

Application of the Prohibition on the Abuse of Superior Bargaining Position

Metodi Markov

Abstract: *The article offers an overview of the few cases reviewed by the Commission of Protection of Competition during the first year of application of the prohibition on the abuse of superior bargaining position in Article 37a of the Protection of Competition Act. Furthermore, the application of the accompanying prohibitions of the same type in the special laws, such as the Food Act are also analyzed and discussed.*

Keywords: *superior bargaining position, Commission for Protection of Competition, case-law*

Забраната за злоупотреба с по-силна позиция при договаряне бе създадена със ЗИДЗЗК, публикуван в ДВ, бр.56/2015г. Поводът за въвеждането на тези правила бяха случаи на недобросъвестни търговски практики на големи вериги магазини за хранителни стоки по отношение на техните местни доставчици. В тази връзка и в Закона за храните бе създадена уредба на договорите за покупка на хранителни стоки за последваща продажба.

Целите на създадената уредба могат да се свържат по-скоро със защитата на потребителите и дребния бизнес, отколкото на конкуренцията. По тази причина избраното систематично място на тази забрана за злоупотреба в ЗЗК не е съвсем подходящо¹. Вносителите на първоначалния законопроект се позовават на Зелената книга относно нелоялните търговски практики по веригата за доставки на хранителни и нехранителни стоки между стопански субекти в Европа, изготвена от ЕК. Предмет на анализ в нея са доставките на стоки, предназначени главно за лично потребление. Условието по договорите между участниците в тази верига (производители, преработватели, дистрибутори и търговци на дребно) влияят върху крайната цена, заплащана от потребителите. Доколкото обаче забраната се отнася до сделки, по които страни не са крайните потребители, тя не би могла да намери подходящо място и в Закона за защита на потребителите, в който са уредени някои нелоялни търговски практики.

1. Понятие за „по-силна позиция при договаряне”.

Преди всичко следва да се отбележи, че забраната на чл.37а ЗЗК се отнася до всички предприятия по смисъла на закона, а не само до търговските вериги, поведението на които бе повод за създаване на тази уредба.

¹ Следва да се отбележи, че още по-неподходящо бе избрано това място в първоначалния проектозакон. В него се предвиждаше правилата да се включат към уредбата на злоупотребата с монополно и господстващо положение.

На практика не е лесно да бъдат установени две предприятия, които да имат абсолютно еднаква пазарна сила. Логично е да се потърси някакъв количествен критерий за значителност на разликите в пазарното положение на предприятията. Както и при дефинирането на понятието за господстващо положение обаче, законодателят избягва такъв подход като ограничаващ регулаторния орган.

Различното положение на договарящите предприятия следва да се установи съобразно посочените в дефиницията на понятието белези, а те могат да бъдат изведени от текста на чл.37а, ал.2 ЗЗК. При анализа се открояват два типа белези – общи и конкретни. Това означава, че е необходимо по-силната позиция да се определи както в общия контекст на съответния пазар, така и по отношение на съконтрагента при договарянето. Преобладава конкретният подход.

1.1. Общият критерий.

В по-общ план е необходимо да се определят характеристиките на структурата на съответния пазар. За нуждите на правото на конкуренцията се прави характеристика на състоянието на конкурентната среда на съответния пазар, както и пазарното положение на предприятията.

На първо място, следва да се определи кой е съответният пазар. Той следва да се определи въз основа на предмета на конкретната сделка между двете предприятия. От гледна точка на предметния и географския обхват на пазара, на който осъществяват дейността си двете предприятия, трябва да е налице съвпадение, но само по отношение на изследваната сделка. Възможно е предприятията да осъществяват дейност и на други пазари.

Не бива да се забравя, че анализът може да се насочи както към предлагането, така и към търсенето. От тези две различни гледни точки всяко предприятие може да има различно положение спрямо своите конкуренти².

Следователно, необходими са два анализа – на пазара на търсене и на пазара на предлагане. Необходимо е да се установи положението и на двете предприятия на тези два пазара. По-силната позиция на едното предприятие може да се свърже с относително силната му позиция на съответния пазар, както и с относително слабата позиция на другото предприятие на реципрочния пазар (на търсене или на предлагане). В закона обаче не е предвидено такова условие – просто е посочено, че е необходимо да се установят тези обстоятелства.

При този анализ следва да намери приложение Методиката за извършване на проучване и определяне на пазарното положение на предприятията на съответния пазар.³ За разлика от установяването на господстващо положение на предприятието с по-силна позиция, не е предвидено да се изследват такива общи характеристики на независимостта на предприятието, като финансови ресурси, възможности за достъп до пазара, технологично равнище и стопански отношения с други предприятия.

В решение № 365 от 26.05.2016 г. на КЗК правилно се посочва, че е необходимо да се анализират и потенциалната конкуренция, бариерите за навлизане на пазара, броя на алтернативните доставчици или купувачи на съответното предприятие и др.

Ако се установи все пак, че по-силното предприятие има господстващо положение на пазара, спрямо него ще намери приложение забраната за злоупотреба по

² В статията си Новите положения в Закона за защита на конкуренцията. Въвеждане на контрол върху предприятия с по-силна позиция при договаряне, Търговско и облигационно право, 2015г., кн.9, с.82 и сл. Хр.Копаранов посочва: „може да се очаква, че в повечето случаи анализът ще обхваща поне два вертикално свързани съответни пазара”. В действителност става въпрос за пазарите на търсене и на предлагане.

³³ Приета с решение № 393/21.04.2009г. на КЗК.

чл.21 ЗЗК. Парадоксално е, но в такъв случай чл.100, ал.1 ЗЗК не предвижда минимален праг на санкцията, както е за нарушенията по чл.37а ЗЗК.

1.2. Конкретните изисквания.

Вторият план на анализа е по-задълбочен. Той се основава на данни, свързани с конкретното отношение между двете предприятия. Трябва да се отбележи, че то може да е оформено като правоотношение, но е достатъчно да е налице и само фактическо отношение.

Във връзка с променливия характер на заложените в закона критерии следва да се отбележи, че понятието „по-силна позиция при договаряне“ може да бъде определено на всеки един етап от конкретното правоотношение между страните, включително и при преддоговорните отношения.⁴

1.2.1. На първо място, като най-важен показател се изтъква степента на зависимост между двете предприятия (на по-слабото от по-силното). Необходимо е да съществува зависимост, но не всяка зависимост е релевантна. Какво е минималното ниво на зависимост обаче, не става ясно от разпоредбата на закона.

Прави впечатление различният подход, в сравнение с дефинирането на господстващото положение. По чл.20 ЗЗК трябва да е налице независимост на предприятието от неговите конкуренти, доставчици или купувачи, докато по чл.37а ЗЗК се търси зависимост на търговския партньор от предприятието с по-силна позиция. Има се предвид икономическа зависимост.⁵ При наличието на такава зависимост страните при договарянето не са фактически равнопоставени и това се отразява в договарянето на неравноправни клаузи в ущърб на по-слабата страна или в необоснован отказ за доставка/покупка.

Зависимостта трябва да е налице в рамките на конкретното отношение, а не по принцип. Напълно е възможно във връзка с даден предмет да е налице зависимост, а при сделка с друг предмет между същите предприятия да отсъства такава. Зависимостта се преценява към конкретен момент, затова е възможно да е налична или да отсъства в различни случаи с оглед на промяната на обстоятелствата.

1.2.2. Вторият критерий е характерът на дейността на двете предприятия и разликата в нейния мащаб.

Дейността на двете предприятия е различна. Обикновено едното е доставчик на другото. Не е изключено обаче на определен пазар те да действат и като конкуренти и по-силното предприятие да злоупотреби с по-силната си позиция при договарянето, за да попречи на конкурентната дейност на по-слабия си партньор.

Необходимо е да е налице разлика в мащаба на дейността на двете предприятия в полза на предприятието с по-силна позиция. Следва да се отчита мащабът на конкретната дейност, свързана с предмета на сделката, а не на всички дейности, развивани от предприятията. Стойностен праг не е установен, но според мен не е достатъчно разликата да е незначителна.

1.2.3. Друг признак на по-силната позиция е наличието на (по-малка) вероятност за намиране на алтернативен търговски партньор от предприятието с по-слаба позиция. Колкото е по-малка тази вероятност, толкова зависимостта на предприятието е по-силна.

Очевидно е, че тази възможност се преценява на фона на съответния пазар и не спада към белезите, основани на конкретното отношение между предприятията. В тази

⁴ Така решение № 365 от 26.05.2016 г. на КЗК.

⁵ А не управленска, капиталова или друга подобна – при наличието на която не може да се говори за злоупотреба.

връзка е необходимо да се установи съществуват ли алтернативни източници на снабдяване, канали за разпространение и/или клиенти.

2. Общ състав на забраната за злоупотреба.

Според чл.37а, ал.1 ЗЗК се забранява „всяко действие или бездействие на предприятие с по-силна позиция при договаряне, което е в противоречие с добросъвестната търговска практика и уврежда или може да увреди интересите на по-слабата страна при договарянето и на потребителите“. Недобросъвестни са действия или бездействия, които нямат обективно икономическо основание.

Следва примерно изброяване на злоупотребителни действия: необоснован отказ да се доставят или закупят стоки или услуги, налагане на необосновано тежки или дискриминационни условия, или неоснователно прекратяване на търговски отношения.

Прави впечатление, че общият фактически състав се доближава до забраната за нелоялна конкуренция, докато последващото примерно изброяване е сходно с някои от забраните за злоупотреба с монополно и господстващо положение.

2.1. Деяние при осъществяване на стопанска дейност.

Необходимо е увреждащото деяние да е извършено във връзка с конкретно отношение между двете предприятия в рамките на тяхната дейност. Това отношение може да е по действаш договор между страните, но може да е с оглед бъдещ договор (преддоговорно отношение).

2.2. Деянието да е в противоречие с добросъвестната търговска практика.

Квалификацията е същата, както на действията на нелоялна конкуренция, но е насочено не срещу конкурент, а непосредствено застрашен е интересът на търговски партньор. Понятието е дефинирано в § 1, т.2 ЗЗК. Противоречие с добросъвестната търговска практика е налице, когато са нарушени правилата, определящи пазарното поведение, които произтичат от: законите, обичайните търговски отношения и добрите нрави⁶. Предпоставката е налице, независимо кой от трите източника на правила за осъществяване на дейността е нарушен.

2.3. Увреждане или опасност от увреждане на интересите на по-слабата страна и на потребителите.

Тук се проявява една от съществените разлики от състава на нелоялната конкуренция. Застрашените интереси са не тези на конкурентите, а на по-слабата страна и на потребителите.

Понятието за потребител е общо дефинирано в Закона за защита на потребителите, но с оглед конкретния предмет на отношението може да се използват и други дефиниции⁷.

Може да се постави въпросът защо е необходимо кумулативно да бъдат застрашени интересите и на потребителите. По сходен начин е уредена и забраната за злоупотреба с монополно и господстващо положение в чл.21 ЗЗК. И в двата случая се забранява определено пазарно поведение, но не самоцелно, а с оглед и на

⁶ Според Хр.Копанаров, Цит. съч., „следващото изречение разкрива, че волята на законодателя вероятно е била конкретно за целите на злоупотребата с по-силна позиция на договаряне да се даде друго съдържание на понятието недобросъвестни действия“. Това разбиране не следва да бъде споделяно, понеже използването на легално дефиниран термин не може да е случайно.

⁷ Например, в решение № 365 от 26.05.2016 г. на КЗК се възприема понятието, дефинирано по смисъла на Закона за енергетиката, който е специален по отношение на Закона за защита на потребителите. Легалната дефиниция за потребител на тези услуги се намира в § 1, т. 41б. от ПЗР на ЗЕ, според която "Потребител на енергийни услуги" е краен клиент, който купува енергия или природен газ.

потребителската защита. Все пак, на преден план е изведена защитата на предприятието, което е търговски партньор. Злоупотребата срещу него може да има две цели – да бъде експлоатирана надмошната позиция, за да се извлекат извънредни облаги (експлоатативна злоупотреба) или да бъде притиснат партньора, за да се оттегли от пазара (структурна злоупотреба).

Такива злоупотреби могат да застрашат косвено и конкуренцията на съответния пазар.

2.4. Поведението на предприятието с по-силна позиция няма обективно икономическо основание.

Ако поведението на предприятието с по-силна позиция има логично обяснение, въпреки наличието на останалите предпоставки, то не може да се квалифицира като злоупотреба. Обратно – ако това поведение не е съобразено с пазарната логика, не отговаря на обективните условия, остава обяснението, че целта е да злоупотреби с по-силната позиция⁸.

3. Примерно изброяване.

Хипотезите, включени в примерното изброяване по чл.37а ЗЗК, показват сходство с някои от случаите на злоупотреба с господстващо положение.

От структурен тип е злоупотребата, изразяваща се в необоснован отказ да се доставят или закупят стоки или услуги, както и неоснователното прекратяване на търговски отношения. Във втората хипотеза не е необходимо отношенията да са трайно установени. Необоснованият отказ да се сключи договор, както и неоснователното прекратяване на отношенията по сключен договор са особено опасни, когато засегнатото предприятие няма алтернативни възможности за пласмент или снабдяване.

С експлоатативен характер е налагането на необосновано тежки или дискриминационни условия за предприятието с по-слаба позиция. Не е необходимо това да води до поставянето му в по-неблагоприятно положение в сравнение с неговите конкуренти, но най-често този резултат ще е налице.

4. Последници от нарушаването на забраната.

4.1. Недействителност.

Със забраната по чл.37а ЗЗК се създава императивно ограничение на принципа за свобода на договарянето.

В случаите на наложени в конкретния договор на необосновано тежки или дискриминационни условия за предприятието с по-слаба позиция, може да се обоснове извод за нищожност поради противоречие с императивна законова забрана – чл.26, ал.1 ЗЗД. Нищожността може да засегне само въпросните клаузи, ако са налице условията за прилагане на частичната нищожност по чл.26, ал.4 ЗЗД.

4.2. Имуществена санкция.

В чл.100, ал.2 ЗЗК са предвидени имуществени санкции при нарушаване на забраната по чл.37а ЗЗК. Санкцията е в размер до 10 на сто от реализирания от предприятието оборот от продажбата на продукта, предмет на нарушението за предходната година, но не по-малко от 10 000 лв. Отличителна особеност на санкцията е наличието на минимален праг, какъвто няма при другите имуществени санкции по закона.

⁸ Подобна необоснованост срещаме и при установен паралелизъм в поведението на две или повече независими предприятия, който може да бъде обявен за съгласувана практика по чл.15 ЗЗК.

Не следва да бъде споделена забележката към редакцията на текста, отнасяща се до изискването оборотът да е реализиран от продажби⁹. Когато санкционираното предприятие е купувач, санкцията също трябва да е съобразена с реализираните от него продажби.

Когато няма реализиран оборот, комисията налага имуществена санкция в размер от 10 000 до 50 000 лв.

4.3. Отговорност за вреди.

Съгласно чл.104, ал.1 ЗЗК за причинени вреди вследствие на извършени нарушения по този закон виновното лице дължи обезщетение. По принцип отговорността е деликтна. В хипотезите по чл.37а ЗЗК обаче, обикновено е налице договорно или преддоговорно отношение между страните. Затова отговорността може да има различен характер.

Право на обезщетение възниква както за пряко увреденото предприятие, така и за потребителите.

С транспонирането на Директива 2014/104/ЕС на Европейския парламент и на Съвета относно някои правила за уреждане на искове за обезщетение на вреди по националното право за нарушения на разпоредбите на правото на държавите членки и на Европейския съюз в областта на конкуренцията се очаква усъвършенстване на уредбата на обезщетенията.

4.4. Влизане на закона в сила.

С решение № 850 от 14.10.2016г. на КЗК е установена липса на нарушение, понеже за извършени действия в нарушение на забраната по чл.37а ЗЗК, когато това е станало преди влизане в сила на ЗИДЗЗК на 24.07.2015г., не може да бъде търсена отговорност. Комисията се позовава на чл. 3 ЗАНН, съгласно който за всяко административно нарушение се прилага нормативният акт, който е бил в сила по време на извършването му. В конкретния случай е прието, че отношенията между двете предприятия са приключили през м. декември, 2014г., следователно няма основание за прилагане на забраната по чл.37а ЗЗК.

За съжаление, в преходните разпоредби на ЗИДЗЗК не е предвидено преуреждане на отношенията по сключени вече договори, в чието съдържание са наложени необосновано тежки или дискриминационни условия за предприятието с по-слаба позиция. Тези договори са били действителни при сключването им и не могат да бъдат засегнати от забраната, щом това не е предвидено изрично в закона.

5. Забранени клаузи, представляващи злоупотреба с по-силна позиция при договаряне при търговията с храни.

Наред с общата забрана по чл.37а ЗЗК, със ЗИДЗЗК от 2015г. бе въведена и забрана на определени договорки конкретно между производителите и търговците на храни в Закона за храните. Забраните важат за всички предприятия, независимо от това дали позициите им при договарянето са различни или еднакви.

Може да се каже, че част от изброените каузи имат характер на „вертикални ограничения с ефект върху конкуренцията“, която да е приложима в сектора търговия с храни. В други пък става въпрос за злоупотреба от една от страните, без да е необходимо тя да има господстващо положение или по-силна позиция при договаряне. Несъмнено в първия случай за нарушението следва да бъде образувано производство пред КЗК.

⁹ В този смисъл Хр.Копанаров, Цит.съч.

Сред забранените клаузи, създаващи вертикални ограничения на конкуренцията са: забрана или ограничение за страна по договора да предлага или закупува стоки или услуги на или от трети лица; забрана или ограничение за страна по договора да предоставя същите или по-добри търговски условия на трети лица, както и предвиждането на санкция за нарушаването на забраната.

Забранено е и уговарянето на някои неизгодни условия за една от страните, като: уговаряне на възнаграждения за услуги, които не са реално предоставени; прехвърляне на неоправдан или непропорционален търговски риск към една от страните; забрана или ограничение за страна по договора да прехвърля вземания на трети лица.

Предвиден е по-кратък максимално възможен срок за плащане по фактури – не повече от 30 дни.¹⁰

В чл.19 ЗХр е включена и една забрана, която няма логично обяснение. Според чл.19, ал.1, т.4 ЗХр договърът не може да се изменя едностранно, освен ако това е изрично предвидено в него. Това е общ принцип в договорното право, закрепен в чл.20а ЗЗД.

Клаузи, които нарушават тези забрани, са нищожни. Създадена е помирителна комисия към министъра на земеделието и храните, с цел доброволно уреждане на спорове между производители и търговци на храни за спазването на добрите практики и неприлагането на нелоялни търговски практики.

Съгласно § 11 ЗИДЗЗК, в 6-месечен срок от влизането в сила на закона през 2015г., договорите за продажба на храни, сключени до влизането му в сила, трябваше да се приведат в съответствие с изискванията на чл.19 ЗХр. Може да се приеме, че при неизпълнение на това задължение в срок, ще намери приложение правилото на чл.19, ал.2 ЗХр и ще настъпи нищожност на забранените клаузи.

В заключение може да се отбележи, че за изминалия период, през който въведените забрани се прилагат, КЗК не е образувала значителен брой преписки за такива нарушения. Това би било добър знак, ако се дължи на обстоятелството, че предприятията са съобразили поведението си с новите правила.

¹⁰ Срокът е двойно по-кратък от установения в чл.30За, ал.1 ТЗ 60-дневен максимален срок.

