

АКТ

Върховен административен съд

РЕШЕНИЕ

№ 6150

София, 08.06.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

Върховният административен съд на Република България - Четвърто отделение , в съдебно заседание на шестнадесети май две хиляди и двадесет и трета година в състав:

Председател:РУМЯНА БОРИСОВА

Членове:ЛЮБОМИРА МОТОВА

СВЕТОСЛАВ СЛАВОВ

при секретарСтанка Ташкова и с участието на прокурора Емил Дангов изслуша докладваното от съдията Любомира Мотова по административно дело № 2710 / 2023 г.

Производството е по реда на чл. 208 и следващите от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/ във връзка с чл. 64, ал. 1, изр. трето от Закона за защита на конкуренцията /ЗЗК/.

Образувано е по касационна жалба на Комисия за защита на конкуренцията подадена чрез процесуалния представител главен юрисконсулт Г. Манолов срещу решение № 91/30.01.2023 г. постановено по адм. дело № 383/2021 г. на Административен съд - София област /АССО/, с което е отменено решение № 369/08.04.2021 г. постановено от Комисията за защита на конкуренцията /КЗК, Комисията/ по преписка № КЗК-359/2018 г. и е установено, че „СМАРТ СМ“ ООД не е извършило нарушение на чл. 15, ал. 1, т. 1 от ЗЗК.

В касационната жалба са изложени съображения за неправилност на обжалваното съдебно решение поради нарушение на материалния закон и необоснованост – касационни отменителни основания по чл. 209, т. 3 от АПК. Според КЗК, съдът неправилно е определил стандарта на доказване на установяване на антиконкурентно вертикално споразумение, Неправилна била и приетата от съда липса на антиконкурентно вертикално споразумение за определяне на цени за препродажба към краен клиент. Посочва, че „СМАРТ СМ“ ООД е определял цената на едро като за основа Иска намаляване на присъдения адвокатски хонорар пред АССО. Претендира разноски и прави възражение за прекомерност.

Ответникът – „СМАРТ СМ“ ООД, в подробен писмен отговор и в открито съдебно заседание чрез процесуалните си представители адвокат адв. доц. д-р И. Стойнев и адв. Е. Колев оспорват касационната жалба като неоснователна. Моли съда да я отхвърли и да потвърди обжалваното първоинстанционно решение, както и да му присъди разноски.

Представителят на Върховната административна прокуратура дава заключение за неоснователност на касационната жалба. Счита, че не са налице касационните основания по чл. 209, т. 3 от АПК за отмяна на обжалваното съдебно решение.

Настоящият състав на Върховния административен съд, четвърто отделение, намира касационната жалба като подадена от надлежна страна и в срока по чл. 211, ал. 1 от АПК за процесуално допустима.

Разгледана по същество касационната жалба е неоснователна.

Производството пред Административен съд – София област е било образувано по жалба на "СМАРТ СМ" ООД срещу решение № 369/08.04.2021 г. постановено от КЗК по преписка № КЗК-359/2018 г., с което е установено, че "СМАРТ СМ" ООД е извършило нарушение на чл. 15, ал. 1, т. 1 от ЗЗК, изразяващо се в участие в забранено споразумение, постигнато с клиентите му, с предмет определяне на цени за препродажба към краен клиент, което по своята цел предотвратява, ограничава или нарушава конкуренцията на пазарите на търговия с детски стоки, включващ стоки, свързани с отглеждането на бебета и грижа за майката на територията на Република България, посредством пряко или косвено определяне на цени или други търговски условия по смисъла на чл. 15, ал. 1, т. 1 от ЗЗК. С обжалваното решение съдът е отменил оспорения пред него акт, като е установил че „СМАРТ СМ“ ООД не е извършило нарушение на чл. 15, ал. 1, т. 1 от ЗЗК.

Относно наличието на споразумение по чл. 15 от ЗЗК, съдът е приел, че несамостоятелното ценообразуване т.е. ценообразуването в нарушение на чл. 15 ЗЗК не се презумира, тъй като законът не предвижда подобна презумпция, то се доказва пълно и главно от Комисията. По преписката липсват доказателства и данни достатъчни, за да се формира категоричен извод за намеса на жалбоподателя в ценообразуването на който и да е друг търговец. Съдът е приел, че действията на „СМАРТ СМ“ ООД по отношение търговците на дребно не са насочени към пряко или косвено определяне на препродажни цени.

Настоящата съдебна инстанция намира така постановеното решение за валидно, допустимо и и като краен резултат правилно. Съдът е обсъдил доказателствата по делото в тяхната съвкупност и съотносимост. Приетите за установени фактически констатации се подкрепят от приложените доказателства. Спрямо релевантните и установени факти съдът е приложил правилно материалния закон.

Неоснователни са релевираните в касационната жалба на КЗК възражения за необоснованост на съдебното решение и нарушение на материалния закон, във връзка с разпоредбата на чл. 15 от ЗЗК.

С нормата на чл. 15, ал. 1 от ЗЗК е установена обща забрана за всякакъв вид споразумения между предприятия, решения на сдружения на предприятия, както и съгласувани практики на две или повече предприятия, които имат за цел или резултат предотвратяване, ограничаване или нарушаване на конкуренцията на съответния пазар. Разпоредбата съдържа обща забрана за всякакъв вид антиконкурентни споразумения, като в т. 1 до т. 5 на чл. 15 от ЗЗК са изброени конкретни правни форми на забранено поведение. Систематичният анализ на цитираната разпоредба налага извода, че за да бъде приложена забраната по чл. 15, ал. 1 от ЗЗК е необходимо да се установи кумулативното наличие на следните елементи на фактическия състав на разпоредбата - 1) страните в производството да притежават качеството на "предприятие"; 2) наличието на споразумение и/или съгласувана практика между страните и 3) антиконкурентен ефект, изразяващ се в цел или резултат предотвратяване, ограничаване или нарушаване на конкуренцията.

Съгласно § 1, т. 7 от Допълнителните разпоредби на ЗЗК "Предприятие" е всяко физическо, юридическо лице или неперсонифицирано образувание, което извършва стопанска дейност, независимо от правната и организационната си форма. Понятието "стопанска дейност" също има легална дефиниция в ЗЗК, като съгласно § 1, т. 7 от Допълнителните разпоредби на ЗЗК "Стопанска дейност" е дейността на предприятия, резултатите от която са предназначени за размяна на пазара.

По отношение на понятието "споразумение между предприятия" липсва легална дефиниция в ЗЗК, но съгласно европейската практика за да е налице споразумение, трябва да е постигнато съвпадение на волеизявленията на най-малкото две предприятия, като това споразумението може да има всякаква форма или наименование, но от значение е единствено неговата същност - /виж решение на Съда на Европейските общности от 15 юли 1970 г., *Chemiefarma / Комисията*, по дело 41/69, ECLI:EU:C:1970:71, т. 110-114 и решение на СЕО от 20 юни 1978 г., *Тереа / Комисията*, по дело 28/77, ECLI:EU:C:1978:133, т. 41/. То може да бъде писмено или устно, подписано или неподписано, наименувано или ненаименувано, може да е обективизирано в документ, който има друго наименование, дори може да се откроява и конклюдентно в дейността на стопанските субекти като тяхна конкретна линия на поведение на пазара. В този смисъл "споразумение между предприятия" по смисъла на конкурентното право обхваща всякакви форми на постигане на съгласие или разбиране между страните по отношение на пазарното им поведение. Споразумението от своя страна би могло да бъде хоризонтално - между две или повече предприятия, действащи на едно и също ниво на производството или дистрибуцията на определени продукти или вертикалното - между предприятия, които осъществяват стопанска дейност на различни нива на производството и дистрибуцията. Особен вид хоризонтални споразумения и съгласувани практики са картелите. В § 1, т. 5 от ДР на ЗЗК картелът е дефиниран като споразумение и/или съгласувана практика между две или повече предприятия - конкуренти на съответния пазар, насочени към ограничаване на конкуренцията чрез определяне на цени или ценови условия за покупка или продажба, разпределяне на квоти за производство или продажби или разпределяне на пазари, включително при манипулиране на публични търгове или конкурси, или процедури за възлагане на обществени поръчки. Картелът е хоризонтално споразумение между преки конкуренти на съответния пазар. Много често той се изразява в неформални (устни) уговорки за предприемане на определено антиконкурентно поведение. Картелът винаги е съвместно деяние на независими едно от друго предприятия, които са реални конкуренти помежду си, тъй като осъществяват дейност на едно и също пазарно равнище на производството или дистрибуцията на съответния засегнат продукт.

Третият елемент от фактическия състав на нормата на чл. 15, ал. 1 от ЗЗК е споразумението или съгласуваната практика да е от такова естество, което може да предизвика определен антиконкурентен ефект в две проявни форми - антиконкурентна цел или антиконкурентен резултат. Антиконкурентният ефект, като елемент на нормата на чл. 15, ал. 1, се презюмира, когато самата цел на споразумението е предотвратяване, ограничаване или нарушаване на конкуренцията на съответния пазар. Алтернативно, когато не може да бъде установена непосредствено такава цел, то антиконкурентният ефект ще бъде налице, когато резултатът от разглежданото споразумение/практика действително води или може да доведе до предотвратяване, ограничаване или нарушаване на конкуренцията на съответния пазар. В този смисъл определянето на дадено

споразумение между предприятията като ограничение на конкуренцията по цел изключва необходимостта от анализиране на неговия конкретен, реален или потенциален резултат на пазара / решение на CEO от 8 юли 1999, Комисията / Anic Partecipazioni по дело C-49/92 P, ECLI:EU:C:1999:356, т. 122-123, решение на CEO от 8 юли 1999, Nys / Комисията по дело C-199/92 P, ECLI:EU:C:1999:358, т. 163-164 и решение на CEO от 8 юли 1999 Montecatini / Комисията, по дело C-235/92 P, ECLI:EU:C:1999:362, т. 123-124/. Антиконтурентната цел е една от двете алтернативи противоправни последици, чието наличие е достатъчно за доказване на извършеното нарушение на общата забрана, без да е нужно доказване и на антиконтурентен резултат. Следва да бъде подчертано, че не е необходимо тази антиконтурентна цел да бъде изрично изявена или формулирана от съответните предприятия, а може да бъде изведена при тълкуване на съдържанието на споразумението или от поведението на участниците, като се има предвид конкретната пазарна конюнктура. За да е налице антиконтурентна цел по смисъла на общата забрана, дори не е необходимо предприятията, участващи в забраненото споразумение да са осъзнавали, че извършват нарушение на общата забрана, като в практиката си СЕС посочва, че не е необходимо определено предприятие да е съзнавало, че нарушава правилата на конкуренцията, за да бъде счетено, че същото е било извършено умишлено, достатъчно е да се установи, че същото не може да не е знаело, че целта на неговото поведение е била ограничаване на конкуренцията /Решение на CEO от 1-ви февруари 1978 г., Miller / Комисията по дело 19/77, ECLI:EU:C:1978:19, т. 18/. В този смисъл дори да липсва субективно намерение у съответното предприятие или сдружение на предприятия да постигне антиконтурентен резултат, само наличието на обективна възможност на поведението му да доведе до постигането на този резултат е достатъчно, за да е налице антиконтурентната цел по смисъла на общата забрана. /в този смисъл и решение № 11522 от 16.09.2013 г. по адм. дело 3940/2013 по описа на ВАС, петчленен състав, решение № 11427 от 30.09.2014 г. по адм. дело 8662/2014 по описа на ВАС петчленен състав; решение № 765 от 25.01.2016 г. по адм. дело 14837/2013 по описа на ВАС, четвърто отделение и решение № 2040 от 23.02.2016 г. по адм. дело № 5513/2015 г., по описа на ВАС петчленен състав/.

Преди да бъдат разгледани по същество поставените възражения в касационната жалба, следва да се посочи, че правилно АССО е установило, че дружеството „СМАРТ СМ“ ООД е предприятие по смисъла на параграф 1, т. 7 от допълнителните разпоредби на ЗЗК, което осъществява стопанска дейност, изразяваща се в дистрибуция на едро и дребно на стоки за отглеждане на бебета, деца и стоки за родители и бъдещи майки на различни производители, както и продава и на дребно продукти за отглеждане на бебета и грижа за майката чрез своя интернет магазин. Също така правилно е установен процесния период, от 06.02.2012 г. до постановяването на решението на КЗК – 08.04.2021 г.

С оглед правилното тълкуване и приложение на материалния закон и в частност прилагането на правилата уреждащи забранени споразумения между предприятия, решения на сдружения на предприятия и съгласувани практики визирани в разпоредбата на чл. 15 от ЗЗК, следва да бъде обърнато специално внимание на определянето на съответния пазар. Съответния пазар включва определяне на продуктови и географски, като по отношение на последния няма спор, че той е определен като национален, а именно територията на Република България. Съгласно трайната практика на Съда на Европейския съюз (ЕС) и на Европейската комисия определянето на конкретен съответен пазар е в основата на извършването на конкурентноправен анализ по отношение на както на

антиitrustовите правила (чл. 101 и чл. 102 от ДФЕС, съответстващи на чл. 15 и чл. 21 от ЗЗК), така и на правилата за контрол върху концентрациите /Регламент (ЕО) № 139/2004 на Съвета от 20 януари 2004 година относно контрола върху концентрациите между предприятия (регламент за сливанията на ЕО), съответстващ на чл. 22-26 от ЗЗК/. Стандартите за правилното определяне на съответен пазар са в еднаква степен приложими по отношение на приложението на цитираните по-горе разпоредби, като не е допустимо Комисията да прилага тези стандарти само по отношение на правилата уреждащи забраната на злоупотреба с господстващо приложение, а е необходимо те са бъдат спазвани винаги в извършвания анализ. Това разбиране се налага и от обстоятелството, че Комисията разполага с дискреционната власт за извършването на сложни икономически анализи, които, за да бъдат преценявани за законосъобразност, следва да бъдат извършвани в пълнота при приложение на установените стандарти, а именно единство на методологията и подхода при дефинирането на съответния пазар /в този смисъл заключения на генералния адвокат Poiares Maduro, по дело C-141/02 P, Комисията / max-mobil, ECLI:EU:C:2004:646, т. 77-78 и решение на Общия съд от 28 април 2010, Amann & Söhne et Cousin Filterie / Комисията по дело T-446/05, ECLI:EU:T:2010:165, т. 54/. Определянето на пазара следва да се разглежда като основополагащ елемент от икономическия анализ, който е вменен като тежест на доказване на органа по защита на конкуренцията при спазване на всички основни стандарти на пълно и главно доказване. По конкретно по отношение на определянето на съответен пазар при приложение на чл. 15 от ЗЗК, следва да се посочи, че през 1991 г. по тълкуване на нормата визирана в разпоредбата на чл. 85 от ДЕИО (днес чл. 101 ДФЕС) вследствие на оправено преюдициален запитване, Съда на Европейските общности (сега СЕС) е постановил, че за извършването на конкурентноправен анализ на първо място следва да бъде определен съответен пазар /решение на СЕО от 28 февруари 1991, Delimitis / Henninger Bräu по дело C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91, т. 16/. Така установено задължение вменено на Комисията за извършване на подробен анализ на съответния пазар е потвърдено и в следващи решение на СЕС /виж решение на Първоинстанционния съд от 10 март 1992, Hys / Комисията по дело T-9/89, ECLI:EU:T:1992:31, т. 377-379, решение на Общия съд от 28 април 2010, Amann & Söhne et Cousin Filterie / Комисията по дело T-446/05, ECLI:EU:T:2010:165, т. 53-88/. Следва да бъде направен извод, че цялостния конкурентноправен анализ може да постигне целите си, само когато почива на правилно дефиниран съответен пазар. А тези цели са именно да бъде определена структурата на пазара, да бъдат дефинирани субектите, които участват в него, да бъдат определени характеристиките на търговските взаимоотношения, както и ефектите, които би имало едно поведение върху конкуренцията. За изчерпателност на изложението, следва да се посочи, че понятието за съответен пазар предполага, че между принадлежащите към него стоки може да съществува ефективна конкуренция, което изисква достатъчна степен на взаимозаменяемост с оглед на сходната употреба на всички стоки, които са част от един и същ пазар /виж решение на ОС от 29 март 2012 г. Telefynica и Telefynica de Espasa / Комисията по дело T-336/07, ECLI:EU:T:2012:172, т. 112/. В допълнение от Известие на Европейската Комисията относно определянето на съответния пазар по смисъла на общностното право на конкуренция (ОВ С 372, 1997 г., стр. 5, параграф 7; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 3, стр. 60) следва също, че „съответният продуктов пазар обхваща всички продукти и/или услуги, които се считат за взаимозаменяеми или заместващи от потребителя поради характеристиките на продуктите, техните цени и целта на тяхната определена употреба“. От икономическа

гледна точка за определянето на съответния пазар заменимостта при търсенето е най-непосредственият и ефективен дисциплиниращ фактор за доставчиците на даден продукт, по-специално във връзка с техните ценови решения. По-нататък, както се посочва в параграф 20 от същото известие, заменяемостта при предлагането може също да бъде взета предвид при определянето на пазарите в ситуациите, при които последиците от нея са еквивалентни на тези от заменяемостта при търсенето по отношение на тяхната ефективност и непосредственост. Това означава, че доставчиците са в състояние да променят производството към съответните продукти и да ги продават в краткосрочен план без значителни допълнителни разходи или рискове в отговор на малки и постоянни промени в съответните цени /виж решение на ПИС от 9 септември 2009, Clearstream / Комисията по дело T-301/04, ECLI:EU:T:2009:317, т. 50 и решение на ПИС (голям състав) от 17 септември 2007, Microsoft / Комисията по дело T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, т. 484 и решение на ОС от 29 март 2012 г. Telefynica и Telefynica de Espasa / Комисията по дело T-336/07, ECLI:EU:T:2012:172, т. 113/. На следващо място, следва да се посочи, че при идентифицирането на наличие на взаимозаменяемост на продуктите, се изследват онези продукти, които налагат конкурентен натиск върху предприятието, чието поведение се анализира. Търсената взаимозаменяемост следва да е реципрочна, т.е. не само не изследваният продукт да е взаимозаменяем по отношение на друга стока или услуга, но и обратното. Като пример за еднопосочна взаимозаменяемост може да се посочат Насоки относно прилагането на член 81 от Договора за ЕО към морските транспортни услуги /ОФ на ЕС, С 245 от 26 септември 2008 г., стр. 2-14, т. 19/. Само при тази хипотеза може да се счита, че е налице реална възможност за конкуренция между продуктите или услугите и те могат да доведат до дефинирането на релевантен продуктов пазар, който да е общ за тях. С оглед на гореизложеното, следва, че основополагаща характеристика за определянето на съответния продуктов пазар е именно взаимозаменяемостта на продуктите (стоки или услуги), който следва да бъде анализиран през призмата на търсенето или предлагането, както и потенциалната конкуренция, като разликата между последните две се състои главно в липсата или не на непосредственост на ограничението на конкуренцията /в този смисъл решение на ПИС от 30 септември 2003, Atlantic Container Line е.а. / Комисията по съединени дела T-191/98, T-212/98 до T-214/98, ECLI:EU:T:2003:245, т. 834/. Именно поради това не може да се възприеме становище, че дадени продукти попадат в един и същ продуктов пазар при положение, че не са взаимозаменяеми, независимо дали са сходни или не.

В допълнение, с оглед установеното от съда, че правните отношения с контрагенти на „СМАРТ СМ“ ОДД следва да се приемат като такива на покупко-продажба на стоки, възникнали между предприятия, които осъществяват стопанска дейност на различни нива на пазара на детски стоки, включително стоки за отглеждане на бебето и грижа за майката което по характера им ги прави вертикални споразумения по смисъла на чл. 1, § 1, буква а) от Регламент (ЕС) № 330/2010 на Комисията, следва да се има предвид, че в този Регламент изрично е посочено в чл. 1, пар. 1, б. „в“, че „действителен конкурент“ означава предприятие, което извършва дейност на същия съответен пазар. Също така в Известие на Комисията, Насоки относно вертикалните ограничения от 19 май 2010 г., ОФ на ЕС, С 130/1 се съдържа изрично глава V, озаглавена „Определяне на пазара и изчисляване на пазарен дял“, като същата глава може да бъде намерена и в Известие на Комисията, Насоки относно вертикалните ограничения от 30 юни 2022 г. ОФ на ЕС, С 248/1 (действащия към

постановяване на настоящето решение).

За пълнота на осъществявания контрол върху правилното приложение на материалния закон и с оглед правомощията на КЗК да извършва сложни икономически анализи, настоящият състав ще постави под въпрос само и единствено анализа на съответния продуктов пазар през призмата на търсенето и по-конкретно качествен анализ на този пазар. Това се дължи на обстоятелството, че количествен анализ може да се извърши само през икономически средства, като същото важи и за анализа на продуктивния пазар през призмата на предлагането, но такъв не е извършен от КЗК. Както е посочено в съдебно-икономическата експертиза количествените анализи изследват реакцията на потребителите при едно незначително, но постоянно във времето увеличение на цената на изследвания продукт. За целта е необходимо да бъдат събрани три групи данни: маржовете на продавача при всяка продажба, данни за промените в търсенето на продукта, вследствие на увеличението на цената и данни относно степента, до която загубите, които реализира продавача, ще бъдат трансформирани в приход от конкретния продукт. В допълнение, КЗК не е извършила количествен анализ на взаимозаменяемостта на търсенето, както общо между продуктите, така и за всеки един продукт. Също така липсва и подобен анализ, от който да могат да бъдат извлечени съответните данни. От данни по преписката може да бъде направен само качествен анализ, който от своя страна сам по себе си служи за ограничаване полето на възможните заместители, което стои в основата на количествените анализи. Следва отново изрично да се подчертае, че проверка, ограничена само до обективните характеристики на съответните продукти, не може да бъде достатъчна, а трябва също да бъдат взети под внимание условията на конкуренцията и структурата на предлагането и търсенето на пазара /в този смисъл решение на ОС от 15 декември 2010, CEANR / Комисията по дело T-427/08, ECLI:EU:T:2010:517, т. 67, решение на ПИС от 21 октомври 1997, Deutsche Bahn / Комисията по дело T-229/94, ECLI:EU:T:1997:155, т. 54, решение на ПИС от 17 декември 2003, British Airways / Комисията по дело T-219/99, ECLI:EU:T:2003:343, т. 91/.

Включително и по отношение на характеристиките на продуктите липсва извършен детайлен анализ от страна на КЗК. Настоящия състав приема, че по преписката не е установено да е извършен какъвто и да е било анализ на характеристиките и предназначението на помпите за кърма, а именно чрез него биха се установили кои конкретно потребности, потребителите търсят да задоволят. Следва да се приеме, че помпите за кърма са специфичен продукт, предназначен да подобри храненето на бебето чрез снабдяването му с необходимото количество кърма в случаите, когато то не може да суче поради медицински причини. Ако бебето не може да засуче от гърдата и не може да се храни от там, то може да получи необходимата доза храна било чрез изцедена предварително кърма или чрез заместващи хранителни продукти за бебета (адаптирано мляко и др.) Помпите за кърма защитават здравето на самата майка, предпазвайки я от мастит чрез доизцеждане на гърдата. Използването на помпи за кърма предотвратява стагнацията в млечната жлеза и физиологичното подуване. Използва се също така за профилактика на състояния като лактостаза, запушени канали и мастит, като в определени случаи може да бъде използвана и за лечение на тези състояния. Съществува голямо разнообразие от помпи като ценови клас, така и като функционалност. Двата основни вида помпи за кърма, класифицирани въз основа на начина им на работа, са механични (ръчни) и електрически. И при двата вида помпи за кърма съществуват множество варианти в

зависимост от функционалността им. Електрическите помпи за кърма позволяват възможност за контролиране на ритъма на изцеждане, като за разлика от механичните възпроизвеждат двете фази на кърменето – стимулация и сучене. С оглед на така описаните специфични характеристики и предназначение на помпите за кърма може да се допусне, че между тях и другите детски стоки, свързани с отглеждането на бебета и грижа за майката, няма взаимозаменяемост на търсенето от гледна точка на потребителите. Така например, детските чаши със сламки и накрайници, шишетата и лъжичките не са предназначени да заместят кърмата, нито могат да спомогнат за предпазване здравето на майката-кърмачка, чрез изцеждане на кърмата. Тоест, тези продукти, въпреки, че са насочени към отглеждането на бебето, не могат да задоволят едни и същи потребности на потребителите. Сходен е анализът и за другите потенциални продукти – пелени, козметика, играчки и др. Всеки един от тези продукти формира самостоятелен клас, в който взаимозаменяемостта е висока. Така според отговорите на „ДМ България“ ЕООД от 23.11.2018 г. са обособени отделни продуктови класове – „Пелени“, „Адаптивни млека“, „Бebешки кремчета“. Вътре в тези продуктови класове се наблюдава според анкетиранията предприятия висока степен на взаимозаменяемост. Следва да се отбележи, че съществува висока степен на вероятност за наличие на взаимозаменяемост между помпите за кърма и адаптираното мляко, поради обстоятелството, че адаптирането мляко е хранителна пълноценна храна за бебета, която има за цел максимално да се доближи до формулата на естествената майчина кърма. То е адаптирано към нуждите на бебето с цел осигуряване на всички нужни вещества, които трябва да се набавят от кърмата. Но следва да се отбележи, че от своя страна адаптирано мляко е заместител само на една от функциите на помпите за кърма, като не е заместител на другата нейна функция, а именно не могат да спомогнат за предпазване здравето на майката-кърмачка, чрез изцеждане на кърмата. Поради тази особеност, следва да се отчете несъмнената едностранна взаимозаменяемост от адаптивно мляко към помпа за кърма за задоволяване на нуждите на потребители за изхранването на бебетата. Но когато нуждите на потребителите са насочени и към предпазване здравето на майката-кърмачка или профилактика/лечение на състояния като лактостаз, запушени канали и мастит, тогава тези два продукта не са взаимозаменяеми.

В допълнение както при механичните, така и при електрическите помпи за кърма, съществуват много различни варианти. Механичната помпа може да бъде със съвсем опростена функционалност и малки размер, като кърмата се изцежда чрез стискане на гумено балонче. Този вид механични помпи нямат за цел събирането на кърмата, а са предназначени да изцеждат гърдите от излишната кърма. Друг вид механична помпа изцежда кърмата чрез плъзгане на цилиндри. При трети вид механична помпа е използва силиконова клапа,, при която изцеждането е улеснено чрез ергономична дръжка. Електрическите помпи от своя страна са създадени за по-голямо облекчение на майката. В повечето случаи те дават възможност за контролиране ритъма на изцеждането, подходящи са за индивидуалните нужди и физиология на гърдите. Въз основа на гореизложеното може да бъде направено заключение, че основната разлика между механичните и електрическите помпи за кърма се състои в начина на генериране на вакуум, необходим за засмукване. При първата категория това става посредством усилие на самата жена, докато при втората категория посредством електрически механизъм, снабден със софтуер. От тази гледна точка констатираните разлики по отношение характеристиките на двата продукта, както и в начина на употреба, не могат да доведат до заключение, различно от

наличието на взаимозаменяемост между двата вида продукти по отношение на търсенето, доколкото и двата вида помпи задоволяват сходни, ако не и еднакви потребителски нужди. Като същото заключение следва да бъде направено и за еднофазните и двуфазните помпи. В същото време следва да бъде отчетен факта, че двете категории помпи за кърма се намират в различни ценови класове. Електрическите помпи за кърма поради приложената в тях технология са значително по-скъпи от механичните помпи. Видно от събраните по административната преписка данни, цените на електрическите помпи за кърма в зависимост от марката и модела могат да варират в широк диапазон – от около 97 лв. до 899 лв. Подобни разлики биха могли да окажат влияние върху анализа на взаимозаменяемостта на търсенето, но поради липсата на достатъчно събрани данни няма как да бъде изследвано това влияние. Като следва да се посочи, че в практиката си СЕС е имал възможността да подчертае субективната преценка на потребителите за определянето на съответния продуктов пазар, за сметка на техническите качества на продукта (виж решение на Общия съд от 15 декември 2010 г. *Confédération européenne des associations d'horlogers-réparateurs* (CEAHR) / Комисията по дело T-427/08, ECLI:EU:T:2010:517, т. 73-74).

На следващо място, що се отнася до твърдението, че когато доставчиците обикновено продават портфолио на продукти, цялостното портфолио може да определи продуктивния пазар, ако портфолиата, а не отделните продукти се считат за заместими от купувачите. Следва да се посочи, че когато ЕК е използвала този подход на дефиниране на продуктов пазар, той се е отнасял до разнородни продукти от една и съща марка, обединени от закрилата на интелектуалната собственост и от предпочитанията на потребителите с оглед принадлежността на продукта към съответната марка /в този смисъл решение на ЕК от 17 декември 2018 г. по преписка AT.40428 – Guess, пар. 11, решение на ЕК от 25 март 2019 г. по преписка AT.40436 – Ancillary sports merchandise, пар. 11 и пар. 22-39, решение на ЕК от 24 юли 2018 г., по преписка AT.40469 – DENON & MARANTZ, пар. 15 и решение на ЕК от 24 юли 2018 г. по преписка AT.40181 – Philips, пар. 15/. Също така лингвистичното и телеогичното тълкуване на разпоредбата на параграф 89 от Известието на Комисията за Насоки относно вертикалните ограничения, води до извода, че независимо дали съответния пазар ще се възприеме с оглед цялото портфолио на предприятието, то неизменно следва да бъде направен икономически анализ на взаимозаменяемостта от гледна точка на търсенето, именно с оглед целта на защитата на благосъстоянието на потребителите и как те ще бъдат засегнати.

По натам, при дефинирането на участниците на пазара, КЗК ги определя като всички вносители, осъществяващи продажба на едро и дистрибутори на едро, но липсва изясняване колко на брой са тези вносители на едро. Единствено е посочено, че са налице множество дистрибутори на едро на процесните стоки, като не е посочена конкретна бройка /стр. 135 незаличен вариант/. Като следва да се посочи, че не са включени и не е анализирана ролята на две основни групи търговци, упражняващи съществено влияние върху търговията – онлайн търговците, регистрирани извън територията на Република България, както и международните вериги, които имат свои вериги на доставка.

С оглед на така установеното, КЗК не е изяснила фактическата обстановка, както по отношение на структурата на пазара, така също и по отношение на участниците, техните пазарни дялове и функционирането на пазара.

Що се отнася до стандарта на доказване на установяване на антиконкурентно вертикално споразумение. По същество КЗК обосновава две тези, първата е, че всяко изпращане на препоръчителни цени съставлява „антиконкурентно предложение“ и втората – липсата на изрично противопоставяне е единственото условие, което трябва да се установи, за да е налице забранено споразумение при изпратен каталог с препоръчителни цени.

Първоначално следва да се посочи, че естеството на нарушенията, както и естеството и тежестта на свързаните с тях санкции, предопределя приложимостта на презумцията за невиновност такава, каквато тя е посочена в член 48, параграф 1 от Хартата на основните права на Европейския съюз и в член 6, параграф 2 от Европейската конвенция за защита правата на човека и основните свободи, и в производствата относно нарушения на приложимите към предприятията правила за конкуренция. Ето защо тежестта на доказване наличието на противоправно съгласуване на стопанското поведение е вменено на ЕК или на националните органи по защита на конкуренцията, натоварени с правоприлагането на чл. 101 ДФЕС или на съответната национална разпоредба /в случая чл. 15 от ЗЗК/. От гореизложеното следва, от една страна, че Комисията трябва да посочи надлежни и достатъчни доказателства за съществуването на елементите от състава на нарушението на член 101 ДФЕС/ решение на CEO от 17 декември 1998, *Baustahlgewebe* / Комисията по дело C-185/95 P, ECLI:EU:C:1998:608, т. 58 и решение на CEO от 8 юли 1999, Комисията / *Anic Partecipazioni* по дело C-49/92 P, ECLI:EU:C:1999:356, т. 86/ а от друга страна, че наличието на съмнения в съда трябва да ползва предприятието, адресат на решението, с което се установява такова нарушение /решение на ОС от 9 септември 2015, *Toshiba* / Комисията по дело T-104/13, ECLI:EU:T:2015:610, т. 49 и решение на ОС от 24 март 2011, *Kaizer e.a.* / Комисията по дело T-379/06, ECLI:EU:T:2011:110, т. 47/.

Изцяло правилни и обосновани са изводите на АССО за липсата на един от елементите на фактическия състав на чл. 15, ал. 1 от ЗЗК – съгласуваното стопанско поведение на определени предприятия/, споразумение, решение на сдружения или съгласувана практика/ по своята цел или резултат да е от естество да предизвика определен антиконкурентен ефект, изразяващ се в предотвратяване, ограничаване или нарушаване на конкуренцията, било поради самата същност на споразумението или с оглед на неговия резултат.

Съгласно постоянната практика на СЕС и ВАС, наличието на препоръчителни цени само по себе си не представлява нито нарушение на конкурентното право, нито може да се разглежда като антиконкурентно предложение /в този смисъл решение № 14405 от 28.11.2017 г. по адм. дело № 11530/2013 г., по описа на ВАС, IV отд. и решение № 7379 от 20.06.2016 г. по адм. дело № 3705/2016 г., по описа на ВАС, петчленен с-в/. Не може да се третира като антиконкурентно и самото съвпадане на цената на дребно с препоръчителната цена, освен в случаите на съгласувани практики, т.е. при липсата на каквото и да е друго дори хипотетично икономическо обяснение. Освен наличието на препоръчителни цени, в отклонение от типичната си роля, в този конкретен случай поради конкретните обстоятелства следва да се докаже, че представляват нещо различно, в случая – минимални цени на дребно. Респективно изпращаните от „СМАРТ СМ“ ООД на търговците информация за препоръчителни цени на продуктите, дистрибутирани от него, както и посочени като "цени на рафт", "често срещани цени на рафт" – дали е било с намерението те да бъдат третирани като минимални такива. И още по важно-какво е било

действителното поведение на тези търговци в контекста на наличието или не на "споразумение". Видно от раздел II от Решението, КЗК е изисквала информация от общо 20 търговци на детски стоки. В този смисъл основателно, административния съд е приел, че в становищата си до КЗК абсолютно всички търговци без изключение (в това число и Комсед) са заявили, че никога „СМАРТ СМ“ ООД не им е налагало по какъвто и да било начин да използват за свои цени за препродажба предложените от него препоръчителни цени. Първостепенния съд правилно е приел, че установените данни разколебават категоричния извод на КЗК за това, че „СМАРТ СМ“ ООД определя фиксирани крайни цени за търговците на дребно. Няма как да бъде направен такъв извод, при наличие на над 200 търговци с които „СМАРТ СМ“ ООД търгува /по конкретно 1329/, от които анкетирани от КЗК 20 бр. и от тях 5-10 бр. от които е видно липсата на пълно съвпадение в крайните продажни цени. КЗК не е отчела множеството случаи, в които търговците избират цени, различни от препоръчителните. Видно от събраните по делото доказателства КЗК вместо да изследва цялостната политика на ценообразуване на търговците, изважда от контекст случаи на близост или съвпадение с препоръчителната цена за отделни артикули. Дори и това, че некоректно в Решението КЗК е приела че отклонения от над 20% от препоръчителната цена са представени като "незначителни".

Съдът правилно е приел и че КЗК не е доказала по несъмнен начин и наличието на определяне от „СМАРТ СМ“ ООД на крайни предпродажни цени чрез отстъпки от промоции. В контекста на отношенията "дистрибутор-търговец на дребно", терминът "промоционална цена" (или "намалена цена"/"нова цена") не може еднозначно да се определи като такъв означаващ крайна продажна цена на дребно към потребител-клиент. Тя логично е да означава промоционална цена на едро. Поради това следва да се приеме, че при промоции дистрибуторът казва, кои стоки ще доставя с намаление, какво намаление на доставната цена (цената на едро) предлага и за кой период. След като бъдат закупени стоките от него на промоционалната цена, търговците на дребно сами определят на каква цена да я продават на свой ред, тъй като дистрибуторите нямат и не следва да имат роля във формирането на ценовата политика на търговците на дребно. Освен това, КЗК не е коментирал факта, че в повечето отговори, включително на големи търговски вериги / „Лили дрогерие“, „ДМ България“ ЕООД, „Комсед“ АД, „Ван Холдинг“ ЕООД/ изрично е посочено в становищата им, че всяка верига в началото на годината публикува периодите си на промоции заедно с основите си теми. Всеки доставчик, предлага тематично какви продукти да бъдат използвани и предлага промоционална отстъпка, която то ще даде допълнително на веригата. Като анкетираните дружества посочват, че в последствие те сами решават каква промоционална отстъпка ще бъде дадена на крайните клиенти. При все това следва да се посочи, че контролът върху препродажните цени, осъществяван от доставчиците /който в настоящия случай не е доказан/, може да бъде обективно обоснован и да доведе до пораждането на проконкурентни последици и поради това следва да има възможността към процесната практика да бъде приложена доктрината rule of reason с цел изследването на благосъстоянието на потребителите и реалните последици върху свободния пазар.

Съгласно постоянната практика на СЕС, приемането на едно отправено антиконкурентно предложение може да бъде както изрично, така и чрез конклюдентни действия. Тезата на КЗК е, че в случая е налице конклюдентно приемане чрез мълчание не следва да бъде споделена, както правилно първостепенния съд е приел. Мълчанието само по себе си не

може категорично да обоснове извод за конклюдентно приемане на цените. За да е налице конклюдентно приемане на антиконкурентното предложение чрез мълчание, Комисията трябва да докаже още един елемент, а именно започване на изпълняване на антиконкурентното предложение фактически. Следва Комисията да изследва действителното поведение на търговците съконтрахенти на „СМАРТ СМ“ ООД. Не може да бъде споделен изводът на КЗК, че от липсата на подобно противопоставяне следва, че със самия факт на последващите си поръчки за доставка на промоционалните артикули, клиентите на „СМАРТ СМ“ ООД мълчаливо се съгласяват да използват именно обозначените върху тях цени като свои крайни цени, както и този за наличието на "непротивопоставяне срещу предприятията от доставчика пряка намеса в икономическата свобода на клиента да определи самостоятелно и независимо цените". Защото обективно доказателствата по преписката са други. За пълнота следва да се посочи, че установяването на мълчание само по себе си не може да бъде разглеждано като израз на формирана воля нито за приемане, нито за отхвърляне на антиконкурентното предложение. За да бъде разкрита реалната воля на предприятията, следва да се изследва контекста на договорните отношения. Така СЕС приема, че ЕК не може да приеме, че очевидно едностранно поведение от страна на производител, възприето в контекста на договорните отношения, които той поддържа със своите дистрибутори, в действителност е причина за споразумение между предприятия, по смисъла на член 85, параграф 1 от ДЕО, ако не установи наличието на съгласие от страна на другите партньори, в отношението, възприето към производителя /в този смисъл решение на ПИС от 26 октомври 2000, Bayer / Commission по дело T-41/96, ECLI:EU:T:2000:242, т. 72 и цитирана там съдебна практика/. Като тази практика следва да се прилага и за други правоотношения, по-надолу в икономическата верига, като например между дистрибутор и търговец на дребно, както е в конкретния случай. От това следва, че противно на възражението на касатора, установяването на фактически действия по изпълнението на антиконкурентното предложение, в случай на установяване на мълчаливо съгласие, не е равнозначно на антиконкурентен резултат, а по-скоро представлява доказателство за приемане на отправената оферта, без формирането на изрична воля. Поради това преценката за наличието на съгласие, изрично или мълчаливо, следва да се направи в рамките на отношението, което има страната към отправеното предложение, т.е. да бъде преценено какво отношение към предложението представлява установеното мълчание. Мълчанието може да представлява приемане само в конкретен контекст, какъвто КЗК в случая не е доказала, а и е взела становища само от 20 предприятия въпреки, че контрагентите на „СМАРТ СМ“ ООД са повече от 1000, като не може да има презумпция за извършено нарушение спрямо предприятията, които не са били изследвани.

Доколкото до концепцията за изрично противопоставяне, тя представлява механизъм, чрез който СЕС е предоставил възможност на предприятията да избегнат санкция от предложение, което мълчаливо са започнали да изпълняват, стига преди това да са се противопоставили на него. Очевидно е, че тази концепция за изрично противопоставяне е приложима единствено към предложния, които фактически се изпълняват. Като целта е да се позволи на предприятията в по-слаба позиция, изпълняващи антиконкурентното предложение единствено под натиска на по-силната страна, да избегнат санкция чрез изричното противопоставяне на отправеното предложение, което се изпълнява.

Що се отнася до твърдението, на касационния жалбоподател, че „СМАРТ СМ“ ООД е определял цената на едро като за основа е използвал цената на дребно чрез използвано

понятие „препоръчителни продажни цени“ от която е приспадана определен процент /марж, търговска отсърпка/, АССО правилно е възприел, че необосновано и недоказано е заключението на КЗК в оспореното решение, че отсърпките от цената на едро се определят на базата на цената на дребно. Не е ясно КЗК на базата на какво е заключила, че размерът на промоционалните цени зависи от препоръчителните. Липсва конкретно позоваване на такива изчисления от КЗК. На този въпрос отговор не е даден и от в.л. Пендичева, която, която заявява, че въз основа на събраните и приложени по делото доказателства не може да бъде даден отговор на въпроса дали отсърпките предоставяни на търговците на дребно са определяни на база крайна продажна цена или на база крайна доставна цена. Същевременно видно от писмото-отговор на „Лили Дрогерие“ до КЗК от 04.06.2020 са приложени ценови листи и търговски условия със "СМАРТ СМ" ООД, от които се установява, че „СМАРТ СМ“ ООД изчислява отсърпка по договор от базова цена, различна от препоръчителната, което е в директен противовес на твърдението на КЗК.

Относно твърдението на касатора, че предприятието е изпращало електронни и физически маркетингови продукти /банери/ за посочване на крайна цена на дребно, следва да се посочи, че АССО правилно приема, че е основателен доводът във възражението на жалбоподателя за едностранно /според „СМАРТ СМ“ ООД превратно/ тълкуване от КЗК на понятието "промоционални цени". Това обуславя и другото погрешно тълкуване, че когато "СМАРТ СМ" ООД изпраща рекламни материали относно организирана промоция, тези рекламни материали съдържат не предлаганите от "СМАРТ СМ" ООД условия на промоцията на едро, а всъщност съдържат условията, на които търговеца на дребно трябва да предложи стоките-обект на промоцията на своите клиенти на дребно - потребителите. Рекламни материали се ползват и в контекст, различен от прякото предлагане на стоки на крайните потребители-физически лица. По същия начин, по който един търговец на дребно има нужда да достигне до клиентите си - най-често физически лица, така и дистрибуторите (търговците на едро) имат нужда да достигнат до своите клиенти - търговци на дребно, обикновено търговски дружества. Още повече, че търговците на дребно, с които работи един дистрибутор, са стотици, в случая над хиляда търговски дружества. Не може в случая да се наложи еднозначен и категоричен извод за това, че рекламните материали за промоцията, изпращани от дистрибутора до търговеца на дребно, всъщност не се съдържат доставни цени на едро, а съдържа единствено и само предложение предложение за фиксиране на цени на дребно. Логично би се поставил въпроса - тогава къде дистрибуторът представя условията на своята промоция, къде договаря своята доставна цена с търговеца на дребно? В случая не "СМАРТ СМ" ООД трябва да докаже, че съдържащата се в рекламните материали промоционална цена не е крайна цена на дребно, а КЗК трябва пълно и главно да докаже, че тази цена е именно такава. Обратното би означавало винаги, когато Комисията установи изпращане на рекламни материали, напр. брошури с цени, между дистрибутор и търговец на дребно, тя да образува производство срещу само единия от тях за сключване на забранено споразумение за фиксиране на цените. Също така от представените от "СМАРТ СМ" ООД писмени доказателства, представляващи копия от брошури, анкети, и протоколи /които са писмени документи и имат характер на частни, с формална доказателствена сила/ се установява наличието на самостоятелни промоционални кампании, в различни периоди включващи продукти от гамата на процесните, в търговски вериги като Айко, Лили Дрогери, ДМ, и които установяват, че няма единна национална рекламна капания, организирана от „СМАРТ

СМ“ ООД. В допълнение, свидетеля Съраваков е заявил, че рекламни материали, които са получавали от „СМАРТ СМ“ ООД са били рекламни на техните продукти насочени и адресирани "към нас като търговски партньор, както и цялата ни търговска практика обичайно се осъществява по електронен път, представят се визи на продукти, представят се дистрибуторски редови цени и когато ние имаме афинитет към дадени продукти заявяваме ги, получаваме ги по надлежния ред, плащаме ги срещу фактура, това касае само търговски взаимоотношения между дружествата“.

Аналогично и по отношение изложените мотиви на КЗК относно намерен "банер, готов за публикуване, съдържащ артикулите в промоция и процента на отстъпката". "Готов за публикуване" е субективна преценка на Комисията, неподкрепена с факти. Доколкото до "процента на отстъпката" с оглед на контекста би могъл да се отнася до отстъпката от цената на едро, но той може да няма каквато и да е връзка с цената на дребно или отстъпката на дребно (търговците на дребно могат и да не правят каквато и да е отстъпка на закупените стоки-ценообразуването им е изцяло самостоятелно). Т.е. недоказан е изводът на КЗК, че процента на отстъпката на съответния банер е цената на дребно, а не цената на едро. Значително по аргументирано и житейски по-логичното обяснение на това е твърдението на жалбоподателят, че е изпратил графично представен артикул с отстъпката си на едро, за да може да запознае партньорите си с предложението си за промоция. В тази връзка, за да се приеме за достоверно предложеното от Комисията обяснение - че щом в някоя брошура/банер до артикул е изписан процент, то това непременно е предложение за забранено споразумение за отстъпка на дребно, КЗК е следвала на осъществи по-задълбочен анализ, който да докаже липсата на друга икономически обоснована алтернатива.

Стандартът на пълно и главно доказване изисква в този случай кумулативно доказване на следното: Изготвяне и изпращане от дистрибутор на промоционални материали, съдържащи цена на дребно, за посочени конкретно от Комисията стоки на съответния пазар и Формирането на тази цена не чрез самостоятелно ценообразуване от страна на търговеца на дребно (напр. чрез нареждане до дистрибутора какво да напечата), а по антиконкурентен начин, за конкретните артикули. Водещият критерий в този случай е начинът на ценообразуване (самостоятелно или не), а не кой е отпечатал съответния материал. Несамостоятелното ценообразуване т.е. ценообразуването в нарушение на чл. 15 ЗЗК не се презумира, тъй като законът не предвижда подобна презумпция, то се доказва пълно и главно от Комисията. По преписката липсват доказателства и данни достатъчни, за да се формира категоричен извод за намеса на жалбоподателя в ценообразуването на който и да е друг търговец.

По отношение на свидетелските показания, настоящият състав приема, че те са ценени с цялата фактическа обстановка, като кореспондират с дадените от предприятието отговори на анкетата на КЗК, същите са изцяло фактически, последователни и са оценени в съвкупност с останалите доказателства, поради, което доводите на КЗК в тази част са неоснователни.

По отношение на обстоятелството, че някои клиенти на „СМАРТ СМ“ ООД дават своето съгласие изрично за участие в общата противоправна цел /т. 62 от ФО/. АССО правилно приема, че са необосновани и недоказани са твърденията на КЗК за наличието система на мониторинг на цените от „СМАРТ СМ“ ООД. Следва да се отчете, че цялата кореспонденция,

на която се позовава КЗК е във връзка с договарянето на цени на едро между двама контрахенти - търговец на едро и търговец на дребно. Тази комуникация не се отнася до крайните продажни цени. Като поначало търговците се водят от пазарния паралелизъм. Поради това, поначало търговците следят публичнодостъпната информация /например цените в онлайн магазините/ за цените на останалите участници на пазара и това не представлява нарушение. КЗК погрешно е приел, че тази публичнодостъпна информация е „чувствителна търговска информация“. Предоставената в случая информация е на базата на публично достъпни цени в интернет, поради което тя по дефиниция не е чувствителна търговска информация. Никъде в тази кореспонденция не става въпрос за мониторинг. Напротив, напр. в отговора от 02.01.2018 г. на ДМ до „СМАРТ СМ“ ООД те заявяват, че относно изпратения имейл за промяна на цени, ги информират, че цените ще бъдат отразени след като видят, че новите цени са отразени на пазара и "сме конкурентноспособни" /стр.74 от решението - незаличен вариант/. Впрочем характерът на такъв отговор доказва и самостоятелното ценообразуване при този търговец. Видно от съдържанието на електронната кореспонденция две от дружествата Фантастико и ДМ са влезли в преговори със „СМАРТ СМ“ ООД във връзка с увеличението на доставните цени. Въпросът за доставните цени на предприятието е на плоскостта изключително на прякото договаряне между доставчик и търговец на дребно. Тя няма никакво отношение към определянето на крайната продажна цена. Следователно тази кореспонденция касае само цената на едро, като клиентът в отговор потвърждава въвеждането на „закупни цени“ от 20.02.2018 г.

Поради следва да се приеме, че съдът правилно е установил, че не се установява по делото „СМАРТ СМ“ ООД да е предприемал каквито и да било действия, ако до него е достигала информация, че търговец на дребно продава на различни цени от препоръчителните цени напр. по-ниски. Което категорично разколебава изводите на КЗК относно наличието на третия елемент от състава на вмененото нарушение по чл. 15, ал. 1 т. 1 от ЗЗК по отношение на „СМАРТ СМ“ ООД. Също така са неправилни изводите на КЗК относно наличието на антиконкурентна цел от „СМАРТ СМ“ ООД. Антиконкурентната цел на предприятието в хипотезата на чл. 15, ал. 1 от ЗЗК не се презумира, тъй като липсва императивна правна норма в този смисъл, с оглед на което тази специална цел следва да бъде установена по категоричен и несъмнен начин от страна на КЗК, което в случая не е направено. Като първоинстанционния съд правилно установява, че в процесните практики на „СМАРТ СМ“ ООД липсва "договаряне", нито мълчаливо "принудително" съгласие за антиконкурентен ефект, който е задължителен елемент от състава на нарушението по чл. 15, ал. 1 от ЗЗК.

Относно оспорването размера на разносните, адвокатското възнаграждение е уговорено в рамките на размерите по Наредба № 1 от 9 юли 2004 г. за минималните размери на адвокатските възнаграждения, като същото не ги надвишава и поради това не подлежи на намаляване.

По изложените съображения Върховният административен съд, приема, че не са налице твърдените отменителни основания по чл. 209, т. 3 АПК. Същото е материално законосъобразно, обосновано, при постановяването му не са допуснати съществени нарушения на съдопроизводствените правила. Фактите по делото са надлежно установени от първоинстанционния съд и въз основа на тях, той е достигнал до верни правни изводи,

поради което обжалваното решение като правилно, следва да бъде оставено в сила.

С оглед изхода на спора, искането на ответника "СМАРТ СМ" ООД за присъждане на направените по делото разноси следва да бъде уважено. Същите са своевременно претендирани, като са доказани по основание и размер. Процесуалният представител на касатора КЗК е направил възражение за прекомерност на адвокатското възнаграждение, въз основа на което настоящия съдебен състав приема, че с оглед характеризирането на спора с изключително висока фактическа и правна сложност същото не следва да бъде редуцирано и следователно КЗК следва да бъде осъдена да заплати 20 700 лв. на "СМАРТ СМ" ООД.

Водим от горното и на основание чл. 221, ал. 2, предл. първо АПК, Върховният административен съд, четвърто отделение

РЕШИ:

ОСТАВЯ В СИЛА решение № 91/30.01.2023 г. постановено по адм. дело № 383/2021 г. на Административен съд – София област

ОСЪЖДА Комисията за защита на конкуренцията да заплати на „СМАРТ СМ“ ООД, [ЕИК], със седалище и адрес на управление гр. София, ул. Земен 2 вх. Б ет.6 разноси по делото в размер на 20 700 /двадесет хиляди и седемстотин/ лева.

Решението е окончателно.

Вярно с оригинала, Председател: /п/ РУМЯНА БОРИСОВА секретар: Членове: /п/ ЛЮБОМИРА МОТОВА

/п/ СВЕТОСЛАВ СЛАВОВ