

II

(Известия)

ИЗВЕСТИЯ ОТ ИНСТИТУЦИИТЕ И ОРГАНИТЕ НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ

КОМИСИЯ

Съобщение на комисията — Насоки за приоритетите на Комисията по прилагането на член 82 от Договора за ЕО в областта на злоупотребата с практики на отстраняване на конкуренти, наложени от предприятия с господстващо положение

(текст от значение за ЕИП)

(2009/С 45/02)

I. ВЪВЕДЕНИЕ

1. Член 82 от Договора за създаването на Европейската общност („член 82“) забранява злоупотребата с господстващо положение. В съответствие със съдебната практика самото господстващо положение на едно предприятие не е незаконно и такова господстващо предприятие има право да се конкурира според способностите си. Въпреки това въпросното предприятие носи специална отговорност да не допуска поведението му да вреди на действително функциониращата конкуренция на общия пазар. Член 82 е правното основание за изключително важен елемент от политиката на конкуренция и ефективното му прилагане спомага за по-доброто функциониране на пазарите в полза на потребителите и деловите среди. Това е особено важно в контекста на по-широкообхватната цел за постигането на интегриран вътрешен пазар.

II ЦЕЛ НА НАСТОЯЩИЯ ДОКУМЕНТ

2. Настоящият документ излага приоритетите, които ще направляват действията на Комисията по прилагането на член 82 в областта на практиките за отстраняване на конкуренти, използвани от господстващи предприятия. Наред с конкретните решения на Комисията за правоприлагане, неговото предназначение е да внесе по-голяма яснота и предвидимост относно общата рамка за анализ, с която Комисията си служи, когато решава дали да разследва случаи на различни видове практики на отстраняване на конкуренти и да помогне на предприятията по-добре да оценят дали определено поведение може да доведе до намесата на Комисията съгласно член 82.

3. Настоящият документ няма за цел да бъде правно твърдение и не засяга тълкуването на член 82 от Съда или Първоинстанционния съд на Европейските общности. Освен това общата рамка, изложена в настоящия документ, се

прилага без да накърнява правото на Комисията да отхвърли жалба, когато счете, че случаят не е приоритетен на основание липса на интерес за Общността.

4. Член 82 се прилага към предприятия, които имат господстващо положение на един или повече разглеждани пазара. В такова положение могат да бъдат едно (единично господство) или две или повече предприятия (колективно господство). Настоящият документ се отнася единствено до злоупотреби, извършени от предприятие в единично господстващо положение.

5. При прилагането на член 82 към практиките на отстраняване на конкуренти, използвани от господстващи предприятия, Комисията ще се съсредоточи върху най-вредните за потребителите прояви. Ползите за потребителите от конкуренцията са по-ниски цени, по-добро качество и по-богат избор на нови или усъвършенствани стоки и услуги. По тази причина Комисията ще насочи дейностите си по правоприлагането към гарантиране, че пазарите функционират правилно и че потребителите се възползват от ефективността и продуктивността, до които води действителната конкуренция между предприятията.

6. Акцентът в дейността на Комисията по правоприлагането във връзка с практиките на отстраняване на конкуренти се поставя върху опазването на конкурентния процес на вътрешния пазар и гарантирането, че предприятията в господстващо положение не отстраняват конкурентите си с други средства, освен с качеството на продуктите и услугите, които предлагат. Това показва, че Комисията съзнава, че най-важното е да се защити действителният конкурентен процес, а не просто конкурентите. Това може да означава, че конкурентите, които предлагат на потребителите по-ниско качество, по-ограничен избор и по-малко нововъведения, ще напуснат пазара.

7. Практики, чрез които пряко се експлоатират потребителите, например налагането на прекалено висока цена или някоя прояви, които подкопават усилията за постигането на интегриран вътрешен пазар, също има вероятност да нарушат член 82. Комисията може да реши да се намеси във връзка с подобна практика, особено когато защитата на потребителите и правилното функциониране на вътрешния пазар не могат да бъдат осигурени с други средства. За целите на предоставянето на насоки за своите приоритети по правоприлагането Комисията се ограничава на този етап с практиките на отстраняване на конкуренти, и в частност някои особени практики на отстраняване на конкуренти, които според опита ѝ се оказват много разпространени.
8. При прилагането на общите принципи на правоприлагане, изложени в настоящото съобщение, Комисията ще вземе под внимание конкретните факти и обстоятелства на всеки отделен случай. Например в случай на регулирани пазари, при оформянето на своята оценка, Комисията ще вземе под внимание специфичната регулаторна среда ⁽¹⁾. Следователно Комисията може да приспособи подхода, изложен в настоящото съобщение, в степен, в която това се окаже основателно и уместно в дадения случай.

III ОБЩ ПОДХОД КЪМ ПРАКТИКИТЕ НА ОТСТРАНЯВАНЕ НА КОНКУРЕНТИ

A. Пазарна мощ

9. Първата стъпка при прилагането на член 82 е да се прецени дали едно предприятие се намира в господстващо положение и каква е степента на неговата пазарна мощ. Според съдебната практика господстващото положение предоставя специална отговорност на съответното предприятие, чийто обхват трябва да се преценява според специфичните обстоятелства на всеки случай ⁽²⁾.
10. В общностното право господстващото положение се определя като положение на икономическа мощ, с което се ползва дадено предприятие, което му позволява да възпрепятства поддържането на действителната конкуренция на съответния пазар, като му дава възможност да се държи до голяма степен независимо от своите конкуренти, клиенти и в крайна сметка потребителите ⁽³⁾. Понятието „независимост“ е свързано със степента на конкурентен натиск, упражнен върху въпросното предприятие. Господството предполага, че този конкурентен натиск не е достатъчно ефективен и поради това въпросното предприятие се ползва със съществена пазарна мощ през определен период от време. Това означава, че решенията на предприятието до голяма степен не се съобразяват с действията и реакциите на

конкурентите, клиентите и най-вече потребителите. Комисията може да приеме, че ефективният конкурентен натиск не е налице дори и при наличието на известна настояща или потенциална конкуренция ⁽⁴⁾. По принцип господстващото положение произтича от комбинация от няколко фактора, които взети поотделно, не са непременно решаващи ⁽⁵⁾.

11. Комисията счита, че предприятие, което е в състояние да увеличава по рентабилен начин цените си за значителен период от време над нивото на конкуренцията, не среща достатъчно ефективен конкурентен натиск и поради това обикновено може да бъде разглеждано като господстващо ⁽⁶⁾. В настоящото съобщение изразът „увеличение на цените“ включва способността да се задържат цените над нивото на конкуренцията и се използва като събирателно понятие за различните начини, по които може да се въздейства на параметрите на конкуренцията като цени, производствени обеми, нововъведения, разнообразие и качество на стоките, в полза на господстващото предприятие и в ущърб на потребителите ⁽⁷⁾.
12. Оценката на господството ще вземе под внимание конкурентната структура на пазара и особено следните фактори:

— натиск, оказан от съществуващите доставки от настоящите конкуренти и тяхното пазарно положение (пазарното положение на господстващото предприятие и неговите конкуренти),

— натиск, оказан от реална заплаха от бъдещо разрастване на настоящите или навлизането на нови конкуренти (разрастване и навлизане),

— натиск, оказан от клиентите на предприятието благодарение на мощта им при договаряне на условия (уравновесяваща покупателна мощ).

a) Пазарно положение на господстващото предприятие и неговите конкуренти

13. Чрез пазарния дял Комисията придобива полезна първоначална представа за пазарната структура и за относителната важност на различните предприятия, развиващи дейност на пазара ⁽⁸⁾. Комисията обаче ще тълкува пазарните дялове с

⁽⁴⁾ Вж. дело 27/76, *United Brands Company* и *United Brands Contintinentaal/Комисията* [1978] Recueil 207, параграфи 113-121; дело T-395/94 *Atlantic Container Line* и *други/Комисията* [2002] Recueil II-875, параграф 330.

⁽⁵⁾ Дело 27/76, *United Brands Company* и *United Brands Contintinentaal/Комисията* [1978] Recueil 207, параграфи 65 и 66; дело C-250/92 *Göttrup-Klim e.a. Grovwareforeninger/Dansk Landbrugs Grovvarerelskab* [1994] Recueil I-5641, параграф 47; дело T-30/89 *Hilti/Комисията* [1991] Recueil II-1439, параграф 90.

⁽⁶⁾ Пролъжителността на значителния период ще зависи от продукта и условията на въпросния пазар, но обикновено две години са достатъчни.

⁽⁷⁾ Счетоводната рентабилност може да се окаже неподходящ показател за упражняването на пазарна мощ. По този въпрос вж. дело 27/76 *United Brands Company* и *United Brands Contintinentaal/Комисията* [1978] Recueil 207, параграф 126.

⁽⁸⁾ Дело 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co/Комисията* [1979], Recueil 461, параграфи 39-41; дело C-62/86 *AKZO/Комисията* [1991] Recueil I-3359, параграф 60; дело T-30/89 *Hilti/Комисията* [1991] Recueil II-1439, параграфи 90-92; дело T-340/03 *France Télécom/Комисията* [2007] Сборник II-107, параграф 100.

⁽¹⁾ Вж. например параграф 82.

⁽²⁾ Дело 322/81 *Nederlandsche Banden Industrie Michelin (Michelin I)/Комисията* [1983] Recueil 3461, параграф 57; дело T-83/91 *Tetra Pak/Комисията (Tetra Pak II)* [1993] Recueil II-755, параграф 114; дело T-111/96 *PT Promedia/Комисията* [1998] Recueil II-2937, точка 139; дело T-228/97 *Irish Sugar/Комисията* [1999] Recueil II-2969, параграф 112 и дело T-203/01, *Michelin/Комисията (Michelin II)*, [2003] Recueil II-4071, параграф 97.

⁽³⁾ Вж. дело 27/76 *United Brands Company* и *United Brands Contintinentaal/Комисията* [1978] Recueil 207, параграф 65; дело 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co./Комисията* [1979] Recueil 461, параграф 38.

оглед на съответните пазарни условия и в частност на пазарната динамика и степента, до която продуктите са диференцирани. При силно променливи пазари или при пазари, функциониращи на тръжен принцип, тенденциите или развитието на пазарните дялове във времето могат също да бъдат взети под внимание.

14. Комисията счита, че малките пазарни дялове обикновено са добър показател за липса на съществена пазарна мощ. Опитът на Комисията показва, че ако пазарният дял на едно предприятие е под 40 % от съответния пазар, малко вероятно е предприятието да се намира в господстващо положение. В някои особени случаи е възможно обаче, дори и под този праг, конкурентите да не са в състояние да оказват натиск върху поведението на господстващото предприятие, когато например не им достигат производствени мощности. Такива случаи също могат да заслужават Комисията да им обърне внимание.

15. Опитът показва, че колкото по-голям е пазарният дял и колкото по-дълъг е периодът, в който той е задържан, толкова по-вероятно е това да съставлява важен предварителен признак за наличието на господстващо положение и, при някои обстоятелства, за вероятни сериозни последиствия от злоупотребата с него, което оправдава намесата на Комисията в съответствие с член 82 ⁽¹⁾. Като общо правило обаче Комисията няма да вземе окончателно решение дали да разследва даден случай, без да разгледа всички фактори, които могат да са достатъчни за оказване на натиск върху поведението на предприятието.

б) *Разрастване или навлизане*

16. Конкуренцията е динамичен процес и оценката на конкурентния натиск върху едно предприятие не може да се основава единствено на съществуващата пазарна ситуация. Вероятният ефект от разрастването на настоящите или навлизането на потенциални конкуренти, включително и заплахата от такова разрастване или навлизане, също са от значение. Едно предприятие може да се откаже от увеличаване на цените, ако разрастването или навлизането са възможни, своевременни и достатъчни. За да бъдат приети за възможни от Комисията, разрастването или навлизането трябва да са достатъчно доходни за конкурента или навлизащото предприятие, като се вземат под внимание фактори като препятствията пред разрастването или навлизането, вероятните реакции на господстващото предприятие и други конкуренти, както и рисковете и цената на един провал. За да бъдат приети за своевременни, разрастването или навлизането трябва да са достатъчно бързи, за да осуетят или преустановят упражняването на съществена пазарна мощ. За да бъдат приети за достатъчни, разрастването или навлизането не могат да са маломасабни, например на ниво пазарна ниша, а трябва да са от такава величина, че да осуетят всякакви опити за увеличение на цените от страна на предполагаемото господстващо предприятие на съответния пазар.

⁽¹⁾ Що се отнася до взаимовръзката между степента на господство и разкритията за злоупотреба, вж. обединени дела С-395/96 Р и С-396/96 Р *Compagnie Maritime Belge Transports, Compagnie Maritime Belge и Daifra-Lines/Комисията* [2000] Recueil I-1365, параграф 119; дело Т-228/97 *Irish Sugar/Комисията* [1999] Recueil II-2969, параграф 186.

17. Препятствията пред разрастването или навлизането на пазара могат да са под различни форми. Те могат да бъдат от правен характер, като тарифи и квоти, или могат да са под формата на предимства, от които се ползва точно господстващото предприятие, като икономии на мащаба и обхвата, привилегирован достъп до основни производствени ресурси или природни ресурси, важни технологии ⁽²⁾ или изградени дистрибуционни канали или търговска мрежа ⁽³⁾. Възможно е също да включват разходи или други спънки, произтичащи например от мрежови ефекти, възникнали при преминаването на клиентите към друг доставчик. Действията на самото господстващо предприятие също могат да създадат препятствия за навлизането, например при осъществяването на значителни инвестиции, които навлизащите предприятия или конкуренти трябва да достигнат ⁽⁴⁾ или при сключването на дългосрочни договори с блокиращи за клиентите ефекти. Неизменно големият пазарен дял може да бъде признак за наличието на препятствия за навлизането и разрастването.

в) *Уравновесяваща покупателна мощ*

18. Конкурентният натиск може да бъде упражнен не само от настоящи или потенциални конкуренти, но също и от клиентите. Дори и предприятие с голям пазарен дял може да не е в състояние да действа до голяма степен независимо от клиентите с достатъчна мощ при договарянето на условия ⁽⁵⁾. Подобна уравновесяваща покупателна мощ може да произтича от големината на клиентите или търговска им важност за господстващото предприятие и тяхната способност бързо да преминават към конкурентен доставчик, от способността им да насърчават появата на нови доставчици или на вертикална интеграция, или от това, дали заплахите им да предприемат тези действия са правдоподобни. Ако уравновесяващата покупателна мощ е от достатъчно голяма величина, това може да възпрепятства или осуети опитите на господстващото предприятие да увеличи цените си по рентабилен начин. Покупателната мощ обаче може да не бъде сметена за достатъчно ефективен конкурентен натиск, ако осигурява защита срещу пазарната мощ на господстващото предприятие единствено за определен или ограничен брой клиенти.

Б. Препятстване, нанасящо вреда на потребителите („антиконкурентно препятстване“)

19. Целта на дейността на Комисията по правоприлагането, свързана с практиките на отстраняване на конкуренти, е да гарантира, че господстващите предприятия не разстройват ефективната конкуренция чрез препятстване на своите конкуренти по антиконкурентен начин, което води до отрицателно въздействие върху благосъстоянието на

⁽²⁾ Дело Т-30/89 *Hilti/Комисията* [1991] Recueil II-1439, параграф 19.

⁽³⁾ Дело 85/76 *Hoffmann-La Roche/Комисията* [1979] Recueil 461, параграф 48.

⁽⁴⁾ Дело 27/76 *United Brands/Комисията* [1978], Recueil 207, параграф 91.

⁽⁵⁾ Вж. дело Т-228/97 *Irish Sugar/Комисията* [1999] Recueil II-2969, параграфи 97-104, в което Първоинстанционният съд разглежда дали на предполагаемото отсъствие на независимост на предприятието спрямо неговите клиенти трябва да се гледа като изключително обстоятелство, поради което не може да се установи господстващо положение въпреки факта, че предприятието реализира над 90 % от продажбите, регистрирани на промишления пазар на захар в Ирландия.

потребителите, независимо дали това се изразява в по-високи цени от тези, които биха преобладавали в обратния случай или в други форми като понижаване на качеството или ограничаване на избора за потребителите. В този документ изразът „антиконкурентно препятстване“ се използва, за да се опише положение, при което ефективният достъп на настоящи или потенциални конкуренти до доставчици или пазари е възпрепятстван или затворен в резултат на действията на господстващото предприятие, което вероятно го прави способно да увеличава по рентабилен начин цените ⁽¹⁾ си в ущърб на потребителите. Установяването на възможна вреда за потребителите може да се базира на качествени, и когато това е възможно и уместно, и на количествени доказателства. Комисията ще се заеме с такова антиконкурентно препятстване на междинно или на ниво крайни потребители, или и на двете нива ⁽²⁾.

20. Обикновено Комисията се наемва по силата на член 82 въз основа на състоятелни и убедителни доказателства, когато е вероятно предполагаемата злоупотреба с господстващо положение да доведе до антиконкурентно препятстване. За изготвянето на подобна оценка Комисията обикновено приема, че от значение са следните фактори:

- *положението на господстващото предприятие*: обикновено колкото по-силно е господстващото положение, толкова по-голяма е вероятността опитите за запазването му да доведат до антиконкурентно препятстване,
- *условията на съответния пазар*: това включва условията за навлизане и разрастване като например наличието на икономии на мащаб и/или обхвата и мрежови ефекти. Икономии на мащаб означават, че е по-малко вероятно конкурентите да навлязат или да останат на пазара, ако доминиращото предприятие блокира значителна част от съответния пазар. По същия начин поведението може да позволи на предприятието да дезорганизира пазар с мрежови ефекти в своя полза или допълнително да укрепи позициите си на такъв пазар. Също така, ако препятствията пред навлизането нагоре и/или надолу по веригата са значителни, преодоляването на вероятно препятстване чрез вертикална интеграция може да се окаже непосилно скъпо за конкурентите,
- *положение на конкурентите на господстващото предприятие*: това включва важността на конкурентите за поддържането на ефективната конкуренция. Даден конкурент може да играе съществена роля за конкуренцията дори и ако има малък пазарен дял в сравнение с други конкуренти. Възможно е например да е най-близък до господстващото предприятие, да е особено иновативен конкурент или да се ползва с име на редовно намаляващ цените. Въз основа на наличната информация и ако случаят го позволява, в оценката си Комисията може да разгледа наличието на реалистични, ефективни

и своевременни контрастратегии, които конкурентите е възможно да приложат,

- *положението на клиентите или доставчиците на производствени ресурси*: това може да включва анализа на вероятната селективност на въпросната практика. Господстващото предприятие може да я прилага само към подбрани клиенти или доставчици на производствени ресурси, които може да са от особено значение за навлизането или разрастването на конкурентите, като по този начин се засилва вероятността от антиконкурентно препятстване ⁽³⁾. В случая с клиентите, те могат например да са сред тези, за които има най-голяма вероятност да отговорят на оферти от алтернативни доставчици, да предлагат особени схеми за разпространение на продукта, което да е удачно за новонавлизащи предприятия, могат да се намират в добре разположен за същите предприятия географски район или биха могли да повлияят на поведението на други клиенти. В случая с доставчиците на производствени ресурси, тези с които господстващото предприятие е подписало изключителни споразумения за доставки, могат да се окажат с най-голяма вероятност да отговорят на търсенето от страна на конкурентите на господстващото предприятие надолу по веригата или могат да произведат вид продукт или производството им да е на място, които са особено удачни за новонавлизащи предприятия. Всички стратегии на разположение на клиентите или доставчиците на производствени ресурси, които могат да им помогнат в противопоставянето на доминиращото предприятие, също ще бъдат разглеждани,
- *степенна на предполагаемата злоупотреба*: обикновено колкото по-висок е процентът от общите продажби на засегнатия от практиката съответен пазар, колкото по-продължителна е тя и колкото по-често се прибягва до нея, толкова по-силен е ефектът от вероятното препятстване,
- *вероятни доказателства за действително препятстване*: ако практиката е била прилагана през достатъчно дълъг период от време, от пазарните резултати на господстващото предприятие и на неговите конкуренти могат да се намерят преки доказателства за антиконкурентно препятстване. По причини, които могат да бъдат приписани на предполагаемата злоупотреба с господстващото положение, пазарният дял на господстващото предприятие може да е нараснал или да е забавен неговият спад. По подобни причини настоящите конкуренти може да са изолирани или да са се оттеглили или потенциални конкуренти да се провалили в опита си да навлязат на пазара,
- *преки доказателства за стратегия за отстраняване на конкуренти*: това включва вътрешни документи, които съдържат преки доказателства за стратегия за отстраняване на конкуренти, като подробни планове за впускането в определена практика с цел отстраняването на конкурент, за възпрепятстване на навлизането или за осуетяване на възникването на пазар или доказателства за конкретна заплаха от действия за отстраняване на конкуренти. Такива преки доказателства могат да са полезни за тълкуването на поведението на господстващото предприятие.

⁽¹⁾ За значението на израза „увеличение на цените“ вж. параграф 11.

⁽²⁾ Понятието „потребители“ включва всички преки и косвени ползватели на засегнатия от практиката продукт, включително и междинни производители, които ползват продуктите като производствен ресурс, както и дистрибуторите и крайните потребители както на прекия продукт, така и на продуктите доставени от междинните производители. Когато междинните производители са настоящи или потенциални конкуренти на господстващото предприятие, оценката се съсредоточава върху ефектите от практиката върху потребителите по-надолу по веригата.

⁽³⁾ Дело T-228/97 *Irish Sugar/Комисията* [1999] Recueil II-2969, параграф 188.

21. Когато разследва даден случай, Комисията анализира общите фактори, посочени в параграф 20, наред с по-специфичните фактори, описани по-долу в разделите, посветени на някои видове практики за отстраняване, както и всеки друг фактор, който може да сметне за необходим. Обикновено оценката се прави като се сравняват настоящо или вероятно бъдещо положение на съответния пазар (на който вече е наложена практиката на господстващото предприятие) със съпоставителен сценарий, в който въпросната практика липсва или с друг реалистичен алтернативен сценарий, отнасящ се до установената делова практика.
22. При някои обстоятелства може да не е необходимо Комисията да прави подробна оценка, за да заключи, че въпросната практика е в състояние да навреди на потребителите. Ако се окаже, че практиката просто поставя препятствия пред конкуренцията без да създава ефективност, антиконкурентният ефект може да бъде предположен. Това например може да е така, когато господстващото предприятие не позволява на клиентите си да изпробват продуктите на конкуренцията или предлага финансови стимули на своите клиенти, при условие че те не изпробват тези продукти, или платят на дистрибутори или клиенти, за да забавят въвеждането на продуктите на конкурентите.

В. Практики на отстраняване на конкуренти, основани на цените

23. Съображенията в параграфи 23-27 важат за практики за отстраняване на конкуренти, основани на цените. Острата ценова конкуренция обикновено е от полза за потребителите. С оглед избягването на антиконкурентно препятстване Комисията обикновено се намесва, единствено когато разглежданата практика е в състояние или вече е възпрепятствала конкуренцията с предприятия, които се считат за толкова ефикасни, колкото и господстващото предприятие ⁽¹⁾.
24. Комисията обаче признава, че при някои обстоятелства по-малко ефикасен конкурент също може да упражни натиск, който трябва да бъде взет под внимание, когато се преценява дали определена практика, основана на цените, води до антиконкурентно препятстване. Комисията ще подходи гъвкаво към този натиск, тъй като при липсата на злоупотреба, такъв конкурент може да се възползва от свързаните с търсенето предимства като придобиването на опит и мрежовите ефекти, което ще засили неговата ефикасност.
25. За да определи дали дори и един хипотетичен, равностоен по ефикасност конкурент може да бъде блокиран от господстващото предприятие, Комисията ще провери икономическите данни, свързани с разходите и продажните цени, и

най-вече дали господстващото предприятие предлага цени, които не покриват разходите. Това изисква наличието на достатъчно достоверни данни. Ако бъде набавена, Комисията ще използва информация за разходите на самото господстващо предприятие. При липсата на достоверна информация за тези разходи Комисията може да реши да използва данни за разходите на конкурентите или други сравними достоверни данни.

26. Като база за сравнение Комисията вероятно ще използва средните избжими разходи (СИР) или средните дългосрочни пределни разходи (СДПР) ⁽²⁾. Непокриването на СИР показва, че в краткосрочен план господстващото предприятие жертва печалбата си и че един равностоен по ефикасност конкурент не може да обслужи целевите клиенти без да е на загуба. Обикновено СДПР надвишават СИР, защото за разлика от СИР (които включват единствено постоянните разходи, ако са възникнали през периода на разследване), СДПР включват свойствени за стоката постоянни разходи, направени преди периода, през който се е състояла предполагаемата злоупотреба. Непокриването на СДПР показва, че при производството на въпросната стока или извършването на услугата господстващото предприятие не възстановява всички (възникнали във връзка с това) постоянни разходи и че равностоен по ефикасност конкурент може да не бъде допуснат до пазара ⁽³⁾.

27. Ако данните недвусмислено показват, че равностоен по ефикасност конкурент може ефективно да се съревновава с ценовата политика на господстващото предприятие, по принцип Комисията заключава, че ценовата политика на господстващото предприятие не е в състояние да произведе вредно въздействие за ефективната конкуренция и следователно за потребителите, и е слабо вероятно тя да се намеси. Ако, напротив, данните показват, че исканата от господстващото предприятие цена има потенциала да блокира равностойни по ефикасност конкуренти, Комисията ще включи този факт в общата оценка на антиконкурентното препятстване (вж. раздел Б по-горе), като вземе под внимание други съответстващи количествени и/или качествени доказателства.

⁽¹⁾ Дело 62/86 AKZO *Chemie/Комисията* [1991] Recueil I-3359, параграф 72; относно цените под средните общи разходи (СОР) Съдът на Европейските общности се произнесе по следния начин: „Такива цени могат да отстранят от пазара предприятия, които са може би толкова ефикасни, колкото и господстващото предприятие, но които поради по-малките си финансови възможности не са в състояние да се противопоставят на организираната срещу тях конкуренция“. Вж. също Решение от 10 април 2008 г. по дело T-271/03 *Deutsche Telekom/Комисията*, все още непубликувано, параграф 194.

⁽²⁾ Средните избжими разходи са средните разходи, които биха могли да бъдат избегнати, ако предприятието не беше произвело отделен обем (допълнителен) краен продукт, в случая обемът, който е обект на злоупотребата. В повечето случаи СИР и средните променливи разходи (СПР) ще са еднакви, тъй като често само променливите разходи могат да бъдат избегнати. Средните дългосрочни пределни разходи са всички (променливи и постоянни) разходи, които възникват за едно предприятие в процеса на производство на даден продукт. СДПР и средните общи разходи (СОР) са удобни за съпоставяне един спрямо друг и са еднакви, когато предприятията произвеждат само един продукт. Когато предприятията произвеждат повече от един продукт и са достигнали до икономии на обхвата, СДПР биха били под СОР за всеки отделен продукт, тъй като общите разходи не се взимат под внимание за СДПР. За предприятията, произвеждащи повече от един продукт, всички разходи, които биха могли да бъдат избегнати, ако не се произвежда определен продукт или гама, не се считат за общи разходи. Когато общите разходи са значителни, може да се наложи да бъдат взети под внимание за оценяването на способността да се блокират равностойни по ефикасност конкуренти.

⁽³⁾ За да бъде използвана тази база за сравнение на разходите, може да е необходимо да се разгледат в по-широк контекст приходите и разходите на господстващото предприятие и неговите конкуренти. Оценката на това дали цената или приходите покриват разходите може да е недостатъчна и да се наложи да се анализират пределните приходи, в случай че дейността на господстващото предприятие се отразяват отрицателно на неговите приходи от други пазари или стоки. По същия начин в случай на двустранни пазари може да е необходимо да се разгледат едновременно приходите и разходите на двете страни.

Г. Обективна необходимост и икономическа ефективност

28. При прилагането на член 82 Комисията също ще разглежда жалби, подадени от господстващи предприятия, според които тяхното поведение е оправдано ⁽¹⁾. Господстващо предприятие може да постъпи по този начин, като докаже, че поведението му е обективно необходимо, или че то води до съществена ефективност, която компенсира антиконкурентните ефекти за потребителите. В този контекст Комисията ще прецени дали въпросното поведение е необходимо и съразмерно с предполагаемата цел, която си е поставило господстващото предприятие.
29. На въпроса дали поведението е обективно необходимо и съразмерно трябва да се отговори въз основа на външни за господстващото предприятие фактори. Например по съображения за безопасност и здравеопазване, свързани с естеството на въпросния продукт, практиката на отстраняване на конкуренти може да бъде сметена за обективно необходима. При представянето на доказателството за обективната необходимост от такъв вид практика обаче трябва да се има предвид, че задачата за определянето и спазването на нормите за обществено здравеопазване и безопасност се пада на обществените органи. Не е работа на господстващото предприятие да поема собствени инициативи за изключването на продукти, които счита, основателно или не, за опасни или по-низши от неговия собствен продукт ⁽²⁾.
30. Комисията приема също, че господстващото предприятие може да защити практиката си, водеща до отстраняване на конкуренти на основание на ефективността, която е достатъчна, за да гарантира, че е малко вероятно да възникне нетна вреда за потребителите. В този контекст от господстващото предприятие обикновено се очаква да докаже с достатъчна степен на вероятност и въз основа на проверяеми доказателства, че едновременно са изпълнени следните условия ⁽³⁾:

- ефективността е била или вероятно ще бъде постигната вследствие на практиката. Например тя може да включва технически подобрения или намаляването на производствените разходи и разходите за разпространение,
- практиката е необходима за постигането на тази ефективност: практиката не трябва да има алтернативи, които са по-малко антиконкурентни от нея, и които са в състояние да достигнат същата ефективност,

⁽¹⁾ Вж. дело 27/76 *United Brands/Комисията* [1978] Recueil 207, параграф 184; дело 311/84, *Centre belge d'études de marché-Télémarketing (CBEM) CLT/Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) и Information Publicité Benelux (IPB)* [1985] Recueil 3261, параграф 27; дело T-30/89 *Hilti/Комисията* [1991] Recueil II-1439, параграфи 102-119; дело T-83/91 *Tetra Pak International/Комисията (Tetra Pak II)* [1994] Recueil II-755, параграфи 136 и 207; дело C-95/04 P *British Airways/Комисията* [2007] Сборник I-2331, параграфи 69 и 86.

⁽²⁾ Вж. например дело T-30/89 *Hilti/Комисията* [1991] Recueil II-1439, параграфи 118-119; дело T-83/91 *Tetra Pak International/Комисията (Tetra Pak II)* [1994] Recueil II-755, параграфи 83, 84 и 138.

⁽³⁾ Вж. в различния контекст на член 81, Съобщение на Комисията — Насоки за прилагане на член 81, параграф 3 от Договора (ОВ С 101, 27.4.2004, стр. 97).

— вероятната ефективност, постигната практиката, компенсира вероятните отрицателни ефекти за конкуренцията и благосъстоянието на потребителите на засегнатия пазар,

— практиката не премахва ефективната конкуренция чрез отстраняване на настоящата или потенциална конкуренция. Съперничеството между предприятията е основен двигател за икономическата ефективност, включително и динамичната ефективност под формата на нововъведения. При липсата на такова, за господстващото предприятие няма да достигат адекватни стимули, за да продължи творческата си дейност и подобряването на ефективността. Когато липсва остатъчна конкуренция или обозрима заплаха от навлизане, защитата на съперничеството и конкурентния процес взима превес над възможното подобрене на ефективността. Становището на Комисията е, че практика на отстраняване на конкурентите, която поддържа, създава или засилва позиция близка до монополната, обикновено не може да бъде оправдана на основание, че подобрява ефективността.

31. Представянето на всички доказателства за това, че практиката е обективно обоснована, е задължение на господстващото предприятие. Въз основа на сравняването на всички явни антиконкурентни ефекти с всяка предполагаема или доказана ефективност, на Комисията се пада да прецени в крайна сметка дали съответната практика е обективно необходима и дали е възможно да доведе до вреда за потребителите.

IV СПЕЦИФИЧНИ ВИДОВЕ ЗЛОУПОТРЕБИ

А. Изключителни търговски споразумения

32. Господстващото предприятие може да се опита да отстрани конкурентите си като ги възпрепятства да продават на клиенти чрез използването на изключителни задължения за покупка или отстъпки, наречени заедно изключителни търговски споразумения ⁽⁴⁾. Този раздел излага най-вероятните обстоятелства, при които Комисията може да се намеси във връзка с изключителните търговски споразумения, сключени с господстващи предприятия.

а) Споразумения за изключителни покупки

33. Задължението за изключителни покупки налага на даден клиент на определен пазар да купува изключително или до голяма степен само от господстващото предприятие. Някои

⁽⁴⁾ Понятието „изключителни търговски споразумения“ включва също задължения за изключителни доставки или стимули със същия ефект, чрез които господстващото предприятие блокира конкурентите си, като ги възпрепятства да купуват от същите доставчици. Комисията счита, че такова препятстване на достъпа до производствени ресурси по принцип се превръща в антиконкурентно препятстване, ако задълженията за изключителни доставки или стимули обвързват повечето от ефикасните доставчици на производствени ресурси и клиентите, които се конкурират с господстващото предприятие, са неспособни да намерят алтернативни ефикасни доставчици на производствени ресурси.

други задължения като изискването за складова наличност, което привидно не влиза в изключителното задължение за покупка, могат в действителност да доведат до същия резултат ⁽¹⁾.

34. За да бъдат убедени клиентите да приемат изключителни покупки, господстващото предприятие може да трябва да ги компенсира изцяло или отчасти за конкурентната загуба вследствие на изключителността. Когато се отпуска такава компенсация, приемането на задължението за изключителни покупки от господстващото предприятие може да е в частния интерес на клиента. Но би било погрешно от това автоматично да се заключи, че взети заедно всички задължения за изключителни покупки са ползотворни за клиентите като цяло, включително и тези, които понастоящем на купуват от господстващото предприятие, и за крайните потребители. Комисията ще съсредоточи вниманието си върху случаите, в които е вероятно потребителите като цяло да не извлекат никакви ползи. Това ще важи особено за случаите, в които има много клиенти със изключителни задължения за покупки от господстващото предприятие и чийто събирателен ефект е възпрепятстването на разрастването или навлизането на конкуриращи предприятия.

35. Като допълнение към факторите, споменати в параграф 20, обикновено следните фактори са от особено значение, когато Комисията решава да се намери във връзка със споразуменията за изключителни покупки.

36. Възможността споразуменията за изключителни покупки да доведат до антиконкурентно препятстване възниква особено, когато без задълженията се оказва силен конкурентен натиск от конкурентните предприятия, които или не са на пазара към момента на сключването на споразуменията, или които не са в състояние да се преборят за цялостно снабдяване на клиентите. Възможно е конкурентите да не са в състояние да се съревновават за цялостните нужди на определен клиент, защото господстващото предприятие е неизбежен търговски партньор поне за част от пазара, например защото марката му е „задължителна складова наличност“, предпочитана от многобройни крайни потребители или защото производствените мощности на другите доставчици са такива, че част от търсенето може да бъде задоволено единствено от господстващия доставчик ⁽²⁾. Ако конкурентите могат да се съревновават при равни условия за цялостните нужди на всеки отделен клиент, изключителните задължения за покупки обикновено не могат да възпрепятстват ефективната конкуренция, освен ако преминаването към друг доставчик е трудно, поради продължителността на изключителните задължения за покупки. Обикновено колкото по-продължително е задължението, толкова по-силен е вероятният блокиращ ефект. Ако обаче господстващото предприятие е неизбежен търговски партньор за всички или повечето клиенти, дори и краткотрайни изключителните задължения за покупки могат да доведат до антиконкурентно препятстване.

⁽¹⁾ Дело T-65/98 *Van den Bergh Foods/Commission* [2003] Recueil II-4653. По това дело бе счетено, че задължението за ползване на хладилните шкафове единствено за продуктите на господстващото предприятие, е довело до изключителност на търговския обект.

⁽²⁾ Дело T-65/98 *Van den Bergh Foods/Commission* [2003] Recueil II-4653, параграфи 104 и 156.

б) Условни отстъпки

37. Условните отстъпки се отпускат на клиентите като възнаграждение за особени форми на покупателно поведение. Условните отстъпки обикновено представляват отстъпки за покупки, направени през даден период от време, и които надхвърлят определен обем, като отстъпката се получава или за всички покупки (отстъпки със задна дата) или само за тези, които са над задължителния обем (прогресивни отстъпки). Условните отстъпки не са рядко срещани. Предприятията могат да предложат такива отстъпки, за да привлекат по-голямо търсене и по този начин те могат да го стимулират и да са от полза за потребителите. Когато такива отстъпки са направени от господстващо предприятие обаче, те могат да имат действителен или потенциален блокиращ ефект, близък до задълженията за изключителни покупки. Условните отстъпки могат да произведат такива ефекти без това непременно да води до жертване за господстващото предприятие ⁽³⁾.

38. Като допълнение към факторите, споменати в параграф 20, следните фактори са от особено значение, когато Комисията определя дали дадена схема от условни отстъпки е отговорна за антиконкурентно препятстване и следователно ще бъдат част от приоритетите на Комисията по правоприлагането.

39. Както и при задълженията за изключителни покупки, вероятността от антиконкурентно препятстване е по-голяма, когато конкурентите не се съревновават при равни условия за цялостните нужди на всеки отделен клиент. Условните отстъпки, направени от господстващото предприятие могат да му позволят да използва „неуязвимата“ част от нуждите на всеки клиент (т.е. обемът, който така или иначе ще бъде закупен от господстващото предприятие) като средство за намаляване на цените на „уязвимата“ част от нуждите (т.е. обемът, за който клиентът може да предпочете и да е в състояние да намери заместители) ⁽⁴⁾.

40. Казано най-общо отстъпките със задна дата могат значително да блокират пазара, тъй като за клиентите може да не е изгодно да прехвърлят малки обеми от нуждите си към алтернативен доставчик, ако това води до загуба на отстъпките със задна дата ⁽⁵⁾. По принцип блокиращият ефект от отстъпките със задна дата е по-силен за последната закупена единица преди надхвърлянето на задължителния обем. В становището на Комисията обаче това, което е от значение за оценката на засилването на ефекта на зависимост от отстъпката, е не само подтикването на конкуренцията да произведе последната бройка, а блокиращият ефект от схемата на отстъпки върху конкурентите (настоящи или

⁽³⁾ В това отношение оценката на условните отстъпки се различава от тази на хищничеството, което винаги предполага жертване.

⁽⁴⁾ Вж. дело T-203/01 *Michelin/Komnucyama (Michelin II)* [2003] Recueil II-4071, параграфи 162 и 163. Вж. също дело T-219/99, *British Airways/Komnucyama* [2003] Recueil II-5917, параграфи 277 и 278.

⁽⁵⁾ Дело 322/81 *Nederlandsche Banden Industrie Michelin/Komnucyama (Michelin I)* [1983] Recueil 3461, параграфи 70-73.

- потенциални) на господстващия доставчик. Колкото по-голяма е отстъпката като процент от пълната цена, колкото по-голям е задължителният обем и колкото по-силен е стимулът малко преди достигането му, толкова по-силно е вероятното отстраняване на настоящи и потенциални конкуренти.
41. С прилагането на методологията, описана в параграфи 23-27 и при наличието на достоверни данни, Комисията възнамерява да разследва дали схемата на отстъпки е в състояние да възпрепятства разрастването или навлизането дори на конкуренти, които са равностойни по ефикасност, като ги затруднява в задоволяването на част от нуждите на отделните клиенти. В този контекст Комисията ще пресметне каква е цената, която е готов да предложи един конкурент, за да компенсира загубата на условни отстъпки, ако клиентът е склонен да му прехвърли от господстващото предприятие част от обемите си („съответстваща част“). Действителната цена, която конкурентът ще трябва да достигне, не е средната цена на господстващото предприятие, а нормалната (каталожна) цена минус отстъпките, които клиентът губи от прехвърлянето, изчислена спрямо съответстващата част и съответния период. Комисията ще вземе предвид допустимата грешка, предизвикана от характерната за този вид анализи несигурност.
42. Съответстващата част, спрямо която се изчислява действителната цена зависи от особеностите на всеки отделен случай и от това дали отстъпките са със задна дата или прогресивни. Планираните пределни покупки обикновено представляват съответстващата част за прогресивните отстъпки. За отстъпките са със задна дата в повечето случаи ще е от значение да се прецени в специфичния пазарен контекст каква част от обемите на клиентите действително могат да бъдат прехвърлени на конкурент („уязвимият дял“ или „уязвимата част“). Ако клиентите вероятно са склонни и в състояние да прехвърлят големи обеми от нуждите си на (потенциален) конкурент сравнително бързо, съответстващата част е вероятно голяма. От друга страна, ако клиентите вероятно са склонни и в състояние да прехвърлят само малки пределни обеми, тогава съответстващата част е сравнително малка. Способността на съществуващите конкуренти да разширят продажбите и колебанията на тези продажби във времето също могат да представляват ориентир за съответстващата част. За потенциални конкуренти може да се пристъпи към оценка на мащаб, при който навлизането им действително е реалистично, когато това е възможно. За да се добие представа за реалистичния пазарен дял на новонавлизащо предприятие, може да се прибегне до историческия модел на развитие на новонавлезли предприятия на същия или подобни пазари ⁽¹⁾.
43. Колкото по-ниска е ефективната цена, изчислена спрямо съответстващата част, в сравнение със средната цена на господстващия доставчик, толкова по-силен е ефекта на зависимост. Ако обаче ефективната цена се задържа значително над СДПР на господстващото предприятие, това ще позволи на равностойни по ефикасност конкуренти да се съревновават и да останат рентабилни въпреки отстъпките. При такива обстоятелства се приема, че отстъпките на са в състояние да блокират пазара по антиконкурентен начин.
44. Когато действителната цена е под СИР, по общо правило схемата на отстъпки е в състояние да блокира дори и равностойни по ефикасност конкуренти. Когато действителната цена е между СИР и СДПР, Комисията ще разследва дали други фактори навеждат на мисълта, че навлизането или разрастването дори и на равностойни по ефикасност конкуренти, има вероятност да бъдат засегнати. В този контекст Комисията ще разследва дали и в каква степен конкурентите разполагат с реалистични и ефективни стратегии за противопоставяне, например способността им на свой ред да използват „неуязвимата“ част от нуждите на техните купувачи като средство за намаляване на цените в съответстващата част. Когато конкурентите не разполагат с такива стратегии за противопоставяне, Комисията ще счете, че схемата на отстъпки е в състояние да блокира дори и равностойни по ефикасност конкуренти.
45. Както е посочено в параграф 27 по-горе, този анализ ще бъде съставна част от общата оценка, като се вземат под внимание други значими количествени и качествени доказателства. Обикновено е важно да се разгледа дали схемата на отстъпки е приложена с индивидуални или стандартни обеми. Индивидуалният обем — изразен като процент от общите нужди на клиента или като индивидуална цел — позволява на господстващия доставчик да определи обема на такова ниво, че да затрудни клиентите да преминат към друг доставчик, като така създава максимален ефект на усилване на зависимостта ⁽²⁾. За разлика от това стандартните обеми, които са еднакви за всички или за група от клиенти, могат да бъдат прекалено големи за някои по-малки клиенти и/или много малки за по-големите, за да имат ефект на усилване на зависимостта. Ако обаче бъде установено, че стандартните обеми са близки до нуждите на значителна част от клиентите, Комисията вероятно ще счете, че такава стандартизирана схема на отстъпки може да произведе антиконкурентни блокиращи ефекти.

в) Икономическа ефективност

46. Ако са спазени условията, изложени в раздел III Г, Комисията ще разгледа жалбите на господстващи предприятия, според които схемите за отстъпки водят до икономии на разходи и до други предимства, които са преотстъпени на клиентите ⁽³⁾. В повечето случаи дадена сделка е по-вероятно да породи икономии на разходи с

⁽¹⁾ Съответстващата част ще бъде изчислена въз основа на данни с различна степен на точност. Комисията ще го има предвид при оформянето на заключения, свързани със способността на господстващото предприятие да блокира равностойни по ефикасност конкуренти. Може да е полезно да се изчисли средния обем от общото търсене, който новонавлизащият задължително трябва да улови, така че ефективната цена да е поне толкова висока, колкото СДПР на господстващото предприятие. В ред случаи големината на този дял, сравнен с настоящите пазарни дялове на конкурентите и техния дял от общите нужди, може ясно да посочи дали схемата на отстъпки може да предизвика антиконкурентно препятстване.

⁽²⁾ Вж. дело 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co/Комисията* [1979] Recueil 461, параграфи 89 и 90. Дело T-288/97 *Irish Sugar/Комисията* [1999] Recueil II-2969, параграф 213. Дело T-219/99, *British Airways/Комисията* [2003] Recueil II-5917, параграфи 7-11 и 270-273.

⁽³⁾ Относно отстъпките вж. например дело C-95/04 P *British Airways/Комисията* [2007] Сборник I-2331, параграф 86.

набелязаните стандартни, отколкото с набелязаните индивидуални обеми. По същия начин схемите на прогресивните отстъпки са обикновено по-подходящи като стимул за препродавачите да поръчат и продадат по-големи обеми, отколкото със схеми за отстъпки със задна дата ⁽¹⁾. При същите условия Комисията ще приеме доказателства, че изключителните търговски споразумения носят предимства на определени клиенти, ако тези споразумения са необходими на господстващото предприятие за осъществяването на някои инвестиции, продиктувани специално от търговските отношения с тези клиенти, които да му позволяват да изпълни техните поръчки.

Б. Обвързващи и пакетни продажби

47. Едно господстващо предприятие може да се опита да отстрани конкурентите си чрез обвързване и пакетиране. Този раздел излага най-вероятните обстоятелства, при които Комисията може да се намеси при оценката на обвързването и пакетирането от господстващи предприятия.
48. „Обвързването“ обикновено се отнася до ситуации, в които клиенти, които купуват един продукт (обвързващият продукт), са задължени също да купуват друг продукт от господстващото предприятие (обвързаният продукт). Обвързването може да се осъществи на техническа или договорна основа ⁽²⁾. „Пакетирането“ обикновено се отнася до начина, по който продуктите се предлагат и цената им се определя от господстващото предприятие. При чистото пакетиране продуктите се продават заедно във фиксирани пропорции. При смесено пакетиране, често наричано многопродуктова отстъпка, продуктите са също достъпни поотделно, но когато се продават поотделно сумарната цена е по-висока от пакетната.
49. Обвързването и пакетирането са често срещани практики, чиято цел е потребителите да получат по-добри предложения и продукти при по-голяма ефективност на разходите. При все това предприятие, което е доминиращо чрез обвързване или пакетиране на един (или повече) продуктов пазар (наричан обвързващ пазар) може да нанесе вреда на потребителите чрез обвързване или пакетиране, като блокира пазара за другите продукти, които са част от обвързването или пакета (наричан обвързан пазар) и косвено са част от обвързващия пазар.
50. Обикновено Комисията предприема действия по силата на член 82, когато предприятието господства на обвързващ пазар ⁽³⁾, и когато освен това са спазени следните условия: (i) обвързващият и обвързаният продукт са отделни и (ii) обвързващата практика има вероятност да доведе до антиконкурентно препятстване ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ За тази цел вж. дело T-203/01 *Michelin/Комисията (Michelin II)* [2003] Recueil II-4071, параграфи 56-60, 74 и 75.

⁽²⁾ Техническото обвързване възниква, когато обвързващият продукт е замислен така, че да работи изправно единствено с обвързания продукт (а не с алтернативите на конкурентите). Договорното обвързване възниква, когато клиентът, който купува обвързващият продукт се ангажира да купува също обвързания (а не алтернативите на конкурентите).

⁽³⁾ Предприятието трябва да бъде господстващо на обвързващия, но не и непременно на обвързания пазар. В случаите на пакетиране предприятието трябва да бъде до господстващо на един от пакетираните пазари. В особени случаи на обвързване на пазара на резервни части и аксесоари, условието е предприятието да бъде господстващо на обвързващия и/или на обвързания пазар на резервни части и аксесоари.

⁽⁴⁾ Дело T-201/04 *Microsoft/Комисията* [2007] Сборник II-3601, по-специално параграфи 842, 859-862, 867 и 869.

а) Отделни продукти

51. Дали продуктите ще бъдат разглеждани като отделни зависи от търсенето от клиентите. Два продукта са отделни, ако при липсата на обвързване или пакетиране, съществена част от клиентите биха купили или шяха да купят обвързващия без да купуват обвързания продукт от същия доставчик, като така правят възможно независимо производство на обвързващия и на обвързания продукт ⁽⁵⁾. Сред доказателствата, че два продукта са отделни, фигурира и прякото доказателство, че когато имат избор, клиентите купуват отделно обвързващия и обвързания продукт от различни източници на доставка, както и косвеното доказателство, каквото е присъствието на пазара на предприятията, специализирани в производството и продажбите на обвързващия без обвързания продукт ⁽⁶⁾ или на всеки един от пакетираните от господстващото предприятие продукти, или още че предприятията със слаба пазарна мощ, особено на конкурентни пазари, нямат склонност да обвързват, нито да продават „пакетно“ въпросните продукти.

б) Антиконкурентно препятстване на обвързан и/или обвързващ пазар

52. Обвързването или пакетирането могат да произведат антиконкурентни ефекти на обвързания, на обвързващия, или и на двата пазара едновременно. При все това дори когато целта на обвързването или пакетирането е да защитят положението на господстващото предприятие на обвързващия пазар, това косвено става чрез антиконкурентно препятстване на обвързания пазар. Като допълнение към факторите, изложени в параграф 20, Комисията приема, че следните фактори обикновено са от особена важност за разпознаването на случаи с вероятно или действително антиконкурентно препятстване.
53. Предполага се, че рискът от антиконкурентно препятстване е по-голям, когато господстващото предприятие придава на своята обвързваща или пакетна стратегия траен характер, например чрез техническо обвързване, от което е прекалено скъпо да се избяга. Техническото обвързване намалява също възможностите за препродажба на отделни компоненти.
54. При пакетните продажби предприятието може да има господстващо положение за повече от един от пакетираните продукти. Колкото е по-голям броят на пакетираните продукти, толкова по-силно е антиконкурентното препятстване. Това важи особено за пакетни продажби, които е трудно да бъдат възпроизведени от някой конкурент, било то самостоятелно или в сътрудничество с други.

55. Обвързването може да отслаби конкуренцията за клиенти, които са заинтересувани от покупката на обвързания, но не и на обвързващия продукт. Ако броят на клиентите, които купуват само обвързания продукт не е достатъчен, за да задържи конкурентите на господстващото предприятие на обвързания пазар, обвързването може да доведе до увеличение на цените за тези клиенти.

⁽⁵⁾ Дело T-201/04 *Microsoft/Комисията* [2007] Сборник II-3601, параграфи 917, 921 и 922.

⁽⁶⁾ Дело T-30/89 *Hilti/Комисията* [1991] Recueil II-1439, параграф 67.

56. Ако обвързващият и обвързаният продукт могат да бъдат използвани в променливи пропорции като ресурс за производствения процес, клиентите могат да реагират на увеличението на цените на обвързващия продукт, като увеличат търсенето на обвързания и го намалят за обвързващия продукт. Чрез обвързването на два продукта господстващото предприятие може да иска да избегне тази взаимозаменяемост и в резултат на това да увеличи цените.
57. Ако цените, по които продава господстващото предприятие, са регламентирани на обвързващия пазар, обвързването може да позволи на господстващото предприятие да увеличи цените си на обвързания пазар, за да компенсира загубата на приходи, причинени от регулирането на обвързващия пазар.
58. Ако обвързаният продукт е важен допълнителен продукт за клиентите на обвързващия продукт, намаляването на броя на алтернативните доставчици на обвързания продукт и вследствие на това намаляване на предлагането на този продукт, може да направи навлизането единствено на обвързващия пазар по-трудно.

в) *Отстъпки за покупка на няколко продукта*

59. Отстъпките за покупка на няколко продукта могат да бъдат антиконкурентни на обвързания или обвързващия пазар, ако са толкова големи, че дори и равностойни по ефикасност конкуренти, предлагащи само един от продуктите, не могат да се конкурират с пакета, за който се отнасят отстъпките.
60. На теория би било идеално, ако ефектът от отстъпката можеше да бъде оценен като се разгледа дали пределните постъпления покриват пределните разходи за всеки от продуктите, влизачи в пакета на господстващото предприятие. На практика обаче оценяването на пределните постъпления е сложно. Поради това, в повечето случаи, в своята практиката на правоприлагане Комисията ще използва основно пределната цена, която представлява добър ориентир. Ако пределната цена, платена от клиентите за всеки един от продуктите, влизачи в пакета на господстващото предприятие, остане над неговите СДПР за включването на този продукт в пакета, Комисията обикновено не се намесва, тъй като по принцип един равностоеен по ефикасност конкурент със само един продукт би трябвало да е в състояние да се конкурира рентабилно с пакета от продукти. Действия по правоприлагането обаче могат да бъдат предприети, ако пределната цена е под СДПР, тъй като в такъв случай може да бъде осуетено разрастването или навлизането дори и на равностоеен по ефикасност конкурент⁽¹⁾.
61. Ако от доказателството личи, че конкурентите на господстващото предприятие продават еднакви пакети или биха могли своевременно да го направят без да бъдат възпирани от възможни допълнителни разходи, обикновено Комисията разглежда този факт като конкуренция между пакети и в този случай въпросът, който трябва да бъде поставен не е дали пределните постъпления покриват пределните разходи за всеки отделен продукт от пакета, а по-скоро дали цената на пакета като цяло е хищническа.

⁽¹⁾ По принцип в този случай СДПР са подходяща база за сравнение, докато конкурентите не са способни да предложат пакетни продажби (вж. параграфи 23-27 и параграф 61).

г) *Икономическа ефективност*

62. Ако са спазени условията, изложени в раздел III Г, Комисията ще разгледа жалбите на господстващи предприятия, според които практикуваните от тях обвързвания и пакетни продажби, могат да доведат до икономии в производството и разпространението, от които да се възползват потребителите. Комисията може също да анализира дали такива практики намаляват разходите по сделката за клиентите, които иначе биха били принудени да купят компонентите поотделно, и дали за доставчиците възникват икономии на опаковки и разпространение. Възможно е също да провери дали събирането на два независими продукта в нов, единичен продукт, би увеличило шансовете за появата на подобен продукт на пазара в полза на потребителите. Комисията може също да провери дали практиките на обвързване и пакетните продажби позволяват на доставчика да се възползва от икономическата ефективност, произтичаща от закупуването на големи обеми от обвързания продукт.

V. Хищничество

63. В съответствие с приоритетите по правоприлагането, които си е набелязала, Комисията обикновено се намесва при наличието на доказателства, че господстващото предприятие се е впуснало в хищнически прояви като умишлено търпи загуби или се отказва от печалба в краткосрочен план (наричани по-долу „жертване“), така че да блокира или да бъде в състояние да блокира един или повече от настоящите или потенциалните си конкуренти с цел да засили или да задържи пазарната си мощ, като по този начин причинява вреда на потребителите⁽²⁾.

а) *Жертване*

64. На дадено поведение Комисията ще гледа като на жертване, ако с определянето на по-ниска цена за всички или за определена част от продукцията си през разглеждания период от време или ако е увеличило продукцията си през същия този период, господстващото предприятие е претърпяло или търпи загуби, които биха могли да бъдат избегнати. Комисията ще вземе СИР като подходяща отправна точка за оценката на това дали господстващото предприятие е претърпяло или търпи неизбежни загуби. Ако едно господстващо предприятие е определило за цялата или част от продукцията си цена, по-ниска от СИР, то не покрива разходите, които биха могли да бъдат избегнати като не се произвежда въпросната продукция: то търпи загуби, които биха могли да бъдат избегнати⁽³⁾. В повечето случаи на

⁽²⁾ Комисията може също да разследва хищнически практики на господстващи предприятия на вторичните пазари, на които те все още не са господстващи. По-вероятно е Комисията да открие такива злоупотреби особено в секторите, в които дейността е защитена от законен монопол. Когато господстващото предприятие няма нужда да се впуска в хищническо поведение, за да защити господстващото си положение на пазар, защитен със законен монопол, то може да използва печалбите, натрупани на монополния пазар, за да отпусне кръстосани субсидии за своята дейност на друг пазар и по този начин да заплаши с отстраняване действителната конкуренция на този друг пазар.

⁽³⁾ В повечето случаи средните променливи разходи (СПР) и СИР ще са еднакви, тъй като често само променливите разходи могат да бъдат избегнати. Когато обаче СПР и СИР се различават, вторите отразяват по-добре възможното жертване: например, ако господстващото предприятие е трябвало да увеличи производствените си мощности, за да може да се държи хищнически, безвъзвратно загубените разходи за тази допълнителна мощност трябва да бъдат взети предвид, когато се изчисляват загубите на господстващото предприятие. Тези разходи са отразени от СИР, но не и от СПР.

цени под СИР Комисията ще гледа като на ясен признак за жертване ⁽¹⁾.

65. Понятието „жертване“ обаче не се изчерпва единствено с предлагането на цени под СИР ⁽²⁾. За да докаже наличието на хищническа стратегия, Комисията може също да разследва дали предполагаемото хищническо поведение е породило в краткосрочен план нетни приходи, които са по-ниски от очакваните при разумно алтернативно поведение, т.е. дали господстващото предприятие е претърпяло загуби, които е можело да избегне ⁽³⁾. Комисията няма да сравнява действителното поведение с хипотетични или теоретични алтернативни поведения, които са можели да се окажат по-рентабилни. Като се имат предвид пазарните условия и деловата действителност на господстващото предприятие, ще бъдат разгледани единствено икономически рационалните и практически осъществими алтернативи, за които е реалистично да се очаква да са по-рентабилни.

66. В някои случаи ще е възможно анализът да се ослани на преки доказателства, състоящи се от документи на господстващото предприятие, показващи недвусмислено хищническа стратегия ⁽⁴⁾ като подробни планове за жертване с цел отстраняването на конкурент, възпрепятстване на навлизането или осуетяване на възникването на пазар или доказателства за конкретна заплаха от хищнически действия ⁽⁵⁾.

б) Антиконтурентно препятстване

67. При наличието на достатъчно достоверни данни Комисията прилага анализа на равностойния по ефективност конкурент, описан в параграфи 25-27, за да определи дали практиката е в състояние да навреди на потребителите. Обикновено единствено тарифирането под СДПР е в състояние да блокира равностоен по ефективност конкурент.

68. Като допълнение към вече описаните фактори в параграф 20, Комисията обикновено разследва дали и по какъв начин заподозряната практика намалява вероятността конкурентите да се конкурират. Например ако господстващото предприятие е по-добре осведомено за разходите или други пазарни параметри или ако може да изопачи пазарните

показатели за рентабилност, то може да се впусне в хищническо поведение, за да повлияе на очакванията на потенциални новонавлизащи предприятия и по този начин да ги откаже от навлизане. Ако практиката и нейните вероятни ефекти бъдат почувствани на множество пазари и/или в последователни периоди на възможно навлизане, може да се докаже, че господстващото предприятие се стреми да си изгради име на предприятието с хищническо поведение. Ако визираният конкурент е зависим от външно финансиране, същественото намаление на цените или друго хищническо поведение от страна на господстващото предприятие би могло да се отрази отрицателно на резултатите на конкурента и сериозно да компрометира достъпа му до по-нататъшно финансиране.

69. Комисията не смята, че е необходимо да се докаже, че конкурентите са напуснали пазара, за да се докаже наличието на антиконкурентно препятстване. Не може да се изключи, че е възможно господстващото предприятие да предпочете да предотврати силната конкуренция с даден конкурент и да го накара да следва цените на господстващото предприятие, отколкото изцяло да го отстрани от пазара. Чрез подобно дисциплиниране се избягват присъщите на отстраняването рискове, особено риска от продажба на много ниска цена на активите на отстранения конкурент, които да останат на пазара и да улеснят създаването на нов ниско тарифен конкурент.

70. Общо казано по-вероятно е потребителите да бъдат ошетени, ако е разумно да се очаква пазарната мощ на господстващото предприятие да бъде по-голяма, след като то преустанови хищническото си поведение, отколкото ако изобщо не се е държало по този начин, т.е. ако е вероятно предприятието да извлече полза от жертването.

71. Това не означава, че Комисията ще се намесва единствено, ако господстващото предприятие би било в състояние да увеличи цените си над задържалото се на пазара ниво преди проявата на хищническо поведение. Достатъчно е например поведението да може да предотврати или да забави спад в цените, който иначе би настъпил. Определянето на вредата за потребителите не е само механично изчисление на печалбите и загубите и не се изисква доказателство за общата печалба. Вероятната вреда за потребителите може да бъде доказана като се оцени вероятният блокиращ ефект от поведението в съчетание с разглеждането на други фактори като препятствия пред навлизането ⁽⁶⁾. В този контекст Комисията ще разгледа също възможностите за завръщане на пазара.

72. Възможно е за господстващото предприятие да е по-лесно да се впусне в хищническо поведение, ако подбира определени клиенти посредством ниски цени, тъй като това ще ограничи загубите му.

⁽¹⁾ По дело 62/86 AKZO Chemie/Комисията [1991] Recueil I-3359, параграф 71, във връзка с фиксирането на цените под средните променливи разходи (СПР) Съдът на Европейските общности счете, че: „Не е в интереса на господстващото предприятие да предлага такива цени, тъй като всяко продажба му носи загуба, освен ако с това не цели отстраняването на конкурентите си, което впоследствие ще му позволи да увеличи цените си като се възползва от предимствата на монополното положение...“.

⁽²⁾ Ако оценката на разходите се основава на преките производствени разходи (както са вписани в счетоводните книги на предприятието), това може да не отрази по най-верния начин наличието или липсата на жертване.

⁽³⁾ Предприятията обаче не следва да бъдат наказвани за *ex post* загуби, когато *ex ante* решението за определено поведение, е било взето добросъвестно, т.е. ако могат да приведат напълно убедително доказателство, че са очаквали дейността да е рентабилна.

⁽⁴⁾ Вж. дело T-83/91 Tetra Pak International/Комисията (Tetra Pak II) [1994] Recueil II-755, параграфи 151 и 171 и дело T-340/03 France Télécom/Комисията [2007] Сборник II-107, параграфи 198-215.

⁽⁵⁾ По дело 62/86 AKZO Chemie/Комисията [1991] Recueil I-3359 Съдът прие, че е имало недвусмислени доказателства, че на две срещи AKZO е заплашвал ECS с тарифиране под себестойността на продукцията, ако последният не се оттегли от пазара на органични пероксиди. Освен това е имало и подробен план с цифрови данни за мерките, които AKZO ще предприеме, ако ECS не се оттегли от пазара (вж. параграфи 76-82, 115 и 131-140).

⁽⁶⁾ Това бе потвърдено в дело T-83/91 Tetra Pak International/Комисията (Tetra Pak II) [1994] Recueil II-755, потвърдено при обжалването по делото C-333/94 P Tetra Pak International/Комисията [1996] Recueil I-5951, в което Първоинстанционният съд постанови, че не се изисква доказателство за действителна възвръщаемост (параграф 150 *in fine*). По-общо казано, тъй като може да се окаже, че хищничеството е по-трудно от очакваното при започването му, общите разходи на господстващото предприятие могат да надхвърлят по-нататъшните му печалби и поради това да направят невъзможна всякаква възвръщаемост, а същевременно да е рационално да продължи с хищническата стратегия, която е възприело преди известно време. Вж. също COMP/38.233 Wanadoo Interactive, решение на Комисията от 16 юли 2003 г., параграфи 332-367.

73. По-малко вероятно е господстващото предприятие да се впусне в хищническо поведение, ако това означава да се поддържат ниски цени за дълъг период време.

в) *Икономическа ефективност*

74. По принцип се приема, че е от хищническото поведение не може да се очаква да създаде икономическа ефективност. Ако обаче са спазени условията, изложени в раздел III Г, Комисията ще разгледа жалбите на господстващо предприятие, според които ниските цени му позволяват да постигне икономии на мащаб или ефективност, свързани с разрастването на пазара.

Г. Отказ за доставки и свиване на маржовете

75. При определянето на своите приоритети по правоприлагането Комисията изхожда от позицията, че общо казано, всяко предприятие, независимо дали е господстващо или не, има правото да избира търговските си партньори и свободно да разполага със собствеността си. По тази причина Комисията счита, че намесата въз основа на конкурентното право трябва внимателно да бъде обмислена, когато прилагането на член 82 би довело до налагането на задължение върху господстващото предприятие да изпълнява доставки⁽¹⁾. Наличието на такова задължение — дори и срещу заслужено възнаграждение — може да обезсмисли стимулите на предприятията за инвестиране и нововъведения и по този начин да нанесе вреда на потребителите. Ако едно предприятие знае, че е задължено да изпълнява доставки срещу волята си, това може да накара господстващото предприятие — или тези, които предвиждат, че могат да станат такива — да не инвестира или да инвестира по-малко във въпросната дейност. Също така, конкурентите могат да се изкушат да се възползват от инвестицията на господстващото предприятие вместо сами да инвестират. В дългосрочен план нито едно от тези последствия не би било в интерес на потребителите.

76. Обикновено проблемите, свързани с конкуренцията възникват, когато господстващото предприятие се конкурира на пазара надолу по веригата с купувач, на когото то отказва доставки. Терминът „надолу по веригата“ се използва, за да се обозначи пазар, на който производственият ресурс, за който е отказана доставка, е необходим за производството на продукт или извършването на услуга. В настоящия раздел се разглеждат само този вид откази.

77. Другите възможни видове неправомерни откази за доставка, в които доставката зависи от това дали купувачът приема да наложи ограничения на собственото си поведение, не се разглеждат в този раздел. Например преустановяването на доставки като наказание за клиентите, които работят с конкурентите или отказът да се снабдяват клиенти, които не са съгласни с обвързващите споразумения, ще бъдат разглеждани от Комисията в съответствие с принципите, изложени в разделите за изключителните търговски споразумения, обвързването и пакетните продажби. По същия начин отказите за доставки, предназначени да възпрепятстват купувача от впускането в паралелна търговия⁽²⁾ или

сnižаването на неговите препродажни цени, не са разглеждани в този раздел.

78. Понятието „отказ за доставки“ обхваща широк спектър от практики като отказа за доставки на настоящи или нови клиенти⁽³⁾, отказа да се лицензират правата върху интелектуална собственост⁽⁴⁾, включително и когато лицензът е необходим за предоставянето на интерфейсна информация⁽⁵⁾ или отказа да се предостави достъп до особено важни съоръжения или мрежи⁽⁶⁾.

79. Комисията не счита за необходимо отказаният продукт вече да е бил търгуван: достатъчно е да има търсене от потенциални купувачи и да може да се определи потенциален пазар за въпросния производствен ресурс⁽⁷⁾. По същия начин не е необходимо да има действителен отказ от страна на господстващото предприятие; „конструктивният отказ е достатъчен“. Конструктивният отказ може например да приеме формата на неоправдано забавяне или да възпрепятства доставката с други средства, или да наложи неприемливи условия срещу извършването на доставката.

80. В заключение вместо да откаже доставката, господстващото предприятие може да изиска такава цена за продукта на пазара нагоре по веригата, в сравнение с цената, по която продава на пазара надолу по веригата⁽⁸⁾, че дори и равностоен по ефективност конкурент да не може да търгува рентабилно и трайно на пазара надолу по веригата (така нареченото „свиване на маржовете“). В случаите на свиване на маржовете Комисията обикновено ще използва СДПР на отделите надолу по веригата на интегрираното господстващо предприятие като базата за сравнение, за да определи разходите на равностоен по ефективност конкурент⁽⁹⁾.

81. Комисията ще разглежда тези практики като приоритет по правоприлагането, ако са налице едновременно следните условия:

— отказът засяга продукт или услуга, които са обективно необходими за ефективната конкуренция на пазара надолу по веригата,

(1) Обединени дела C-241/91 P и C-242/91 P *Radio Telefis Eireann (RTE) и Independent Television Publications (ITP)/Комисията (Magill)* [1995] Recueil I-743, параграф 50; дело C-418/01 *IMS Health/NDC Health* [2004] Recueil I-5039, параграф 35; дело T-201/04 *Microsoft/Комисията* [2007] Сборник II-3601, параграфи 319, 330-332 и 336.

(2) Вж. решението от 16 септември 2008 г. по обединени дела C-468/06 до C-478/06 *Sot. Lélou kai Sia и дъщеря/GlaxoSmithKline*, все още не публикувано.

(3) Обединени дела 6/73 и 7/73 *Istituto Chemioterapico Italiano и Commercial Solvents/Комисията* [1974] Recueil 223.

(4) Обединени дела C-241/91 P и C-242/91 P *Radio Telefis Eireann (RTE) и Independent Television Publications Ltd (ITP)/Комисията (Magill)* [1995] Recueil 743; дело C-418/01 *IMS Health/NDC Health* [2004] Recueil I-5039. Тези решения показват, че при изключителни обстоятелства отказът за лиценз на права на интелектуална собственост представлява злоупотреба.

(5) Вж. дело T-201/04 *Microsoft/Комисията* [2007] Сборник II-3601.

(6) Вж. Решение на Комисията 94/19/ЕО от 21 декември 1993 г. по дело IV/34.689 *Sea Containers/Stena Sealink — Interim Measures* (OJ L 15, 18.1.1994 г., стр. 8) и Решение на Комисията 92/213/ЕИО от 26 февруари 1992 г. по дело IV/33.544 *British Midland/Aer Lingus* (OJ L 96, 10.4.1992 г., стр. 34).

(7) Дело C-418/01 *IMS Health* срещу *NDC Health* [2004] Recueil I-5039, параграф 44.

(8) Включително и ситуации, в които интегрирано предприятие, което продава система от допълващи се продукти отказва да „разпакутира“ един от тях и да го продаде на конкурент, който произвежда другия допълващ продукт.

(9) В някои случаи обаче СДПР на неинтегриран конкурент надолу по веригата могат да бъдат използвани като база за сравнение, когато например е невъзможно да ясно да се разграничат разходите на господстващото предприятие нагоре и надолу по веригата.

- отказът може да доведе до отстраняване на ефективната конкуренция на пазара надолу по веригата, както и
- отказът може да нанесе вреда за потребителите.
82. В някои особени случаи може да се окаже, че налагането на задължение за доставки явно не произвежда отрицателни ефекти върху стимулите за собствениците на производствени ресурси и/или на другите оператори да инвестират и правят нововъведения нагоре по веригата, независимо дали е *ex ante* или *ex post*. Комисията счита, че е особено вероятно това да се случи, когато съвместимо с общностното право законодателство вече налага на господстващото предприятие задължение за доставки и от съображенията, залегнали в основата на подобно законодателство става ясно, че необходимото уравнивяване на стимулите вече е направено от обществените органи с налагането на такова задължение. Такъв би могъл да бъде случаят, когато положението на господстващото предприятие на пазара нагоре по веригата се е получило с помощта на специални или изключителни права или е било финансирано с държавни средства. В такива особени случаи няма причини, поради които Комисията да се отклонява от общите си стандарти по правоприлагане, като доказва антиконкурентно препятстване, без да се разглежда наличието на трите условия, посочени в параграф 81.
- а) *Обективна необходимост от производствения ресурс*
83. При проверката дали даден отказ за доставки заслужава приоритетното ѝ внимание, Комисията ще прецени дали доставката на отказания производствен ресурс е обективно необходима на операторите, за да се конкурират ефективно на пазара. Това не означава, че без отказания производствен ресурс нито един конкурент не би навлязъл или оцелял на пазара надолу по веригата⁽¹⁾. Един производствен ресурс е по-скоро крайно необходим, когато той няма настоящ или потенциален заместител, на който конкурентите на пазара надолу по веригата да разчитат, за да се противодействат, поне в дългосрочен план, на отрицателните последици от отказа⁽²⁾. В това отношение Комисията обикновено преценява дали в обозримо бъдеще конкурентите биха могли успешно да възпроизведат производствения ресурс, доставян от господстващото предприятие⁽³⁾. Понятието „възпроизвеждане“ означава създаването на алтернативен източник на ефективно снабдяване, което позволява на конкурентите да упражнят конкурентен натиск върху господстващото предприятие на пазара надолу по веригата⁽⁴⁾.
84. Критериите, изложени в параграф 81, се прилагат както за случаите на преустановяване на текущи доставки, така и за случаите на отказ за доставки на стоки и услуги, които господстващото предприятие не е доставяло до този момент (откази за доставки *de novo*). По вероятно е обаче приключването на съществуващи доставки да бъде обявено за антиконкурентно, отколкото откази за доставки *de novo*. Например, ако поръчващото предприятие е направило инвестиции, продиктувани от търговските си отношения с господстващото предприятие, за да използва впоследствие отказаният производствен ресурс, по-вероятно е Комисията да разгледа въпросният производствен ресурс като жизнено необходим. По същия начин фактът, че в миналото собственикът на основния производствен ресурс е счел за интересно да го доставя е признак, че за него няма риск от неадекватна компенсация за първоначалната инвестиция. Поради това господстващото предприятие е длъжно да докаже защо обстоятелствата са се променили така, че съхраняването на съществуващите делови отношения би било опасно за адекватната му компенсация.
- б) *Премахване на ефективната конкуренция*
85. Ако са изпълнени условията, изложени в параграфи 83 и 84, Комисията счита, че с отказа за доставки, господстващото предприятие е отговорно за незабавното или постепенното отстраняване на ефективната конкуренция на пазара надолу по веригата. Вероятността ефективната конкуренция да бъде отстранена е толкова по-голяма, колкото по-голям е пазарният дял на господстващото предприятие на пазара надолу по веригата, колкото по-малки са капацитетните ограничения на господстващото предприятие по отношение на конкурентите на пазара надолу по веригата, колкото по-голяма е взаимозаменяемостта между неговия продукт и този на конкурентите на пазара надолу по веригата, колкото по-голям е броят на засегнатите конкуренти на пазара надолу по веригата, и колкото по-вероятно е търсенето, което би могло да бъде задоволено от блокираните конкуренти, да бъде отклонено от тях в полза на господстващото предприятие.
- в) *Вреди за потребителите*
86. При разглеждането на вероятното въздействие на отказа за доставки върху благосъстоянието на потребителите Комисията ще провери дали с времето вероятните отрицателни последици за потребителите от отказа за доставки надвишават отрицателни последици от налагането на задължение за доставки. Ако това е така, Комисията ще разследва случая.
87. Комисията счита например, че вреда за потребителите може да възникне, когато вследствие на отказа, на блокираните от господстващото предприятие конкуренти се попречи да пуснат на пазара новаторски стоки и услуги и/или когато по-нататъшното развитие на нововъведението може да бъде спряно⁽⁵⁾. Такъв може да е случаят, когато поръчващото предприятие не възнамерява да се ограничава основно с

(1) Дело T-201/04 *Microsoft/Комисията* [2007] Recueil II-3601, параграфи 428 и 560-563.

(2) Обединени дела C-241/91 P и C-242/91 *Radio Telefis Eireann (RTE) и Independent Television Publications Ltd (ITP)/Комисията (Magill)* [1995] Recueil 743, параграфи 52 и 53; дело 7/97 *Oscar Bronner/Mediaprint Zeitungs- u Zeitschriftenverlag, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft u Mediaprint Anzeigengesellschaft* [1998] Recueil I-7791, параграфи 44 и 45; дело T-201/04 *Microsoft/Комисията* [2007] Сборник II-3601, параграф 421.

(3) По принцип вероятно е невъзможно да се възпроизведе един производствен ресурс, когато това предполага наличието на естествен монопол, поради икономии на мащаба или на обхвата, когато има силни мрежови ефекти, или когато е засегната информация за т.нар. „единичен код“. Във всички случаи обаче трябва да се има предвид динамичното естество на промишлеността и особено дали пазарната мощ може бързо да изчезне.

(4) Дело 7/97 *Oscar Bronner/Mediaprint Zeitungs- u Zeitschriftenverlag, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft u Mediaprint Anzeigengesellschaft* [1998] Recueil I-7791, параграф 46; дело C-418/01 *IMS Health/NDC Health* [2004] Recueil I-5039, параграф 29.

(5) Дело T-201/04 *Microsoft/Комисията* [2007] Сборник II-3601, параграфи 643, 647, 648, 649, 652, 653 и 656.

възпроизвеждането на стоките и услугите, които вече се предлагат от господстващото предприятие на пазара надолу по веригата, а планира да произвежда нови или усъвършенствани стоки и услуги, за които има потенциално потребителско търсене или може да допринесе за техническото развитие ⁽¹⁾.

88. Комисията счита също, че един отказ за доставки може да нанесе щети на потребителите, когато цената на пазара нагоре по веригата е регулирана, тази на пазара надолу по веригата не е и чрез отстраняването на конкурентите от пазара надолу по веригата вследствие на отказ за доставки, господстващото предприятие е в състояние да извлече повече печалба на нерегулирания пазар надолу по веригата, отколкото ако не действаше по този начин.

г) *Икономическа ефективност*

89. Комисията ще разгледа жалбите на господстващи предприятия, според които, като се има предвид рискът от неуспешни проекти, отказът за доставки е необходим, за да

им позволи да постигнат адекватна възвръщаемост на инвестициите, необходими за производството на ресурса и така имат стимул за бъдещи инвестиции. Комисията ще разгледа също жалбите на господстващи предприятия, според които задължението за доставки ще се отрази отрицателно на тяхното нововъведение или ще предизвика структурни промени в пазарните условия, като например по-нататъшното развитие на нововъведението от страна на конкурентите.

90. Когато разглежда подобни жалби обаче, Комисията ще се увери, че са изпълнение условията, изложени в раздел III Г. В частност господстващото предприятие е задължено да докаже отрицателното въздействие на задължението за доставки върху собственото му новаторско равнище ⁽²⁾. Ако едно господстващото предприятие вече е доставяло въпросният производствен ресурс, това може да е от значение при оценката на жалба, според която отказът за доставки е основателен по съображения за ефективност.

⁽¹⁾ Дело С-418/01 *IMS Health/NDC Health* [2004] Сборник I-5039, параграф 49; дело Т-201/04 *Microsoft/Комисията* [2007] Сборник II-3601, параграф 658.

⁽²⁾ Дело Т-201/04 *Microsoft/Комисията* [2007] Сборник II-3601, параграф 659.