



Сборник съдебна практика

РЕШЕНИЕ НА СЪДА (пети състав)

19 януари 2023 година*

„Преюдициално запитване — Конкуренция — Член 102 ДФЕС —
Господстващо положение — Подвеждане на производителя под отговорност за действията
на дистрибуторите — Наличие на договорни отношения между производителя и
дистрибуторите — Понятие за стопанска единица — Приложно поле — Злоупотреба —
Клауза за изключителност — Необходимост да се докажат последиците върху пазара“

По дело C-680/20

с предмет преюдициално запитване, отправено на основание член 267 ДФЕС от Consiglio di Stato (Държавен съвет, Италия) с акт от 7 декември 2020 г., постъпил в Съда на 15 декември 2020 г., в рамките на производството по дело

Unilever Italia Mkt. Operations Srl

срещу

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato,

при участието на:

Bomba Snc,

СЪДЪТ (пети състав),

състоящ се от: E. Regan (докладчик), председател на състава, D. Gratsias, M. Ilešič, I. Jarukaitis и Z. Csehi, съдии,

генерален адвокат: A. Rantos,

секретар: C. Di Bella, администратор,

предвид изложеното в писмената фаза на производството и в съдебното заседание от 3 март 2022 г.,

като има предвид становищата, представени:

– за Unilever Italia Mkt. Operations Srl, от G. Bitonto, S. Borocci, S. Lembo, L. Perfetti, C. Tesauero и C. Thomas, avvocati,

* Език на производството: италиански.

- за Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, от F. Sclafani, avvocato dello Stato,
- за италианското правителство, от G. Palmieri, в качеството на представител, подпомагана от P. Gentili, avvocato dello Stato,
- за гръцкото правителство, от K. Boskovits, в качеството на представител,
- за Европейската комисия, от G. Conte, N. Khan и C. Sjödin, в качеството на представители,

след като изслуша заключението на генералния адвокат, представено в съдебното заседание от 14 юли 2022 г.,

постанови настоящото

Решение

- 1 Преюдициалното запитване се отнася до тълкуването на членове 101 и 102 ДФЕС.
- 2 Запитването е отправено в рамките на спор между Unilever Italia Mkt. Operations Srl (наричано по-нататък „Unilever“) и Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Орган за защита на конкуренцията и на пазара, Италия) (наричан по-нататък „AGCM“) във връзка със санкция, наложена от този орган на посоченото дружество за злоупотреба с господстващо положение на италианския пазар за дистрибуция на индивидуално опаковани сладоледи в определени видове търговски обекти като балнеоложки комплекси и барове.

Спорът в главното производство и преюдициалните въпроси

- 3 Unilever извършва дейност по производство и продажба на стоки за широко потребление, сред които опакованите сладоледи, предлагани на пазара с марките „Algida“ и „Carte d’Or“. В Италия Unilever разпространява чрез мрежа от 150 дистрибутори сладоледи в индивидуални опаковки, предназначени за консумация „навън“, т.е. не в домовете на потребителите, а в барове, кафенета, спортни клубове, плавни басейни или други места за отдих (наричани по-долу „търговските обекти“).
- 4 На 3 април 2013 г. конкурентно дружество сезира с жалба AGCM поради злоупотреба с господстващо положение от страна на Unilever на пазара на индивидуално опакованите сладоледи. AGCM започва разследване.
- 5 В хода на разследването си AGCM по-специално приема, че не е длъжен да анализира икономическите проучвания, които Unilever е представило, за да докаже, че разследваните практики не водят до отстраняване от пазара на неговите конкуренти, които са поне също толкова ефективни, тъй като тези проучвания са напълно ирелевантни при наличието на клаузи за изключителност, доколкото прилагането на такива клаузи от предприятие с господстващо положение е достатъчно, за да се установи злоупотреба с това положение.
- 6 С решение от 31 октомври 2017 г. AGCM приема, че в нарушение на член 102 ДФЕС Unilever е злоупотребило с господстващото си положение на пазара, на който се предлагат индивидуално опаковани сладоледи, предназначени за консумация навън.

- 7 От посоченото решение следва, че на въпросния пазар Unilever е водело стратегия за отстраняване от пазара, която може да възпрепятства растежа на неговите конкуренти. Тази стратегия се основава главно на прилагането от страна на дистрибуторите на Unilever на клаузи за изключителност спрямо операторите на търговските обекти, които ги задължават да се снабдяват изключително от Unilever за цялото необходимо количество индивидуално опаковани сладоледи. В замяна на това тези оператори се ползват от широк спектър от отстъпки и комисиони, предоставянето на които е подчинено на условия, свързани с оборота или продажбата на определен асортимент от продукти на Unilever. Тези отстъпки и комисиони, които се прилагат в различни комбинации и при различни условия за почти всички клиенти на Unilever, имали за цел да се насърчат последните да продължават да се снабдяват изключително от това предприятие, като ги възпират да прекратят договора си, за да се снабдяват от конкуренти на Unilever.
- 8 Два аспекта на решението на АГСМ от 31 октомври 2017 г. са от особено значение за целите на настоящото производство по преюдициално запитване.
- 9 От една страна, макар злоупотребите фактически да не са извършени от Unilever, а от неговите дистрибутори, АГСМ приема, че отговорността за тези действия трябва да се носи само от Unilever, тъй като то и неговите дистрибутори съставляват една и съща стопанска единица. Всъщност Unilever осъществявало определена степен на намеса на върху търговската политика на дистрибуторите, така че последните не действали самостоятелно, когато налагали клаузи за изключителност на операторите на търговските обекти.
- 10 От друга страна, АГСМ счита, че предвид специфичните характеристики на съответния пазар, и по-специално ограниченото пространство, което е на разположение в търговските обекти, както и решаващата роля на обхвата на предлагания асортимент в тези търговски обекти за избора на потребителя, с поведението си Unilever е изключило или поне ограничило възможността за конкурентните оператори да осъществяват конкуренция, основана на качествата на техните стоки.
- 11 Ето защо с решение от 31 октомври 2017 г. АГСМ налага на Unilever глоба в размер на 60 668 580 евро, тъй като е злоупотребило с господстващото си положение в нарушение на член 102 ДФЕС.
- 12 Unilever обжалва това решение пред Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Регионален административен съд Лацио, Италия), който отхвърля жалбата в нейната цялост.
- 13 Unilever подава въззивна жалба срещу това съдебно решение пред Consiglio di Stato (Държавен съвет, Италия).
- 14 В подкрепа на въззивната жалба Unilever поддържа, че Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Регионален административен съд Лацио) е трябвало да установи наличието на пороци, от които твърди, че е засегнато решението на АГСМ от 31 октомври 2017 г., що се отнася, от една страна, до търсенето от самия него на отговорност за действията на неговите дистрибутори и от друга страна, до последиците от въпросните действия, които според него не могат да нарушат конкуренцията.

- 15 Запитващата юрисдикция посочва, че изпитва съмнения относно тълкуването, което следва да се предостави на правото на Съюза, за да се вземе отношение по посочените две оплаквания. По-специално във връзка с първото оплакване тя посочва, че е необходимо да установи дали и при какви условия съгласуване между формално самостоятелни и независими икономически оператори е от такова естество, че се равнява на наличието на едно централно място за вземане на решения, в резултат на което за действията на единия може да се търси отговорност от другия.
- 16 При тези обстоятелства Consiglio di Stato (Държавен съвет) решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

- „1) Извън случаите на контролирани дружества, кои са релевантните критерии, за да се определи дали в резултат на съгласувани действия по договор между формално независими и самостоятелни икономически оператори е налице един-единствен стопански субект по смисъла на членове 101 ДФЕС и 102 ДФЕС[? П]о-специално, може ли да се счита за достатъчно наличието на определена степен на намеса в търговските решения на друго предприятие, присъща за отношенията на търговско сътрудничество между производителя и дистрибуционните посредници, за да се приеме, че тези лица са част от един-единствен стопански субект[? И]ли е необходимо да е налице „йерархична“ връзка между двете предприятия, изразена в наличието на договор, по силата на който няколко независими предприятия се „подчиняват“ на дейността по управление и координация на едно от тях, така че [компетентният орган за защита на конкуренцията] да трябва да докаже наличието на множество системни и постоянни ръководни действия, които могат да засегнат управленските решения на предприятието, по-специално стратегическите и оперативните решения от финансов, промишлен и търговски характер?
- 2) При преценката дали е налице злоупотреба с господстващо положение поради клаузи за изключителност трябва ли член 102 ДФЕС да се тълкува в смисъл, че [компетентният орган] за защита на конкуренцията е длъжен да провери дали тези клаузи имат за последица отстраняване от пазара на също толкова ефективни конкуренти и да анализира подробно представените от [една] страна икономически анализи относно реалната възможност разглежданото поведение да отстрани от пазара също толкова ефективни конкуренти? Или, в случай на клаузи за изключителност с отстраняващ [конкурентите] ефект или на поведение, характеризиращо се с многобройни злоупотреби (отстъпки за лоялност и клаузи за изключителност), няма никакво правно задължение за [компетентния орган за защита на конкуренцията] да основе решението си за установяване на нарушение на конкуренцията на критерия за също толкова ефективен конкурент?“.“

По преюдициалните въпроси

По първия въпрос

По допустимостта

- 17 AGCM и италианското правителство поддържат, че първият въпрос е недопустим, тъй като актът за преюдициално запитване не съдържа необходимите уточнения. Освен това във въпроса прави позоваване на член 101 ДФЕС, въпреки че тази разпоредба не била приложена от AGCM.
- 18 В това отношение следва да се припомни, че съгласно постоянната съдебна практика, която вече е отразена в член 94 от Процедурния правилник на Съда, необходимостта да се даде тълкуване на правото на Съюза, което да е от полза за националния съд, изисква последният да определи фактическия и правния контекст, в който се вписват поставените от него въпроси, или най-малко да обясни фактическите хипотези, на които те се основават. Тези изисквания са особено важни в областта на конкуренцията, която се характеризира със сложни фактически и правни положения (решение от 5 март 2019 г., Eesti Pagar, C-349/17, EU:C:2019:172, т. 49).
- 19 Освен това Съдът може да откаже да се произнесе по отправения от национална юрисдикция преюдициален въпрос, само когато е съвсем очевидно, че исканото тълкуване на правото на Съюза няма никаква връзка с действителността или с предмета на спора в главното производство или когато проблемът е от хипотетично естество (вж. в този смисъл решение от 13 октомври 2022 г., Baltijas Starptautiskā Akadēmija и Stockholm School of Economics in Riga, C-164/21 и C-318/21, EU:C:2022:785, т. 33).
- 20 В случая, както отбелязва генералният адвокат в точка 19 от заключението си, от една страна, макар и кратка, съдържащата се в акта за преюдициално запитване информация е достатъчна, за да обясни фактическата хипотеза, на която се основава първият преюдициален въпрос. От друга страна, обстоятелството, че в първия преюдициален въпрос запитващата юрисдикция посочва не само член 102 ДФЕС, но и член 101 ДФЕС, не може да постави под въпрос допустимостта на първия въпрос като цяло.
- 21 Тъй като от мотивите на акта за преюдициално запитване обаче е видно, че AGCM не е приложил член 101 ДФЕС в делото по главното производство и макар понятието „предприятие“ да е общо за членове 101 и 102 ДФЕС, в частта относно тълкуването на член 101 ДФЕС първият въпрос трябва да се приеме за хипотетичен и следователно за недопустим.
- 22 Следователно първият въпрос е допустим само в частта относно тълкуването на член 102 ДФЕС.

По същество

- 23 От преюдициалното запитване е видно, че във връзка с извършените от дистрибуторите действия на злоупотреба AGCM е санкционирал само Unilever на основание, че то е злоупотребило господстващо положение. В този контекст с първия си въпрос запитващата

юрисдикция иска да се установи при какви условия за действията на формално самостоятелни и независими икономически оператори, а именно дистрибутори, може да се търси отговорност от друг самостоятелен и независим икономически оператор, а именно производителят на разпространяваните от тях стоки.

- 24 При тези условия следва да се приеме, че с първия си въпрос запитващата юрисдикция по същество иска да се установи дали член 102 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че за действията, предприети от дистрибутори, които са част от дистрибуторската мрежа на производител с господстващо положение, може да се търси отговорност от последния и съответно при какви условия.
- 25 По-специално посочената юрисдикция иска да се установи дали е достатъчно наличието на съгласувани действия по договор между производител, около който те са организирани, и различни юридически самостоятелни дистрибутори, за да се допусне такова търсене на отговорност, или трябва освен това да се констатира, че посоченият производител има възможност да упражнява решаващо влияние върху решенията от търговски, финансов и промишлен характер, които дистрибуторите могат да вземат във връзка със съответната дейност, надхвърлящо обичайно характерното за отношенията на сътрудничество между производителите и дистрибуционните посредници.
- 26 В това отношение, макар да е вярно, че доколкото прилагането им предполага най-малкото мълчаливото им приемане от всички страни, решенията, взети в рамките на съгласувани действия по договор, каквото е споразумението за дистрибуция, по принцип не представляват едностранно действие, а се вписват в отношенията, които поддържат по между си страните по тези съгласувани действия (вж. в този смисъл решение от 17 септември 1985 г., Ford-Werke и Ford of Europe/Комисия, 25/84 и 26/84, EU:C:1985:340, т. 20 и 21). Следователно такива решения по принцип попадат в обхвата на картелното право по член 101 ДФЕС.
- 27 Този извод обаче не изключва възможността от предприятие с господстващо положение да се търси отговорност за поведението на дистрибуторите на неговите стоки или услуги, с които то поддържа само договорни отношения, и вследствие на това да бъде установено, че посоченото предприятие е злоупотребило с господстващо положение по смисъла на член 102 ДФЕС.
- 28 Всъщност всяко предприятие с господстващо положение носи особена отговорност да не засяга със своето поведение ефективната и ненарушена конкуренция на вътрешния пазар (решение от 6 септември 2017 г., Intel/Комисия, C-413/14 P, EU:C:2017:632, т. 135 и цитираната съдебна практика).
- 29 Както отбелязва генералният адвокат в точка 48 от своето заключение, това задължение има за цел да се предотвратят не само нарушенията на конкуренцията, причинени пряко от поведението на предприятието с господстващо положение, но и предизвиканите посредством действия, осъществяването на които то е делегирало на независими правни субекти, които са длъжни да изпълняват указанията му. Ето защо, когато поведението, в което е осъществява от посредник, който е част от дистрибуторска мрежа, за това поведение може да се търси отговорност от посоченото предприятие, ако се окаже, че то е възприето в съответствие с предоставени от него специфични указания и следователно във връзка с прилагането на политика, за която посоченото предприятие е взело едностранно решение и която съответните дистрибутори са били длъжни да спазват.

- 30 В тази хипотеза, тъй като за поведението, в което е упрекувано предприятието с господстващо положение, е било взето едностранно решение, посоченото предприятие може да се счита за негов извършител и съответно за единствено отговорно за него за целите на прилагането на член 102 ДФЕС. Всъщност в такъв случай дистрибуторите и следователно дистрибуторската мрежа, която те образуват с това предприятие, трябва да се считат просто за инструмент за териториално прилагане на търговската политика на посоченото предприятие и поради това за инструмент, с който съответно е приложена разглежданата практика за отстраняване.
- 31 Такъв е случаят по-специално когато подобно поведение приема формата на договори с общи условия, съставени изцяло от производител с господстващо положение и съдържащи клаузи за изключителност за неговите продукти, които дистрибуторите на този производител са длъжни да накарат операторите на търговски обекти да подпишат, без да могат да ги изменят, освен с изричното съгласие на производителя. Всъщност при такива обстоятелства няма основание производителят да не знае, че с оглед на правните и икономическите отношения, които го свързват с дистрибуторите, последните прилагат неговите указания и по този начин установената от него политика. Ето защо трябва да се счита, че такъв производител е готов да поеме рисковете от такова поведение.
- 32 В тази хипотеза търсенето на отговорност от предприятието с господстващо положение за поведението на дистрибуторите, които са част от дистрибуторската мрежа за неговите стоки и услуги, не зависи нито от условието да се докаже, че съответните дистрибутори също са част от посоченото предприятие по смисъла на член 102 ДФЕС, нито пък от условието да е налице отношение на „йерархия“, произтичащо от системно и постоянно наличие на множество актове за указания, адресирани до посочените дистрибутори, които могат да окажат влияние върху управленските решения, които последните приемат във връзка със съответните си дейности.
- 33 По изложените съображения на първия въпрос следва да се отговори в смисъл, че член 102 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че за действията, предприети от дистрибутори, които са част от дистрибуторската мрежа за стоките или услугите на производител с господстващо положение, може да се търси отговорност от последния, ако се докаже, че тези действия не са предприети самостоятелно от дистрибуторите, а са част от политика, решена едностранно от този производител и прилагана посредством посочените дистрибутори.

По втория въпрос

- 34 С втория си въпрос запитващата юрисдикция иска по същество да се установи дали член 102 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че при наличието на клаузи за изключителност, съдържащи се в договори за дистрибуция, за да констатира злоупотреба с господстващо положение, компетентният орган за защита на конкуренцията трябва да докаже, че тези клаузи водят до отстраняване от пазара на също толкова ефективни конкуренти като предприятието с господстващо положение и дали във всички случаи при наличието на множество спорни практики този орган е длъжен да разгледа подробно евентуално представените от съответното предприятие икономически анализи, по-специално когато те се основават на т.нар. критерий за „също толкова ефективния конкурент“.

- 35 В това отношение следва да се припомни, че член 102 ДФЕС предвижда, че е забранена като несъвместима с вътрешния пазар всяка злоупотреба от страна на едно или повече предприятия с господстващо положение в рамките на вътрешния пазар или на съществена част от него, доколкото тя може да повлияе върху търговията между държавите членки.
- 36 Така това понятие има за цел да санкционира поведението на предприятие с господстващо положение на пазар, на който равнището на конкуренция вече е отслабено именно поради присъствието на това предприятие, което поведение има за последица създаването на пречка за запазването на структура на ефективна конкуренция (решение от 12 май 2022 г., Servizio elettrico Nazionale и др., C-377/20, EU:C:2022:379, т. 68 и цитираната съдебна практика).
- 37 При това положение член 102 ДФЕС няма за цел да попречи на дадено предприятие да завоюва господстващо положение на пазара въз основа на своите качества, и по-специално с оглед на своята компетентност и способности, нито цели да гарантира, че конкурентите, които са по-малко ефективни от заемащо такова положение предприятие, ще останат на пазара. Всъщност не всеки отстраняващ ефект непременно нарушава конкуренцията, тъй като по дефиниция основаната на качествата конкуренция може да доведе до изчезването от пазара или изтласкването на конкурентите, които са по-малко ефективни и следователно по-малко привлекателни за потребителите с оглед по-специално на цените, избора, качеството или нововъведенията (решение от 12 май 2022 г., Servizio Elettrico Nazionale и др., C-377/20, EU:C:2022:379, т. 73 и цитираната съдебна практика).
- 38 Предприятията с господстващо положение обаче са длъжни, независимо от причините за това положение, да не засягат със своето поведение ефективната и ненарушена конкуренция на вътрешния пазар (вж. по-специално решения от 9 ноември 1983 г., Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Комисия, 322/81, EU:C:1983:313, т. 57, и от 6 септември 2017 г., Intel/Комисия, C-413/14 P, EU:C:2017:632, т. 135).
- 39 Ето защо злоупотреба с господстващо положение може по-специално да се установи, когато укоримото поведение поражда отстраняващ ефект спрямо също толкова ефективни конкуренти, колкото неговия извършител, що се отнася до структурата на разходите, иновационния капацитет или качеството, или още когато посоченото поведение се основава на използването на други средства освен характерните за „нормалната“, т.е. основаната на качествата конкуренция (вж. в този смисъл решение от 12 май 2022 г., Servizio Elettrico Nazionale и др., C-377/20, EU:C:2022:379, т. 69, 71, 75 и 76 и цитираната съдебна практика).
- 40 В това отношение органите за защита на конкуренцията трябва да докажат, че дадено поведение има характер на злоупотреба с оглед на всички релевантни фактически обстоятелства, свързани с въпросното поведение (решения от 19 април 2012 г., Tomra Systems и др./Комисия, C-549/10 P, EU:C:2012:221, т. 18, и от 12 май 2022 г., Servizio Elettrico Nazionale и др., C-377/20, EU:C:2022:379, т. 72), сред които са изтъкнатите в доказателствата, представени от предприятието с господстващо положение в негова защита.
- 41 Наистина, за да установи, че дадено поведение има характер на злоупотреба, органът за защита на конкуренцията не трябва непременно да докаже, че това поведение действително е породило антиконкурентни последици. Всъщност член 102 ДФЕС има за цел да санкционира злоупотребата от едно или повече предприятия с господстващо положение на вътрешния пазар или на съществена част от него, независимо дали подобна

злоупотреба се е оказала ползотворна, или не (вж. в този смисъл решение от 12 май 2022 г., Servizio Elettrico Nazionale и др., C-377/20, EU:C:2022:379, т. 53 и цитираната съдебна практика). При това положение орган за защита на конкуренцията може да констатира нарушение на член 102 ДФЕС, като докаже, че през периода, в който съответното поведение е било осъществено, при обстоятелствата в конкретния случай то е могло да ограничи основаната на качествата конкуренция, въпреки липсата на последици от него.

- 42 За тази цел обаче по принцип трябва да се представят конкретни доказателства, удостоверяващи, че въпросната практика действително, а не само хипотетично може да породи такива последици, като наличието на съмнения в това отношение трябва да е в полза на предприятието, прилагало тази практика (вж. в този смисъл решения от 14 февруари 1978 г., United Brands и United Brands Continentaal/Комисия, 27/76, EU:C:1978:22, т. 265, и от 31 март 1993 г., Ahlström Osakeyhtiö и др./Комисия, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 и C-125/85—C-129/85, EU:C:1993:120, т. 126).
- 43 Следователно дадена практика не може да се квалифицира като злоупотреба, ако само е била планирана. Освен това орган за защита на конкуренцията не може да се основе на последиците, които тази практика би могла или е можело да породи в случай, че са се осъществили някои особени обстоятелства, които се различават от преобладаващите на пазара към момента на привеждането ѝ в действие и чието осъществяване тогава е било малко вероятно.
- 44 Освен това, макар че за да установи дали поведението на дадено предприятие може да ограничи ефективната конкуренция на даден пазар, органът за защита на конкуренцията може да се основе на научни познания по икономика, потвърдени от емпирични изследвания или анализи на поведението, вземането предвид на тези познания все пак не може да бъде достатъчно. Трябва да се вземат предвид други, специфични за обстоятелствата в конкретния случай фактори като обхвата на посоченото поведение на пазар, недостигът на капацитет, изпитван от доставчиците на суровини, или факта, че предприятието с господстващо положение е неизбежен партньор поне за част от търсенето, за да се установи дали с оглед на тези познания трябва да се счита, че разглежданото поведение поне през част от периода, през който е било осъществявано, е могло да породи отстраняващ ефект на съответния пазар.
- 45 Впрочем подобен подход трябва да се възприеме по отношение на доказването на антиконкурентно намерение на предприятието с господстващо положение. Всъщност това намерение представлява индичия за естеството и целите, преследвани с прилаганата от посоченото предприятие стратегия, и поради това може да бъде взето предвид. Наличието на антиконкурентно намерение може да е релевантно и за целите на определянето на глобата. Само по себе си обаче доказването на наличието на такова намерение не е нито необходимо, нито достатъчно, за да се установи наличието на злоупотреба с господстващо положение, тъй като понятието „злоупотреба“ по смисъла на член 102 ДФЕС се основава на обективна преценка на разглежданото поведение (вж. в този смисъл решения от 19 април 2012 г., Tomra Systems и др./Комисия, C-549/10 P, EU:C:2012:221, т. 19 и 21, и от 12 май 2022 г., Servizio Elettrico Nazionale и др., C-377/20, EU:C:2022:379, т. 61 и 62).
- 46 В този контекст, що се отнася по-специално до клаузите за изключителност, Съдът действително е постановил, че клаузите, с които насрещните страни по договора са се задължили да се снабдяват изцяло или за значителна част от нуждите си от предприятие с господстващо положение, дори и да не са придружени от отстъпки, по естеството си

представяват злоупотреба с господстващо положение и че същото важи и за предоставените от такова предприятие отстъпки за лоялност (решение от 13 февруари 1979 г., Hoffmann-La Roche/Комисия, 85/76, EU:C:1979:36, т. 89).

- 47 В решение от 6 септември 2017 г., Intel/Комисия (C-413/14 P, EU:C:2017:632, т. 138), Съдът обаче на първо място внася уточнение в тази съдебна практика, в случай че в хода на административното производство предприятие с господстващо положение поддържа, като представя доказателства в подкрепа на твърденията си, че поведението му не е могло да ограничи конкуренцията, и по-специално да породи сочения отстраняващ ефект.
- 48 В тази насока Съдът посочва, че в такива случаи органът за защита на конкуренцията не само е длъжен да анализира, от една страна, значимостта на господстващото положение на предприятието на съответния пазар и от друга, степента на пазарно покритие на спорната практика, както и условията и правилата за предоставяне на разглежданите отстъпки, продължителността и размера им, но е и длъжен да прецени евентуалното наличие на стратегия за отстраняване на конкурентите, които са поне също толкова ефективни колкото и предприятието с господстващо положение (решение от 6 септември 2017 г., Intel/Комисия, C-413/14 P, EU:C:2017:632, т. 139).
- 49 На второ място Съдът добавя, че анализът дали може да се предизвика отстраняване е релевантен и за преценката на въпроса дали схема за отстъпки, която по принцип попада под забраната на член 102 ДФЕС, може да бъде обективно обоснована. Освен това неблагоприятният за конкуренцията отстраняващ ефект на схемата за отстъпки може да бъде неутрализиран и дори преодолян чрез предимства от гледна точка на ефективността, които са от полза и за потребителите. Благоприятните и неблагоприятните за конкуренцията последици от спорната практика може да се претеглят по този начин само след анализ на присъщата годност на разглежданата практика да отстрани конкуренти, които са поне също толкова ефективни колкото предприятието с господстващо положение (решение от 6 септември 2017 г., Intel/Комисия, C-413/14 P, EU:C:2017:632, т. 140).
- 50 Наистина в рамките на това второ уточнение Съдът споменава само схемите за отстъпки. Тъй като обаче както практиките на отстъпки, така и клаузите за изключителност могат да бъдат обективно обосновани или пораждащите от тях неблагоприятни последици да бъдат неутрализирани и дори преодоляни с предимства от гледна точка на ефективността, които са от полза и за потребителя, това уточнение трябва да се разбира в смисъл, че то важи както за едната, така и за другата от тези практики.
- 51 Освен това, наред с обстоятелството, че такова тълкуване изглежда в съответствие с първото уточнение, направено от Съда в посоченото решение от 6 септември 2017 г., Intel/Комисия (C-413/14 P, EU:C:2017:632, т. 139), следва да се констатира, че макар поради естеството си клаузите за изключителност да пораждат основателни опасения в областта на конкуренцията, способността им да отстраняват конкурентите не е автоматична, както впрочем е видно от съобщението на Комисията, озаглавено „Насоки за приоритетите на Комисията по прилагането на член [102 ДФЕС] в областта на злоупотребата с практики на отстраняване на конкуренти, наложени от предприятия с господстващо положение“ (ОВ С 45, 2009, стр. 7, т. 36).
- 52 От това следва, от една страна, че когато орган за защита на конкуренцията подозира, че дадено предприятие е нарушило член 102 ДФЕС, прилагайки клаузи за изключителност, и в хода на производството, представяйки подкрепящи доказателства, това предприятие

оспорва, че посочените клаузи конкретно могат да отстранят от пазара също толкова ефективни конкуренти, на етапа на квалифицирането на нарушението посоченият орган трябва да се увери, че при обстоятелствата в конкретния случай тези клаузи могат реално да отстранят от пазара също толкова ефективни конкуренти като това предприятие.

- 53 От друга страна, започналият това производство орган за защита на конкуренцията е длъжен да прецени и конкретно дали тези клаузи могат да ограничат конкуренцията, когато в хода на административното производство заподозряното предприятие, без формално да оспорва, че поведението му е могло да ограничи конкуренцията, поддържа, че поведението му е обосновано.
- 54 Във всеки случай представянето в хода на производството на доказателства, които могат да удостоверят невъзможността да се предизвикат ограничителни последици, поражда задължение за този орган по конкуренция да ги разгледа. Всъщност, за да бъде спазено правото на изслушване, което съгласно постоянната съдебна практика представлява общ принцип на правото на Съюза, се изисква органите за защита на конкуренцията да изслушат предприятието с господстващо положение, което означава те да отделят цялото необходимо внимание на представеното от него становище и внимателно и безпристрастно да разгледат всички относими към случая обстоятелства, и по-специално представените от това предприятие доказателства (вж. в този смисъл решение от 12 май 2022 г., Servizio Elettrico Nazionale и др., C-377/20, EU:C:2022:379, т. 52).
- 55 От това следва, че когато предприятието с господстващо положение е представило икономическо проучване, за да докаже, че практиката, за която е упрекувано, не може да отстрани конкурентите, компетентният орган за защита на конкуренцията не може да изключи относимостта на това проучване, без да изложи причините, поради които счита, че то не позволява да се докаже, че разглежданите практики не могат да нарушат ефективната конкуренция на съответния пазар и следователно без да даде възможност на посоченото предприятие да направи доказателствени искания, за да може да замени това проучване.
- 56 Що се отнася до критерия за също толкова ефективния конкурент, който запитващата юрисдикция изрично споменава в запитването си, следва да се припомни, че това понятие се отнася до различни критерии, общото между които е, че имат за цел да се прецени дали дадена практика може да породи антиконкурентен отстраняващ ефект, като се вземе предвид способността на също толкова ефективен хипотетичен конкурент на предприятието с господстващо положение по отношение на структурата на разходите да предложи на клиентите достатъчно изгодни цени, за да ги насърчи да сменят доставчика въпреки създадените неблагоприятни последици, без това да има за последица претърпяването на загуби от страна на посочения конкурент. Тази способност обикновено се определя с оглед на структурата на разходите на самото предприятие с господстващо положение.
- 57 Критерий от такова естество обаче може да бъде нецелесъобразен, по-специално при наличието на някои неценови практики, като например отказ за доставка, или когато съответният пазар е защитен със сериозни бариери. Освен това подобен критерий е само един от методите, позволяващи да се прецени дали дадена практика може да породи отстраняващ ефект, като при този метод впрочем се взема предвид само ценовата конкуренция. По-конкретно прилагането от предприятие с господстващо положение на други ресурси освен регулиращите основаната на качествата конкуренция може при

определени обстоятелства да е достатъчно, за да се установи наличието на такава злоупотреба (вж. този смисъл и решение от 12 май 2022 г., Servizio Elettrico Nazionale и др., C-377/20, EU:C:2022:379, т. 78).

- 58 Следователно органите за защита на конкуренцията не могат да бъдат правно задължени да прилагат критерия за също толкова ефективния конкурент, за да констатира, че дадена практика представлява злоупотреба (вж. в този смисъл решение от 6 октомври 2015 г., Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, т. 57).
- 59 При все това, дори при наличието на неценови практики релевантността на този критерий не може да бъде изключена. Всъщност този критерий може да се окаже полезен, при положение че последиците от съответната практика могат да бъдат количествено определени. По-специално при клаузите за изключителност подобен критерий теоретично може да послужи, за да се установи дали хипотетичен конкурент със структура на разходите, аналогична на тази на предприятието с господстващо положение, би бил в състояние да предлага своите стоки или услуги не на загуба или при недостатъчна печалба, ако трябва да поеме обезщетенията, които дистрибуторите би трябвало да платят, за да сменят доставчика си, или загубите, които те биха понесли след тази промяна в резултат на оттеглянето на договорените преди това отстъпки (вж. по аналогия решение от 25 март 2021 г., Slovak Telekom/Комисия, C-165/19 P, EU:C:2021:239, т. 110).
- 60 Следователно, когато заподозряно в злоупотреба предприятие с господстващо положение предостави на орган за защита на конкуренцията анализ, основан на критерий за също толкова ефективния конкурент, посоченият орган не може да изключи това доказателство, без дори да разгледа доказателствената му стойност.
- 61 Това обстоятелство не се поставя под въпрос поради наличието на множество спорни практики. Всъщност, дори да се предположи, че такъв критерий не може да обхване кумулативните последици от тези практики, това не променя факта, че резултатът от критерий от такова естество може все пак да представлява индичия за последиците от някои от посочените практики и поради това да бъде релевантен, за да се установи дали разглежданите практики могат да бъдат квалифицирани по определен начин.
- 62 По изложените съображения на втория въпрос следва да се отговори, че член 102 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че при наличието на клаузи за изключителност, съдържащи се в договори за дистрибуция, за да констатира злоупотреба с господстващо положение, орган за защита на конкуренцията трябва — с оглед на всички релевантни обстоятелства и като вземе предвид по-специално евентуално представените от предприятието с господстващо положение икономически анализи, че разглежданото поведение не може да отстрани от пазара също толкова ефективни конкуренти като него — да докаже, че тези клаузи могат да ограничат конкуренцията. Прилагането на критерий за също толкова ефективен конкурент е факултативно. Ако обаче резултатите от прилагането на този критерий са представени от съответното предприятие в хода на административното производство, органът за защита на конкуренцията е длъжен да разгледа тяхната доказателствена стойност.

По съдебните разноси

- 63 С оглед на обстоятелството, че за страните по главното производство настоящото дело представлява отклонение от обичайния ход на производството пред запитващата юрисдикция, последната следва да се произнесе по съдебните разноси. Разходите, направени за представяне на становища пред Съда, различни от тези на посочените страни, не подлежат на възстановяване.

По изложените съображения Съдът (пети състав) реши:

- 1) Член 102 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че за действията, предприети от дистрибутори, които са част от дистрибуторската мрежа за стоките или услугите на производител с господстващо положение, може да се търси отговорност от последния, ако се докаже, че тези действия не са предприети самостоятелно от дистрибуторите, а са част от политика, решена едностранно от този производител и прилагана посредством посочените дистрибутори.
- 2) Член 102 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че при наличието на клаузи за изключителност, съдържащи се в договори за дистрибуция, за да констатира злоупотреба с господстващо положение, орган за защита на конкуренцията трябва — с оглед на всички релевантни обстоятелства и като вземе предвид по-специално евентуално представените от предприятието с господстващо положение икономически анализи, че разглежданото поведение не може да отстрани от пазара също толкова ефективни конкуренти като него — да докаже, че тези клаузи могат да ограничат конкуренцията. Прилагането на т.нар. критерий за също толкова ефективен конкурент е факултативно. Ако обаче резултатите от прилагането на този критерий са представени от съответното предприятие в хода на административното производство, органът за защита на конкуренцията е длъжен да разгледа тяхната доказателствена стойност.

Подписи