

BARA ZOLTÁN

A közgazdasági elemzés szerepe a kizorító/felfaló árazás vizsgálatában

Az Európa Bíróság France Télécom-ügyben hozott ítéletének hatásai

Az Európai Közösségek Elsőfokú Bírósága 2007 januárjában a Bizottság egy olyan határozatát hagyta jóvá, amely nélkülözte a kizorító/felfaló árazás jogszerűtlenségével kapcsolatos mélyreható közgazdasági elemzést, nem támaszkodott a jogsértőnek tartott magatartás várható piaci hatásainak vizsgálatára, és elmaradt az úgynevezett veszteség-ellensúlyozási próba (vagyis annak vizsgálata, hogy az esetlegesen sikeres kizorító árazás utáni helyzetben az erőfölényben lévő vállalat megalapozottan számíthatott-e arra, hogy az elszenvedett veszteségei – a későbbi áremelés következtében – megtérülnek). Mi várható ezek után a közgazdasági elemzések jövőbeli szerepével kapcsolatban? Miért vállalnák a nemzeti versenyhatóságok vagy akár maga az Európai Bizottság a sokkal nagyobb kockázattal járó, illetve lényegesen nagyobb erőfeszítést igénylő közgazdasági elemzések bizonyítékként való alkalmazását, ha a jogsértés formális jogi alapon is könnyen bizonyíthatónak minősült? Várható-e visszalépés a hasonló ügyek vizsgálatában a hatásvív bizonyítástól a formális alapú bizonyítás irányába?*

Journal of Economic Literature (JEL) kód: K21, L12, L41.

Az Európai Közösségek Elsőfokú Bírósága 2007 januárjában helybenhagyta a Bizottság 2003. júliusi határozatát, amelyben megállapította, hogy a Wanadoo Interactive (a France Télécom akkori leányvállalata) kizorító/felfaló árazás formájában visszaélt gazdasági erőfölényével az érintett franciaországi ADSL alapú, szélessávú, kiskereskedelmi internet-hozzáférési piacon. A Bizottság határozata nélkülözte a kizorító árazás jogszerűtlenségével kapcsolatos mélyreható közgazdasági elemzést, nem támaszkodott a várható piaci hatások vizsgálatára, és elmaradt az alapos veszteség-ellensúlyozási próba (*recoupment test*), vagyis annak modellszerű elemzése, hogy az esetlegesen sikeres kizorító árazás utáni helyzetben az erőfölényben lévő vállalat megalapozottan számíthatott-e arra, hogy az elszenvedett veszteségei – a későbbi áremelés következtében – megtérülnek.

Az EU-alapszerződés 82. cikkének megsértésével foglalkozó bizottsági vitaanyag, amelyet 2005 decemberében tettek közzé, általánosságban hangsúlyozza a közgazdasági elemzések szerepének növekvő jelentőségét. Mi várható ezek után a közgazdasági elemzések jövőbeli szerepével kapcsolatban? Miért vállalnák a nemzeti versenyhatóságok vagy

* A cikk A France Télécom ítélet és a 82. cikk alkalmazásának modernizációja című előadás bővített változata, amely 2007. június 8-án hangzott el a Pázmány Péter Katolikus Egyetem Deák Ferenc Intézetének és a Versenyjogi Kutatóközpontjának közös rendezvényén. A szerző a talnalmány írásakor a GVH Versenytanácsának tagja volt.

akár maga az Európai Bizottság ezek után a sokkal nagyobb kockázattal járó, illetve lényegesen nagyobb erőfeszítést igénylő közgazdasági elemzések bizonyítékként való alkalmazását, ha a jogsértés formális jogi alapon is könnyen bizonyíthatónak minősült? Jelenti-e az Elsőfokú Bíróság ítélete, hogy a 82. cikk megsértésével kapcsolatos bizottsági irányváltással visszalépés várható a hasonló ügyek vizsgálatában a hatásvív bizonyítástól a formális alapú bizonyítás irányába?

A kizorító árazásról

A kizorító – vagy más elnevezéssel felfaló – árazás¹ meglehetősen egyszerű fogalom. A piacon erőfölényben lévő vállalkozás olyan, költségeit nem fedező, költség alatti árat állapít meg, amely – elegendően hosszú ideig fenntartva – alkalmas a nála nem hatékonyabb versenytárs piacról való kizorítására, kizárására. E fogalom három jogi tényállást foglal magában:

1. az erőfölényben lévő vállalkozás az áruval kapcsolatos költségei alatti árat állapít meg;
2. a versenytárs vállalat nem hatékonyabb, mint az erőfölényben lévő vállalkozás, ezért az erőfölényben lévő vállalat költség alatti árai számára is költség alattiak lesznek;
3. az erőfölényben lévő vállalat nagyobb pénzügyi-gazdasági ereje miatt hosszabb ideig képes a veszteségeket vállalni, mint a versenytárs, amely ezért várhatóan előbb vagy utóbb, de elhagyja a piacot.

E jogi meghatározás nem foglalja magában a veszteségek visszanyerésének, a veszteség-ellensúlyozásnak (*recoupment*) a szükségességét, mert e tekintetben az európai és az amerikai joggyakorlat alapvetően különbözik egymástól. A veszteség-visszanyerés vagy veszteség-ellensúlyozás a kizorító árazás közgazdasági értelmezésének kulcskérdése. Ezt a kérdést kimerítően tárgyalja Valentiny [2004], amely sok tekintetben ma is érvényesen foglalja össze a témakör legfontosabb alapfogalmait és a releváns bírósági ítéleteket, közöttük az Akzo-ügyet (*Akzo* [1991]) és az egyesült államokbeli Brooke versus Brown-ügyet (*Brooke...* [1993]), sőt – annak bírósági felülvizsgálata előtt – foglalkozik a France Télécom/Wanadoo esettel is (*Wanadoo...* [2003]).

Az újabb fejlemények jelentőségének megértéséhez röviden át kell tekinteni a kizorító árazás versenyjogi tényállásához kapcsolódó két közgazdasági iskola fő érveit. A chicagói iskola szerint a kizorító árazás irracionális a hosszú távú profitmaximalizálás szempontjából, mert egyrészt túlságosan nagyok a költségei (az elmaradt haszon), másrészt igen valószínűtlen, hogy a sikeres kizorítást követően monopolhelyzetbe került vállalat elegendően hosszú ideig képes megtartani a monopóliumát. Ez utóbbit az magyarázza, hogy ha korábban voltak versenytársak, akkor azok később is megjelenhetnek, hacsak a technológiai-gazdasági feltételekben olyan, rendszerint előre nem látható változás megy végbe, ami az újbéli belépést a jövőben különösen megnehezíti. Ilyen változásra hosszú távú tervet alapozni nem racionális. A chicagói iskola nem állítja azt, hogy kizorító árazással nem próbálkoznak vállalkozások, csak azt, hogy amelyik vállalkozás ezt megpróbálja, előbb-utóbb feladja. Az elveszett profit későbbi visszanyerésének kérdése az

¹ Az angol szakkifejezés, a *predatory pricing* tükörfordítása, a ragadozó árazás a magyar szakirodalomban nem honosodott meg. Jóval inkább elterjedt a felfaló árazás kifejezés. A hazai versenyjogi alkalmazásban kizárólag a „felfaló árazás” kifejezés használatos. Újabban a nemzetközi, főképpen a versenyjogi tárgyú közgazdasági szakirodalomban, egyre gyakrabban lehet találkozni a „kizorító árazás” (*exclusionary pricing*) kifejezéssel is. Ezt vette át a Gazdasági Versenyhivatal Versenykultúra Központja által közelmúltban megjelent Motta [2007] kötet fordítógárdája is. A két, azonos tartalmú kifejezés közül jelen cikkben a továbbiakban ez utóbbi szóhasználatát követi a szerző.

iskola szerint a kizorító árazás kulcskérdése, egyben fő érve annak irracionalitása mellett (Valentiny [2004] 29. o.).

A másik, úgynevezett játékelméleti iskola alapmodellje ugyancsak a kizorító stratégia irracionalitását mutatja ki (Selten [1978], idézi: Valentiny [2004] 31. o.). A modell kiindulópontja az a feltevés, hogy a kizorító árazásra azért kerül sor, mert egy adott időperiódusban tanúsított kizorító magatartásnak elretentő hatása lehet a rákövetkező időperiódusban. A bennlévő a belépés esetén választhat aközött, hogy a versenytárs kizorítása érdekében kizorító árat alkalmaz-e („kizorít”), esetleg osztozik vele a piacon, illetve ha mégsem lép be a versenytárs, akkor nyilván egyszerűen begyűjti a monopolhelyzetéből származó előnyöket („arat”). A játékelméletben használatos „kifizetési” szerkezet (a játékban elérhető nyereség) úgy alakul, hogy a belépőnek az osztozkodás kedvezőbb, mint a távolmaradás, de az utóbbi jobb, mint a kizorítás. A bennlévőnek a kizorítás költséges stratégia az osztozkodáshoz képest, a legelőnyösebb, ha arathat. A modell fontos feltevése, hogy a játékosok ismerik a szabályokat, a korábbi játszmák kimenetelét, valamint a saját és a többi játékos kifizetéseit. A legutoljára piacra lépőtől visszafelé haladva, a modell kimutatja, hogy a kizorítás nem vezet egyensúlyi helyzethez. A legutolsó piacra lépő esetében a bennlévő sohasem választja a kizorítást, mert az rosszabb, mint az osztozkodás, és mivel már nincs újabb belépő, nincs kit elretentenie. Az utolsó belépő tudja ezt, ezért mindenképpen belép a piacra. A bennlévő számol azzal, hogy az utolsó belépőt semmiképpen sem tudja elriasztani, ezért az utolsó előtti belépő esetében sem választja a kizorítást. Így visszafelé haladva, végül is sohasem alkalmaz kizorító árazást.

Később, a játékelmélet és a tökéletlen informáltság fogalmi keretének segítségével, jelentősen újragondolták a kizorító árazás stratégiáját és logikai lehetőségét. Nagyrészt megoldották az elméleti következtelenségeket, amelynek következtében a kizorító árazást ma már megvalósítható stratégiának tekintik. Két alapfeltételnek azonban teljesülnie kell: a bennlévő azt várja, hogy a veszteségeket visszanyeri majd, ugyanakkor képes a belépő elretentésére (Valentiny [2004] 31. o.).

Új fejlemények a közösségi jogalkalmazásban

Valentiny tanulmányának megjelenése óta számos fontos fejlemény történt, ami a kizorító árazás jelenbeli európai versenyjogi megítélését lényegesen befolyásolhatta. 2004 tavaszán a Bizottság közzétette az úgynevezett modernizációs csomagját, amelyben – egyebek között – a 82. cikk² alkalmazásának reformját ígéri, kiemelve a közgazdaságtan növekvő szerepét a versenyhatások elemzésében. A Bizottság hasonló lépéseit rendszerint közleményben vagy iránymutatásban szokta közzétenni, ezért a 82. cikk alkalmazásához kapcsolódóan is számítani lehetett iránymutatás kiadására. Ennek előkészítése érdekében a Bizottság felkért egy neves közgazdászokból álló csoportot, hogy fogalmazza meg ajánlásait, amelyek 2004 nyarán készültek el. Ezt követően 2005 tavaszán az OECD közgazdasági munkabizottsága is közzétette a 82. cikk piaclezárással való megsértésére vonatkozó ajánlásait. Végül, több mint egyéves előkészítés után, többféle előkészítő anyag belső vitáját követően a Bizottság Verseny-főigazgatósága (*Directorate General for Competition, DG Comp*) 2005 decemberében közzétett egy vitaanyagot, amely azonban

² Az Európai Közösségek Szerződése (amit gyakran csak Római Szerződésnek neveznek) 82. cikke tartalmazza a gazdasági erőfölénnyel való visszaélés tilalmát, míg a versenyjogi szempontból ugyancsak kiemelkedően fontos 81. cikk pedig a vállalkozások közötti versenykorlátozó megállapodások (kartell) és összehangolt magatartások tilalmát.

csak a piaclezáró jellegű jogsértések vizsgálatával foglalkozik. A vitaanyagról – a Bizottság felhívására – igen sok észrevétel érkezett a főigazgatósághoz, amelyek összegzése 2006 nyarán történt meg. Majd 2007 januárjában megjelent az Elsőfokú Bíróság³ ítélete a France Télécom-ügyben.⁴

A 82. cikk alkalmazásának felülvizsgálata mint az EU-versenypolitika modernizációjának része

2004. május 1. az európai versenypolitikában különleges nap volt. Nemcsak azért, mert ezen a napon bővült a tagállamok száma 15-ről 25-re, hanem mert ekkor vezették be hivatalosan az Európai Unió versenyjogi modernizációs programját (*Modernisation...* [2004]). Ebben a csomagban többnyire olyan eljárásjogi szabályokat gyűjtöttek egybe, amelyek alapján a csatlakozást követően megosztják az Európai Bizottság, az Európai Bíróság, a nemzeti versenyhatóságok és a nemzeti bíróságok között a hivatali felelősséget, a kötelmeket és más jogokat és kötelezettségeket. A modernizációs csomagba – az EU-ban a megelőző nyolc-tíz év során felhalmozódott tapasztalat alapján – számos elvi és anyagi jogi változtatást építettek be. Ezek közé sorolhatók például a vertikális korlátozások, a kutatás-fejlesztési és más horizontális technológiatranszfer-megállapodások korábban jóval kevésbé szigorú megítélése és kezelése, a fúziós ügyek piacmeghatározása során a közgazdaságtani alapú megközelítések sokkal következetesebb és alaposabb felhasználása, illetve az engedékenységi program (*leniency program*) bevezetése a kartell-eljárások elősegítésére.

Néhány év, de különösen a legutóbbi idők folyamatai alapján állítható, hogy az említett változások – de ezen belül is különösen a közgazdaságtan növekvő szerepe a fúziós ügyek kezelésében – nem feltétlenül és nem is elsősorban a Bizottság, illetve a Verseny-főigazgatóság „természetes belső fejlődésének” köszönhető, hanem sokkal inkább az olyan bírósági döntéseknek, amelyek mindegyikében az Elsőfokú Bíróság – egybecsengetően – hatályon kívül helyezte a Bizottság fúziókat megtiltó határozatát, arra hivatkozva, hogy az közgazdaságtani szempontból kellően nem megalapozott. Ezek közé tartozik a 2002. évi Airtours–First Choice-, a Schneider–Legrand- és a TetraLaval–Sidel-fúzió (*Airtours...* [2002], *Schneider Electric...* [2002], *TetraLaval...* [2002]). Nem véletlen, hogy ezeket az ügyeket követően 2004-ben kineveztek egy vezető közgazdászt, és a Verseny-főigazgatóság munkáját is átszervezték annak érdekében, hogy a közgazdasági elemzés a versenyjogi eljárásban a korábban sokkal nagyobb szerepet kaphasson.⁵

A 2004. évi modernizációs csomagból kimaradt a versenyjog két fontos területe: a gazdasági erőfölénnyel való visszaélés, illetve a verseny sértő állami támogatások köre, pedig ezek modernizációjának szükségességével az Európai Bizottság már ekkor tisztában volt.⁶ Neelie Kroes előadta, hogy a reform célja: „hasznosabb útmutatást adjon azoknak a vállalkozásoknak, amelyek kénytelenek a piaci hatalommal való visszaéléssel szembesülni” (*Kroes* [2005a]), és határozott ígéretet tett arra, hogy a széles körű vitákat követően „e feladatot teljesítő munkaanyagok (útmutatások) fognak megjelenni” (*Kroes* [2005b]).

³ *Court of First Instance (CFI)* az európai ügyek elsőfokú bírósági szintje.

⁴ A France Télécom, a Bizottság Wanadooval szemben hozott határozata óta egy vállalatba vonták össze a korábban jogilag önálló személyiségű internetszolgáltató cégét és a távközlési szolgáltató vállalkozását, hasonlóképpen, amint az a Matáv és az Axelero esetében a T-Com keretében történt Magyarországon.

⁵ Az első vezető közgazdász Lars-Hendrik Röller volt, akit 2007-ben Damien Neven követett.

⁶ Az erőfölénnyel való visszaélésekre vonatkozó fontos határozatok felülvizsgálatának szükségességét már az előző versenybiztos, Mario Monti is felismerte, amely felismerés újra és újra megjelent az új versenybiztos, Neelie Kroes beszédeiben is. A versenybiztosok beszédei elérhetők a Bizottság weblapján.

A közgazdasági tanácsadó csoport ajánlásai

A neves európai kutatókból álló versenypolitikai közgazdasági tanácsadói csoport (*Economic Advisory Group for Competition Policy, EAGCP*) ajánlásait 2005 júliusában tette közzé (*EAGCP* [2005]).⁷ Bár a Bizottság ösztönzésére az említett modernizációs elvek megvalósítása érdekében kezdett el dolgozni a csoport, a közzétett ajánlások tartalma alapján biztosra vehető, hogy azok nem a Bizottság hivatalos álláspontját tükrözték. Az ajánlások lényegüket tekintve ugyanazt az utat javasolták a Bizottságnak, amit az a 81. cikkkel kapcsolatos, illetve a fúziós ügyek vizsgálata során már elfogadott: *a versenyproblémák formáljogi (form-based) megközelítésének felváltását a versenyhatások elemzésén alapuló megközelítéssel (effect-based)*. A hatásalapú elemzés a fogyasztók számára káros, versenyellenes hatásokra összpontosít, és az egyes esetek konkrét tényállásain alapul.

Az ajánlás lényege, hogy a 82. cikket érintő ügyekben a verseny megsértésének vizsgálata az *esszerűség elve*, valamint a *fogyasztói jólét* középpontba helyezésével történhet – milyen mértékben ellensúlyozzák az allokációs és/vagy vállalati hatékonyságnövekedésből eredő jóléti nyereségek a verseny korlátozása miatti fogyasztói jóléti veszteségeket. E két elv alkalmazásával nem titkolt cél, hogy az európai és a tengerentúli államok jogalkalmazási elvei közeledjenek egymáshoz. Az Egyesült Államok, Kanada, Ausztrália és Új-Zéland joggyakorlatában ezek az elvek már mai is érvényesülnek.⁸

Az *EAGCP* [2005] 6. szakasza foglalkozik a kiszorító árázással. E szerint a kiszorító árázásnak szükségszerűen két szakasza van: a kiszorítás (*predatory phase*), illetve a veszteség ellensúlyozása (*recoupment phase*). A kiszorító típusú magatartást tehát egy *rövid távú árcsökkenési periódus* vezet be. Ezt egy olyan periódus követi, amelyben a vállalkozásnak különösen jelentős piaci (monopol-) hatalma van, ezért képes az árak emelésére a *hosszú távú nyereségesség* elérése érdekében. A *Valentiny* [2004] által bemutatott kiszorító árázást leíró közgazdasági modellekhez képest az *EAGCP* [2005] megemlíti az úgynevezett jelzészavaró (*signal jamming*) modellt. E modellben nincs szükség az erőfölényben lévő vállalat és a belépő közötti információs aszimmetria feltételezésére: az erőfölényben lévő vállalat képes olyan piaci jelzéseket adni, amelyek megzavarják a belépő információit a piaci keresletről, s ez megbízható üzleti terv hiányában visszatartathat a belépéstől. A versenyhatóságnak ilyenkor ki kell mutatnia, hogy az erőfölényben lévő vállalat által megvalósított alacsony árázás miatt a belépő nem képes megismerni a piaci keresletet, amelyet normális körülmények között könnyen megismerhetne a rendelkezésére álló piaci eszközök révén (*EAGCP* [2005] 52. o.).

Az ajánlások a kiszorító árázással kapcsolatban azt hangsúlyozzák, hogy a versenyhatóságnak az adott piaci helyzetre jól alkalmazható, jól definiált stratégiai magatartási modellből kell kiindulnia, arra kell bizonyítékokat keresnie, hogy a modell kritikus feltételei fennállnak, és az erőfölényben lévő vállalat, valamint a belépő/kiszorított vállalkozás magatartásai konzisztensek a modellből levezethető viselkedéssel, és ezért az azokból levonható következtetésekkel is (*EAGCP* [2005] 53. o.).

⁷ Az ajánlásokat a következő közgazdászok jegyezték: *Jordi Gual* (IESE Business School és la Caixa, Barcelona), *Martin Hellwig* (Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn), *Anne Perrot* (Paris I. Egyetem és Conseil de la Concurrence, Párizs), *Michele Polo* (Bocconi University, Milánó), *Patrick Rey* (Toulouse-i Egyetem), *Klaus Schmidt* (Müncheni Egyetem), *Rune Stenbacka* (Swedish School of Economics, Helsinkii Egyetem). Az *EAGCP* számos más témában is megfogalmazta ajánlásait, amelyek közül kiemelhetők az állami támogatásokkal, illetve a horizontális fúziókkal kapcsolatos anyagok (*EAGCP* [2006a], [2006b]).

⁸ Lásd erről a vonatkozó útmutatókat, például *Canadian ...* [2001], *Antitrust ...* [1995]. John Vickers, a brit versenyhivatal (*Office of Fair Trading*) elnöke szerint az erőfölénnyel való visszaélésre vonatkozó szabályozás Európában „most két fő irányba fejlődhet tovább: egyikben a forma, másikkban a közgazdasági hatás kap növekvő hangsúlyt”, a szerző a második megközelítést támogatja (*Vickers* [2004] 10. o.)

Az OECD anyaga

Az OECD versenyjogi munkacsoportja által készített anyag kinyilvánított szándéka azoknak a témaköröknek az azonosítása, amelyeket a versenyhatóságoknak általában figyelembe kell venniük ahhoz, hogy különbséget tudjanak tenni a káros kizorító magatartás és a csupán agresszív, de a verseny szempontjából hasznos és kívánatos magatartás között (OECD [2005] 4. o.).

Az anyag a *kizorító* (ragadozó, *predatory*) jelző helyett az általánosabb érvényű *kizáró* (*exclusionary*) jelzőt használja.⁹ Sokféle üzleti magatartásról feltételezhető, hogy kizorító, ám ezek általánosan két kategóriára oszthatók: amelyek kizorító árazásra építenek, valamint amelyek kizorító hatás nem az árakon nyugszik. Mikor egy vállalat a kizorító árazás stratégiáját követi, termékeit vagy szolgáltatásait rövid távon irreálisan alacsony áron kínálja hosszú távú céljának megvalósítása érdekében. Pontosabban, a vállalat bizonyos ideig feláldozza profitját, azt feltételezve, hogy ezáltal képes versenytársait kizorítani a piacról, fegyelmezni őket és/vagy új vállalatok piacra lépését megakadályozni. A kizorító árazás stratégiája csakis akkor racionális, ha a vállalat attól bizonyos piaci hatalom megszerzését vagy megtartását reméli.

Az OECD [2005] tanulmány legfontosabb megállapításai a következők. Számos ár-költség próba létezik, bár történelmileg ezek közül az átlagos változó költségen alapuló Areeda–Turner-próba a leginkább elfogadott, egyre növekvő támogatást élvez az átlagos elkerülhető költségen (*average avoidable cost*) alapuló próba is. Ez utóbbi segítségével lehetséges a vállalat outputjának kizárólag arra a tartományára összpontosítani, amely feltételezhetően kizorító. Lehetővé teszi továbbá az állandó költségek figyelembevételét akkor, ha azok kifejezetten a kizorító kampányt kísérő kapacitásbővítéshez kapcsolódnak.

Egyes vélemények szerint akkor is el kell járni az olyan piacon bent lévő vállalat ellen, ha a versenytárs piacra lépésére válaszul az árait csak annyira szállítja le, hogy azok nem süllyednek költségei alá. Ezt a megközelítést követte – legalább – egy nagyobb jelentőségű bírósági ítélet. Más források élesen kritizálják ezt az elvet, azzal érvelve, hogy annak fogyasztói jólétre gyakorolt hatása legjobb esetben is bizonytalan, és a nem hatékony piacra lépőket részesíti kedvezményben (OECD [2005] 18. o.)

A veszteség-ellensúlyozás a kizorító árazás vizsgálatának ellentmondásos területe. A versenyjog mögött meghúzódó versenypolitikai céloktól függően a veszteségek visszanyerhetőségére vonatkozó próba alapvető szerepet tölthet be a kizorítással kapcsolatos ügyekben. Segít kiválasztani, hogy mely kizorító magatartás hatása lehet káros a versenyre (és nem a versenytársak érdekeire), így a fogyasztói jólét biztosítékául szolgálhat. Megtakaríthatja továbbá a versenyhatóságok és bíróságok számára az ár-költség próba lebonyolítása során esetlegesen fellépő nehézségek egy részét. *Abban az esetben azonban, ha a fogyasztói jóléten túl más célok figyelembevételére is szükséges, a veszteségek ellensúlyozására vonatkozó próba kevésbé nélkülözhetetlen* (uo. kiemelés tőlem – B. Z.). Ilyen eset lehet például a „piacnyitás” korai fázisa, amikor a versenytársak gyors megjelenése és piacon maradása kiemelt szabályozási cél, amelynek fontosságát a versenyhatóság is figyelembe veheti.

Egy másik ellentmondásos kérdéskör a szándékra vonatkozó bizonyítékok szükségessége. Meg kell különböztetni egymástól egyrészt a versenytársak megsemmisítésének szándékára vonatkozó általános bizonyítékot, másrészt a verseny hosszú távú megszüntetése és a monopolista profit learatása érdekében a rövid távon szükséges költségek elviselésére vonatkozó részletes tervet. Az első fajta bizonyíték nem különösen jelentős, mivel

⁹ A kizáró jelző mellett ugyanilyen tartalommal használják a *piaclezáró* (*foreclosure*) jelző is

mindennapos dolog a versenyző vállalatok azon törekvése, hogy versenytársaikat valamilyen módon legyőzzék. A második típusú bizonyíték hasznosabb, mert rámutat arra, hogy a feltételezett kizorító vállalat legalábbis hitt terve sikerében. Mindazonáltal az ilyesfajta bizonyítékokat nem ajánlatos *prima facie* jogsértés megállapítására használni. Ehelyett használatukat érdemes annak cáfolatára korlátozni, hogy az alperes költség alatti áaira próbált elfogadható üzleti indokkal szolgálni (uo.).

Az egy évvel korábban készült *EAGCP* [2005] és az *OECD* [2005] jellege között már számottevő különbség látszik. Míg az előbbi – a formáljogi megközelítéstől a hatáselvű elemzés irányába – radikális előrelépést sürgetett általában a piaclezáró jellegű visszaélések, illetve még általánosabban a 82. cikk megsértését érintő ügyek vizsgálatában, az *OECD*-anyag ennek szükségességét nem is említi. Az anyag ugyan igen részletesen felsorolja, hogy a különböző jogsértő magatartásokkal kapcsolatban a jogalkalmazás során milyen körülmények elemzése szükséges, de a fogalmi keret alapvetően a Bizottság által korábban is követett és a France Telekom-ügyben is megerősített formáljogi megközelítéshez áll közel.

A kizorító árázással kapcsolatban az *OECD*-anyag egyrészt kiszélesíti a kizorító jellegű magatartások körét a nem ár jellegű magatartásokra is, másrészt csak a vitás kérdések között említi a veszteség-ellensúlyozás vizsgálatának szükségességét, illetve „a versenytársak áraihoz való alkalmazkodás” érvrendszerét. Felsorolja, hogy az előbbieken is említett angolszász országok jogrendszereiben milyen érvek alapján mikor tartják szükségesnek a veszteség-ellensúlyozás, illetve a versenytársak árainak való megfelelésre (*meeting the competition*) hivatkozó védekezés vizsgálatát.

Az *OECD*-anyag a veszteség-ellensúlyozást a kizorító árázás vizsgálatának egyik hasznos, de nem elkerülhetetlenül szükséges próbájaként említi, részletesen felsorolva, hogy milyen körülmények vizsgálata tartozhat e próba körébe. A már említett megfogalmazás szerint, ha a fogyasztói jóléten túl más célok figyelembevétele is szükséges, a veszteségek ellensúlyozására vonatkozó próba kevésbé hasznos. Ez meglehetősen homályos megfogalmazás, hiszen nem világos, hogy az európai versenyszabályozás milyen más célokat vehet figyelembe a fogyasztói jóléten túl. Ezen túlmenően meglehetősen tág teret enged a hatóságoknak és a bíróságoknak ahhoz, hogy eltekintsenek a veszteség-ellensúlyozási próba alkalmazásától, amint az történt például a France Telekom-ügyben.

A versenytársak áraihoz való alkalmazkodás érve az árdiszkriminációval összefüggésben a Robinson–Patman-törvénnyel (1936) alakult ki az amerikai jogban, bár már alkalmazták a Sherman-törvény (1890) hatálya alatt folytatott kizorító árázásos ügyekben is. Az Egyesült Államokban bíróságok kimondták, hogy „*egy cég nem ítéltető el kizorító árázásért, függetlenül költségeitől, ha árait a versenytársai által már alkalmazott alacsonyabb árakhoz igazítja ...*”. Továbbá kimondták, hogy „*egy céget versenyképtelen árainak fenntartására kötelezni a versenyjog feje tetejére állítása lenne*”.¹⁰ Európában sem a Bizottság, sem az Európai Közösségek Bírósága korábban egyetlen olyan kizorító árázásos ügyben sem hozott döntést, amelyben kifejezetten a versenytársak áraihoz való alkalmazkodás érvére hivatkoztak volna. A Bíróság általánosan jelentette ki, hogy ha egy erőfölényt élvező céget támadás ér, tehet ésszerű és arányos intézkedéseket saját gazdasági érdekének védelmében.¹¹ A France Télécom-ügy ebben a tekintetben tehát az első olyan ítéletnek tekinthető, amelyben az Európai Bíróság elvi döntést hozott erről a védekezési lehetőségről, egyértelműen visszautasítva azt.

¹⁰ United States *versus* AMR Corp., 335 F.3d 1109, 1121 n.15 (10th Cir. 2003), a hivatkozás forrása (*OECD* [2005] 34. o.)

¹¹ Compagnie Maritime Belge Transports kontra Commission. Opinion of Advocate General, 342. bek., C-395-96O & C-396/96P [1998], a hivatkozás forrása (*OECD* [2005] 34. o.)

Az Európai Bizottság Verseny-főigazgatóságának vitaanyaga

A versenyhatóság – több, egymástól több ponton eltérő, csak a tagországok versenyhatóságai körében közzétett, nem nyilvános változataira tett észrevételeket követően – 2005 decemberében hozta végül nyilvánosságra a 82. cikkel kapcsolatos jogsértések vizsgálatának reformját előkészítő vitaanyagát (*Verseny-főigazgatóság* [2005]).

A vitaanyag 96. bekezdése szerint az alacsony fogyasztói árak formájában megvalósuló kiszorító árazás természete a következőkben áll. Az erőfölényben lévő cég azzal a szándékkal vállal rövid távú veszteségeket, hogy megsemmisítse vagy megfegyvelje a piaci versenytársait, illetve megakadályozza piacra lépésüket. Az erőfölényben lévő vállalat azonban csak akkor vállalja ezt az áldozatot, ha úgy látja, hogy egy későbbi időszakban a veszteségeket képes ellensúlyozni. A versenytársak kizárásának tehát lehetővé kell tenni azt, hogy az erőfölényben lévő vállalat visszaállíthassa, fenntarthatja vagy kialakíthassa az extraprofitot biztosító magas árakat. A kiszorító árazás következtében csökkenő verseny (a magas árak és/vagy csökkentett minőség vagy választék) miatt a fogyasztó hosszabb távon rosszabbul jár, még akkor is, ha az alacsony kiszorító árak rövid távon kedvezők számára (*Verseny-főigazgatóság* [2005] 28–29. o.)

A 97. bekezdés ismételten hangsúlyozza a veszteség-ellensúlyozás szükségességét mondván, hogy a kiszorító árazás a 82. cikk alapján akkor lehet jogsértő, ha az erőfölényben lévő vállalat megerősödött gazdasági ereje lehetővé teszi számára a magasabb árakhoz való visszatérést vagy azok bevezetését. Leszögezi, hogy a kiszorító árazás kockázatos stratégia, mert ha hiba csúszik a vállalat számításaiba (például a versenytársak nem hagyják el a piacot, újra belépnek, vagy újak jelennek meg), az önként vállalt veszteségek csak a versenytársakat erősítik. Más szóval, a kiszorító árazás bizonyos értelemben a vállalatot saját magát is elriaszthatja (*self-detering*). Mindazonáltal a kiszorító árazás sikeres lehet, különösen olyan esetekben, amikor több piacot érintő erőfölényes vállalkozásról van szó, amely az egyik vagy másik piacon már korábban tekintélyt teremtett magának azzal, hogy képes volt versenytársait alacsony áraival „megfegyvelni” (reputációs hatás), illetve akkor, ha az erőfölényben lévő vállalat kevésbé szorul külső pénzügyi források igénybevételére (*Verseny-főigazgatóság* [2005] 29. o.).

A 96–97. bekezdésben foglaltaknak azonban elvileg is ellentmondanak azok a bekezdések, ahol a Verseny-főigazgatóság a kiszorító árazás konkrét eseteire nyújt értékelési szempontokat. A 100–129. bekezdés mintegy tízoldalas fejtegetésében különös hangsúlyt kap, hogy melyik költségszámítás a legalkalmasabb az árak és a költségek közötti viszony vizsgálatában. Miközben az anyag azt elemzi, hogy milyen szoros lehet a kapcsolat a különböző költségek és a kiszorító árazás valószínűsége között, „megfeledekzik” arról az a közgazdasági alapelvről, hogy a veszteség ellensúlyozása nélkül nincs értelme a kiszorító árazásnak, e nélkül nem lehet célt érni (ha volt is ilyen cél). Következésképpen, ha nincs veszteség-ellensúlyozás, akkor a kiszorító árazás piackizárára sem alkalmas, tehát nem lehet jogsértő. A viszonyítási alapként szolgáló költségek tehát csupán a jogsértés valószínűsíthetőségének megalapozására szolgálnak. Ez a módszer visszacsempészi annak lehetőségét, hogy eltekintsenek a veszteség-ellensúlyozás vizsgálatától, ami pedig a 96. és 97. bekezdés alapján nélkülözhetetlen.

A veszteség-ellensúlyozásról csak a 122. bekezdésében esik ismét szó (*Verseny-főigazgatóság* [2005] 35. o.). A vitaanyag helytállóan fejti ki, hogy a veszteség ellensúlyozásához nem feltétlenül szükséges, hogy a jövőben a jelenlegi (kiszorítóknak minősülő) árakhoz képest nagyobbak legyenek az árak, elegendő az is, ha az erőfölényt élvező vállalat képes elkerülni vagy késleltetni egy egyébként megvalósuló árcsökkenést. Emiatt gyakran nem lehet pontosan számszerűsíteni a veszteség-ellensúlyozási periódusra vonatkozó

ár- és a profithatásokat. Ezért a jogsértés megállapításához szükséges veszteség-ellensúlyozás megállapításához általában elegendő az érintett piac belépési korlátainak, a (megerősödött) bent lévő vállalat piaci helyzetének, illetve a piac egyéb előrelátható strukturális változásainak elemzése. Ha a gazdasági erőfölény meglétét korábban már megállapították, ebből általában következik, hogy a belépési korlátok megfelelően magasak a veszteség-ellensúlyozás lehetőségének feltételezéséhez. A Bizottság ezért nem látja szükségesnek azt, hogy a jogsértés megállapításához a veszteség-ellensúlyozás lehetőségének további bizonyítékát kellene keresnie. A vitaanyag e kitétele egyszerűen azt az alapelvet fogalmazza meg (burkoltan), hogy a veszteség-ellensúlyozás lehetősége valószínűsíthetően következik a gazdasági erőfölényből, ami homlokegyenest ellentmond az előzőekben vázolt közgazdasági logikának.

A 123. bekezdésben leírtak egyenes következményei a 122. bekezdésben leírt gondolatmenetnek. A Bizottság elvi álláspontja szerint az eljárás alá vont vállalkozásnak kell bizonyítania azt, hogy nem áll módjában veszteségét ellensúlyozni, ezért a fogyasztót nem érheti sérelem. A veszteség-ellensúlyozással kapcsolatos bizonyítás terhét ezzel a Bizottság egyszerűen áttette a másik oldalra. Vagyis nem a versenyhatóságnak kell megalapozottan bizonyítania, hogy az erőfölényt élvező vállalat esetében valószínűsíthetően számítani lehet veszteségeinek az ellensúlyozására, hanem az eljárás alá vontnak azt, hogy ennek lehetősége kizárható. A közgazdasági logika teljes mértékű megkerülése vezet ahhoz a helyzethez, hogy nem a vádhatóságnak kell minden kétséget kizáróan bizonyítani azt, hogy a vádlott a gyilkolásra alkalmas fegyver birtokában ténylegesen elkövette a gyilkosságot, hanem a vádlottnak azt, hogy nem. Ez jogi és közgazdasági képtelenség egyszerre.

A Bizottság vitaanyagának közzétételét széles körű és nagy szakmai nyilvánosságot megmozgató vita követte. Általánosan osztott helyeslés fogadta a Bizottságnak azt a szándékát, hogy a piackizáró jellegű visszaélések vizsgálatában a jövőben kapjon nagyobb szerepet a közgazdasági elemzés és ebben a tekintetben közeledjen egymáshoz az angolszász és az európai jogalkalmazás. Ugyanakkor nem kevesen voltak, akik a közgazdaságtan térnyerésétől a jogbiztonságot féltették arra hivatkozva, hogy a formáljogi megközelítés ugyan nem képes pontosan felmérni a magatartás várható versenyhatásait, de a korábbi ügyek általános érvényű mozzanatainak figyelembevétele és ezek vitaanyagban (majd iránymutatásban) történő összefoglalása segíti a versenyhatóságokat abban, hogy egységesen alkalmazzák az uniós versenyjogot, az erőfölényben lévő vállalkozásokat pedig abban, hogy számukra a jogszerű és jogszerűtlen magatartás határa világos legyen. A vitában szereplők másik nagy táboráé viszont éppen azt hiányolta a vitaanyagból, amit az előző oldal már most is túlzottnak tartott: a sokkal radikálisabb és határozottabb elmozdulást a 82. cikk hatásvívű megközelítése felé. A Bizottság ily módon mintegy „két tűz közé került”. A vitát 2006 nyarán zárták le hivatalosan, az azóta eltelt közel egy év alatt a várt iránymutatás (*Guidelines*) nem jelent meg, és semmi jele annak, hogy az a közeli jövőben várható.

A France Télécom-ügy

A következőkben áttekintjük az eddig elmondottakat illusztráló konkrét esetet annak érdekében, hogy megítélhessük az EU-alapszerződés 82. cikkének ígért modernizációjával kapcsolatos kérdések lényegét.

A tényállás

A tényállás szerint a Wanadoo az ADSL és az eXtense szolgáltatásait átlagos változó költségei alatti áron kínálta a 1999 végétől 2001 augusztusáig, majd ezt követően körülbelül azzal megegyező, de számottevően az átlagos teljes költség alatti árakat állapított meg.

A Wanadoo a költség alatti árazás következtében 2002 végéig jelentős mértékű veszteséget könyvelt el. Bizonyítható volt, hogy a vállalkozás tisztában volt az ebből eredő üzleti és jogi kockázatokkal, és ennek tudatában alakította ki árstratégiáját, amelyet 2003-ban és 2004-ben is folytatni kívánt. A Wanadoo piaci részesedése 2001 januárja és 2002 szeptember között 46 százalékról 72 százalékra emelkedett egy olyan piacon, amelynek mérete ugyanezen időszak során az ötszörösére növekedett. A Wanadoo árpolitikája következtében az ADSL-versenytársak piaci részesedése 10 százalék alatt maradt, egyikük el is hagyta a piacot. Az árpolitika nemcsak az ADSL-piacra hatott versenykorlátozóan, hanem a kábeltelevíziós társaságok szélessávú internetszolgáltatására is.

A határozat preambuluma 110. bekezdése több olyan dokumentumot sorol fel, amely bizonyítja a Wanadoo célzatos „piacszerzési” üzleti stratégiáját:

- egy 2000. júliusi irat kifejti a 2000 második felében és 2001-ben követendő célkitűzést: „az ADSL-piacon való piacszerzés minden költséget magában foglaló csomagajánlattal, valamint a 2001. évi befektetések felgyorsítása negatív mérleg mellett”;
- egy 2000. júliusi elektronikus levél, amely az árak megfelelő szintjére vonatkozik, és amely kijelenti, hogy „nehéz lesz piacot szerezni túl magas árat alkalmazva”;
- egy a 2001. évre vonatkozó keretlevél, amely a következő megjegyzést tartalmazza: „az ADSL-piacon történő piacszerzésünk elengedhetetlenül fontos”;
- egy 2001. február 28-ai beszámoló, amely említést tesz a „nagy sebességű internet-hozzáférés ágazatának [Wanadoo] általi megszerzésére irányuló új kampányról”;
- a 2002–2004. évre vonatkozó stratégiai terv, amely a 2001–2003. időszakra a nagy sebességű internet-hozzáférési piac erőteljes fejlődésére és az „érintett piacon való piacszerzésről mint értékteremtő tényezőről” tesz említést.

A visszaélésnek az *ágazati szabályozó hatóság* azon döntése vetett véget, amely 2002 októberétől az érintett piac nagykereskedelmi szegmensén a France Télécom által kérhető nagykereskedelmi hozzáférési díjakat több mint 30 százalékkal csökkentette. Ezt követően a piac növekedése felgyorsult, az internetszolgáltatók száma emelkedett.

A Bizottság határozatának főbb megállapításai

A Bizottság határozata (*Wanadoo* [2003]) szerint 2002 októberéig a Wanadoo költség alatti kiskereskedelmi áraival korlátozta a piacra való belépést, illetve új versenytársak megjelenését, amely különösen azért káros a fogyasztók számára, mert az információs társadalom fejlődése szempontjából kulcsfontosságú piacon történt. A Bizottság a jogsértés miatt több mint tíz millió euró bírságot szabott ki.

A bizottsági határozat indoklásának egyik kulcskérdése a költségek meghatározásának módszere volt (*Wanadoo* [2003]). A Bizottság határozata három különböző elemzést mutatott be. Az első *egyszerű számviteli alapon nyugvó módszer*, amely automatikusan magában foglalja a bevételeket és költségeket (*Wanadoo* [2003] 73–75. bekezdés). A második elemzés a *korrigált költségek tényleges fedezetét* érinti (uo. 76–86. bekezdés). Az amortizáció elvének alapján a Bizottság azzal a feltételezéssel élt, hogy az ügyfélkör-szerzési költségeket 48 hónapra kell elosztani. Ezen az alapon külön vizsgálta a korrigált változó költségek megtérülését, valamint a korrigált teljes költségek megtérülését, kije-

lente, hogy a Bíróság két lehetséges költségfedezeti próbát követel meg attól függően, hogy az erőfőlényben lévő vállalkozás cselekedetei illeszkednek-e a versenytársak kizorítására irányuló tervbe, vagy sem. Ez az elemzés alapozza meg a Bizottság határozatát.

A bizottsági határozat preambuluma 97–106. bekezdése egy harmadik, az *előre látható korrigált költségek* megtérülésére vonatkozó kiegészítő elemzés lehetőségét is felvázolta. A felperes ezt minősítette az egyedüli helyes költségfedezeti próbának. A Bizottsága azonban kijelentette, hogy „kizárólag a korrigált költségekre vonatkozó megközelítés teszi lehetővé érvényes következtetések levonását”.

A Bizottság a nem rendszeres változó költségeket az amortizáció elve alapján egy bizonyos időszakra elosztva igazította ki, annak ellenére, hogy a vállalkozás nem erre az időszakra és nem ilyen módon számolta ki a várható költségeit. Az úgynevezett ügyfél-szerzési költségeket 48 hónapra (ennyire becsülte az átlagos előfizetés időtartamát) osztotta el, amelyhez egyébként a reklámköltségeket is sorolta.

A bizottsági határozat preambuluma 76. bekezdése megállapította, hogy a konkrét piaci környezetben a „vállalkozás célja nem az azonnali aktív számviteli eredmény elérése”, hanem „a rendszeres költségek (a hálózati költségek és a termelési költségek) megtérülési szintjének elérése [volt], amely ahhoz elegendő, hogy a rendszeres költségek és a bevételek közötti haszonrés ésszerű időn belül fedezze a kérdéses termékek üzleti fejlesztésébe fektetett nem rendszeres változó költségeket”.

A Bizottság szerint elvben igaz, hogy az új belépők, illetve az erőfőlényvel nem rendelkező vállalkozások korlátozott időszakokra alkalmazhatnak promóciós árakat. Ezen árak egyetlen célja az, hogy a vásárlók figyelmét – a pusztán reklámművetnél meggyőzőbb módon – felhívja a termék létezésére, feltéve, hogy ezen ajánlatok a piacra nem gyakorolnak negatív hatást. Ezzel ellentétben az *erőfőlényben lévő piaci szereplő árának az erőfőlényvel nem rendelkező piaci szereplő promóciós áraihoz való igazítása nem jogszerű*. Ugyan igaz, hogy nem feltétlenül tilos az erőfőlényben lévő piaci szereplőnek a versenytársai áraihoz igazodni, ám ha ezek az árak nem fedezik az erőfőlényes vállalkozás kérdéses szolgáltatásának költségeit, akkor számára ez a lehetőség nem áll nyitva. Ugyan az erőfőlény nem akadályozhatja meg az ilyen helyzetben lévő vállalkozást, hogy saját veszélyeztetett üzleti érdekeit szem előtt tartsa, ez a magatartás mégsem fogadható el, ha annak célja éppen az erőfőlényes helyzet megerősítése vagy az azzal való visszaélés. Ezért az erőfőlényes vállalkozás különös mértékben köteles elkerülni, hogy magatartásával a közös piacon fennálló hatékony és torzításmentes versenyt veszélyeztesse (uo. 315. bekezdés).

A Bizottság bizonyítottan látta, hogy a Wanadoo által megvalósított, a költségeket nem fedező díjszabási gyakorlat *szándékos kizorító stratégia* része volt, amely arra irányult, hogy „piacot szerezzen”, és ezért a 82. cikk értelmében visszaélt erőfőlényével.

A Bizottság határozatában foglalkozott a veszteség-ellensúlyozás kérdésével is, megállapítva: ellentétben a Wanadoo állításával az érintett piacra való belépéshez és újbóli belépéshez szükséges kritikus tömeg elérése – noha nem lehetetlen, de – költséges és időigényes. A Bizottság ezzel összefüggésben a piacbevezetéshez szükséges magas promóciós költségeket (uo. 349–358. bekezdés) és a France Télécom nagykereskedelmi szolgáltatásának „megkerülési” költségeit vette számításba. Ez utóbbi két módon volt lehetséges: saját telekommunikációs hálózat kiépítése, illetve a helyi hurok leválasztása (*local loop unbundling*) révén. A magyar tapasztalat alapján is állítható, hogy a Bizottság helytállóan állapította meg, hogy ezek az alternatívák valóban igen költségesek, és a nem voltak népszerűek az alternatív szolgáltatók körében. A fentiek miatt a Bizottság úgy látta, hogy a *veszteség-ellensúlyozás – legalábbis annak 2000. évi bevezetésekor – valószínű forгатókönyvnek tűnhetett* (367. bekezdés).

A Bizottság e megállapítását ennek ellenére nem alapozzák meg a piaci trendek a jogsértést követő közép- és hosszú távú időszakokra vonatkozóan. Ezzel maga a határozat

is foglalkozik, ahol megállapítja, hogy középtávon „a legvalószínűbb forgatókönyvben a Wanadoo Interactive folyamatosan képes lesz piaci részesedését 50 és 60 százalék között tartani. Következésképpen, bár középtávon a versenytársak növekedése erodálhatja a Wanadoo Interactive piaci részesedését a szélessávúinternet-hozzáférési piacon, lehetséges, hogy a versenytársak sohasem fogják utolérni őt, és a Wanadoo piaci részesedése megmarad azon a szinten, amelyre a jogsértő magatartás következtében felfutott... Ha a korábban [a jogsértő magatartás idején – B. Z.] megnyert fogyasztók megszerzése nem is valószínű [a versenytársak számára], az új fogyasztók egyenletesebben fognak eloszlni a versenytársak között, feltéve, hogy a Wanadoo felhagy a költség alatti árázással.” (Uo. 389. bekezdés.) Ez a kitétel azt mutatja, hogy a veszteség-ellensúlyozás lehetősége középtávon igen alacsony, hiszen a Bizottság szerint is gyakorlatilag kizárt, hogy a Wanadoo a versenytársainál magasabb árakat alkalmazhasson anélkül, hogy a piaci részesedése ne csökkenjen.

Bár a jogsértő magatartás a nagykereskedelmi díjak csökkentését követően megszűnt, a Bizottság fontosnak tartotta a jogsértés megállapítását, illetve bírság kiszabását, alapvetően két okból. Egyrészt, tartott attól, hogy a visszaélés megismétlődhet, másrészt jelezni kívánta elkötelezettségét aziránt, hogy különös éberséggel vigyáz a stratégiai jelentőségű piacokon folyó versenyre.

Az Elsőfokú Bíróság ítélete

Az Elsőfokú Bíróság döntését (*France Télécom...* [2007]) igen nagy várakozás előzte meg, amelynek oka a Bizottság említett vitaanyagának felemás lezárása volt. Ilyen körülmények között sokan – talán maga a Bizottság is – a Bíróságtól várják azt, hogy a kizorító árázássra vonatkozó eljárásokat kimozdítsa a holtpontonról. Említettük már, hogy a fúziós ügyek közgazdasági megalapozására irányuló lépéseket három olyan bírósági ítélet indította el, amely azért utasította el a bizottsági határozatot, mert hiányzott a közgazdasági elemzés. A France Telekom-ügy esetében is (a 82. cikk tekintetében) indokolt lett volna a mélyreható közgazdasági vizsgálat.

A France Télécom védekezése. A védekezés – egyebek között – a várható versenyhatások nem megfelelő elemzésére, különösen a veszteség-ellensúlyozás valószínűtlenségére hívta fel a figyelmet. Hozzátette, hogy a Bizottság mindenfajta indokolás nélkül vonta kétségbe vonja azt a minden vállalkozásnak járó jogot, hogy árait jóhiszeműen versenytársaiéhoz igazítsa. Ezt a jogot a Bíróság ítélkezési gyakorlata, valamint a Bizottság korábbi határozathozatali gyakorlata is elismeri, de bizottsági határozat (*France Télécom...* [2007] 54. bekezdés) lényegesen túllépett a korábbi határozatok gyakorlatán.

A France Télécom a gazdasági erőfölény hiányával kapcsolatban azt hozta fel a Bizottsággal szemben, hogy a vizsgálat pusztán a nagy sebességű internet-hozzáférési szolgáltatások területén 2000. december 31. és 2002. augusztus 31. között fennálló piaci részesedésének elemzésére szorítkozott. Eközben piaci részesedésének 2002 augusztusa és 2003 márciusa közötti tíz százalékpontos zuhanása e piac versenyképességét és fejlődését tanúsítja. Egyébként a France Télécom álláspontja szerint azt a tényt, hogy egy jelentős pénzügyi eszközökkel és kiterjedt elosztási hálózattal rendelkező vállalkozáscsoporthoz tartozik, nem lehet a versenytársak helyzetének figyelembevétel nélkül értékelni. A Bizottság pedig részletesebben nem vizsgálta sem az AOL, sem a T-Online/Club-Internet, sem a Tiscali társaságok helyzetét, amelyeket kivételes pénzügyi erővel és ugyancsak széles elosztási hálózattal rendelkező csoportok „támogatnak”. Mindezek azt mutatják,

hogy az érintett piac támadható, gyorsan növekszik és érintett piacán jelentős erejű versenytársak voltak jelen (*France Télécom...* [2007] 95. és 96. bekezdés).

A France Télécom álláspontja szerint a Bizottság jogi hibát követett el azzal, hogy statikus költségfedezeti próbát alkalmazott, amely egyáltalán nem tükrözi a France Télécom-előfizetések jövedelmezőségének gazdasági valóságát. Az előfizetések esetében a költségek egy részét, valamint a bevételeket hosszú távon kell elosztani, továbbá e költségek az idők során változnak. Az eljárás alá vont fél ismertette a Bizottsággal az előfizetések diszkontált nettó értékének kiszámítására szolgáló diszkontált pénzáramlási módszerre alapozott eredményeket. E módszer az egyes előfizetésekkel járó költségek és bevételek összességének felsorolásából és – a pénzügyi piacok által meghatározott diszkontrátával történő – leszámítolásából, majd az így kapott diszkontált pénzáramlás értékének hozzáadásából áll. A termék ára a kezdetben fizetett ügyfélszerzési költségekből tevődik össze, amelyhez hozzá kell adni a rendszeres havi költségeket. A France Télécom azt állítja, hogy ez a – gazdasági szempontból egyetlen megbízható – módszer általánosan elismert, és megfelel a közgazdászok, valamint pénzügyi szereplők által végzett gazdasági befektetési számításoknak. Ezt a módszert alkalmazta a francia versenytanács (*Conseil de la concurrence*) is, és annak érvényességét az angliai Oxera közgazdasági tanácsadó cég által a brit és az északír versenyhatóság (*Office of Fair Trading, OFT*) részére készített jelentés is elismerte. Ez azt bizonyítja, hogy a France Télécom teljes költségei – kivéve a 2001. márciusi költségeket, amelyek termékenként csupán a költségek 98-99 százalékát fedezték – és nyilvánvalóan a változó költségei a teljes időszak alatt megtérültek (*France Télécom...* [2007] 123. és 125. bekezdés).

A France Télécom álláspontja szerint a kizorító piaci magatartás feltételezi a hosszú távú verseny jelentős mértékű csökkenését. Ha egyáltalán nincs lehetősége arra, hogy versenytársait kiszorítsa, vagy legalábbis magatartásukat akadályozza, illetve korlátozza, a kizorító stratégia meglétét nem lehet ésszerűnek tekinteni. A France Télécom semmiféleképpen sem tudta versenytársait túlzottan alacsony árak fenntartásával kizorítani. Ezen túlmenően, tekintettel arra, hogy a piacra lépés akadályai ebben az ágazatban nem jelentősek, különösen irracionális lenne a versenytársakat e piaci szegmentumból megpróbálni kizorítani, mivel ez azt jelentené, hogy ha az érintett vállalkozás ki is zárta a versenytársakat a piacról, az újabb belépők bármikor piacra léphetnek, ami cáfolja a versenytársak kizárásával kapcsolatos bármilyen ésszerű várakozás meglétét (*France Télécom...* [2007] 188. bekezdés).

A France Télécom arra hivatkozik, hogy a veszteségek megtérülése a kizorító piaci magatartástól teljesen független tényező, s ezt a Bizottságnak bizonyítania kellett volna. Mivel az érintett piacra való belépés igen könnyű, ezen a piacon semmilyen vállalkozásnak nem érdemes kizorító árpolitikát folytatnia. Ebben az esetben a vállalkozás által folytatott alacsony árak alkalmazásának magyarázatát szükségszerűen a kizorító stratégián túl kell keresni. Ezt a nézetet a közgazdasági és jogi szakirodalom, továbbá számos versenyjogi bíróság és hatóság – többek között az Egyesült Államok, valamint az Európai Unió több tagállamának versenyhatósága – is osztja. A közösségi ítélkezési gyakorlat sem zárja ki e tényező bizonyításának szükségét. A verseny feltételeinek a nagy sebességű internet-hozzáférési piacon való érvényesülése teljesen eltér azoktól az esetektől, amelyekkel az Elsőfokú Bíróság és a EK Bíróság a korábbi kizorító stratégiával kapcsolatos ügyekben találkozhatott. Az e piacra való bejutás akadályai elenyészők, e piac növekedése erőteljes, a verseny nem torpant meg, és a tényleges, illetve lehetséges piaci belépők száma magas. A Bizottság tehát súlyosan tévedett, amikor azt állította, hogy a veszteségek megtérülésének bizonyítása nem szükséges (*France Télécom...* [2007] 219–221. bekezdés).

Az Elsőfokú Bíróság döntése. Az Elsőfokú Bíróság lényegében minden pontjában helyben hagyta a Bizottság határozatát, elvi jelentőséget adva ezáltal az abban foglalt fő megállapításoknak. Az ítélet indoklásából a tanulmány szempontjából a következőket kell kiemelnünk. A döntés különösen két korábbi eseti döntésen alapult, az 1991. évi Akzo és az 1994. évi Tetra Pak II.-határozatokon, illetve az ezeket követő bírósági ítéleteken (*Akzo...* [1991], illetve *Tetra Pak...* [1996]). Az *Akzo...* [1991] 70–72. bekezdése szerint a gazdasági erőfölényben lévő vállalkozás csak a „minőségre alapuló verseny körébe tartozó” (uo. 70. bekezdés) üzleti módszereket alkalmazhat versenytársainak „megsemmisítésére”, így saját piaci helyzete erősítésére. A jogszerű és jogszerűtlen árverseny megkülönböztetésére az ítélet két alapelvet fektetett le:

– az *Akzo...* [1991] 71. bekezdés szerint az *átlagos változó költség alatti árakat* visszaélésnek kell tekinteni, amely nem irányulhat másra, mint a versenytárs megsemmisítésére. Az ilyen árak következtében a vállalkozásnak a fix költségekből, valamint a változó költségek meg nem térült részéből vesztesége képződik, amit azért vállal, hogy a versenytárs sikeres megsemmisítését követő monopóliumhelyzetét kihasználva megemelje az árakat.

– az *Akzo...* [1991] 72. bekezdése szerint az *átlagos változó költség feletti, de az átlagos teljes költség alatti árakat* akkor kell visszaélésnek tekinteni, ha annak alkalmazására egy versenytárs megsemmisítésére irányuló üzleti terv részeként kerül sor. Ezek az árak az erőfölényben lévő vállalkozással azonos hatékonyságú versenytársakat is képesek a piac elhagyására kényszeríteni, ha a pénzügyi forrásaik kisebbek, ezért nem tudnak ellenállni a költség alatti árakkal történő árversenynek.

A Tetra Pak II.-ítélet az előbbieket annyiban pontosította, hogy a költség alatti árazás lehet versenyszerű akkor, ha a vállalkozás éppen belép egy piacra, és csak így érheti el a piacon maradáshoz szükséges kezdő megrendeléseket (*Tetra Pak...* [1996] 147. bekezdés). A 44. bekezdés szerint azonban minden esetben büntetni kell a kizorító árazást, ha esélyt ad arra, hogy a versenytársak a piac elhagyására kényszerüljenek. A versenypolitika célja a torzításmentes verseny fenntartása. E cél követése kizárja azt, hogy meg kelljen várni, amíg a kizorító árazás ténylegesen is elvezet a versenytársak megsemmisítéséhez.

Az Elsőfokú Bíróság ítéletének (*Tetra Pak...* [1996] 223. bekezdése fogalmazza meg azt az elvet, amely a leginkább kritizálható a veszteség-ellensúlyozás szempontjából (a veszteség megtérülésének bizonyítása nem feltétele annak, hogy megállapítsák a kizorító piaci árak alkalmazását):

„...a Bizottság állítása szerint a veszteségek megtérülésének bizonyítása nem előfeltétele az EK 82. cikkel ellentétes kizorító piaci árak alkalmazása megállapításának. A Bizottság úgy ítéli meg, hogy az ítélkezési gyakorlat e tekintetben világos. Kiegészítésképpen a Bizottság megjegyzi, hogy a veszteségek megtérülésének valószínűségét a jelen ügyben a piac szerkezete, valamint az ehhez kapcsolódó bevételi kilátások támasztják alá (223. bekezdés)... A közösségi ítélkezési gyakorlatot követve tehát a Bizottság jogszerűen állapíthatta meg, hogy az átlagos változó költségeknél alacsonyabb árak visszaélésszerűek. Ebben az esetben az ilyen árazás kizorító jellege vélelmezhető. A teljes költségekkel kapcsolatosan a Bizottságnak ráadásul bizonyítania kellett, a WIN (a Wanadoo Int. ítéletben használt rövidítése – B. Z.) kizorító árazása »piacszerzésre« irányuló terv részét képezte. Egyik esetben sem volt szükséges kiegészítő jelleggel bizonyítani, hogy a WIN-nek tényleges lehetősége volt veszteségeinek megtérítésére. (227. bekezdés)... Ezért a Bizottság jogszerűen állapította meg, hogy a veszteség megtérülésének bizonyítása nem képezte a kizorító piaci árak alkalmazása megállapításának előfeltételét.” (228. bekezdés). (Kiemelés tőlem – B. Z.)

A veszteség-ellensúlyozás kérdésével szorosan nem függ össze, de nem megkerülhető az a kérdés, hogy az annak idején a versenyjogi szakmai körökben az árpréses ügyek

között említett Wanadoo-esetből miért lett „egyszerű” kizorító árazás az Elsőfokú Bíróság ítéletében?¹² A válasz egyszerű: a kizorító árazás horizontális, az árprés (*margin squeeze*) vertikális jellegű piackizárás. Az erőfölényben lévő vállalat helyzetétől függően kap értelmet az a megkülönböztetés, hogy az egymással vertikális kapcsolatban lévő piacokon egyaránt jelenlévő (vertikálisan integrált), erőfőlnyét élvező vállalat e piacok közül az értékláncban felül lévő (*upstream*, nagykereskedelmi) vagy az alul lévő (*downstream*, kiskereskedelmi) versenytársaitól igyekszik megszabadulni. A jelen eljárásban érintett ADSL-piacon a France Télécom az „alsó” piacon szolgálat hozzáférést a „felső” piacon jelenlévő ISP-vállalkozások (*Internet Services Provider*)¹³ – közöttük a saját leányvállalata, a Wanadoo – számára. Az árprés jelentése az, hogy a vertikálisan integrált erőfölényben lévő vállalat a nagy- és a kiskereskedelmi árai között olyan kicsi rést hagyott (vagy nem hagyott rést egyáltalán), hogy az ISP-vállalkozások a nagykereskedelmi hozzáférés árának megfizetése után nem képesek nyereségesen kiskereskedelmi szolgáltatást nyújtani.

A France Télécom és a Wanadoo között a jogsértés időtartama alatt is irányítási kapcsolat volt, amely később is fennmaradt – csak a társasági forma változott. Vagyis az eljárás alá vont időszakban a France Télécom és a Wanadoo együttesen vertikálisan integrált vállalat(csoport)nak számított, ezért az árprés minősítése jogosnak látszott. A versenyjogi gyakorlat azonban azt is figyelembe veszi, hogy a vertikálisan integrált vállalatnak milyen döntési szabadsága volt megállapítható a nagy-, illetve a kiskereskedelmi árak kialakítása tekintetében. Ha a nagykereskedelmi szolgáltatás ára jogi szabályozás alá tartozik (mint a vizsgált esetben), akkor a vertikálisan integrált vállalkozás csak a kiskereskedelmi árait határozhatja meg szabadon, a nagykereskedelmi piaci árait nem. Ebben az esetben a jogsértés vertikális kapcsolatban nem, csak horizontálisban, a kiskereskedelmi ADSL-hozzáférés tekintetében értelmezhető. Ez a magyarázata annak, hogy a vizsgált jogsértést csak mint kizorító árazást minősítették, nem pedig – a nagykereskedelmi árak szabad meghatározását is feltételező – árprésként.

Az Elsőfokú Bíróság ítéletének következményei

A helybenhagyó ítélet nem váltotta be a hozzáfűzött reményeket, mert a Bizottság nem tett lépéseket a közzgazdászok által egyedül helyesnek tartott vizsgálati irányba, a versenyhatásokon alapuló jogalkalmazás felé. Hogyan fogadta a szakmai közösség az Elsőfokú Bíróság döntését?

Reakciók az Elsőfokú Bíróság döntésére

Az európai és az észak-amerikai jogászközösségek, irodák, jogi és közzgazdasági tanácsadó cégek egyöntetűen úgy értékelték a döntést, hogy az a korábban követett keményvonalas, a jogi formákon alapuló megközelítés híveinek kedvező. Két jellemző reakciót emelünk ki.

¹² A Wanadoo-esetet a szakirodalom a német Deutsche Telekom- és a spanyol Telefonica-esetekkel együtt szokta tárgyalni, amelyekben a tényállás és az érintett piac is igen hasonló. (Deutsche Telekom-eset COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579) A Telefonica-ügyben 2007 júliusában meghozott bizottsági határozatról szóló közlemény a Wanadoo-esetet kifejezetten mint árpréses ügyet említi (IP/07/1011).

¹³ Az ISP (internetszolgáltató) vállalkozások a fogyasztóknak közvetlenül hozzáférést biztosító vállalkozások megjelölésére szolgál az értékláncban felül lévő piacon.

Az amerikai Gibson, Dunn & Crutcher jogi iroda által kiadott közlemény úgy fogalmazott, hogy az ítélet megerősítette az Unióban, a kiszorító árazás versenyjogi megítélésében eddig követett kemény vonalat¹⁴ (Gibson [2007]). Az Elsőfokú Bíróság nem utasította el a Bizottság által alkalmazott formáljogi megközelítést a hatáselvű elemzés elősegítése érdekében. Az ítélet után a gazdasági erőfölényben lévő vállalkozásnak igen nehéz lesz az élete, különösen akkor, ha azt kell meghatároznia, hogy miképpen reagáljanak egy agresszív versenytárs lépéseire.

A brit Oxera közgazdasági tanácsadó cég közleménye szerint a bíróság ítélete a versenyjog formáljogi megközelítésének győzelmét jelenti a – versenyhatások elemzésén alapuló – hatáselvű jogi megközelítés felett (Oxera [2007]). Felteszi a kérdést, hogy az ítélet miképpen fogja befolyásolni a Bizottság által folyamatban lévő, a 82. cikk alkalmazásának reformját. Különösen azt találja aggasztónak, hogy a bíróság ítélete az Akzo-próba néven ismert költségvizsgálaton alapult anélkül, hogy teret engedett volna egy, az egyéb tényezőket is figyelembe vevő közgazdasági hatáselemzésnek, amelynek során vizsgálni lehetett volna a magatartás tényleges jóléti következményeit a fogyasztóra, illetve a kiszorító árazás fenntarthatóságát. Az ítélet kulcsfontosságú eleme annak a jogelvnek a kimondása, hogy *a kiszorító árazás jogsértő mivoltának bizonyításához a versenyhatóságnak nem kell bizonyítania, hogy a fogyasztókat jóléti sérelem érte a költség alatti árazás következtében.*

Oxera [2007] felhívja a figyelmet arra, hogy ebben a tekintetben éles különbség volt – és úgy tűnik, hosszabb időre meg is marad – az amerikai és az európai joggyakorlat között. Miközben az európai versenyhatóság többnyire az Akzo-költsépróba alapozza a határozatait, az amerikai bíróságok rendre megkövetelik az úgynevezett veszteség-ellensúlyozás – azaz a kiszorító árazás következtében az elkövetőt ért veszteség-visszanyerés – lehetőségének a bizonyítását is.¹⁵

A veszteség-ellensúlyozási és az Akzo-próba logikája

A veszteség-ellensúlyozás próbájának közgazdasági magyarázata egyszerű, akárcsak az Akzo-próbaé. Ez utóbbi szerint a költség alatti árazás következtében az erőfölényben lévő vállalat olyan veszteséget vállal, amely elkerülhető lett volna, következtetésképpen nem maximalizálja a profitját. Ez a magatartás ezért közgazdaságilag ésszerűtlen, és csak azzal magyarázható, hogy vállalkozás meg akar szabadulni a piaci versenytársaitól. Ha ez a logika helyálló lenne, akkor valóban szükségtelen lenne a veszteség-ellensúlyozási próba. A közgazdászok azonban számos más ésszerű magyarázatát adják az elkerülhető költségek alatti árak alkalmazásának:

– többtermékes forgalmazás esetén bizonyítható, hogy a forgalmazó növelheti a profitját, ha különböző keresletrugalmasságú termékek számára különböző felárat számít fel. A tipikus példa a gépjármű, ahol az alapmodell viszonylag olcsó, de a különböző extrák már viszonylag drágák, amelyek esetenként akár csomagban is elérhetők;

– a jelentős átváltási költségek által fogva tartott fogyasztók esetén ésszerű lehet egy

¹⁴ The strict approach to EU law on predatory pricing has been confirmed. As in recent cases, the CFI has declined to rein in the Commission's 'legal' approach in favour of a more effects-based analysis. For firms which may have market power, the road ahead remains fraught with difficulties, particularly in relation to how they respond to aggressive competition. (Gibson [2007] 1. o.)

¹⁵ Lásd például Brooke... [1993], illetve Weyerhaeuser versus Ross-Simmons (2007), ez utóbbi hivatkozás forrása Oxera [2007].

adott termékre vonatkozó költség alatti ár megállapítása, abban a reményben, hogy az átcsabított fogyasztó más szolgáltatásokat is igénybe fog venni, amelyeken a veszteség behozható (tipikus példa a lakossági bankszolgáltatások piacán az ingyenes folyószámlanyitás, illetve a folyószámla-szolgáltatásokra adott kedvezmények);

– hálózati externáliák jelenléte esetében rendszerint igaz, hogy minél nagyobb egy adott szolgáltatással érintett hálózat mérete, annál kisebb a pótlólagos fogyasztók belépésével kapcsolatos költség, illetve annál nagyobb a fogyasztók átlagos haszna. A hálózati hatások kialakulásához azonban a fogyasztók számának el kell érnie egy bizonyos szükséges kritikus tömeget, ez alatt az említett összefüggés még nem áll fenn. A kritikus tömeg elérése érdekében ésszerű lehet a költség alatti árazás.

Az erőfölényben lévő vállalat vélhetően maga is jelentős számú fogyasztót tarthat fogva, illetve hálózati externáliák esetében már elérte az említett kritikus tömeget. Ez azonban önmagában még nem jelentheti azt, hogy az említett marketingeszközökkel semmilyen körülmények között nem élhet az erőfölényes vállalkozás. Mindhárom stratégia ugyanis ésszerű lehet számára is, éppen ezért szükséges a versenyhatások, illetve különösen a fogyasztói jólétre gyakorolt hatások elemzése (*Oxera* [2007]).

A veszteség-ellensúlyozás próbája is rendkívül egyszerű. Mivel rendszerint igen bonyolult annak meghatározása, hogyan érinti a jövőben a fogyasztókat egy konkrét, költség alatti jelenlegi árnak köszönhető változás a piaci helyzetben és a versenytársak számában, *legegyszerűbb ezt a kérdést fel sem tenni*. A veszteség-ellensúlyozási próba abból a feltevésből indul ki, hogy a költség alatti árazási stratégia olyan eredményes és/vagy kitartó, hogy sikerül megszabadulni valamennyi számottevő versenytárstól. Erre az elképzelt piaci helyzetre kell feltenni azt a kérdést, hogy ez megengedi-e majd az erőfölényben lévő vállalat számára, hogy olyan magas árakat alkalmazzon, amelyek lehetővé teszik a korábban elszenvedett veszteségek visszanyerését. Egy ilyen helyzet akkor áll elő, ha a piac alapvetően nem megtámadható, vagyis az erőfölényben lévő cégnek nem kell attól tartania, hogy a magas árak ismét belépésre ösztönözhetik a versenytársakat. Ha az nem így van, és a piac megtámadható marad, akkor a verseny lehetőségének nyomása akkor is kikényszeríti az alacsony árakat az erőfölényben lévő vállalatától, ha komoly versenytárs ténylegesen már nincs a piacon. A verseny lehetőségének nyomása miatt folyamatosan alacsonyan kell tartania az árakat, ezért a korábbi költség alatti árazás miatt elvesztett profit visszaszerzése nem lesz lehetséges. A veszteség-ellensúlyozási próba alapján tehát egyértelműen meghatározható, hogy ésszerű lehet-e egy, a versenytársak kizárását célzó költség alatti árazási stratégia. Ha a veszteség-ellensúlyozás nem lehetséges, akkor egy ilyen célzatú vállalati árstratégia hosszabb távon is veszteséget okoz a vállalatnak. Igaz, a versenytársak kiszorulnak a piacról, de a fogyasztók viszont az alacsony árak miatt hosszabb távon is jól járnak. *Ha a versenypolitika célja a hosszú távú fogyasztói jólét védelme, akkor a veszteség-ellensúlyozást lehetővé nem tevő költség alatti árazás miatt nincs szükség versenyfelügyeleti beavatkozásra*.

A veszteség-ellensúlyozási próba arra is rámutat, hogy a költség alatti árazásnak nem szükségszerűen csak a versenytársak kizárása lehet a célja, hanem számos más oka lehet, amely az erőfölényt nem élvező vállalatok esetében természetes. Az erőfölényben lévő vállalkozástól sem szabad azt követelni, hogy ne törekedjen piaci részesedésének védelmére, netán növelésére. Éppen ezt nevezik versenynek. Jogos lehet-e egy olyan versenyhatósági vagy bírósági követelmény, hogy a piac legnagyobb szereplője ne versenyezessen? A veszteség-ellensúlyozási próbán „megbukott” vállalkozások viszont valóban súlyos kárt okozhatnak a fogyasztóknak azáltal, hogy a későbbi monopolhellyel visszaélve, tartósan a versenyzői árnál magasabb árakat kényszerítenek rájuk.

A veszteség-ellensúlyozási próba elmulasztásának következményei

Ha a versenyhatóságoknak és a bíróságoknak a jövőben nem kell alkalmazniuk a veszteség-ellensúlyozási próbát, akkor egy erőfölényben lévő vállalkozás számára viszonylag egyszerűen meghatározható, hogy hol húzódik a jogszerű és jogszerűtlen költség alatti árazás határa. Az Akzo-elv szerint semmilyen körülmények között nem szabad az átlagos változó költségek alatti árakat kialakítania, illetve csak akkor szabad az átlagos változó költség és az átlagos teljes költség közötti árakat alkalmaznia, ha ezzel nem a versenytársak kiszorítására, illetve nem a piaci részesedésének növelésére törekszik. Ennek a helyzetnek a képtelensége – a France Télécom-ítéletből kiindulva egyszerűen belátható – több okra is visszavezethető.

1. A látszólag egyszerű átlagos változó költség, illetve átlagos teljes költség a gyakorlatban, különösen többtermékes forgalmazó esetében többféle módon számítható, attól függően, hogy valamely kváziállandó költségelemet (jelen esetben például az ügyfélszerzési költségeket) milyen időszakra kell elosztani. Hogyan vehető figyelembe az a körülmény, hogy erőfölényt élvező vállalkozás a releváns költségek jövőbeli csökkenésére számít? Ha versenyhatóság nem köteles figyelembe venni a vállalkozás saját költségszámítási gyakorlatát, hanem valamely más, szintén lehetséges költségszámítási módszerrel dolgozik, akkor erre miképpen kell felkészülnie egy vállalkozásnak? Indokolt lehet megkövetelni, hogy az erőfölényben lévő vállalat minden lehetséges költségszámítással tisztában legyen, és annak alapján rendszeresen ellenőrizze a saját árait? A válasz, úgy gondolom, nyilvánvalóan: *nem*, ilyen követelmény egyetlen vállalkozással szemben sem indokolt.

2. Ha valamilyen rejtélyes módon az erőfölényt élvező vállalkozás mégis képes lenne annak megállapítására, hogy egy bizonyos termékének árai – szándékai ellenére vagy éppen egy üzletpolitika részeként – szándékosan az *átlagos teljes költség* alattiak, akkor arra kell vigyáznia, hogy az üzletpolitika még véletlenül se irányuljon a piaci részesedés növelésére. Ez a következmény legalább annyira képtelenség, mint az előző. Múlhat-e jogsértés azon, hogy mi volt az erőfölényben lévő cég üzleti stratégiája, célja, szándéka? A válasz megint csak nyilvánvalóan *nem*. Nem az a fontos, hogy „ölni szándékozom-e, vagy sem”, hanem hogy a versenytársamat ténylegesen megöltem-e, vagy sem, illetve hogy az alkalmazott fegyver erre alkalmas-e, vagy sem. Sokféle eszköz lehet alkalmas a gyilkolásra, de egy töltetlen pisztoly ravaszának meghúzása nyilvánvalóan *nem*.¹⁶

3. Ugyanakkor, ha a versenytársak – saját piaci részesedéseik növelése érdekében – költség alatti (vagy éppen csak alacsony) árakat alkalmaznak, az erőfölényben lévő vállalat lényegében semmilyen árlépéssel nem védekezhet. Ez az elv egy olyan bokszmeccshez hasonlít, amelyben egy 50 kilós bokszoló küzd egy 100 kilóssal, és a mérkőzést vezető bíró a 100 kilós versenyzőnek csak fele akkora erejű ütések engedélyez, mint amire az 50 kilós képes, arra hivatkozva, hogy egy olyan erejű ütés, ami a 100 kilósnak „meg sem kottyán”, az 50 kilóst kiütheti. Ha pedig ez a cél, akkor a boksz (a verseny) szabályait kell úgy meghatározni, hogy az ütés erőssége a testsúllyal fordított arányban álljon, és nem a bírónak kell „igazságot tenni”. Ez pedig szabályozási kérdés, mint például az övön aluli ütés tiltása.

¹⁶ A büntetőjogi analógia kissé sántít, alapvetően azonban alkalmazható. A szándékot csak azt követően kell vizsgálni, ha a versenytársamat megöltem, vagy arra kísérletet tettem. A releváns kérdés tehát az, hogy a költség alatti árazás alkalmazása „ölési” kísérletnek számít-e, vagy sem. A hasonlat éppen ott szűnik meg, hogy a kiszorító árazás esetében önmagában az sem szükségszerűen büntetendő, ha a versenytársat sikerül megölnöm. Ha ugyanis ebből a későbbiek során nem lehet semmilyen előnyöm, akkor a fogyasztó jól járt, a hosszú távú versenyt sérelem nem érte, csak a versenytárs „halt meg”. A versenyjog deklarált célja azonban nem a versenytársak, hanem a verseny védelme. Önmagában tehát arra a körülményre, hogy a költség alatti árazás következtében az erőfölényes vállalat piaci részesedése növekszik, jogsértés nem alapozható.

A versenyjog – a gazdasági erőfölénnyel való visszaélés tilalmával – valóban arra szolgál, hogy ne lehessen visszaélni a piaci hatalommal. A költség alatti árazás a versenyjog által nem tilalmazott versenyeszköz, nincs olyan ismert európai vagy amerikai jogrendszer, amely *per se* tiltaná a költség alatti árak alkalmazását az erőfölényben lévő vállalat számára. A probléma abból ered, hogy az európai jogszemlélet már eleve „rosszalással tekint” az ilyen árakat alkalmazó, erőfölényben lévő vállalatra, szemben a sokkal megengedőbb angolszász joggyakorlattal. A bizonyítási teher megfordítása is ezt jelzi. Nem a versenyhatóságnak kell bizonyítania azt, hogy az erőfölényben lévő vállalat „rosszat tesz” a hosszú távú versenynek azzal, hogy rövid távon „megszabadul” egy versenytársától, hanem az erőfölényben lévő vállalatnak kell bizonyítania azt, hogy a hosszú távú versenyt semmilyen kár nem érte azért, hogy a versenytárs rövid távon kiszorult a piacról.

A konkrét ügynek ágazati szabályozást érintő következményei is vannak. Természetesen e tanulmány keretében nem vállalkozhatunk arra, hogy a Bizottság (illetve az Elsőfokú Bíróság) helyett lefolytatjuk a veszteség-ellensúlyozási próbához szükséges elemzéseket, mindössze egyetlen olyan körülményre hívjuk fel a figyelmet, ami a veszteség-ellensúlyozást meglehetősen valószínűtlenné teszi az érintett francia ADSL-piacon. Az ADSL szélessávúinternet-hozzáférés kiskereskedelmi piacán való megjelenés előfeltételezi azt, hogy az internetszolgáltató (ISP) vállalkozásnak hozzáférési megállapodása van a telefonhálózat tulajdonosával. Ez utóbbi hozzáférést nevezi a szaknyelv nagykereskedelmi szolgáltatásnak ezen a piacon, vagyis a hálózathoz való hozzáférést először az internetszolgáltatók számára kell a telefonhálózati szolgáltatónak biztosítania, majd ennek birtokában tud az internetszolgáltató a fogyasztóknak internet-hozzáférési csomagokat, lehetőségeket ajánlani. Az ADSL-alapú internet-hozzáférés kiskereskedelmi piacán tehát az egyik legfontosabb belépési korlátot a nagykereskedelmi hozzáférés lehetőségei, feltételei jelentik. A piacnyitás során az ágazati szabályozás egyik kulcskérdése a nagykereskedelmi hozzáférés feltételeinek, díjainak az alakítása.

Az ügy szabályozási szempontból két fontos fejleménye volt, hogy a francia versenytanács 2002 februárjában ideiglenes intézkedés formájában előírta a France Télécom számára, hogy a hálózati hozzáférés nagykereskedelmi szolgáltatását minden internetszolgáltató számára a Wanadooéval azonos technikai és gazdasági paraméterek mellett biztosítsa (Decision 02-MC-03, február 27.). Továbbá, a francia hírközlési szabályozó hatóság (ART) már 2002 elején kötelezte a France Télécomot a nagykereskedelmi hozzáférési díjainak mintegy 30 százalékos csökkentésére, amelyet a cég 2002 áprilisában már be is jelentett, ami azonban az ART jóváhagyási eljárásának elhúzódása miatt csak 2002 októberétől léphetett életbe. Mindezek, valamint önmagában az a körülmény, hogy az ADSL nagykereskedelmi hozzáféréseinek piaca ágazati szabályozás alá tartozik, kérdésessé teszi a kiskereskedelmi piac bármely résztvevője számára azt, hogy az esetlegesen meglévő gazdasági erőfölénye a jövőben is kikezdzhetetlen marad (Oxera [2007] 3. o.). A nagykereskedelmi díj említett 30 százalékos csökkentése utólag viszont mindenképpen kizárja a veszteség-ellensúlyozás lehetőségét. A fogyasztói jólét várható alakulását figyelembe vevő közgazdasági elemzésnek mindenképpen ki kellett volna térnie erre.

Véggözetkeztetés

Az Elsőfokú Bíróság nagy lehetőséget mulasztott el a France Télécom-ügyben hozott ítéletével a tekintetben, hogy a 82. cikk jogalkalmazásának alapelveit a közgazdászok által egyöntetűen és régóta hangoztatott hatáselvű megközelítés irányába terelje. Ehhez az ügyben minden feltétel adva lett volna, mert a France Télécom védekezésében vala-

mennyi olyan lényeges érvet felsorakoztatott, amelyek figyelembevétele esetén az ügy kimenetele fordított is lehetett volna. Hogy nem tette, ezzel nemcsak a Bizottságot fogja visszatartani hosszabb időre attól, hogy a közösségi versenyjogban a 82. cikk alkalmazására is kiterjessze a modernizációs programjában meghirdetett alapelveket, hanem a nemzeti versenyhatóságok és bíróság előtt zajló ügyekben is megerősítette a keményvonalas, formáljogi megközelítésen alapuló érvelés létjogosultságát, amellyel hosszabb időre visszavetheti a közgazdasági hatások elemzésének központi jelentőséget tulajdonítani szándékozó, megengedőbb, hatáselvű megközelítés híveit. Ezzel az ítélettel az Elsőfokú Bíróság hozzájárult ahhoz, hogy továbbra is fennmaradjon az ellentmondás, amely a fúziós ügyekben (81. cikk) alkalmazott következetes, mélyreható közgazdasági hatáselemzés szükségességének (Elsőfokú Bíróság által is történő) elismerése, valamint a kizorító árazást érintő ügyek (82. cikk) esetében annak mellőzése között fennáll. Ennek a helyzetnek vélhetően a hazai jogalkalmazásra vonatkozóan is lesznek negatív következményei.

Hivatkozások

- AIRTOURS... [2002]: Airtours kontra Bizottság. Az Elsőfokú Bíróság ítélete J T-342/99. esetben (2002. június 6.).
- AKZO... [1991]: Akzo Chemie BV kontra Bizottság. C-62/86. eset: EBHT I-3359.
- ANTITRUST... [1995] Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations. The US Department of Justice and Federal Trade Commission, <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/internat.htm>
- BROOKE... [1993]: Brooke Group Ltd. versus Brown Williamson Tobacco Corp. 509 U.S. 209. No. 92-466.
- CANADIAN... [2001]: Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions. Canadian Competition Bureau, <http://strategis.ic.gc.ca/pics/ct/aod.pdf>.
- EAGCP [2005]: Report by the EAGCP. An economic approach to Article 82. http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf.
- EAGCP [2006a]: Services of General Economic Interest Opinion Prepared by the State Aid Group of EAGCP, június 29., <http://ec.europa.eu/dgs/competition/sgei.pdf>.
- EAGCP [2006b]: Non-Horizontal Mergers Guidelines: Ten Principles. A Note by the EAGCP Merger Sub-Group, augusztus 17. http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/non_horizontal_guidelines.pdf.
- FRANCE TÉLÉCOM... [2007]: France Télécom kontra Bizottság. Az Elsőfokú Bíróság 2007. január 30-i ítélete a T-340/03. sz. ügyben.
- GIBSON [2007]: Strict Line on Predatory Pricing Upheld in Europe. Sajtóközlemény, Gibson, Dunn & Crutcher LLP, <http://www.gibsondunn.com/practices/publications/detail/id/766/?pubItemId=8370>.
- KROES, N. [2005a]: 05/368. számú beszéd, június 21. Európai Bizottság, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/368&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.
- KROES, N. [2005b]: 05/205. számú beszéd, április 7. Európai Bizottság, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/205&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.
- MODERNISATION... [2004] Modernisation of EC antitrust enforcement rules. Council Regulation (EC) No 1/2003 and the modernisation package. European Commission, Directorate-General for Competition, Brüsszel–Luxembourg, http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/publications/modernisation_en.pdf.
- MOTTA, M. [2007]: Versenypolitika. Elmélet és gyakorlat. Gazdasági Versenyhivatal, Versenykultúra Központ, Budapest.

- OECD [2005]: Predatory Foreclosure. OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, DAF/COMP(2005)14. március 15. <http://www.oecd.org/dataoecd/26/53/34646189.pdf>.
- OXERA [2007]: Establishing predation? France Télécom and Artica 82, Agenda. Oxera, 2007. február.
- SCHNEIDER ELECTRIC KONTRA BIZOTTSÁG [2002]: Judgement of CFI, T-310/01
- SELTEN, R. [1978]: The Chain Store Paradox. *Theory and Decision*, 9. 127–159. o.
- TETRA PAK... [1996]: Tetra Pak kontra Bizottság. C-333/94. eset, EBHT I-5951.
- TETRALAVAL... [2002]: TetraLaval kontra Bizottság. Az Elsőfokú Bizottság ítélete a T-5/02.-ügyben
- VALENTINY PÁL [2004]: Árprés és felfaló árazás. *Közgazdasági elmélet, bírói, szabályozói gyakorlat. Közgazdasági Szemle*, 1. sz. 24–45. o.
- VERSENY-FŐIGAZGATÓSÁG [2005]: DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. DG Competition, European Commission, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.
- VICKERS, J. [2004]: Abuse of Market Power. 31st Conference of the European Association for Research in Industrial Economics, Berlin, szeptember 3. www.oft.gov.uk/NR/rdonlyres/948B9FAF-B83C-49F5-B0FAB25214DE6199/0/spe0304.pdf.
- WANADOO [2003]: Commission Decision, of 16 July 2003 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty COMP/38.233. Wanadoo Interactive. július 23. <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/decisions/38233/en.pdf>.