



**BULGARIA: NEW
REGULATION AGAINST
ABUSE OF ECONOMIC
DEPENDENCE**

**БЪЛГАРИЯ: НОВА
РЕГУЛАЦИЯ СРЕЩУ
ЗЛОУПОТРЕБАТА С
ИКОНОМИЧЕСКА
ЗАВИСИМОСТ**

On July 9th 2015, the Bulgarian Parliament adopted a package of measures aiming to combat unfair business-to-business trading practices in the retail supply chain. In parallel to modifications in food distribution regulations, the legislators also approved an amendment to the Protection of Competition Act (“PCA”), introducing new rules prohibiting “abuse of superior bargaining position”.

According to the legislative amendment, the existence of “superior bargaining position” (“SBP”) should be established upon assessment of the structure of the relevant market and the specific relations between the undertakings concerned, taking into account the nature of their activities and difference in scale of operations, the availability of alternative business partners, including presence of alternative sources of supply, distribution channels and/or customers. The specific criteria for SBP analysis and precision of the forms of abusive behaviour should to be devised by the national competition authority (the Commission on Protection of Competition, or the “CPC”) in a special methodology.

The new prohibition covers any act or failure to act of an undertaking with “superior bargaining position” (“SBP”), which contradicts good faith business practices and harms or threatens the legitimate interests of the weaker contractual party and the consumers. In case it finds that a violation was committed, the CPC would be empowered to impose fines ranging from BGN 10,000 (approx. EUR 5,000) up to 10% of the aggregate annual sales of the undertaking concerned in the affected product group for the preceding year (or up to BGN 50,000 in the absence of turnover from such sales).

REASONS BEHIND THE NEW REGULATION

According to the motives to the legislative amendment, its objectives are to limit unfair trading practices (“UTP”) along the chain of production, supply and distribution of fast moving consumer goods. The 2013 Green Paper of the European Commission on unfair trading practices in the business-to-business food and non-food supply chain in Europe (COM/2013/037) was cited on a number of occasions throughout the legislative process.

The Bulgarian legislator concluded that UTPs can represent a threat to the competitive environment where they are imposed by one of the undertakings concerned upon the other by abusing its superior bargaining position. The negative effect of bargaining power and the resulting economic dependence is transaction and relation specific – it depends on the specific circumstances of the case and differs with each contractual partner. Since the problems with dependence are not (primarily) rooted in the general market position of the undertaking enjoying SBP, the legislator decided to adopt the term “superior bargaining

На 9 юли 2015г. Народното събрание прие пакет от законодателни промени, които целят да се преборят с нелоялните търговски практики по веригата на снабдяване с бързооборотни стоки. Успоредно с изменения в Закона за храните, депутатите одобриха и изменение в Закона за защита на конкуренцията („ЗЗК“), където са въведени нови разпоредби срещу „злоупотреба с по-силна позиция при договаряне“.

Съгласно обнародваните законови изменения, наличието на „по-силна позиция при договаряне“ („ППД“) се определя с оглед характеристиките на структурата на съответния пазар и конкретното правоотношение между засегнатите предприятия, като се отчита степента на зависимост между тях, характерът на дейността им и разликата в нейния мащаб, вероятността за намиране на алтернативен търговски партньор, включително съществуването на алтернативни източници на снабдяване, канали за разпространение и/или клиенти. На Комисията за защита на конкуренцията („КЗК“) е възложено да приеме в срок до 3 месеца от влизане в сила на промените в ЗЗК необходимите изменения и допълнения във вътрешните си актове и приложимите методики за пазарен анализ, където да посочи критериите за анализ на ППД и формите на злоупотреба.

Новите забрани обхващат всяко действие или бездействие на предприятие с ППД, което е в противоречие с добросъвестната търговска практика и уврежда или може да увреди интересите на по-слабата страна при договарянето и на потребителите. В случай, че установи нарушение, КЗК може да наложи имуществена санкция в размер от 10 000 лв. до 10% от оборот на нарушителя, реализиран от продажбата на засегнатите продукти през предходната година (или до 50 000 лв., когато няма реализиран оборот).

МОТИВИ ЗАД НОВАТА РЕГУЛАЦИЯ

Съгласно мотивите към ЗИД ЗЗК, неговите цели са да допълни съществуващите разпоредби с цел създаване на условия за осъществяване последователна политика за защита на националните пазари, производството, доставката и дистрибуцията на стоки и услуги, чрез осигуряване условия на равнопоставеност при водене на преговори при реализиране на търговски сделки и да предотврати нелоялните търговски практики („НТП“). Вносителите цитират на няколко пъти Зелената книга на Европейската комисия относно нелоялните търговски практики по веригата за доставки на хранителни и нехранителни стоки между стопански субекти в

position” instead of “significant market power”, which was used in the original drafts of the bill. One of the reasons for the change of language was to avoid the danger of overlapping with the existing regulations against abuse of dominance.

While a position of “dominance” indicates a certain degree of independence from other market players and is therefore comparatively universal (in the sense that it is related to market structure and not based on a specific contractual relation), bargaining power is more context specific since it designates an asymmetry in the relationship between two particular undertakings. Thus for example one and the same undertaking can exercise pressure over one of its suppliers, while at the same time being victim of the unavoidable instructions of another stronger supplier.

In this respect it should be noted that the PCA contains several different types of rules. On the one hand, its Chapters III and IV lay down the antitrust prohibitions against coordinated behaviour and abusive unilateral conduct, which protect the general public interest and aim to resolve problems related to concerted practices and market structure that have negative impact on consumer welfare. On the other hand, Chapter VII provides the rules against unfair competition, addressing the actions of undertakings, which infringe upon good faith business practices and harm or threaten the legitimate interests of competitors.

The existing antitrust regulation in Bulgaria is a verbatim reproduction of EU level rules, as laid down in the Treaty on the functioning of the European Union (in particular Art. 101 and Art. 102). And according to the prevailing opinion, antitrust law should not be concerned with particular outcomes of contractual negotiations between parties unless such terms would have the effect of harming the competitive process and thereby reduce consumer welfare – in contrast to harming only the interests of particular competitors. Antitrust rules are meant to protect public interests and enhance consumer welfare. Therefore, in dominance cases the alleged abuse will only constitute a breach of the relevant legal provisions when it is likely to result in consumer harm. On the contrary, the negative impact of abuse of economic dependence is suffered primarily by the weaker contractual partner (at least in the short run), as a result of which the respective prohibitions would serve to protect primarily the individual interests of the affected private parties. Because of this significant difference in the focus of application, rules on dominance are not fit to address deficiencies resulting from asymmetry in bargaining power.

However, supporters of the new regulation argued that UTPs are not completely unrelated to competition law (in the broader context encompassing both antitrust and

Европа.

Българският законодател прие, че НТП могат да представляват заплаха за конкурентната среда, когато са наложени от едно предприятие на друго, чрез злоупотреба с неговата по-силна позиция при договаряне, която от своя страна е резултат от наличието на някаква форма на икономическа зависимост между двете предприятия. Негативните последици от тази икономическа зависимост произтичат от особеностите на конкретната сделка и цялостните отношения между конкретните предприятия – те зависят от обстоятелствата в конкретния случай и са различни при различни комбинации от договорни партньори. Доколкото проблемите с икономическата зависимост не са свързани (основно) с принципното пазарно положение на предприятието с ППД, законодателят замени термина „значителна пазарна сила“ („ЗПС“), който беше заложен в първоначалния проект, като в окончателната версия се използва понятието „по-силна позиция при договаряне“. Една от причините за тази промяна е да се избегне опасността от припокриване в регулаторния обхват със съществуващата уредба срещу злоупотреба с господстващо положение (Глава IV ЗЗК).

Докато господстващото положение сочи определено ниво на независимост от останалите участници на пазара, поради което е и сравнително универсално (в смисъл, че е свързано със структурата на пазара и не се основава на конкретно договорно правоотношение), силата на договаряне е специфична за конкретния контекст, защото обозначава асиметрия в отношенията между две конкретни предприятия. Така например едно и също предприятие може да оказва натиск над един от своите търговски партньори, като едновременно с това е жертва на непреодолимите изисквания на друг по-силен партньор.

В тази връзка следва да се напомни, че ЗЗК съдържа няколко различни вида регулация. На първо място, неговите Глави III и IV излагат т.нар. „антиръстови правила“ срещу съгласувани практики между няколко предприятия (картелиране) и едностранна злоупотреба. Тези правила защитават обществения интерес и целят да разрешат проблеми, свързани със координирано поведение и структурата на пазара, които увреждат благосъстоянието на потребителите. Отделно от това, в Глава VII на ЗЗК се съдържа регулация срещу нелоялната конкуренция, определяна като действия и бездействия на предприятия, които нарушават добросъвестната търговска практика и увреждат

unfair competition). A party enjoying a SBP over another party may obtain unfair advantage by making use of that position, restraining the independent business activities of the weaker party and forcing it to accept disadvantages that it would not have agreed upon if there were alternatives and competition was working properly. Only in this specific situation it can be argued that imposition of UTPs by undertakings with SBP prevents weak parties from competing freely and independently. Weaker parties, on whom unjustified burden is imposed, would be in more disadvantageous position in terms of possibilities to compete. On the other hand, the party imposing the burden would be in a more advantageous position with respect to its competitors because it would have received a benefit which is not accessible under normal market conditions. If the difference between bargaining positions is significant enough to restrict the autonomy of decision making of one party, and if the other party takes advantage of this gap to put the weaker party at a disadvantage, the weaker party's independence is undermined and fair transaction order is also disturbed. Thus abuse of dependence can be regarded as a form of unfair competition in vertical relations between non-competitors.

Nevertheless, it should be noted that full equality between the parties to a contractual relationship is almost impossible in reality. It is completely normal that one of the parties has a stronger position and this situation should not qualify as a violation of competition law by itself. In fact, it is quite possible that certain contractual terms and practices that reduce the benefit of one of the parties could ultimately benefit consumers, if the stronger party passes the advantages "extorted" from the weaker party down the supply chain – for example, a reduction of procurement prices contributing to reduction of retail prices should not be regarded as a violation. In order to distinguish pro-competitive and natural cases of lack of balance in bargaining power from those cases where inequality leads to anti-competitive result, the application of the new rules is limited to situations where the negative effect of the UTPs in the long run would also harm consumers.

One of the original legislative drafts proposed restricting the application of the new regulation only to abuse exercised over suppliers. However, this proposal was dismissed and did not become part of the adopted version of the law since it was noted that „victims“ of UTPs can be undertakings on all levels of the supply chain – raw material producers, processing and manufacturing businesses, and distributors on all levels of trade. Moreover, a situation of economic dependence can appear in both directions of a particular relationship, thus both the supplier and the client can suffer from undue influence. It was ultimately decided that the introduction of a uniform regulation, aiming to

или могат да увредят интересите на конкурентите.

Антитръст регулацията у нас възприема дословно съществуващите разпоредби на ниво ЕС, заложи в Договора за функциониране на ЕС (чл. 101 и 102). Съгласно преобладаващото мнение в доктрината, антитръстовото законодателство не следва да се занимава с индивидуалните договорености между отделни стопански субекти, постигнати в хода на търговски преговори, освен ако не са налице данни за увреждане на процеса на конкуренция, а оттам и на благосъстоянието на обществото като цяло – а не просто данни за засягане частните интересите на отделни предприятия. Целта на антитръстовото законодателство е да защитава обществения интерес и да допринесе за увеличаване благосъстоянието на потребителите. Ето защо и едно от основните изисквания, за да се установи злоупотреба с господстващо положение съгласно настоящата разпоредба на чл. 21 ЗЗК, е да се констатира потенциално увреждане на интересите на потребителите. Ситуацията при злоупотреба с икономическа зависимост е различна, защото отрицателният ефект засяга предимно по-слабата страна по договора (поне в краткосрочен план), поради което новата регулация ще гарантира защита преди всичко за частните интереси на засегнатите предприятия. Предвид значителната разлика в обекта на защита, съществуващите антитръстови правила не могат да регулират проблеми, които са резултат от асиметрии в силата на договаряне.

Според привържениците на новата регулация обаче НТП не са напълно изолирани от конкурентното право (разглеждано в по-широк смисъл като обхващащо както антитръстовите правила, така и забраната за нелоялна конкуренция). Едно предприятие, което притежава ППД спрямо друго, може да получи неоснователно преимущество като използва своята по-силна позиция, за да ограничи независимата стопанска дейност на по-слабия си търговски партньор, като го застави да приеме неблагоприятни за него условия, с които той не би се съгласил ако имаше алтернативни възможности и конкуренцията работеше ефективно. Само при тази особена ситуация може да се твърди, че НТП от страна на предприятие с ППД ограничава възможността на по-слабата договаряща страна да се конкурира свободно и неограничено. По-слабата страна, която е обект на въздействие, ще се окаже в по-неблагоприятно положение с оглед възможностите за конкуренция. Същевременно предприятието, което налага своите условия, ще бъде в по-благоприятна позиция по отношение на своите конкуренти, защото ще получи ползи, които не

prevent all forms of abuse and UTPs along the entire supply chain, in all directions, would make the broadest contribution towards the improvement of market environment and thus have positive impact on all market players.

✚ FUTURE IMPLEMENTATION

The new rules on abuse of SBP mirror existing regulations dealing with unfair competition and (to some extent) rules on unfair terms in consumer contracts. The rationale behind the newly introduced provisions is to expand the scope of the existing “fair play” rules to cover also vertical B2B relationships. Moreover, in long-term contractual relations characterized by a significant imbalance in the bargaining positions of the parties some undertakings may indeed be in the same position as end consumers vis-à-vis their contractual counterpart and should therefore be granted some protection against the risk of exploitation.

According to the adopted amendment, a violation would be present where the following requirements are satisfied cumulatively: (i) existence of a contractual relationship between two independent undertakings; (ii) imbalance in bargaining positions; (iii) conduct of the party with SBP, which is inconsistent with good faith business practices; (iv) potential or effective harm for the weaker party, which in the long-run is likely to result in consumer harm; and (v) absence of adequate alternatives for the weaker party.

All forms of “unfair coercive” conduct without economically objective justification are now prohibited, including in particular unjustified refusal to supply or purchase goods or services, subjecting a contractual partner to unjustified or discriminatory obligations or trading conditions, and unjustified severance of established business relations. The assessment of “fairness” should be made on a case-by-case basis, taking into account the context and history of relations between the specific parties.

Existence of SBP should be determined by analysing the structure of the relevant market and the specific relationship between the undertakings concerned. Indicative factors include, among others, the degree of dependence between the two undertakings, the nature and difference in their scale of business operations, the existence of alternative supply/distribution channels and probability of finding an alternative trading partner. The legislator entrusted the CPC with the task to develop specific criteria for SBP analysis in a special methodology that should be adopted within 3 months as of entry into force of the PCA amendment.

Since the new rules against SBP abuses (regarded as a form of “unfair competition” in vertical relations) aim to

биха били налични при нормални пазарни условия. Ако разликата в силата на договаряне е достатъчно значителна, че да ограничи автономията на по-слабата страна, и ако по-силната страна се възползва от това, за да постави по-слабата страна в неизгодно положение, независимостта на по-слабата страна би била ограничена, при което се нарушава и нормалната конкурентна среда. Следователно злоупотребата с положение на зависимост може да се разглежда като особен вид нелоялна конкуренция, която се проявява във вертикални отношения между не-конкуренти.

Все пак следва да се отчете, че пълното икономическо равенство между страните по едно договорно отношение е практически невъзможно. Съвсем нормално е едната страна да има по-силна позиция от другата и това само по себе си не може да представлява нарушение на принципите на лоялната конкуренция. Всъщност напълно е възможно определени договорни клаузи и практики, които намаляват ползите за една от страните, в крайна сметка да благоприятстват потребителите и обществото като цяло, ако по-силната страна прехвърли преимуществата, които е „изтръгнала“ чрез принуда от по-слабата страна, надолу по веригата на снабдяване – например, намаляване на доставните цени на суровини, съпроводено с понижаване на цената за продажба на готовата продукция, не би следвало да се разглежда като нарушение. За да бъдат отграничени случаите на проконкурентни и естествени за преговорния процес дисбаланси от случаите, в които неравнопоставеността има антиконкурентен ефект, приложението на новите правила е ограничено до хипотези, при които негативните последици от НТП в дългосрочен план биха накарнали и интересите на потребителите.

В една от първоначалните редакции на законопроекта се предлагаше новата регулация да се прилага само по отношение на злоупотреба, осъществявана по отношение на доставчици. Това предложение в крайна сметка отпадна и не стана част от приетите законови изменения, тъй като беше отчетено, че „потърпевши“ от НТП могат да бъдат предприятия на всички нива по веригата на снабдяване - както производителите на основни суровини, така и преработвателите и промишлените производители, както и дистрибуторите на всички нива на търговия. Още повече, че ситуация на икономическа зависимост може да се прояви във всяко едно направление от дадено правоотношение, поради което както доставчикът, така и клиентът, биха могли да бъдат жертви на недобросъвестно въздействие. В

protect private interests, principal responsibility for their enforcement should be assumed by the affected private parties. Nevertheless, the competition authority would also be entitled to open proceedings on self-approach (sua sponte).

The CPC will review complaints under the new PCA Chapter VIIa following the standard procedure applied for unfair competition cases. In this respect it should be noted that the PCA provides for separate procedural routes for implementation of different substantive rules. The common framework for antitrust investigations - covering both alleged prohibited agreements and abuse of dominant position - is set forth in PCA Chapter IX, while proceedings for review of complaints alleging unfair competition violations are governed by Chapter XII. The most important difference is that in antitrust investigations the CPC acts both as a public prosecutor and as a deciding authority and has complete control over the case – it cannot be terminated by the private parties even where the original petitioner and respondent - alleged perpetrator reach a settlement with respect to all disputed issues. Proceedings under an unfair competition complaint, on the other hand, have adversarial character and follow closely standard civil action procedure. Two distinct sides are formed: (i) petitioner - the aggrieved party, and (ii) respondent - the alleged perpetrator, while the CPC's function is limited to independent verification of the factual allegations of the disputing parties (i.e. it acts as a quasi-judiciary tribunal). The petitioner may withdraw the complaint at any time without stating any grounds, causing automatic termination of the proceedings.

As noted in the beginning, the PCA amendment was devised and passed through the Parliament as part of the package of "laws against the commercial chains". However, the new rules regulating abuse of SBP are sufficiently broad to encompass any industry and every business in Bulgaria. The amendment was not accompanied by impact analysis and its effect on different sectors of the economy is yet to be seen.

NOTE: This new sletter has been prepared by DJINGOV, GOUGINSKI, KYUTCHUKOV & VELICHKOV for informational purposes only and does not constitute legal advice. This information is merely a summary of the above mentioned sources and necessarily omits a great deal of information that may be of interest to you. Thus, it is not intended to create, and receipt of it does not constitute, an attorney-client relationship. Readers should not act upon this without seeking professional counsel. We would be pleased to answer any questions you may have on these issues.

Should you need further information, please feel free to contact:

Anton Petrov
e-mail: anton.petrov@dgkv.com
10 TSAR OSVOBODITEL BOULEVARD
SOFIA 1000, BULGARIA
<http://www.dgkv.com>
Phone: (+359 2) 932 1100
Fax: (+359 2) 980 3586

крайна сметка законодателят е решил, че въвеждането на универсална уредба, която цели да предотврати всякакъв вид злоупотреби и НТП по цялата верига на снабдяване, във всички нейни направления, ще допринесе най-пълно за подобряване на пазарната среда и по този начин окаже благоприятно въздействие за всички стопански субекти.

▣ БЪДЕЩО ПРИЛОЖЕНИЕ

Новите разпоредби срещу злоупотребата с ППД се основават на съществуващите правила за нелоялна конкуренция и (до известна степен) правилата за неравноправни клаузи в потребителските договори. Логиката зад нововъведените ограничения е да се разшири обхватът на съществуващите правила на „честната игра“ по отношение на отношения между търговци по вертикала. Всъщност, при дългосрочни отношения, които се характеризират със значителен дисбаланс в позициите на двете страни, някои предприятия наистина може да се окажат в същото положение спрямо своите договорни партньори както крайните потребители, поради което би следвало да получат защита срещу риска от експлоатация.

Съгласно приетото от НС изменение, нарушение би имало ако са изпълнени кумулативно следните изисквания: (i) наличие на реално или потенциално договорно отношение между две независими предприятия; (ii) липса на еквивалентност в позициите на договаряне; (iii) поведение на страната с ППД, което е в противоречие с добросъвестната търговска практика; (iv) потенциално или реално увреждане на по-слабата страна, от което в дългосрочен план търпят вреда и потребителите; и (v) липса на адекватна алтернатива за по-слабата страна.

Забраната обхваща всички форми на „недобросъвестна принуда“, която няма обективно икономическо основание, като например необоснован отказ да се доставят или закупят стоки или услуги, налагане на необосновано тежки или дискриминационни условия, или неоснователно прекратяване на търговски отношения. Проверката за противоречие с добросъвестната търговска практика следва да се прави с оглед особеностите на всеки отделен случай, като се отчитат спецификите на контекста и историята на отношенията между конкретните две засегнати предприятия.

Наличието на ППД трябва да се установи след анализ на характеристиките на структурата на съответния пазар и конкретното правоотношение

между засегнатите предприятия. Индикативни фактори за това, в частност, са степента на зависимост между тях, характерът на дейността им и разликата в нейния мащаб, вероятността за намиране на алтернативен търговски партньор, включително съществуването на алтернативни източници на снабдяване, канали за разпространение и/или клиенти. Законодателят е възложил на КЗК задачата да разработи критериите за анализ на ППД и да приеме необходимите подзаконовни нормативни актове в срок до 3 месеца от влизане в сила на промените в ЗЗК.

Тъй като новите правила срещу злоупотреба с ППД (разглеждана като форма на „нелоялна конкуренция“ във вертикални отношения) целят да защитят основно частни интереси, основна отговорност инициране на съответните процедури би следвало да поемат самите засегнати лица. Независимо от това, законът дава право на КЗК да действа и по собствена инициатива.

КЗК ще разглежда преписките по новата Глава VIIa на ЗЗК като следва стандартната процедура за нелоялна конкуренция. В тази връзка следва да се посочи, че ЗЗК предвижда различни процедурни пътища с оглед приложението на различните материалноправни норми. Общата рамка на всички антитръстови разследвания (забранени споразумения и злоупотреба с господстващо положение) е зададена в Глава IX ЗЗК, докато производството по искания с твърдения за нелоялна конкуренция се движи по реда на Глава XI. Най-съществената разлика е, че при антитръстовите разследвания КЗК действа едновременно и като защитник на обществен интерес (прокурор) и като решаващ орган, при което има пълен контрол над производството – то не може да бъде прекратено по инициатива на частноправните субекти дори ако увредените лица и разследваните предприятия постигнат споразумение по всички спорни въпроси. Процедурата при твърденията за нелоялна конкуренция, от друга страна, обикновено има състезателен характер и следва стандартното исково производство. В производството има две насрещни страни: (i) искател – увреденото лице и (ii) ответна страна – за която се твърди, че е извършила нарушение, като функцията на КЗК е ограничена до независима проверка на фактическите твърдения на спорещите страни (т.е. действа като квази-съдебна юрисдикция). Искателят може да оттегли искането си по всяко време без да сочи основание за това, което води до автоматично прекратяване на производството.

Както беше посочено в началото, измененията в ЗЗК бяха предложени и приети като част от пакета от „закони срещу търговските вериги“. Само че новата регулация срещу злоупотребата с ППД има много широк обхват и ще засегне всички отрасли и всяка една стопанска дейност в България. Измененията не бяха съпроводени от оценка на въздействието и тепърва ще разбере какъв ще бъде техният ефект върху различните сектори на националната икономиката.

Забележка: Тази публикация е изготвена от Джингов, Гугински, Кючуков и Величков само с информативна цел и не представлява юридически съвет. Тази информация е само обобщение на по-горе споменатите източници, която може да представлява интерес за вас. Тя не е предназначена да създаде, както и получаването ѝ не представлява, отношения между адвокат и клиент. Читателите не трябва да предприемат базирани върху информацията действия, без да потърсят професионален съвет. Ние ще се радваме да отговорим на всички въпроси, свързани с казуса по-горе.

Ако имате нужда от допълнителна информация, моля да се свържете с нас:

Антон Петров
e-mail: anton.petrov@dgkv.com
Бул. Цар Освободител № 10
София 1000, България
<http://www.dgkv.com>
Тел: (+359 2) 932 1100
Факс: (+359 2) 980 3586