

FELFALÓ ÁRAZÁS

Tendenciák és Disszonanciák a Rendszerben

SIMON BARNABÁS

I. Bevezető

Amit elsőként ki kell emelnem az a téma aktualitása és dinamikus fejlődése. Jól fogjuk látni milyen tendenciák és disszonanciák mutathatóak ki az erőfölényes magatartások megítélésénél, és látni fogjuk azt is, továbbra sem egyértelmű például a felfaló árazás definíciója. Az Európai Unió Bizottságának (továbbiakban: Bizottság) iránymutatása 2009. 02. 24-én látott napvilágot, ehhez képest az egyik legvitatottabb ügy, a France Télécom, fellebbezésének elutasítása az Európai Unió Bíróháza (továbbiakban, Bíróház) által 2009 áprilisáig.

Bár felfaló árazással foglalkozó ügy igen kevés alkalommal merült fel mind a Bíróház joggyakorlatában mind a Gazdasági Versenyhivatal jogalkalmazása során, szakirodalma széles körű és átfogó, melyek közül összegyűjtöttem a legfrissebbeket és ezen tanulmányokra összpontosítottam.

II. A gazdasági erőfölény

Az EUMSZ 102.cikke tiltja egy vagy több vállalkozás erőfölényével való visszaélést:¹ „A közös piaccal összeegyeztethetetlen és tilos egy vagy több vállalkozásnak a közös piacon vagy annak jelentős részén meglévő erőfölényével való visszaélése, amennyiben ez hatással lehet a tagállamok közötti kereskedelemre.” Ezt követően a szerződés példálózó jelleggel kiemel néhány különösen visszaélésnek minősülő magatartást. Az idézett cikkből egyértelműen következik, hogy kizárólag erőfölényben lévő vállalat képes felfaló magatartás tanu-

¹ A cikk mind az egy vállalat által alkalmazott visszaélésszerű magatartást mind a több vállalat általi visszaélést tiltja. A Bizottság 2009/C45/02. számú közleménye (Iránymutatás az EK-Szerződés 82. cikkének az erőfölényben lévő vállalkozások versenykorlátozó visszaélő magatartására történő alkalmazásával kapcsolatos bizottsági jogértékesítési prioritásokról) 4. pontjában azonban kiemeli: „Ez a dokumentum kizárólag egyedi erőfölénnyel rendelkező vállalkozások által elkövetett visszaélésekkel foglalkozik” ezért a szűkebb témámra koncentrálni jómagam is kizárólag az egyedi visszaélésekkel fogok foglalkozni.

státusa, ezért először definiálnunk kell az erőfölényes státusz lényegi elemeit: (Önmagában az a tény, hogy adott vállalat erőfölényben van, nem jogellenes. Az erőfölényes helyzet megállapításához, meg kell tudnunk határozni a vállalat olyan jelentős piaci erejét, amivel visszaélésszerű magatartást tanúsít és így alakíthatjuk ki az erőfölénnyel való visszaélés fogalmát.

A vállalat piaci erejének meghatározásához, több teszt is rendelkezésünkre áll, ezek közül az SVT (Struktúra-Viselkedés-Teljesítmény) az egyik legismertebb.⁹ Ekkor azonban meg kell határoznunk az érintett piacot, amelyen az említett vállalatnak erőfölényes helyzete van. Ekkor, alkalmazhatjuk a SSNIP (*Small but Significant Non-transitory Increase in Prices*) tesztet, melynek azonban kockázatos velejárója a „celofán tévedés”.¹⁰

Abból hogy egy piaci szereplőt erőfölényes pozícióval rendelkezőnek lehessen itélni, a Bizottság iránymutatása szerint a következő jellemzőkkel kell rendelkeznie: 1. gazdasági erőpozíció, mellyel a vállalat 2. megakadályozhatja a hatékony verseny fenntartását, 3. az érintett piacon, azáltal, hogy 4. lehetővé teszi a nagy mértékben független viselkedést (versenyhátsáitól, vevőtől, fogyasztóktól).¹¹

A Bizottság nyomonban hozza teszi, a függetlenség összefügg a versenykényszer mértékével. Fel kell hívni ezen a ponton a figyelmet arra, hogy adott vállalkozás piaci ereje és piaci részesedése közé közel sem lehet egyenlőség-jellet jelölje. A Bizottság iránymutatása szerint a következő jellemzőkkel kell rendelkeznie: 1. gazdasági erőpozíció, mellyel a vállalat 2. megakadályozhatja a hatékony verseny fenntartását, 3. az érintett piacon, azáltal, hogy 4. lehetővé teszi a nagy mértékben független viselkedést (versenyhátsáitól, vevőtől, fogyasztóktól).¹²

Ezen statisztikák általában megegyeznek abban, hogy 10-20%-os piaci részesedés semmiképpen, 30%-os részesedés esetében pedig még egyelőre példa

hi kell felhívni a figyelmet arra, hogy a definícióban szereplő kizárólag kifejezés, nem feltétlenül kell, hogy teljesüljön, ahogy ezt a későbbiekben látni is fogjuk.

A Bizottság 2009/C 45/02 számú közleménye (továbbiakban Iránymutatás vagy a Bizottság 82. cikkre vonatkozó iránymutatása) 1. pont

A piaci koncentráció meghatározásához általában a HHI indexet illetve a CR4 és CR8-at alkalmazzuk, ezen kívül a piac koncentrációjáról illetve a piaci erő meghatározásáról lásd

Boytha-Tóth i. m. 158. ⁹ Barry E. Hawk: *Article 82 and Section 2: Abuse and Monopolizing Conduct, 2 issues in competition law and policy*, Fordham University School of Law, 2008, 872-873. ¹⁰ Hawk i. m. 873-875. ¹¹ A Bizottság 2009/C 45/02 iránymutatása: 14. pont. ¹² A Bizottság 2009/C 45/02 iránymutatása: 12. pont (ezen fogalmak magyarázatára a dolgozat korlátozott terjedelme, nem ad lehetőséget, ezért itt megemlíteném, hogy egyes szerzők milyen egyéb körülmények (főként a piacra lépési korlátok tekintetében) mértékességének fontosságára hívják fel a figyelmet: 1. Jogi korlátok; 2. Kapacitáskorlátok; 3. Méret és választékgazdaságosság; 4. Abszolút költségelények; 5. Beszerzési forrásokhoz való kiemelt hozzáférés; 6. Fejlesztési forrásokhoz és eladási hálózathoz; 7. Inkubációs cégek stabil piaci pozíciója; 8. Egyéb stratégiai jellegű növekedési vagy piaci lépési korlátok (pl. network effect). Wist i. m. 177-179. Boytha-Tóth i. m. 160-162.

A Bizottság 2009/C 45/02 iránymutatása 10. pont. ¹³ Wist i. m. 175. illetve British Airways c. Bizottság C-95/04 sz. ügy.

mélküli, hogy adott vállalat tekintetében megállapítást nyerjen erőfölényének megléte.¹⁴ 40% alatti piaci részesedés esetén általában kimondható, hogy a piac egyéb lényeges körülményeit is figyelembe véve, a legkritikább esetben állapítható meg az erőfölény.

Barry E. Hawk szerint, az Egyesült Államokban még sosem került sor 50%-os alatti piaci részesedéssel rendelkező vállalat, erőfölényének megállapításához.¹⁵ (Ennek magyarázatát, egyébiránt történelmi és jogdogmatikai okokhoz köti a szerző és kifejti a Sherman Act Section 2-ben használt *monopolizing* és az EUMSZ 102. cikke által használt *abuse* kifejezések közötti differenciát).¹⁶ A fenti állítást alátámasztva, a Bizottság iránymutatása is úgy rendelkezik, hogy 40%-alatti piaci részesedés, jelentős piaci erő hiányát jelzi.¹⁷ Ezért egyrésztől közvetlenül bizonyítékok alkalmazását és egyéb a piac szerkezetével, a piaci szereplők helyzetével kapcsolatos információk mérlegelésével kell eldöntenünk az erőfölény meglétét, vagy éppen hiányát. A vizsgálandó tényezők tehát:

1. Az erőfölényben lévő vállalkozás és versenyhátsáinak piaci helyzete
2. Terjeszkedés és piacra lépés
3. Kiegészítői vevői erő.¹⁸

Kiemelendő még, a versenyellenes piaclezárás kategóriája is, mely szerint, adott erőfölényes vállalkozás, "megakadályozza vagy kizárja a tényleges vagy potenciális versenytársak tényleges hozzáférést a beszerzési forrásokhoz vagy piacokhoz."¹⁹ (Figyeljük meg hogy az iránymutatás a potenciális versenytársak előli forráselzárást is megemlíti, tehát adott piaci státus quo mellett, figyelemmel van, a lehetséges piaci belépőkre is.)

A definícióból kiindulva, az erőfölényes pozíció egy státus (lásd fentebb). Státus jellegéből fakadóan inkább jellemezhető statikus állapotként, mint dinamikus folyamatként. Erre enged következtetni az a tény is, hogy az Iránymutatásban a piac adott állapotban lévő vizsgálatát veszi alapul a Bizottság.

⁹ Boytha-Tóth i. m. 158.

¹⁰ Barry E. Hawk: *Article 82 and Section 2: Abuse and Monopolizing Conduct, 2 issues in competition law and policy*, Fordham University School of Law, 2008, 872-873.

¹¹ Hawk i. m. 873-875.

¹² A Bizottság 2009/C 45/02 iránymutatása: 14. pont.

¹³ A Bizottság 2009/C 45/02 iránymutatása: 12. pont (ezen fogalmak magyarázatára a dolgozat korlátozott terjedelme, nem ad lehetőséget, ezért itt megemlíteném, hogy egyes szerzők milyen egyéb körülmények (főként a piacra lépési korlátok tekintetében) mértékességének fontosságára hívják fel a figyelmet: 1. Jogi korlátok; 2. Kapacitáskorlátok; 3. Méret és választékgazdaságosság; 4. Abszolút költségelények; 5. Beszerzési forrásokhoz való kiemelt hozzáférés; 6. Fejlesztési forrásokhoz és eladási hálózathoz; 7. Inkubációs cégek stabil piaci pozíciója; 8. Egyéb stratégiai jellegű növekedési vagy piaci lépési korlátok (pl. network effect). Wist i. m. 177-179. Boytha-Tóth i. m. 160-162.

¹⁴ A Bizottság 2009/C 45/02 iránymutatása: 19. pont

Az viszont közgazdaságtani alapvetés, hogy a piac egy dinamikusan mozgó, fejlődő (vagy éppen hanyatló) entitás, melyen a piaci szereplők, részesei, ereje folyamatosan változik.¹⁴ Erre a strukturális interpretációra hívja fel a figyelmet, Hawk is és véleménye szerint ez a megközelítés, egyértelműen az ordoliberalis iskola hatásaiból eredeztethető, amely önmagában az egyéni gazdasági cselekvési szabadságot, mint értékes magatartást védi (*individual's economic freedom of action*).¹⁵

Az elmélet axiomatikusan feltételez egy olyan piaci struktúrát, amely a fogyasztók számára a leghasznosabb, ergo a leginkább növeli a fogyasztói jólétet. Ezért értheti kritika, az iskola képviselőit, hogy tulajdonképpen nem a versenyt, hanem a versenytársakat védik.

Ez egy igen érdekes kérdést vet fel, a Bírószág Michelin ügyben hozott döntésével kapcsolatban.¹⁶ Richard Whish kifejti érvelésében, a Michelin ügyvédek azzal védekeztek, hogy a Bizottság állításában logikai hiba van. A Bizottság mérlegelése alapján, a Michelin diszkriminatív árazás alkalmazásával erőfölénybe került, majd mivel így kialakult az erőfölényes helyzet, magatartása visszaélésszerű. Az ügyvédek állítása szerint ez circulus vitiosushoz vezet, melyből nem lehet szabadulni.¹⁷ Whish kiemeli, hogy a Bírószág a védekezéssel érdemben nem foglalkozott, de a határozat helybenhagyása hallgatóságos beleegyezésnek minősülhet. Bár a Bizottság iránymutatása erre vonatkozóan nem bír is érdemes foglalkozni vele. Egy olyan elv amely *ex ante* erőfölénnyel való visszaélésszerű minősít egy adott magatartást mely a későbbiekben következtet magatartás hibás. A vállalat a magatartás hatására vált erőfölényessé, tehát a Magatartás elkövetésekor, nem rendelkezett ilyen pozícióval.¹⁸ Meg kell említenem a *különös felelősséget*, mely a Bírószág több döntésében is megjelent.¹⁹

A különös felelősség azt jelenti hogy egy erőfölényben lévő vállalat nem minden esetben élhet, ugyanazokkal az eszközökkel, mint egy erőfölényben vet fel, az okozatosság és a szándék vizsgálatával kapcsolatban.

¹⁴ Ez még olyan piacokon is elképzelhető, ahol a piacvezető vállalat részesedése 75%, hálvtázi hatások élvezője és a belépési korlátok sem alacsonyak. Ezek tipikusan az innovációs piacok, ahol ugyan az egyszerű elszívódi költségek magasak, de a piacra lépő vállalat, forrásait az innovációra és a K+F-re koncentrálna, egy új technológiával az egész piacot megnyerheti (*winner takes all*).

¹⁵ BARNER E. HAWK i.m. 478.

¹⁶ 22.81.sz. ügy Michelin c. Bizottság.

¹⁷ 22.81.sz. ügy Michelin c. Bizottság.

¹⁸ Whitt i.m. 478.

¹⁹ Michelin c. Bizottság illetve 83.91. sz. ügy Tetra Pak c. Bizottság (Tetra Pak II).

A Bírószág úgy érvelt a Continental Can ügyben, hogy a vállalat szándéka, irreleváns hiszen önmagában az erőfölényes helyzet megerősítése és a piaci struktúra befagyasztása is káros magatartás. Tehát a kauzalitás feltétele nem érvényesül, hiszen a magatartásnak és a szándéknak nem feltétlenül kell összefüggésben lennie az erőfölényes helyzettel. Vegyük sorba a fent említett hivatkozásokat és elveket: Az erőfölényes pozíció inkább statikus jellegű, mint változásokat és elveket: Az erőfölénnyel való visszaélést vizsgálhassuk, dinamikus, ezért ahhoz hogy az erőfölénnyel való visszaélést vizsgálhassuk, a vállalatnak vissza kell élnie piaci erejével, tehát aktív magatartást kell tanúsítania. Am ennek a magatartásnak nem kell összefüggenie az erőfölénnyel, elég ha a vállalat erőfölényes pozícióban olyan magatartást tanúsít amely, vagy konzerválja a torzult piaci struktúrát²⁰, vagy még inkább torzíja azt. Ennek a vállalatnak ráadásul „különös felelőssége” is van és úgy is kerülhet erőfölényes helyzetbe, hogy az egy vizsgált magatartásának okozata. Azt gondolom hogy, ha ezen feltételekhez csatlóljuk az Iránymutatás (28-31. pont) „kimentési okait”, igen szigorú feltételrendszerrel kapunk, melynek következtében, nagyobb esély van az másodfajú hibák elterjedésére.²¹

A kimentési okok részletezése nélkül, két eset lehetséges:

1. A Bizottság vizsgálata során figyelembe veszi, az erőfölényes által tanúsított magatartás indokoltságát. Ezt pedig a magatartás objektív szükségességével vagy olyan mértékű hatékonyságjavulást eredményező mivoltának bizonyításával történhet, mely ellensúlyozza a fogyasztókra gyakorolt káros hatást.
2. A második eset, ha az erőfölényes a versenytársakat kizáró magatartást tanúsít. Ebben az esetben is lehetősége nyílik indokolnia magatartását, azonban kizárólag négy konjunktív feltétel fennállásával, melyek igen szigorúak:
 - A hatékonyságjavulás megvalósul vagy valószínűleg megvalósul, a magatartás következményeként. (Tehát a kauzalitás itt elvárt!)
 - A magatartás nélkülözhetetlen, nincs más kevésbé versenyellenes magatartási alternatíva. (Ez ismételtlen erős hipotetikus kijelentés, mely egy száz százalékosan optimalizált magatartásban gondolkodni kell.)

²⁰ Itt kiemelni egy kifejezést, amelyet a Bírószág a már többször említett Michelin ügyben alkalmazott és azóta is igen gyakran használja a kifejezést, vagy annak változatait, nevezetesen: „zavarja a rendes versenyt”. Ez egyrészt jelenti azt is, hogy a „rendes” verseny az egy olyan piaci struktúra, ahol több kisebb vállalat osztozik a piacon és jelentheti a verseny tisztaságának megtartását is.

²¹ Jelen műben nincs lehetőség az első és második fajú hibák részletes bemutatására, vizslatserben csak annyit jegyezni meg, hogy míg az elsőfajú hibáknál a hatóság téves megítélése miatt, nem avatkozik be és úgy ítéli meg hogy a tanúsított magatartás nem jelleme, a második fajú hibák esetében a hatóság túlzott beavatkozási tanúsít. Részletesebben lásd: Whish i.m. 187-188. illetve ROBERT O'DONNAN: Verbalising a General Test for Exclusionary Conduct under Article 82 EC; *European Competition Law Annual 2007*; A Reflected Approach to Article 82; 3.

ak, mely az elméleti közgazdaságtanban lehetséges, de gyakorlatban igenis csak kényszer, illetve tökéletes informáltságot feltételez.)

A szóban forgó magatartás által létrejövő hatékony-sághatás, meghaladja a versenyre és a fogyasztók jólétére gyakorolt valószínű negatív hatást.

A magatartás sem a tényleges, sem a potenciális verseny valamennyi vagy legtöbb meglévő forrásának megszüntetésével nem zárja ki a hatékony versenyt. (A versenyfolyamat vétkéne tiltsághoz került az esetleges hatékony-ság javulással szemben).²²

III. A visszaélésszerű magatartások csoportosítása

Egy erőfölényben lévő vállalkozás erőfölényével többféleképpen visszaélhet, az értelmezést elősegítve éppen ezért a szakirodalom két csoportra osztja ezen magatartásokat.²³ Az első csoportba tartozik minden olyan magatartás, mely nem az árra irányul, így pl. az árukapcsolás, vagy a szállítástól való elzárkózás. A második csoportot az árra irányuló magatartások alkotják, melyek a téma szempontjából lényegesebb. Az árra irányuló magatartások két alcsoportra oszthatók, a kizsákmányoló illetve a kizszorító jellegű magatartásokra.

Kizsákmányoló jellegű minden olyan erőfölényes magatartás mely a fogyasztók közvetlen károsodásait és ezzel a fogyasztói jólét csökkenését eredményezi azáltal, hogy, például csökkenti a termelést és versenyszint fölé emeli az árakat.

Kizszorító magatartásnak nevezzük az olyan magatartást, melynek célja, a verseny fejlődésének csökkentése, az erőfölényes pozíció megőrzése, és a versenytársak által indokált versenynyomás csökkentése. A kizsákmányoló és a kizszorító magatartások gyakran együttesen figyelhetők meg, ezért szétválasz-jelentős tény, miszerint nem feltétlenül kell az erőfölényes vállalatnak és az általa gyakorolt visszaélésszerű magatartás hatásának, egy ugyanazon piacon megvalósulnia. Ennek oka a kapcsolódó illetve szomszédos piacok rendszere. Egy adott vállalat szerepelhet nyersanyag előállítóként és a nyersanyagból előállított végtermék piacán is. Ezen előnyös helyzetét különböző stratégiákat alkalmazva (pl. upstream-horizontális piaclezárással vagy downstream-vertikális

piaclezárással), az egyik piacon kialakított erőfölényét, haszonná realizálhatja a másik kapcsolódó vagy szomszédos piacon, illetve olyan lehetőség is elképzelhető, hogy egyik piacon megtermelt költséget illetve veszteséget, a másik piacon kompenzálja.²⁴

IV. A felfaló árazás, mint kizszorító jellegű erőfölényes magatartás

A dolgozat második felében, ráterek a felfaló árazás (*predatory pricing*)²⁵ általános bemutatására, részletezem a költség-fogalmakat és értelmezem az utalkodó tendenciák közti differenciákat illetve szemléltetem a játékelmélet modern közgazdaságtani jelentőségét.

A felfaló árazás lényege, hogy egy erőfölényben lévő vállalkozás meghatározott költség alatti árazási politikát folytat, azaz a céllal, hogy magatartásával versenytársait kizsorítsa (az újonnan piacra lépőket, pedig elriassza) a piacról (és ennek következményeként, megerősödött pozícióját kihasználva, árakat magasabb szintre emelje).²⁶

Tehát egy 2 fázisú cselekménnyről van szó, melynek első fázisában az erőfölényben lévő vállalkozás költség alá viszi árát, ezzel veszteséget generál, majd ezt a második fázisban kompenzálja egy versenyszint feletti ár megállapításával. A definíció további értelmezésre szorul, hiszen egyrészt meg kell határoznunk, hogy az erőfölényes milyen „költség” alá csökkenti az árakat illetve azt is tisztáznunk el, hogyan, de még inkább miért, képes jelentős ideig ilyen alapvetően veszteséges magatartás folytatására. Egy vállalat költségeire számtalan mérőszámot, standardot, eszközt találhatunk a szakirodalomban, azonban én a téma szempontjából leglényegesebbeket említem meg.

1. Átlagos elkerülhető költség: Elkerülhető költség/ kibocsátott mennyiség (*Average Avoidable Cost: a továbbiakban AAC*)

²² A téma bővebb kifejtése, és a lehetséges stratégiák vázolása, nem tartozik a dolgozat fő témájához, az eddigi lehetőségek felvázolása, kizárólag, tájékoztató jellegű, a szöveg további értelmezésének elősegítése végett.

²³ Bara Zoltán kiemeli, hogy napjainkban igen csak terjed, főként a versenyjoggal foglalkozó közgazdasági szakirodalomban az *exclusionary pricing* azaz „kizszorító árazás” kifejezés, de a két kifejezés között nincs tartalmi különbség. Bara Zoltán: A közgazdasági elemzés szerepe a kizszorító/felfaló árazás vizsgálataiban, *Közgazdasági Szemle*, 2007. szeptember, LIV. évf., 801.

²⁴ A definíció korántsem egyértelmű az EU és az USA joggyakorlatát összehasonlítva. Az Egyesült Államokban a megteremtés a felfaló magatartás „essenciáját” adja, míg az EU-ban nem szükségeszerű elem. Bővebben lásd: Cyril Ritter: Does the Law of Predatory Pricing and Cross Subsidisation Need a Radical Rethink? *World Competition*, 2004, 27(4), 633–637.

²⁵ Az idézett feltételek egy áttekinthető mutatókat az iránymutatás „kimentési rendszertől” (kiemelés tőlem)

²⁶ Whist i.m. 670–702. ill. 704–752.

²⁷ Ezen dolgozat keretei nem engedik egy részletes elemzés bemutatását, ezért felsorolásképpen a kizszorító jellegű magatartások leggyakrabban tárgyalt változatait lád. Motta i. m. 490–563. ill. 2004. január, LI. évf., 24–45.

Árprés és felfaló árazás: *Közgazdasági Szemle*.

2. Átlagos változó költség: Változó költség / kibocsátott mennyiség (*Average Variable Cost*; a továbbiakban AVC)
3. Átlagos összköltség: Változó költség + Állandó költség / kibocsátott mennyiség (*Average Total Cost*; továbbiakban ATC)
4. Hosszú távú növekményköltség: Kizárólag a növekményre vonatkoztatott állandó költség és változó költség összege. (*Long Run Incremental Cost*; továbbiakban LRIC)
5. Hosszú távú átlagos növekményköltség: Kizárólag a növekményre vonatkoztatott állandó és változó költség átlaga. (*Long Run Average Incremental Cost*; továbbiakban LRAIC)²⁸

A költségfogalmak közül a Bizottság Iránymutatása, két költségfajtaát emel ki, mint vizsgálatához használt eszközöket, az AAC-t illetve a LRAIC-t.²⁹ Az AAC igen gyakran megegyezik az AVC-vel, de használatával tisztább képet kaphatunk a vállalkozás magatartásának jellegéről, hiszen kizárólag arra a többlet mennyiségre koncentrálni, melyet a vállalkozás elkerülhetett volna, ha adott magatartást nem tanúsítja. A LRAIC pedig, a több terméket gyártó, választékgazdaságosság elvén működő vállalkozások esetén kap jelentőséget.

Mint ahogy fentebb említettem, most meg kell vizsgálnunk mi az a tényező, amely lehetőséget ad egy erőfölénnyel visszaélni szándékozó cégnek, hogy felfaló magatartást tanúsíthasson. Általában a *deep pocket* (vastag vagy mély pénztárca) elmélettel szokták magyarázni a lehetőség realizálását, nevezetesen hogy egy nagyobb, stabilabb forrásokkal rendelkező és tőkeerősebb vállalat, költség alatti árháborút indíthat egy korlátozott erőforrású, kisebb vállalattal szemben. Egy meghatározott idő eltelte után, a kis vállalat nem tudja majd követni az árháborút és végül kiszorul a piacról.

Meg kell említeni a Chicagói iskola³⁰ azon érveit is mely szerint a felfaló ximalizálás szemponyjából egy domináns piaci szereplő a hosszú távú profitmaximalizálás szemponyjából nem követné. Ennek indokai, hogy egy adott ideig a monopol vagy kvázi monopol helyzetet élvező vállalat nem biztos, hogy meg tudná őrizni monopol helyzetét élvező vállalat nem biztos, hogy meg tudja őrizni monopol helyzetét. Tehát a kiadások bizonyosan jelentősen nőnek, ide kapcsolódik. *Selten* játékelméleten alapuló kritikája is, miszerint, stratégiai szempontból vizsgálva egy adott időperiódusban tanúsított felfaló magatartás, arra szolgál, hogy a következő időperiódusban elrettentse versenytársait.

A költség elemzéseket részletesen lásd: WISH I. m. 705–707.; illetve Iránymutatás 26. pont, illetve PHILLIP AREEDA AND DONALD TURNER: Williamson on predatory pricing. *Yale Law Journal*, 1978. Volume 87: 1338–1339.

²⁹ A Bizottság 2009/C 45/02 iránymutatása: 26. pont, illetve Iránymutatás 26. pont, illetve A Bizottság 2009/C 45/02 iránymutatása: 26. pont

³⁰ A Chicagói Iskoláról lásd bővebben: BRYTHA-TOTT I. m. 24–25.

Tehát az inkumbens választhat, hogyan reagál egy másik vállalat belépésére vagy fényvetésére:

- kiszorít (kiszorító árat alkalmaz)
- osztozik a piacon
- ha a versenytárs esetlegesen nem lép be a piacra, „learnija” a monopolprofitot.

A kérdés megoldásához alkalmazott kifejezési mátrixból³¹ kiderül, hogy a piacra belépőnek kedvezőbb az osztozkodás, mint a távolmaradás, de a távolmaradás jobb mint a kiszorítás. Két belépő (tegyük fel, hogy a bent lévő több piacon folytat azonos termékekkel azonos tevékenységet, és egyszerre csak egy belépő érkezik a piacra) és egy *gyenge* bent lévő esetén, akinek a belépéstől való elrettentés a célja, az utolsó, tehát második belépő esetén semmiképpen sem alkalmazna elrettentő magatartást, mert az teljességgel haszontalan lenne számára. Mivel azonban az első belépő pontosan tudja, hogy a bent lévő nem fog elrettentést alkalmazni ezért ő is belép. Ezután a modell megmutatja, nem fog elrettentést alkalmazni ezért ő is belép. Ezután a modell megmutatja, a cselekményben visszafelé haladva, hogy a bennlévő sosem fogja választani a kiszorítást, mert az számára a legkedvezőtlenebb, ezt nevezzük *Selten paradoxonnak*.³² Játékelméleti szinten, a modell a játékosok tökéletes információval támadható, hiszen feltételezi hogy adott játékos tisztában van a másikkal való támadhatósággal, hiszen feltételezi hogy adott játékos tisztában van a piaci körülményekkel, ismeri a játék szabályait és az előző ciklus játszmáit.

A modell hibás elemeit jelentős részben kiküszöbölve, fejlődtek ki a modern információs játékelméleti modellek, melyek közül kettőt mutatok be: a Reputációs modelleket és a Jelzés modelleket.³³

A reputációs modellek lényege, hogy feltételezi, az inkumbens vállalkozás adott időpontban, a belépni szándékozó vállalatokkal szemben tanúsított magatartása, kihatással van a jövőben belépni szándékozó vállalkozások magatartására. Tehát egy árháború, vagy költség alatti árazás, kialakíthat egy olyan képet az inkumbensről, hogy az a potenciális versenytársaival szemben agresszív magatartást tanúsít, és ez elriaszthatja az esetlegesen piacra lépni szándékozókat.

Véleményem szerint, általában több kapcsolódó piacon résztvevő vállalatok esetében, tűnhet racionálisnak az elrettentés. A potenciális piacra lépő, kellően informálttá válik arról a piacról amelyre be szeretne lépni, azonban informáltságának foka nem ér el egy olyan szintet, amelyből kikövetkeztethető, hogy az

³¹ A kifejezési mátrix egy olyan táblázat, amely megmutatja, hogy a játékosok által választott akciókhoz, milyen kifizetések vannak rendelve. Teljes információval és tökéletes racionalitást feltételezve, a játékosok, egymás lehetséges akcióira figyelemmel, hozzák meg döntéseiket, a kifizetés maximalizáció céljával, egyensúlyi helyzetre törekedve.

³² A részletes formális és logikai elemzést lásd: REINHARD SELTEN: The Chainstore paradox. *Theory and Decision*, 1978. 2: 127–159, illetve VALENTIN I. m. 31., BAER I. m. 802. illetve Motta I. m. 452–470.

³³ Motta I. m. 446–448.

inkumbens azért tanúsít ilyen magatartást, hogy agresszív hírnevét megerősítse. Ezért az információs aszimmetria kihasználásával, az inkumbens előnyre tud szert tenni. A piacon lévő vállalatnak, nem kell valóban erősnek lennie, elég ha agresszív magatartásával elhiteit a belépővel. Fontos azonban kiemelni, hogy ha a vállalkozás csak a reputációja növelésének célzatával alkalmaz ilyen magatartást, a játékok végének közlekedésével egyre kisebb a várható nyereség.

Az információs játékelméleti modellek másik fajtája, a jelzés modellek (*signalling models*). A Bizottság Iránymutatásában³⁴ kizárólag két esetben utal stratégiai magatartás vizsgálatra, ami jelenthet egy esetleges jövőbeni interpretációs változást.

A jelzésmodellek kiinduló pontja is a tökéletlen információ, melyet az inkumbens kihasználna pozíciójának védelmére (*position defence*). Ebben a modelben a bent lévőnek két lehetséges változata van, az erős és a gyenge. A gyenge vállalat olyan árat szab meg, mely csak akkor lehet kifizetődő, ha a bent lévő hatékony, tehát olyan képet fest magáról, mintha erős lenne. Az erős vállalat számára a legfontosabb, hogy megkülönböztetést nyerjen a gyenge vállalatoktól. Ezt úgy tudja megtenni, hogy árait olyan szintre csökkenti, melyet egy gyenge bent lévő nem tudna megtenni, mivel az túl nagy veszteséggel járna, ezért a potenciális versenytárs konklúziója, erősnek titulálni a bent lévő. Jól látható, hogy a piaca lépő nem tudja biztosan eldönteni, hogy az inkumbens erős vagy gyenge, csak bizonyos valószínűséggel meg tudja becsülni azt.

Motta megemlíti még az úgy nevezett zavaró jelzést alkalmazó vállalatokat (*signal jamming*), melyek stratégiája egy torzult piaci képet fest a belépni szándékozó előtt. Pórbapiaci körülmények között, az információ gyűjtés időszakában, szándékosan drasztikusan alacsony árakat alkalmaz, így torzíva a piaci körülményeket, melyből a belépni szándékozó nem tud a valós keresleti-kínálati viszonyokra releváns következtetést levonni.

A felfaló árazást két módszerrel szokták értelmezni az egyik a magatartás hatását vizsgáló (*effect based*) megközelítés, a másik a formális (*formal based*) szempontokat preferálja.³⁵ Bár megjegyzi a 101. cikkkel kapcsolatban, hogy a magatartás hatását vizsgáló gyakorlat, egy lehetséges példaként is értékelhe-

³⁴ Az Iránymutatás 20. pontja kiemeli, hogy a Bizottság 102. cikk alapján történő eljárása során figyelembe veszi, az erőfölényben lévő versenytársainak helyzetét és e bekezdésben utalt információk alapján adott esetben szintén figyelembe veheti, hogy létezik-e olyan reális, határpiacon és/vagy a lehetséges piaca lépések egymást követő időszakában is megfigyelhetők, folytatásként ismerjék. (reputációs-, vagy jelzés stratégia alkalmazása)

³⁵ BAKA I. M. 804.

tó a 102. cikk alkalmazásánál.³⁶ Az egyik legnagyobb hatást elérő módszer az Areeda-Turner teszt, mely az átlagos változó költségre fókuszál. Elemzésük egyértelműen költség-ár viszonylatban vizsgálja a magatartást, és meghatározza melyek azok a kritikus pontok, melyek egy vállalat árazási stratégiáját „gyanússá” tehetik. E szerint, nem minden átlagos költség alatti ár tekinthető felfalónak, az AVC alattiak azonban nagy valószínűség szerint igen, az ATC felettiek pedig semmi képpen sem.³⁷

Fontos még a Joskow-Klevorick szabály, mely a felfaló árazást stratégiai magatartásként mutatja be, ahogy ezt Valentiny Pál is megemlíti.³⁸ A Bíróság joggyakorlatát vizsgálva azonban az AKZO esetet lehet meghatározónak tekinteni, ugyanis ebből fejlődött ki az AKZO teszt, amely hármas felosztásra koncentrál.³⁹

1. Egy erőfölényben lévő vállalat AVC alatti árazása esetén, vélelmezett hogy magatartása visszaélésszerű. (Ellenkezőjét a vállalkozás köteles bizonyítani, objektív indokok alapján)
2. Az ATC alatti de AVC fölötti árazás esetén, akkor valószínű meg az erőfölényes kizorító jellegű magatartást, ha ez egy kizorításra irányuló terv részeként szolgál.
3. ATC feletti árazás alapján, az erőfölényes nem valószínű meg visszaélést.⁴⁰

Az AKZO teszt alapján jól látható, hogy a Bíróság az AVC-re vonatkoztatva jelenti ki egy adott magatartásról hogy felfaló e vagy sem. Ehhez kapcsolja adott esetben, a felvázolt, kizorító jellegű tervet. A Bizottság Iránymutatása, hasonló mérlegelési módszert javasolt és felvázolja ennek részleteit. A 64. pont szerint, a bizottság egyértelműen áron aluli értékesítésnek tekinti, ha a vállalkozás elkerülhető veszteséget szenved. A Bizottság nyomában közli, hogy a keresztfinanszírozás kivédése végett, olyan piacokon is felléphet, ahol az adott vállalat nem rendelkezik erőfölénnyel. (Kizárólag a kapcsolódó vagy szomszédos piacokon) Kikövezethető, hogy a Bizottság a Bíróság joggyakorlatát vette át Iránymutatásában és azt fejlesztette tovább. Az Iránymutatás 64. pontjában az AKZO ügy 71. pontjára történő hivatkozással a Bizottság megjegyzi: „Az erőfölényben lévő vállalkozásnak, az ilyen árkepzéshez, nem kapcsolódhat más

³⁶ Uo.

³⁷ PHILLIP AREEDA – DONALD TURNER: Predatory Pricing and related practices under section 2 of The Sherman act. *Harvard Law Review*, 1975, volume 88.

³⁸ VALENTINY I. M. 36. ill lásd bővebben: PAUL L. JOSKOW – ALVIN K. KLEVORICK: A framework for

³⁹ C-62/86. sz. ügy AKZO contra bizottság.

⁴⁰ Richard Wish figyelmeztet a Maritime Belge contra Bizottság ügyben megjelenő selektív árcsökkentés lehetőségére.

120
 érteke, mint a versenyárak kizárása, hogy ezt követően, a kialakult monopol-
 helyzetet visszacélvz, áremelési hajhasszon végre, hiszen így minden értékesíté-
 svesztésigeti termék!

Egyértelmű hogy a Bíróság ebben a döntésben axiomatikusan azt állítja, hogy nem lehet más racionális oka annak, ha egy cég AVC (AAC) alatt áraz, minthogy versenyjársait kizorítsa a piacról. Egy egyszerű példával élve, a Bíróság álláspontján, fel sem merül, egy tetszőleges termék piacra vezetése-nek lehetősége. (A vállalat természetesen objektív indokokkal érvelhet jogsze-rű magatartása mellett.)

Ezzel azonban elérkezünk a téma legvitatottabb eleméhez, a megtérüléshez, amelyet a szakirodalom *recoupement*-nek nevez. A megtérülés lényege, hogy a költség alatti árazás időszaka (1. fázis) után, a domináns cég, kihasználva versenyjársai kiszorulását (2. fázis), olyan mértékben emeli az árat, hogy az első fázis költségei megtérüljenek, ergo leartatja a monopol profitot (3. fázis). Tehát kijelenthető, hogy a megtérülés reális lehetősége nélkül a magatartás teljesen irracionális, ráadásul a fogyasztó jólétet nem csökkenti.⁴¹

Ugyanis, ha az erőfölényes AVC alatti árazási politikájához nem társul megtérülés, illetve a megtérülés lehetőségére reálisan nem áll fenn, úgy a fogyasztók szempontjából egy kedvező árcsökkenés tapasztalható. A piaci struktúrára azonban torzulhat, ha ezzel az erőfölényes, szélesebb fogyasztói réteget képes megszerezni, ezzel piaci részesedését növeli.

A dolgozat elején azonban bemutattam, hogy a piac egy dinamikus entitás, és az esetleges részesedés változások, nem feltétlenül jelentenek negatív tendenciát, főleg akkor nem ha a fogyasztói jólét nem csökken. Kizárólag akkor értelmezhető a részesedés növekedés, negatív tendenciaként, ha a hatóság hipotetikusán azt állítja, létezik egy optimális piaci helyzet, optimális mennyiségű piaci szereplővel és ezen szereplők, optimális piaci részesedéssel bírnak. Ebből következik hogy, az idea a tökéletes piaci struktúrára való törekvést tűzi ki céljául, ami egy elméleti kategória és a már említett részesedés, szereplők mennyisége, stb., mellett tökéletes informáltságot is feltételez. (Egy struktúra védelme, adott esetben, statikusságot eredményezhet, mely okozhatja a vállalatok 'ellustulását', és ezzel közvetetten hatékonyságuk csökkenését.)

terikusan felvázolt tökéletes piaci struktúrárt védeni, ami a gyakorlatban kvázi lehetetlen, hiszen lehet hogy épp az ellenkezőt éri el. Például ha a vállalkozások körében elterjed, hogy a felfaló árazás megítélése túlzottan szigorú (túlzottan tágnak értelemzi a hatóság), nem merik majd árakat csökkenteni, mert

tartanak az esetleges büntetéstől. Ennek közvetlen következményeként az árak

Absztrahálva a kérdéskört: Ha egy aktor, amely beavatkozik a piaci körülményekbe, és döntésével esetleg változtat a verseny helyzetén, befolyásolja a piaci struktúrát, annak javallott lenne igazolnia hogy az általa jogellenesnek tartott beavatkozás miért is káros.

vél magatartás, miért is káros.

Ezt a Bizottság, Iránymutatásában meg is teszi⁴³, hiszen kijelenti, nem szükséges a jogellenes magatartás okozta hosszabb távú nyereség megtérülést bizonyítani, mert a fogyasztóknak okozott kár nem mechanikus, nyereség/vesztesség számoláson alapul, így nincs szükség a teljes nyereség bizonyítására sem. Az is elegendő ha a magatartás valószínűleg alkalmas az egyébként bekövetkezendő árcsökkenés megakadályozására.⁴⁴ Az Iránymutatás rendelkezései szerint ráadásul, a valószínű kár kimutatásához elegendő a piacra lépési korlátok illetve a magatartás piac lezáró hatásának bizonyítása⁴⁵, ami figyelembe véve a 69. pont állítását: „*annak kimutatásához, hogy versenyellenes piaclezárás áll fenn, nem szükséges kimutató, hogy versenytársak hagyják el a piacot.*” igencsak tágnak értékelhető.

Mind az Iránymutatás, mind a joggyakorlati szempontok

A France Télécom ügy egészen 2001-ig nyúl vissza, ahol is a Wanadoo (a France Télécom leányvállalata), 2001 és 2002 között, ADSL szolgáltatásaival kapcsolatban AVC alatti (későbbiekben ATC alatti AVC-vel megegyező) árazást alkalmazott. A Bizottság szerint, ez a magatartás egyértelműen a piac nagy részének megszerzésére irányult, ennek következtében 10,35 millió euró bírság megfizetésére kötelezte a vállalatot. Az ügy egészen 2009-ig húzódott, és a Bíróság fellebbezést elutasító ítéletével zárult.

A Bírószág ítéletének 17. pontjában kimondja, hogy az erőfölénység kötelezettségek hárulnak, és megtiltható olyan magatartások tanúsítása, melyek más erőfölénnyel nem rendelkező vállalkozások esetében önmagukban nem valószínűsíthetően előfordulnának, de mivel erőfölényben lévő tanúsította a magatartásának megvisszaélést, és mivel erőfölényben lévő tanúsította a magatartás, ezért minősülhet jogellenesnek. Ez az érvelés véleményem szerint nem stabil, hiszen ahogy Gal is bemutatja az ügy kapcsán, alapvetően kétféle ma-

⁴² Motta i. m. 442.

45 A Bizottság 2000/C 45/03 irányelvének 69 és 71. pont

[illegible]

előzmények számításán sem lehet *recoupment*-nek értelmezni a két amper...

⁴⁵ Az Iránváltás a T.83/91 sz. Tetra Pak International co.

⁴⁶ C-203/07 P, *France Télécom SA* contra Bizottság.

46. MCHAL, S. GAIL: Below-Cost Price Alignment: Meeting or Beating Competition? *European Competition Law Review*, 2007, 28(6), 383.

gatarást különített el a Bíróság is⁴⁷. Az egyik amit a vállalat „saját érdekeinek védelmének” nevezünk a másik pedig az „erőfölényes vállalat által tanúsított, helyzetével visszaélő azt erősítő magatartás”.⁴⁸ Az első definiálhatjuk úgy is hogy a vállalat a piaci helyzetre reagál, és érdekeit védi (*meets competition*) a második magatartás jellemzője, az erőfölényes helyzet kihasználása és a verseny torzítása (*beat competition*). Honnan lehet megállapítani hogy egy adott magatartás melyik kategóriába sorolható be, ha nem vizsgáljuk a vállalat esetleges megtérülési lehetőségeit? Márpedig ahogy az előzőkben kifejtettem sem az AKZO ügy kapcsán sem az Iránymutatásban sem pedig a France Télécom ügyben nem feltétel a megtérülés.⁴⁹ Felmerülhet az esetleges szándékvizsgálat jelentősége is, azonban, a Bíróság a Continental Can ügyben kimondta, hogy az erőfölény és a magatartás között nem feltétlenül kell kauzális összefüggésnek lennie, és az adott vállalat szándéka illetve célja sem lényeges elem.⁵⁰

Következik e a fentebb elemzett érvelésből, hogy az erőfölényes, erőfölényből adódó előnyöket sem élvezheti?⁵¹ Válaszként értelmezhető a France Télécom ítélet 102. és 104. pontja, mely álláspontom szerint, rendkívül abszolút kijelentést tartalmaz:

„A Bizottság úgy érvel először is, hogy a Bíróság ítélkezési gyakorlata nem követeli meg a veszteségek megtérülése lehetőségének bizonyítását. E bizonyítási, amelyet egyébként az Amerikai Egyesült Államok bíróságainak ítélkezési gyakorlata megkíván, olyan gazdasági logikán alapul, amely nem a közösségi jog sajátja. A Bizottság szerint ugyanis, az amerikai jog megközelítésével ellentétben, az EK 82. cikk szerinti visszaélés elemzése feltételezi, hogy a szóban forgó vállalkozás erőfölénnyel bír. Az erőfölény fennállása önmagában elegendő annak megállapításához, hogy lehetőség van a veszteségek megtérülésére. Végül a jelen esetben az érintett piac rendkívüli növekedési helyzete e megtérülést valószínűvé tette. [...]”

Ezen összefüggésben a piaci erőfölénnyel a tagállamok közti kereskedelemre hatást gyakorló visszaélés megtiltásával az EK 82. cikk olyan magatartásokra vonatkozik, amelyek alkalmaznak arra, hogy befolyásolják a piac szerkezetét, ahol pontosan az ilyen helyzetben lévő vállalkozás jelenlétének következtében a verseny már meggyengült, és amelynek hatására a termékeknek és a szolgáltatásoknak a gazdasági szereplők által nyújtott teljesítésen alapuló rendes versenyszint fenntartását vagy a verseny fejlődését.”

⁴⁷ C-202/07. P. sz. ügy France Télécom: 18. pont.

⁴⁸ Gal. I. m. „*protect its interests*” és „*strengthens and abuses its dominant position*”, 384.

⁴⁹ C-202/07. P. sz. ügy France Télécom: 35. pont.

⁵⁰ 672. sz. ügy Europemballage Corporation és Continental Can Company Inc. contra Bizottság: 13. pont.

⁵¹ Gal. I. m. 389.

Az idézett pontok szerint tehát, a megtérülés bizonyítása nem szükséges, hiszen az erőfölényes állapotból ez önmagában következik.

A megtérülés vizsgálata, kihagyhatatlan eleme a felfaló árazás elméletének. A Bíróság az Ítélet 102. pontjában olyan abszolút kijelentést tett, melynek igazolását egy közgazdasági szakirodalom sem említ, ezért az állítás hipotetikus és borzasztóan veszélyes. Elég csak a 104. pontot elemezni, ami a piac optimális struktúráját és a „rendes versenyt” védi, és gyakorlatilag levonható egy olyan konklúzió, hogy a Bíróság és a Bizottság már önmagában az erőfölényt mint státuszt is negatívként ítéli meg. Önmagában erőfölényes állapotban lenni, pedig nem lehet jogsértő.⁵² Ezen állítások igen súlyos következményekhez vezetnek. A jog az említett elvek szerint, kizárólag egy idillikus piaci struktúrát véd nem vizsgálja a vállalat hatékonyságát (csak rendkívül szigorú konjunktív feltételek fennállása esetén, van lehetőség bizonyításra), ráadásul a fogyasztói jólétnek sem kell feltétlenül csökkennie.⁵³

Összegzés, konklúzió

Az elemzés során látható volt, hogy bár a tendencia közelített az *effect based*, elemzéshez a Bíróság a France Télécom ügyben, a Bizottság Iránymutatásában, megmaradt a strukturális illetve formális alapokon nyugvó vizsgálatnál.

Ez a verseny fejlődésének folyamata szempontjából, értékelhető károsként, aggályosként is, hiszen a helytelen megközelítés, akár egy hatékony cég vesztét is eredményezheti, ami a társadalmi jólét és a fogyasztói jólét szempontjából is veszteséggel jár. Azonban fel kell ismernünk, a Bíróságnak és a Bizottságnak a verseny és a fogyasztók védelme mellett, kellő gondossággal kell figyelnie, a jogbiztonságra is. Az AKZO ügytől kezdődően formálódott a felfaló árazás joggyakorlata, melyet, (néhány modernizációs elem kivételével az Iránymutatás is követ.) A veszély, hogy a másodfajú hibák száma növekedhet reális. Ezzel szemben a jogbiztonság egy nem kevésbé védendő érték, mely az Iránymutatás létrejöttével⁵⁴, nagyobb hangsúlyt kapott. Ezért úgy gondolom, a kérdést nem lehet jó-rossz vagy fehér-fekete kérdésként eldönteni, hiszen két eltérő megközelítés, különböző preferenciáiról van szó, melyek ötvözése által lehet talán majd kialakítani az optimális rendszert, ahol mind a formális mind a közgazdasági tényezők, kellő súllyal szerepelnek.

⁵² Hawk i. m. 876., illetve A Bizottság 2009/C45/02 iránymutatása.

⁵³ Bár a Bíróság a France Télécom ítélet 112. pontjában hangsúlyozza, a fogyasztói szabadság csökkenése mely a „torzult” piaci struktúra következményeként jött létre, arányban áll a megtérülés lehetőségének teljes hiányával.

⁵⁴ Melyben a Bíróság joggyakorlatának és a 2005 DG Comp vitaanyagának hatása egyértelműen érezhető.

TARTALOM

Előszó	7
VERSICS RÉKA AZ ALROSA döntés – Kötelezettség vagy vállalás?	15
VERES MÁRIA A családi mediáció nyomában	25
TŐZSÉR TAMÁS JÁNOS Parlamentalizálódás az Európai Unióban – változások és lehetőségek a Lisszaboni Szerződés tükrében	37
TÓTH MÁTÉ Az esküdtbíráskodás Magyarországon	65
TOLNAY PETRA Az emberiség elleni bűncselekmények	81
SZABÓ KATA KAROLINA A közösségi közművelődés jogi szabályozásának kérdései	97
SIMON BARNABÁS Felfaló árazás	109
SAS ANDREA Szuverenitás és korlátai a brit alkotmányjogban	125
PAPP ÉVA Az immateriális kár a magyar és a német jogban	131
MIKOLA ORSOLYA IRÉN Személyiségi jogi jogsértések az interneten	155