



37. Országos Tudományos Diákköri Konferencia
Állam- és Jogtudományi Szekció

Budapest, 2025. március 24–26.

Rendező intézmény:
Károli Gáspár Református Egyetem
Állam- és Jogtudományi Kar



Állam- és Jog-
tudományi Szekció

**Egy félreértett koncepció? Az ugyanannyira
hatékony versenytárs alapelvének elemzése az
EUMSZ 102. cikkének gyakorlatában**

Kézirat lezárásának dátuma:

2024/11/04

Tartalomjegyzék

I. Bevezetés.....	1
II. Az AEC elvről általában	2
III. Az AEC elv és kapcsolódó teszt fejlődése az Európai Unió Bíróságának gyakorlatában 7	
III.1. Az AEC elv kezdetei az uniós joggyakorlatban - AKZO	7
III.2. Az AEC elv első megfogalmazása – Post Danmark I	9
III.3. Az AEC elv megjelenése hűségengedményeknél - Intel	12
III.4. Az AEC elv kiterjesztése nem árazási gyakorlatokra - SEN	15
III.5. AEC elv megerősítése a nem árazási magatartásoknál - Unilever és a kizárólagosság	16
III.6. AEC elv? AEC teszt? - A fogalmi káosz a joggyakorlatban - a Google ügyek.....	20
IV. Az uniós gyakorlat racionalizálása az AEC elv tekintetében	26
V. A Bizottság Iránymutatás-tervezetének megfelelése az AEC elv tükrében	31
VI. Összegzés	34

I. Bevezetés¹

Az erőfölénnyel való visszaélés dogmatikájának örök kérdése, hogy egy magatartás pontosan milyen esetben, és milyen formában ütközik az EUMSZ. 102. cikkében megfogalmazott tilalomba. Míg az Európai Unió Bíróságának régebbi gyakorlata elsősorban az erőfölényes vállalkozások „különös” felelősségére helyezte a hangsúlyt, és bizonyos magatartásokat a pozíció betöltése okán tilalomba ütközőnek vélt, addig az új, hatásalapú megközelítés nem a gyakorlat formája mentén vizsgálja a visszaélésszerűséget, hanem annak versenyre és fogyasztói jólétre gyakorolt hatása szerint. Így a régi megközelítés potenciálisan versenytámogató magatartásokat is tilalmazott, vagy azok implementálásától eltántorított, miközben az új szemlélet nagyfokú bizonytalanságot okoz annak megítélésakor, hogy egy versenyjogilag kockázatos magatartás pontosan mikor tekinthető visszaélésszerűnek.

Kétségtelenül fontos cél meghatározni azokat az érdekeket, amelyeken az erőfölényes vállalkozás versenyezhet. Szükségtelen közjogi intervenciókkal ugyanis az uniós versenyjog a hatékonyságot oltalmazza az érdekeken alapuló verseny által jellemzett fogyasztói jólét helyett, míg beavatkozás hiányában a versenyre potenciálisan káros magatartások is szankció nélkül maradhatnak.

Ennek a problémának a feloldására terjedt el az „ugyanannyira hatékony versenytárs alapelv” (angolul: *„as efficient competitor principle”*, továbbiakban: „AEC elv”), ami jobban definiált kereteket kíván szabni annak, hogy mi az a magatartás, amelyhez kapcsolódó kizorító hatások az erőfölényes vállalkozás hatékonyságának tudhatók be, és amelyeket közvetve is igénybe vehet az érintett vállalkozás.

Az elv fokozatos térnyerése azonban nem maradt kételyek nélkül. Nem csak a szakirodalomban folyik élénk vita, hanem az Európai Unió Bíróságának főtanácsnokai, nevezetesen Athanasios Rantos és Juliane Kokott is szembetűnően eltérő állásponton vannak az elv alkalmazhatóságával kapcsolatban. Emellett a Bíróság gyakorlata is széttartó, így különböző tanácsok különböző ítéletekben jelentősen eltérően közelítik meg azt. Végezetül a Bizottság új Iránymutatás-Tervezete is igyekszik hallgatni az elv következtében az uniós versenyhatóságokra háruló potenciálisan megnövekedett bizonyítási teherről.

¹ Nyilatkozom, hogy a dolgozat elkészítéséhez nem használtam mesterséges intelligenciát.

Az AEC elv jelentőségére, a Európai Unió Bíróság gyakorlatának inkoherenciájára, a főtanácsnokok közötti megosztottságra, a Bizottság új erőfölénnyel való kizorító visszaélésekről szóló iránymutatás-tervezetére, valamint a szakirodalmi polémiaira való tekintettel dolgozatomban az AEC elv EUMSZ 102. cikk alatti szubsztantív relevanciáját fogom vizsgálni. A tanulmány II. fejezetében rövidem bemutatom az AEC elvet, illetve annak lehetséges előnyeit és hátrányai, majd a III. pontban a bírósági gyakorlat fejlődését mutatom be az AEC elv és az ahhoz kapcsolódó tesztek tekintetében. A IV. pontban racionalizálni kívánom a gyakorlatot, majd a az V. részben elemzem, hogy az Európai Bizottság iránymutatás-tervezete megfelelően inkorporálja-e az AEC elvhez kapcsolódó bírósági gyakorlatból levonható következtetéseket. A dolgozat utolsó fejezetében összegzem a leírtakat.

II. Az AEC elvről általában

Az ugyanannyira hatékony versenytárs alapelv azt a koncepciót fejezi ki, amely szerint az erőfölényes vállalkozás magatartása csak akkor minősülhet visszaélésszerűnek, és ezáltal EUMSZ 102. cikket sértőnek, ha az a magatartás egy, az erőfölényes vállalkozással ugyanannyira hatékony (hipotetikus) versenytárs kizorítására is alkalmas.² Az elv célja a domináns vállalkozás magatartásából fakadó kizorító hatások elhatárolása annak mentén, hogy az versenyellenes kizorító hatás („*anticompetitive foreclosure*”) és ebből fakadóan visszaélésszerű, vagy érdemeken alapuló, azaz a domináns vállalkozás saját hatékonyságából következő („*competition on the merits*”), és ebből fakadóan nem visszaélésszerű.³ Mivel az EUMSZ. 102. cikkének megsértéséhez kapcsolódó absztrakt jogi teszt⁴ kimerítéséhez két konjunktív feltétel teljesülése szükséges, nevezetesen hogy 1) az erőfölényes vállalkozás magatartása kívül esik a normális (érdemeken alapuló) versenyen, valamint 2) a magatartás alkalmas (versenyellenes) kizorító hatásokra,⁵ legyenek azok ténylegesek vagy potenciálisak,⁶ így amennyiben a kizorító hatás a domináns vállalkozás hatékonyságából következik, az nem eshet az érdemeken alapuló versenyen kívül, és nem sértheti az EUMSZ. 102. cikkét.

² BARBERA ET AL., 2023, 582-584. o

³ SEN, 68. és 103. pont; *Superleague*, 129–131. pontok

⁴ Az “absztrakt jogi teszt” kifejezés azért szükséges, mivel egyes unilaterális magatartások versenyjogsértő jellegének megállapításához specifikus tesztek kerülnek alkalmazásra, például árukapcsolás vagy hozzáférés megtagadása.

⁵ *Hoffmann-La Roche*, 91. pont; *Generics*, 148. pont; *Meta Platforms*, 47. pont

⁶ *Superleague*, 129-131. pontok

Az AEC elv hasznos eszköz az erőfölényes vállalkozás magatartásának szubsztantív vizsgálatánál, ugyanis lehetővé teszi, hogy az elemzés során a tényleges vagy potenciális versenytársak hatékonyságának vizsgálata nélkül megállapítsa a versenyhatóság (és a domináns vállalkozás) azt, hogy magatartás megvalósít-e erőfölénnyel való visszaélést.⁷ Az elv kontextusában ugyanis nem az a releváns, hogy a releváns piacon jelenlevő vagy arra belépni kívánó, esetlegesen kiszoruló versenytársak mennyire hatékonyak, hanem az, hogy az erőfölényes vállalkozás mennyire hatékony, és hogy a magatartása még önmagát is kiszoríthatná-e. Így az erőfölényes vállalkozás elméleti síkon *ex ante* megbizonyosodhat arról, hogy a magatartása közjogi szankciót vonhat maga után vagy sem.⁸

Másrészt az elv lehetővé teszi azt is, hogy a magatartás tényleges vagy potenciális hatásait leválasszuk a magatartás eredményeként (versenytársak kiszorulása) fennálló esetleges negatív hatásoktól. Vegyünk például egy kétszereplős piacot, ahol a domináns vállalkozás 85%-os piaci részesedéssel rendelkezik,⁹ az új belépő versenytársa 15%-al. A két fél költséghatékonysága annyiban tér el, hogy a versenytárs nem rendelkezik hasonló méretgazdaságossági előnyökkel, mint az erőfölényes, és emiatt magasabb termelési és disztribúciós költségek terhelik. Ha az erőfölényes vállalkozás agresszív árazási politikába kezd, és teljes összköltségen áraz a korábbi 50%-os haszonkulcsa helyett, a frissen belépő versenytárs kiszorulhat a piacról, amelynek eredményeként az erőfölényes vállalkozás újra monopol pozícióba kerül. A fent említett magatartás az AEC elv alkalmazásával mégsem minősülne erőfölénnyel való visszaélésnek, mivel az erőfölényes vállalkozás árcsökkentése nem valósított meg költség alatti árazást, így tehát a kiszorító hatás forrása nem az érdemeken alapuló versenyen kívül eső eszköz volt. Következésképp a kiszorító hatás nem volt versenyellenes, még úgy sem, hogy az abból következő versenyhiány nem feltétlenül szolgálja a hosszútávú fogyasztói jólétet.¹⁰

Ez a példa azonban demonstrálja az AEC elv hiányosságait is. Még ha el is fogadjuk, hogy az elv nagymértékű jogbiztonságot eredményez az erőfölényes vállalkozás számára, mivel lehetővé teszi, hogy *ex ante* megbizonyosodjon magatartása potenciálisan versenyjogsértő jellegéről,¹¹ ugyanígy

⁷ *TeliaSonera*, 41. és 44. pontok; *Deutsche Telekom*, 202. pont

⁸ *TeliaSonera*, 44. pont

⁹ A példa esetében tekintsük úgy, hogy a 85%-os piaci részesedés által jellemzett piaci erő tényleges erőfölényt is jelent.

¹⁰ Megemlítendő, hogy rövidtávon a költségközeli árazás kétségtelenül szolgálja a fogyasztói jólétet. Emellett az is hangsúlyozandó, hogy az uniós gyakorlatban nem precedens nélküli egy költség feletti szelektív árcsökkentés visszaélésszerűségének megállapítása. Ld. *Irish Sugar*; *Compagnie maritime belge transports*.

¹¹ Amely premissza véleményem szerint árazási magatartásnál igaz, a nem árazási gyakorlatoknál ez kérdéses.

elszakad az elemzési keretrendszer attól a versenyjog által szolgált céltól, amelynek központjában a fogyasztói jólét helyezkedik el.¹² Mivel a versenyellenes kizorító hatást a 2009-es iránymutatás még úgy definiálja, hogy: „[o]lyan helyzet, amelyben egy erőfölényben lévő vállalkozás magatartása megakadályozza vagy kizárja a tényleges vagy potenciális versenytársak tényleges hozzáférését a beszerzési forrásokhoz vagy piacokhoz, ami által az erőfölényben lévő vállalkozás valószínűleg olyan helyzetben van, hogy nyereségesen emelhet árat a fogyasztók kárára”,¹³ emiatt nem egyértelmű, hogy a fenti példában bemutatott kizárás miért ne lehetne versenyellenes kizárás. Ezzel kapcsolatosan érdemes megemlíteni, hogy egy potenciális versenytárs a belépés tervezésének idejében a monopolár alapulvételével számol a belépés közép-vagy hosszútávú profitabilitásáról, így a szelektív árcsökkentés könnyedén alkalmas lehet a piaci kizárásra, függetlenül attól, hogy a belépés megkísérlésével járó üzleti kockázatba beletartozik annak esetleges sikertelensége is.¹⁴ Kétségtelenül igaz, hogy a belépőtől elvárható annak ismerete, hogy egy monopol vagy monopolisztikus piacon a piaci ár nem egyenértékű a versenyárral,¹⁵ így tehát az inkumbensnek van és lesz lehetősége a belépés akadályozása érdekében árat csökkenteni költség alatti vagy egy azonos hatékonyságú versenytárs által nem reprodukálható árazás megvalósítása nélkül.¹⁶ Az inkumbens esetleges válaszreakciójának előzetes meghatározása azonban továbbra is nehézségekkel jár, ahogy az is, hogy az árcsökkentés adott esetben csak azért nem valósít meg költség alatti árazást, mivel az inkumbens már megfelelő mérettel rendelkezik a piacon. Így tehát igaz az is a fenti példában, hogy az AEC elv alkalmazása egy rendkívül statikus analitikus rendszert teremt, ahol a méretgazdaságosságot még nem, vagy csak kisebb mértékben élvező versenytárs hatékonyságát szigorúan költséghatékonyság szempontjából vizsgáljuk, nem pedig *in abstracto* a versenyre gyakorolt hatásáról.¹⁷ Feltehetőleg erre gondolt Juliane Kokott akkor, amikor a *Google Shopping* főtanácsnoki indítványában úgy fogalmaz:

„194. Ezt [AEC elvhez kötődő] az ítélkezési gyakorlatot azonban nem szabad úgy félreértelmezni, hogy a kevésbé hatékony, azaz kisebb versenytársak tevékenységei, amelyek nem rendelkeznek vagy

¹² *British Airways*, 106. és 107. pont; *Wahl Intel* főtanácsnoki indítvány, 42. pont

¹³ 2009-es iránymutatás, 19. pont

¹⁴ Uo.16. pont

¹⁵ Ezzel kapcsolatosan megemlítendő a „celofánhiba”, amely a *U.S. v. E. I. du Pont* amerikai Supreme Court ügyben merült fel. A bíróság tévesen a monopolisztikus árat (ld. versenyár feletti árat) vette alapul, hogy meghatározza, hogy a vállalkozás valóban rendelkezik-e piaci erővel.

¹⁶ SALOP, 1979, 335-338. o; Ugyanígy belépés előtti árszignálásról: MILGROM-ROBERTS, 1982

¹⁷ ÜNEKBAŞ, 2024, 177-178. o

nem képesek ellensúlyozni az erőfölényben lévő vállalkozás méretgazdaságossági vagy költségelőnyeit, egyáltalán nem érdemelnek védelmet, vagy egyáltalán nem játszanak szerepet a működő verseny fenntartása szempontjából.

195. Ezzel szemben a piaci szerkezet függvényében – különösen, ha magasak a belépési korlátok – még egy kevésbé hatékony versenytárs is növelheti a versenynyomást, és így befolyásolhatja az erőfölényben lévő vállalkozás magatartását. Ez annál is inkább igaz, ha egy ilyen piaci struktúra mellett valószínűtlen, hogy egy másik vállalkozás ugyanolyan hatékony legyen, mint az erőfölényben lévő vállalkozás. (...)”¹⁸

Ezt az álláspontot osztja Herbert Hovenkamp is, aki szerint az AEC elv teljes integrációja az EUMSZ 102. cikkének gyakorlatában szükségtelenül szűkítené a tilalomhoz kötődő elrettentő erőt,¹⁹ elvégre a versenypiacokon jelen lehetnek különböző költségekkel rendelkező vállalkozások. A marginális versenytárs költségei magasabbak lehetnek, mint az erőfölényben lévő vállalkozásé, mégis ezek a kevésbé hatékony versenytársak nélkülözhetetlenek a versenyfolyamat megvédése szempontjából.²⁰

Továbbá az is hangsúlyozandó, hogy az AEC elv holisztikus, alapvető szintű elismerése potenciális eszköze lehet az amúgy is koncentrálódó EU-s piacok további koncentrálódásának,²¹ ami egyenértékű lenne a belső piaci versenyfolyamatok fokozatos csökkenésével. Ez nem jelenti, hogy a kevészereplős piacok esetében nem beszélhetünk intenzív versenyről,²² ami elősegíthetné a fogyasztói jólét fenntartását. Mindazonáltal a piacok fokozatos koncentrációja hosszútávon aggodalomra adhat okot.

Problémát jelent az is, hogy az AEC elv nem tekinthető optimális szubsztantív elhatárolási eszköznek a nem árazási magatartások kontextusában.²³ Az a kiindulópont, amely szerint a viszonyítási alap az erőfölényes vállalkozás saját hatékonysága, gyakran nem ragadható meg tényleges számításokkal, ha a kérdés például a vállalkozás innovativitása vagy a termék minősége.²⁴

¹⁸ Kokott Google Shopping főtanácsnoki indítvány, 194-195. pontok

¹⁹ HOVENKAMP, 2021, 2. o.

²⁰ Uo.

²¹ Bizottsági Felmérés, 2024, 3-14. o

²² SCHUMPETER, 1934

²³ YAN-VEDDER, 2023, 129-130. o

²⁴ Ezt jól demonstrálja a Google Search. Kétségtelenül a legjobban működő keresőmotor, mégis az értékelések alapján a Yandex és a Seznam hasonló minőségben ellátja a fogyasztói szükségletet. Ld.: Google Android Bizottsági döntés 837. pont; Google Android Törvényszék 580. pont. Vö. USA kontra Google, 1-2. oldalak

Emellett véleményem szerint a nem árazásalapú kizorító hatású magatartások esetében nem feltétlenül igaz az az AEC elvhez kötődő prekoncepció, hogy a kizorító hatás esetleges forrásának köze lenne az erőfölényes vállalkozás „hatékonyságához”, még akkor sem, ha a „hatékonyságot” tágan értelmezzük.²⁵ Így önmagában az, hogy az erőfölényes vállalkozás kizárólagossági kikötésekkel magához láncolja a downstream vevők jelentős hányadát, elzárva a piacot a tényleges vagy potenciális versenytársaktól, nem tesz tanúbizonyságot a hatékonyságáról²⁶, mivel az igazolhatja azt is, hogy a terméke vagy szolgáltatása fontos input a downstream piaci szereplőknek. Ezt fejezi ki az Európai Unió Bírósága (egyébként vitatható) azon megállapítása is, amely szerint az erőfölényben lévő vállalkozás a kereslet egy része tekintetében elkerülhetetlen kereskedelmi partner.²⁷

Ugyanez elmondható az árukapcsolásról, amely eredményezhet költséghatékonyságot vagy kiterjedtebb szolgáltatási csomagon keresztül minőségjavulást,²⁸ azonban a kizorító hatás nem jobb minőségből vagy a költséghatékonyságból következik, hanem abból, hogy az erőfölényes vállalkozás a kapcsoló piacon birtokolt piaci erejét átviszi a kapcsolt piacra, ami miatt a kapcsolt piacon nem a minősége, ára vagy innovativitása mentén versenyez.²⁹ Így míg az árazási magatartásoknál az elemzés tárgya elsősorban az, hogy az agresszív ár még költséghatékonyságot tükröz-e vagy sem, ez az elhatárolás nehezen ragadható meg az árazáshoz nem kapcsolódó kizorító magatartásoknál. Nem véletlen, hogy az amerikai versenyjogban a Sherman Act második szakaszára épülő bírósági gyakorlat szerint a feltételes árengedményrendszerek elemzési módszere attól függ, hogy a magatartásból fakadó potenciális kizorító hatások alapja az árazás maga, amely esetben AEC teszt elvégzése szükséges, vagy egyéb nem árazáshoz kötődő klauzulák okozzák vagy okozhatják azt, amikor az elemzés a *rule of reason* alapján a magatartás átfogó versenyre gyakorolt pozitív és negatív hatásait veti össze a releváns piacokon.³⁰

²⁵ Ezzel ellentétben pl. az árazási magatartásoknál a költség feletti alacsony fogyasztói ár a termelési hatékonyság bizonyítéka.

²⁶ Ezzel nem kívánom elvitatni, hogy lehetnek versenyfokozó hatásai a kizárólagossági kikötéseknek. Mindazonáltal a kizorító hatások nem ezen versenyfokozó hatásokból következnek, ellentétben pl. a költségközeli árazással, ahol az ár maga eredményezhet kizorító hatást, legyen az versenyellenes vagy sem.

²⁷ *Unilever*, 44 pont; *Post Danmark II*, 40. pont etc.

²⁸ *Google Android*, 283. pont

²⁹ Ld.: *Tetra Pak I*, *Hilti*, *Microsoft*

³⁰ A gyakorlatban jelentős nehézségeket tud okozni a helyes metódus kiválasztása, főleg amikor árazási és nem árazási magatartások keveréke a „vád” tárgya. Ld.: *ZF Meritor, LLC v. Eaton Corp.*, 696 F.3d 254 (3rd Cir. 2012); Vö.: *Esai Inc. v. Sanofi-Aventis US, LLC*, 2011 WL 5416330 (3rd Cir.); Ld. még: GERADIN, 2015.

Az amerikai versenyjogban ismert distinkció az uniós versenyjogban is tiszta volt egészen a *Post Danmark I*³¹ és *Unilever*³² ítéletekig, amelyek zavarossá tették az elhatárolási alapot, és teret adtak az AEC elv fokozatos terjeszkedésének.

Végezetül megemlíteném, hogy bár mind az árazási, mind a nem árazási egyoldalú magatartásoknak lehetnek versenytámogató hatásai, a magatartás EUMSZ. 102. cikk szerinti vizsgálatánál az érdeken alapuló verseny és a kizorításra alkalmasság meghatározása során a versenyfokozó hatások nem képezik részét az elemzésnek,³³ az csak a hatékonysági védekezés és az objektív igazolás keretei között vehető figyelembe, amelyek struktúrálisan a versenykorlátozásra való alkalmasság meghatározása után következnek.³⁴

Az AEC elvhez kapcsolódó potenciális hátrányok ellenére elmondható, hogy az uniós bíróságok egyre nagyobb jelentőséget tulajdonítanak annak. Ez következik egyrészt abból, hogy a 2010-es évek joggyakorlata a hatásalapú vizsgálat³⁵ szem előtt tartása mellett egyfajta alapvető szintre emelte az AEC elvet az EUMSZ 102. cikkének rendszerében, amely ennek köszönhetően a legtöbb ítéletben megtalálható. Másrészt egy sor félreértelmezett ítélet eredményeként az elv (és a mostanra nehezen meghatározható ehhez kapcsolódó teszt) teret nyert a nem árazásalapú magatartások kontextusában, gyakran az EUMSZ 101. cikk és 102. cikkének belső konzisztenciájának megbontását eredményezve.³⁶ A következőkben ezt a folyamatot mutatom be.

III. Az AEC elv és kapcsolódó teszt fejlődése az Európai Unió Bíróságának gyakorlatában

III.1. Az AEC elv kezdetei az uniós joggyakorlatban - AKZO

Az AEC elv első, implicit megjelenését a szakirodalom az *AKZO (predáció)* ügghöz kapcsolja,³⁷ ahol az elv az ár-költség tesztben került kifejezésre, amelyet gyakran csak AEC tesztnek neveznek.³⁸ Az Európai Bíróság az ügyben kimondta, hogy egy erőfölényes vállalkozás költség alatti árazása vélelmezetten visszaélészerű, ha az ár az átlagos változó költség alatt van, mivel: „(...) vélelmezhető, hogy az erőfölényben lévő vállalkozás ilyen árakat alkalmazva semmilyen más

³¹ *Post Danmark I*, 22. pont;

³² *Unilever*, 59-60. pontok.

³³ *Intel Bírósági ítélet*, 140. pont; *Superleague* 201-202. pont

³⁴ Uo.

³⁵ COLOMO, 2020, 309-363. oldalak; GERADIN-HUIJTS, 2024, 1-17. oldalak

³⁶ Ld. alább 2. fejezetben

³⁷ BARBERA ET AL., 2023, 583. oldal

³⁸ Ld. *Qualcomm (predáció)*, 523-524. pontok; *Post Danmark II*, 53-54. pontok

gazdasági célt nem követ, hanem kizárólag a versenytársainak kiszorítását célozza.”³⁹ Az átlagos teljes költség alatti, de átlagos változó költség feletti árazás pedig akkor visszaélésszerű, ha kiszorításra irányuló stratégia állapítható meg.⁴⁰ A Bíróság megállapításai az AEC elvre lefordítva úgy értelmezhetők, hogy az átlagos változó költség alatti árazás azért visszaélésszerű, mert egy ugyanolyan költségstruktúrával rendelkező hipotetikus versenytárs is veszteségeket termelne minden egyes eladással, ami fokozatosan kizárná a piacról. Ugyanígy az átlagos teljes költség és átlagos változó költség közötti árazás azért lehet visszaélésszerű, mert egy ugyanolyan költségstruktúrával rendelkező hipotetikus versenytárs a kisebb pénzügyi forrásai miatt képtelen ellenállni hosszútávon az árversenynek, mivel a fix költségeinek egy részét nem fedezi az ár.⁴¹ Ezekben az esetekben tehát a magatartásból fakadó kiszorító hatás versenyellenesnek minősülne, mivel annak alapja nem a domináns vállalkozás saját termelési hatékonysága.

Az árkötség teszt fokozatosan teret nyert egyéb potenciálisan visszaélésszerű magatartásoknál is, így az uniós joggyakorlatból fakadó kötelezettséggé vált a versenyhatóságoknak az AEC teszt elvégzése árprés esetében is.⁴² Az árprés egy vertikálisan integrált domináns vállalkozás által megkísérelhető predációnak nevezhető, ugyanis ezekben az esetekben az upstream piacot uraló vertikálisan integrált vállalkozás kihasználja azt a körülményt, hogy a downstream piaci versenytársai az ő hozzáférési szolgáltatásaitól függenek, és ezért díjat kell fizetniük. Árképzése, különösen az olcsóbb hozzáférés révén ez a vállalkozás a downstream piacon a végfelhasználóknak alacsonyabb árakat tud kínálni a leányvállalatán keresztül, amit a versenytársak nem tudnak elérni anélkül, hogy ezen piacon a magasabb hozzáférési költségek miatt veszteségeket szenvednének el, még akkor sem, ha ugyanolyan hatékonyan működnek.⁴³ Ebben az esetben a predáció tehát azáltal valósul meg, hogy a domináns upstream szolgáltató a saját downstream leányának alacsonyabb áron ad hozzáférést vagy terméket, mint a downstream versenytársaknak, ami lehetővé teszi számára, hogy kedvezőbb fogyasztói árakat biztosítson. Az AEC teszt pedig azt vizsgálja, hogy ha a saját downstream leányvállalat ugyanazt a költségterhet viselné a hozzáférés érdekében, mint amit a downstream versenytársak a hozzáférés ellenértékéért elszenvednek, akkor a fogyasztói ár már megvalósítana-e költség alatti árazást vagy túl alacsony haszonkulcsot.⁴⁴

³⁹ AKZO, 71. pont

⁴⁰ Uo. 72. pont

⁴¹ Deutsche Telekom 199. pont

⁴² Uo. 198-199. pontok; TeliaSonera, 32. pont ; Slovak Telekom, 73. pont

⁴³ Uo.

⁴⁴ Uo.

A predációhoz kötődő joggyakorlatból fejlődött ki az az absztrakt elv, amelyet az EUMSZ 102. cikke kontextusában AEC elvnek nevezünk, és amely mostanra nem csak az árazásalapú, potenciális kizáró hatással járó magatartások esetében alkalmazandó.⁴⁵ Az elvet az Európai Bíróság először a *Post Danmark I* ítéletében fogalmazta meg, amely szerint az EUMSZ 102. cikkének nem célja a kevésbé hatékony versenytársak védelme.⁴⁶ Az elv fokozatosan minden ítélet részét képezi, de nem mindig eredményezi hasonlóan hatékony versenytárs kiszorítására alkalmasság vizsgálatát kifejező teszt alkalmazását.

III.2. Az AEC elv első megfogalmazása – Post Danmark I

A *Post Danmark I* ügyben a Bíróság előzetes döntéshozatal iránti eljárásban azt vizsgálta, hogy egy egyetemes szolgáltatási kötelezettség megvalósítása céljából jogi monopóliummal rendelkező erőfölényes postai vállalkozás által olyan szelektív árengedmények alkalmazása, amelyek az árat a postai vállalkozás átlagos teljes költségeinél alacsonyabb szintre csökkentik, amely ugyanakkor magasabb, mint az átlagos többletköltségei (*average incremental cost*), visszaélésszerű kizorításra irányuló gyakorlatot valósít-e meg, ha bizonyított, hogy az árat nem a kizorítás céljával állapították meg ezen a szinten.⁴⁷ A Bíróság a következő elveket fogalmazta meg:

- 1) Az EUMSZ. 102. cikkének nem célja annak megakadályozása, hogy valamely vállalkozás saját érdemeinek köszönhetően erőfölényes helyzetbe kerüljön valamely piacon, és ez a rendelkezés nem irányul annak biztosítására sem, hogy az erőfölényben lévő vállalkozásnál kevésbé hatékony versenytársak a piacon maradjanak.⁴⁸
- 2) Nem minden kizorító hatás torzítja a versenyt, ugyanis fogalmilag az érdemeken alapuló verseny a különösen az árak, a választék, a minőség vagy az innováció szempontjából kevésbé hatékony, tehát a fogyasztók számára kevésbé érdekes versenytársak piacról való eltűnéséhez, illetve kiszorulásához vezethet.⁴⁹
- 3) Az EUMSZ. 102. cikke különösen az erőfölényben lévő vállalkozás olyan magatartására vonatkozik, amelynek hatására a gazdasági szereplők által nyújtott teljesítésen alapuló rendes versenyt jellemző eszközöktől eltérő eszközökkel a fogyasztók kárára akadályozzák a piacon még

⁴⁵ *Unilever; SEN; Superleague* etc.

⁴⁶ *Post Danmark I*, 21-22. pontok

⁴⁷ Uo. 18. pont

⁴⁸ Uo. 21. pont

⁴⁹ Uo. 22. pont

létező versenyszint fenntartását vagy a verseny fejlődését. Így a 102. cikk többek között tiltja, hogy az erőfölényben lévő vállalkozás olyan gyakorlatot folytasson, amely kizorító hatást gyakorol a hozzá hasonló hatékonyságúnak tekintett versenytársaira, és az érdemeken alapuló verseny eszközein kívüli más eszközök felhasználásával erősíti az erőfölényét. E megközelítésben tehát nem minden árverseny tekinthető jogszerűnek.⁵⁰

A *Post Danmark I* ítélet kihirdetését követően egyes szakirodalmi álláspontok arra jutottak, hogy a Bíróság megállapításai *in abstracto* alkalmazandóak mind árazási, mind nem árazási magatartásokra.⁵¹ Ennek alátámasztására elsősorban a fentebb hivatkozott 2) pontra hagyatkoztak, amely szerint az érdemeken alapuló verseny fogalmilag vezethet az árak, a választék, a minőség vagy az innováció szempontjából kevésbé hatékony, tehát a fogyasztók számára kevésbé érdekes versenytársak piacról való kizorulásához. Kétségtelen, hogy a hivatkozott szakaszt lehet kiterjesztően értelmezni. Mindazonáltal véleményem szerint van egy alternatív értelmezési mód is, amely rendszertanilag jobban illeszkedik az ítélet kereteibe.

Először is az ítélet hivatkozott szakasza közvetlenül megelőzi a 3) részt, amely úgy zárul: „E megközelítésben tehát nem minden árverseny tekinthető jogszerűnek.” Márpedig az, hogy az árazásból fakadó kizorító hatás versenyellenes-e, elsősorban (de nem kizárólag) attól függ, hogy az ár megvalósít-e predációt. Ennek meghatározásához alkalmazható az AEC teszt, amelyben az erőfölényes vállalkozás saját költségeit és árait vesszük alapul, mivel az szolgálhat referenciapontként a „hatékonyság” terén. Ahhoz, hogy a hipotetikus versenytárs ugyanazon költségstruktúrával rendelkezzen, és ugyanazon árazást alkalmazza, mint az erőfölényes, szükségszerűen igaznak kell lennie annak is, hogy választék, a minőség és az innováció szempontjából is ugyanannyira „érdekes”. Ez a logikai láncolat a *Post Danmark I*-ben még nem volt explicit, de a későbbi gyakorlatban már helyet kapott.⁵²

Ezen felül az ítélet hivatkozott szakaszában tett megállapítását a Bíróság analóg módon az árpréshez kötődő gyakorlatra alapozza, és ahogy azt korábban említettem, az árprés esetében joggyakorlatból fakadó kötelezettség az AEC teszt lefolytatása.⁵³

⁵⁰ Uo. 24. pont

⁵¹ NAZZINI, 2020, 23. oldal; BARBARA ET AL., 2023, 585. oldal, hivatkozva a *Post Danmark I* szóhasználatára az *Intel Törvényszéki ítéletben*

⁵² *Google Android*, 642. pont

⁵³ Ld. 43. lábjegyzet

Végezetül a nem árazáshoz kapcsolódó bírósági gyakorlat is megkérdőjelezte a kiterjesztő értelmezés lehetőségét. Az ítélet meghozatalának idejében a kizárólagosságra és a hűségengedményekre,⁵⁴ valamint az árukapcsolásra⁵⁵ vonatkozó gyakorlat sem tett említést az AEC elvről vagy ehhez hasonlítható tesztről, sem implicit, sem explicit módon. Ezekre a magatartásokra irányadó jogi tesztek pedig nehezen hagytak teret az AEC elvnek, ha azt úgy értelmezzük, hogy az az érdekeken alapuló kizorító hatásokat határolja el a versenyellenes kizorító hatásoktól.

A kizárólagosság, valamint hűségengedmények vélelmezetten visszaélészerű magatartásnak minősültek, amely kategorizáció az Intel Törvényszéki ítéletet követően közeledett a *per se* jogsértéshez.⁵⁶ Az árukapcsolás esetében pedig az érdekeken alapuló versenyen kívül eső magatartást valósít meg az erőfölényes vállalkozás, ha a magatartáshoz kapcsolódó specifikus jogi teszt három konjunktív feltételét megvalósítja, nevezetesen: 1) a kapcsoló és kapcsolt termék külön termék 2) az érintett vállalkozás erőfölényes a kapcsoló termék piacán 3) a kapcsoló termék nem szerezhető meg a kapcsolt termék nélkül.⁵⁷ Ezen három kumulatív feltételben nincs szerepe az erőfölényes vállalkozás saját hatékonyságának, ahogy a tényleges vagy potenciális versenytársakénak sem. Márpedig ha igaz az, hogy a kizorító hatás szükségszerűen versenyellenes kizorító hatás, ha annak forrása kívül esik az érdekeken alapuló versenyen és a kauzalitás fennáll,⁵⁸ akkor a versenykorlátozásra való alkalmasság keretében bármilyen kizorító hatás versenyellenes, már csak azért is, mert az elemzés folyamán már nem hipotetikus versenytársak szolgálnak viszonyítási alapként, hanem a tényleges vagy potenciális versenytársak, mivel ők testesítik meg a „versenyt” a specifikus gazdasági és jogi kontextusban. Ezt támasztja alá az is, hogy a Bíróság megfogalmazásában *„[a]z érdekeken alapuló verseny eredményezheti azt, hogy (...) a kevésbé hatékony, és emiatt a fogyasztók számára kevésbé érdekes versenytársak eltűnnek a piacról, illetve kizorulnak onnan.”* Ha a magatartás nem tartozik az érdekeken alapuló verseny eszközrendszerébe, onnantól az AEC elv elveszti a relevanciáját.

⁵⁴ A *Hoffman-La Roche* ítélet következtetései alkalmazandóak voltak ezen a téren.

⁵⁵ Ld. *Microsoft Media Player* ítélet

⁵⁶ Ld. részletesen: GERADIN, 2015, 17-27. oldalak

⁵⁷ *Microsoft Media Player* 842. pont; A teszt 4) eleme lenne a verseny korlátozására való alkalmasság, ami az első három feltétel alapján szükségszerűen versenyellenes hatás lesz az absztrakt jogi teszt kontextusában.

⁵⁸ *Post Danmark II*, 47 és 65. pontok

III.3. Az AEC elv megjelenése hűségengedményeknél - Intel

Az *Intel kontra Bizottság* Európai Bíróság előtti fellebbezés az erőfölénnyel való visszaélés gyakorlatának talán legmeghatározóbb ítélete. A vitatott határozatban a Bizottság több mint egymilliárd euróra bírságolta az Intelt az EUMSZ 102. cikkének megsértéséért.⁵⁹ A döntés az Intelnek a kereskedelmi partnereivel szemben tanúsított kétféle magatartását írja le, vagyis a feltételhez kötött árengedményeket (hűségengedmények) és az „álcázatlan korlátozásokat” (ún. „*naked restrictions*”), amelyek arra irányultak, hogy a versenytársát, az AMD-t kiszorítsa az x86-os CPU-k (processzorok) piacáról.⁶⁰ Az árengedmények előfeltétele az volt, hogy az eredeti berendezésgyártók a x86-os CPU szükségleteinek teljes egészét vagy jelentős részét az Inteltől szerezzék be.⁶¹ Az álcázatlan korlátozások pedig kifizetések voltak eredetiberendezés-gyártóknak (HP, Acer és Lenovo) azért cserébe, hogy ezek a gyártók halasszák el az AMD-től származó processzorokkal felszerelt termékek bevezetését, vagy tekintsenek el attól, vagy korlátozzák azok forgalmazását.⁶² A Törvényszék elutasította Intelnek a határozattal szembeni keresetét,⁶³ amellyel szemben Intel fellebbezett.

A Bíróság a Törvényszék ítéletét hatályon kívül helyezte és az ügyet visszautalta.⁶⁴ A Bíróság egyrészt megerősítette a Hoffman-La Roche ítéletében foglaltakat, amely szerint erőfölénnyel való visszaélésnek minősül, ha egy erőfölényes vállalkozás a vevőket arra kötelezi, hogy a szükségleteiket teljes egészében, vagy annak jelentős részében kizárólag tőle szerezzék be, legyen az formális kötelezettség vagy hűségengedmény révén.⁶⁵ Másrészt ezt a gyakorlatot pontosítva a Bíróság a következőket mondta ki:

„138. Ugyanakkor a fenti [Hoffman-La Roche] ítélkezési gyakorlatot pontosítani kell abban az esetben, ha az érintett vállalkozás a közigazgatási eljárás során bizonyítékokkal alátámasztva azt állítja, hogy a magatartása nem volt alkalmas a verseny korlátozására, különösen pedig arra, hogy kiváltsa a kifogásolt kizorító hatásokat.

⁵⁹ *Intel Bizottsági döntés*, 1. cikk

⁶⁰ *Intel Bizottsági döntés*, 1. cikk a)-e) pontok

⁶¹ Uo.

⁶² Uo. 1. cik f)-h) pontok

⁶³ *Intel Törvényszéki ítélet*, 1650. pont és rendelkező rész

⁶⁴ *Intel Bírósági ítélet*, 147. pont és rendelkező rész

⁶⁵ *Intel Bírósági ítélet*, 137. pont

139. Ilyen esetben a Bizottság nem csupán arra köteles, hogy elemezze egyrészt a vállalkozás releváns piacon fennálló erőfölényének jelentőségét, másrészt pedig a vitatott magatartás általi piaci lefedettség mértékét, valamint a szóban forgó engedmények feltételeit és azok nyújtásának módját, továbbá azok időtartamát és összegét, hanem az arra irányuló esetleges stratégia fennállását is meg kell vizsgálnia, hogy a vállalkozás kizorítsa a hozzá képest legalább annyira hatékony versenytársakat.”⁶⁶

Az *Intel* ítélettel kapcsolatosan a következőket fontos kiemelni: 1) A Bíróság a védekezéshez való jog és a meghallgatáshoz való jog kettőséből jutott arra a következtetésre,⁶⁷ hogy bár a hűségengedmények vélelmezetten jogsértőek, mégsem *per se* jogsértőek, mivel a vállalkozásnak lehetősége van a versenyfelügyeleti eljárás során vitatni a magatartás versenykorlátozásra való alkalmasságát, feltéve persze, hogy erre irányuló bizonyítékot is előterjeszt.⁶⁸ A Bíróság tehát úgy formálta a *Hoffman-La Roche* ítéletből származó vélelmet, hogy azt megdönti a vállalkozás jogsértést vitató, bizonyítékkal alátámasztott érvelése, így a Bizottságnak vizsgálnia kell a magatartás versenykorlátozásra való alkalmasságát. Mindazonáltal már itt hangsúlyozandó, hogy az *Intel* utóélete alapján a Bíróság nem fogadta el ezt az értelmezést, mivel az azt a következtetést engedi levonni, hogy a vállalkozás védekezésének hiányában a versenyhatóságnak nincs kötelezettsége a versenykorlátozásra való alkalmasság bizonyítására;⁶⁹ 2) A Bíróság nem állapított meg AEC teszt elvégzésére vonatkozó kötelezettséget. A 139. bekezdésben kimondott feltételek nem tekinthetők azonosnak az AEC teszttel, mivel annál a tesztnél az erőfölényes vállalkozás saját árazását vetjük össze a saját költségeivel.⁷⁰ Ugyanígy az „esetleges stratégia” meglétének vizsgálatát a Törvényszék a *renvoi* ügyben úgy értelmezte, hogy ez továbbra sem jelenti az AEC teszt lefolytatását (bár az a főszabály), de amennyiben a Bizottság elvégez egy ilyen tesztet, az releváns körülmény lesz, amelyet ebből fakadóan az uniós bíróságoknak elemezniük kell.⁷¹ Megemlítendő, hogy önellentmondás nélkül nem is lett volna lehetősége AEC teszt elvégzésére vonatkozó kötelezettséget megállapítani a Bíróságnak a hűségengedmények elemzéséhez, tekintettel arra, hogy két évvel az *Intel* előtt a *Post Danmark II*-ben kimondta, hogy a teszt csak

⁶⁶ Uo. 138-139. pontok

⁶⁷ Uo. 3-5. pontok

⁶⁸ *Intel RENV Törvényszéki ítélet*, 124-125. pontok

⁶⁹ *Intel RENV Bírósági ítélet*, 144. és 180. pontok

⁷⁰ *Ld. Intel RENV Törvényszéki ítélet*, 153. pont; *Google Android*, 642-643. pontok

⁷¹ *Intel RENV Törvényszéki ítélet*, 126. pont

lehetőség a versenyhatóságok számára, nem kötelezettség.⁷² Ez azért is különös, mivel a *Post Danmark II*-ben a Bíróság egy olyan korábbi határozatára hivatkozva⁷³ veti el az AEC teszt szükségességét, amely határozat inkább képezi részét a formalisztikus gyakorlatnak, mint a hatásalapúnak, és amelyet elismert közgazdászok erős kritikával illettek, igen meggyőzően.⁷⁴ A kritika oka az, hogy a Bíróság, félreértve a fellebbezési kérelmeket, azt a megállapítást tette, amely szerint egyes hűségengedmények esetében nem szükséges az, hogy az erőfölényes vállalkozás költség alatt árazzon ahhoz, hogy egy ugyanannyira hatékony versenytárs ne tudjon az adott ügyfél/ügyfelekért versenyezni, így tehát negatív árazás nem előfeltétele a visszaélésnek. Ez az állítás közgazdaságtanilag teljes mértékben helytálló,⁷⁵ azonban még ilyen esetekben is szükségszerűnek tűnik az AEC teszt, amennyiben kivitelezhető, csak annak tárgya lesz eltérő. Ennek hiányában a Bíróság valójában úgy utasította el a fellebbezést, hogy a Bizottság számításai tévesek voltak, és ezen keresztül a határozat szinte kizárólag kvalitatív jellemzők alapján minősítette a magatartást visszaélésszerűnek.⁷⁶ Így azonban megkérdőjelezhető, hogy a gyakorlat valóban versenyellenes volt-e. Megjegyzendő továbbá az is, hogy a Bíróság nem pontosította, hogy az AEC teszten kívül milyen egyéb eszköz áll a hatóság rendelkezésére, hogy a stratégia fennálltát vizsgálja. 3) Az Intel ítélet által versenyhatóságokra rótt elemzési kötelezettség irreleváns mindaddig, amíg a vállalkozás nem vitatja a jogsértést bizonyítékokkal alátámasztva. 4) Együtt olvasva az Európai Bíróság ítéletét a Törvényszék első ítéletében és a *renvoi* ítéletében kimondottakkal, az AEC elv és ezen keresztül az AEC teszt irreleváns akkor, ha a magatartás nem szolgál más célt, mint a versenytársak kizorítását (ún. álcázatlan korlátozás).⁷⁷ Másként megfogalmazva, ha a magatartás kizárólagos célja a verseny korlátozása, akkor az szükségszerűen kívül esik az érdemeken alapuló versenyen, így tehát a magatartás kizorító hatásait összevetni egy hipotetikus ugyanannyira hatékony versenytárs hatékonyságával nem szükséges.⁷⁸

⁷² *Post Danmark II*, 57. pont

⁷³ *Tomra*, 73. pont

⁷⁴ PADILLA, 2021, 4-8. o.

⁷⁵ Uo.

⁷⁶ *Tomra*, 80. pont

⁷⁷ *Intel RENV Törvényszéki ítélet*, 90-96. pontok

⁷⁸ Véleményem szerint az álcázatlan korlátozás nem értelmezhető másként, mint az EUMSZ. 101. cikk (1) bekezdés cél szerinti versenykorlátozás kategóriájának átvétele a 102. cikk gyakorlatába. Ezzel szemben a Törvényszék *Google Shopping* ítélete szerint a cél szerinti v. hatás szerinti versenykorlátozás nem része az EUMSZ 102. cikkének. Ld.: *Google Shopping Törvényszék*, 435-437. pontok; továbbá lásd: AKMAN, 2024, 11-13. o. Véleményem szerint az „*Expressio unius est exclusio alterius*” elvre hivatkozás nem meggyőző a dichotómia meglétének cáfolására. Az EUMSZ. 102 cikkébe a 101. cikk (3) bekezdéséhez hasonló egyéni mentesülési lehetőséget sem helyezett el a jogalkotó, mégis az Európai Bíróság analóg módon alkalmazandónak tartotta azt az erőfölénnyel való visszaélés

III.4. Az AEC elv kiterjesztése nem árazási gyakorlatokra - SEN

A *Servizio Elettrico Nazionale* előzetes döntéshozatal iránti eljárásban a Bíróságnak azt a kérdést kellett megválaszolnia, hogy az érdemeken alapuló versenyen kívül eső kizorító hatást eredményezhet-e az, ha a fokozatos liberalizációs folyamaton áteső olasz villamosenergia-kereskedelmi piacon korábban jogi monopóliummal rendelkező inkumbens a monopólium okán birtokolt eszközöket használ fel arra, hogy megőrizze az erőfölényét az újonnan liberalizált piacon.⁷⁹

A *SEN* ítéletben a Bíróság az AEC elvvel kapcsolatosan egyrészt kimondta, hogy annak megítélésénél, hogy a magatartás az érdemeken alapuló versenyt jellemző eszközökön alapul-e, alapvető jelentőségű, hogy a magatartás lemásolható-e egy ugyanannyira hatékony hipotetikus versenytárs által.⁸⁰ Az árképzési gyakorlatokat emiatt főszabály szerint az AEC teszt alkalmazásával kell vizsgálni, ami épp annak megállapítására irányul, hogy egy ugyanannyira hatékony versenytárs képes-e a magatartás megismétlésére.⁸¹ Még fontosabb azonban, hogy a Bíróság a *Bronner* ítéletére hivatkozva elvi síkon állapította meg, hogy az AEC elv a nem árképzési gyakorlatok tekintetében is releváns körülmény.⁸²

Az eredmény esetleges pozitívumai ellenére azonban a Bíróság *Bronner* levezetése a gyakorlat fényében nem meggyőző. Egyrészt a *Bronner* a nem árazásalapú magatartásokhoz kapcsolódó joggyakorlatnak egy elenyésző részét képezi, és az abban foglalt szigorú jogi teszt az EUMSZ 102. cikkének kontextusában a kivétel, nem a szabály. Ahogy azt Kokott jól összefoglalja a *Google Shopping* főtanácsnoki indítványában: „Amint azt az ítélezési gyakorlat is elismeri, a szigorú *Bronner* kritériumok a hozzáférés vagy a szolgáltatásnyújtás megtagadásának sajátos körülményeihez kapcsolódnak, és az általuk követett célok fényében csak nagyon korlátozottan alkalmazhatók.”⁸³ Márpedig ha a kivételből próbálunk következtetéseket levonni az általánosra vonatkozóan, szükségszerű lesz az, hogy logikai tévedést követünk el.

Ezen felül a *Bronner* ítélet még csak nem is támasztja alá az AEC elv kiterjesztését. A hozzáférés megtagadásához kapcsolódó ítélezési gyakorlat szerint a megtagadás csak akkor valósít meg

gyakorlatában, így „áttörve” az „*expressio unius est exclusio alterius*” elvet. Következésképp az eltérő szövegezése a két cikknek nem zárja ki a „cél szerinti visszaélés” lehetőségét.

⁷⁹ *SEN*, 24. és 27. pontok

⁸⁰ Uo. 79. pont

⁸¹ Uo. 80. pont

⁸² Uo. 83. pont

⁸³ *Kokott Google Shopping főtanácsnoki indítvány*, 83. pont és a hivatkozott ügyek.

erőfölénnyel visszaélést, ha: 1) a megtagadás a jellegénél fogva képes megszüntetni a hozzáférés kérelmezője által a szóban forgó piacon támasztott minden versenyt; 2) a megtagadás objektíve nem igazolható; és 3) az input nélkülözhetetlen.⁸⁴ A SEN ítéletben a Bíróság feltehetőleg a 3) feltételre utalt, amely szerint az inputnak nélkülözhetetlennek kell lennie a downstream piaci versenyhez.

A Bíróság állításaival ellentétben azonban a nélkülözhetetlenségi kritérium nem a magatartásra vonatkozik, hanem az inputra magára. Ezen felül a nélkülözhetetlenség vizsgálatánál a kérdés nem az, hogy egy hasonlóan hatékony hipotetikus versenytárs képes-e versenyezni, vagy reprodukálni az inputot, hanem hogy a reprodukálás objektíven lehetséges-e, vagy az szinte teljesen lehetetlen.⁸⁵ Az is egyértelműen következik a joggyakorlatból, hogy az alternatív termék vagy szolgáltatás lehet alacsonyabb minőségű is, az elemzés tárgya ugyanis az, hogy a realitás talaján gazdaságilag vagy jogilag elképzelhető-e egy alternatív, ugyanolyan funkciót ellátó input.⁸⁶ A vizsgálat során a versenytárs tényleges vagy hipotetikus hatékonyságának nincs szerepe.

III.5. AEC elv megerősítése a nem árazási magatartásoknál - Unilever és a kizárólagosság

A korábban említett kritikák ellenére a *SEN*-ben foglaltakat a Bíróság továbbvitte az *Unilever Italia Mk.* előzetes döntéshozatal iránti eljárásban. Az alapulfekvő tényállás szerint az Unilever forgalmazói kizárólagossági kikötéseket írtak elő értékesítési pontok üzemeltetőivel szemben, arra kötelezve őket, hogy a csomagolt fagylaltokból a szükségleteik egészét kizárólag az Unilevertől szerezzék be.⁸⁷ Ennek ellentételezéseként ezen üzemeltetők széleskörű kedvezményeket és jutalékokat kaptak.⁸⁸ A tagállami bíróság AEC elvvel kapcsolatos kérdése az volt, hogy amennyiben az erőfölényes vállalkozás a versenyfelügyeleti eljárás során gazdasági tanulmányt nyújtott be annak bizonyítására, hogy a neki felrótt gyakorlat nem alkalmas ugyanannyira hatékony versenytársak kiszorítására, alkalmazandó-e az *Intel* ítéletben foglalt AEC sztenderd, valamint hogy a sztenderd alkalmazandó-e akkor is, ha a magatartás nem tisztán árazási (ld. árengedmények), hanem nem árazási magatartásból (ld. kizárólagossági kikötés) is áll.⁸⁹

⁸⁴ *Bronner*, 45. pont

⁸⁵ *Jacobs Bronner főtanácsnoki indítvány*, 51. pont

⁸⁶ *Bronner*, 43. pont

⁸⁷ *Unilever*, 7. pont

⁸⁸ Uo.

⁸⁹ Uo. 16. pont (2) kérdés

A Bíróság az indokolásban egyrészt kifejtette, hogy az „AEC teszt” fogalom különböző tesztekre utal, amelyek közös célja annak értékelése, hogy egy gyakorlat képes-e versenyellenes kizorító hatást kiváltani, az erőfölényben lévő vállalkozás hipotetikus, a költségszerkezet szempontjából ugyanannyira hatékony versenytárs azon képességét alapul véve, hogy az ügyfelek számára olyan díjat kínáljon, amely kellően előnyös ahhoz, hogy a felmerülő hátrányok ellenére beszállítóváltásra ösztönözze őket, anélkül, hogy ez a versenytársnak veszteséget okozna. Ezt a képességet általában magának az erőfölényben lévő vállalkozásnak a költségszerkezetére tekintettel kell meghatározni.⁹⁰ Következésképp a Bíróság szerint a teszt alkalmatlannak bizonyulhat különösen bizonyos nem árképzési gyakorlatok, például a szállítás megtagadása (*Bronner*) esetében, tekintettel arra, hogy a teszt az árversenyt veszi csak figyelembe.⁹¹ Mindazonáltal a teszt relevanciája még nem árazási magatartások esetében sem zárható ki. Így például a teszt kizárólagossági kikötések esetében alkalmazható annak meghatározására, hogy az erőfölényben lévő vállalkozáshoz hasonló költségszerkezetű, hipotetikus versenytárs képes-e a termékeit vagy szolgáltatásait veszteség nélkül vagy megfelelő árréssel kínálni, amennyiben viselnie kellene a forgalmazók által a beszállítóváltás miatt fizetendő kártérítést⁹² vagy a korábban nyújtott engedmények visszavonása nyomán a beszállítóváltást követően bekövetkezett veszteségeket. Így tehát ha a vállalkozás egy ilyen teszttel védekezik a versenyfelügyeleti eljárás során, a versenyhatóságnak legalábbis kötelezettsége a gazdasági tanulmány bizonyító erejét vizsgálni.⁹³ Bár az *Unilever* ítélet megerősítette, hogy az AEC teszt árazási magatartásokra alkalmazható (illetve gyakorlatban a legtöbb árazási magatartásnál alkalmazandó is), mégis a nem árazási magatartások terén meglepő konklúziót von le, több szempontból is.

Egyrészt a Bíróság ítélete azt jelenti, hogy az erőfölényes vállalkozás a versenyfelügyeleti eljárás során védekezhet „AEC teszttel” az explicit kizárólagossági kikötések esetében is úgy, hogy azzal érvel, hogy a downstream vevője, akit magához láncolt a kikötésekkel, valójában megszeghette volna (és meg is szegte volna) a kizárólagosságot, ha egy ugyanannyira hatékony hipotetikus versenytárs olyan árajánlatot tett volna, amely kompenzálja a vevőt a szerződésszegéssel okozott kár (vagy kötbér) megtérítéséért is. Ez a megállapítás azonban egészen furcsa eredményekre vezet.

⁹⁰ Uo. 56. pont

⁹¹ Uo. 57. pont

⁹² A magyar fordítás némiképp torzíthatja a határozat autentikus tartalmát. Az eljárás nyelvén, olaszul „*indennità*”, franciául „*indemnité*”, angolul „*compensation*”. Így lehetséges mind „kártérítés”, mind például kötbér.

⁹³ *Unilever*, 59-60. pontok

A gondolatot kiterjesztve ugyanis megkérdőjelezhetnénk azt is, hogy miért lenne igaz az, hogy egy kartell megállapodás ténylegesen magasabb árakhoz vezet, elvégre bármikor bármelyik vállalkozás megszegheti. Az aktív vagy passzív eladási korlátozás egy szelektív forgalmazási megállapodásban is csak addig lehet sikeres, amíg a megállapodást meg nem szegik. Az előfeltevés azonban épp az, hogy a szerződést nem fogják megszegni.

Feltehetőleg a Bíróság a kárelméletek mentén tett egyenlőségjelet a kizárólagossági kötelezettségek és a kizárólagosságot potenciálisan keletkeztető árendedmények vagy hűségengedmények között, azonban ez a megállapítás nem teljesen megalapozott. Ebben az esetben ugyanis a forma véleményem szerint igen is releváns. Példának okáért képzeljünk el egy elrendezést, ahol az erőfölényes vállalkozás azt az ajánlatot teszi a vevőjének, hogy ha a korábbi, teljes szükségletének 70%-át kitevő rendelései helyett⁹⁴ az adott évben a teljes szükségletének 90%-át a domináns vállalkozástól szerzi be, kap a 70%-ot meghaladó részben 15% árendedményt, ha pedig a szükségletének 100%-át, kap a 70%-ot meghaladó részben 20% árendedményt. Ebben az esetben közel sem automatikus, hogy a vevő kizárólag az erőfölényestől szerezze be.⁹⁵ A kérdés az, hogy a 70%-ot meghaladó részben adott kedvezményes árral tudnak-e a versenytársak versenyezni.⁹⁶ Amennyiben tudnak, akkor az sem mondható, hogy lenne kizárólagosság, ami megalapozná a kárelméletet. Amennyiben pedig a vevő végül mégis versenytárstól szerzi be a szükségletét, akkor ez nem eredményez szerződésszegést, ugyanis a vevőnek csak opciója volt az árendedmény, feltéve hogy eléri a meghatározott küszöbértéket, de nem kötelezettsége.⁹⁷ Ezzel szemben ha a szerződésben azt kötik ki, hogy a vevő kizárólag az erőfölényestől vesz, cserébe kap meghatározott árkedvezményt, a kizárólagosság megszegése megvalósít szerződésszegést, így elvi síkon a megállapodás „garantálja” a versenytársak kizárását a vevő tekintetében.⁹⁸ Csak azért, mert mindkét magatartásnál a vállalkozás a kereslet „meg nem támadható részét” használja, hogy azt kiterjessze a „megtámadható részre”, még nem szükségszerűen jelenti, hogy a két magatartás ugyanúgy vizsgálandó.

Másrészről miért illethné meg az erőfölényes vállalkozást az a védekezési lehetőség, hogy legnagyobb igyekezete ellenére a vevő szerződést szeghetett, és megfizethette volna neki az abból

⁹⁴ Ün. „meg nem támadható rész”, azaz azt a mennyiséget, amelyet a vevő mindenképpen az erőfölényben lévő vállalkozástól venne meg.

⁹⁵ PETIT, 2015, 14. o.; GERADIN, 2008, 16-17. oldal;

⁹⁶ GERADIN, 2015, 28-29. oldal.

⁹⁷ PETIT, 2015, 14. o

⁹⁸ Uo.

következő kárát vagy a kötbért. Az erőfölényes vállalkozás épp azért kívánta egyértelművé tenni a kizárólagosságot szerződési klauzulán keresztül, mert az a legmagasabbfokú jogi garanciát biztosítja arra, hogy a vevő szükségleteit kizárólag a domináns vállalkozás látja el. Nem beszélve arról, hogy egyébként is vitatható, hogy a vevőt a szerződésszegéstől csak a kártérítés vagy kötbér mértéke tántorítja el, elvégre egyéb hosszútávú hátrányos következményei is lehetnek, például negatív reputáció a piacon.

Továbbá egy harmadik probléma is felmerül a Bíróság megállapításával kapcsolatban, mégpedig az, hogy a kizárólagossági megállapodások nem csak az EUMSZ 102. cikkét sérthetik, hanem az EUMSZ 101. cikkét is.⁹⁹ Ráadásul egy erőfölényes vállalkozás esetében lehetőség van arra is, hogy a két cikket egy megállapodásokon keresztül megvalósított stratégiára párhuzamosan alkalmazzuk, ahol a megállapodások külön-külön vagy kumulatív hatásukat nézve¹⁰⁰ versenykorlátozó megállapodások tilalmába ütköznek,¹⁰¹ miközben a stratégia megléte visszaélést is megvalósít.¹⁰² A probléma forrása, hogy az EUMSZ. 101. cikk megsértésének nem előfeltétele, hogy a vállalkozás erőfölényes legyen,¹⁰³ ami miatt a potenciális versenyjogsértés vizsgálatánál az AEC elv nem játszik szerepet, még kevésbé a kapcsolódó AEC teszt. Így tehát a Bíróság lehetővé teszi ugyanazon magatartásnak eltérő keretrendszerben vizsgálatát, ahol egy potenciális AEC teszt „mentesítheti” az erőfölényes vállalkozást EUMSZ. 102. cikke alatt, miközben ugyanaz a teszt irreleváns az EUMSZ 101. cikk alatt.

Összegezve tehát a Bíróság *Unilever* ítélete álláspontom szerint megbontja az EUMSZ. 101. és 102. cikkének belső konzisztenciáját, miközben a *Bronner* ítéletre tett hivatkozása ellentétben áll a *SEN* ítélet meglátásaival. Véleményem szerint az itt leírt kritikák miatt az Unilever 59. paragrafusa indokolatlan, és amennyiben a kizárólagosság nem árazás eredménye, egyrészt az AEC teszt nem alkalmazandó, másrészt az nem is alkalmas a vállalkozás „mentesítésére” az EUMSZ. 102. cikk megsértésének vizsgálatánál.

⁹⁹ *Van Den Bergh Foods*, 118. pont; Továbbá: *Vertikális iránymutatás*, 2022 8.2.2. pont

¹⁰⁰ Együttesen kell vizsgálni, ha a megállapodások külön-külön nem, de együttes hatásukat tekintve alkalmasak lehetnek a verseny korlátozására. Ld. *Delimitis*, 24. pont

¹⁰¹ *Generics*, 147. pont

¹⁰² Uo.

¹⁰³ Nem eltekintve attól, hogy releváns körülmény az elemzésnél.

III.6. AEC elv? AEC teszt? - A fogalmi káosz a joggyakorlatban - a Google ügyek

Az Európai Bizottság 2017 és 2019 között három határozatában állapította meg, hogy a Google visszaélt az erőfölényével több termékpiacon is, jelentősen befolyásolva ezzel a versenyfeltételeket. Az első, 2017-es *Google Shopping* döntésében a Bizottság megállapította, hogy a Google saját ár-összehasonlító szolgáltatását versenytársaihoz képest kedvezőbben jelenítette meg keresőoldalain,¹⁰⁴ míg a versenytársak forgalmát szisztematikusan csökkentette.¹⁰⁵

A magatartás így alkalmas volt a verseny torzítására az ár-összehasonlító szolgáltatások piacán.

A második, 2018-as *Google Android* határozat szerint a Google négy eltérő, de hatásaiban összekapcsolódó magatartásával visszaélt az erőfölényével, mivel: (1) összekapcsolta a Google Search alkalmazást a Play Store-ral (árukapcsolás),¹⁰⁶ (2) összekapcsolta a Google Chrome-ot a Play Store-ral és a Google Search alkalmazással (árukapcsolás);¹⁰⁷ (3) a Play Store és a Google Search alkalmazás licencelését ahhoz a feltételhez kötötte, hogy a hardvergyártók elfogadják az antifragmentációs megállapodásokban szereplő kötelezettségeket, névlegesen azt a tilalmat, hogy Google által jóvá nem hagyott Android verziókat (*Android forks*) nem telepítenek az eszközeikre, ha akarják a Play Store-t és egyéb alkalmazásokat;¹⁰⁸ valamint (4) a portfólióalapú bevételmegosztási megállapodások (*revenue share agreements*) keretei között a Google fizetett az eredetiberendezés-gyártóknak és a mobilhálózat-üzemeltetőknek azért, hogy azok ne telepítsenek versenyző általános keresőszolgáltatást a megállapodás tárgyát képező portfóliókba tartozó készülékekre.¹⁰⁹

Végül a 2019-es Google AdSense határozatában a Bizottság megállapította, hogy a Google visszaélt az erőfölényével az online keresési hirdetések közvetítésének piacán. A jogsértés háromféle szerződéses záradék alkalmazásában nyilvánult meg. A kizárólagossági záradékok értelmében a kiadók a keresési találatokat megjelenítő oldalakon nem helyezhették el a versenytársak keresési hirdetéseit.¹¹⁰ A kiemelt elhelyezési és minimum hirdetésszám záradékok előírták, hogy a partnerek találati oldalaik leglátványosabb részeit a Google hirdetéseinek biztosítsák.¹¹¹ Az egyenértékű hirdetések engedélyezési záradéka alapján pedig a Google előzetes

¹⁰⁴ *Google Shopping Bizottsági döntés*, 1. cikk

¹⁰⁵ Uo. 452. bekezdés

¹⁰⁶ *Google Android Bizottsági döntés*, 1. cikk (1) bekezdés a) pont

¹⁰⁷ Uo. 1. cikk (1) bekezdés b) pont

¹⁰⁸ Uo. 1. cikk (1) bekezdés c) pont

¹⁰⁹ Uo. 1. cikk (1) bekezdés d) pont valamint 1242. pont

¹¹⁰ *Google AdSense Bizottsági döntés*, 1. cikk (1) bekezdés (a) pont

¹¹¹ Uo. 1. cikk (1) bekezdés b) pont

jóváhagyása volt szükséges ahhoz, hogy partnerek módosítsák más hirdetőik keresési hirdetéseinek megjelenítését.¹¹²

A három határozat bírósági felülvizsgálatát az AEC elv és az AEC teszt szempontjából nehéz harmonizálni, különösképpen akkor, ha figyelembe vesszük a korábban leírtakat. A *Google Shopping* ügyben a Törvényszék azt az álláspontot követte, hogy az AEC teszt szigorúan árazási magatartásoknál alkalmazandó, hivatkozva a *Post Danmark II* és *TeliaSonera* (árprés) ügyekre.¹¹³ Emellett az indokolás azt is tartalmazza, hogy egy AEC teszt azért sem lett volna lefolytatható, mivel a Google erőátviteli („*leveraging*”) magatartása egyébként is torzította a piaci résztvevők hatékonyságát.¹¹⁴ Ez a megállapítás az ügybe beavatkozó Computer & Communications Industry Association azon érvelésére vonatkozott, amely szerint a versenyhatóságnak kötelezettsége lett volna megvizsgálni, hogy a kiszoruló versenytársak egyébként ugyanannyira hatékonyak-e, mint az erőfölényes vállalkozás maga.¹¹⁵

Ezzel kapcsolatosan fontos megemlíteni, hogy a beavatkozó érvelése lényegében azt tartalmazta, hogy minden jogszerű az AEC elv szerint, ha az erőfölényes ténylegesen a leghatékonyabb, ami értelemszerűen egy jogi tévedés. Példának okáért átlagos változó költség alatti árazás is jogszerű lenne, feltéve, hogy a versenytársak termelési vagy gyártási költségei egyébként magasabbak, tekintettel arra, hogy a magasabb költségeik okán ők kevésbé hatékonyak. Ebben a vonatkozásban a beavatkozó érvelése tehát valóban alaptalan. Másrésztől azonban az is elmondható, hogy a Törvényszék nem válaszolta meg kimerítően azt, hogy egy hipotetikus, ugyanannyira hatékony versenytárs miért nem releváns nem árazási magatartások esetében. Mindössze annyit állított, hogy a tényleges versenytársak hatékonysága irreleváns, valamint hogy absztraktan nézve problematikus a hatékonyság megállapítása a piactorzító hatás miatt.¹¹⁶ Így tehát annak bizonytalanságát, hogy a versenytársak milyen hatékonyak lettek volna a magatartás hiányában, az erőfölényes vállalkozás hátrányára kell(ett) figyelembe venni az AEC elv tekintetében.¹¹⁷

Fontos továbbá kiemelni, hogy az AEC elv azért sem játszott szerepet az ügyben, mivel a Google ár-összehasonlító szolgáltatása egyébként sem volt hatékony, ugyanis a magatartás mögött

¹¹² Uo. 1. cikk (1) bekezdés c) pont

¹¹³ *Google Shopping Törvényszék*, 538, 539 pontok

¹¹⁴ Uo. 540, 541. pontok

¹¹⁵ Uo. 514. pont

¹¹⁶ Uo. 540, 541. pontok

¹¹⁷ Vö.: AREEDA-HOVENKAMP, 1996, 651c, 78. o

meghúzódo gazdasági cél - a feltárt belső emailezések alapján¹¹⁸ – épp az volt, hogy az erőfölényes vállalkozás a saját szolgáltatását az érzékelhető sikertelenségét kompenzálendő láthatóbbá és elérhetőbbé tegye a fogyasztóknak.¹¹⁹ Márpedig ha a hatékonyságot csak fogyasztói kereslet szempontjából nézzük (ami egyébként nem szükségszerűen indokolt),¹²⁰ ez akár azt is alátámaszthatja, hogy a Google szolgáltatása kevésbé hatékony, mint a versenytársaké. Következésképp a magatartás értelmezhető úgy, hogy az érdemeken alapuló verseny körében kiszoruló vállalkozást az upstream kvázi-nélkülözhetetlen input (Google keresőmotorja) „segíti” pozitív diszkrimináción keresztül, így torzítva az érdemeken alapuló verseny lehetőségét. Márpedig ebben az esetben nem tűnik relevánsnak az AEC elv.

A *Google Android* ügyben a Törvényszék az árukapcsolás tekintetében említést tett az AEC elvről,¹²¹ de az érdemi szerepet a szubsztantív elemzés során nem játszott, mivel a versenykorlátozásra való alkalmasságnál a Bizottság is azt vette figyelembe, hogy a tényleges vagy potenciális versenytársak nem képesek ellensúlyozni a versenyelőnyt, amelyet az erőfölényes vállalkozás az árukapcsoláson keresztül szerez.¹²² Ezzel szemben az AEC elv mentén hipotetikus ugyanannyira hatékony versenytársat vizsgált volna. Ez az eltérés még szembetűnőbb, ha figyelembe vesszük, hogy az árazáshoz kötődő portfólióalapú bevételmegosztási megállapodásoknál, amelyek valójában kizárólagossági opciók voltak, a Bizottság AEC tesztet folytatott le, és a benchmark egy hipotetikus ugyanannyira hatékony versenytárs volt.¹²³ Fontos azonban kihangsúlyozni, hogy az AEC sztenderd elvetésében a *Google Android* ügyben a *Google Shopping* ítélethez hasonlóan szerepet játszott az, hogy a vizsgált árukapcsolások kihatással lehettek mind a Google, mind a versenytársai hatékonyságára, mivel azok nehezebbé tették a keresések, valamint a szolgáltatásaik fejlesztéséhez szükséges bevételek és információk elérését, amelyek a termékfejlesztés és innováció alapjául szolgálhattak volna.¹²⁴ Így tehát a gyakorlat maga is közrejátszott abban, hogy az erőfölényes vállalkozás hatékonyabb, mint versenytársai. Felmerül

¹¹⁸ *Google Shopping Bizottsági Döntés*, 489. pont et seq.

¹¹⁹ Uo. 382. pont

¹²⁰ Ez felmerült a *Google Android* ügyben, ahol a Törvényszék is említi, hogy pl. telefonos Play Store értékelések alapján több böngésző kapott hasonló (vagy magasabb) fogyasztói értékeléseket, bár kisebb bázissal. Ha csak ezt vennénk alapul, azt is mondhatnánk, hogy a többi böngésző ugyanannyira hatékony, vagy hatékonyabb, mint a Google Search, ami alaptalan következtetés lenne. Mindazonáltal azt igen is alátámasztja, hogy a fogyasztók kiegyeznek egy keresőmotorral, ha az a szükségleteiket kielégíti.

¹²¹ *Google Android*, 278, 280. pontok

¹²² Uo. 436, 567. pontok

¹²³ Uo. 637-648. pontok

¹²⁴ Uo. 294., 514. pontok; *Google Android Bizottsági döntés* 859. pont et seq.

a kérdés: ha az a tény, hogy a magatartás maga is befolyásolja a piaci résztvevők hatékonyságát, alapjául szolgálhat az elv elvetésének, akkor nem árazási gyakorlatok esetében mikor marad mégis alkalmazandó az AEC sztenderd? E tekintetben a joggyakorlat nem ad egyértelmű választ, bár kétségtelen, hogy a digitális piacokon nagyobb befolyással lehet a versenytársak hatékonyságára a magatartás, mint a tradicionális piacokon.

Végezetül az is kihangsúlyozandó a *Google Android* ügygel kapcsolatban, hogy a magatartás versenyellenes hatásai már az érdemeken alapuló verseny feltételének elemzése után vizsgálandók, így amennyiben fenntartjuk, hogy a két feltétel szeparált, de konjunktív, akkor önmagában a kárelmélet nem szolgálhatna az elv elvetésének alapjául. Így tehát továbbra is igaz lehet az a hipotézis, hogy az árukapcsolás nem tartozik az érdemeken alapuló verseny eszközrendszerébe, bár a kizorító hatásokra való alkalmassága közel sem automatikus.

A fenti értelmezést az *Unilever*hez kapcsolódó joggyakorlat azonban tovább nehezítette a *Google AdSense* ítéletben. Az ítéletben ugyanis a Törvényszék, elfogadva a Bizottság határozatában használt terminológiát, AEC tesztnek hívja és meg is erősíti a következő elemekből álló analitikus rendszert: 1) a kizárólagossági kikötések a piac [30-40%]-[60-70%]-át lefedte; 2) a kikötések a teljes piac értékének [50-60%]-[60-70%]-át érintette; 3) Google-nek nagyon magas piaci részesedése volt; és 4) a piacot erős hálózati hatások jellemezték. Ezen feltételek pedig megalapozták egyrészt azt, hogy egy ugyanannyira hatékony hipotetikus versenytárs nem tudott volna megjelenni a piacon, másrészt pedig azt, hogy egy ugyanannyira hatékony hipotetikus versenytárs is kizorult volna.¹²⁵

Véleményem szerint az itt említett teszt nem tekinthető AEC tesztnek, tekintettel arra, hogy nem az erőfölényes vállalkozás hatékonyságát vizsgálja. Ezt a tesztet az EUMSZ 102. cikkének joggyakorlata még a „formalisztikus” időszakban dolgozta ki, és alkalmazta számtalan ügyben,¹²⁶ jóval az AEC elv „megjelenése” vagy térnyerése előtt. Következésképp, ha elismerjük, hogy az valóban AEC teszt, akkor közvetetten azt is elismerjük, hogy a „formalisztikus” gyakorlat is az AEC elv figyelembevételével operált, ami megkérdőjelezi a modernizációs folyamat legitimitását. Így ugyan a Bizottság által alkalmazott elemzési rendszer kétségtelenül alkalmas az erőfölénnyel való visszaélés megállapítására, azt mégis indokolatlan AEC tesztnek nevezni.

¹²⁵ *Google AdSense Bizottsági döntés*, 433. pont; *Google AdSense Törvényszéki ítélet*, 682. pont

¹²⁶ *Hoffmann-La Roche*, 92. pont et seq.; *British Airways*, 8, 9, 94. pont et seq.

Végezetül a *Google Shopping* Európai Bíróság előtti fellebbezés tárgyában hozott ítélet igyekezett koherens egészet alkotni az elmúlt évek határozataiból, érdekes eredménnyel. A fellebbezésben a Google azzal érvelt, hogy a Törvényszék tévesen állapította meg, hogy a versenyhatóság nem volt köteles elemezni a tényleges vagy hipotetikus versenytársak hatékonyságát annak értékelése során, hogy a szóban forgó magatartás alkalmas-e a verseny kizárására az érintett piacokon.¹²⁷ A Bíróság egyrészt megismételte, hogy az EUMSZ 102. cikkének nem célja, hogy a kevésbé hatékony versenytársakat védje.¹²⁸ Ez azonban nem jelenti azt, hogy minden erőfölénnyel való visszaélés megköveteli az AEC elv alkalmazását,¹²⁹ ugyanis az *Intel* ítéletből következően az elv különösen akkor releváns, ha a vállalkozás a közigazgatási (ld. versenyfelügyeleti) eljárás során bizonyítékokkal támasztja alá, hogy magatartása nem volt alkalmas a verseny korlátozására, és különösen arra, hogy kiváltsa a kifogásolt kizorító hatásokat.¹³⁰ Emellett a Bíróság megerősítette a Törvényszék azon meglátását, hogy a Bizottság nem juthatott volna a Google versenytársainak hatékonyságára vonatkozó objektív és megbízható eredményekhez a szóban forgó piacon.¹³¹

A Bíróság AEC elvvel kapcsolatos meglátásai egyszerre pragmatikusak és nehezen értelmezhetőek. Nehezen értelmezhetőek, mivel ha igaz az, hogy az AEC elv csak akkor „aktíválódik”, ha a vállalkozás már a versenyfelügyeleti eljárás során védekezik, akkor védekezés hiányában teljesen irreleváns annak kérdése, hogy a közjogi intervenció valójában kevésbé hatékony versenytársakat véd a versenytől? Például egy árengedményrendszer úgy valósíthat meg erőfölénnyel való visszaélést, hogy a Bizottságnak még csak vizsgálnia sem kell, hogy az árazás egyébként hatékony-e? Hangsúlyozandó, hogy a Bíróság által hivatkozott *Intel* ügy is árengedményen keresztüli kizárólagossági opcióról szólt, vagyis árazásból fakadó potenciális kizárólagosságról, ahol az AEC elv. Márpedig ilyen esetben alapvető jelentőségű, hogy az árazás eredményezheti-e egy ugyanannyira hatékony versenytárs kizorulását, tekintettel arra, hogy az ilyen árengedményrendszerek agresszív árazást valósítanak meg azzal a korábban említett különlegességgel, hogy az erőfölényes vállalkozás kihasználja a kereslet általa uralt nem támadható részét, hogy azt kiterjessze a támadható részre.¹³² Ha az erre irányuló bizonyítási teher nem a Bizottságon vagy a tagállami versenyhatóságokon van, akkor ez hogyan fér össze azzal a

¹²⁷ *Google Shopping Bírósági Ítélet*, 252-259 pontok

¹²⁸ Uo. 263. pont

¹²⁹ Uo. 264. pont

¹³⁰ Uo. 265. pont.

¹³¹ Uo. 268-269. pontok

¹³² ROUSSEVA-MARQUIS, 2013, 48. o

koncepcióval, hogy a jogsértés megállapításának kötelezettsége a versenyhatóságon van?¹³³ Ugyanígy miért igaz az, hogy a predáció megállapítása maradéktalanul a versenyhatóság kötelezettsége az AEC teszten keresztül,¹³⁴ míg másfajta agresszív árazás esetében az árazás vélelmezetten visszaélészerű, és a vállalkozás kötelezettsége, vagy a Bíróság megközelítésében még inkább lehetősége, az ellenbizonyítás?¹³⁵

Végezetül mi történik akkor, ha a vállalkozás az AEC elvvel csak a bírósági szakaszban védekezik? Ha a versenyhatóság nem végzett AEC tesztet vagy bármely egyéb tesztet, amely kimeríti az AEC elvet - mivel ilyen kötelezettsége védekezés hiányában nem volt-, akkor (1) az AEC elv az ügyben irrelevánssá vált, (2) a jogsértés megállapítása potenciálisan „false positive”,¹³⁶ illetve (3) a vállalkozást abból fakadóan esik el a jogorvoslathoz való jogától az AEC elvvel kapcsolatosan, hogy nem élt ilyen irányú védekezéssel a versenyfelügyeleti eljárás során (amely egyébként sem kötelezettsége uniós jog alatt),¹³⁷ ahol elméletileg a versenyhatóság kötelezettsége lett volna a jogsértés maradéktalan megállapítása.

Mindazonáltal van pragmatikus aspektusa is az ítéletnek: egyrészt a Bíróság nem zárta ki az AEC elv jelentőségét, mivel megfogalmazása szerint „különösen” akkor releváns az elv, ha a vállalkozás bizonyítékokkal alátámasztva védekezik. Elképzeltető tehát, hogy a kérelmélet és a specifikus piac tette irrelevánssá az AEC elvet.¹³⁸ Másrészt a Bíróság egyértelművé tette, hogy az AEC elv úgy és annyiban játszik szerepet, amennyiben a vállalkozás képes ezirányú védekezést benyújtani a versenyhatóságnak. Ez már csak azért is racionális, mivel az *Unilever* alapján elmondható, hogy az erőfölényes vállalkozás bármilyen gazdasági tanulmánnyal védekezhet, és a versenyhatóságnak kötelezettsége, hogy annak bizonyító erejét megvizsgálja.¹³⁹ A *Google Shopping* ítéletéből következően tehát az AEC elv invokálása önmagában nem lesz sikeres az erőfölényes vállalkozás oldalán, ha azt nem képes valamilyen elemzéssel alátámasztani.¹⁴⁰ Ez különösen releváns nem árazási magatartásoknál, mivel az erőfölényes vállalkozás hatékonyságának „kvantifikálása”, illetve a magatartás ugyanannyira hatékony versenytárs kiszorítására való alkalmasságának

¹³³ *Google Shopping Bírósági ítélet*, 266. pont

¹³⁴ Ld. *Qualcomm (predáció)*

¹³⁵ Megemlítendő, hogy a Bizottság 2009-es iránymutatása szerint sem visszaélészerű az árendarendszer, ha a tényleges ár az erőfölényes vállalkozás hosszú távú átlagos határköltsége felett van. Ld.: *2009-es iránymutatás* 43. pont

¹³⁶ Olyan magatartást szankcionál, amely versenytámogató vagy semleges hatású.

¹³⁷ *Knauf Gips*, 89. pont

¹³⁸ Ld. pl. NEVEN, 2023, p. 581, aki a kérelmélet típusától teszi függővé az elv és teszt alkalmazását.

¹³⁹ *Unilever*, 60. pont

¹⁴⁰ *Intel RENV Bírósági ítélet*, 144. pont

meghatározása hatalmas terhet róna a versenyhatóságokra, ha nem egyenesen lehetetlen, figyelembe véve azt is, hogy a magatartás maga is alakíthatta az erőfölényes vállalkozás saját hatékonyságát.¹⁴¹ Viszont ha a vállalkozás készít egy ilyesfajta tesztet, a versenyhatóság kötelezettsége lesz annak elemzése, mivel az bizonyíthatja, hogy a magatartás kizáró hatásai legfeljebb kevésbé hatékony versenytársakat érinthet.

IV. Az uniós gyakorlat racionalizálása az AEC elv tekintetében

A joggyakorlat elemzéséből nehezen körvonalazható egy holisztikus értelmezése az AEC elvnek. Míg egyes magatartások esetében az elv a magatartás vizsgálatához szükséges gazdasági teszten keresztül érvényesül, másoknál az elv irreleváns mindaddig, amíg a vállalkozás ezirányú védekezéssel nem él. Ez azonban arra enged következtetni, hogy amennyiben a vállalkozás nem nyújt be bizonyítékot a versenyfelügyeleti eljárás során, az EUMSZ. 102. cikkéhez kapcsolódó azon elv, amely szerint a cikknek nem célja a kevésbé hatékony versenytársak védelme, valójában nem érvényesül. Ezzel kapcsolatosan fontos kihangsúlyozni, hogy az Európai Bíróság *Intel* ítélete közvetetten, de megerősítette a *Hoffman-La Roche* ítélet formalisztikus megközelítését annyiban, hogy egy kizárólagosságot potenciálisan keletkeztető árendedményrendszer „vélelmezetten” visszaélészerű az erőfölényes vállalkozás bizonyítékokkal alátámasztott védekezésének hiányában. Ezt a megközelítést pedig a Bíróság kiterjesztette egy nem árazásalapú diszkriminatív magatartásra a *Google Shoppingban*. Azonban ha elfogadjuk, hogy a vélelem, vagy talán helyesebben „proxy”, amit a versenyhatóság alkalmazhat a visszaélés megállapításához, nevezetesen hogy 1) a vállalkozás erőfölényes; 2) a magatartás *de facto* vagy *de jure* kizárólagosságot keletkeztet és; 3) a magatartás a piac jelentős részét érinti, továbbra is a joggyakorlat része, akkor ebben az elemzésben legfeljebb közvetetten érvényesül az AEC elv, épp ezért teremti meg a lehetőséget a Bíróság, hogy a false positive-okat a vállalkozás védekezésével elkerülje az uniós versenyjog. Viszont ebben az esetben az AEC elv egyes magatartásoknál joggyakorlatból fakadó teszt lefolytatására irányuló kötelezettséget keletkeztet a versenyhatóság oldalán, míg másoknál az elv a korábbi gyakorlat továbbélése okán inkább a bizonyítási teher alakulását irányítja. Következésképp véleményem szerint a következő „rendszer” alkotható meg a Bíróság gyakorlatából.

¹⁴¹ Ld. 113. lábjegyzet

Bizonyos magatartásoknál a versenyhatóságon közvetlen kötelezettség áll fenn AEC teszt lefolytatására, ahogy azt láthattuk a felfaló árazás és az árprés esetében. Ennek hiányában ugyanis a magatartás versenyellenes jellege meg sem határozható.

Az árazási kizárólagossági opciók, vagyis feltételes árengedmények esetében az AEC teszt lefolytatása a *Tomra* ítéletben kimondottakkal elletétben főszabály szerint szükséges, feltéve hogy a vállalkozás ez irányú védekezéssel él.¹⁴² A teszt annyiban módosított AEC teszt, hogy az nem pusztán azt vizsgálja, hogy az ár költség alatti-e, hanem azt, hogy az effektív ár, amit egy hipotetikus azonos hatékonyságú versenytársnak fizetnie kell ahhoz, hogy versenyezzen az erőfölényes vállalkozás ajánlatával, egy meghatározott referenciaköltséghez viszonyítva pozitív vagy negatív.

Emellett mivel mind a többletárengedmények („*incremental rebate*”, vagyis olyan árengedmény, amely csak a küszöbérték eléréséhez előírt vásárlásokat meghaladó vásárlásokra vonatkozik)¹⁴³, mind a retroaktív árengedmények (amelyek a küszöbérték elérését követően az összes vásárlásra vonatkozik) alkalmasak arra, hogy préseljék a versenytársak haszonkulcsát, így elképzelhető egy olyan kárelmélet is, amely szerint akár hasonlóan hatékony versenytársak haszonkulcsát csökkenti az árengedmény, még az engedményes árhoz képest is.¹⁴⁴ Ezzel kapcsolatban inkább hosszútávú potenciális versenynek okozott kár merül fel dinamikus hatékonyság vonatkozásában, azonban a Bizottság 2009-es iránymutatása szerint a haszonkulcs csökkenése nem aggályos, ha az ár a hosszú távú átlagos határköltsége feletti szinten marad, függetlenül attól, hogy egyébként alacsonyabb a haszonkulcs, mint amilyen az erőfölényesé.¹⁴⁵ Ez a kárelmélet továbbra is megköveteli valamilyen teszt, elsősorban AEC teszt lefolytatását, amelyre vonatkozó kötelezettség továbbra is akkor merül fel, ha a vállalkozás ez irányú védekezéssel él.¹⁴⁶

A kizárólagosságnál, amelynél kötelezettség keletkezik a kizárólagosság betartására, véleményem szerint az Unilever szerinti AEC teszt nem alkalmazandó, és reményeim szerint azt a Bíróság a későbbiekben elveti. Az erőfölényes védekezése ebben a kontextusban nem alapulhat azon, hogy a vevője potenciálisan szerződést szeghet vagy szegne. Ellenben védekezhet például azzal, hogy a piac nem lezárt része megfelelő teret enged a versenynek, vagy a magatartás nem volt alkalmas

¹⁴² *Intel RENV Bírósági ítélet*, 181. pont

¹⁴³ *2009-es iránymutatás*, 37. pont,

¹⁴⁴ Uo. 43. pont

¹⁴⁵ Uo.

¹⁴⁶ *Intel RENV Bírósági ítélet*, 144-145. pontok

arra, hogy egy potenciális vagy tényleges belépőt megfosszon a minimális hatékony mérettől vagy hogy a vevők teljes keresletéért továbbra is lehetséges versenyezni akár a kikötések rövid időtartama miatt, vagy az egyszerű felmondhatóság miatt.¹⁴⁷ Értelemszerűen minél magasabb a piac lezárt része és az erőfölényes vállalkozás piaci ereje, annál valószínűbb, hogy a magatartás versenyellenes kizorító hatásokra alkalmas.¹⁴⁸

Az árukapcsolás esetében eddigi gyakorlat szerint csekély szerepet kap az AEC elv, tekintettel arra, hogy érdemeken alapuló versenyen kívül eső potenciális kizorító hatások meghatározásánál az erőfölényes hatékonyságának vizsgálata nem szükséges,¹⁴⁹ bár a lemásolhatóság releváns körülmény lehet.¹⁵⁰ Alternatív értelmezésként az Európai Unió Bírósága interpretálhatja a korábbi joggyakorlatát úgy is, hogy az árukapcsoláshoz kötődő specifikus teszt megvalósulása eleget tesz az AEC elvnek, de ezt az értelmezést aláássa a Bizottság *Google Android* határozata és az azzal kapcsolatos Törvényszéki ítélet, mivel egy hipotetikus azonos hatékonyságú versenytársnak nem volt szerepe az elemzésben. Emellett a *Google Shopping* Európai Bírósági ítélet is nehezíti ezt a megközelítést, mivel az AEC elv a határozat szerint nem is kaphatott szerepet a korábbi gyakorlatban a vállalkozás(ok) versenyfelügyeleti eljárás során tett védekezése hiányában.

Az atipikus egyoldalú magatartásoknál, ahol nincs joggyakorlatból fakadó specifikus jogi teszt, érvényesül a Bíróság azon megállapítása, amely szerint a magatartás elvi síkú versenykorlátozásra való alkalmasságának meghatározása a versenyhatóság kötelezettsége realisztikus kárelméleten keresztül, tekintettel az ügy összes körülményére.¹⁵¹ Emellett úgy tűnik, hogy ebben az esetben is helye lesz a vállalkozás oldalán egy AEC elvnek megfelelő védekezésnek, amennyiben az lehetséges.

Az a kérdés azonban továbbra is nyitott, hogy az EUMSZ 102. cikkének gyakorlata hogyan kezeli azt a problematikát, hogy az erőfölényes vállalkozás kiterjedtebb méretgazdaságossága, az általa élvezett hálózati hatások, vagy a *status quo* vagy *default* elfoglaltság olyan előnyökkel szolgálhat a potenciálisan visszaélésszerű magatartásoknál, amelyeket nem feltétlenül inkorporál egy AEC teszt, vagy bármely egyéb AEC elvnek megfelelő elemzés. Ennek megoldására alkalmazható lehet a *Post Danmark II* ítélet azon megállapítása, amely szerint: „Egy olyan helyzetben (...), amikor az

¹⁴⁷ 2009-es iránymutatás, 34-36. pont

¹⁴⁸ Uo. 20. pont

¹⁴⁹ Legalábbis a *Google Android* ítélet erre enged következtetni.

¹⁵⁰ *SEN*, 80. pont

¹⁵¹ *Superleague*, 140. pont

*erőfölényben lévő vállalkozás igen jelentős piaci részesedéssel rendelkezik, és különösen a törvényi monopóliumból eredően strukturális előnyöket élvez, amely monopólium az érintett piacon a küldemények 70%-át érinti, a megegyező hatékonyságú versenytárs kritériumának alkalmazása irreleváns, mivel a piac szerkezete gyakorlatilag lehetetlenné teszi egy megegyező hatékonyságú versenytárs megjelenését.*¹⁵² Bár az alapul fekvő tényállásban a Post Danmark előnye törvényi monopóliumból fakadt, a Bíróság megállapítása kiterjeszthető olyan esetekre, ahol egy hasonlóan hatékony versenytárs megjelenése nem elképzelhető, függetlenül attól, hogy árazási vagy nem árazási gyakorlatról beszélünk.¹⁵³ Ez az értelmezés annyiban nem problémamentes, hogy a törvényi monopólium valóban okot adhatna az AEC elv elvetésére azért, mert az erőfölényes vállalkozás nem az érdemeken alapuló verseny keretei között szerezte a pozícióját.¹⁵⁴ Ezzel szemben a méretgazdaságosság és a hálózati hatások esetében az erőfölényes vállalkozás elméleti síkon a saját érdemén keresztül élvezzi a piaci erejét, függetlenül attól, hogy a hatékony verseny effektíve ugyanúgy ellehetetlenül. Ezen felül árazási magatartásoknál az AEC teszt szolgálhatja az *ex ante* jogi megfelelést is,¹⁵⁵ így ha a vállalkozás arra jut, hogy a saját hatékonyságával a magatartása nem szorítaná ki, akkor aggályosnak tekinthető az intervenció azon az alapon, hogy a vállalkozás által alkalmazott sztenderd a magas belépési küszöbök miatt irreleváns, már csak azért is, mert magas piacralépési korlátok nélkül amúgy sem beszélhetnénk erőfölénnyről a számtalan potenciális versenytárs miatt.¹⁵⁶

A Google ügyekben véleményem szerint lett volna lehetőség a *Post Danmark II* hivatkozott szakaszára alapítva eltekinteni az AEC elvtől, tekintettel arra, hogy a Google keresőmotorja kvázi-nélkülözhetetlen input még a Törvényszék megfogalmazásában is,¹⁵⁷ így tehát szuperdomináns az általános online keresőmotorok piacán, ahogy a Google erőfölényes az Android áruházak¹⁵⁸ piacán és a keresési hirdetések közvetítési piacán is.¹⁵⁹ Nem csak az elképzelhetetlen, hogy egy hasonlóan hatékony versenytárs ilyen kiterjedt dominanciával megjelenjen, függetlenül attól, hogy a dominanciát termékpiaconként kell megállapítani, hanem az is, hogy az individuális piacokon a jelenlegi hálózati hatások mellett egy vállalkozás érdemi versenynyomást gyakoroljon a Google-

¹⁵² *Post Danmark II*, 59. pont

¹⁵³ SCHWEITZER-RIDDER, 2024, 13. o.

¹⁵⁴ ROUSSEVA-MARQUIS, 2013, 43. o.

¹⁵⁵ *TeliaSonera*, 44. pont

¹⁵⁶ 2009-es iránymutatás, III. fejezet A. pont

¹⁵⁷ *Google Shopping Törvényszéki ítélet*, 224. pont

¹⁵⁸ *Google Android*, 268-273. pontok

¹⁵⁹ *Google AdSense Törvényszéki ítélet*, 368. pont

re. Nem véletlen, hogy mind az EU-ban,¹⁶⁰ mind az USA-ban¹⁶¹ felmerült szerkezeti jogorvoslat szükségesség a Google felbontásán keresztül.

Ennek ellenére a *Post Danmark II* hivatkozott szakasza csak a *Google AdSense* bizottsági határozatban jelent meg, és ott is csak alternatív érvelésként, amely szerint „kétséges”, hogy egy ugyanannyira hatékony versenytárs megjelenésére valós esély van.¹⁶² Ezt az érvelést a Törvényszék elfogadta,¹⁶³ annak ellenére, hogy a határozatot végül megsemmisítette. Értelemszerűen mivel a Bizottság a többi esetben nem élt ezzel az érveléssel, így az uniós bíróságoknak nem volt lehetőségük annak legalitását vizsgálni, figyelembe véve azt is, hogy a bíróságok nem helyettesíthetik saját indokolásukkal a Bizottság határozatában megállapított jogsértés alkotóelemeit.¹⁶⁴ Mindazonáltal felvetődik a kérdés, hogy ha a Bizottság nem kísérelt volna meg AEC tesztet például a portfólióalapú bevételmegosztási megállapodások tekintetében, hanem a *Post Danmark II*-re hivatkozva azt mondta volna, hogy az AEC elv a Google pozíciójára való tekintettel irreleváns, vajon nagyobb sikert aratott volna, mint a tesztel, amit a Törvényszék végül megsemmisített.

Az mindenestre elmondható, hogy van lehetőségük a versenyhatóságoknak eltekinteni az AEC elv alkalmazásától, még úgy is, hogy ez a jogbiztonság rovására megy. Ugyanakkor az ilyesfajta intervenció csak kivételes lehet, a dominancia megléte önmagában nem alapozhatja meg az elv mellőzését. Emellett a versenyhatóságoknak azzal kapcsolatban is óvatosnak kell lenniük, hogy milyen piacon igyekeznek védeni egy valóban kevésbé hatékony versenytársat, mert bár a verseny léte kétségtelenül jobb, mint a verseny teljes hiánya, a beavatkozás a rövid- és hosszútávú fogyasztói jólétet serkentő magatartásokat is szankcionálhatja, és azok implementálásától az erőfölényest is eltántoríthatja.

¹⁶⁰ Elérhető: <https://www.reuters.com/technology/google-offered-sell-advertising-marketplace-adx-eu-antitrust-probe-sources-say-2024-09-18/> letöltve: 2024. 10. 27.

¹⁶¹ Department of Justice's Proposed Remedy Framework, US v Google LLC, Case No. 1:20-cv-03010-APM, Elérhető: https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.dcd.223205/gov.uscourts.dcd.223205.1052.0_1.pdf, letöltve: 2024. 10. 27.

¹⁶² *Google AdSense Bizottsági döntés*, 434. pont

¹⁶³ *Google AdSense Törvényszéki ítélet*, 682. pont

¹⁶⁴ *Sony Electronics*, 95.pont

V. A Bizottság Iránymutatás-tervezetének megfelelése az AEC elv tükrében

A Bizottság Iránymutatás-tervezete szerint egyes magatartástípusokról „általánosan elismert” hogy nagy potenciállal rendelkeznek arra, hogy versenykorlátozó hatásokat váltsanak ki.¹⁶⁵ Következésképp vélelmezhető, hogy képes versenykorlátozó hatásokra: 1) a kizárólagos szállítási vagy beszerzési megállapodás; 2) a kizárólagossági árendedmény; 3) a felfaló árazás; 4) árprés negatív árfolyam-különbözet mellett; és 5) az árukapcsolás bizonyos formái.¹⁶⁶ A vélelmet a vállalkozás megdöntheti, ha a versenyfelügyeleti eljárás során alátámasztó bizonyítékok alapján azt állítja, hogy a magatartás nem alkalmas arra, hogy versenykorlátozó hatást váltson ki.¹⁶⁷ A vélelem megdöntésére tett kísérlet sikertelen, ha a Bizottság: 1) bizonyítja, hogy az erőfölényben lévő vállalkozás által előterjesztett érvek és alátámasztó bizonyítékok nem elegendőek a vélelem megkérdőjelezéséhez, például azért, mert a bizonyítékok bizonyító ereje nem elegendő, vagy azért, mert az érvek inkább elméleti feltételezésekre, mintsem a tényleges piaci versenyhelyzetre vonatkoznak; vagy 2) olyan bizonyítékokat szolgáltat, amelyek bizonyítják, hogy a magatartás képes versenykorlátozó hatást kifejteni. Az elemzés terjedelme és jellege szükségszerűen az erőfölényben lévő vállalkozás által előterjesztett érvek és bizonyítékok terjedelmétől és jellegétől függ, illetve a Bizottság megfogalmazásában: „kellő jelentőséget kell tulajdonítani a vélelem bizonyító erejének, amely tükrözi azt a tényt, hogy a szóban forgó magatartás nagy potenciállal rendelkezik arra, hogy versenykorlátozó hatásokat váltsanak ki.”¹⁶⁸

A vélelem alól kivételt képez a korábban már említett álcázatlan korlátozások kategóriája, amely esetben a vállalkozás „csak nagyon kivételes esetekben tudja bizonyítani, hogy az ügy sajátos körülményei között a magatartás nem volt alkalmas arra, hogy versenykorlátozó hatást fejtsen ki.”¹⁶⁹ Emellett kivétel a vélelem alól azon magatartástípusok kategóriája is, amelyekhez bizonyítani kell, hogy képesek versenykorlátozó hatások kiváltására.¹⁷⁰ Ezen kategóriánál a Bizottság az *Unilever* és a *Superleague* ítéletek egyes szakaszaira hivatkozik, bár azok nem támasztják alá a kategória elkülönült létezésének legitimitását a „vélelmezetten jogsértő” magatartások kategóriájától. A hivatkozott szakaszok szerint: „Ezt a bizonyítást, amely az adott ügy tárgyát képező magatartás típusától függően különböző elemzési sémák alkalmazásával járhat,

¹⁶⁵ Iránymutatás-Tervezet, 60. pont b) alpont

¹⁶⁶ Uo.; Ld. még: PEEPERKORN, 2024

¹⁶⁷ Uo.

¹⁶⁸ Iránymutatás-Tervezet, 60. pont b) alpont i-ii.

¹⁶⁹ Uo. 60. pont c) alpont

¹⁷⁰ Uo. 60. pont a) alpont

mindenképpen az összes releváns ténybeli körülmény értékelésével kell elvégezni (...) függetlenül attól, hogy ezek magával a magatartással, a szóban forgó piaccal vagy piacokkal, illetve a verseny működésének módjával kapcsolatosak-e ezen a piacon vagy ezeken a piacokon. Ezen túlmenően az említett bizonyítás során pontos és konkrét elemzések és bizonyítékok alapján arra kell törekedni, hogy az említett magatartás legalábbis alkalmas arra, hogy kizorító hatást fejtessen ki.” Egyrészt megemlítendő, hogy a hivatkozott bekezdés valójában arra vonatkozik, hogy ahhoz, hogy egy magatartás visszaélészerű legyen, teljesülnie kell a két konjunktív feltételből álló absztrakt jogi tesztnek, vagyis hogy: 1) a magatartás a vállalkozások közötti érdemeken alapuló versenyre irányadó eszközöktől eltérő eszközök alkalmazásával; 2) alkalmas a verseny korlátozására.¹⁷¹ Másrészt az elkülönülő kategória azt a látszatot kelti, hogy a versenyhatóságnak egyébként nincs kötelezettsége arra, hogy legalább elvi síkon igazolja a magatartás versenykorlátozásra való alkalmasságát akkor, ha a magatartás „vélelmezetten jogsértő”.

Végezetül a Bizottság egy lábjegyzetbe rejtve a feltételes árendedményeknél kimondja azt is, hogy: *„[a]z a tény, hogy egy feltételezett, hasonlóan hatékony versenytárs képes lenne kompenzálni az árendedmények elvesztését, nem feltétlenül releváns tényező annak bizonyítására, hogy az árendeményszer nem képes versenykorlátozó hatásokat kiváltani. Ennek az az oka, hogy a magatartás versenykorlátozó hatások kiváltására való alkalmasságát az erőfölényben lévő vállalkozás meglévő, tényleges vagy potenciális versenytársaihoz, nem pedig a feltételezett versenytársakhoz viszonyítva kell értékelni.”*

A Bizottság iránymutatás-tervezetének itt hivatkozott pontjaival nehéz egyetérteni a bírósági gyakorlat fényében. Egyrészt a Bizottság kategorizálása erősen torzítja a gyakorlat valódi tartalmát, ugyanis a versenyhatóságoknak minden esetben kötelezettségük az, hogy a magatartás versenykorlátozásra való alkalmasságát legalább elvi síkon (ha a magatartás „vélelmezetten” jogsértő) bemutassák ahhoz, hogy a vállalkozásnak kelljen ellenbizonyítania, avagy hogy a versenyhatóság „igénybe vegye” a „vélelmet”. Talán helyesebb volna az a szóhasználat tekintetben, hogy nem is vélelmet, hanem egyfajta „proxy”-t használhat a versenyhatóság a versenykorlátozásra, vagyis kizorításra való alkalmasság vonatkozásában, és ezt is csak bizonyos magatartások tekintetében. Ilyen magatartásnak minősül a joggyakorlat szerint: a kizárólagosság¹⁷²; és a kizárólagossági árendedmény.¹⁷³

¹⁷¹ *Superleague*, 129-130. pontok

¹⁷² *Unilever*

¹⁷³ *Intel RENV Bírósági ítélet*

Mindazonáltal egyik magatartásnál sem „vélelmezheti” a versenyellenes hatásokat a versenyhatóság anélkül, hogy annak versenykorlátozásra való alkalmasságát legalábbis elvi síkon igazolná. Így a kizárólagosságnál és a kizárólagossági opciónál a versenyhatóságnak szükséges megállapítania: 1) a vállalkozás erőfölényét; 2) azt, hogy a magatartás a piac jelentős részét érinti; illetve 3) a *de jure* vagy *de facto* kizárólagosság időtartamát és feltételeit, amelyek lehetővé teszik, hogy elvi síkon alkalmas legyen a versenykorlátozásra.¹⁷⁴ Ezt követően a vállalkozás *Intel* védekezése alapozza meg a hasonlóan hatékony versenytárs kiszorítására irányuló stratégia meglétének vizsgálatára vonatkozó kötelezettségét a versenyhatóság oldalán, amely védekezést a Bíróság véleményem szerint indokolatlanul terjesztett ki a kizárólagossági kötelezettségekre. Ennek ellenére elmondható, hogy a magatartás nem alapozza meg *ipso facto* a „vélelmet”, de a három feltétel elégséges lehet a visszaélés megállapításához, annak false positive potenciálja ellenére. Épp ennek kiszűrése céljából nyitotta meg a Bíróság a védekezés lehetőségét a versenyfelügyeleti eljárás során. Az pedig kifejezetten a jogbiztonság rovására megy, hogy „kellő jelentőséget kell tulajdonítani a vélelem bizonyító erejének”, mert ez a hozzátoldás érdemi iránymutatás nélkül csak nagyobb diszkréciót enged a versenyhatóságnak.

Végezetül a feltételes árendedményekkel kapcsolatos lábjegyzet a joggyakorlat tükrében a jelenlegi formájában nem elfogadható. Még ha véleményem szerint nem is feltétlenül pozitív az ítélkezési gyakorlat ez irányú elmozdulása, mégis elmondható, hogy ha egy hasonlóan hatékony versenytárs tudja kompenzálni az árendedmények elvesztését, az egyértelmű jele annak, hogy a magatartás érdemeken alapuló verseny eszközrendszerébe tartozik. Ha az erőfölényes AEC tesztet védekezik, akkor szükségszerűen hipotetikus ugyanannyira hatékony versenytársat vesz alapul, mivel a versenytársak költségstruktúráját ideális esetben nem ismerheti.¹⁷⁵ Továbbá a megállapítás azért is meglepő, mert nem azon árendedményrendszerekre vonatkozik, amelyek kizárólagossághoz kapcsolódnak, akár kizárólagossági kikötéssel, akár ilyen opcióval.¹⁷⁶ Így tehát a versenyjogilag aggályosabb magatartásnál az AEC elv a vállalkozás védekezésével aktiválódik, és hipotetikus hasonlóan hatékony versenytárs kiszorítására irányuló stratégia meglétét kell vizsgálnia a versenyhatóságnak, míg a látszólag kevésbé aggályos magatartásnál csak az érintett tényleges vagy potenciális versenytársakra gyakorolt hatást, amely megközelítés szembe megy a fokozatosság követelményével, ahogy azzal az AEC elv által körülírt koncepcióval is, hogy az

¹⁷⁴ Uo. 144., 180. pont

¹⁷⁵ *Deutsche Telekom*, 202. pont

¹⁷⁶ *Iránymutatás-tervezet*, 145. pont

EUMSZ 102. cikknek nem célja a kevésbé hatékony versenytársak védelme az érdemi versenytől. Így tehát a Bizottság iránymutatás-tervezete ebből a szempontból is ellentétesnek tűnik a Bíróság gyakorlatával, és véleményem szerint azt vagy 1) szükséges elhagyni; vagy 2) a Bizottságnak érdemben indokolnia kell ezt a megközelítést.

VI. Összegzés

A dolgozat célja az AEC elv szubsztantív relevanciájának feltérképezése, valamint a joggyakorlat racionalizálása volt, szem előtt tartva azt is, hogy nem szükségszerűen igaz az a premissza, hogy a kevésbé hatékony versenytársak nem játszanak szerepet a fogyasztói jólét fenntartásában vagy növelésében. Emellett törekvés volt az is, hogy a joggyakorlat értelmezése mentén érdemi kritikát fogalmazzak meg a Bizottsági Iránymutatás-tervezet AEC elvre vonatkozó rendelkezéseiről.

A kutatás alapján elmondható, hogy jelentős inkoherencia jellemzi az Európai Unió Bíróságának joggyakorlatát az AEC elv tekintetében. Míg egyes ítéletekben az elvnek érvényt adó AEC teszt központi jelentőségű, és annak hiányosságai vagy hibái a versenyhatósági határozat megsemmisítésével járhat (árazási magatartások), addig más ítéletekben az elv vagy nem szolgál zsinórmértékül (*Google Shopping*), vagy nem egyértelmű, hogy az elv milyen formában érvényesül AEC teszt hiányában (*Google Android* árukapcsolás).

Emellett az AEC elvnek nem árazási magatartásokra való kiterjesztésének hivatkozási alapja a *SEN* ítéletben a *Bronner* ügy volt, melynek vonatkozásában az *Unilever* ítélet külön hangsúlyozza, hogy az AEC teszt nem alkalmas a hozzáférés megtagadásának vizsgálatára a tekintetben, hogy az az érdemeken alapuló verseny eszközrendszerébe tartozik-e vagy sem. Nehéz azonban érdemi relevanciát tulajdonítani az alapelvnek, ha az érdemeken alapuló verseny feltételének vizsgálatánál az nem érvényesül konkrét feltételként, illetve ha a tényleges vagy potenciális verseny körében elemezzük a kizorító hatásra való alkalmasságot.

Hasonlóan nehéz az AEC elv inkorporálása az árukapcsolás specifikus jogi tesztjébe, feltéve, hogy az érdemeken alapuló verseny eszközrendszerének vizsgálatát, valamint a kizorító hatások vizsgálatát két szeparált, de konjunktív feltételként értelmezzük. Érdemi tesztelem hiányában pedig az árukapcsolás ítélkezési gyakorlatát leginkább úgy lehet racionalizálni, hogy az árukapcsolás formailag nem része az érdemeken alapuló versenynek, feltéve persze, hogy azt erőfölényes vállalkozás alkalmazza. Hangsúlyozandó, hogy ez nem teszi a magatartást szükségszerűen jogsértővé, mivel a kizorító hatásra való alkalmasságát részletesen vizsgálni kell, ahogy az is

lehetséges, hogy az árukapcsolás például hatékonysági védekezés mentén mentesüljön az EUMSZ 102. cikkének tilalma alól.

Végezetül elmondható, hogy a *Post Danmark II* ítélet megalapozza az AEC elv mellőzését mind árazási, mind nem árazási magatartásoknál akkor, ha a piaci körülmények egy ugyanannyira hatékony versenytárs megjelenését effektíve lehetetlenné teszik. A joggyakorlatnak ezen ága így megengedi, hogy kiterjedt hálózati hatások vagy méretgazdaságosság jelenlétében a potenciális verseny hiánya miatt a kevésbé hatékony versenytársak védelmében is beavatkozzanak. Ennek feltétele, hogy ezen kevésbé hatékony versenytársak érdemi versenynyomást gyakoroljanak az erőfölényes vállalkozásra, így fenntartva a versenyfolyamatot. Remélhetőleg az uniós versenyhatóságok nagyobb jelentőséget tulajdonítanak az intervenció ezen lehetőségének az egyre koncentrálódó uniós piacokon.

Irodalomjegyzék

1. Európai Unió Bíróságának ítéletei

Rövidítés

Forrás

AKZO (predáció)

C-62/86 sz. AKZO Chemie BV kontra Bizottság ügyben hozott ítélet, ECLI:EU:C:1991:286

British Airways

C-95/04 P sz. British Airways plc kontra Bizottság ügyben hozott ítélet, ECLI:EU:C:2007:166

Bronner

C-7/97 sz. Oscar Bronner GmbH & Co. KG és mások, ECLI:EU:C:1998:569

Compagnie maritime belge transports

T-24/93, T-25/93, T-26/93 és T-28/93. sz. Compagnie maritime belge transports és társai kontra Bizottság egyesített ügyekben hozott ítélet, EBHT 1996., II-01201. o.

Delimitis

C-234/89 sz. Delimitis ügyben hozott ítélet, ECLI:EU:C:1991:91

Deutsche Telekom

C-280/08 P sz. Deutsche Telekom kontra Bizottság ügyben hozott ítélet, ECLI:EU:C:2010:603

Generics

C-307/18 sz. Generics (UK) és mások ügyben hozott ítélet, ECLI:EU:C:2020:52

Google AdSense Törvényszék ítélet

T-334/19 sz. Google LLC kontra Bizottság ügyben hozott ítélet, ECLI:EU:T:2024:634

Google Android	T-604/18 sz. Google LLC kontra Bizottság ügyben hozott ítélet, ECLI:EU:T:2022:541
Google Shopping Bírósági ítélet	C-48/22 P. sz. Google LLC kontra Bizottság ügyben hozott ítélet, ECLI:EU:C:2024:726
Google Shopping Törvényszéki ítélet	T-612/17. sz. Google LLC kontra Bizottság ügyben hozott ítélet, ECLI:EU:T:2021:763
Hilti	T-30/89 sz. Hilti AG kontra Bizottság ügyben hozott ítélet, ECLI:EU:T:1991:70
Hoffman La Roche	C-85/76 sz. Hoffmann- La Roche kontra Bizottság ügyben hozott ítélet, ECLI:EU:C:1979:36
Intel Bírósági ítélet	C-413/14. P. sz. Intel kontra Bizottság ügyben hozott ítélet, ECLI:EU:C:2017:632
Intel RENV Törvényszéki ítélet	T-286/09 RENV sz. Intel kontra Bizottság ügyben hozott ítélet, ECLI:EU:T:2022:19
Intel Törvényszéki ítélet	T-286/09 sz. Intel kontra Bizottság ügyben hozott ítélet, ECLI:EU:T:2014:547
Irish Sugar	C-497/99 P. sz. Irish Sugar kontra Bizottság ügyben hozott ítélet, EBHT 2001., I-5333.o
Knauf Gips	C-407/08 P. sz. Knauf Gips KG kontra Bizottság ügyben hozott ítélet, ECLI:EU:C:2010:389

Meta Platforms	C-252/21. sz. Meta Platforms Inc ügyben hozott ítélet, ECLI:EU:C:2023:537
Microsoft Media Player	T-201/04 sz. Microsoft Corp. kontra Bizottság ügyben hozott ítélet, ECLI:EU:T:2007:289
Post Danmark I	C-209/10. sz. Post Danmark A/S ügyben hozott ítélet, ECLI:EU:C:2012:172
Post Danmark II	C-23/14 sz. Post Danmark A/S ügyben hozott ítélet, ECLI:EU:C:2015:651
Qualcomm (predáció)	T-671/19. sz. Qualcomm Inc. kontra Bizottság ügyben hozott ítélet, ECLI:EU:T:2024:626
SEN	C-377/20. sz., Servizio Elettrico Nazionale és társai ügyben hozott ítélet, ECLI:EU:C:2022:379
Slovak Telekom	C-165/19 P. sz. Slovak Telekom kontra Bizottság ügyben hozott ítélet, ECLI:EU:C:2021:239
Sony Electronics	C-697/19 P sz. Sony Corporation és Sony Electronics kontra Bizottság ügyben hozott ítélet, ECLI:EU:C:2022:478
Superleague	C-333/21. sz., European Superleague Company ügyben hozott ítélet, ECLI:EU:C:2023:1011
TeliaSonera	C-52/09. sz. TeliaSonera Sverige ügyben hozott ítélet, ECLI:EU:C:2011:83

Tetra Pak I	T-83/91 sz. Tetra Pak International SA kontra Bizottság ügyben hozott ítélet, ECLI:EU:T:1994:246
T-Mobile	C-8/08. sz. T-Mobile és mások ügyben hozott ítélet, ECLI:EU:C:2009:343
Tomra	C-549/10. P. sz. Tomra System ASA és mások kontra Bizottság ügyben hozott ítélete, ECLI:EU:C:2012:221
Unilever	C-680/20. sz. Unilever Italia Mkt. Operations Srl. ügyben hozott ítélet, ECLI:EU:C:2023:33
Van Den Bergh Foods	T-65/98. sz. Van den Bergh Foods Ltd. kontra Bizottság, ECLI:EU:T:2003:281

2. Főtanácsnoki indítványok

Jacobs Bronner főtanácsnoki indítvány	Jacobs C-7/97. sz. Oscar Bronner GmbH & Co. KG és mások ügyben tett indítványa ECLI:EU:C:1998:264
Kokott Google Shopping főtanácsnoki indítvány	Juliane Kokott C-48/22 P. sz. Google LLC kontra Bizottság ügyben tett indítványa, ECLI:EU:C:2024:14
Wahl Intel főtanácsnoki indítvány	Nils Wahl C-413/14. sz. Intel Corporation Inc. kontra Európai Bizottság ügyben tett indítványa, ECLI:EU:C:2016:788

3. Európai Bizottság döntései

Google AdSense Bizottsági döntés	Case AT.40411, Google Search (AdSense), C(2019) 2173 final
Google Android Bizottsági döntés	Case AT.40099, Google Android, C(2018) 4761 final

Google Shopping Bizottsági döntés Case AT.39740, Google Search (Shopping), C(2017) 4444 final

Intel Bizottsági döntés COMP/C-3/37.990, Intel, 2009/C 227/07

4. Európai Bizottsági Iránymutatások

2009-es iránymutatás A Bizottság közleménye – Iránymutatás az EK-Szerződés 82. cikkének az erőfölényben lévő vállalkozások versenykorlátozó visszaélő magatartására történő alkalmazásával kapcsolatos bizottsági jogérvényesítési prioritásokról, 2009/C 45/02

Iránymutatás-tervezet A Bizottság közleménye - Iránymutatás az Európai Unió működéséről szóló szerződés 102. cikkének az erőfölényben lévő vállalkozások versenykorlátozó visszaélő magatartására történő alkalmazásáról, draft, 2024

Vertikális iránymutatás, 2022 Bizottsági Közlemény - Iránymutatás a vertikális korlátozásokról, 2022/C 248/01

5. Tankönyvek

Areeda-Hovenkamp, 1996 Phillip E. Areeda, Herbert Hovenkamp: Antitrust Law: An analysis of antitrust principles and their application, Little Brown, 1996

6. Tanulmányok, cikkek

- Akman, 2024 Pınar Akman: A Critical Inquiry into ‘Abuse’ in EU Competition Law, *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 44, Issue 2, Summer 2024, Pp. 405–433
- Barbera et al., 2023 Adriano Barbera, Nicolás Fajardo Acosta, Timo Klein: The Role of the AEC Principle and Tests in a Dynamic and Workable Effects-Based Approach to Abuse of Dominance, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 14, Issue 8, December 2023, Pages 582–594
- Colomo I, 2023 Pablo Ibáñez Colomo: Competition on the merits (December 20, 2023). Forthcoming in (2024) 61, *Common Market Law Review*
- Colomo II, 2023 Pablo Ibáñez Colomo: The (second) modernisation of Article 102 TFEU: reconciling effective enforcement, legal certainty and meaningful judicial review (October 10, 2023).
- Colomo, 2021 Pablo Ibáñez Colomo: Anticompetitive Effects in EU Competition Law’, *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 17, No 2, 2021, pp. 309 to 363.
- Geradin, 2008 Damien Geradin: A Proposed Test for Separating Pro-Competitive Conditional Rebates from Anti-Competitive Ones, 2008, Elérhető: <https://ssrn.com/abstract=1315292>

- Geradin, 2015
Damien Geradin: Loyalty Rebates after Intel: Time for the European Court of Justice to Overrule Hoffman-La Roche, Forthcoming in 11 (2015) Journal of Competition Law & Economics
- Geradin-Huijts, 2024
Damien Geradin, Stijn Huijts: Abuse of dominance: Has the effects-based analysis gone too far?, July 21, 2024, Elérhető: <https://ssrn.com/abstract=4900869>
- Hovenkamp, 2021
Herbert Hovenkamp: Addressing the Divisions in Antitrust Policy (November 15, 2021). Concurrences Review (Nov. 15, 2021), U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 22- 03,
- Milgrom-Roberts, 1982
Paul Milgrom - John Roberts: Limit Pricing and Entry under Incomplete Information: An Equilibrium Analysis.” *Econometrica*, vol. 50, no. 2, 1982, pp. 443–59. *JSTOR*, Elérhető: <https://doi.org/10.2307/1912637> .
- Nazzini, 2020
Renato Nazzini: Standard of Foreclosure under Article 102 TFEU and the Digital Economy Debate, July 14, 2020. King's College London Law School Research Paper Forthcoming
- Neven, 2023
Damien J. Neven: The As-Efficient Competitor Test and Principle. What Role in the Proposed Guidelines, Journal of European Competition Law & Practice, 2023 Vol. 14 No. 8, pp 565-581
- Padilla, 2021
Jorge Padilla: An Economist’s Perspective on the EU Competition Judicial Review Process, 9 May 2021, elérhető: <https://ssrn.com/abstract=3842435>

- Peeperkorn, 2024 Luc Peeperkorn: The Draft Article 102 Guidelines: A Somewhat Confused Attempt to Partly Roll Back the Effects-based Approach of the Union Courts, Kluwer Competition Law Blog, September 4, 2024
- Petit, 2015 Petit, Nicolas: Intel, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102 TFEU (May 20, 2015). European Competition Journal, Volume 11, Issue 1, 2015
- Rousseva-Marquis, 2013 Ekaterina Rousseva, Mel Marquis: Hell Freezes Over: A Climate Change for Assessing Exclusionary Conduct under Article 102 TFEU, Journal of European Competition Law & Practice, Volume 4, Issue 1, February 2013, pp. 32–50
- Salop, 1979 Steven C. Salop: Strategic Entry Deterrence. *The American Economic Review*, vol. 69, no. 2, 1979, pp. 335–338, Elérhető: <http://www.jstor.org/stable/1801669>
- Schumpeter, 1934 J.A. Schumpeter: The theory of economic development, Oxford University Press, 1934
- Schweitzer-Ridder, 2024 Heike Schweitzer, Simon de Ridder: How to Fix a Failing Art. 102 TFEU: Substantive Interpretation, Evidentiary Requirements, and the Commission’s Future Guidelines on Exclusionary Abuses, Journal of European Competition Law & Practice, Volume 15, Issue 4, June 2024, 222–243

Ünekbaş, 2024
Selçukhan Ünekbaş: Efficiency and Capabilities in Article 102 TFEU, Journal of European Competition Law & Practice, Volume 15, Issue 3, April 2024, pp. 178–187

Yan-Vedder, 2023
Xingyu Yan, Hans Vedder: Minimum Efficient Scale, Competition on the Merits, and the Special Responsibility of a Dominant Undertaking, Journal of Competition Law & Economics, 2023, 19, 123–145

7. Egyéb források

USA kontra Google
Opinion of Judge Mehta, United States, et al. v. Google, LLC, No. 20-cv-3010 (APM) (D.D.C. Aug. 5, 2024), Dkt. No. 1033

Bizottsági Felmérés, 2024
Protecting competition in a changing world Evidence on the evolution of competition in the EU during the past 25 years, Staff Report, 2024

<https://www.reuters.com/technology/google-offered-sell-advertising-marketplace-adx-eu-antitrust-probe-sources-say-2024-09-18/> Letöltve: 2024.10.27.

Department of Justice’s Proposed Remedy Framework, US v Google LLC, Case No. 1:20-cv-03010-APM