

**Ключови думи:**

*злоупотреба с господства-  
що положение, икономиче-  
ски ориентиран подход,  
антиконкурентен ефект,  
проконкурентен ефект*

**Keywords:**

*Abuse of Dominant Position,  
More Economic Approach,  
Anticompetitive Effect, Pro-  
competitive Effect*

Emilia Dimitrova

**The More Economic Approach to  
Exclusionary Abuses Under  
Article 102 TFEU**

*The present paper examines in a comparative legal aspect the more economic approach in the ‘rule of reason’ doctrine, formulated in connection with the implementation of the American antitrust legislation, and the approach defined in the Guidelines on the application of Article 102 TFEU to exclusionary abuses, adopted by the European Commission. The purpose of the comparative legal research is to establish whether the approach taken by the European Commission to exclusionary abuses follows the analytical model of the ‘rule of reason’ doctrine.*

**Emilia Dimitrova, Ph.D.**

*Member of the Law  
Department of New  
Bulgarian University*

*e-mail: edimitrova@nbu.bg*

*Senior Lecturer in Civil  
Law, Competition Law, EU  
Internal Market Law.*

*Areas of specialization:  
Civil Law, Competition Law,*

*EU Internal Market Law,  
Commercial Law.*

*Author of a monograph  
and articles in professional  
periodicals in Bulgaria  
and abroad.*

*Lawyer.*

<https://doi.org/10.33919/yldnbu.22.11.8>

Емилия Димитрова

## Икономически ориентираният подход спрямо структурните злоупотреби по член 102 ДФЕС

*В настоящата статия се разглеждат в сравнително правен аспект икономически ориентираният подход в доктрината rule of reason, формулирана във връзка с прилагането на американското антитръстово законодателство, и подходът, регламентиран в Насоките по прилагането на член 102 ДФЕС спрямо структурните злоупотреби с господстващо положение, приети от Европейската комисия. Целта на сравнително-правното изследване е да установи дали подходът, възприет от Европейската комисия относно структурните злоупотреби с господстващо положение, следва аналитичния модел на доктрината rule of reason.*

### 1. Въведение

В развитието на конкурентното право на Европейския съюз се обособяват два периода. В правната литература<sup>1</sup> първият период се означава като „класически“ и трае от 1958 г.<sup>2</sup> до 2004 г.<sup>3</sup>, а вторият период се определя като „период на модернизация“ и обхваща времето след 2004 г.

<sup>1</sup> Gerber, D. Global Competition: Law, Markets and Globalization. New York, 2010, p. 182.

<sup>2</sup> На 1.1.1958 г. влизат в сила двата учредителни договора на Европейския съюз – Договорът за създаване на Европейската икономическа общност и Договорът за създаване на Европейската общност за атомна енергия, подписани на 25.3.1957 г., известни още като „Римските договори“.

<sup>3</sup> За времева граница между двата периода се приема края на мандата на проф. Mario Monti като европейски комисар, отговарящ за конкуренцията. Той изпълнява тази длъжност от 1999 г. до 2004 г. Основен приоритет на дейността на проф. Mario Monti като европейски комисар по конкуренцията е реформирането на европейската политика в тази област чрез въвеждането на икономически ориентирания подход при прилагането на конкурентното право – вж. Monti, M. The New Shape of European Competition Policy. Inaugural Symposium of the Competition Policy Research Center „How Should Competition Policy Transform Itself?“, Fair Trade Commission of Japan, Tokyo, 20 November, 2003, p. 3, достъпна на [http://www.jftc.go.jp/en/cprc/katsudo/sympo/1st\\_sympto\\_e/1st\\_sympto\\_agenda\\_e](http://www.jftc.go.jp/en/cprc/katsudo/sympo/1st_sympto_e/1st_sympto_agenda_e). В речта си от 28.10.2004 г. пред Центъра за Европейска реформа в Брюксел проф. Mario Monti, обобщавайки резултатите от своята дейност като европейски комисар по конкуренцията, подчер-

В правната доктрина<sup>4</sup> господстващо е разбирането, че през първия, класическия, период от своето развитие политиката за конкуренция в Европейския съюз е силно повлияна от немския ордолиберализъм<sup>5</sup>. Замяната на ордолибералния с икономически ориентирания подход (more economic approach) за оценка на пазарното поведение на предприятията съставлява съдържанието на процеса по реформиране на правоприлагането на конкурентното право на Европейския съюз. Началото на този процес поставя Европейската комисия.

В настоящата статия се изследва същността на икономически ориентирания подход в контекста на забраната за злоупотреба с господстващо

---

тава, че набелязаната от него цел е постигната – в края на мандата му част от областите, до които се отнася европейската политика по конкуренцията, са напълно реформирани, а останалите са в процес на модернизация. Вж. Monti, M. A reformed competition policy: achievements and challenges for the future, достъпна на [http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2004\\_3\\_1.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2004_3_1.pdf)

<sup>4</sup> Вж. Gormsen, L. L. Article 82 EC: Where are we coming from and where are we going to? // The Competition Law Review, 2006, № 2, 5–25, както и Behrens, P. The “Consumer Choice” Paradigm in German Ordoliberalism and its Impact upon EU Competition Law. // Europa-Kolleg Hamburg, Discussion Paper, 2014, № 1, p. 25.

<sup>5</sup> Възприемането на ордолибералните идеи се обяснява с два фактора: субективен и обективен. Субективният фактор се свързва със състава на немската делегация, участвала в преговорите по съставянето на Договора за създаването на Европейската икономическа общност, и до нейните съветници. Мнозина от членовете на немската делегация споделят идеите на ордолибералната школа като например Alfred Müller-Armack (1901–1978) – създателят на термина „социално пазарно стопанство“, и Hans Georg Max Joachim von der Groeben (1907–2005) – ръководителят на работната група по въпросите на общия пазар, на която е възложено изготвянето на правилата за защита на конкуренцията, а впоследствие и първият европейски комисар по конкуренцията. Консултант на Hans Georg Max Joachim von der Groeben е проф. д-р Ernst-Joachim Mestmäcker (р. 1926) – член на редакционния съвет на списание „ORDO“ и специален съветник в Генерална дирекция IV (понастоящем Генерална дирекция „Конкуренция“ на Европейската комисия).

Обективният фактор отразява дебатите, провеждани по същото време във Федерална република Германия във връзка с изготвянето на първия национален закон против ограниченията на конкуренцията, приет през юли 1957 г. – няколко месеца след подписването на Договора за създаването на Европейската икономическа общност (договорът е подписан на 25.3.1957 г. и е влязъл в сила на 1.1.1958 г.). Целта на проф. д-р Ludwig Wilhelm Erhard, тогавашният министър на икономиката във Федерална република Германия, е да не се допусне конкурентното право на Европейския съюз съществено да се различава от националното конкурентно право, което той се стреми да наложи. Проф. д-р Erhard счита, че при евентуални значителни разлики между правилата за защита на конкуренцията в Европейския съюз и във Федерална република Германия за него ще бъде невъзможно да надделее над опозицията на силно картелизираната през онзи период германска икономика и да установи национално конкурентно право, чрез което да осигури успешното прилагане на модела на социалното пазарно стопанство.

Под влиянието на тези два фактора член 86 от Договора за създаването на Европейската икономическа общност (настоящ член 102 ДФЕС) по съдържание се доближава в най-голяма степен до предложенията на немската делегация. За подробности вж. при Schweitzer, H. The History, Interpretation and Underlying Principles of Section 2 Sherman Act and Article 82 EC. // Ehlermann, C. D. and Marquis, M. European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC. Oxford and Portland Oregon, 2008, 119–120, 129, 132–133, 135 и 139.

положение, регламентирана в член 102 от Договора за функционирането на Европейския съюз (ДФЕС)<sup>6</sup>.

Същността на икономически ориентирания подход образуват основните начала, на които се основава анализът на пазарното поведение на предприятията в господстващо положение. Основните начала на анализа са описани в доктрината *rule of reason*, формулирана във връзка с прилагането на американското антитръстово законодателство. Възгледите на Европейската комисия за икономически ориентирания подход, приложим в областта на злоупотребата с господстващо положение, са представени в Насоките по прилагането на член 102 ДФЕС<sup>7</sup>. В следващото изложение се разглеждат основните начала на икономически ориентирания подход в доктрината *rule of reason* и се съпоставят с тези на подхода, въведен в Насоките по прилагането на член 102 ДФЕС. Целта на сравнителноправното изследване е да се установи дали подходът, възприет от Европейската комисия, следва аналитичния модел на доктрината *rule of reason*.

## **2. Икономически ориентираният подход в доктрината *rule of reason***

Доктрината *rule of reason* е формулирана през 1911 г. в решението по дело *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*<sup>8</sup>, за да се разтълкува значението на термина „ограничаване на продажбите или търговията“, с който в раздел 1 от Закона Шърман (*Sherman Act*) се означава антиконкурентният ефект от договорите и споразуменията. Макар че терминът се съдържа само в раздел 1 от Закона Шърман (*Sherman Act*), Върховният съд на САЩ пояснява, че той със същото значение и функция е употребим и във връзка с едностранните пазарни действия в обхвата на раздел 2 от същия закон, насочени към монополизирание на съответния пазар или на част от него. С този аргумент се обосновава изводът за приложимостта на доктрината *rule of reason* не само спрямо договорите и споразуменията в обхвата на раздел 1, но и спрямо едностранните пазарни действия в обсега на раздел 2 от Закона Шърман (*Sherman Act*)<sup>9</sup>. Този извод не се

<sup>6</sup> Консолидираният текст на ДФЕС е обнародван в ОВ С 326, 26.10.2012.

<sup>7</sup> Пълното название на Насоките по прилагането на член 102 ДФЕС е Съобщение на Комисията – Насоки за приоритетите на Комисията по прилагането на член 82 от Договора за ЕО в областта на злоупотребата с практики на отстраняване на конкуренти, наложени от предприятия в господстващо положение, обнародвани в ОВ С 45/7, 24.2.2009. В настоящата статия за краткост се използва наименованието „Насоки по прилагането на член 102 ДФЕС“.

<sup>8</sup> Вж. *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U. S. 1 (1911).

<sup>9</sup> *Ibidem*, at 60–62.

оспорва нито в американската правна теория<sup>10</sup>, нито в американската съдебна практика<sup>11</sup>. Той има важно теоретично и практическо значение и за изследването в следващите редове предвид обстоятелството, че раздел 2 от Закона Шърман (Sherman Act) съответства на член 102 ДФЕС.

В доктрината *rule of reason* правната квалификация на пазарното поведение се определя не според формата му, а според неговия действителен ефект върху конкуренцията. Като злоупотреба с господстващо положение се характеризират само пазарните практики с антиконкурентен ефект. Антиконкурентният ефект се дефинира като необосновано ограничаване на условията за конкуренция на релевантния пазар в ущърб на потребителите<sup>12</sup>.

Доктрината *rule of reason* се съсредоточава върху потенциалния, а не върху реалния антиконкурентен ефект<sup>13</sup>. До този извод водят правилата за анализ на проучваното пазарно поведение. Те по своята същност са предположения<sup>14</sup>. Върховният съд на САЩ<sup>15</sup> квалифицира като увреждащи конкуренцията пазарните действия, за които се предполага, че са годни да възпрепятстват свободното развитие на конкуренцията и да доведат до необосновано повишаване на пазарните цени.

Предположенията в доктрината *rule of reason* отразяват взаимодействието между проучваното пазарно поведение и заобикалящата го пазарна среда. Пазарната среда във всеки конкретен случай може да е

<sup>10</sup> Вж. Hovenkamp, H. *The Rule of Reason*. // *Florida Law Review*, 2018, vol. 70, № 1, p. 86, както и Gavil, A. and Salop, S. *Probability, Presumptions and Evidentiary Burdens in Antitrust Analysis: Revitalizing the Rule of Reason for Exclusionary Conduct*. // *University of Pennsylvania Law Review*, 2020, vol. 168, № 7, p. 2109 and p. 2115.

<sup>11</sup> Вж. *United States v. Microsoft Corporation*, 253 F. 3d 34, 59 (D.C. Cir. 2001).

<sup>12</sup> Вж. *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U. S. 1, 58 (1911).

<sup>13</sup> Така и Gavil, A. and Salop, S. *Op. cit.*, p. 2114.

<sup>14</sup> Предположенията в доктрината *rule of reason* се различават от презумпциите в правото. Презумпциите в правото са заключения на законодателя, изразени в правни норми, за осъществяването на неизвестен юридически факт при наличието на друг известен юридически факт – вж. Милкова, Д. Презумпцията в правото като способ на юридическата техника. // *Съвременен право*, 2002, № 1. Предположенията в доктрината *rule of reason* са обичайно правни норми – произходът на доктрината *rule of reason* е в англосаксонското обичайно право (*common law*). Предположенията в доктрината *rule of reason* представляват допускане за елемент от фактическия състав на злоупотребата с господстващо положение – антиконкурентния ефект. Допускането се потвърждава или опровергава от информацията за пазарната среда, в която проучваните пазарни действия се осъществяват. За подробности вж. *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U. S. 1, at 27, 59 (1911), както и Blair, R. D. and Sokol, D. D. *The Rule of Reason and the Goals of Antitrust: An Economic Approach*. // *Antitrust Law Journal*, 2012, Vol. 78, № 2, p. 474, Popofsky, M. S. *Defining Exclusionary Conduct: Section 2, the Rule of Reason and the Unifying Principle Underlying Antitrust Rules*. // *Antitrust Law Journal*, 2006, vol. 73, № 2, 453–454.

<sup>15</sup> Вж. *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U. S. 1 (1911).

различна, ако са различни обстоятелствата, които я формират. Ето защо предположенията дори когато се прилагат към едни и същи по вид пазарни практики, могат да обосноват различна по степен вероятност от необосновано увреждане на конкуренцията, както и липсата на такава вероятност. Затова в доктрината *rule of reason* ефектът върху конкуренцията се установява за всяко пазарно действие поотделно. Анализът, при който ефектът на пазарните практики върху конкуренцията се оценява според взаимодействието им със заобикалящата ги пазарна среда, се определя като анализ *ex post*.

В доктрината *rule of reason* характерът на влиянието на пазарното поведение върху конкуренцията произтича от баланса между антиконкурентния и проконкурентния ефект, които то е годно едновременно да причини. Необходимостта от установяване на съотношението между тях обуславя структурата на анализа.

Аналитичният модел на доктрината *rule of reason* се реализира в няколко етапа, подредени в строга последователност. В американската правна литература и в съдебната практика отсъства единомислие относно етапите на анализа, обяснявано с обичайноправния произход на доктрината и с липсата на изрична правна уредба. Безспорно е, че доктрината *rule of reason* включва три етапа, през които се изследват различни аспекти от влиянието на конкретно проучваното пазарно поведение върху конкуренцията<sup>16</sup>. Преминаването през всичките три етапа не е задължително, тъй като към следващ етап се пристъпва само ако предходният е приключил успешно.

През първия етап молителят трябва да представи доказателства в подкрепа на предположението, че пазарната практика, предмет на искането, може да породи съществен антиконкурентен ефект, най-често под формата на повишени цени и редуцирани продажби. През втория етап предприятието, срещу което е насочено искането, трябва или да опровергае предположението за антиконкурентния ефект, като противопостави твърдението, че влиянието от пазарните му действия върху конкуренцията е резултат от *competition on the merits*, или да оправдае пазарното си поведение, като приведе доказателства за неговия потенциален законово допустим проконкурентен ефект. През третия етап молителят трябва да оспори проконкурентния ефект, като представи доказателства за устано-

<sup>16</sup> Вж. Gavil, A. and Salop, S. Op. cit., p. 2131, както и *United States v. Microsoft Corporation*, 253 F. 3d 58, 59.

вяване на поне едно от следните две предположения: необоснованост на увреждането на пазарните условия, щом то не е необходимо за постигането на положителното въздействие върху конкуренцията, или наличие на алтернативи на проучваното пазарно поведение, годни да причинят същия проконкурентен ефект, но с по-малки по характер или по размер вреди<sup>17,18</sup>.

В по-новата американска правна литература<sup>19</sup> се излага виждането, че аналитичният модел на доктрината *rule of reason* включва още един, четвърти, етап. Този етап е задължителен при неуспешен трети етап. Невъзможността на молителя да възрази срещу проконкурентния ефект не означава, че искането му автоматично следва да бъде отхвърлено. През четвъртия етап институцията по конкуренцията, пред която искането е предявено, трябва да установи характера на влиянието, което проучваната пазарна практика оказва върху конкуренцията, като съпостави антиконкурентния и проконкурентния ефект, обсъждани през първия и втория етап. При дисбаланс с превес на антиконкурентния над проконкурентния ефект ограничаването на конкуренцията следва да бъде квалифицирано като необосновано, пазарното действие, което го причинява – като структурна злоупотреба и искането – уважено.

### **3. Икономически ориентираният подход в Насоките по прилагането на член 102 ДФЕС**

В Насоките по прилагането на член 102 ДФЕС разпоредбите относно новия подход за оценяване на пазарните практики на господстващите предприятия се съдържат в два раздела: раздел III, озаглавен „Общ под-

<sup>17</sup> Някои автори считат за ненужно проверката за алтернативи на изследваното пазарно поведение, увреждащи в по-малка степен конкуренцията, да се обособява като самостоятелен етап на анализ, тъй като тази проверка, понеже е от значение за обосноваването на потенциалния антиконкурентен, респективно проконкурентен ефект, следва да бъде извършвана по време на етапите, през които те се установяват – вж. Popofsky, M. S. Op. cit., p. 445, footnote № 50.

<sup>18</sup> Има и автори, които предлагат обособяването на още един етап, на който да се анализира намерението на господстващото предприятие, обусловило извършването на проучваното пазарно действие – вж. Areeda, P. The „Rule of Reason“ in Antitrust Analysis: General Issues. Washington, 1981, 11–13. В съдебната практика тази теза не намира подкрепа – вж. *United States v. Microsoft Corporation*, 253 F. 3d 34, 59 (D.C. Cir. 2001), както и *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U. S. 231, 238 (1918). В юриспруденцията се поддържа схващането, че антитръстовият анализ на пазарното поведение е фокусиран върху ефекта, който то оказва върху конкуренцията, а не върху намерението, което стои зад него. Намерението е допълнително обстоятелство със спомагателна роля. То получава правна релевантност само ако помага да се определи ефектът от проучваната пазарна практика. Загова не следва да бъде предмет на самостоятелен анализ, а, ако е необходимо, част от анализа на антиконкурентния и на проконкурентния ефект.

<sup>19</sup> Вж. Carrier, M. A. The Four-Step Rule of Reason. // *Antitrust Magazine*, American Bar Association, Spring 2019, Vol. 33, № 2, p. 51, 53–54.

ход към практиките за отстраняване на конкуренти“, и раздел IV, наименуван „Специфични видове злоупотреби“. Разполагането на правната регламентация в два различни раздела поставя въпроса за характера на новия подход: възможно ли е Европейската комисия да използва диференциран подход спрямо казуистично уредените състави на нарушения на забраната в член 102 ДФЕС и общ подход спрямо останалите хипотези в нейния обхват или подходът е единен. За да се отговори на този въпрос, в изложението по-нататък правната уредба на новия подход се анализира в контекста на традиционната доктрина *rule of reason*, формулирана във връзка с прилагането на американското антитръстово законодателство.

### **3.1. Подходът, регламентиран в раздел III „Общ подход към практиките за отстраняване на конкуренти“ от Насоките по прилагането на член 102 ДФЕС**

В раздел III от Насоките по прилагането на член 102 ДФЕС новият подход за оценяване на пазарните практики на господстващите предприятия е регламентиран в членове 19–21 и в членове 27–30. Систематичното място на тези разпоредби позволява уреденият в тях подход да бъде характеризирани като общ. Приложното поле на общия подход е максимално широко – в неговия обхват следва да попаднат всички състави на злоупотреба с пазарно господство освен изрично изключените, ако има такива.

Общият подход в раздел III от Насоките по прилагането на член 102 ДФЕС се отличава със следните особености:

Първата, правната оценка на проучваното пазарно поведение се основава на неговите ефекти върху конкуренцията на съответния пазар. Антиконтурентният ефект се проявява като „антиконтурентно препятстване“<sup>20</sup>, а проконтурентният ефект – като „обективна необходимост“ и „икономическа ефективност“<sup>21</sup>.

Втората, анализът на конкурентния баланс включва изследване не само на реалното, но и на потенциалното влияние на проучваната пазарна практика върху конкуренцията на съответния пазар<sup>22</sup>.

Третата, антиконтурентните и проконтурентните ефекти не се извеждат от формата на пазарното поведение, а са емпирично установими.

<sup>20</sup> Вж. чл. 19 от Насоките по прилагането на член 102 ДФЕС.

<sup>21</sup> Пак там, чл. 27.

<sup>22</sup> Пак там, членове 19–21, както и чл. 29.



Индикаторите, чрез които се констатира антиконкурентният ефект, се обособяват в две групи съобразно елементите на съдържанието му. Първата група включва индикатори за монополизирането на пазара – те са идентични с условията за пазарно господство<sup>23</sup> и посредством тях се установяват пазарните практики на господстващите предприятия с отстраняващ ефект спрямо конкурентите им на съответния пазар. Втората група обхваща индикатори за вредата спрямо потребителите – чрез тях се идентифицират пазарните действия с негативно влияние върху благосъстоянието им<sup>24</sup>. За увреждащо конкуренцията се счита пазарното поведение, при което антиконкурентният ефект се обосновава чрез индикатори и от двете групи.

Индикаторите, чрез които се установява проконкурентният ефект, са обективната необходимост и икономическата ефективност<sup>25</sup>.

В Насоките по прилагането на член 102 ДФЕС са описани характеристиките на понятието „обективна необходимост“: то се опира на фактори, външни за господстващото предприятие; като примери за такива фактори се сочат безопасността и общественото здраве<sup>26</sup>.

Примерното изброяване позволява да се изясни смисълът на понятието за обективна необходимост, като се идентифицират факторите, които могат да я обосноват. Приложимо за тълкуването е правилото *ejusdem generis*. То изисква от примерно изброените явления да се формира род на основата на общ за тях белег, който е същественият за рода признак. Общият белег на безопасността и общественото здраве е високата степен на обществена значимост. Чрез този белег се доказва принадлежността към образувания род на фактори извън примерно изброените. По този начин правните последици, свързани с безопасността и общественото здраве, се разпростират и спрямо новоприсъединените към тях явления.

<sup>23</sup> Пак там, чл. 20.

В чл. 20 са изброени следните индикатори за монополизирането на пазара: пазарно положение на господстващото предприятие и на неговите конкуренти; бариери за навлизане и/или разрастване; положение на клиентите или на доставчиците на производствени ресурси; степен на предполагаемата злоупотреба, измервана чрез пазарния дял на предприятието в господстваща пазарна позиция и продължителността и честотата на използване на разследваната пазарна практика; преки доказателства за стратегия за отстраняване на конкуренти.

<sup>24</sup> Пак там, чл. 19.

В чл. 19 са посочени следните индикатори за влошаване на благосъстоянието на потребителите: пазарни цени, надхвърлящи конкурентните; понижаване на качеството на предлаганите стоки или услуги; ограничаване на избора за потребителите.

<sup>25</sup> Пак там, чл. 27.

<sup>26</sup> Пак там, чл. 28.

В обхвата на формирания род попадат не всички фактори, отличаващи се с висока степен на обществена значимост, а само външните за господстващите предприятия. Тези фактори са предмет на специална правна уредба. Определят се като външни, тъй като за спазването ѝ компетентни да следят са не предприятията в господстващо положение, а оправомощените със закон органи. Предназначението на въведеното ограничение е да не се позволи на предприятията в господстващо положение да оказват влияние върху конкурентната структура на пазара – не те, а само компетентните органи имат право да отстраняват от пазара предприятия, чиито стоки или услуги не съответстват на нормативните изисквания<sup>27</sup>.

С факторите в обхвата на формирания род не винаги се обосновава обективната необходимост на пазарното поведение, спрямо което те намират проявление. Задължителен белег на обективно необходимите пазарни действия на господстващите предприятия е тяхната съразмерност<sup>28</sup>. Съразмерността е характеристика на съотношението между ограничението на конкуренцията и набелязания резултат, които разследваното пазарно поведение поражда, респективно е годно да породява. Съразмерни са пазарните практики на предприятията в господстващо положение, при които съотношението между антиконкурентния и проконкурентния ефект разкрива висока степен на съответствие. Такава е налице, когато ограничението на конкуренцията е пропорционално на преследвания резултат.

Следователно пазарното поведение на господстващото предприятие е законосъобразно по съображения за обективна необходимост, ако е насочено към фактори с висока степен на обществена значимост, които са външни за титуляря му и са съразмерни с ограничението на конкуренцията, което то е годно да причини.

В Насоките по прилагането на член 102 ДФЕС понятието „икономическа ефективност“ се използва в неговото широко значение, обхващащо и трите типа ефективност: алокативна, производствена и динамична. До този извод водят приведените от Европейската комисия примери за икономическа ефективност. Като такива се сочат техническите подобрения и нововъведенията, намаляването на производствените разходи и разходите за разпространение, както и пазарните практики на господстващите предприятия без увреждащ ефект, респ. с незначителен увреждащ ефект

<sup>27</sup> Пак там.

<sup>28</sup> Пак там, членове 27–28.

върху потребителите<sup>29</sup>. Техническите подобрения и нововъведенията са форми на динамичната ефективност; намаляването на производствените разходи и разходите за разпространение – на производствената ефективност; благосъстоянието на потребителите е показателят за достигната алокативна ефективност.

С всеки един от типовете икономическа ефективност предприятията в господстващо положение могат да обосноват проконкурентния ефект на пазарното си поведение, ако едновременно са изпълнени следните условия<sup>30</sup>: причинно-следствена връзка между проучваното пазарно действие и ефективността – такава е налице, когато пазарното действие е задължителна предпоставка за постигането на ефективността; необходимост от пазарното действие – това условие е изпълнено, когато липсват алтернативни пазарни практики, чрез които да се реализира същата ефективност, но с по-незначителни увреждания на конкуренцията; съразмерност на пазарното действие – тя е характеристика на пазарните практики, чрез които не се създава, поддържа или засилва пазарна позиция, близка до монополната.

В Насоките по прилагането на член 102 ДФЕС обективната необходимост и икономическата ефективност са регламентирани като равностойни по значение алтернативни индикатори за положителното влияние на пазарните практики върху конкуренцията. Ето защо е допустимо изводът за проконкурентния ефект да се основава само на един от тези индикатори.

Четвъртата, правната квалификация на проучваното пазарно действие се обуславя от съотношението между произтичащия от него антиконкурентен и проконкурентен ефект. Пазарното поведение се квалифицира като злоупотреба с господстващо положение при превес на първия<sup>31</sup>.

Направеният анализ показва, че икономически ориентираният подход, регламентиран като общ подход в раздел III от Насоките по прилагането на член 102 ДФЕС, изцяло следва аналитичния модел на доктрината *rule of reason*.

### **3.2. Подходът, регламентиран в раздел IV „Специфични видове злоупотреби“ от Насоките по прилагането на член 102 ДФЕС**

Специфичните видове злоупотреби, регламентираны в раздел IV от Насоките по прилагането на член 102 ДФЕС, са пазарните практики

<sup>29</sup> Пак там, чл. 29.

<sup>30</sup> Пак там.

<sup>31</sup> Пак там, членове 27 и 29.

на господстващите предприятия, предмет на знакови решения на Съда на Европейския съюз, постановени през първия, класическия, етап от развитието на конкурентното право на Европейския съюз по прилагането на забраната в член 102 ДФЕС, в които са формулирани специфичните белези на концепцията за злоупотреба с господстващо положение. Подходът спрямо специфичните видове злоупотреби, въведен от Европейската комисия в Насоките по прилагането на член 102 ДФЕС, се отличава със следните особености:

Европейската комисия вече не отъждествява вредата спрямо конкурентния процес с вредата спрямо потребителите и затова не извежда понятието за антиконкурентен ефект само от вредата спрямо конкурентния процес, а разглежда тези аспекти на вредата като негови самостоятелни съставни компоненти<sup>32</sup>.

Европейската комисия променя идейната основа на понятието за антиконкурентен ефект, като заменя ордолибералната концепция с неокласическата. Докато ордолибералният подход изгражда понятието за вредата върху индивидуалната икономическа свобода на участниците на пазара, ръководейки се от разбирането, че вредата спрямо потребителите е иманентна характеристика на вредата спрямо конкурентния процес, то неокласическият подход, основан върху неокласическата теория за цените, дефинира вредата от пазарното поведение на господстващите предприятия с изключващ ефект спрямо неговите конкуренти чрез благосъстоянието на потребителите<sup>33</sup>.

Тъй като и двете концепции – ордолибералната и неокласическата – включват в съдържанието на антиконкурентния ефект вредата спрямо конкурентния процес, в Насоките по прилагането на член 102 ДФЕС Европейската комисия описва пазарното поведение, което я причинява, чрез отличителните белези, формулирани в знаковите решения на Съда на Европейския съюз, постановени преди периода на модернизация<sup>34</sup>. Установяването само на вредата спрямо конкурентния процес обаче вече не е достатъчно за обосноваването на правната квалификация на проучваното пазарно действие като злоупотреба с пазарно господство. Включването на вредата спрямо потребителите като самостоятелен съставен компонент в

<sup>32</sup> Пак там, чл. 62 относно хищническото ценообразуване и чл. 80 относно отказа за доставка.

<sup>33</sup> Вж. бележки № 36 и 37 (тази в оригинала е № 34).

<sup>34</sup> Вж. в Насоките по прилагането на член 102 ДФЕС членове 49–53 относно обвързващите продажби; членове 62–71 относно хищническото ценообразуване; чл. 80 във връзка с членове 78–79 относно отказа за доставка, включително ценовата преса.

съдържанието на антиконкурентния ефект прави необходимо и нейното доказване. Индикаторът, чрез който тя се установява, е редуцираното благосъстояние на потребителите. Фактите, причиняващи такъв ефект, са увеличаването на цените<sup>35</sup> и спирането на по-нататъшното развитие на нововъведенията и усъвършенстването на предлаганите на пазара стоки или услуги<sup>36</sup>.

За причисляването на проучваното пазарно поведение към някоя от специфичните видове злоупотреби не е достатъчно то да притежава типичните за нея формални белези, както изисква доктрината *per se*. Необходимо е да бъде установено действителното му въздействие върху конкуренцията, измервано чрез баланса между неговия антиконкурентен и проконкурентен ефект. Проявление на проконкурентния ефект е икономическата ефективност. Ето защо правната регламентация на всеки специфичен вид злоупотреба съдържа задължителното изискване тя да се изследва поотделно за всяко проучвано пазарно действие. В Насоките по прилагането на член 102 ДФЕС са указани нейните възможни проявни форми, характерни за всеки специфичен вид злоупотреба. При изключителните търговски споразумения тя е под формата на инвестиции, продиктувани специално от търговските отношения със съконтрагентите на господстващото предприятие, които му позволяват да изпълни техните поръчки<sup>37</sup>; при обвързващите продажби икономическата ефективност се проявява за господстващото предприятие като икономии в производството и разпространението, от които се възползват потребителите, а за потребителите – като възможност за появата на нов подобен продукт на пазара или като икономии в разходите за покупка, сравнени с тези, които щяха да бъдат направени, ако продуктите бяха купени поотделно<sup>38</sup>; при хищническото ценообразуване икономическата ефективност е под формата на икономии от мащаба<sup>39</sup>; при отказа за доставка и ценовата преса тя се счита за достигната при високо новаторско равнище на господстващото предприятие, указващо наличието на стимули за бъдещи инвестиции поради адекватната възвръщаемост на инвестициите, вложени в създаването на незаменимия производствен ресурс<sup>40</sup>. Реализираната икономическа

<sup>35</sup> Пак там, членове 54 и 55 относно обвързващите продажби, както и чл. 87 относно отказа за доставка.

<sup>36</sup> Пак там, членове 85 и 86 относно отказа за доставка, включително ценовата преса.

<sup>37</sup> Пак там, чл. 45.

<sup>38</sup> Пак там, чл. 61.

<sup>39</sup> Пак там, чл. 73.

<sup>40</sup> Пак там, членове 88 и 89.

ефективност може да неутрализира изцяло или в значителна степен антиконкурентния ефект на проучваното пазарно действие и то по съображения за ефективност да бъде оценено като законосъобразно и да остане извън приложното поле на забраната в член 102 ДФЕС<sup>41</sup>.

Представените разсъждения показват, че Европейската комисия изисква и спрямо специфичните видове злоупотреби да се използва общият икономически ориентиран подход.

Щом спрямо специфичните видове злоупотреби не се въвежда диференциран подход, а се прилага общият подход, то обособяването на правната им уредба в Насоките по прилагането на член 102 ДФЕС в самостоятелен раздел има за цел да представи мащаба на реформата за модернизиране на правоприлагането на забраната в член 102 ДФЕС, и да подчертае, че тя засяга всички проявни форми на злоупотребата с пазарно господство, включително специфичните видове злоупотреби.

#### **4. Заключение**

Направеният анализ позволява заключението, че с Насоките по прилагането на член 102 ДФЕС Европейската комисия въвежда икономически ориентирания подход, описан в доктрината *rule of reason*, като единствен според нея подходящ подход за оценка на всички състави на нарушения в обхвата на член 102 ДФЕС.

---

<sup>41</sup> Аргумент от чл. 89 от Насоките по прилагането на член 102 ДФЕС.