

**ОЛИГОПОЛНА СТРУКТУРА НА ПАЗАРА И КОНКУРЕНТНОТО ПРАВО.  
КОНСПИРАЦИЯ, ЗЛОУПОТРЕБА СЪС СЪВМЕСТНО ГОСПОДСТВАЩО ПОЛОЖЕНИЕ  
ИЛИ НЕВИННО ПАРАЛЕЛНО ПОВЕДЕНИЕ.**

*Ангел А. Ганев\**

Какви проблеми възникват за конкуренцията в пазари, където оперират малко на брой оператори, непритежаващи господстващо положение, които поради характеристики на структурата на въпросният пазар действат по паралелен начин и в резултат на това реализират печалба от тяхната колективна пазарна сила, без за тази цел да са сключили договор или да е налице съгласувана практика в смисъла на чл. 81 от Договора за създаване на европейска общност /ДЕО/<sup>1</sup> и чл. 9 от Закона за защита на конкуренцията /ЗЗК/<sup>2</sup>. Това явление се означава с няколко термина, използвани като синоними, а именно “съзнателен паралелизъм”, “мълчалива координация” или “мълчаливо съгласие”. То се проявява в пазари означавани като олигополни. В самото начало следва да се посочи, че олигополизъмът, подобно на много други понятия в конкурентното право<sup>3</sup> е икономическа категория. Икономическата наука е тази, която се занимава с изясняване на съдържанието, проявите форми и последиците от този феномен. За юристите, обаче, е от изключително значение познаването на основните икономически теории относно това явление, защото както ще видим, въпреки различията, които съществуват между икономистите, принципа на правна сигурност изисква правото да установи точни критерии за идентифициране на състоянието на олигополна пазарна структура. Основен въпрос от гледна точка на конкурентното право е дали така нареченият “олигополен проблем” е провокиран от поведението на компаниите, в който случай приложение биха намерили забраната на подобни практики наложени от Римския договор и ЗЗК или е следствие от структурата на съответния пазар, където по успешни като реакция биха били структурните средства.

Настоящата статия си поставя за задача да направи преглед на основните виждания по този въпрос, залегнали в правната литература и практиката на Европейската комисия /ЕК/ и съда на Европейския Съюз. За тази цел първо ще се разгледа въпроса за олигополната взаимозависимост и икономически теории, които са в основата на това понятие. След това ще бъдат изяснени основните характеристики на олигополните пазари и ще бъдат прегледани аргументите в дискусиата “за” и “против” намесата на органите за защита на конкуренцията в предотвратяване на паралелното поведение на компаниите. Най-накрая, ще бъде направен анализ на практиката на Европейската Комисия и съда на Европейския Съюз по приложение на антитръстовото законодателство по отношение на мълчаливата координация на фирмите опериращи в олигополни пазари, злоупотребата с съвместно господстващо положение и контрола върху концентрация на стопанска дейност.

---

\* Адвокат, LL.M (London) Corporate and Commercial Law, Center for Commercial Law Studies, Queen Mary College, University of London

<sup>1</sup> Консолидирана версия публикувана в ОJ С340, 10.11.1997, р. 173-308

<sup>2</sup> Обн. ДВ. бр. 52 от 8 Май 1998 г., изм. ДВ. бр. 112 от 29 Септември 1998 г., изм. ДВ. бр. 81 от 14 Септември 1999 г., изм. ДВ. бр. 28 от 19 Март 2002 г., изм. ДВ. бр. 9 от 31 Януари 2003 г., изм. ДВ. бр. 107 от 9 Декември 2003 г.

<sup>3</sup> Например монополизма и пазарното господство, за което вж. **Цветанов, И.**, За монополното право по чл.18, ал.4 от Конституцията на Република България, сп. “Търговско право”, бр. 2/2004 г., стр. 44.

## I. ОЛИГОПОЛ. ОЛИГОПОЛНА ВЗАИМОЗАВИСИМОСТ.

От терминологична гледна точка олигопол /oligopoly/ е състояние на пазара, което е някъде между монополизма и перфектната конкуренция където олиго /oligo/ значи малко, докато моно /mono/ значи един, а поли /poly/- много.<sup>4</sup> Терминът се използва да означава пазари, където операторите са малко на брой. Когато само няколко фирми се конкурират на даден пазар и те имат сходни технологии, подобни разходи и общност на интереси, но никоя от тях не притежава господстващо положение, тогава, съгласно теорията на олигополната взаимозависимост, те ще действат по паралелен начин, за да увеличат печалбата си.

С други думи, ограниченият брой на операторите и структурата на съответния пазар водят до тяхната олигополна взаимозависимост. Да допуснем, например, че на даден продуктов и географски пазар оперират две фирми А и Б, които продават еднороден продукт или предлагат еднородни услуги. Ако А намали крайната цена на продукта това би довело до привличане на голяма част от клиентите на Б. За да избегне този резултат Б следва да реагира, като намали цената съответно. Логично е, че нито един от конкурентите няма да увеличи цената едностранно, защото в този случай ще загуби голяма част от клиентите си. По този начин конкурентите в олигополния пазар са взаимозависими, те съзнават това, както и своя интерес от максимизиране на печалбите си и като резултат, конкуренцията по отношение на цените е минимална или не съществува въобще.

Коя е икономическата теория, на която е основана идеята за олигополната взаимозависимост. Този въпрос е генерирал значителна по обем литература.<sup>5</sup> Условно концепциите могат да бъдат разделени в две групи, съобразно периода на тяхното създаване на такива, които са преди и тези, които са след така наречената "теория на игрите".<sup>6</sup> Общия недостатък на теориите от първата група е, че те дават идея как фирмите действат към един даден момент, без да се вземе в предвид постоянното пазарно взаимодействие между конкурентите на даден пазар, което е бизнес реалността.

В настоящото изложение, без да се претендира за изчерпателност, ще бъде разгледана "теорията на игрите" и най- вече нейната разновидност "дилема на затворника", тъй като преобладаващото

---

<sup>4</sup> Chamberlin, E., *The Theory of Monopolistic Competition*, (Harvard University Press, Cambridge, 1950), p. 30

<sup>5</sup> Вж. например Scherer and Ross *Industrial Market Structure and Economic Performance* (Houghton Mifflin, 3<sup>rd</sup> ed, 1990) глави 6-8; Franzosi, *Oligopoly and the Prisoner's Dilemma: Concerted Practices and 'As If' Behaviour* (1988) 9 ECLR 385; *Competition Policy: A Game Theoretic Perspective* (Cambridge University Press, 1995)

<sup>6</sup> По отношение на концепциите преди "теорията на игрите" вж. Cournot, A., *Researches into the Mathematical Principles of the Theory of Wealth*, (Richard D. Irwin, Inc., Homewood, 1963). Модела на Cournot, представен за първи път през 1838 г. е основан на идеята, че всеки олигополист решава какъв обем да произведе и предложи на пазара, съобразно търсенето на пазара и допускането относно обема на производството на другия/ите олигополист/и. Тази концепция е критикувана от Joseph Bertrand, който през 1883 г. разработва модел съобразно, който фирмите решават едновременно, но не по отношение на количеството на продукцията, а относно цената на продукта. Логиката на този модел е, че който предлага по-ниската цена ще привлече по- голям брой клиенти и съответно ще произвежда и доставя по- големи количества на пазара. За този модел вж. D.W. Carlton and J.M. Perloff, *Modern Industrial Organization*, (2<sup>nd</sup> edition, Harper Collins College Publisher, New York, 1994), p. 233. Тези две концепции са доразвити от Henrich von Stackelberg. За разлика от тях, модела на Stackelberg /наричан още The Stackelberg Leader-Follower Model/, представен през 1934 г., допуска, че фирмите не действат едновременно, а едната от тях наречена лидер определя обема на производството си и останалите определят оптималните количества за тях като вземат в предвид търсенето на пазара и производствения обем на лидера. За този модел вж. R.S. Pindyck and D.L. Rubinfeld, *Econometric Models and Economic Forecasts*, (3<sup>rd</sup> edition, McGraw-Hill, New York, 1991) p. 44

мнение е, че тя е икономическата теория, на която е в основите на учението за “олигополния проблем” и колективното господстващо положение на пазара.

Теорията на игрите е създадена от von Neumann и Morgenstern през 1944 година.<sup>7</sup> Всяка игра се състои от следните елементи: играчи, стратегия и печалба, които имат следните характеристики:

Всеки играч се характеризира със способност да избира измежду различни варианти от действия, които може да предприеме. Като правило всеки играч е рационален, което на практика означава, че той ще предприеме това действие, което е най- благоприятно за него, като вземе в предвид действията на останалите играчи.<sup>8</sup>

Под стратегия се разбира перфектен план, който не може да бъде нарушен от действия на противника или от други обстоятелства, тъй като те са предвидени и са част от плана.<sup>9</sup> Такива планове се наричат още “господстващи стратегии” и могат да се опишат със следния израз “Правя най- доброто, което мога, независимо от това, което ти правиш.”

Печалбата, която всеки играч получава в края на играта са ползите които той може да извлече, като се приема, че всеки играч се стреми към максималната печалба, която може да получи от дадена игра.

Игрите от своя страна могат да бъдат кооперативни и некооперативни; единични и повтарящи се, последните от които повтарящи се безкрайно или за определен период от време.

Една от тези игри е така наречената “дилема на затворника”, която по дефиниция е некооперативна и единична.

Тази игра разглежда следната ситуация.<sup>10</sup> Двама затворници А и Б, съучастници в престъпление, са подложени на разпит в отделни стаи. Всеки от тях може да избира дали да признае или не участието си в извършване на престъплението. Ако само един от затворниците признае, той ще бъде освободен, а другият затворник ще лежи в затвора шест месеца. В случай, че и двамата отречат, тогава двамата ще бъдат задържани за по един месец. Ако двамата затворници признаят, ще бъдат задържани за по три месеца. Така в рамките на играта ако Б реши да отрече, тогава за А е по- добре да признае, тъй като в този случай той ще бъде освободен. Ако затворника Б признае, тогава и за А е също по- добре да признае, тъй като тогава А ще бъде осъден на три месеца, а не на шест както би се случило ако отрече. Изводът е, че каквото и да предприеме Б за А е по- добре да признае, като същото важи и за Б. В тази игра има два възможни варианта за излизане от ситуацията. Единият е затворниците предварително да се договорят да отричат, в който случай ще лежат в затвора по един месец- кооперативна стратегия или в случай, че не са имали възможност да направят това и за двамата е по- изгодно да признаят, при която хипотеза ще бъдат в затвора за по три месеца- това е стратегия, при която всеки действа в собствен интерес без оглед на това, какво ще реши другият.

Как теорията на игрите и по- специално модела описан по- горе може да се използва, за да се обясни олигополната взаимозависимост. В описаната игра участниците се срещат и образно казано

---

<sup>7</sup> J. von Neumann and O. Morgenstern, Theory of Games and Economic Behavior, (2<sup>nd</sup> edition, Princeton University Press, Princeton, 1947).

<sup>8</sup> Nicholson, W., Microeconomic Theory- Basic Principles and Extensions, ( 7<sup>th</sup> ed, the Dryden Press, Forth Worth, 1998), p. 266

<sup>9</sup> Williams, J.D., The Compleat Strategist, rev.ed., (McGraw-Hill Book Company, New York,1966) стр. 16.

<sup>10</sup> Примерът е взет от Varian, H.R., Intermediate Microeconomics, (4<sup>th</sup> edition, W.W. Norton & Company, New York/London 1996), p. 475

я разиграват веднъж. В бизнес реалността обаче не е така. Фирмите осъществяват бизнеса си за продължителен период от време като взаимодействието им е постоянно. Конкурентите съзнават тяхната взаимозависимост, което на практика значи, че съобразяват решенията си относно цените, маркетинга или обема на производството си с действията и решенията на конкурентите. Тъй като агресивни действия биха имали за резултат реципрочни мерки, на практика конкурентите имат стимул да се държат кооперативно.<sup>11</sup>

За да приложим теорията на игрите към олигополната взаимозависимост, приемаме, че играта “дилема на затворника” има следните характеристики:

- тя е постоянно повтаряща се за неопределен период от време;
- играчите са фирми, осъществяващи дейност на даден пазар;
- стратегиите избрани от играчите са бизнес решения касаещи цени, производителност и др;
- ползите към които се стремят играчите са парични печалби;
- тъй като договорките /включва договори и съгласувана практика/ между конкурентите са забранени от чл. 81 от ДЕО и чл. 9 от Закона за защита на конкуренцията играта е некооперативна.

Нека да си представим ситуация от две фирми А и Б /дуопол/, които решават относно цените на техните продукти.<sup>12</sup>

#### Фирма Б

Фирма А	Ниска цена	Висока цена
Ниска цена	10,10	100, -50
Висока цена	-50,100	50, 50

Ако и двете фирми наложат високи цени, те ще реализират по- висока печалба /50/, отколкото ако наложат ниски цени /10/. Обаче, в случай, че фирма А изисква високи цени, а фирма Б продава продуктите си на по- ниски цени тогава А ще загуби (-50), а Б ще спечели (100) и обратно. Следователно за всяка една от фирмите печелившата стратегия е да продава на ниски цени, защото тогава със сигурност ще спечели 10.

Някой би се запитал, след като резултата от тази игра са ниски цени, какви са проблемите за конкуренцията, в крайна сметка ниските цени ползват потребителите. Нещо повече. Едно от основните възражения срещу такава структура на пазара е, че олигополистите използвайки тяхната колективна икономическа сила, извличат печалба, която по принцип би реализирал монополист. Въпросът следователно е как в олигопол един от операторите на пазара повишава цените без да понесе риска от загуби на клиенти в полза на конкуренти си или без да влиза в забранени от закона договорки с тях. Един от възможните отговори е моделът, при който една от фирмите повишава цените и това действа като сигнал за останалите конкуренти, които имат

<sup>11</sup> Chamberlin, E., цитирано съчинение, вж. бележка 3

<sup>12</sup> Примерът е взет от R.S.Pindyck and D.L.Rubinfeld, цитирано съчинение в бележка 5

интерес от по-високи печалби, да направят същото. Икономическата наука приема, че това може да стане по един от следните начини.<sup>13</sup> Фирма, която има господстващо положение на пазара повишава цените и останалите правят същото, защото е в техен интерес /dominant price leadership/. Тъй като по дефиниция нито една фирма няма господстващо положение в олигополния пазар, този модел не може да намери приложение тук. Второ, една от фирмите повишава цените принудена от увеличаване на разходите за производство и също правят и останалите, тъй като увеличението засяга и тях /barometric price leadership/. Но ако са налице такива обективни фактори, логично ли е конкурентното право да осъжда подобни паралелни действия. При третата хипотеза е налице уговорка, че фирмите ще следват сигналите на една от тях, която от време на време ще повишава цената и другите ще правят същото /collusive price leadership/. Това, обаче, може да бъде изтъкнато като договор или съгласувана практика и по този начин да попадне под ударите на антитръстовото законодателство.

## **II. ХАРАКТЕРИСТИКИ НА ОЛИГОПОЛНИЯ ПАЗАР. “ЗА” И “ПРОТИВ” НАМЕСАТА НА КОНКУРЕНТНОТО ПРАВО ПО ОТНОШЕНИЕ НА ПАРАЛЕЛНОТО ПОВЕДЕНИЕ НА КОНКУРЕНТИТЕ.**

Беше посочено по-рано, че една от характерните особености на олигополната структура на пазара е високата концентрация. Два въпроса възникват в това отношение. Има ли точно определен брой участници, след надвишаването, на който пазара не би разкривал особеностите посочени по-горе. И второ, единствен решаващ фактор ли е малкият брой на конкурентите, притежаващи големи пазарни дялове, без обаче някой от тях да окупира господстващо положение на пазара, за установяване на олигополен характер на пазара.

По отношение на първия въпрос, няма единно становище относно броя на участниците на пазара. Анализирайки практиката на ЕК и съдилищата на ЕС се установява дори наличието на взаимноизключващи се становища. Така например в казуса Wood Pulp<sup>14</sup> в противовес на установеното от ЕК, съдът на Европейския съюз е възприел становището на експертите за съществуване на олигопол на европейския пазар на дървесинна каша при условие, че доставчиците на пазара на ЕС са били петдесет и трима.<sup>15</sup> От друга страна в последващо решение, касаещо концентрация на стопанска дейност между две от големите одиторски фирми Price Waterhouse/ Coopers & Lybrand<sup>16</sup>, ЕК е приела, че колективно господстващо положение /резултиращо и отразяващо олигополната структура на пазара/ на повече от три или четири компании е невъзможно и непостижимо в дългосрочен план.

Тоест, въпреки, че проблема се означава като олигополен, термин отразяващ малкия брой на конкурентите, действащи на съответния пазар, високата концентрация е само един от факторите обуславящи наличието на пазарна структура, която води до паралелно поведение. За да се случи

---

<sup>13</sup> u “The nature and Significance of Price Leadership” (1951) 41 Am Ec Rev, p. 891-905

<sup>14</sup> Решението на ЕК 85/202/ЕЕС е публикувано в ОJ (1985) L 85/1

<sup>15</sup> С-89/85 A. Ahlstrom Oy and others v Commission (1993) 4 CMLR 407 в параграф 102 от решението се посочва, че съответния пазар може да се определи като група от няколко олигополи- олигоспони. Този извод се обосновава с характера на стоката: определен вид хартия може да се произвежда от определена смес дървесинна каша. Така всеки производител на даден вид хартия може да закупува суровината от ограничен брой производители на дървесинна каша /олигопол/, а от друга страна производителя на определена смес от дървесинна каша може да я продава на ограничен брой производители на хартия /олигоспон/.

<sup>16</sup> Решение от 20.05. 1998 г. публикувано в ОJ (1999) L50/27

мълчаливата координация едно или повече от следните допълнителни условия трябва да са налице:

Първо, трябва да е налице прозрачност<sup>17</sup> относно цените, обемите на производство, продажбите и търсенето.<sup>18</sup> Това е така, защото, за да е налице успешно паралелно поведение, конкурентите трябва бързо и лесно взаимно да се наблюдават и да реагират съответно.

Второ, трябва да е налице механизъм за наказване на фирмата, която се отклони от паралелното поведение. Ползите за олигополистите ще бъдат изгубени, в случай, че някой от тях се отклони от мълчаливата координация и едностранно намали цените. Дисциплината между конкурентите може да се поддържа с различни средства, като най-тежкото от тях е ценовата война. Тъй като при нея всички губят, възможността от предизвикването ѝ, играе роля на превантивна мярка срещу желанието на фирмите да "мамят".

Еднородността на продукта или услугата е друг фактор, защото ако те се различават ще бъде налице конкуренция с оглед на техните качества, което ще минимизира вредните ефекти на липсата на ценова конкуренция.

Нееластичност на търсенето е следващо условие, за да е налице олигопол. В случай, че някоя от компаниите реши да конкурира в ценово отношение другите фирми, загубата на приходи, резултат от намаляването на цените не може да се компенсира от печалбата получена в резултат на увеличаване обем на продажбите, тъй като такъв не може да се осъществи при нееластичност на търсенето.

В случай, че олигополистите извличат печалба, която не биха постигнали ако имаше действаща конкуренция, то тогава, такъв пазар би действал като магнит за другите компании, навлизането, на които би довело до деконцентрацията на същия. Практиката показва, че това не се случва и основната причина са високите бариери за навлизане.<sup>19</sup> Те от своя страна могат да бъдат правно-административни- например необходимост за получаване на лиценз за осъществяване на дадена дейност; икономически- висока първоначална инвестиция; технологични- например ограничен радио- честотен ресурс<sup>20</sup>; така наречените "потънали разходи" /sunk costs/, представляващи разноските, които компанията ще претърпи, за да навлезе на пазара, но които не може да си възстанови, когато излиза от него и др.

Изяснявайки характерните особености на структурата на пазара, който благоприятства паралелното поведение на конкурентите без да е налице договор или съгласувана практика, въпросите, които се нуждаят от отговор са: следва ли органите, които са ангажирани със защита на конкуренцията, да предприемат мерки срещу действията на тези компании и при положителен отговор, какви трябва да бъдат те.

---

<sup>17</sup> вж. параграф 103 от цитираното в бележка 15 решение.

<sup>18</sup> вж. параграф 219 на решение на Европейския съд по делото придобило публична известност като *Kali & Salz, joint cases C-68/94, C30/95, France and others v. Commission*, (1998) ECR I- 1453

<sup>19</sup> Определението, което се дава за "бариери за навлизане" в теорията е, че те са "цената, която трябва бъде понесена от фирма, търсеща навлизане на даден пазар, но която не се понася от фирмите, които вече оперират на същия пазар" вж. **Bork**, *The Antitrust Paradox* (Basic Books, 1995) 310-311. Следва да се посочи, че ЕК и съдилищата при решаване на въпроса дали дадена фирма притежава господстващо положение са възприели по-широкото понятие за бариери за навлизане. Съгласно него, не е необходимо да има някаква асиметрия между компаниите, които са и тези, които искат да бъдат на даден пазар. Според това схващане, например, достъпа до капитал, големите разноси за реклама на даден продукт и за създаване на брандов имидж са също бариери за навлизане на пазара, вж. напр. *Soda-ash- ICI OJ* 1991 L 152/40.

<sup>20</sup> вж. решение на КЗК № 80/2004 г. "БидКо" АД и "Мобилтел" ЕАД.

Отправна точка на тази дискусия са неблагоприятните ефекти от съществуването на олигополна структура на пазара.

Естествен стремеж на всяка компания е да максимизира печалбата си. Тя от своя страна е най-голяма, когато пазара е монополен. Монополистът може да си позволи да намали обема на производството, като по този начин увеличи търсенето на продукта, което в крайна сметка ще доведе до увеличаване на цената. Освен това, незаплашен от действията на потенциални конкуренти, монополистът може да експлоатира потребителя като формира цени, които не са разходно-ориентирани, като по този начин цената, определена от монополиста се превръща в пазарна.

Олигополният пазар дава на фирмите работещи на него много от предимствата, които има монополистът. Тъй като конкурентите са взаимозависими, те трябва да съобразяват действията си един с друг, като крайният резултат са цени, които са над нивото, на което щяха да бъдат, ако пазара беше конкурентен. Липсата на конкуренция способства за икономически неефективни действия на фирмите.

Като всяка теория и тази има своите привърженици и критици. Критицизмът на “олигополната теория” се движи в диапазон от пълно й отричане до твърдение за сериозно надценяване на въздействието на структурата на пазара върху поведението на конкурентите.<sup>21</sup>

Първият аргумент против е, че взаимозависимостта на олигополистите се преувеличава. Счита се, че дори в класически олигопол, една от фирмите може да намали цените едностранно. В случай, че пазара не се характеризира с голяма прозрачност, докато конкурентите разберат за този ход, първата фирма може да реализира такива печалби, че да компенсират разходите, които би направила при последваща ценова война.

Твърди се също така<sup>22</sup>, че олигополната теория възприема за основа една опростена картина на структурата на пазара. Както вече беше изтъкнато, взаимозависимостта е налице, когато продуктите са идентични и разходите на конкурентите са сравними. На практика, обаче, пазарните условия се различават, тъй като продуктова диференциация може да е налице, възможно е разходите на конкурентите да са различни, фирмите да имат различни по размер пазарни дялове и не на последно място, възможно е да съществува лоялност от страна на клиента към бранда на някой от конкурентите. Много други фактори могат да влияят на средата, в която олигополистите оперират. Концентрацията на пазара на страна на купувачите е също от значение, колкото е по-концентриран той, толкова по-малко олигополистите могат да се конкурират, тъй като опита да се привлекат клиенти лесно може да се идентифицира. Съществува вероятност олигополистите да мамят, като дават търговски отстъпки и намаления на лоялните си клиенти, без това да се отразява в цените, които са публично оповестени. С оглед на горното се защитава тезата, че олигополните пазари се различават значително един от друг, което затруднява създаването на единна теория относно това как тези пазари функционират и как трябва да се реагира.

Теорията за взаимозависимостта не дава обяснение защо в някои олигополни пазари все пак съществува конкуренция. Дори конкуренцията по отношение на цените да е минимална или да не съществува въобще, олигополистите се конкурират по други начини. Например, фирмите могат да предлагат продукти от по-високо качество, по-дълго гаранционно обслужване; да правят

---

<sup>21</sup> Вж. **Bork**, *The Antitrust Paradox* (Basik Books, 1978), глава 8

<sup>22</sup> Вж. **Wish, R.**, *Competition Law* (4<sup>th</sup> edition, Butterworths, 2001), p. 463-465

значителни инвестиции за иновации, техническо и научно развитие, за подобряване на имиджа на търговските си марки<sup>23</sup>; да въвеждат схеми, гарантиращи лоялността на клиентите.<sup>24</sup>

Обобщавайки, прегледът на икономическите теории ни навежда на извода, че икономическата наука не е единна относно така наречената олигополна теория. Въпреки това, практиката показва, че проблем съществува и доколкото конкуренцията и конкурентното право са засегнати, той се състои в паралелното поведение на олигополистите, водещо до липса на ценова конкуренция. Това обосновава и необходимостта за интервенция на такива пазари, като дебата е само относно средствата, които трябва да бъдат използвани и мерките, които трябва да бъдат предприети.

Два основни подхода съществуват за третиране на този вид пазари- структурен подход и подход, който е насочен срещу поведението на олигополистите.

Логиката на първият подход е, че след като индустриалната структура предизвиква олигополния проблем, то и мерките, които следва да се използват трябва да са структурни. Това е свързано с установяване на система, която е способна да предотвратява създаването на пазарна структура, която предразполага към паралелно поведение. Както ще видим по- долу, по силата на Регламент 4064/89<sup>25</sup> ЕК е оправомощена да предотвратява създаването на колективно господстващо положение, резултиращо от концентрация на стопанска дейност. Що се отнася до пазари, които са олигополни, но не в резултат на концентрация, новият Регламент 1/2003 г.<sup>26</sup>, който е в сила от 01.05.2004 г. в чл. 7, ал.1 предвижда възможността ЕК да предприема мерки от структурно естество, което не беше възможно по силата на отменения вече Регламент 17/62. За да прибегне до такива мерки трябва да е налице една от следните предпоставки: да няма достатъчно ефективни други мерки /например налагане на глоба/ или пък другите налични мерки на практика да са по-тежки за компанията от колкото са структурните мерки. Последните трябва да отговарят на изискването за пропорционалност. Те ще бъдат пропорционални, когато, първо, са необходими за постигане на целта и второ, не отиват по- далеч от необходимото за постигането ѝ. В рецитал 12 от уводната част на регламента се посочва, че мярка засягаща структурата на предприятието е пропорционална само, когато е налице съществен риск за продължаващо или повтарящо се нарушение на чл. 81 или чл. 82 и то е пряка последица от структурата на въпросното предприятие. Времето ще покаже как на практика тази възможност ще бъде използвана от ЕК, за да се адресира олигополния проблем. Счита се, че след като малкия брой на конкурентите води до нежеланата пазарна структура, деконцентрацията, чрез създаване на условия за навлизане на нови компании би трябвало да е правилното средство за преодоляване на паралелизма.<sup>27</sup> За съжаление това, обаче не е универсално лекарство. В случай, че проблемът е икономии от мащаба - пазарът може да поддържа три или четири фирми, безсмислено е той да бъде деконцентриран, тъй като това би довело до неефективност и други мерки, като регулиране на цените са може би по- подходящи.<sup>28</sup>

Вторият подход е основан на допускането, че паралелизма в действията на олигополистите може да бъде избегнат независимо от структурата на пазара. Привържениците на тази идея, считат, че

<sup>23</sup> Например на пазара на високо-алкохолни напитки, както и на пазара на бира.

<sup>24</sup> Пример за такива схеми са тези предлагани от: авиокомпаниите, за отстъпки, които се предоставят, когато се надвиши определен брой пътувания; от супермаркети и бензиностанции- карти, които предоставят различни права при натрупване на определен брой точки, получаването, на които е обвързано с обема на покупките и т.н.

<sup>25</sup> Регламент 4064/89, ОJ (1989) L 395/1, изменен с Регламент 1310/97, ОJ (1997) L 180/1

<sup>26</sup> Регламент 1/2003, ОJ (2003) L1/1

<sup>27</sup> Добър пример в това отношение е пазара на мобилни телефонни услуги в България. Предстоящото лицензиране на трети GSM оператор доведе до намаляване на цените от страна на действащите оператори в диапазона 20-30 %, въпреки под формата на предплатени пакети с минути.

<sup>28</sup> Вж. **Posner and Easterbrook**, Antitrust 2<sup>nd</sup> ed (West Publishing Company 1980)



генезиса на проблема е самото поведение на конкурентите, които в крайна сметка могат да бъдат принудени да се държат конкурентно. Най- крайното проявление на този подход е паралелизма по отношение на цените да се счита за незаконен *per se*. Но ако паралелното поведение на компаниите е рационален отговор на условията на пазара, защо трябва да се изисква от тях да се държат икономически ирационално под страх да не нарушат разпоредбите на конкурентното законодателство. Както ще видим по- нататък в изложението, конкурентното право може да се използва, за да се контролира поведението на олигополистите, но само когато са налице всички предпоставките за приложението му независимо от това дали пазарът е олигополен или не.

Друга начин за справяне с паралелното поведение на олигополистите е така наречения регулаторен подход.<sup>29</sup> Основното в него е ценообразуването в олигополни пазари да се регулира от държавна агенция. Възможни са различни варианти за постигане на тази цел, като например, цените да се фиксират на ниво, което да се счита за конкурентно; олигополистите да нотифицират цените до държавната агенция и след това да са длъжни да се придържат към тях за определен период от време. В България регулативния подход се използва за контрол на поведението на фирмите, ценообразуващи на пазарите на пренос, разпределение и продажба на електрическа и топлинна енергия и природен газ.<sup>30</sup> В избраният модел на ценова регулация се използват следните методи: норма на възвращаемост на капитала (разходи плюс) и регулиране чрез стимули, който се дели на горна граница на цени /при която комисията определя горна граница на цените/ и горна граница на приходи /при която комисията определя горна граница на приходите/. Характерното за тези методи е, че Държавната комисия за енергийно регулиране утвърждава цените образувани по методологията предвидена в закона и наредбите, като енергийните предприятия следва да докажат така наречените икономически обосновани разходи. Регулативния подход обаче не е панацея за разрешаване на олигополния проблем. Регулирането на цени противоречи на принципите на пазарната икономика и не може да бъде нищо друго освен временна мярка, защитаваща потребителите в преходния период насочен към създаване на работеща конкуренция. Това се отчита и от самия Закон за енергетиката, който в чл. 30, ал. 4 предвижда, че цените не подлежат на регулиране, когато комисията установи, че е налице конкуренция, "която създава предпоставки за свободно договаряне на цените при пазарни условия за съответната дейност в енергетиката".

### **III. ПАРАЛЕЛНО ПОВЕДЕНИЕ И КОНКУРЕНТНО ПРАВО НА ЕВРОПЕЙСКИ СЪЮЗ.**

В настоящата част на изложението, ще бъде разгледано как паралелното поведение на олигополистите се третира от ЕК и съдилищата в тяхната практика по приложение на чл. 81, 82 от ДЕО и по Регламент 4064/89. В същото време ще бъде направен и паралел с някои от решенията на Комисията за защита на конкуренцията /КЗК/ и Върховния административен съд /ВАС/, тъй като преобладаващо КЗК е възприел законодателството на ЕС в тази област на конкурентното право, задължение произтичащо от ангажиментите на България в преговорния процес за присъединяване към ЕС.

<sup>29</sup> Bishop, "Oligopoly Pricing: a Proposal" (1983) 28 Antitrust Bulletin 311.

<sup>30</sup> Вж. Закон за енергетиката Обн. ДВ. бр. 107 от 9 Декември 2003 г. изм. ДВ. бр. 18 от 5 Март 2004 г., Глава трета "Регулиране на дейностите в енергетиката", Раздел IV "Ценово регулиране" и Наредба за регулиране на цените на електрическата енергия, Обн. ДВ. бр. 17 от 2 Март 2004 г., Наредба за регулиране на цените на природния газ Обн. ДВ. бр. 55 от 25 Юни 2004 г. и Наредба за регулиране на цените на топлинната енергия, Обн. ДВ. бр. 55 от 25 Юни 2004 г.

За разлика от някои национални системи<sup>31</sup> в конкурентното право на ЕС няма изрична разпоредба, регулираща поведението на олигополистите. Два пътя са следвани, за да се обхване проблема с паралелното поведение на конкурентите: чрез използване на концепцията за конспирацията и съгласуваната практика (чл. 81 ДЕО) и чрез разработване на идеята за колективното господстващо положение на пазара (чл. 82 ДЕО и Регламент 4064/89).

#### 1. Чл. 81 (1) от ДЕО.

Съгласно тази разпоредба:

“се забраняват като несъвместими с общия пазар всички споразумения между предприятия, решения на асоциации на предприятия и съгласувана практика, които биха могли да засегнат търговията между държавите членки, и които имат за своя цел или резултат предотвратяването, ограничаването или нарушаването на конкуренцията в рамките на общия пазар.....”

Безспорно е, че споразуменията между олигополистите, чрез които те уговарят паралелно повишаване на цените, ограничават или контролират производството си и които отговарят на всички условия посочени по-горе и не са с незначителен ефект<sup>32</sup>, попадат в обхвата на чл. 81 (1) и е малко вероятно да получат разрешение за освобождаване от забраната по чл. 81/3/.<sup>33</sup> В своята практика съдът на ЕС е дал разширително тълкуване на термина “споразумение”, като тук се обхващат устни, писмени договори, така наречените “джентълменски споразумения”<sup>34</sup> и изобщо всяко постигане на съгласие, дори то да не е правно задължително за страните и неизпълнението му да не е обвързано с някаква санкция.<sup>35</sup>

Практиката показва, че много рядко конкурентите оставят следи за тази незаконосъобразни споразумения, което води до значителна трудност за събиране на доказателства по отношение наличието на картел. За да се разшири предметния обхват на чл. 81(1) е въведено понятието “съгласувана практика”. Определението за съгласувана практика се извежда от решенията на съда на ЕС. Така от комбинирания ефект на решенията по казусите, придобили публична известност под имената Dyestuffs<sup>36</sup> и Sugar Cartel<sup>37</sup> е видно, че съгласувана практика е:

“форма на координация между предприятия, които, без да е налице договор между тях, съзнателно заменят рисковете, произтичащи от конкуренцията с практическо сътрудничество, което води до състояние на конкурентната среда несъответстващо на условията на обичайната пазарната структура, като се има в предвид особеностите на продукта, големината и броя на предприятията, както вида и характера на въпросния пазар.”

<sup>31</sup> Например в Германия по силата на Restraint of Competition Act, чрез приложението на член 22 е възможно да се регулира поведението на олигополистите. За по пълна информация по този въпрос вж. **Richard Wish and Brenda Surfin**, *Oligopolistic Markets and EC Competition Law* 12 YEL 59 (1992), стр. 60-62

<sup>32</sup> Изискване придобило известност като *de minimis* не се съдържа в чл. 81(1), но е наложено от Съда на ЕС в неговата практика, вж. решение по дело *Volk v. Vervaecke case 5/69* (1969) ECR 295 и е отразено от в ЕК в *Notice on Agreements of Minor Importance OJ* (2001) C 368/07. В ЗЗК това изискване е уредено в чл. 10.

<sup>33</sup> Вж. решение на ЕК по случая *UK Agricultural Tractor registration Exchange*, публикувано в *OJ* 1992 L 68/19.

<sup>34</sup> дело 41/69 *ACF Chemiefarmia NV v EC Commission* (1970) ECR 661.

<sup>35</sup> Особено показателно в това отношение е първото от няколко решения на ЕК по така наречените PVC казуси *OJ* (1989) L 74/1, потвърдено и от ПИС на ЕС- *T- 1/89Rhone Poulenc v. Commission* (1991) ECR II-867, с което се приема, че отделните уговорки между членове на един картел, за целите на чл. 81(1) се тълкуват като един общ договор

<sup>36</sup> Дело 48/69 *ICI v Commission* (1972) ECR 619, параграф 64

<sup>37</sup> Дело 40/73 *Suiker Unie v Commission* (1975) ECR 1663, параграф 26

От това определение е видно, че съгласуваната практика е форма на сътрудничество, което от юридическа гледна точка не е достигнало до такъв етап на съгласуване на волеизявления, че да се приеме наличието на договор. То от своя страна може да се изрази по различен начин, например размяна на информация между конкурентите, директни или индиректни контакти между тях и т.н. Това взаимодействие се осъществява съзнателно от предприятията с цел да се отстрани всякаква несигурност по отношение на действията на конкурентите. Основанието за осъждане на такава практика е принципът, че всеки икономически оператор трябва сам да определя поведението си на пазара.<sup>38</sup> От друга страна, всяка фирма е в правото си интелигентно да адаптира политиката си към настоящото и очакваното поведение на своите конкуренти, но без да влиза в каквото и да е взаимодействие с тях. От казаното до тук е очевидно, че доказването на действия, представляващи съгласувана практика е изключително затруднено. Установяването на такава практика изисква доказване на следните елементи: реципрочни контакти между конкурентите; паралелно поведение и причинна връзка между двете. Съдът на ЕС допуска доказването на сътрудничеството между конкурентите и причинната връзка с косвени доказателства. Например в *Suiker Unie*, цитирано по-горе, контактите между конкурентите, производители на захар, са изведени от писма разменени между производителите и техните дистрибутори, а не пряко между конкурентите. Приема се също така, че не е необходимо установяване на план за съгласуване на действията на конкурентите.<sup>39</sup> Друг интересен въпрос е следва ли да се докаже анти- конкурентния резултат на действията, представляващи съгласувана практика, съобразно разпоредбата на чл. 81 (1) от ДЕО. В по-новата си практика<sup>40</sup>, съдът на ЕС приема, че съгласуваната практика попада под ударите на чл. 81(1) дори и при липса на предотвратяване, ограничаване или нарушаване на конкуренцията на съответния пазар. Съдът дори отива по далеч, като заявява, че е налице оборима презумпция за съществуване на координация и сътрудничество между конкурентите, когато те осъществяват директни или индиректни контакти помежду си.

Как съотношението между теорията за съгласувана практика и паралелизма в олигополните пазари е уредено в практиката на съдилищата на общността. Както беше посочено по-горе едно от обясненията за ценовия паралелизъм е съществуването на договор или съгласувана практика между конкурентите. От друга страна, видяхме, че в условията на олигопол фирмите са принудени от характера на пазарната структура да съобразяват пазарното си поведение един с друг, за да оцелеят на пазара. Следователно, трябва да съществуват критерии за отличаване на паралелно поведение, резултат от конспирация и такова, наложено от пазарните условия.

В решението по делото *Dyestuff*, съдът на ЕС постановява, че паралелното поведение не може да се идентифицира със съгласувана практика. Въпреки това, то може да послужи като доказателство за наличието на такава в случай, че води до аномални условия за конкуренция на съответния пазар. Съдът доразвива тази теза в решението по делото *Sugar Cartel*, като посочва, че е допустимо за конкурентите да адаптират към поведението си един към друг без да е налице директен или индиректен контакт между тях. Терминът индиректен контакт изисква пояснение с оглед на голямото значение, което му се отдава в тази материя. Предварителното обявяване на цените на продуктите, например, може да се счита за индиректен контакт. В делото *Dyestuff*, ЕК, подкрепена и от съда приема, че е налице съгласувана практика довела до едновременното повишение на цените от производителите на бои в общността през 1964, 1965 и 1967 г. Две от тези

---

<sup>38</sup> Дело 172/80 *Zuchner v Bayerische Vereinsbank AG* (1981) ECR 2001, параграф 13, дело *P John Deere v Commission* (1998) ECR- I- 311, параграф 86

<sup>39</sup> *LdPE British Petroleum*, решение на ЕК ОЖ (1989) L 74/21

<sup>40</sup> Дело C- 199/92 *Huls AG v Commission* (1999) ECR I-4287 параграф 161-164, дело T- 141/92 *Thyssen Stahl v Commission* (1999) ECR II-347

повишения са били предшествани от едновременно предварително обявяване, а третото от среща между производителите, на която две от фирмите са обявили намеренията си. По този начин, по мнение на съда, конкурентите са премахнали всякаква несигурност по отношение на бъдещото си поведение, като са неутрализирали риска, предизвикан от едностранна промяна на бизнес политиката си.<sup>41</sup> Нещо повече, действайки по този начин, конкурентите правят пазара изкуствено прозрачен по отношение на процента, с който ще бъдат увеличени цените. Решението по това дело е забележително и в друго отношение. Съдът потвърждава действията на ЕК, като приема, че съгласувана практика може да се докаже на основата само на така наречени "икономически доказателства", които по същество представляват икономически данни, изследвани ретроспективно. Така например в конкретни случаи е прието, че ценовия паралелизъм е резултат от съгласувана практика, тъй като цените са увеличени почти едновременно с един и същи размер /първият и втория път с по 15% и третия с 8% /, с участието на почти всички производители на бои в общността и е засегнало един и същ вид продукт- анилинова боя.

Когато пазарната структура разкрива характер на олигопол, паралелното поведение на конкурентите може да се използва като доказателство за конспирация само, когато няма друго правдоподобно обяснение за него.<sup>42</sup> В *Zink Producer Group*<sup>43</sup> ЕК заявява, че ценовия паралелизъм осъществяван в олигопол, където се произвежда хомогенен продукт не е достатъчно доказателство за съществуване на съгласувана практика. В този казус паралелните действия по отношения на цените за периода 1977-1979 г. са отдадени на така наречения *barometric price leadership*, понятие изяснено по- горе. В *Wood Pulp*, ЕК приема, че е налице съгласувана практика относно фиксиране на цени между производителите на дървесинна каша в ЕС, резултат от паралелните действия между тях за периода 1975-1981 год. Съдът на ЕС, отменяйки решението, приема, че комисията е била длъжна да провери дали паралелното поведение не може да се обясни по друг начин, различен от координация на поведението на конкурентите. Съдът мотивира решението си със следните съображения. Първо, системата за предварително оповестяване на клиентите за цените на продукта за всяко следващо четиримесечие не е нарушение на чл. 81(1) от ДЕО, тъй като уведомяването на лица различни от конкурентите не елиминира несигурността на производителя относно бъдещите действия на неговите конкуренти. Второ, налице е алтернативно обяснение за тази система, за едновременността на оповестяването и за ценовия паралелизъм, различно от съществуването на координация на поведението на конкурентите. От цитираните по- горе решения, към което следва да се добави и това по казуса *British Sugar*<sup>44</sup> може да се изведе реда, по който следва да се процедира, когато се установи наличие на ценови паралелизъм и липсват каквито и да е доказателства за съществуване на споразумение между конкурентите. Изискването за проверка за алтернативно, достоверно обяснение за паралелизма е, на практика, задължение наложено на комисията да изследва структурата на съответния пазар от гледна точка на вида на продукта, броят на конкурентите и техните пазарни дялове. Ако в резултат на задълбочен икономически анализ<sup>45</sup> се установи, че пазарът разкрива характерните особености на олигопол, следва да се провери дали паралелизма не е резултат от структурата и условията на

---

<sup>41</sup> Дело цитирано в бележка 36, параграф 101

<sup>42</sup> Решение цитирано в бележка 15, параграф 71

<sup>43</sup> Публикувано в ОЖ (1984) L 220/27

<sup>44</sup> Решението на ЕК е публикувано в ОЖ (1999) L 76/1, потвърдено от ПИС на ЕС с решение по дело *Tate&Lyle T-202/98*, потвърдено с решение на съда на ЕС от 29.04.2004 г. по дело № С 359/01 Р.

<sup>45</sup> който не включва само използване на индекса на Линд, за който вж. Методика за извършване на проучване и определяне на пазарното поведение на предприятията на съответния пазар, обн. ДВ, бр.52 от 08.05.1998 г., а и преценка на всички онези критерии, посочени в част I на настоящата статия.

пазара и едва в случай на отрицателен отговор може да се приеме, при наличие на достатъчно доказателства за реципрочна обмяна на информация, че е налице съгласувана практика.

Нека да погледнем как в практиката на КЗК се третира въпроса с ценовия паралелизъм в олигополни пазари. Внимание заслужава решение № 81 от 11.07.2000 г. по казуса, който за удобство ще наречем Булфон /Мобика.<sup>46</sup> С посоченото решение КЗК установява, че е извършено нарушение на чл.9, ал.1, т.1 от ЗЗК- съгласувана практика с цел уговаряне на цени и е наложила имуществена санкция на предприятията. Комисията е приела, че Булфон и Мобика са съгласували поведението си, разменяйки информация чрез общия си акционер БТК АД, като целта е била уеднаквяване на цените на фонокартите предлагани от тях. Решението, което е потвърдено от ВАС, 3 членен състав и от касационната инстанция<sup>47</sup>, търпи известни критики в следните насоки.

Първо, според мен, са допуснати неточности при определяне на съответния продуктов пазар. КЗК е установила, че съответния пазар е “предлагането на телефонни услуги чрез апарати за обществено ползване на територията на страната”. След това е приела, че основните оператори на този пазар са “БТК” ЕАД- чиито телефонни апарати оперират с жетони и “Булфон” АД /с търговско име Булфон/ и “РТК” ООД /с търговско име за тази услуга Мобика/, чиито апарати функционират с фонокарти. Основен критерий при определяне на съответния пазар е взаимозаменяемостта на продукта/ услугата с оглед на неговите характеристики, предназначение и цена от гледна точка на потребителя.<sup>48</sup> В конкретния случай обаче, дори предлаганите услуги от “БТК” ЕАД от една страна и от Булфон и Мобика от друга да са взаимозаменяеми до известна степен с оглед на тяхното предназначение, явно е че потребителя не ги счита за такива от гледна точка на техните физически характеристики и цена. Това е така по следните причини. В американското и европейското конкурентно право се използва така наречения SSNIP /Small but significant Non-transitory Increase in Price/ тест, за да се установи дали дадени продукти формират един и същ пазар.<sup>49</sup> Въпросът, който следва да се зададе е следния: “Ще се прехвърли ли потребителя към заместващ продукт /Б/ в отговор на малко /между 5-10 %/, но постоянно увеличение на цената на продукта /А/ ” При положителен отговор продуктите “А” и “Б” формират един и същ пазар, тъй като са взаимозаменяеми в очите на потребителя с оглед на тяхната цена. В конкретния случай, цената на една таксова единица разговор при използване на жетоните апарати на БТК е 4,6 стотинки, докато цената на същата таксова единица разговор при използване на фонокартните апарати на другите две фирми е 9,8 стотинки. Тоест, дори двойно по-високата цена на услугата не води до прехвърляне на потребители като клиенти от Булфон и Мобика към БТК. Нещо повече, двете услуги не са взаимозаменяеми, тъй като от телефонните апарати на БТК, функциониращи с жетони могат да се провеждат само селищни телефонни разговори, докато фонокартните апарати на Булфон и Мобика осигуряват възможност за провеждане на междуселищни и международни разговори и достъп до мобилни мрежи. Поради изброените причини, считам, че продуктовия пазар следва да се дефинира по-ясно като “предлагането на телефонни услуги чрез телефонни апарати за обществено ползване работещи с фонокарти на територията на страната”. Некоректното определяне на съответния продуктов пазар

<sup>46</sup> Решение № 81 от 11.07.2000 г. по преписка № КЗК- 7/25.01.2000 г. “Булфон” АД БКТИ и “Радиотелекомуникационна компания” ООД

<sup>47</sup> Решение № 851/01.02.2000 г. на ВАС, 3 отд. по адм.д. № 6801/2000 г., решение № 8160 от 29.08.2002 г. на 5 чл. състав на ВАС по адм д. № 3136/2002 г.

<sup>48</sup> Така в Continental Can Co Inc решение на ЕК публикувано в ОЖ (1972) L 7/25, решение на Съда на ЕС по дело 6/72 (1973) ECR 215, възражението е в ЗЗК, Допълнителни разпоредби, параграф 1, точка 5

<sup>49</sup> Приложението на същия се описва в т.17-18 от Notice on the definition of the relevant market for the purpose of Community competition law ОЖ 1997, С372/5.

е довело до неточно определяне на пазарните дялове на компаниите, които незнаяно защо са формирани на базата на брой на монтираните телефонни апарати, а не на основата на генерирани приходи от дейността /подход, който се използва в по-новите решения на КЗК/.<sup>50</sup>

След като установява наличие на ценови паралелизъм, изразяващ се в едновременно увеличаване на цените от 20.01.2000 г. и липсата на доказателства за наличие на споразумение между Булфон и Мобика, КЗК процедира по реда описан по-горе с проверката дали съответния пазар разкрива характер на олигопол. КЗК приема, че структурата на съответния пазар не е олигополна, тъй като "фонокартните услуги използват високи производствени технологии, а свързаните с тях разходи /както показва практиката/ са функция на различни динамични променливи". Към този доста неясен аргумент се добавя и становището, че не можело да е налице олигопол, тъй като в периода 1997-1999 г. е съществувала ценова конкуренция, която е преустановена с изравняване на цените през юли 1999. И двата довода са несъстоятелни. Използването на високи технологии в дадена индустрия, според икономическата теория, не води до липса на предпоставки за съществуване на олигопол. Например, класически пример за дуопол е пазарът на предоставяне на самолетни услуги между два града, когато авиопревозвачите са излъчени като официални такива от правителствата на двете държави. Едва ли някой се съмнява, че самолетите, чрез които се осъществява този бизнес не попадат в категорията на високите технологии. Друг би бил извода, в случай, че и двете фирми инвестират постоянно средства в нови технологии, know how и иновации. В този случай ще е налице конкуренция с оглед качеството на услугата, което ще компенсира донякъде липсата на ценова конкуренция. Втория аргумент е неоснователен, тъй като не е подкрепен с икономически данни относно това дали едната от двете компании не е имала предимството от това да е първа на пазара, което би довело до подбиване на цените от другия конкурент на един първоначален етап, след което /към юли 1999/ те са се изравнили. Проследена е динамиката на цените, но не и динамиката на промяната на пазарните дялове за съответните периоди. Всъщност едва ли можем да се сетим за по-олигополен пазар от този, разглеждан в цитираното решение. Малко на брой компании, еднакви разходи /и двете компании са купували на една и съща цена телефонния импулс от БТК- 2,4 ст. и имат едни и същи разходи за свързване на апаратите/, прозрачност относно цените са все фактори доказващи това. Пазар, в който телефонния импулс се купува за 2,4 ст. и се продава за 9,8 ст. при нормални условия би привлякъл много нови конкуренти. Това не се е случило, тъй като са налице високи бариери за навлизане, а именно изискване за притежаване на лиценз за осъществяване на дейност по предлагане на телефони услуги чрез апарати за обществено ползване.

По притеснителното от липса на задълбочени икономически анализи в цитираното решение е идеята, която се прокарва от КЗК и се потвърждава от съда, че когато двама конкуренти имат общ миноритарен акционер е налице презумпция за размяна на информация между тях относно ценовата политика. Цитират се чл.1 на Шърман Акт и чл. 8 на Клейтън Акт, като се сочи, че в САЩ е забранено конкурентните компании да имат общи директори. Вероятността да е разменена информация е голяма, но решението, в тази си част, противоречи на решението на съда на ЕО в Wood Pulp, където се казва, че паралелното поведение не е доказателство за конспирация освен ако конспирацията е единственото достоверно обяснение за такова поведение. В конкретния случай съм на мнение, че причината за паралелното поведение е олигополната взаимозависимост на двата оператора. До определен момент те наистина са се опитвали да се конкурират ценово, като Мобика е поддържала по-ниски цени, а Булфон, губейки пазарен дял, е намалил цените до

---

<sup>50</sup> Вж. например решения на КЗК № 80/06.04.2004 г., № 142/20.05.2004 г.

нивата на цените на конкурента си през юли 1999, след което цените са повишени едновременно през януари 2000 г.

Цитираният казус е нагледен пример как конкуренцията по отношение на цените е елиминирана, когато се допусне създаване на олигополна пазарна структура. Разгледаната по-горе структура е аномална, тъй като БТК предоставя подобна услуга и в същото време е акционер в "Булфон" АД с 34% и в "РТК" ООД с 39%. Не е редно държавата в лицето на ДКД да допусне създаване на такава пазарна структура и след това да се очаква от конкурентите да се държат икономически ирационално. Недоумение буди и факта, че КЗК, разрешавайки концентрацията на стопанска дейност, изразяваща се в придобиване на акции от капитала на "БТК" АД, не наложи на последната изискване, в съответствие с чл. 28, ал.3 от ЗЗК, да отчужди акциите си, които притежава в "Булфон" АД или в "РТК" ООД или поне да се преустанови практиката едни и същи лица да участват в органите на управление на конкурентите.

## **2. Чл. 82 от ДЕО.**

Съгласно този член:

*"Забранена като несъвместима с общия пазар е всяка злоупотреба от страна на едно или повече предприятия с господстващо положение в рамките на общия пазар или съществена част от него, доколкото тя може да повлияе на търговията между държавите-членки"*

От текста по-горе се вижда, че обект на забраната е злоупотребата с господстващо положение, а не притежаването на същото. Причината за това е, че дадена компания може да е доминираща на пазара в резултат на своята ефективност, за което не следва да бъде наказвана, освен ако не злоупотребява с това си положение. Забраната за злоупотреба с индивидуално господстващо положение не може да намери приложение в условията на олигополен пазар. Това е вярно поради самата дефиниция за пазарно господство като положение на икономическа сила, притежавано за определен период от време, което позволява на предприятието да бъде независимо от конкурентите, потребителите и крайните клиенти и в резултат на това да има възможност да попречи на ефективната конкуренция на съответния пазар.<sup>51</sup> Докато за предприятието с господстващо положение на пазара отличителна е неговата независимост от другите субекти на пазара, то както видяхме по-горе в олигопол конкурентите са взаимозависими.

Въпроса обаче е дали може да се приложи концепцията за съвместно господстващо положение към поведението на олигополистите. Самата теория за съвместно господстващо положение и злоупотреба с него е една от най-противоречивите в материята на конкурентното право и като такава изисква и заслужава самостоятелно проучване. В настоящата статия, без да се разглеждат развитието ѝ в исторически аспект, нито многобройните дискуссионни въпроси свързани с нея, ще спрем вниманието си на практиката на ЕК и на съда на ЕС, която имат пряко отношение към разглеждания въпрос за паралелното поведение на конкурентите осъществяващи дейността си в условията на олигополен пазар.

Сред редицата проблеми, които се асоциират с приложението на концепцията за съвместно господстващо положение, интерес буди въпроса кога може да се приеме, че е налице колективно господство. Частен случай е, може ли да се твърди, че в олигопол структурата и условията на пазара предпоставят конкурентите да бъдат съвместно господстващи.

Колективното господство на пазара се определя като господстващо положение, притежавано от два или повече стопански субекта, независими един от друг от юридическа гледна точка, които от

---

<sup>51</sup> Решение на Съда на ЕС в казуса *United Brands v Commission*, дело 27/76, параграф 38

икономическа гледна точка се явяват или действат заедно, като едно предприятие на определен пазар.<sup>52</sup> Това състояние е резултат от икономически връзки или други фактори, свързващи фирмите, които в крайна сметка им предоставят възможността да действат заедно и независимо от техните конкуренти, клиенти и крайни потребители.

От анализа на горекананото, могат да се изведат и основните хипотези, при които е възможно концепцията за колективно господстващо положение да намери приложение.

#### **A/ Когато са налице договорни или структурни връзки между предприятията.**

По принцип договорите, които имат анти- конкурентна цел или резултат са забранени по силата на чл. 81/1/ от ДЕО. Предлага се, че теорията за злоупотреба със съвместно господство би могла да се приложи по- отношение на договори, които са освободени от забрана, индивидуално или групово, по силата на чл. 81/3/ от ДЕО.<sup>53</sup> Такъв е случая с цитирания казус *Cewal*, където чл. 3 от Регламент № 4056/86 освобождава от забраната на чл. 81/1/ определени договори между членове на така наречените "лайнер конференции", които по същество представляват групи от два или повече превозвачи, опериращи рейсови кораби, които предлагат услуги по силата на договор, фиксиращ общи условия и цени. Съгласно чл. 8/2/ от Регламента, ако поведението на конференцията, която се ползва от груповото освобождаване, има резултат несъвместим с чл. 82 от ДЕО, ЕК може да отмени разрешението за освобождаване и да предприеме мерки за преустановяване на нарушението. В конкретния случай, съдът е приел, че сътрудничество между членовете на конференцията, резултат от наличието на договор между тях е такова, че те на практика действат като един икономически субект по отношение на търговската си политика, например по отношение на определянето на навлото и другите условия на превоз и в този смисъл са съвместно независими от конкурентите си на съответния пазар.

Частен случай на тази хипотеза е налице, когато съвместното господство е резултат от международен /междуправителствен/ договор. В един от по- новите случаи от практиката на КЗК се разглеждат в светлината на чл. 17-18 от ЗЗК действията на мореплавателните компании "БМФ" ЕАД и СК "Укрфери", които осъществяват фериботната връзка Варна- Иличовск. В този случай колективното господство на пазара възниква по силата на Спогодба между Украйна и Р. България за съвместна експлоатация на фериботната връзка между двата града. С този договор се създават изключително силни икономически и структурни връзки между двете компании, като например съгласно чл.3 компетентните ведомства и компаниите имат право "да сключват спогодби, да подписват договори и протоколи за регулиране на техническите, експлоатационните и други въпроси, произтичащи от тази Спогодба". Също така за координиране на работата по фериботната линия се предвижда и създаване на общ орган- Съвет на директорите, формиран на базата на паритетното участие. Двете компании приемат и обща тарифа за навловите ставки за превоз на товари, като печалбата от дейността се дели на принципа на финансовия пул. На практика двете компании имат обща търговска политика, резултат от договорните, структурни и икономически връзки между тях, като в същото време те не изпитват никакъв натиск от съществуваща или потенциална конкуренция, а в отношенията си с клиентите са абсолютно независими, което води до правилния извод на КЗК за съществуване на колективно господство.

---

<sup>52</sup> Определението е дадено от Съда на ЕС, в параграф 36 от решението по делото C-395/96 и 396/96P, *Compagnie Maritime Belge Transports SA and others v Commission*, с което се потвърждава решението на ПИС на ЕС по дело T- 24/93, което потвърждава решението на ЕК *Cewal*, публикувано в ОЖ (1993) L 34/20.

<sup>53</sup> Вж. **Giorgio Monti**, *The scope of collective dominance under articles 82, Common Market Law Review* 38, 2001, p. 138-139



## **Б/ Когато е налице олигополна структура на пазара.**

Въпросът, дали теорията за злоупотреба със съвместно господстващо положение може да се приложи към поведението на компании, опериращи в олигополен пазар в разследване по чл. 82 от ДЕО, дълго време стоеше отворен. С решението на съда на ЕС в *Cewal* вече може с по-голяма степен на сигурност да се даде положителен отговор. В параграф 45 от решението се посочва, че

“...съществуване на договор или други правни връзки не е необходимо, за да се установи колективно господстващо положение; съществуването на това положение може да се основава на други свързващи фактори и неговото установяване зависи най-вече от икономическата оценка на структурата на въпросния пазар”.

Този пасаж е от изключително значение за развитие на правото по приложение на чл. 82 от ДЕО. Той идва да покаже, че няма изискване за наличие на договор или съгласувана практика като предварително условие за установяване на колективно господство. Може да се направи обоснования извод, че в олигопол конкурентите поради взаимозависимостта си действат паралелно и в крайна сметка се проявяват като общ икономически субект. Това не значи, обаче, че е налице презумпция за съществуване на колективно господство само поради олигополния характер на пазара. Трябва да се извърши икономически анализ на структурата на пазара и в случай, че се установи, че той е олигополен да се провери дали взаимозависимостта на конкурентите е причината те да действат като един икономически субект в търговската си политика.

Приемайки, че теорията за колективно господстващо положение може да се използва по отношение действията на олигополистите, възниква следния спорен въпрос. След случая *Wood Pupr* е ясно, че олигополния характер на пазара може да послужи като защита срещу санкциониране в разследване по чл. 81/1/ от ДЕО. След като паралелизмът в поведението на олигополистите не може да се счита за съгласувана практика и те не следва да носят отговорност по чл. 81/1/, може ли тогава същото поведение да се третира като злоупотреба с господстващо поведение, водещо до санкциониране по чл. 82 от ДЕО. Считам, че с оглед на принципа за правна сигурност не следва ценовия паралелизъм да е *per se* злоупотреба с господстващо положение. Определянето на цени попада под ударите на чл. 82 в три категории от случаи: когато цените са експлоатиращи /а те са такива, когато олигополистите използват положението си на господство, за да налагат цени, които потребителите не биха приели в случай, че пазарните условия бяха нормални/, когато са анти-конкурентни /които имат за цел да елиминират конкурентите или да не допускат нови конкуренти на пазара/ и когато противоречат на целта за изграждане на единен европейски пазар. Приложението на чл. 82 от ДЕО към действията на олигополистите би обхванало и паралелно поведение, което не е свързано с налагане на цени, като например неоправдания отказ да се достави или дискриминационно третиране.

Решението на съда на ЕС по случая *Cewal* е изключително важно с това, че се подкрепят усилията на ЕК да обхване по някакъв начин анти-конкурентните действия на олигополистите. Така ЕК вместо да се опитва, често и неуспешно с оглед на отменителните решения на съда на ЕС, да доказва, че пазара не е олигополен, то тя разполага със средство да санкционира олигополистите за действия, които представляват злоупотреба с господстващо положение. По този начин се предоставя изход от положението, където паралелното поведение не може да се санкционира като съгласувана практика от една страна, а едностранното поведение на олигополистите не може да се контролира по чл. 82 от ДЕО, тъй като нито един от тях не окупира индивидуално господстващо положение. Това разрешение е в съответствие с практиката на съда в областта на контрола върху концентрация на стопанска дейност, където, както ще видим по-долу, той неведнъж е

потвърждавал решения на ЕК за блокиране на концентрации поради вероятността те да доведат до създаване на олигопол, предполагаещ съвместно господстващо положение.

### 3. Регламент № 4064/89

Целта на контрола върху концентрация на стопанска дейност е да се запази конкурентния характер на структурата на съответния пазар след осъществяване на концентрацията. В този смисъл, правния тест за контрол се съдържа в чл. 2 от Регламента. В чл. 2/3/ четем:

“Концентрация, която създава или засилва господстващо положение в резултат, на което ефективната конкуренция би била значително възпрепятствана в рамките на общия пазар или в съществена част от него, следва да се обяви за несъвместима с общия пазар.”

За разлика от чл. 82 от ДЕО, който забранява злоупотреба с господстващо положение, Регламент 4064/89 има за задача предотвратяване на концентрации, които биха довели до създаване на структура на пазара, която е благоприятна за засилване или установяване на господстващо положение. С оглед на това могат да се направят следните изводи. Първо, при оценка на концентрацията, анализите на ЕК следва да бъдат структурни, тоест насочени към евентуалното развитие на пазарната структура в резултат на концентрацията, а не относно бъдещото поведение на участниците на пазара и по-точно дали те биха злоупотребили с евентуалното си доминиращото положение. Второ, дейността по контрол се свежда до предвиждане на тенденциите за развитие на пазарната структура на база на задълбочен анализа на икономическите данни, отнасящи се до съответния пазар, дейност, за която според съда на ЕС, ЕК се ползва с определена степен на свобода на преценка.

С оглед на изследването, предмет на настоящата статия, интерес представляват следните два въпроса. Дали контролът върху концентрациите включва блокиране и на онези от тях, водещи до създаване или засилване на колективно господстващо положение, а не само на индивидуално. При положителен отговор, какво е съдържанието на концепцията за колективно господство и дали съвпада с това идентифицирано от съда в решенията му по приложението на чл. 82 от ДЕО. Частен случай на втория проблем е дали съвместното господство, резултат от олигополна структура на пазара, създадена като резултат от концентрацията, следва да се третира по същия начин както това, което е следствие от структурни и договорни връзки между конкурентите.

Първият въпрос получи позитивен отговор в решението на съда на ЕС по делото *France v. Comission*.<sup>54</sup> Този случай касае концентрация между немските фирми *Kali und Salz AG* и *Mitteldeutsche Kali AG /MdK/*. ЕК, приемайки, че концентрацията ще доведе до колективно господство между образуваното в резултат на сливането предприятие и другия конкурент- *SPCA*, разрешава концентрацията, при изпълнение на определени условия. Основният аргумент на ЕК е, че съществуващите структурни и договорни връзки между *Kali und Salz* и *SPCA*, изразяващи се в *joint venture* в Канада и дистрибуторски договор между тях на френския пазар, прави много вероятно мълчаливата координация по отношение на търговската им политика след концентрацията. В процедурата по обжалване, основният аргумент е, че Регламент 4064/89 е приложим само по отношение на индивидуално господстващо положение, тъй като за разлика от чл. 82 от ДЕО, който забранява злоупотреба с господстващо положение от страна на едно или повече лица, регламентът се отнася само за създаване или засилване на господстващо положение. Съдът отхвърля този аргумент, като заявява, че приложното поле на чл.2 от Регламента следва да се определи с оглед на задачите, които си поставя ЕС. Така целта поставена от чл.3 /g/ от ДЕО, а

<sup>54</sup> Цитирано в бележка 18. В параграфи от 169 до 178 се съдържат мотивите на съда относно приложимостта на концепцията за създаване или засилване на съвместно господстващо положение.

именно установяване на режим, който гарантира ненарушаване на конкуренцията в рамките на единния пазар, не би могла да бъде постигната ако регламента се прилага само по отношение на концентрациите създаващи или засилващи индивидуално господстващо положение.

Що се отнася до съдържанието на концепцията, в параграф 221 съдът приема, че колективно господство би възникнало като резултат от концентрацията, когато предприятието образувано в резултат на нея и едно или повече други предприятия са в състояние да възприемат обща търговска политика на съответния пазар и да действат в значителна степен независимо от техните конкуренти, клиенти и крайни потребители. От казаното, може да се направи извода, че съдържанието на концепцията за колективно господство е идентична по чл. 82 от ДЕО и по Регламент 4064/89. По отношение на причините водещи до такова състояние, се посочва, че това са "фактори, сочещи на връзки между тях /предприятията/". Думите използвани от съда са достатъчно общи, даващи възможност за разширително тълкуване.

В делото *Gencor v Commission*<sup>55</sup>, съдът потвърждава забраната, наложена от ЕК на концентрация между *Gencor* и *Lonrho* поради опасения за създаване на съвместно господстващо положение между *Implates Ltd.* /образувано в следствие на концентрацията/ и *Amplats*, отделно предприятие, на световния пазара на добив и търговия с платина и родий. Следвайки линията наложена във *France v Commission*, съдът в мотивите си посочва, че колективното господство може да възникне като резултат от създаване на олигопол, образуван в следствие на концентрацията. Следователно с оглед на целите на контрола върху концентрация на стопанска дейност, а именно предотвратяване на създаването или засилването на анти- конкурентни пазарни структури, ЕК има правото да забранява концентрации водещи до създаване на олигополна структура на пазара.<sup>56</sup> Въпросът, който възниква в това отношение, имайки предвид, че ЕК разполага с определена степен на независимост при оценката на концентрацията, е кои са факторите които трябва да се вземат в предвид при установяване на това дали сливането ще доведе до създаване на олигопол. В *Airtours v Commission*<sup>57</sup>, ПИС на ЕС обобщил всички решения, излезли до сега в тази област, като очерта ясно политиката по третиране на олигополния проблем в областта на контрола върху концентрация на стопанска дейност.

Съдът потвърждава, че отношенията на взаимозависимост между олигополистите се включват в този тип икономически връзки, които биха довели до колективно господство. В този смисъл концентрацията ще бъде несъвместима с общия пазар, когато води до такова изменение на пазарната структурата, че олигополистите, осъзнавайки общите си интереси, считат за възможно, икономически рационално и следователно за предпочитане да предприемат на дълготрайна основа обща политика на съответния пазар.<sup>58</sup> Такива концентрации следва да бъдат блокирани или разрешени при определени условия, тъй като предоставят възможност на резултиращите от тях олигополисти да продават на цена, която е над нивото, на което би била ако пазара е конкурентен, без да е налице договор или съгласувана практика по смисъла на чл. 81/1/ и без да дават възможност на настоящи или бъдещи конкуренти и на потребителите да реагират съответно. Признавайки това, съдът налага на ЕК изключително висок стандарт на доказване. Следните елементи трябва да бъдат доказани по несъмнен начин. Първо, пазарът следва да е прозрачен, за да имат възможност конкурентите да се наблюдават взаимно. В този смисъл не е достатъчно

---

<sup>55</sup> Решение на ЕК № IV/M.61, публикувано в ОJ /1997/ L 11/30, решение на ПИС на ЕС по дело T- 102/96 *Gencor v Commission* (1999) ECR II-753

<sup>56</sup> пак там, параграф 276-277.

<sup>57</sup> Решение на ЕК IV/M.1524 *Airtours/First Choice*, публикувано в ОJ (2000) L 93/1, решение на ПИС на ЕС по дело № T-342/99 от 06.06.2002 г.

<sup>58</sup> пак там, параграф 61.

знанието на олигополистите, че паралелното поведение е печелившо, необходимо е всеки от тях да разполага със средства за установяване на факта, че останалите конкуренти възприемат същата стратегия и я спазват. Второ, трябва да се установи съществуването или възможността за привеждането в действие на наказващ механизъм. Това е така, защото за да бъде състоянието на колективно господство продължително, трябва да е налице нещо, което да обезпечи съблюдаване от страна на олигополистите на общата политика. Трето, за да е налице колективно господство, ЕК следва да докаже, че съществуващи или бъдещи конкуренти не са в състояние да предотвратят общите действия на олигополистите, тоест казано по друг начин, че са налице високи бариери за навлизане на нови конкуренти и че съществуващите конкуренти не са достатъчно икономически силни да предотвратят това положение.

#### **IV. ЗАКЛЮЧЕНИЕ.**

Въпреки нееднозначността на икономическата наука относно съществуването, съдържанието и проявите форми на така наречения "олигополен проблем", конкурентното право не може да остане бездействено по отношение на негативните последици за потребителите, породени от паралелното поведение на олигополистите. В законодателството на ЕС няма изрична разпоредба, която да регулира поведението на предприятията действащи в условията на олигопол, като правото в тази насока се е развило благодарение на практиката на ЕК и съда на ЕС. Разбираемо е желанието на ЕК да ограничи възможностите за реализиране на монополни печалби в полза на олигополистите. С решенията си съда на ЕС поставя определени ограничения, които са реализация на идеята, че не следва фирмите да бъдат наказвани, когато се държат икономически рационално. Така, наличието на олигополна структура на пазара може да послужи като защита в разследване по чл. 81/1/ по установяване съществуването на съгласувана практика. Обмяната на информация между конкурентите в резултат на директни или индиректни контакти, обаче, почти сигурно ще ги лиши от тази защита. Наличие на оправдание за ценовия паралелизъм не означава, че олигополистите са безконтролни в тяхното поведение. Паралелното повишаване на цени, които са експлоатиращи, анти- конкурентни или противоречат на целта за създаване на единен европейски пазар може да бъде санкционирано като злоупотреба със съвместно господстващо положение. ЕК е оправомощена да блокира концентрации, които биха довели до установяване на колективно господство като резултат от създадена в следствие на концентрацията олигополна структура на пазара. Въпреки, че ЕК разполага с определено ниво на свобода в икономическите си анализи, съдът на ЕС е наложил изключително висок стандарт на доказване на следните три елемента: прозрачност на пазара по отношение на цените; механизъм за наказване на отклоняващите се от общата политика фирми и наличие на високи бариери за навлизане на пазара на нови конкуренти.

Практиката на ЕК и съда на ЕС отразяват един от възможните подходи за разрешаване на олигополния проблем, този който е насочен срещу поведението на олигополистите. Привържениците на идеята, че структурата на олигополния пазар е тази, която предизвиква паралелното поведение на конкурентите, отстояват идеята, че чрез структурни интервенции, като например, създаване на условия за навлизане на нови играчи на съответния пазар и др., би могло да се преодолее този проблем. Там където съществуват икономии от мащаба и фирмите биха станали икономически неефективни в следствие на деконцентрацията на пазара, би могло да се прилага регулаторния подход. Той включва утвърждаване на цените от държавен орган, като на фирмите се предоставя възможността да доказват икономически обосноваването си разходите си и да реализират печалба до определен размер. Така без да е необходимо да постигат мълчалива координация и да повишават необосновано цените, фирмите следва да оптимизират разходите, за да увеличат печалбите от дейността си.

Моето мнение е, че съчетаното приложение и на трите подхода в съответствие с правната рамка установена от законодателството и практиката на съда ЕС, би гарантирало създаване на баланс между интересите на потребителите- да не бъдат експлоатирани с цени над конкурентното ниво и тези на олигополистите- да не бъдат санкционирани за невиновно паралелно поведение.

