приемат решения за организиране и улесняване на това сключване (съгласуване)¹². В редица случаи тези споразумения и практики не биха били възможни без посредничеството на съответното сдружение (например при много на брой конкуренти).

III. Забранени споразумения, решения и съгласувани практики

1. Съгласно чл. 81 ДЕО се забраняват като несъвместими с Общия пазар всякакви споразумения между предприятия, всякакви решения на сдружения на предприятия и всякакви съгласувани практики, които могат да засегнат търговията между държавите членки и които имат за цел или резултат предотвратяване, ограничаване или нарушаване на конкуренцията в рамките на Общия пазар. Този текст е възпроизведен почти дословно в чл. 15, ал. 1 ЗЗК, като „Общия“ пазар е заменен със „съответния“ пазар. В двете разпоредби е уредено така наречената обща (генерална) антикартелна забрана.

Споразуменията, решенията и съгласуваната практика са нарушение на простото извършване (формални) нарушения. Достатъчно е споразуменията и решенията да са извършени с антиконкурентна цел, без да е от значение прилагането им в практиката, както и техният реален антиконкурентен резултат (ефект). Според КЗК и ВАС неприлагането на практика на едно споразумение не може да се счита дори като смекчаващо обстоятелство при индивидуализиране размера на съответната имуществена санкция¹³. Както и обратно – настъпилият антиконкурентен резултат сам по себе си е достатъчен, без да е необходимо да се доказва антиконкурентна цел на участниците в даденото поведение. При проявен антиконкурентен резултат не е от значение дали участниците са имали субективното намерение за настъпване на този резултат, въпреки че на практика нарушенията на правото на

¹² Вж. Р-576-2008 КЗК за Асоциацията на българските застрахователи; Р-167-2009 КЗК за Националната асоциация СПА и уелнес центрове; Р-601-2008 КЗК за Съюза на птицевъдите в България.

¹³ Вж. **Пангелов, К.** Новата практика на КЗК и ВАС по прилагане на общностното право на конкуренцията. Търговско и конкурентно право, 2009, № 9, с. 61.

конкуренцията са умишлени¹⁴. Следва да се има предвид, че в практиката на КЗК под цел не се разбира единствено субективното намерение, а се приема, че е достатъчно наличието само на обективната възможност от поведението на участниците да настъпи антиконкурентен ефект, дори ако те са нямали субективно намерение за това¹⁵.

За прилагането на чл. 81 ДЕО е необходимо антиконкурентното поведение да засяга конкуренцията в рамките на Общия пазар. ЕК и СЕС приемат, че въз основа на обективни юридически или фактически критерии това поведение трябва да води до вероятността то да упражни пряко или косвено, действително или потенциално въздействие върху търговския поток между държавите членки. Такова въздействие може да е налице и когато дадено антиконкурентно поведение е осъществено изцяло на територията на една държава членка и е свързано с търговията само в тази държава, тъй като фрагментирането на пазара на национално равнище може да засегне негативно и Общия пазар. В този смисъл е и практиката на ЕК и СЕС¹⁶. Отново според тази практика чл. 81 ДЕО е приложим и спрямо предприятие на държава извън ЕС, ако последиците от неговото поведение се проявят в рамките на Общия пазар (например при действащи на този пазар негови дъщерни дружества или клонове). Щом дъщерните дружества или клоновете не са икономически самостоятелни, а изпълняват решенията на органите за управление на дружеството-майка, чието седалище или главно управление е извън ЕС, т.е. следват неговата пазарна политика, то трябва да се счита, че и това дружество има седалище в ЕС, тъй като образува заедно със своите дъщерни дружества или клонове едно предприятие, въпреки че юридически те имат свои отделни седалища. Така и при внос на стоки на Общия пазар.

Чл. 81 ДЕО и чл. 15, ал. 1 ЗЗК посочват алтернативно целта или резултата от споразуменията, решенията и съгласуваните практики – предотвратяване, ограничаване или нарушаване на конкуренцията. Въпреки това следва да се приеме, че в тези разпоредби не са уредени три самостоятелни фактически състави, а само два, тъй като нарушаването на конкуренцията е родово понятие, а нейното предотвратяване и ограничаване са негови видови проявления с оглед степента на негативно въздействие върху конкуренцията. Всяко нарушение на конкуренцията на практика се свежда до нейното предотвратяване или ограничаване.

2. В практиката на ЕК, СЕС, КЗК и ВАС терминът „споразумение“ се разглежда в твърде широк смисъл. Споразумения са не само пораждащите правни последици многостранни сделки – за гражданско дружество, скрито съучастие, консорциум,

¹⁴ Вж. **Иванов, В.** Що е криминализация на нарушенията на правото на конкуренцията и има ли тя почва у нас. Търговско и конкурентно право, 2009, № 5, с. 59.

¹⁵ Вж. Р-257-2009 КЗК

¹⁶ Например ценова схема между дистрибутори на цимент в Дания, споразумение между италиански производители и търговци на едро на стъкло, споразумение между английски производители за проектиране и изграждане на зъбни предавки за вакуумни прекъсвачи и др.

съвместна дейност, сътрудничество и взаимопомощ, но и тези, които нямат гражданскоправно или търговскоправно действие (например така наречените джен-талменски споразумения, наричани още клаузи на честта). Важно е споразумението да съставлява единство на цели, да изразява общо намерение и разбиране или да е съвпадение на мнения на две или повече независими предприятия¹⁷. Споразумението може да бъде сключено писмено, устно или мълчаливо (чрез конклюдентни действия). То може да е под отлагателно условие, което не е настъпило, както и под прекратително условие, което е настъпило. Възможно е споразумението да няма гражданскоправни последици и поради неговото прекратяване (например поради изтичане на уговорения срок), но да е юридически факт на конкурентното право, тъй като продължава да оказва негативно влияние върху конкурентните отношения. То може да се отнася до съгласуване на общи условия или типови договори на участващите в него предприятия. Споразумението може да се състои и в изпращане на фактура за доставени стоки, на която има надпис „износ забранен“¹⁸, и съответното последващо поведение (бездействие) на получателя ѝ. Не е необходимо споразумението да бъде сключено (подписано) от компетентните органи или надлежно упълномощени представители на участващите в него предприятия. То може да обективира и преддоговорни отношения (преговори) между предприятия.

Приема се, че споразумение по смисъла на чл. 81 ДЕО може да се сключи и между холдингово (дружество-майка) и дъщерно дружество, както между дъщерни дружества на едно и също дружество, ако те свободно определят своето пазарно поведение. При това условие може да се сключи споразумение и между клоновете на едно и също предприятие, въпреки че те не са юридически лица. В тези случаи споразумението следва да има последици, които са насочени навън (спрямо трети лица), тъй като в холдинговата структура или в тази с клонове не може да има конкуренция. Със значителни резерви обаче може да се сподели разбирането, според което е възможно споразумение да се сключи и между предприятие (търговец) и негов клон, тъй като отношенията между тях са организационно-властнически и поради това не подлежат на договорно оформяне. Споразумението няма място и в отношенията между организационни звена (административни отдели или служби) на едно предприятие. Възможно е обаче споразумение между предприятието и негов управител, ако той действа като самостоятелно предприятие, тъй като преследва свои икономически интереси.

Споразуменията могат да бъдат хоризонтални (т.нар. класически картели) или вертикални. Вертикалните споразумения могат да имат положителен икономически ефект, тъй като по правило водят до концентриране и ускоряване на

¹⁷ По този начин дефинира споразумението Върховният съд на САЩ по повод използвания в Закона Шърман термин „конспирация“

¹⁸ Вж. **Пиперкова, А. В:** Международно търговско право. С., 1992, с. 418–419. Авторът отбелязва, че в този смисъл се тъкува понятието „споразумение“ и в съдебната практика на САЩ, Англия и Германия.

дистрибуцията на стоки, работи или услуги. Те могат да увеличат стокооборота и да бъдат в полза на потребителите. По тези съображения подходът към тях е по-либерален в сравнение с този спрямо класическите картели, като някои вертикални споразумения са предмет на групово освобождаване от антиitrustовата забрана.

Следователно като юридически факт на конкурентното право споразумението се различава от сделката, която е най-значимият и най-разпространеният в практиката юридически факт на гражданското и търговското право. Едно споразумение може да не отговаря на всички изисквания за сключване на многостранна сделка (организационен договор), поради което да не поражда гражданскоправни или търговскоправни последици, но да има такива в конкурентното право. Поради това, че не включват съпадащи по съдържание и насоченост волеизявления, не са споразумение по смисъла на конкурентното право едностранните сделки, както и престационните (стоквите) облигационни договори, освен ако не съдържат организационна клауза (например задължение на купувача да закупува и в бъдеще дадени стоки само от продавача или да не ги закупува от други продавачи). Организационен характер имат и договорите за дистрибуция или франчайзинг.

3. Сравнително по-лесно се доказват решенията на сдружение на предприятия. Не е необходимо решението да е прието от компетентния за това орган на сдружението и да е правно задължително за членуващите в него предприятия. Както се приема в практиката на ЕК и СЕС, и една незадължителна препоръка от търговска асоциация може да съставлява решение. Достатъчно е решението (под формата на писмо, протокол, указание, справка, прогноза и др.) да се изпълнява на практика. Не е задължително отделните актове на сдружението да са елементи от един общ план за ограничаване на конкуренцията. Те могат да бъдат изолирани и непоследователни, като сами по себе си да не са в състояние да предизвикат антиконкурентен ефект, но в своята цялост да съставляват забранено решение на сдружение. Такова значение могат да имат и клаузи от учредителния акт (устава) на сдружението, както и приети от негов орган за управление етични правила¹⁹. Както вече се отбеляза, решения са и актовете на сдружения на сдружения.

4. Сравнително най-трудно се доказва съгласуваната практика между предприятия, която има и по-широко съдържание в сравнение със споразуменията и решенията. Европейското законодателство взаимства съгласуваната практика от американското антиitrustово право, тъй като към момента на подписване на ДЕО конкурентните правила на държавите-учредителки не уреждат тази практика.

В българското законодателство съгласуваната практика се уреди нормативно в ЗЗК от 1998 г. Според действащия ЗЗК (§ 1, т. 14 ДР) съгласувана практика са координирани действия или бездействия на две или повече предприятия.

В доктрината и практиката се приема, че при съгласуваната практика страните не са стигнали до сключване на споразумение или че по своя характер тя не

¹⁹ Вж. Р-257-2009 КЗК. Приема се, че дори практиката на сдружение по сключване на договори от името на членовете му представлява решение на сдружение на предприятия (включително предлагането на проектодоговори).

съдържа всички елементи на договор, но може да възникне и от съгласуване, което става очевидно от поведението на участниците. Въпреки че паралелното поведение само по себе си не може да се идентифицира със съгласувана практика, то може да се разглежда като явно доказателство (свидетелство) за такава практика, ако води до условия на конкуренция, които не отговарят на нормалните пазарни условия по отношение естеството на продуктите, размера и броя на предприятията, както и спрямо обема на съответния пазар. Такъв е случаят, когато паралелното поведение позволява на страните да се стремят към ценово равновесие на различно ниво от това, което би възникнало от конкуренцията.

В практиката на СЕС се приема, че въпреки възможността на всеки производител да променя цените си, като взема предвид настоящото или очаквано поведение на конкурентите си, противоречи на правилата на конкуренцията този производител така да сътрудничи с конкурентите си, че предварително да отстранява всяка несигурност по отношение на тяхното поведение във връзка с основни елементи на действията си като количество, предмет, дата и място на ценовите увеличения.

В основата на съгласуваната практика също стои многостранна сделка (споразумение) между предприятията, което обаче винаги се сключва по мълчалив начин (чрез конкурентни действия). Контактът между участниците може да е само косвен, а не пряк (например да е опосреден от сдружение, в което те участват). За това споразумение няма преки доказателства, а могат да се използват само косвени доказателства – паралелно поведение, размяна на информация, съвпадане на действията по съдържание и време, различия от общоприетото (традиционното) водене на дадения бизнес. Възможно е дори едно едностранно действие (например отказ за доставка) да съставлява елемент (доказателство) за съгласувана практика. Например по този начин ЕК и СЕС квалифицират отказа на Форд да доставя на своите дистрибутори от Германия коли с десен волан за експорт в Англия. От това доказателство следва да е възможен само един извод – за постигната договореност между участниците. Тяхното поведение трябва да не може да бъде обяснено по друг правдоподобен начин. За разлика от споразумението, което може да не е реализирано в действителността, съгласуваната практика трябва да е обективизирана в конкретно пазарно поведение, т.е. тя не може да бъде само цел.

В доктрината и практиката на ЕК, СЕС и КЗК доминира друго разбиране, според което разграничението между споразумение и съгласувана практика не се търси на основата на трите индикатора – начин на извършване, доказателства и обективизиране на двете поведения, като се приема, че за разлика от споразумението при съгласуваната практика липсва съвместен план на участниците и те не влизат в пряк или косвен контакт помежду си. Подобно разбиране предпоставя редица практически трудности при разграничението между съгласувана практика и независимия (несъгласувания) паралелизъм в пазарното поведение на предприятията. По мое мнение липсата на общ план и контакт между участниците са възможни преди всичко, когато е налице съчетаване между споразумение и съгласувана практика, като двете поведения преминават (преливат) едно в друго.

В доктрината и практиката е общоприето, че в много случаи споразумение и съгласувана практика се припокриват (съвпадат), поради което невинаги е възможно тяхното практическо разграничаване. В тази връзка ЕК приема, подобно разделяне е „ненужно и изкуствено“, а КЗК изтъква, че дадено поведение може да се определи като едно цяло нарушение, т.е. да му се даде една съвместна квалификация, тъй като то представлява едновременно (има елементи) на споразумение и съгласувана практика, без да е необходимо те да се доказват поотделно²⁰.

В практиката значително най-много проблеми и спорове възникват при разграничаването на съгласуваната практика от паралелното поведение, което е израз на автономно прието решение от конкурентни предприятия и се свежда до тяхната еднородна реакция на променящите се пазарни условия (т.нар. „адаптиране с будно съзнание“). Такова адаптиране (съзнателно или несъзнателно) се прави от търговците на пресни плодове по Коледа или на агнешко месо по Гергьовден, от хотелиери в края на м. юли и през м. август. Оперирането на множество (хиляди) пазарни субекти на съответния пазар прави трудно или невъзможно постигането на съгласувана практика между тях.

Не е така обаче при т.нар. олигополни пазари. На този пазар участват няколко пазарни субекти, които имат всички или основните дялове от него, т.е. на пазара няма други участници или ако има, те притежават незначителен пазарен дял. Тези възможни периферни субекти не са в състояние да оказват конкурентно влияние на олигополния пазар. По правило разликата между пазарните дялове на олигополистите не е голяма, но един от тях се определя като „ценови лидер“. Нито едно от предприятията (включително ценовият лидер) няма господстващо (доминиращо) положение, но заедно тези предприятия контролират олигополния пазар или поне преобладаващата част от него. Олигополната пазарна структура винаги се характеризира с взаимозависимост между участниците, което по своя характер (естество) води до различни форми на паралелно поведение. За олигополния пазар са свойствени ниската ценова чувствителност, както и ниският ръст на търсенето. На него се разменя съществена пазарна информация между предприятията, като такава се предоставя и на потребителите. По тази причина прозрачността и предвидимостта в значителна степен изключват несигурността по отношение пазарното поведение на конкурентите. Олигополният пазар се характеризира с трудност за навлизане в него на нови участници (напр. поради необходимост от големи по размер разходи, продължителен подготвителен период, спазване на административни процедури, завишени изисквания за наличен капитал и др.). Олигополният пазар е слабо конкурентен и ценовият паралелизъм не може да се счита за необичайно явление, а по-скоро различието в ценообразуването на предприятията може да се определи като икономически ирационално. При това не е необходимо тези предприятия да участват в сключването на споразумения или да бъдат страни в

²⁰ Вж. Р-601-2008 КЗК и Новата правна уредба..., с. 125–127.

съгласувани практики, тъй като тяхното мълчаливо координиране възниква спонтанно (непреднамерено) като резултат от особеностите на пазарната структура²¹.

На това основание в практиката на ЕК и СЕС основно значение се отдава на определянето на един пазар като олигополен или неол oligoполен, за да се приеме, че пазарните субекти паралелно определят цените, или че те действат в пазарна среда, която им позволява да осъществяват индивидуални ценови стратегии²². Прави впечатление, че олигополната пазарна структура се използва както за обосноваване на тезата за т.нар. независим паралелизъм в поведението на участниците, така и за аргументиране на обратния извод – наличието на съгласувана практика между тях, като дори се приема, че тя е възможна единствено на олигополен пазар.

Следва да се има предвид, че правото на ЕС не съдържа изрични разпоредби, които да регулират поведението на олигополистите. Тяхното паралелно поведение може да попада под действието на чл. 81 ДЕО, ако се определи като съгласувана практика, или под действието на чл. 82 ДЕО, ако се квалифицира като злоупотреба с господстващо положение, както и под действието на Регламента за контрол на сливанията. В чл. 21 ЗЗК също е забранена злоупотребата със съвместно господстващо положение на две или повече предприятия. От практиката на ЕК и СЕС може да се направи извода, че тенденцията е към ограничаване приложното поле на чл. 81 ДЕО, тъй като се отчита необходимостта пазарните субекти да се адаптират рационално (разумно, интелигентно) към олигополната структура, като същевременно се разширява полето за прилагане на чл. 82 ДЕО, защото в съвместното господстващо положение се включва и паралелното пазарно поведение на олигополистите. В практиката на СЕС разграничението между съгласувана практика и съвместно господстващо положение се търси най-вече в това, че при господстващото положение между олигополистите има такива икономически и структурни връзки, които дават основание да се приеме, че те заедно „се представят или действат на определен пазар като съвместно предприятие“²³. В последните години основно значение се отдава на обстоятелството дали олигополните предприятия се представят официално като едно стопанско цяло, макар и не под една организа-

²¹ Вж. **Влайкова, А.** Злоупотреба със съвместно господстващо положение на олигополните пазари. Пазар и право, № 10 и 11, 2006 г.

²² Така например по делото Wood Pulp СЕС отхвърля заключението на ЕК, че производителите на дървесинна каша са действали на неол oligoполен пазар, поради което приема, че не е налице съгласувана практика между тях, тъй като освен нея съществува и друго обяснение за увеличаване на цените. Според СЕС пазарът е далеч по-олигополен, отколкото е прела ЕК.

²³ Вж. **Маркова, Д.** Хоризонтални споразумения – олигополи, мълчаливо съгласие и съвместно господстващо положение. С., с. 9–16. По делото Italian Elat Class СЕС отхвърля решението на ЕК, която приема, че трима италиански производители на стъкло имат господстващо положение на пазара, с което са злоупотребили тъй като са използвани същите факти и аргументи, на които се основа предходно решене на ЕК, според което между тримата производители е налице съгласувана практика.

ционноправна форма, или се представят като икономически независими едно от друго предприятия, въпреки че това може да бъде привидно, тъй като между тях е налице съществено тайно координиране (съгласуване). В първия случай има съвместно доминиране по чл. 82 ДЕО, а във втория – съгласувана практика по чл. 81 ДЕО. Съвместното господстващо положение може да се основава не само на структурните връзки между участниците, но и на дългосрочни договорни отношения (напр. за общо ползване на обект на индустриална собственост). Практиката на ЕК и СЕС следва да се има предвид и с оглед съотношението между чл. 15 и чл. 21 ЗЗК.

Класически прецеденти на съгласувани практики по американската и европейската съдебна практика са по делото *Interstat Circuit v. United States* от 1939 г., съответно по делото *ICI-case*. В значителна степен решенията по тези дела предопределят развитието на практиката при изясняване на смисъла и значението на съгласуваната практика.

По първото дело Върховният съд на САЩ определя като съгласувана практика действията на разпространители на игрални филми, които имат за цел повишаване на техните цени. На основание паралелното поведение на участниците, размяната на информация между тях, съвпадане на действията им, липсата на основателна икономическа (пазарна) причина за увеличаване на цените, Върховният съд на САЩ стига до извода, че поведението на разпространителите на филми е несъвместимо с това поведение, което те биха имали, ако реално се конкурираха помежду си.

Предмет на второто дело е поведението на няколко дружества от химическата индустрия, които на няколко пъти почти едновременно и с еднакъв процент увеличават цената на своите продукти. При картела за анилинови бои увеличението през първата година е 10% (между 07. и 10.01), от 01.01 следващата година увеличението от 10 до 15%, а след две години следва трето увеличение от 8%. ЕК не приема тезата, че подобни паралелни увеличения на цените са обичайни (нормални) на един олигополен пазар, тъй като не отговарят на пазарните условия с оглед природата на продукта, броя на предприятията и техния дял в размера на съответния пазар.

В тази връзка е необходимо да се разгледа и практиката на КЗК, която е доказателство за трудностите при квалифициране на дадено поведение като съгласувана практика или като независим паралелизъм, при която съвпадащите действия на предприятията (основно в ценовата им политика) се дължат на еднаквите пазарни условия на един силно концентриран и обективно слабо конкурентен пазар. Достатъчно е да се анализират две решения на КЗК – Р-15-1999, което е юридическия прецедент в разглежданата материя, и приетото приблизително след 10 години Р-170-2008. В първото решение се приема, че е налице съгласувана практика, а във второто – че такава липсва. Анализът на двете решения като че ли води до обратния извод.

В Р-15-1999 КЗК, приема че нормалното пазарно поведение на производителите на сив цимент в страната, които действат на практически затворен олигополен пазар, води до стремеж за понижаване на себестойността на продукта и до разширяване на пазарната ниша чрез предлагане на по-конкурентна стока. На това основание КЗК определя като едновременно и еднакво увеличаването на цените от производителите на цимент, поради което го квалифицира като съгласувана практика, въпреки че увеличението е на различни дати, а цените не са еднакви както по отношение на всички производители, така и за тези от тях, които предлагат една и съща цена, тъй като те работят с различни търговски отстъпки.

Кои са допуснатите грешки? КЗК основа решението си на обстоятелството, че основните компоненти, които формират себестойността на продукта са различни за отделните циментови дружества, поради което те трябва да продават на различни цени. С основание се приема, че тази логика е по-скоро планова, отколкото пазарна²⁴. При пазарната икономика цените се определят основно от търсенето и предлагането, а не от вложените в производството разходи. По тази причина този, който произвежда най-скъпо не е длъжен да продава най-скъпо, както и обратно – произвеждащият най-евтино може да продава по-скъпо в сравнение със свои конкуренти.

Както вече се разгледа, за квалифициране на едно съмнително поведение (напр. приблизителния ценови паралелизъм) на предприятия като съгласувана практика, е необходимо да няма друго правдоподобно обяснение (основание, причина) освен постигането на едно негласно споразумение (недоказан с преки доказателства общ план) между участниците. За определения от КЗК циментов картел има редица други обяснения за повишаване на цените. На първо място това е ограниченият производствен капацитет на българските циментови заводи към този момент (планов 7 милиона тона, а фактически 4 милиона тона). Към този момент българският цимент е най-евтин в региона. Всички циментови заводи са в процес на подготовка за отлагано с десетки години скъпоструващо модернизиране на производството, което няма как да не се калкулира в продажните цени. Проучванията на КЗК са за периода от февруари до юли 1998г., когато с оглед интензитета на строителството е нормално да се очаква увеличение на цените на строителните материали²⁵. На пазара има ясно изявен пазарен лидер – „Вулкан“ЕАД – Димитровград, чието ценово поведение е нормално да се следва от другите предприятия в бранша²⁶. От обясненията на директорите на дружествата е видно, че те са „научили“ (получили са информация) за увеличаването на цените на цимента от други производители (напр. от „Златна Панега“АД) и са се „възползвали от ситуацията“. Тези обяснения са категорично доказателство за независим ценови пара-

²⁴ Вж. **Стоянов, И.** Цит. съч., с. 90.

²⁵ По правило в практиката на ЕК периодът за наблюдение на съмнително поведение е повече от 1 година (видно и от делото за анилиновите бои – 3 години).

²⁶ В практиката на КЗК ценовият лидер се определя като предприятие с 60% пазарен дял (Р-170-2008), а в други решения – с 40% такъв дял (Р-257-2009).

лелизъм между олигополисти, а не за съгласувана практика между тях, както приема КЗК.

В Р-170-2008 КЗК обаче се приема, че не е налице съгласувана практика между АД и ООД за таксиметрови услуги, въпреки че дружествата уеднаквяват всички елементи от своите тарифи (първоначална такса, такса повикване, престой, дневна и нощна тарифа на километър). Двата лидера на пазара за таксиметрови превози в град София повишават цените си само с 4-дневна разлика в датите на издадените заповеди, но заседанията на техните съвети на директорите, на които се приема решение за промяна на цените се провежда в един и същи ден – 17.09.2007г. Въпреки това обстоятелство и пълното съвпадане на стойностите в лева и на 5-те елементи на нововъведените тарифи КЗК приема, че сам по себе си единствено ценовият паралелизъм не е достатъчен, тъй като е било трудно да се установи категорично дали е налице евентуално координиране между участниците на пазара. Още по-трудно било подобно установяване в хипотезата на съгласувана практика, при която координирането на поведението се постигало без достигане на същинско споразумение. Както се разгледа, при съгласуваната практика между участниците в нея се постига споразумение (иначе тя няма да е съгласувана), но за него няма преки доказателства, тъй като то е негласно и за него се презюмира от определени факти (заклучителни обстоятелства), които безспорно са налице по делото.

Единственото донякъде оправдателно за КЗК обстоятелство е, че Софийският апелативен съд отменя издадените от Софийския градски съд заповеди, разрешаващи принудително събиране на доказателства, поради което иззетите документи при претърсване на офисите на трите сдружения на предприятия за таксиметрови превози, активно участвали в увеличаването на цените, не са могли да бъдат използвани като доказателства в производството.

5. Вече се отбеляза, че в европейската и българската практика сдруженията на предприятия се използват за инициране, организиране или улесняване сключването на антиконкурентни споразумения или съгласуване на такива практики. По тази причина редица нарушения имат комплексен (комбиниран) характер, тъй като съставляват едновременно решение на сдружение и забранено споразумение между предприятия²⁷, както и съгласуваната практика и такова решение. С оглед начините за доказване едно и също поведение на предприятията може да се определи едновременно като забранено споразумение и забранена съгласувана практика. Възможна е дори едновременната даденост на трите забрани – решение, споразумение и съгласувана практика. Така например е квалифициран Меморандума на застрахователите от ВАС (касационна инстанция), който приема, че освен като решение на Асоциацията на българските застрахователи и споразу-

²⁷ Така е квалифициран Меморандумът между застрахователите по повод задължителната застраховка „Гражданска отговорност“ на автомобилистите, а също и действията при СПА – картела според Р-167-2009 КЗК и картела на птицевъдите според Р-601-2008 КЗК.

мение, Меморандумът представлява и съгласувана практика за предприятията, които са били ненадлежно представявани при неговото подписване. В тази част Р-9407-2009 ВАС (Петчленен състав) е неточно, защото гражданскоправният режим на Меморандума е без значение и не се отразява на неговата квалификация като споразумение, тъй като сключването му е безспорно, т.е. не поражда никакви съмнения и доказателствени трудности (не е необходимо да се използват косвени доказателства), които са характерните особености на всяка една съгласувана практика.

6. Едно значително по-тясно значение на понятието „картел“ се влага от ЗЗК в разпоредбите за освобождаване и намаляване на санкциите при извършено нарушение по чл. 15 ЗЗК и (или) чл. 81 ДЕО. Чл. 101, ал. 1 ЗЗК квалифицира този картел и с допълнителен признак – да бъде таен.

Съгласно § 1, т. 5 ДР ЗЗК 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, разпределение на квоти за производство или продажби или разпределение на пазари, включително при манипулиране на публични търгове или конкурси, или процедури за възлагане на обществени поръчки.

В сравнение с по-широкото значение по чл. 15 ЗЗК картелът по чл. 101 ЗЗК не се отнася за решения на сдружения на предприятия. Според законовата дефиниция той може да бъде само споразумение, само съгласувана практика или да съдържа едновременно признаците на двете поведения. Не са картел тези споразумения и (или) съгласувани практики между предприятия, които не са конкуренти, т.е. картелът по чл. 101 ЗЗК може да бъде само хоризонтален, а не и вертикален. Картелът трябва да води само до ограничаване, но не и до предотвратяване на конкуренцията. Той се отнася до първите две точки на чл. 15 ЗЗК, а не и за следващите три точки на този член (напр. не се отнася за споразумения и практики, които имат за цел или резултат ограничаване или контролиране на производството). От това следва, че за разлика от чл. 15 ЗЗК, изброяването в § 1, т. 5 ДР ЗЗК е изчерпателно, а не примерно.

Определянето на картела като таен означава, че преди всичко той ще се прояви като дружество със съучастие или съгласувана практика. Споразумение, за чието извършване (сключване) има преки доказателства не може да бъде таен картел.

7. Споразумението, решението, съгласуваната практика и картелът в производството по освобождаване или намаляване на санкции следва да се преценяват по отношение на т.нар. съответен пазар (Общия пазар по чл. 81 ДЕО).

Съгласно § 1, т. 15 ДР ЗЗК съответният пазар се състои от продукти и географски пазар. В продуктовия пазар се включват всички стоки или услуги, които могат да се приемат като взаимозаменяеми по отношение на техните характеристики, предназначение и цени. 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.

В икономическата теория се срещат различни определения на категорията „пазар“, а в практиката на КЗК има решения, в които „пазар“ и „граждански оборот“ се използват като равнозначни понятия. За нуждите на конкурентното право може да се приеме, че пазарът е мястото, на което се срещат предлагането и търсенето на стоки, работи или услуги. Пазарът е по-тясна категория от гражданския оборот, тъй като включва не всички обекти от този оборот, а само тези от тях, които към определен момент са обекти на размяна. По тази причина съответният пазар има не само продуктово и географско, но и времево измерение²⁸.

Продуктите са взаимозаменяеми, когато малка промяна (увеличение) на цената на един от тях бързо може да пренасочи потребителите към друг подобен продукт. Това е т.нар. „кръстосана еластичност“ на търсенето на два продукта. Чрез въведения през 1982 г. в САЩ SSNIP – тест се оценява възможността на едно предприятие да увеличава цената на свой продукт, без това да има за последица загуба на купувачи (клиенти). Ако има отлив на потребители, това означава, че на пазара има друг или други продукти със сходна полезност, поради което те успешно могат да заместят продукта, чиято цена се е повишила²⁹.

За потребителите определящи са характеристиките, предназначението и цените на продуктите. Взаимозаменяемост по характеристики не означава двата продукта да са произведени от една и съща материя (напр. взаимозаменяеми са стъклените и пластмасовите бутилки за бира, както и редица стоки от естествени и синтетични материали). В редица случаи стоки от един и същ вид имат различно предназначение (напр. един сорт грозде може да бъде за директна консумация или да се ползва като суровина за производство на вино). Множество стоки с едни и същи характеристики (функционални възможности) и предназначение се произвеждат и предлагат в различни класове, които имат съществени различия в цената, поради което не са взаимозаменяеми (напр. автомобили). В тази връзка емблематични са делото „целофан“ (в американската практика) и делото „банани“ (в практиката на ЕК и СЕС). Основните въпроси по тези дела се свеждат до това дали опаковъчният целофан формира самостоятелен пазар, или е само част от пазара на еластичните опаковки, съответно дали пазарът на банани е самостоятелен, или е част от пазара на пресни плодове.

Заместимостта на търсенето се различава от заместимостта на предлагането. Така например при изграждане и поддръжка на съоръжения за воден отдих (плувни басейни, аквапаркове, тангенторни вани, сауни, SPA и уелнес-центрове) се извършват различни дейности (архитектура и дизайн, строителство, доставки и монтаж, облицовка, сервиз, поддръжка), които за потребителите не са взаимозаменяеми,

²⁸ Вж. **Стоянов, И.** Цит. съч., с. 36–39. Например в гражданския оборот има много жилища и автомобили, но само една част от тях са предложени за продажба към определен момент.

²⁹ Вж. **Мелков, М.** Понятието за „пазар“ в конкурентното право. Търговско и конкурентно право, 2007, № 9, с. 58–65.

но от гледна точка на предлагането КЗК ги групира в един продуктов пазар, тъй като всички предприятия ги предлагат комплексно.

По-лесно се определя другият компонент на съответния пазар – географският пазар. Той може да бъде световен, многонационален (напр. Общия пазар), национален, регионален или локален. Един и същ по своята характеристика и предназначение пазар може да има различно географско измерение в отделните държави. Така например КЗК определя банковия пазар като национален, докато Италианското ведомство по конкуренцията разглежда банковите пазари като регионални – на ниво провинция³⁰.

8. В чл. 81 ДЕО и чл. 15, ал. 1 ЗЗК са посочени 5 групи нарушения на конкуренцията. Общоприето е, че това изброяване е примерно, а не изчерпателно:

- пряко или косвено определяне на цени или други търговски условия;
- разпределение на пазари или източници на снабдяване;
- ограничаване или контролиране на производството, търговията, техническото развитие или инвестициите;
- предлагане на различни условия за един и същ вид договори по отношение на определени партньори, при което те се поставят в неравноправно положение като конкуренти;
- поставяне на договори в зависимост от поемането от другата страна на допълнителни задължения или от сключването на допълнителни договори, които по своя характер или съгласно обичайната търговска практика не са свързани с предмета на основния договор или с неговото изпълнение.

Под определяне на цени следва да се разбира фиксиране на цени. Европейската и българската практика показват, че нарушенията на ценовата конкуренция са най-често срещани. Те са най-очевидната форма на ограничаване на конкуренцията. При фиксиране на цени остатъчната конкуренция се проявява преди всичко по отношение на качеството на предлаганите от конкурентите стоки или услуги и качеството на обслужването на потребителите. Фиксиране на цени е налице при предлагането на еднакви цени от конкурентите (най-често при използване на обща дистрибуторска мрежа), минимални цени³¹, максимални цени³², дискриминационни цени (предлагане на по-високи цени спрямо определени купувачи); забранителни цени (с необосновано висок размер, който на практика изключва приемането им от потребителите), еднакво по размер повишаване на цените³³.

³⁰ Вж. Меликов, М. Цит. съч., с. 64–65.

³¹ Например на рисковата премия на застраховка „Гражданска отговорност“ (P-576-2008 КЗК).

³² Например на комисионните възнаграждения на застрахователните посредници – брокери и агенти (P-576-2008 КЗК).

³³ Например картелът на птицевъдите, в който участват 36 търговски дружества (предприятия), има за последица увеличаване цената на яйцата спрямо предходните 2 месеца с 65 %, а на пилешкото месо – с 38 % спрямо цената 5 месеца назад във времето (P-601-2008 КЗК).

Нарушаването на ценовата конкуренция може да се отнася до предлагането на еднакви по размер търговски отстъпки, начин на плащане (напр. определяне на точен или максимален размер на аванса или на размер и срок на отложеното плащане), спазване на правилото цената за групово изкупуване винаги да бъде по-ниска от тази за изкупуване на отделни елементи (части) от продукта, неприемане на оферти за услуги с материал на клиентите, начин за извършване за сезонни разпродажби и др.

В практиката на ЕК се приема, че поради своя очевиден антиконкурентен ефект, фиксирането на цени почти винаги е необосновано. Приема се, че дори позволеното от френското законодателство фиксиране на цени на дребно от издателите на книги, не е в съответствие с чл. 81 ДЕО³⁴. КЗК отива още по-далеч като приема, че определянето на цени или други търговски условия е най-тежкото нарушение на правото на конкуренцията и е незаконно само по себе си (*per se*)³⁵.

Както се отбеляза, фиксирането на цени може да не води до предотвратяване (пълно изключване) на конкуренцията. До тази последица обикновено се стига при второто посочено в чл. 15, ал. 1 ЗЗК нарушение (трето според чл. 81 ДЕО) – разпределение на пазари или източници на снабдяване. Подялбата на пазари (източници на снабдяване) най-често се прави по географски признак, като всяко предприятие си запазва територия, в която другите участници не навлизат. Тя може да се осъществи и чрез определяне на групи клиенти на всяко едно от предприятията, с които останалите участници не влизат в правоотношение (чрез посочване на седалищата на клиентите пак се стига до прилагане на географския принцип). Разпределението на пазарите или източниците на снабдяване може да се извърши и във времево отношение – чрез редуване през определени периоди на конкурентите на един и същ пазар.

Третото нарушение на конкуренцията (второ според изброяването на чл. 81 ДЕО) се състои в ограничаване или контролиране на производството, търговията, техническото развитие или инвестициите.

Отношението на европейското и националните законодателства към това нарушение не е толкова строго в сравнение с първите две нарушения. Ограничаването или контролът върху производството или пазарите (реализацията на продуктите) може да е икономически оправдано или икономически ефективно.

Ограничаване на производството се постига на практика чрез определяне на дялове (квоти) на участниците. Ограничаването на производството е характерно за периоди на икономически и финансови кризи, при които рязко се намалява търсенето на стоки и услуги. То може да се дължи и на свръхпроизводство, което значително надхвърля търсенето. В подобни хипотези са допустими т.нар. „кри-

³⁴ Дело Centres-Leclerc срещу Au Ble Vert Sari.

³⁵ Вж. Р-257-2009 КЗК, в което обаче неточно се посочва, че правилото *per se* е характерно за европейската практика. Това правило е въведено от американското анти-тръстово законодателство.

зисни картели“, при които производители от даден отрасъл се споразумяват да ограничат до определена степен производствения си капацитет. Това ограничаване обикновено е свързано с извършване на структурни промени и рационализиране на съответния вид производство, чиито цели предопределят и ограничения размер на инвестициите.

Техническото развитие е в основата на споразуменията за стандартизация, която по правило води до ограничаване на потребителските възможности, тъй като намалява разнообразието на предлаганите стоки или услуги, както и затруднява включването на нови субекти на дадения пазар. Стандартизирането обаче има и безспорни положителни ефекти (напр. улеснява изборът на потребителите, както и тяхното обслужване).

Споразуменията за специализация също имат негативно въздействие върху конкуренцията, тъй като всеки участник се специализира в определена област (производството на даден вид продукт), а останалите субекти се задължават да не произвеждат този продукт и да го закупуват само от специализирания се участник, дори ако пазарът предлага по-добри възможности в това отношение. Специализацията ограничава не само производството и покупките, но и потребителските възможности (избор), тъй като на пазара е останал един или ограничен брой производители на съответния продукт. Положителният икономически ефект на специализацията приоритетно е за производителите.

Ограничението и контролът върху търговията (реализацията, пазарите) се постигат най-често чрез съвместни продажби или съвместни покупки. Съвместните продажби (например чрез използване на общ търговски представител, комисионер или дистрибутор) предпоставят координиране на цените и другите търговски условия. Положителният икономически ефект на съвместните продажби се свежда до съкращаване на разходите при реализацията на стоките (услугите), като те са оправдани при навлизане на малки предприятия на нов (непознат) или рисков пазар.

Съвместните покупки също имат антиконкурентно действие, тъй като са в основата на формиране на обща покупна цена и придобиване на стоката от един доставчик.

Важно средство за фиксиране на цени, разпределение на пазари, ограничаване на производството и др. е обменът на информация между предприятията. Безспорно е, че размяната на информация има положителен икономически ефект за конкурентите при навлизането им или за присъствието им на определен пазар (с оглед неговия капацитет, обем на търсене, предстоящо технологическо обновяване, предлагани търговски условия, тенденции за развитие и др.). Обменът на информация е в полза и на потребителите. Но размяната на информация крие и рискове за конкуренцията, тъй като е форма на координация (сътрудничество, солидарност), която създава прозрачност и предвидимост на пазара, като отстранява в една или друга степен присъщите на обикновената пазарна ситуация конкурентни рискове, несигурност, изненада и секретност в поведението на

предприятията. Възможният антиконкурентен ефект на обмена на информация се засилва на олигополните пазари.

По тези причини отношението на ЕК към обмена на информация не е еднозначно. При преценката за нарушаване или ненарушаване на чл. 81, ал. 1 ДЕО ЕК избягва прилагането на предврително определени (формални) критерии, а се ориентира към анализ на конкурентното поведение на пазарните субекти с оглед извода дали те са „преминали прага, който разделя законосъобразното информационно споразумение от действия, ограничаващи или смущаващи конкуренцията“. Основно значене в тази насока имат видът, съдържанието, начините и времето на обмен на информацията. Първоначално ЕК определя размяната на информация само като поведение, което спомага да се реализират разгледаните три нарушения на конкуренцията (първите три според изброяването на чл. 81, ал. 1 ДЕО и чл. 15, ал. 1 ЗЗК). В края на 80-те и началото на 90-те години на миналия век ЕК дава приоритет на квалифициране обмена на информация като самостоятелно нарушение на чл. 81, ал. 1 ДЕО, въпреки че то не е посочено изрично в този текст. Първото решение в тази насока е по делото UK Agricultural Tractor Exchange³⁶.

Обменът на информация трябва да е резултат от постигнато споразумение между участниците или от съгласувана практика между тях. Така например не е достатъчно информацията да е получена непреднамерено или дори целево от средствата за масово осведомяване или от потребителите. В този смисъл е и практиката на ЕК. Информацията може да бъде получена и чрез сдружение (асоциация или търговска организация) на членуващите в него предприятия, в който случай не е необходимо те да са влезли в преки отношения помежду си, както е при споразуменията и съгласуваните практики.

В практиката на ЕК и КЗК се приема, че разменената информация трябва да е чувствителна. Под чувствителна следва да се разбира съществената информация, към която се отнасят сведения за производството и продажбите (напр. за месец) предлаганите цени и начините за изчисляването им, пазарните дялове на участниците, предстоящо увеличаване или намаляване на търговските отстъпки, бъдещи инвестиции, промяна на общите условия и други. По-опасна за конкуренцията е подробната и персонализирана информация, докато отношението на ЕК към обобщената и неиндивидуализирана информация е по-сниходятелно,

³⁶ По това дело 8 производители и вносители на селскостопански трактори във Великобритания изграждат помежду си информационна система за пазарните дялове и обема на продажбите на дребно на всеки един от тях. Тази система е била администрирана от Английската търговска асоциация на производителите и вносителите на селскостопански машини (АЕА), в която са членували 88 % от участниците на този пазар. ЕК отчита и неговата висока степен на конкуренция, тъй като 4 предприятия са контролирали 80% от него. Пазарът се е характеризирал и с друга особеност на олигополната структура – високи бариери за навлизане на нови участници (поради свиване на капацитета, необходимост от създаване на скъпоструваща сервизна мрежа, лоялност на купувачите и др.).

както е и спрямо съвместно изготвената статистическа информация. Не еднозначно и отношението към съвместно поръчаното пазарно проучване от трето лице (напр. от специализирано дружество). Информацията за бъдещ период е по-опасна за конкуренцията, тъй като може да предопредели предстоящата пазарна стратегия на предприятията, докато информацията за минал период (дори ако е детайлна и персонализирана) има по-ограничена възможност да въздейства негативно на конкуренцията, тъй като въз основа на нея могат да се правят само косвени, относителни и приблизителни заключения за бъдещо пазарно поведение на конкурентите³⁷. От основно значение е също периодичността при размяната на информация, тъй като по-честият обмен между конкурентите дава по-голяма възможност за координиране на тяхното пазарно поведение³⁸.

Фиксиране на цени и разпределение на пазари, съчетани по необходимост с обмен на чувствителна пазарна информация между конкуренти, е налице при т.нар. тръжни манипулации. Както се разглежда, ЗЗК уреди като вид картел манипулирането на публични търгове или конкурси, както и на процедури за възлагане на обществени поръчки. Значимостта на тези антиконкурентни манипулации се проявява и в това, че в някои европейски държави (напр. Германия и Чехия) те са криминализирани, т.е. обявени са за престъпления³⁹.

Характерно за тръжните манипулации (манипулирането на обществени поръчки) е, че се създава привидна (мнима) конкуренция между участниците в процедурата. Тази особеност на антиконкурентните манипулации се сочи и в практиката на ЕК и СЕС. Целта на всяка една манипулация е да се постигне по-висока цена на възложените за изпълнение работи (услуги) и (или) по-ниско качество на продукта чрез предопределяне на участника, който ще спечели процедурата. Именно тази цел, която е в основата на едно продължително по време сътрудничество (координиране) на поведението на участниците, отграничава това нарушение от споразуменията (напр. за образуване на консорциум), които се създават само с цел да се осигури участието на предприятията в конкретна тръжна процедура с оглед определените ѝ от възложителя условия (напр. финансови ресурси и опит за изпълнение на дадена поръчка). Подобно поведение се определя като некартелно хоризонтално споразумение за сътрудничество, което по принцип е съвместимо с правото на конкуренцията⁴⁰. При липса на преки доказателства за постигане на споразу-

³⁷ По делото UK Agricultural Tractor Exchange е прието, че е допустим обмен на информация за период след една година.

³⁸ Вж. **Папазова, М.** Обменът на информация между търговци – проблемът и граници на допустимост. Търговско и конкурентно право, 2009, № 6, с. 57–64.

³⁹ Следва да се има предвид, че в рамките на ЕС около 16 % от брутния вътрешен продукт се формира чрез възлагане на обществени поръчки. По данни на Агенцията по обществени поръчки този дял за България през 2008 г. е около 10 % от брутния вътрешен продукт за страната.

⁴⁰ Вж. **Пангелов, К. и М. Маринова.** Антиконкурентно манипулации на обществени поръчки. Търговско и конкурентно право, 2009, № 7, с. 54.

мение, поведението на участниците в процедурата може да се определи като съгласувана практика.

Координирането между участниците в тръжната манипулация може да има различни форми: неучастие на един или няколко от тях в дадена процедура; прилагане на губеща оферта (с най-висока цена или с неприемливи за възложителя специални условия); оттегляне на подадена оферта. Тези техники се означават като „оферти на прикритие“ или „тръжен абсентизъм“. Обикновено те се съчетават с редуване на поръчките или с разпределение на пазарите между участниците, което се извършва по вид на поръчките, конкретни възложители или географски район. Получената в резултат на манипулацията печалба може да се разпредели между участниците чрез сключване на договори за подизпълнение със спечелилия процедурата участник или на договори за доставка (напр. на детайли с цел произвеждане от него на даден краен продукт). В тези случаи е налице едно специфично дружество със съучастие (тайно, скрито, тацитно дружество). С цел постигане на по-голяма сигурност не са редки случаите, при които на практика всички оферти се изготвят от единия участник и само формално са подават и от останалите, т.е. налице е обратна хипотеза на дружество със съучастие.

За разлика от разгледаните нарушения, които са характерни за хоризонталните конкурентни отношения, последните две от изброените в чл. 81, ал. 1 ДЕО и чл. 15, ал. 1 ЗЗК антиконкурентни поведения се проявяват във вертикалните отношения (напр. между производител и дистрибутор).

Първото от тези нарушения е прилагането на различни условия за един и същ вид договори по отношение на определени партньори, при което те се поставят в неравноправно положение като конкуренти. Става дума за колективно (общо) поведение на няколко предприятия (напр. на двама или повече производители) по отношение на определени субекти, а не за едностранни действия, тъй като свободната стопанска инициатива (свободата на договаряне, автономията на волята) дава възможност на всяко едно предприятие самостоятелно да реши дали да сключи даден договор, с кого да го сключи и при какви условия, стига това да не съставлява злоупотреба с господстващо положение по чл. 82 ДЕО и чл. 21, т. 3 ЗЗК. Следователно общото дискриминационно поведение на две или повече предприятия спрямо определени техни договорни партньори е нарушение по чл. 81, ал. 1, „d“ ДЕО и чл. 15, ал. 1, т. 4 ЗЗК⁴¹.

Разглежданото нарушение може да се прояви не само като отказ (бойкот) да се сключи стоков договор с определен субект (субекти), но и в сключването на такива договори при приети от насрещната страна условия, които са различни за дължимите еднотипни престации от отделните контрахенти. Тези различни условия могат да се отнасят до всички елементи на договорите (напр. минимално коли-

⁴¹ Така например ЕК е разгледала дело, по което две специализирани белгийски списания за яхти и лодки отказват да рекламират английски производител, с което го поставят в неравноправно положение спрямо неговите белгийски конкуренти, под чийто натиск като основни рекламодатели в списанията, последните правят отказа.

чество, цени, срокове, начини за изпълнение, комплектност, асортимент, отговорност и др.). Но разликата в отношението към различните партньори може да е икономически (обективно) оправдана. Така например предлагането на различни цени може да се дължи на отбивки за покупки на едро или на разпределение на транспортните разходи. По тази причина нарушението се отнася само за тези договори, които ЕК определя като „еквивалентни“. И тъй като такава еквивалентност е трудно осъществима на практика, от правилото за неприлагане на различни условия са налице множество изключения дори и в американската практика, въпреки че според конкурентното право на САЩ бойкотът е *per se* нарушение (незаконен сам по себе си). Следователно прилагането на различни условия към различни контрахенти трябва да е проява на субективизъм (напр. с цел отстраняване на дадено предприятие от пазара)⁴². Нарушение е също предлагането на по-добри ценови условия поради поето задължение за „лоялност“ или „преданост“ от купувачите (потребителите на услуги).

Последното предвидено в чл. 81, ал. 1, „е“ ДЕО и чл. 15, ал. 1, т. 5 ЗЗК нарушение се състои в поставяне сключването на договори в зависимост от поемането от другата страна на допълнителни задължения, които по своя характер или съгласно обичайната практика не са свързани с предмета на договора. Хипотезата на чл. 15, ал. 1, т. 5 ЗЗК е по-широка в сравнение с чл. 81, ал. 1, „е“ ДЕО в две насоки, тъй като обхваща не само поемането на допълнителни задължения по същия договор, но и сключването на друг (нов) допълнителен договор, като преценката за наличието или липсата на връзка между допълнителните задължения или допълнителния договор и основните задължения или основния договор следва да се прави не само по отношение на техния предмет, но и спрямо изпълнението на основните задължения (основния договор).

Посочената зависимост трябва да е цел и резултат на (от) споразумение или съгласувана практика между две или повече предприятия, от една страна, и техните контрахенти, от друга страна. Същото се отнася и за решение на сдружение на предприятие. Едностранното поставяне на зависимост между сключването на един договор и поемането от насрещната страна на допълнителни задължения или сключването на друг договор не е нарушение на конкуренцията, а е проявление на автономията на волята (свободата на договаряне), както и на уменията за водене на преговори с цел отстояване на собствени икономически интереси. Доброволното поемане на задължения от насрещната страна или съгласието ѝ за сключване на допълнителен договор също показва, че в една или друга степен са удовлетворени и нейните интереси. Едностранно наложената зависимост при договарянето обаче може да съставлява злоупотреба с господстващо положение по чл. 82 ДЕО и чл. 21, т. 4 ЗЗК, а не по чл. 81, ал. 1, „е“ ДЕО и чл. 15, ал. 1, т. 5 ЗЗК, които

⁴² Вж. Р-167-2009 КЗК. По делото е установено, че участниците са се споразумели да не купуват стоки от складовете на определено предприятие (АД).

в тази хипотеза са неприложими. В този смисъл е и практиката на ЕК, СЕС и КЗК⁴³. По тази причина наложеното поемане на задължение от насрещната страна да закупува стоки или да получава услуги от своя контрагент, които не са и нужни, също може да съставлява злоупотреба с господстващо положение, а не нарушение по чл. 81, ал. 1, „е“ ДЕО и чл. 15, ал. 1, т. 5 ЗЗК⁴⁴.

Друго е положението при поемане на допълнително задължение или сключването на допълнителен договор за закупуване от наложилия това поемане или сключване контрагент на други продукти, които могат да се придобият при подобри условия от други доставчици. Това се отнася и за т.нар. „английска клауза“, чрез която купувачът поема задължение към продавачът да го информира за бъдещо предлагане от други продавачи на по-ниска цена на същите или подобни стоки, които да могат да се придобият от тях само ако първият продавач не предложи тази по-ниска цена.

За всеки конкретен случай трябва да се констатира, че допълнително поето задължение или новият допълнителен договор нямат връзка с предмета или изпълнението на основното задължение или договор. Липсата на връзка следва да е по отношение на характера (естеството) на допълнителното задължение или договор. Но дори при различие по характер между основното задължение (договор) и допълнителното задължение (договор), няма да е налице нарушение на чл. 81, ал. 1, „е“ ДЕО и чл. 15, ал. 1, т. 5 ЗЗК, ако тяхното съвместяване е прието в практиката (обичайно е за нея). Така например има връзка с предмета и изпълнението на лицензионния договор поетото от лизингополучателя задължение да се снабдява само от определени от лицензодателя продавачи, ако с това се гарантира качеството на произвежданите чрез предоставения лиценз продукти. Съотносимо към договора за прехвърляне на търговско предприятие е поетото от продавача задължение да не извършва конкурентна дейност, ако тя съвпада по предмет и място с тази на прехвърленото предприятие, тъй като фактическите отношения (създадената клиентела) заемат основно място в неговия състав. Така е и при поето задължение от дистрибутор да не сключва сделки със стоки, които са предмет на дистрибуторския договор, а не въобще със стоки, в който случай е налице нарушение на конкуренцията.

Нарушенията по чл. 81, ал. 1 „d“ и „e“ ДЕО и чл. 15, ал. 1, т. 4 и 5 ЗЗК, които са характерни за вертикалните конкурентни отношения, налагат съпоставка между широко разпространените на Общия и националните пазари договор за търговско представителство, комисионен договор, дистрибуторски договор и договор за франчайзинг. Нарушенията на конкуренцията се основават преди всичко на

⁴³ В Р-257-2009 КЗК. По делото се приема, че поставянето от ЗАД „Амианц България“ на „Порше Лизинг БГ“ ЕООД на валидно сключена застраховка „Каско“ като условие за сключване на застраховка „Загуби в следствие неплащане на лизингови вноски“ не е нарушение на чл. 15, ал. 1, т. 5 ЗЗК, тъй като не е поведение на сдружение на предприятия, нито е свързано с предприети съгласувани действия между независими предприятия.

⁴⁴ Обратно **Стоянов, И.** Цит. съч., с. 69–70.

включваната в договорите клауза за изключителност (предоставеното право на ексклузивитет). При предоставеното изключително право на продажба само разпространителят (дистрибуторът) има възможност да продава продуктите на даден производител или вносител на определена територия (включваща част или цялата територия на държава членка или тази на няколко държави), или на определен кръг купувачи (потребители). По този начин се засягат интересите на други търговци (дистрибутори), които също имат желание да продават продуктите на същия производител (вносител) на същия пазар. При предоставено изключително право на покупка дистрибуторът се задължава да придобива дадените продукти единствено от продавача, което неизбежно ограничава конкуренцията между производителите (вносителите) на същия вид стоки (работи, услуги), които трудно могат да навлязат на предоставения на дистрибутора пазар. Обикновено се договаря двустранна изключителност. Ограниченията на конкуренцията обаче се съчетават с положителен икономически ефект, тъй като се постига концентрация при пазарната реализация на продуктите, по-добра организация при тяхното рекламиране, следпродажбено сервизно обслужване (приемане на рекламации), по-голяма успеваемост при навлизане на пазар с утвърдени на него други производители или вносители на същия продукт, което е в интерес на потребителите.

По правило в европейското и националното търговско право на отделните държави търговският представител (агент) се разглежда като самостоятелен (независим) търговец. В конкурентното право обаче се акцентира върху обстоятелството, че агентът действа винаги за чужда сметка (за сметка на представлявания производител или вносител), поради което не понася риска от реализацията на продукта (с изключение на агента – *del credere*). Това се отнася и за случаите, при които представителят действа от свое име (като косвен представител), която възможност е особеност на българското търговско право. Той трябва да изпълнява нарежданията (указанията) на представлявания, тъй като основното му задължение е да оказва сътрудничество. По тази причина дейността на представителя се инкорпорира в тази на представлявания и съставлява заедно с нея едно стопанско единство (икономическо цяло). На това основание в Известие от 24.12.1962г. ЕК приема, че чл. 81 (тогава 85) ДЕО не се прилага при предоставяне на изключително право на агента, а СЕС определя неговото положение като сходно с това на търговски служител на представлявания. Подобна аналогия е недопустима в търговското право.

От гореизложеното принципно положение има изключения. Търговският представител следва да се разглежда като отделно предприятие, когато сътрудничи едновременно на двама или повече търговци, които може да са или да не са конкуренти помежду си. В първия случай е налице и нарушение на търговското законодателство, което забранява такова сътрудничество. Антиконкурентно поведение според чл. 81 ДЕО и чл. 15 ЗЗК може да има и когато един производител определя като свой търговски представител друг производител на същите или сходни стоки⁴⁵. Подобно споразумение е хоризонтално, а не вертикално.

⁴⁵ Така Пиперкова, Л. Цит. съч., с. 430.

Изложеното за търговския представител се отнася и за комисионера, който също винаги действа за чужда сметка, макар и от свое име.

За разлика от търговския представител и комисионера, които в конкурентното право не се третират като самостоятелни субекти (предприятия), дистрибуторът действа не само от свое име, но и за своя сметка, като понася риска от сключените от него сделки⁴⁶. За разлика от агента и комисионера, които получават възнаграждение от принципала за оказаното от тях съдействие при реализацията на продукта (по правило изчислено като процент от цената на сделките с трети лица), дистрибуторът не получава комисионна, а печалба, като се формира като разлика между покупната и продажната цена на стоките, тъй като по отношение на дадения производител (вносител) той действа като самостоятелен купувач, а по отношение на третите лица – като самостоятелен продавач. Дистрибуторският договор е организационен, като въз основа на него се сключват множество стокови договори. По правило той е ненаименован, тъй като за разлика от агентския и комисионния договор не е уреден от националните търговски законодателства (с изключение на някои държави – напр. Белгия и Чехия). Аналогичното прилагане на нормативния режим на агентския договор (за търговско представителство) спрямо дистрибуторския договор е допустимо според практиката на повечето европейски държави, но то следва да е само в търговскоправно отношение, а не и в областта на конкурентното право. *Analogia legis* се основава на подобие между договора за търговско представителство и дистрибуторския договор по отношение на масово включването и в двата договора клаузи (задължения) за изключителност, придобиване на минимално количество стоки, реклама и сервизно обслужване от агента, съответно от дистрибутора.

По правило определянето в дистрибуторския договор на фиксирани или минимални цени при продажбите на трети лица има антиконкурентно действие. По-различно е отношението на ЕК и СЕС към клаузите в договор за дистрибуция, които предвиждат препоръчителни или максимални цени. Препоръчителните или максималните цени са в интерес на потребителите. На това принципно положение се основава и Регламент № 2790/1999г.

Договорът за франчайзинг има елементи на дистрибуторски договор, лицензионен договор и договор за образуване на консорциум⁴⁷. Франчайзингът е форма

⁴⁶ В цитираното Известие от 1962 г. ЕК приема, че самостоятелен търговец е този, който понася риска от продажбите на трети лица, има склад със значително количество стоки, които са негова собственост, организира и поддържа сервиз за своя сметка и има възможност сам да определя цените и търговските условия на сключваните от него договори.

⁴⁷ В практиката на ЕК и СЕС се приема, че франчайзните споразумения за търговия на дребно са различни по вид от споразуменията за дистрибуция. Във Франция доминира разбирането, според което франчайзингът е вид изключително дистрибуторство, тъй като между тях има само две различия – предоставеното право за използване на търговска марка и задължение за заплащане на първоначална вноска.

на коопериране, която изисква по-подробна договорна регламентация в сравнение с дистрибуторският договор. Чрез него се постига положителен икономически ефект, тъй като се ограничава размерът на капиталовложенията (за франчизьора) и на стопанския риск (за франчизанта). Франчайзингът е средство за развитие на малките предприятия. Франчизьор може да бъде титуляр на търговска марка (напр. при хотелски вериги), производител (напр. на безалкохолни напитки), търговец на едро (напр. на бяла техника). Той може да реализира чрез франчизанти, произведени от него или чужди стоки, като им предостави право да произвеждат и разпространяват или само да разпространяват тези стоки (услуги). Франчайзингът възниква в САЩ през 70-те години на миналия век на основата на предоставеното от франчизьора право за използване на неговата търговска марка от франчизанта. По тази възможност франчайзингът се различава от дистрибуторския договор и се доближава до лицензионния договор. Основните задължения на франчизьора са за предоставяне на ноу-хау, техническа помощ, консултации и обучение на персонала на франчизанта. Задължения на франчизьора са за заплащане на първоначална вноска, отчисления от печалбата, придобиване на минимални количества стоки. При предоставено право за използване търговската марка на франчизьора франчизантът е длъжен да следва неговата пазарна политика, а франчизьорът може да упражнява контрол в това отношение.

Въпреки тази по-тясна в сравнение с дистрибуторския договор зависимост между страните, те запазват своята икономическа и правна самостоятелност (подобно при образуването на консорциум), поради което франчизантът се разглежда в конкурентното право като отделно предприятие, което не е инкорпорирано в това на франчизьора. Това не изключва квалифицирането на франчизанта като икономически слабата страна по договора (подобно на агента и дистрибутора)⁴⁸. На това основание договорът за франчайзинг може да бъде форма на концентрация между предприятия по чл. 22, ал. 1, т. 2 ЗЗК, въпреки че същевременно е средство за предотвратяване на вливането и сливането по чл. 22, ал. 1, т. 1 ЗЗК.

8. Съгласно чл. 81, ал. 2 ДЕО и чл. 15, ал. 2 ЗЗК забранените споразумения и решения са нищожни.

В доктрината се приема, че в приложното поле на тези правила не попадат всички споразумения, а само договорите, тъй като тези без правно значение не могат да бъдат и нищожни⁴⁹.

Чл. 81, ал. 2 ДЕО и чл. 15, ал. 2 ЗЗК не посочват съгласуваната практика. На това основание се приема, че тя няма правен характер, поради което за нея е неуместно да се употребява терминът „нищожност“⁵⁰.

⁴⁸ По делото Pronuptia СЕС приема, че задължението на франчизанта да закупува 80 на сто от стоката от франчизьора, а останалите 20 на сто от посочени от него доставчици, не нарушава чл. 81 (тогава 85) ДЕО.

⁴⁹ Вж. **Марков, М.** Промените в картелната забрана по чл. 9-13 ЗЗК. Търговско право, № 2, 2003, с. 13. Становището е поддържано при действието на ЗЗК от 1998 г., но съответстващите му разпоредби в действащия ЗЗК са със същото съдържание.

⁵⁰ Вж. **Schweitzer, Michael/Hummer, Waeldemaz.** Europarecht. 4, 1993, p. 322 и **Цакер, Кристиан.** Европейско право. С., 1998, с. 169.

По мое мнение тълкуването на горепосочените разпоредби налага по-различни изводи. Тези разпоредби имат предвид противоречието на закона като основание за настъпване нищожността на сделките и на решенията на органите за управление на юридическите лица, които също са особен вид сделки. Последните на нищожността в конкурентното право също съвпадат с тези на нищожността в гражданското право. Като форма на недействителност обаче нищожността в конкурентното право има различно приложение в сравнение с гражданското и класическото търговско право. Това различно приложение е обусловено от специфичните юридически факти за пораждаване на конкурентни правоотношения, които невинаги съвпадат с юридическите факти на гражданското и търговското право. В редица случаи определени обстоятелства могат да поразят само конкурентноправни последици, а да нямат действия в областта на гражданското и търговското право, т.е. да не са юридически факти на тези правни отрасли, както и обратно – дадени юридически факти на гражданското и търговското право да не водят до възникване на конкурентни правоотношения.

Впрочем специфика е налице и при недействителността на гражданските и търговски сделки. Тя се проявява в неприлагането на крайната нужда и явно неизгодните условия като унищожително основание за сключени между търговци търговски сделки и в специфичния режим за позоваване на нищожността на търговски сделки при неспазване на предвидената в закона форма (срв. чл. 293, ал. 3 и чл. 297 ТЗ).

Значително по-голяма е спецификата на недействителността (нищожността) в конкурентното право. Вече се проведе разлика между сделка, договор и споразумение по смисъла на чл. 81 ДЕО и чл. 15 ЗЗК. Поради характерните за конкурентните правоотношения обща цел и съвпадащи по съдържание волеизявления (поведение) на страните не са споразумение едностранните сделки и престационните (стоковите договори). Споразумение могат да бъдат само многостранни сделки – за гражданско дружество, консорциум, дружество със съучастие, съвместно извършване на дейност (за сътрудничество и взаимопомощ). В този случай те са едновременно юридически факти на гражданското (търговското) и конкурентното право. Ако споразумението е нищожно поради това, че има за цел или резултат нарушаване на конкуренцията (нейното предотвратяване или ограничаване), то следва да е нищожно и с оглед целените от страните гражданскоправни (търговскоправни) последици. Ако се приеме, че споразумението е нищожно само от конкурентноправно гледище, ще се стигне до неприемливата възможност страните да могат да си претендират взаимно неустойки или обезщетения за вреди поради неизпълнение.

Но споразумението може да не бъде многостранна сделка (договор) и да не поражда гражданскоправни последици, т.е. да не е юридически факт на гражданското и търговското право, а само на конкурентното право. Такива са джентълменските споразумения (клаузите на честта), преддоговорни отношения (переговори), договори с ненастъпило отлагателно условие или с настъпило прекратително

условие, прекратени на друго основание договори, договори в чието сключване са участвали лица без представителна власт, както и съгласувания между клонове на едно дружество, които не са юридически лица (гражданскоправни субекти). По своя гражданскоправен режим тези споразумения може да са недействителни (нищожни или унищожяеми), но да пораждат правни последици, тъй като засягат конкуренцията. Именно тези последици се имат предвид в чл. 81, ал. 2 ДЕО и чл. 15, ал. 2 ЗЗК, без да е от значение дали споразумението е сделка (договор) или не, както и дали то е действително, или не от гражданскоправен аспект. Следователно в приложното поле на разпоредбите попадат всички споразумения с антиконкурентен ефект, а не само договори, както се твърди в теорията.

Същото се отнася и за решенията на сдружение на предприятия. Антиконкурентни последици могат да настъпят не само от решение, което е прието от компетентен орган за управление на сдружение при спазване на всички нормативни изисквания за това (на ЗЮЛНЦ), но и когато те са нарушени и решението е нищожно или отменено от съда поради противоречието му със закона или устава. Възможно е дори актът на дружествен орган да не е решение в гражданскоправен смисъл, а да е една незадължителна препоръка. Както се разглежда, в конкурентното право решение може да бъде едно писмо, справка или прогноза, които по дефиницията не са правнозадължителни за изпълнение, ако на практика се изпълняват и оказват негативно въздействие върху конкуренцията. Вече се отбеляза, че сдружението може да не е персонифицирано.

Следва да се приеме, че нищожни са не само споразуменията и решенията на сдружения, но и съгласуваните практики между две или повече предприятия. Вече се изясни, че съгласуваната практика може да се обясни само чрез постигането между участниците на едно негласно споразумение, което се различава от обикновеното споразумение по това, че винаги се сключва посредством конклюдентни действия, и което е по-важно – няма преки доказателства за него. По тази причина в редица случаи споразумението и съгласуваната практика трудно могат да се разграничат. Често съгласуваната практика се съчетава със споразумения или решение на сдружение на предприятия. Последиците на трите нарушения съвпадат (включително при освобождаването от забраните за тях и административно-наказателната отговорност). По тази причина съгласуваната практика следва да се приравни на споразуменията и решенията и с оглед нейната недействителност (нищожност). Чрез обявяване за нищожна на практиката за недействително ще се обяви и споразумението, което стои зад нея, така както чрез установяване на недействителността на търговско дружество по чл. 70 от ТЗ се стига до такава и на неговия учредителен акт (договор или устав). Следователно в израза „съгласувана практика“ акцентът трябва да се постави на „съгласувана“, а не на „практика“. Още повече, че действащото законодателство обявява за нищожни не само сделки, а и други юридически факти, субекти (търговски дружества), действия, чрез които се изпълняват задължения по сделки (напр. изпълнение на задължения в производството по несъстоятелност съгласно чл. 664, ал. 1 и ал. 2, т. 1 ТЗ).

Нищожността на споразуменията, решенията и съгласуваните практики може да бъде пълна и частична според общите гражданскоправни правила. Според тези правила тя настъпва по право (автоматично), без да е необходимо да бъде обявена от някакъв орган. Само при евентуално възникнал спор или неяснота дали съществува нищожност се налага съдът да констатира нищожността⁵¹.

Следва да се приеме, че нищожността по чл. 81, ал. 2 ДЕО и чл. 15, ал. 2 ЗЗК е висяща. Споразуменията, решенията и съгласуваните практики се валидират, ако се докаже, че имат незначителен ефект върху конкуренцията (според правилото *de minimis*) или положителен икономически ефект (според качествените освобождавания от забрани по чл. 81, ал. 3 ДЕО и чл. 17 ЗЗК). Това валидиране също настъпва автоматично, т.е. без да е необходимо нотифициране пред КЗК и приемане от нея на решение за валидиране. Не е необходима и съдебна намеса.

Последиците на недействителността на забранени споразумения, решения на сдружения и съгласувани практики се определят според националното право, дори ако едновременно с това съставляват нарушение и на чл. 81 ДЕО.

⁵¹ Вж. Р-22-1998 КС, с което е отменен чл. 7, ал. 1 т. 6 ЗЗК от 1998 г., даващ право на КЗК да обявява недействителността на забранените от закона споразумения и решения.