Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
A. RANTOS
представено на 14 юли 2022 година [1]

Дело C-680/20

Unilever Italia Mkt. Operations Srl
срещу
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato,
при участието на:
La Bomba S.n.c.

(Преюдициално запитване, отправено от Consiglio di Stato (Държавен съвет, Италия)

„Преюдициално запитване — Конкуренция — Господстващо положение — Член 102 ДФЕС — Понятие за стопанска единица — Подвеждане на производителя под отговорност за действията на дистрибуторите, с които той е обвързан единствено с договорни отношения — Злоупотреба — Клауза за изключителност — Необходимост да се докажат последиците върху пазара“

I. Въведение

1. Настоящото преюдициално запитване е отправено от Consiglio di Stato (Държавен съвет, Италия) в рамките на спор между Unilever Italia Mkt Operations Srl (наричано по-нататък „Unilever“) и Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (наричан по-нататък „AGCM“) [2] по повод на санкция, наложена от този орган на посоченото дружество за злоупотреба с господстващо положение на италианския пазар за дистрибуция на готов сладолед в определени видове търговски обекти, като балнеоложки комплекси и барове, които на свой ред препродават този сладолед на крайните потребители.

2. Настоящото дело съдържа два преюдициални въпроса, които приканват Съда да уточни отделни аспекти, свързани с тълкуването и прилагането на член 102 ДФЕС.

3. Първият преюдициален въпрос се отнася до прилагането на понятието „единна стопанска единица“ (наричана по-нататък „стопанска единица“) към дружества, обвързани единствено с договорни отношения. По-конкретно, запитващата юрисдикция иска от Съда да уточни границите на това понятие за целите на прилагането на член 102 ДФЕС, и по-специално прилагането му в контекста на дистрибуторска мрежа, организирана изключително на договорна основа. Макар практиката на Съда по отношение на групите

[1] Език на оригиналния текст: френски.

[2] Национален орган за защита на конкуренцията и на пазара (Италия).

от дружества да предлага множество полезни насоки, този въпрос ще помогне за изясняване на относимите критерии за установяването на стопанска единица извън случаите на капиталови връзки [3]. Това пояснение е от голямо практическо значение, тъй като използването на франчайзинг (franchising), на предоставяне на външни изпълнители (outsourcing) или на възлагане на подизпълнители (subcontracting) за отделните етапи от дистрибуцията е често срещано в практиката на големите предприятия, които биха могли да попаднат в обхвата на член 102 ДФЕС.

4. Вторият преюдициален въпрос се отнася до възможността орган за защита на конкуренцията да приеме, че практика, състояща се във включване на клаузи за изключителност в договори за дистрибуция, по естеството си е в състояние да ограничи конкуренцията по смисъла на член 102 ДФЕС, без да е необходимо да доказва конкретно, че случаят с разглежданите договори е такъв, въз основа на критерия „също толкова ефективен конкурент“ [4].

II. Спорът в главното производство, преюдициалните въпроси и производството пред Съда

5. Unilever е предприятие, което извършва дейност по производство и продажба на стоки за широко потребление, сред които, в сектора на сладоледа, са готовите сладоледи „Algida“ и „Carte d'Or“. В Италия то разпространява тези сладоледи в индивидуални порции, предназначени за консумация „навън“, т.е. в барове, кафенета, спортни клубове, плувни басейни или други места за отдих (наричани по-долу „търговските обекти“), чрез мрежа от 150 дистрибутори.

6. На 3 април 2013 г. конкурентно дружество, а именно La Bomba, подава жалба пред AGCM за злоупотреба с господстващо положение от страна на Unilever [5].

7. С решение от 31 октомври 2017 г. (наричано по-нататък „спорното решение“) AGCM приема, че Unilever е злоупотребило с господстващото си положение на пазара на дистрибуция и продажба на готов сладолед на операторите на търговските обекти „извън дома“ (наричан по-нататък „съответният пазар“) в нарушение на член 102 ДФЕС. Така той налага на Unilever глоба в размер на 60 668 850,00 EUR и освен това му разпорежда да преустанови приетите за неправомерни действия.

8. Според AGCM Unilever е провело стратегия за отстраняване от съответния пазар, която може да възпрепятства растежа на неговите конкуренти. Тази стратегия се основавала главно на прилагането спрямо операторите на търговските обекти на клаузи за изключителност, изразяващи се в задължението да се снабдяват изключително от Unilever с цялото необходимо количество готов сладолед. Освен клаузите за изключителност стратегията за отстраняване на конкурентите включвала едновременното прилагане на широк спектър от отстъпки и комисиони за тези оператори при определени условия,

[3] Относно понятието „стопанска единица“ вж. заключението на генералния адвокат Pitruzzella по дело Sumal (C-882/19, наричано по-нататък „заключението по дело Sumal“, EU:C:2021:293, т. 23—31), както и що се отнася до правната теория, *Wils*, W. The Undertaking as Subject of E.C. Competition Law and the Imputation of Infringements to Natural or Legal Persons. — European Law Review, vol. 25, 2000, 99—116 и *Odudu*, O., *Bailey*, D. The single economic entity doctrine in EU competition law. — Common Market Law Review, vol. 51, No. 6, 2014, 1721—1758.

[4] Познат на английски език с понятието „as efficient competitor test“, наричан по-нататък „критерият АЕС“.

[5] La Bomba твърди, че през последните години Unilever е наредило на операторите на търговските обекти да не продават заедно с неговите собствени стоки ледените близалки с марката „La Bomba“, като в противен случай ги е заплашвало, че няма да прилага отстъпките, предвидени във вече сключените договори, и освен това, че ще налага неустойки или прекратяване на договорите.

например постигане на конкретни цели за оборот или поддържане на определена гама от продукти на Unilever в техния асортимент. Тези отстъпки и комисиони, като се прилагат в различни комбинации и при различни условия за почти всички търговски обекти, имали за цел да ги стимулират да поддържат изключителността, като ги обезкуражават да прекратят договора си, за да се снабдяват от конкуренти на Unilever.

9. Unilever е предприело тези действия главно чрез мрежата от 150 дистрибутори (наричани по-долу „дистрибуторите“), с които е установило отношения на изключителност, по силата на които: i) Unilever продава продуктите си само на един от тези дистрибутори, за да може той да ги препродава на дадена територия, и ii) този дистрибутор, който по този начин е имал статут на концесионер в правния смисъл на това понятие, е бил едновременно обвързан от забрана за активни продажби на територията, предоставени изключително на други концесионери, както и от забрана за производство или за търговия с продукти на конкурентни оператори. Освен това той е трябвало да закупи оборудването, предназначено за съхранение и излагане на сладолед в търговските обекти, както и оборудването за продажба, което след това е трябвало да бъде прехвърлено безвъзмездно на операторите на тези търговски обекти.

10. Два аспекта на спорното решение са от значение за целите на настоящото преюдициално запитване.

11. От една страна, за посочените от AGCM действия на злоупотреба, макар и фактически извършени от дистрибуторите, се счита, че отговорност носи единствено Unilever, с мотива, че последното и неговите дистрибутори представляват един-единствен стопански субект, а именно „стопанска единица“. Всъщност Unilever осъществявало „определена степен на намеса в търговската политика на дистрибуторите“, така че последните не действали самостоятелно при приемането на търговската политика, състояща се в договаряне на условия за изключителност и на предоставяне на икономически стимули за установяване на постоянна клиентела на търговските обекти и/или за получаване на изключителност за продуктите на Unilever, както и упражняване на натиск с цел защита на тази изключителност.

12. От друга страна, AGCM счита, че предвид специфичните характеристики на съответния пазар действията на Unilever са изключили или поне са ограничили възможността за конкурентните оператори да осъществяват конкуренция, основана на качествата. Всъщност, основавайки се на господстващото си положение, Unilever насърчило търговските обекти да поддържат в асортиментите си за възможно най-дълъг период само неговите продукти, като така ограничило възможностите различните марки да се конкурират пред потребителя, и възпрепятствало растежа на конкурентите пропорционално на „качествата“ на съответните им предложения за продажба.

13. Unilever обжалва спорното решение на първа инстанция пред Tribunale amministrativo régionale per il Lazio (Регионален административен съд Лацио, Италия, наричан по-нататък „TAR“). Предвид това, че TAR отхвърля изцяло жалбата, Unilever подава въззивна жалба пред запитващата юрисдикция, Consiglio di Stato (Държавен съвет, Италия). В подкрепа на жалбата си Unilever упреква TAR по-специално, че не е установил пороци в спорното решение, отнасящи се, от една страна, до подвеждането под отговорност на Unilever за действията на неговите дистрибутори, и от друга страна, до последиците от разглежданите действия, които според него не могат да нарушат конкуренцията.

14. При тези обстоятелства, тъй като изпитва съмнения относно тълкуването на правото на Съюза във връзка с посочените по-горе две основания, Consiglio di Stato (Държавен съвет) решава да спре производството и да отправи до Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Извън случаите на контролирани дружества кои са релевантните критерии, за да се определи дали в резултат на съгласувани действия по договор между формално независими и самостоятелни икономически оператори е налице един-единствен стопански субект по смисъла на членове 101 ДФЕС и 102 ДФЕС, по-специално, може ли да се счита за достатъчно наличието на определена степен на намеса в търговските решения на друго предприятие, присъща за отношенията на търговско сътрудничество между производителя и дистрибуционните посредници, за да се приеме, че тези лица са част от един-единствен стопански субект, или е необходимо да е налице „йерархична“ връзка между двете предприятия, изразена в наличието на договор, по силата на който няколко независими предприятия се „подчиняват“ на дейността по управление и координация на едно от тях, така че [компетентният орган] да трябва да докаже наличието на множество системни и постоянни ръководни действия, които могат да засегнат управленските решения на предприятието, по-специално стратегическите и оперативните решения от финансов, промишлен и търговски характер?

2) При преценката дали е налице злоупотреба с господстващо положение поради клаузи за изключителност, трябва ли член 102 ДФЕС да се тълкува в смисъл, че [компетентният орган] за защита на конкуренцията е длъжен да провери дали тези клаузи имат за последица отстраняване от пазара на също толкова ефективни конкуренти, и да анализира подробно представените от страната икономически анализи относно реалната възможност разглежданото поведение да отстрани от пазара също толкова ефективни конкуренти или, в случай на клаузи за изключителност с отстраняващ ефект или на поведение, характеризиращо се с многобройни злоупотреби (отстъпки за лоялност и клаузи за изключителност), няма никакво правно задължение за [AGCM] да основе решението си за установяване на нарушение на конкуренцията на критерия за също толкова ефективен конкурент?“.

15. Писмени становища пред Съда представят Unilever, AGCM, италианското и гръцкото правителство, както и Европейската комисия. Освен това всички тези страни изразяват становищата си в съдебното заседание от 3 март 2022 г.

III. Анализ

A. По първия преюдициален въпрос

16. С първия си преюдициален въпрос запитващата юрисдикция иска да се установи каква структурна връзка трябва да съществува между производителя и независимите посредници, за да могат те да представляват „стопански субект“ по смисъла на конкурентното право на Съюза. По-конкретно, тази юрисдикция иска по същество да се установи дали при липсата на капиталови връзки един производител и неговите дистрибутори могат да формират такава „стопанска единица“ i) само и единствено поради „определена степен на намеса“ на първия „в търговските решения“ на неговите дистрибутори или ii) за тази цел трябва да е налице „йерархична връзка“, по силата на която производителят подчинява своите дистрибутори чрез „множество системни и постоянни ръководни действия“, които могат да повлияят на техните „стратегически и оперативни решения“.

1. По допустимостта

17. AGCM и италианското правителство поддържат, че първият въпрос е недопустим, тъй като преюдициалното запитване не съдържа необходимите уточнения. Те отбелязват също, че въпросът се отнася до член 101 ДФЕС, въпреки че тази разпоредба не била приложена от AGCM.

18. В това отношение следва да се припомни, че съгласно постоянната съдебна практика необходимостта да се даде тълкуване на правото на Съюза, което да е от полза за националния съд, изисква последният да определи фактическия и правен контекст, в който се вписват поставените от него въпроси, или най-малкото да обясни фактическите хипотези, на които те се основават. Тези изисквания са особено важни в областта на конкуренцията, която се характеризира със сложни фактически и правни положения[6].

19. В случая считам, от една страна, че макар и кратка, съдържащата се в акта за преюдициално запитване информация е достатъчна, за да обясни фактическата хипотеза, на която се основава първият преюдициален въпрос, а именно прилагането на понятието „стопанска единица“ към дистрибуторска мрежа, образувана от дружества, които нямат капиталова връзка с предприятието с господстващо положение[7]. От друга страна, що се отнася до обстоятелството, че при формулирането на първия преюдициален въпрос запитващата юрисдикция се позовава не само на член 102 ДФЕС, но и на член 101 ДФЕС, струва ми се, че то не може да постави под въпрос изложеното по-горе, още повече че понятието „стопанска единица“, което е предмет на този въпрос, е общо за членове 101 ДФЕС и 102 ДФЕС.

20. Поради това предлагам първият преюдициален въпрос да се приеме за допустим.

2. По същество

а) Предварителни бележки

21. За по-доброто разбиране на поставените от запитващата юрисдикция въпроси ще припомня, че AGCM приписва отговорността за разглежданите в главното производство действия единствено на Unilever, въпреки че са били фактически извършени от дистрибуторите, като счита, че Unilever и тези дистрибутори образуват „стопанска единица“, по-специално защото Unilever оказва определена степен на намеса в търговската политика на посочените дистрибутори. От своя страна Unilever по същество възразява, че дистрибуторите са независими предприемачи, тъй като Unilever няма никакво участие в капитала им и нито един представител в техните управителни съвети, които определят

6 Решение от 5 март 2019 г., Eesti Pagar (C-349/17, EU:C:2019:172, т. 49 и цитираната съдебна практика, понастоящем отразена в член 94 от Процедурния правилник на Съда).

7 При това положение следва да се констатира, че първият преюдициален въпрос, така, както е формулиран, съдържа позоваване на два критерия за преценка на стопанската единица, а именно „степента на намеса“ и „йерархичната връзка“ между предприятията. Тези критерии предполагат по необходимост количествена оценка въз основа на конкретно съдържание на отношенията между съответните дружества. Предвид това релевантността на посочените критерии не може да се прецени абстрактно и предварително, както иска запитващата юрисдикция. Освен това, макар че Съдът трябва да даде полезни отговори, като предостави насоки, позволяващи на запитващата юрисдикция да се произнесе, той не би могъл да даде отговори, които се състоят главно в проверка въз основа на съдържащите се в акта за преюдициално запитване фактически обстоятелства дали Unilever и дистрибуторите образуват „стопанска единица“ по смисъла на правото на Съюза.

свободно търговската си политика, всеки за своя сектор, като сами поемат рисковете, свързани с дейността им, и че поради това не може да му се припише отговорността за действията, представляващи злоупотреба [8].

22. Именно в този контекст запитващата юрисдикция иска по същество да се установи, извън случаите, в които съществуват капиталови връзки, кои са относимите критерии, за да се определи дали съгласуваните действия по договор между производител и неговите дистрибуционни посредници води до появата на стопанска единица по смисъла на членове 101 ДФЕС и 102 ДФЕС. По-специално, запитващата юрисдикция изпитва затруднения при тълкуването и прилагането на понятието „стопанска единица“, що се отнася до естеството и значението на показателите за структурната връзка, която трябва да съществува между производителя и неговите дистрибутори, за да може между тях да се образува единен център за вземане на решения, така че отговорността на действията на единия да може да се припише и на другия.

23. За да се отговори на този въпрос, най-напред следва да се изяснят понятията „предприятие“ и „стопанска единица“, на които почива логиката на подвеждане под отговорност за нарушение на правилата на конкуренцията [9] (буква б). По-нататък е важно да се обясни как е било приложено понятието „стопанска единица“ при определянето на отговорния субект, когато са налице капиталови връзки (буква в). Принципите, изведени от тази съдебна практика, според мен могат да бъдат приложени и извън случаите на капиталови връзки, както е в главното производство, по-специално доколкото практиката на Съда не дава много примери за прилагането на понятието „стопанска единица“ в случаите на обвързаност с договорни отношения (буква г).

б) По понятията „предприятие“ и „стопанска единица“ и тяхното значение при прилагането на конкурентното право на Съюза

24. Терминът „предприятие“, съдържащ се в членове 101 ДФЕС и 102 ДФЕС, отразява избора на авторите на Договорите да използват самостоятелно понятие, за да обозначат извършителя на нарушение на конкурентното право, което да е различно от съществуващите в Договора за функционирането на ЕС термини [10]. Макар терминът „предприятие“ да не е определен в Договора, съдържанието на това понятие се е формирало постепенно от практиката на Съда. Съгласно тази практика понятието „предприятие“ обхваща всяко правно образувание, състоящо се от персонални, материални и нематериални елементи, което извършва икономическа дейност, независимо от правния статут на това образувание и начина му на финансиране [11].

25. Въз основа на функционален подход Съдът също така приема, че понятието „предприятие“ обозначава *стопанска единица*, макар от правна гледна точка тази стопанска единица да е съставена от няколко физически или юридически лица. Всъщност, като визира дейностите на предприятията, конкурентното право на Съюза установява като

[8] Освен това самостоятелните действия на Unilever не можели да представляват злоупотреба чрез отстраняване на конкуренти, тъй като сключените пряко между Unilever и търговските обекти споразумения за изключителност обхващали едва 0,8 % от общия брой на търговските обекти в Италия.

[9] За анализ на правилата за носенето на отговорност, които се прилагат в рамките на група дружества, вж. заключението ми по дело Servizio Elettrico Nazionale и др. (C-377/20, наричано по-нататък „заключението по дело SEN“, EU:C:2021:998, т. 146—152 и цитираната съдебна практика).

[10] Като „дружество“ или „юридическо лице“. Вж. в този смисъл решение от 18 юли 2013 г., Schindler Holding и др./Комисия (C-501/11 P, EU:C:2013:522, т. 102).

[11] Решение от 27 април 2017 г., Akzo Nobel и др./Комисия (C-516/15 P, EU:C:2017:314, т. 47 и цитираната съдебна практика).

решаващ критерий съществуването на *едно-единствено поведение на пазара*, без формалното разделение между различните дружества, произтичащо от отделната им юридическа правосубектност да може да бъде пречка това едно-единствено поведение да се вземе предвид за целите на прилагане на правилата на конкуренцията [12].

26. Понятието „стопанска единица“ е разработено и прилагано с оглед преследването на двойна цел: от една страна, за да се изключат от приложното поле на член 101 ДФЕС споразуменията между субекти, принадлежащи към едно и също предприятие (например в рамките на една и съща група от дружества), тъй като член 101, параграф 1 ДФЕС се отнася до отношения между два или повече икономически субекта, които могат да се конкурират помежду си [13], и от друга страна, в рамките на група от дружества, за да се подведе под отговорност дружеството майка за антиконкурентното поведение на дъщерното дружество.

27. Въпреки че с оглед на първата цел понятието „стопанска единица“ по принцип трябва да се тълкува стриктно, тъй като става въпрос за изключение, което ограничава приложното поле на член 101 ДФЕС [14], се поставя въпросът дали за същото това понятие за целите на носенето на отговорност за определено поведение би могло да се обоснове по-широко разбиране, доколкото понятието „стопанска единица“ има най-вече за задача да осигури по-голям полезен обхват и да увеличи възпиращия и превантивен ефект на правилата на конкуренцията [15].

28. Всъщност, първо, прилагането на понятието „стопанска единица“ може по силата на закона да доведе до солидарна отговорност между субектите, образуващи съответната стопанска единица към момента на извършване на нарушението [16]. В исторически план до понятието „стопанска единица“ се прибягва при прилагането на член 101 ДФЕС, и по-специално в областта на картелите, тъй като то е дало възможност действията на дъщерните дружества, извършващи дейност на територията на Съюза, да се свържат с дружеството майка, което се е намирало извън Съюза, така че да може да му бъде наложена санкция на основание на разпоредбите на конкурентното право на Съюза [17]. Този метод на подвеждане под отговорност посредством понятието „стопанска единица“ цели да не позволи на предприятията да заобикалят както член 101 ДФЕС, така и член 102 ДФЕС. Например предприятие с господстващо положение би могло да извърши вътрешно преструктуриране, разделяйки дейността си между различни дъщерни дружества (които не са господстващи), за да намали пазарния дял, притежаван от всеки отделен правен субект, без каквато и да било намеса на основание член 102 ДФЕС. Ако за поведението на

[12] Решение от 6 октомври 2021 г., Sumal (C-882/19, наричано по-нататък „решение Sumal“, EU:C:2021:800, т. 41).

[13] Вж. в този смисъл решения от 10 март 1992 г., SIV и др./Комисия (T-68/89, T-77/89 и T-78/89, EU:T:1992:38, т. 357), и от 24 октомври 1996 г., Viho/Комисия (C-73/95 P, EU:C:1996:405, т. 54), и заключение на генералния адвокат Dutheillet de Lamothe по дело Béguelin Import (22/71, непубликувано, EU:C:1971:103, p. 967).

[14] Вж. в този смисъл точка 30 от Насоките на Комисията относно вертикалните ограничения от 28 юни 2022 г. (ОВ C 248, 2022 г., стр. 1).

[15] Вж. в това отношение *Whish*, R., *Bailey*, D. Competition Law. 10. éd. Oxford, 2021, p. 100, 101.

[16] Вж. решения от 25 март 2021 г., Deutsche Telekom/Комисия (C-152/19 P, наричано по-нататък „решение Deutsche Telekom II“, EU:C:2021:238, т. 73), и от 12 май 2022 г., Servizio Elettrico Nazionale и др. (C-377/20, наричано по-нататък „решение SEN“, EU:C:2022:379, т. 107 и цитираната съдебна практика). Относно теоретичната основа на солидарната отговорност на дружеството майка и на дъщерното дружество, които образуват стопанската единица, вж. изводите в заключението по делото Sumal (т. 35—38).

[17] Вж. решения от 14 юли 1972 г., Imperial Chemical Industries/Комисия (48/69, наричано по-нататък „решение ICI“, EU:C:1972:70, т. 129—141), и от 6 март 1974 г., Istituto Chemioterapico Italiano и Commercial Solvents/Комисия (6/73 и 7/73, EU:C:1974:18, т. 41), както и съдебната практика, цитирана в бележка под линия 17 от заключението по дело Sumal.

дъщерните дружества не може да се търси отговорност от предприятието с господстващо положение, предприятие с господстващо положение лесно би могло да заобиколи забраната по член 102 ДФЕС.

29. Второ, понятието „стопанска единица“ позволява значително да се увеличи размерът на глобата и следователно възпиращото ѝ действие. Всъщност прибягването до стопанската единица позволява да се изчисли максималният размер на глобата, предвиден в член 23, параграф 2 от Регламент (ЕО) № 1/2003 [18], а именно 10 % от общия оборот на субектите, съставляващи стопанската единица, а не само на субекта, който действително е извършил нарушението. Освен това то дава възможност основният размер на глобата да бъде разширен, и улеснява увеличаването на този размер при утежняващи обстоятелства, по-специално рецидив, и нарастването на възпиращия ефект [19].

30. Трето, на равнището на частната сфера на прилагане на конкурентното право (private enforcement) увреденото от антиконкурентна практика лице може да предяви иск за обезщетение за вреди срещу всяко едно предприятие, образуващо стопанската единица [20].

31. Фактът, че понятието „стопанска единица“ би могло да получи ограничително или широко тълкуване в зависимост от преследваната цел, означава ли, че на това понятие трябва да се придаде „променливо“ значение?

32. Според мен следва да се отговори отрицателно.

33. Най-напред, от гледна точка на предвидимостта и на правната сигурност ми се струва трудно да се обоснове наличието на такава „променливост“ на понятието „стопанска единица“, която впрочем не намира никаква подкрепа в настоящата съдебна практика. По-нататък, от точка 25 от настоящото заключение следва, че решаващ критерий е наличието на „едно-единствено поведение на пазара“, концепция, която трябва да бъде обща както относно приложимостта на член 101 ДФЕС, така и относно носенето на отговорността за поведението. Накрая, погледнато в бъдеща перспектива, твърде широкото схващане за стопанска единица би могло да доведе до изключване от приложното поле на член 101 ДФЕС на вредоносните за конкуренцията споразумения, не само хоризонтални, но и вертикални [21].

34. Следователно, макар настоящият въпрос да води до анализ, отнасящ се главно до търсенето на отговорност за антиконкурентно поведение, не трябва да се забравя, че квалификацията на стопанска единица в процеса на подвеждане под отговорност неминуемо предполага, че член 101, параграф 1 ДФЕС е неприложим в рамките на субектите, образуващи тази стопанска единица.

[18] Регламент на Съвета от 16 декември 2002 година относно изпълнението на правилата за конкуренция, предвидени в членове [81 ДЕО] и [82 ДЕО] (ОВ L 1, 2003 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 1, стр. 167).

[19] Насоките относно метода за определяне на глобите, налагани по силата на член 23, параграф 2, буква а) от Регламент № 1/2003 (ОВ C 210, 2006 г., стр. 2; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 4, стр. 264; т. 28 и 30).

[20] Вж. в този смисъл решение Sumal (диспозитив и т. 48)

[21] Така от приложното поле на член 101 ДФЕС биха били изключени вертикални споразумения, представляващи „твърди ограничения“ (hardcore restrictions) по смисъла на член 4 от Регламент (ЕС) № 330/2010 на Комисията от 20 април 2010 година за прилагането на член 101, параграф 3 от [ДФЕС] относно категориите вертикални споразумения и съгласувани практики (ОВ L 102, 2010 г., стр. 1), чийто срок на действие е изтекъл на 31 май 2022 г., и на член 4 от Регламент (ЕС) 2022/720 на Комисията от 10 май 2022 година за прилагането на член 101, параграф 3 [ДФЕС] относно категориите вертикални споразумения и съгласувани практики (ОВ L 134, 2022 г., стр. 4), който заменя Регламент № 330/2010.

в) По прилагането на понятието „стопанска единица“ при дружества с капиталови връзки

35. Понятието „стопанска единица“ се прилага основно по отношение на дружества, които са участвали в картели и са част от група от дружества. В рамките на такива групи Съдът е приел, че дружеството майка може да носи отговорност за неправомерното поведение на дъщерно дружество, по-специално когато това дъщерно дружество не определя *самостоятелно* пазарното си поведение, а по същество изпълнява указанията, които му дава дружеството майка, по-конкретно с оглед на *икономическите, организационните и юридическите връзки между тези два правни субекта*[22]. Така, за да може група от дружества да се счита за съответстваща на стопанска единица и по този начин дружеството майка да носи отговорност за поведението на дъщерното дружество, трябва да са изпълнени две кумулативни условия: дружеството майка трябва да е способно да упражнява *решаващо влияние върху дъщерното дружество* и най-вече трябва да е упражнило това право на практика[23].

36. За целите на правилата за подвеждане под отговорност в рамките на капиталова връзка са възможни два случая: този, в който дружеството майка притежава изцяло или почти изцяло капитала на своето дъщерно дружество, и този на по-малко участие на дружеството майка в капитала на дъщерното дружество, което не предоставя същата степен на контрол.

37. Що се отнася до първия случай, когато дружество майка (пряко или косвено) притежава изцяло или почти изцяло капитал на свое дъщерно дружество, нарушило правилата на Съюза в областта на конкуренцията, от една страна, това дружество майка може да упражнява решаващо влияние върху поведението на дъщерното си дружество и от друга страна, съществува оборима презумпция, че посоченото дружество майка действително упражнява такова влияние, освен ако същото дружество майка не докаже противното[24]. При тази презумпция за решаващо влияние се изхожда от предпоставката, че пълният контрол върху дъщерно дружество непременно предполага (икономическа) годност за упражняване на такова влияние. Всъщност Съдът е приел, че тази презумпция се основава не на обикновеното притежаване на капитала на дъщерното дружество само по себе си, а на степента на контрол, до която то води[25]. Подобна презумпция означава, освен ако не бъде оборена, като се представят достатъчно доказателства, които да са от естество да установят, че дъщерното дружество има самостоятелно поведение на пазара[26], че действителното упражняване на решаващо влияние от дружеството майка върху

[22] Решение Deutsche Telekom II (т. 74 и цитираната съдебна практика).

[23] Решение от 26 септември 2013 г., The Dow Chemical Company/Комисия (C-179/12 P, непубликувано, EU:C:2013:605, т. 55).

[24] Вж. решения от 10 септември 2009 г., Akzo Nobel и др./Комисия (C-97/08 P, EU:C:2009:536, т. 61), и от 15 април 2021 г., Italmobiliare и др./Комисия (C-694/19 P, непубликувано, наричано по-нататък „решение Italmobiliare“, EU:C:2021:286, т. 47 и 55 и цитираната съдебна практика).

[25] Вж. заключението по делото SEN (т. 155 и цитираната съдебна практика).

[26] Съдът на Съюза е приел, че тези доказателства могат да са свързани с аспекти на търговската политика на дъщерното дружество, например дали дружеството майка е можело да влияе върху ценовата политика, върху дейностите по производство и разпространение, върху целите за продажбите, брутните маржове, разходите по продажбите, „cash flow“, резервите и маркетинга (вж. в този смисъл решение от 12 декември 2007 г., Akzo Nobel и др./Комисия, T-112/05, EU:T:2007:381, т. 64 и цитираната съдебна практика).

дъщерното му дружество се счита за доказано, така че да може да се търси отговорност от първото дружество за поведението на второто, без да е необходимо да се представят каквито и да било допълнителни доказателства [27].

38. Що се отнася до втората хипотеза, извън прилагането на тази презумпция органът за защита на конкуренцията трябва да основе отговорността на други конкретни доказателства за *решаващо влияние*. Съгласно установената практика на Съда с цел разглеждането на въпроса дали дружеството майка може да оказва решаващо влияние върху поведението на своето дъщерно дружество върху пазара, следва да се вземат предвид всички *релевантни елементи относно икономическите, организационните и юридическите връзки, свързващи дъщерното дружество с дружеството майка, и по този начин да се вземе предвид икономическата действителност*. Макар обаче указания, дадени от дружеството майка на дъщерното му дружество, засягащи поведението му на пазара, да могат да представляват достатъчни доказателства за такова решаващо влияние, те не представляват единствените допустими доказателства. Действителното оказване на решаващо влияние от дружеството майка върху поведението на дъщерното дружество може да бъде изведено и от *съвкупност от непротиворечиви доказателства*, дори нито едно от тези доказателства, разглеждано поотделно, да не е достатъчно, за да се установи наличието на такова влияние [28]. Според мен именно същият този подход би трябвало да се приложи mutatis mutandis към дружествата, които са обвързани от договорни отношения.

г) По прилагането на понятието „стопанска единица“ при дружества, които са обвързани само от договорни отношения

39. Макар да е развито по повод отношенията между дружество майка и неговите дъщерни дружества, които представляват „типичният“ контекст за наличието на стопанска единица, това понятие може да се прилага извън сферата на групата от дружества [29]. Както посочва Общият съд, наличието на стопанска единица не се ограничава до случаите, в които дружествата поддържат капиталови връзки, а при определени обстоятелства се отнася и до отношенията между дружество и неговия търговски представител или между принципала и неговия представител [30].

40. На първо място, въпросът дали принципалът и неговият посредник образуват стопанска единица, като вторият е спомагателен орган, включен в предприятието на първия, е поставен, за да се определи дали дадено поведение попада в приложното поле на член 101 ДФЕС или на член 102 ДФЕС. Както Съдът приема в решение Suiker Unie и др./Комисия, ако „[…] посредникът извършва дейност *в полза на своя принципал*, той по правило може да се разглежда като спомагателен орган, включен в предприятието на принципала и задължен да следва неговите инструкции, като по този начин образува с това

[27] Решение Italmobiliare (т. 55). Следва да се припомни, че дори когато дружеството майка притежава целия капитал на своето дъщерно дружество, няма пречка органите за защита на конкуренцията да установят действителното упражняване на решаващо влияние, като се основат на други доказателства или на съчетание от такива доказателства и презумпцията за решаващо влияние (вж. в този смисъл решение от 27 януари 2021 г., The Goldman Sachs Group/Комисия, C-595/18 P, EU:C:2021:73, т. 40 и цитираната съдебна практика).

[28] Решение Deutsche Telekom II (т. 75—77 и цитираната съдебна практика).

[29] Вж. в този смисъл решение от 21 юли 2016 г., VM Remonts и др. (C-542/14, наричано по-нататък „решение Remonts“, EU:C:2016:578, т. 20, 27 и 33), и заключение на генералния адвокат Wathelet по дело VM Remonts и др. (C-542/14, EU:C:2015:797, т. 48).

[30] Решение от 11 декември 2003 г., Minoan Lines/Комисия (T-66/99, наричано по-нататък „решение Minoan Lines“, EU:T:2003:337, т. 125—128).

предприятие, подобно на търговския служител, стопанска единица“ [31]. От това следва, че самостоятелно заетият посредник може да образува стопанска единица с предприятието принципал, когато упражнява дейност в полза на последния [32].

41. В това отношение в решение Minoan Lines Общият съд възприема два елемента като основни параметри за определянето дали е налице стопанска единица: а именно, от една страна, поемането или непоемането от посредника на *стопански риск*, и от друга страна, предоставянето или липсата на *изключителни услуги* чрез посредника [33].

42. Що се отнася до *поемането на стопанския риск*, в решение по дело Suiker Unie Съдът приема, че посредникът не може да се счита за спомагателен орган, включен в предприятието на принципала, когато споразумението, сключено с последния, му предоставя или запазва функции, които са икономически сходни с тези на независим търговец, тъй като предвижда поемането от този посредник на финансовите рискове, свързани с продажбата или с изпълнението на договорите, сключени с трети лица [34]. Така, когато дистрибуторът поема свързаните с продажбата финансови рискове, например като придобива стоките и притежава правото на собственост, за да ги препродаде впоследствие на свой риск, този дистрибутор по принцип не действа като спомагателен орган, включен в предприятието на производителя, и следователно като образуващ с него стопанска единица [35].

43. Що се отнася до *изключителния характер на услугите, предоставяни* от посредника, Съдът е приел, че ако посредникът извършва като независим търговец значителни по мащаб сделки на пазара на разглежданата стока или услуга едновременно с извършването на дейност за сметка на принципала, това не предполага наличието на стопанска единица [36].

44. Съдът по същество е потвърдил анализа на Общия съд в решение по дело Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, в което Съдът е установил, че доставчик на услуги може да изгуби качеството си на независим икономически оператор, а оттам и на предприятие, когато не определя самостоятелно поведението си на пазара, а изцяло зависи от възложителя, *тъй като не се излага на никакъв свързан с дейността на последния финансов или търговски риск* и *действа като лице със спомагателни функции, включено в предприятието на този възложител* [37]. Тези два критерия обаче не могат да бъдат изчерпателни, нито сами по себе си определящи, за да се установи дали антиконкурентните действия на представител могат да бъдат приписани на неговия принципал [38].

[31] Решение от 16 декември 1975 г., Suiker Unie и др./Комисия (40/73—48/73, 50/73, 54/73—56/73, 111/73, 113/73 и 114/73, наричано по-нататък „решение Suiker Unie“, EU:C:1975:174, т. 480). Курсивът е мой.

[32] Вж. в същия смисъл решение от 15 юли 2015 г., voestalpine и voestalpine Wire Rod Austria/Комисия (T-418/10, EU:T:2015:516, т. 153).

[33] Решение Minoan Lines (т. 125—128).

[34] Решение Suiker Unie (т. 482).

[35] Вж. в този смисъл решение от 15 септември 2005 г., DaimlerChrysler/Комисия (T-325/01, EU:T:2005:322, т. 118).

[36] Вж. решения Suiker Unie (т. 544) и Minoan Lines (т. 128).

[37] Решение от 14 декември 2006 г., Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (C-217/05, EU:C:2006:784, т. 43 и 44). Вж. също решение от 24 октомври 1995 г., Volkswagen и VAG Leasing (C-266/93, EU:C:1995:345, т. 16).

[38] Вж. в този смисъл заключение на генералния адвокат Wathelet по дело VM Remonts и др. (C-542/14, EU:C:2015:797, т. 53).

45. На второ място, в решение Remonts[39] Съдът е трябвало да анализира по-общо понятието „стопанска единица“ в контекста на действия на доставчик на свободна практика, предоставящ услуги на предприятие. Това решение е прието във фактически контекст, различен от спора по главното производство, а именно съгласувани практики в рамките на процедура за възлагане на обществена поръчка (bid rigging), но позволява да се установят полезни отправни параметри, които отчасти се припокриват с вече установените. В случая Съдът е постановил, че предприятие може по принцип да се държи отговорно за съгласувана практика поради действия на негов доставчик на услуги на свободна практика само ако е изпълнено някое от следните условия: i) този доставчик *в действителност е извършвал дейността си под ръководството или контрола на* съответното *предприятие*[40] или ii) това предприятие *е знаело за преследваните* от конкурентите му и посочения доставчик *антиконкурентни цели* и със собственото си поведение е искало да допринесе за тяхното постигане[41], или пък iii) посоченото предприятие *е можело разумно да предвиди антиконкурентните действия на конкурентите си и на доставчика и е било готово да приеме свързания с тях риск*[42].

46. Именно с оглед на всички изложени по-горе съображения следва да се дадат насоки за отговор на запитващата юрисдикция с оглед на особеностите на разглежданото в главното производство поведение.

д) По прилагането на понятието „стопанска единица“ при вертикални договорни отношения съгласно член 102 ДФЕС

47. В това отношение отбелязвам, че доколкото ми е известно, Съдът все още не е трябвало да преценява поведението на независими дистрибутори, за което може да бъде държано отговорно предприятието с господстващо положение за целите на прилагането на член 102 ДФЕС. Понятието „стопанска единица“ обаче, извън контекста на капиталовите връзки, задължително зависи от фактическия контекст, в който се вписва договорното отношение. Ето защо не е възможно предварително и абстрактно да се установят елементи, които биха позволили да се направи извод, че определена договорна конфигурация попада в обхвата на понятието „стопанска единица“. Без да се засяга преценката на запитващата юрисдикция, която единствена е компетентна да прецени фактите в главното производство, считам, че могат да бъдат полезни следните насоки.

48. На първо място, констатирам, че на практика понятието „стопанска единица“ е по-рядко срещано в контекста на прилагането на член 102 ДФЕС, което обяснява защо въпросите за приписването на отговорност рядко са анализирани пред юрисдикциите на Съюза[43]. Това се дължи отчасти на факта, че подобна класификация невинаги е необходима. Всъщност считам, че в хипотеза като разглежданата в главното производство, при която представляващото злоупотреба поведение се осъществява фактически посредством трето лице дистрибутор, за това поведение действително може да бъде държано отговорно предприятието с господстващо положение, ако се окаже, че то е било възприето от дистрибутора в съответствие със *специфичните указания, дадени от това предприятие, и следователно във връзка с прилагането на единна търговска политика*.

[39] Вж. решение Remonts (т. 31).

[40] Решение Remonts (т. 25).

[41] Решение Remonts (т. 29 и 30).

[42] Решение Remonts (т. 31).

[43] Вж. обаче решения от 1 юли 2010 г., AstraZeneca/Комисия (T-321/05, EU:T:2010:266, т. 818—822), Deutsche Telekom II (т. 68—87) и SEN (т. 104—123).

Всъщност в противен случай предприятие с господстващо положение би могло лесно да заобиколи забраната по член 102 ДФЕС, като делегира на своите дистрибутори или на други независими посредници, които са длъжни да следват указанията му, някои действия на злоупотреба, като тези, срещу които в случая AGCM повдига възражения. Всъщност предприятието с господстващо положение (а не дистрибуторите) носи особена отговорност да не нанася с действията си вреди на ефективната и ненарушена конкуренция във вътрешния пазар, независимо дали пряко, чрез осъществявано от самото него поведение, представляващо злоупотреба, или непряко, посредством действия, които то е делегирало на независими оператори, длъжни да изпълняват указанията му [44]. Освен това, като се приложи по аналогия критерият, установен от Съда в решение Remonts, следва да се провери дали предприятието с господстващо положение е могло разумно да предвиди антиконкурентните действия от страна на своите дистрибутори и е било готово да приеме свързания с тях риск [45].

49. На второ място, ако органът счита, че все пак отговорността следва да се припише и на дистрибуторите, с оглед на цитираната в точка 38 от настоящото заключение съдебна практика, преценката за наличието на стопанска единица трябва да се извърши с оглед на *икономическите, организационните и юридическите* връзки между производителя и неговите дистрибутори, за да се констатира въз основа на *съвкупност от показатели* действителното упражняване на решаващо влияние от страна на производителя върху дистрибуторите, така че да може да се установи, че дистрибуторите са действали основно като longa manus (дългата ръка) на производителя. Такъв е по-специално случаят, когато дистрибуторите са или се считат насочвани да възпроизвеждат спрямо операторите на търговските обекти практиките на отстраняване на конкуренти, замислени и въведени от производителя.

50. В това отношение, първо, що се отнася до *икономическите* връзки, и по-специално в контекста на отношенията между предприятието с господстващо положение и неговите дистрибутори, обстоятелствата, свързани с равновесието на икономическата мощ, също могат да бъдат от значение. В този контекст може да се установят следните обстоятелства: i) значимостта на господстващото положение на производителя, доколкото то може да събуди основателни опасения у дистрибутора, че извън отношенията си с този производител трудно би намерил друг производител, за да осигури дистрибуцията на своите продукти; ii) размерът на оборота, реализиран от продажбите на продуктите на производителя с господстващо положение, спрямо общия оборот на дистрибутора, у когото поради това може основателно да възникне опасение, че ще загуби значителна част от общия си оборот, в случай че прекъсне отношенията си с този производител; iii) икономическата стойност на мерките за стимулиране, например отстъпките или бонусите, предоставени от производителя на дистрибутора, в резултат на което решенията на дистрибутора се обуславят от опасение, че такива престации ще му бъдат отказани или ограничени като санкция за нарушение от негова страна на наложените от този производител клаузи за изключителност или за това, че е пропуснал да въведе спрямо операторите тези предварително определени от посочения производител клаузи и/или други практики на отстраняване на конкуренти (като отстъпките за лоялност). Също така трябва да се вземе предвид конкурентният натиск от страна на предприятието с

[44] Вж. в този смисъл решения от 6 септември 2017 г., Intel/Комисия (C-413/14 P, наричано по-нататък „решение Intel“, EU:C:2017:632, т. 135), и от 6 декември 2012 г., AstraZeneca/Комисия (C-457/10 P, EU:C:2012:770), което потвърждава, че подобна злоупотреба може да бъде установена дори ако антиконкурентните последици могат да настъпят единствено поради действията на трети лица.

[45] Вж. точка 45 от настоящото заключение.

господстващо положение, и по-специално дали дистрибуторите са в състояние безпроблемно да се насочат към други производители, както и компенсаторната пазарна мощ на тези дистрибутори (особено когато става въпрос за големи площи).

51. Второ, що се отнася до *организационните* връзки, струва ми се, че за целите на преценката дали е налице единица, е важно да се провери съществуването на евентуални практики на контрол (monitoring), упражнявани in situ или по друг начин от производителя за спазването на клаузите за изключителност и на други клаузи за отстраняване на конкуренти (като отстъпките за лоялност или условията за прекратяване) в отношенията между дистрибуторите и операторите.

52. Трето, що се отнася до *юридическите* връзки, могат да бъдат от значение следните обстоятелства: i) предварителното изготвяне от производителя на клаузите на договора, които дистрибуторът трябва задължително да прилага по отношение на операторите, и ii) предварително определяне от производителя на специфични условия за продажба сред операторите. В това отношение следва да се направят две бележки.

53. От една страна, считам, че не е необходимо да се установява „наличието на йерархична подчиненост“ (според формулировката на преюдициалния въпрос) между предприятието с господстващо положение и неговите дистрибутори, по силата на която предприятието с господстващо положение подчинява дистрибуторите чрез „множество системни и постоянни ръководни действия“, които могат да повлияят на техните „стратегически и оперативни решения“. Макар наличието на такава йерархична връзка да предполага, че дистрибуторът несъмнено е обект на решаващото влияние на производителя, важно е, че извън йерархичните връзки, установени с ръководни действия, този дистрибутор не е свободен да взема решения по всички въпроси, които биха могли да намалят ефикасността на практиките на отстраняване на конкуренти, за които предварително е взето решение от производителя с господстващо положение, тъй като основателно се опасява от вредоносни икономически последици, ако не подкрепя систематично подобно поведение.

54. От друга страна, що се отнася до въпроса за „степента на намеса“, налага се изводът, че всички вертикални отношения предполагат наличието на споразумение, което дава на принципала определена степен на влияние върху другия субект. Тази степен на влияние може да бъде висока и да обхване множество аспекти на търговската дейност, предмет на договорното правоотношение, но това само по себе си не е достатъчно за появата на стопанска единица. Всъщност обикновеното координиране или участие във взетите от друг субект решения, макар да са от значение и да могат да представляват ограничаващо конкуренцията поведение по смисъла на член 101 ДФЕС, сами по себе си не означават, че дистрибуторът не действа самостоятелно.

55. С оглед на гореизложените съображения предлагам на Съда да отговори на първия преюдициален въпрос, че членове 101 ДФЕС и 102 ДФЕС трябва да се тълкуват в смисъл, че извън случаите на капиталови връзки съгласуваните действия по договор между производител и неговите дистрибуционни посредници създават „стопанска единица“ по смисъла на тези членове, когато предвид икономическите, организационните и юридическите връзки между производителя и неговите дистрибутори този производител упражнява решаващо влияние върху тези дистрибутори, така че последните се считат за насочвани да възпроизвеждат поведението, замислено и въведено от посочения производител, като не могат да действат независимо на пазара. Такъв би бил по-специално случаят, когато по силата на тези съгласувани действия по договор посочените

дистрибутори, от една страна, не поемат никакъв финансов риск, свързан с продажбата на продукта на същия производител, или, от друга страна, сключват с него изключителни договори.

Б. По втория преюдициален въпрос

56. С втория си преюдициален въпрос запитващата юрисдикция по същество иска да се установи дали в случай на клаузи за изключителност или поведение, характеризиращо се с множество практики (по-специално отстъпки и клаузи за изключителност), органът за защита на конкуренцията е длъжен да основе констатацията си за нарушение на член 102 ДФЕС на критерия за също толкова ефективен конкурент и да разгледа подробно представените при необходимост от предприятието с господстващо положение икономически анализи относно *„реалната“* възможност разглежданото поведение да отстрани от пазара също толкова ефективни конкуренти. От мотивите на акта за преюдициално запитване следва, че този въпрос произтича по-специално от съмненията на запитващата юрисдикция относно приложното поле на принципите, изведени от решение Intel.

57. За да се преодолеят опасенията на тази юрисдикция, припомням, че в хода на разследването си AGCM приема, че не следва да анализира представените от Unilever икономически проучвания, за да докаже, че разглежданите практики не са в състояние да отстранят от пазара конкуренти, които са поне също толкова ефективни, тъй като тези проучвания са напълно неотносими за установяването на разглежданото нарушение [46]. Като се присъединява към анализа на AGCM, TAR приема, че принципите, изведени от решение Intel, се прилагат само при изключителни отстъпки, но не и в случай на задължения за изключителност, съчетани с различни отстъпки. Поради това TAR приема, че посочените проучвания, представени от Unilever, не следва да се вземат предвид.

58. Поставеният от запитващата юрисдикция въпрос се състои от две части:

– целта на първата е да се определи дали дори в случай на клаузи, налагащи задължение за изключителност, следва да се анализира способността им да отстранят от пазара конкуренти, които са поне също толкова ефективни, колкото предприятието с господстващо положение, и

– с втората се цели да се установи дали в рамките на такъв анализ орган за защита на конкуренцията е длъжен да вземе предвид икономическите проучвания, представени от въпросното предприятие.

1. Предварителни бележки

59. Преди да разгледам тези две части, считам за полезно да отбележа, че настоящият преюдициален въпрос представлява пряко продължение на третия преюдициален въпрос, поставен от същата юрисдикция по делото, по което е постановено решение SEN. Този въпрос се състои в това дали, за да се установи, че поведението на предприятие с господстващо положение представлява злоупотреба, следва да се приемат за относими

[46] Според Unilever по същата причина AGCM отказва да се срещне с неговите икономически експерти, които са поискали организирането на среща, за да се определят редът и условията за провеждане на тези икономически проучвания.

представените от това предприятие доказателства, че независимо от абстрактната способност на това поведение да породи ограничителни последици, то конкретно не е породило такива последици, и в случай че това е така — дали органът за защита на конкуренцията е длъжен да разгледа задълбочено тези доказателства [47].

60. Макар че поставеният по дело SEN въпрос беше по-общ, направеният в заключението ми анализ с оглед на приноса на решение SEN позволява настоящият преюдициален въпрос да се постави в нормативното пространство на член 102 ДФЕС и отчасти да се отговори на въпросите на запитващата юрисдикция.

61. Най-напред следва да се припомни, че съгласно постоянната практика на Съда, за да се установи, че дадено поведение на предприятие с господстващо положение представлява злоупотреба, не е необходимо да се доказва, че разглежданото поведение действително е породило антиконкурентни последици. Органът за защита на конкуренцията трябва да докаже единствено вредоносния потенциал (годност) на укоримото поведение, независимо дали антиконкурентните последици са се осъществили конкретно. Всъщност би било в противоречие с логиката, присъща на член 102 ДФЕС, която има превантивно и прогностично естество, да трябва да се изчака на пазара да настъпят антиконкурентни последици, за да може злоупотребата да бъде установена правомерно [48].

62. От това следва, че доказателства, сочени от предприятие, за да установи отсъствието на антиконкурентни последици, като икономически анализи, не могат да го освободят от отговорност, нито да прехвърлят върху органа за защита на конкуренцията тежестта да докаже конкретното настъпване на вредата, произтичаща от укоримото поведение. Освен това антиконкурентното естество на дадено поведение трябва да се преценява към момента, в който то е извършено, което е в съответствие с общия принцип на правна сигурност, тъй като предприятието с господстващо положение трябва да може да прецени законосъобразността на поведението си въз основа на съществуващите доказателства [49].

63. Съдът обаче е приел също така, че преценката на годността да се ограничи конкуренцията, и в частност да се породи твърдяният антиконкурентен отстраняващ ефект, трябва да се извърши с оглед на всички относими към разглежданото поведение фактически обстоятелства, което според мен включва и изтъкнатите от предприятието с господстващо положение доказателства, че независимо от абстрактната му способност да породи ограничителни последици, разглежданото поведение конкретно не е породило такива последици. Освен това, за да се зачете правото на защита, и по-специално правото на изслушване, допустимостта от процесуална гледна точка на този вид доказателства е безспорна [50].

64. Що се отнася до доказателствената стойност на този вид доказателства, тя варира в зависимост от фактическия контекст. Например икономическо доказателство, което, след като оспореното поведение е преустановено, доказва, че липсва отстраняващ ефект, би могло да подкрепи доказването на чисто хипотетичния характер на това поведение. Такова чисто хипотетично поведение обаче не може да се счита за злоупотреба по смисъла на член 102 ДФЕС [51]. Именно от тази гледна точка в решение SEN Съдът приема, че

[47] Вж. решение SEN (т. 49—58) и заключението по дело SEN (т. 109—121).

[48] Вж. в това отношение заключението по дело SEN (т. 110 и 112 и цитираната съдебна практика).

[49] Вж. в това отношение заключението по дело SEN (т. 114 и цитираната съдебна практика).

[50] Вж. решение SEN (т. 52) и заключението по дело SEN (т. 116 и цитираната съдебна практика).

[51] Вж. заключението по дело SEN (т. 41 и 116 и цитираната съдебна практика).

доказателствата за липсата на конкретен отстраняващ ефект могат да „подсказва[т], че разглежданото поведение не е можело да породи твърдения отстраняващ ефект“ и че „[з]асегнатото предприятие обаче трябва да допълни така започнатото доказване с доказателства, че липсата на конкретни последици наистина е следствие от неспособността на даденото поведение да породи такъв ефект“ [52].

2. По първата част

65. С първата част запитващата юрисдикция иска по същество да се установи дали вследствие на решение Intel орган за защита на конкуренцията трябва да анализира, дори ако става въпрос за клауза за изключителност, способността на тази клауза да отстрани от пазара конкуренти, които са поне също толкова ефективни, колкото предприятието с господстващо положение.

66. За да се разбере по-добре този въпрос, се налага кратко припомняне на фактите и проблематиката, повдигнати по делото, по което е постановено решение Intel.

67. През 2009 г. Комисията приема решение по отношение на Intel, съгласно което между октомври 2002 г. и декември 2007 г. то е извършило единно и продължавано нарушение на член 102 ДФЕС чрез прилагане на стратегия, имаща за цел да възпрепятства навлизането на конкурент, а именно AMD, на пазара на процесори (CPU x86). В това решение се описват два типа поведение на Intel спрямо неговите търговски партньори: условни отстъпки и „голи ограничения“. Първият тип поведение, който е от значение за целите на нашия анализ, се състои в предоставяне на отстъпки на четири производителя на оригинално оборудване в областта на информатиката (OEM), в случая — Dell, Lenovo, HP и NEC, с условието те да купуват от Intel всички или почти всички свои CPU x86. Също така Intel е предложило плащания на MSH, който е първият европейски търговец на офисни компютри, с условие същият да продава изключително компютри, снабдени с CPU x86, произведени от Intel. Комисията е приела, че предоставените от Intel условни отстъпки представляват отстъпки за лоялност и че икономическият механизъм на обвързаните с условия плащания на Intel към MSH е равностоен на механизма, който е налице при условните отстъпки на OEM. В обжалваното решение Комисията е направила също икономически анализ на способността на отстъпките да ограничат достъпа до пазара на конкурент, който е също толкова ефективен, колкото Intel, без обаче да заема господстващо положение на пазара [53].

68. Intel оспорва анализа на Комисията пред Общия съд, който е отхвърлил жалбата [54], като по същество е приел, че предоставените отстъпки са изключителни отстъпки, тъй като са свързани с условието клиентът да се снабдява от Intel изцяло или за значителна част от своите нужди от CPU x86. Общият съд е приел, че определянето на такава отстъпка като злоупотреба не е в зависимост от анализ на обстоятелствата в случая, който има за цел да докаже способността за ограничаване на конкуренцията [55]. От съображения за

[52] Вж. решение SEN (т. 56).

[53] По-конкретно, този анализ се изразява в установяване на цената, на която конкурент, който е ефективен колкото Intel, би трябвало да предлага своите CPU, за да компенсира определен OEM за загубата на някоя от отстъпките на Intel. Подобен анализ е направен и за предоставените от Intel на MSH плащания.

[54] Решение от 12 юни 2014 г., Intel/Комисия (T-286/09, наричано по-нататък „първоначалното съдебно решение“, EU:T:2014:547, т. 79).

[55] Първоначалното съдебно решение (т. 80—89).

изчерпателност Общият съд е приел, че Комисията е доказала надлежно и чрез анализ на обстоятелствата по случая способността на предоставените отстъпки и плащания за изключителни права да ограничат конкуренцията [56].

69. Intel е подал жалба до Съда, в която твърди, че Общият съд е допуснал грешки при прилагане на правото, по-специално като не е разгледал спорните отстъпки с оглед на всички релевантни обстоятелства (първо основание). С решение Intel Съдът е уважил това основание, отменил е първоначалното съдебно решение и е върнал делото на Общия съд, който с ново съдебно решение частично е отменил решението на Комисията [57]. В анализа си на първото основание Съдът по същество е уточнил, че ако в хода на административното производство въпросното предприятие поддържа, със съответни доказателства, че поведението му не е било годно да ограничи конкуренцията, и по-конкретно да породи сочения отстраняващ ефект, органът за защита на конкуренцията е *длъжен* да анализира по-специално дали разследваните практики действително са способни да отстранят от пазара конкурентите, които са поне също толкова ефективни [58].

70. Обхватът на този принцип е предмет на настоящия преюдициален въпрос. Всъщност запитващата юрисдикция по същество иска да се установи дали посоченият принцип важи само в случай че дадено разследване се отнася до изключителни отстъпки, или се прилага и когато укоримите действия са с по-широк обхват и включват също задължения за изключителност и други видове отстъпки и компенсация, наречени „за лоялност“.

71. Поради следните причини и както вече бе посочено в точка 63 от настоящото заключение, считам, че същият принцип се прилага общо и *независимо от вида на ограничението*, когато предприятие с господстващо положение представи доказателства, с които цели да докаже, че разглежданото поведение не може да породи такива последици.

72. На първо място, това следва от текста на точки 137—140 от решение Intel.

73. Най-напред, в точка 137 от това решение Съдът е подчертал, че „[…] предприятие с господстващо положение на пазара, което обвързва купувачите, дори това да е по тяхно искане, със *задължение или обещание да се снабдяват изцяло или за значителна част* от нуждите си изключително от това предприятие, злоупотребява с господстващо положение по смисъла на член 102 ДФЕС, *независимо дали задължението е безвъзмездно, или срещу него се предоставя отстъпка*. Това важи и когато посоченото предприятие, без да обвързва купувачите с формално задължение, прилага било по силата на споразумения с тези купувачи, било едностранно *схема на отстъпки за лоялност*, т.е. отстъпки, свързани с условието клиентът да се снабдява изцяло или за значителна част от нуждите си изключително от предприятието с господстващо положение“ [59]. Така Съдът квалифицира двете категории „потенциално съдържащи злоупотреба клаузи“, а именно чистите задължения за изключителност и отстъпките, обвързани със задължение за изключителност, като не прави никакво разграничение по отношение на тяхната вредност за конкуренцията.

[56] Първоначалното съдебно решение (т. 172—197).

[57] Решение от 26 януари 2022 г., Intel Corporation/Комисия (T-286/09 RENV, EU:T:2022:19).

[58] Решение Intel (т. 138 и 139).

[59] Курсивът е мой.

74. След това в точка 138 от решение Intel Съдът е посочил: „[т]ази съдебна практика обаче следва да се прецизира за случаите, в които в хода на административното производство *предприятието поддържа*, *със съответни доказателства*, че поведението му не е било годно да ограничи конкуренцията, и по-конкретно да породи сочения отстраняващ ефект“ [60]. Следователно Съдът е посочил, че уточнението, което се съдържа в следващите точки от това съдебно решение, се отнася до *всяко* предприятие, което поддържа в хода на административното производство липсата на способност за ограничаване на конкуренцията, независимо от вида на разглежданото поведение. Това уточнение очевидно важи и за двете категории практики, посочени в предходната точка от посоченото решение.

75. В този смисъл в точка 139 от решение Intel Съдът е приел, че „[в] такива случаи Комисията не само е длъжна да анализира, от една страна, значимостта на господстващото положение на предприятието на съответния пазар и от друга, степента на пазарно покритие на спорната практика, както и условията и правилата за предоставяне на разглежданите отстъпки, продължителността и размера им, но е *и длъжна да прецени евентуалното наличие на стратегия за отстраняване на конкурентите, които са поне също толкова ефективни*“ [61]. Следователно Съдът се връща към анализа, който Комисията е длъжна да направи в отговор на доводите на засегнатото предприятие, че въпросното поведение не може да ограничи конкуренцията. Това ясно се прилага както за задълженията за изключителност, така и за отстъпките, обвързани със задължение за изключителност.

76. Накрая, в точка 140 от решение Intel, Съдът е добавил, че „[а]нализът на годността за отстраняване е релевантен и за преценката на въпроса дали схема за отстъпки, която по принцип попада под забраната на член 102 ДФЕС, може да бъде обективно обоснована. Освен това неблагоприятният за конкуренцията отстраняващ ефект на схемата за отстъпки може да бъде неутрализиран и дори преодолян чрез предимства от гледна точка на ефективността, които са от полза и за потребителите […]. Благоприятните и неблагоприятните за конкуренцията последици от спорната практика *може да се претеглят по този начин в решението на Комисията само след анализ на присъщата годност на разглежданата практика да отстрани конкуренти, които са поне също толкова ефективни*“ [62]. С други думи, Съдът уточнява, че преценката на изтъкнатите от предприятието с господстващо положение защитни доводи, а именно обективната обосновка или предимствата от гледна точка на ефективността, може да се направи *само след* анализ на годността за отстраняване на конкуренти, които са поне също толкова ефективни. Макар Съдът изрично да се позовава на отстъпките, смисълът на тази точка от решение Intel е, че такива доводи трябва да се разгледат, когато се установи, че разглежданото поведение може да има отстраняващ ефект върху конкуренти, които са поне също толкова ефективни, което важи независимо от типа на разглежданото поведение.

77. На второ място, буквалното тълкуване на тези точки от решение Intel се потвърждава от телеологичното тълкуване на член 102 ДФЕС. В действителност в точки 133 и 134 на това решение Съдът е потвърдил, че „член 102 ДФЕС съвсем няма за цел да попречи на предприятието да завоюва въз основа на *собствените си качества* господстващото положение на даден пазар. Тази разпоредба *не цели и да осигури оставането на пазара на конкурентите, които са по-малко ефективни от предприятието с господстващо положение* […]. В този смисъл не всеки отстраняващ ефект непременно нарушава

[60] Курсивът е мой.

[61] Курсивът е мой.

[62] Курсивът е мой.

конкуренцията. По дефиниция основаната на качествата конкуренция може да доведе до изчезването от пазара или изтласкването на конкурентите, които са по-малко ефективни и следователно *по-малко привлекателни за потребителите с оглед по-специално на цените, избора, качеството или нововъведенията*“ [63].

78. По тези два въпроса трябва да се направят две бележки. От една страна, както бе анализирано по-подробно в заключението по дело SEN, понятието „основана на качествата конкуренция“, на което се позовава Съдът, не е свързано с точно определена по форма практика, то остава абстрактно и не може да се дефинира така, че да позволи предварително да се определи дали поведението спада към такава конкуренция. Всъщност понятието „основана на качествата конкуренция“ отразява по-скоро икономически идеал в контекста на тенденцията в правото на конкуренцията на Съюза да се насърчава анализът на антиконкурентните последици на поведението, отколкото анализ, основан на неговата форма [64], по-специално когато вече е прието, че отстъпките за лоялност не са непременно вредни за конкуренцията [65].

79. От друга страна, по-конкретно от точки 138—140 от решение Intel следва, че член 102 ДФЕС трябва да се разбира като разпоредба, която възпрепятства предприятието с господстващо положение да осъществява поведение, което може да отстрани от пазара конкуренти, които са поне също толкова ефективни по отношение на качеството, нововъведенията и избора на предлагани продукти, и че съдържащата се в тази разпоредба забрана се отнася не само до поведението, свързано с цените, например изключителните отстъпки, но и до всички други търговски практики, които не се отнасят до цените, като задълженията за изключителност, тъй като не формата, а вредността на тези действия ще определи дали те представляват злоупотреба.

3. По втората част

80. С втората част запитващата юрисдикция иска да се установи дали при анализа на последиците от клаузите за изключителност орган за защита на конкуренцията е длъжен да разгледа подробно представените от страната с господстващо положение икономически анализи относно реалната възможност разглежданото поведение да отстрани от пазара също толкова ефективни конкуренти.

81. Както следва от точка 63 от настоящото заключение, за да се зачете правото на защита, и по-специално правото на изслушване, допустимостта от процесуална гледна точка на този вид доказателства е безспорна. Следователно, тъй като тежестта да докажат отстраняващите антиконкурентни последици, се носи от органите за защита на конкуренцията, те са длъжни внимателно да вземат предвид представените доказателства от предприятието с господстващо положение, когато то цели да докаже, че независимо от неговата (твърдяна) абстрактна способност да породи ограничителни последици, разглежданото поведение конкретно не е породило такива последици [66].

[63] Курсивът е мой.

[64] Вж. заключението по дело SEN (т. 55 и цитираната съдебна практика).

[65] Вж. в този смисъл точка 37 от Съобщение на Комисията — Насоки за приоритетите на Комисията по прилагането на член 82 [ЕО] в областта на злоупотребата с практики на отстраняване на конкуренти, наложени от предприятия с господстващо положение (ОВ C 45, 2009 г., стр. 7), която гласи, че „[п]редприятията могат да предложат [условни отстъпки], за да привлекат по-голямо търсене и по този начин те могат *да го стимулират и да са от полза за потребителите*“.

[66] Заключението по дело SEN (т. 116 и цитираната съдебна практика).

82. За изясняване на някои практически аспекти на обхвата на това задължение на органите за защита на конкуренцията според мен е полезно да направя следните уточнения.

83. На първо място, когато предприятие с господстващо положение поддържа въз основа на конкретни доказателства, че поведението му не е било годно да ограничи конкуренцията въз основа на критерия АЕС, член 102 ДФЕС възлага на компетентния орган за защита на конкуренцията задължението да извърши анализ, за да определи дали случаят е такъв [67]. Този анализ трябва да се основава на конкретни доказателства [68], установяващи ограничителен ефект, който не е чисто хипотетичен [69]. Ако след подобен анализ се установи, че разглежданото поведение не е от естество да отстрани от пазара конкурентите, които са поне също толкова ефективни, колкото предприятието с господстващо положение, органът за защита на конкуренцията трябва да заключи, че член 102 ДФЕС не е нарушен, докато, ако се приеме, че поведението е годно да породи отстраняващ ефект спрямо конкурентите, които са също толкова ефективни, колкото предприятието с господстващо положение, този орган трябва да вземе предвид евентуалните факти и доказателства, изтъкнати от засегнатото предприятие в негова защита, за да докаже, че оспореното поведение е обективно обосновано или произтичащите от него ограничителни последици са неутрализирани и дори надвишени от предимства от гледна точка на ефективността, които са от полза и за потребителите [70].

84. На второ място, a fortiori, когато предприятието с господстващо положение представя икономически доказателства в подкрепа на това, че поведението му няма способността да отстрани от пазара също толкова ефективни конкуренти, органът за защита на конкуренцията не може да ги пренебрегне. Всъщност, както бе посочено в точки 74 и 75 от настоящото заключение, именно представянето на доказателства за липсата на ограничителни последици *поражда* задължение за органа за защита на конкуренцията да ги разгледа във връзка със задълженията за изключителност и практиките за отстъпки. При тези обстоятелства органът за защита на конкуренцията трябва да прецени представените от предприятието в хода на разследването икономически доказателства и да ги вземе предвид при анализа си на възможността разглежданото поведение да е в състояние да отстрани от пазара конкуренти, които са също толкова ефективни, колкото предприятието с господстващо положение.

85. Дори обаче органът за защита на конкуренцията да счита, както в настоящия случай, че използваната за целите на икономическото проучване методология не е релевантна, той не може изначално да изключи релевантността на такова проучване, освен ако в решението, с което този орган квалифицира поведението като „злоупотреба“, посочи причините, поради които счита, че методологията, на която се основава това проучване, не позволява да се докаже, че разглежданото поведение не е годно да отстрани също толкова ефективни конкуренти.

86. С оглед на гореизложените съображения предлагам на Съда да отговори на втория преюдициален въпрос, че член 102 ДФЕС следва да се тълкува в смисъл, че за да установи наличието на злоупотреба с господстващо положение, органът за защита на конкуренцията трябва да докаже, с оглед на всички релевантни обстоятелства и предвид по-специално на доказателствата, представени от предприятието с господстващо положение, че

67 Решение Intel (т. 139 и 140).

68 Решение от 6 декември 2012 г., AstraZeneca/Комисия (C-457/10 P, EU:C:2012:770, т. 202).

69 Решение от 6 октомври 2015 г., Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651, т. 65).

70 Решение Intel (т. 140).

поведението на това предприятие е било годно да ограничи конкуренцията, като в това отношение анализира евентуално и представените от въпросното предприятие доказателства, че разглежданото поведение не е произвело антиконкурентни последици на съответния пазар. Това задължение важи както за клаузи за изключителност, така и за действия, характеризиращи се с множество практики, и включва задължение за мотивиране от страна на органа за защита на конкуренцията, ако той счита, че подобни доказателства не са годни да докажат отстраняването от този пазар на конкурентите, които са също толкова ефективни, колкото предприятието с господстващо положение.

IV. Заключение

87. С оглед на изложеното по-горе предлагам на Съда да отговори на поставените от Consiglio di Stato (Държавен съвет, Италия) преюдициални въпроси по следния начин:

„1) Членове 101 ДФЕС и 102 ДФЕС трябва да се тълкуват в смисъл, че извън случаите на капиталови връзки съгласуваните действия по договор между производител и неговите дистрибуционни посредници създават „стопанска единица“ по смисъла на тези членове, когато предвид икономическите, организационните и юридическите връзки между производителя и неговите дистрибутори този производител упражнява решаващо влияние върху тези дистрибутори, така че последните се считат за насочвани да възпроизвеждат поведението, замислено и въведено от посочения производител, като не могат да действат независимо на пазара. Такъв би бил по-специално случаят, когато по силата на тези съгласувани действия по договор посочените дистрибутори, от една страна, не поемат никакъв финансов риск, свързан с продажбата на продукта на същия производител, или, от друга страна, сключват с него изключителни договори.

2) Член 102 ДФЕС следва да се тълкува в смисъл, че за да установи наличието на злоупотреба с господстващо положение, органът за защита на конкуренцията трябва да докаже, с оглед на всички релевантни обстоятелства и предвид по-специално на доказателствата, представени от предприятието с господстващо положение, че поведението на това предприятие е било годно да ограничи конкуренцията, като в това отношение анализира евентуално и представените от въпросното предприятие доказателства, че разглежданото поведение не е произвело антиконкурентни последици на съответния пазар. Това задължение важи както за клаузи за изключителност, така и за действия, характеризиращи се с множество практики, и включва задължение за мотивиране от страна на органа за защита на конкуренцията, ако той счита, че подобни доказателства не са годни да докажат отстраняването от този пазар на конкурентите, които са също толкова ефективни, колкото предприятието с господстващо положение“.