

JÁN MAZÁK

FŐTANÁCSNOK INDÍTVÁNYA

Az ismertetés napja: 2008. szeptember 25.¹

1. A jelen fellebbezésben a Bíróságnak felfaló árazás formájában megjelenő állítólagos erőfölénnyel való visszaélést kell megítélnie, ami az erőfölényben lévő vállalkozások kizáró, vagy „kiszorító” magatartásainak körébe tartozik.² A felfaló árazás tekintetében a Bíróság korábbi ítélkezési gyakorlata lényegében az Akzo³ és a Tetra Pak II-ügyeket⁴ jelenti.

Wanadoo ADSL⁶ szolgáltatásai (a továbbiakban: az érintett szolgáltatások) esetében olyan felfaló árakat alkalmazott, amelyek alkalmasak voltak a 2001 augusztusáig felmerült változó költségeinek, illetve a 2001 augusztusától felmerült teljes költségeinek fedezésére.⁷ A Bizottság a jogsértés abbahagyására szólította fel, és 10,35 millió EUR bírság megfizetésére kötelezte.⁸

2. A jelen fellebbezés alapjául a Bizottság 2003. július 16-i határozata⁹ szolgál, amelyben a Bizottság megállapította, hogy a Wanadoo Interactive SA megsértette az EK 82. cikket az arra irányuló terve keretében, hogy e piac fejlődésének lényeges szakaszában a nagyszabasságú internet-hozzáférési szolgáltatások terén piacot szerezzen, és az eXtense és

3. A megtámadott határozatot az Elsőfokú Bíróság T-340/03. sz. ügyben, 2007. január 30-án hozott ítélete⁹ helyben hagyta (a továbbiakban: megtámadott ítélet). A jelen fellebbezésben a France Télécom SA (a továbbiakban: FT vagy a fellebbező), korábban Wanadoo Interactive SA (a továbbiakban: WIN) a megtámadott ítélet hatályon kívül helyezését kéri.

1 – Eredeti nyelv: angol.

2 – A felfaló árazást esetenként „költségeket nem fedező árazásként” is említik.

3 – A C-62/86. sz., AKZO kontra Bizottság ügyben hozott ítélet (EBHT 1991., I-3359. o.) (a továbbiakban: Akzo-ügy).

4 – A C-333/94. P. sz., Tetra Pak kontra Bizottság ügyben hozott ítélet (EBHT 1996., I-5951. o.) (a továbbiakban: Tetra Pak II-ügy).

5 – Az [EK 82. cikk] szerinti eljárással kapcsolatban 2003. július 16-án hozott (COMP/38.233 – Wanadoo Interactive) bizottsági határozat (a továbbiakban: megtámadott határozat).

6 – Asymmetric Digital Subscriber Line (aszimmetrikus digitális előfizetői vonal).

7 – A megtámadott határozat 1. cikke.

8 – A megtámadott határozat 2. és 4. cikke.

9 – A France Télécom kontra Bizottság ügyben hozott ítélet (EBHT 2007., II-107. o.).

I – A jogvita előzményei

4. A jogvita ténybeli körülményeit az Elsőfokú Bíróság a megtámadott ítélet 1–11. pontjában összegezte:

„1. A Bizottság 1999 júliusában úgy határozott, hogy az [EU] területén a nagy sebességű internet-hozzáférés fejlődésével kapcsolatban ágazati vizsgálatot indít,^[10] amely különösen a helyi hurok átengedésével és a háztartási helyi hurok használatával kapcsolatos szolgáltatások nyújtására vonatkozik. Az e vizsgálat keretében összegyűjtött információk arra készítették a Bizottságot, hogy részletesen megvizsgálja a WIN által a franciaországi háztartási fogyasztóknak nyújtott nagy sebességű internet-hozzáférési szolgáltatások díjszabásainak feltételeit. Ennek érdekében 2001 szeptemberében hivatalból megindította az eljárást.

2. A WIN az eljárás tárgyát képező időszakban a France Télécom-csoporthoz tartozó társaság volt, alaptőkéjének 99,9%-ával a Wanadoo SA rendelkezett. Az [FT-nak] a Wanadoooban fennálló

tulajdoni aránya a jogvita tárgyát képező időszakban 70% és 72,2% között mozgott. A Wanadoooból és leányvállalataiból álló csoport [...] az FT összes internetes tevékenységét, valamint a telefonkönyvkiadási tevékenységeit tömörítette. A [...] WIN a Franciaország területén nyújtott internet-hozzáférési – ideértve az ADSL [...] szolgáltatásokat – szolgáltatásokkal kapcsolatos működési és technikai feladatokat biztosította.

3. A Bizottság 2001. december 19-én küldte meg első kifogásközlését a WIN-nek [...], majd 2002. augusztus 9-én kiegészítő kifogásközlést küldött [...], amelyekre a WIN 2002. március 4-én és október 23-án válaszolt.

4. 2003. január 16-án a Bizottság »tényközlő levelet« [...] küldött a WIN-nek, betekintést biztosítva az említett levél meg szerkesztésére szolgáló aktába. A WIN ténylegesen 2003. január 23-án és 27-én nyert betekintést az aktába. 2003. február 26-i levelében a WIN azt kérte a Bizottságtól, hogy nyújtson magyarázatot a tényközlő levél bizonyos részeit illetően. A Bizottság 2003. február 28-i levelében válaszolt e kérelemre, és a WIN 2003. március 4-én megküldte a tényközlő levélre vonatkozó válaszát.

10 – A Szerződés [81.] és [82.] cikkének végrehajtásáról szóló, 1962. február 6-i 17. tanácsi rendelet (HL 13, 204. o.; magyar nyelvű kiadás 8. fejezet, 1. kötet, 3. o.) 12. cikkének (1) bekezdésével reá ruházott jogkörénél fogva.

5. A [megtámadott határozatban] a Bizottság megállapította, hogy [a WIN megsértette az EK 82. cikket [11], elrendelte a jogsértés abbahagyását [...] és 10,35 millió EUR bírságot szabott ki [...].
6. A határozat az érintett piacot úgy határozza meg, mint a franciaországi háztartási fogyasztóknak nyújtott nagy sebességű internet-hozzáférés piacát. A jogsértéssel érintett termékek az ADSL-technológiájú nagy sebességű internet-hozzáférési szolgáltatások (Wanadoo ADSL és eXtense).
7. A határozat értelmében a Wanadoo ADSL esetén az eljárás tárgyát képező időszakban az előfizetőnek az FT részére szolgáltatásnyújtás címén, valamint az FT-től bérelt ADSL-modemért havi előfizetési díjat, valamint a WIN részére – internet-hozzáférést nyújtó szolgáltató („ISP”) minőségében – további előfizetési díjat kellett fizetnie. Az eXtense szolgáltatás keretében a modemet a fogyasztónak meg kellett vennie, és az utóbbinak az FT által nyújtott szolgáltatásért, valamint a korlátlan internet-hozzáférést csupán egyetlen havi előfizetési díjat kellett fizetnie, mégpedig a WIN részére.
8. Különböző tényezőknek – többek között a piaci részesedéseknek (a határozat (211)–(222) preambulumbekzdése), valamint az FT »támogatása« hatásainak ((223)–(228) preambulumbekzdés) – vizsgálatát követően a Bizottság megállapította, hogy a WIN erőfölénnyel rendelkezik az érintett piacon. A Bizottság a továbbiakban azt kívánja bebizonyítani, hogy a WIN által megvalósított, a költségeket nem fedező díjszabási gyakorlat szándékos felfaló stratégia része volt, amely arra irányult, hogy »piacot szerezzen«, és ezért az EK 82. cikk értelmében erőfölénnyel való visszaélést valószínűsített meg ((254) preambulumbekzdés).
9. A határozat a jogsértés kezdő időpontját 2001. március 1-jében, befejezését pedig 2002. október 15-ében – az FT által benyújtott jogorvoslat hatálybalépésének időpontjában – határozza meg. Az alkalmazott díjszabások nem fedezték a 2001 márciusa és augusztusa között felmerült változó költségeket, illetve 2001 augusztusától felmerült teljes költségeket (a határozat 1. cikke, lásd a fenti 5. pontot).
10. A határozatot 2003. július 23-án kézbesítették a WIN részére [...].
11. A 2004. szeptember 1-jén megvalósított összefonódást követően a [FT] a WIN jogutódjává vált.”

11 – Lásd a jelen indítvány 2. pontját.

II – Az Elsőfokú Bíróság előtti eljárás és a megtámadott ítélet

5. Az Elsőfokú Bíróság Hivatalánál 2003. október 2-án benyújtott keresetlevelével a WIN a megtámadott határozat megsemmisítése iránti keresetet nyújtott be.

6. A megtámadott ítéletben az Elsőfokú Bíróság elutasította a keresetet.

7. A megtámadott határozat megsemmisítése iránti keresetének alátámasztására a WIN négy jogalapot hozott fel, amelyekben i. a védelemhez való jog és lényeges eljárási szabályok megsértését, ii. az indokolás hiányát, iii. a büntetés egyéniesítése elvének megsértését és iv. az EK 82. cikk megsértését állította.¹²

8. A jelen fellebbezésben csak az EK 82. cikk megsértésére vonatkozó negyedik jogalpnak – a visszaéléssel kapcsolatos – második része képezi megfontolás tárgyát.¹³ Ebben a részben a WIN lényegében fenntartja, hogy a Bizottság

megsértette az EK 82. cikket, amikor nem bizonyította a jogilag megkövetelt módon, hogy a WIN visszaélt erőfölényes helyzetével, amikor 2001 márciusától 2002 októberéig (a továbbiakban: érintett időszakban) felfaló árakat alkalmazott az érintett szolgáltatások tekintetében.

9. Ez az állítás panaszok két csoportjából állt, amelyek i. a költségfedezeti tesztre és ii. a felfaló piaci árakra vonatkozó teszt Bizottság általi alkalmazására vonatkoztak.

10. Először is kitűnik, hogy a felek lényegében egyetértenek az alábbi pontokban:

- az érintett szolgáltatások az internet-előfizetések, amelyeket hosszabb időn keresztül nyújtanak; az előfizetések átlagos időtartama 48 hónap;

¹² – Az Elsőfokú Bíróság előtti keresetének alátámasztására a WIN másodlagos jogalapként kérte a bírság megsemmisítését, illetve csökkentését, hivatkozva: i. a büntetés egyéniesítésének és jogszerűsége elvének megsértésére, ii. a kérdéses magatartás hatásának hiányára, iii. a jogsértés időtartamának téves megállapítására és iv. az arányosság elvének megsértésére.

¹³ – Lásd a megtámadott ítélet 122–230. pontját.

- minden előfizetés rendszeres havi bevételt eredményez;

- a költségszerkezet elemei egyfelől az „ügyfélszerzési költségek” vagy „hódítási költségek”, mint a hirdetési és promóciós kiadások, a fogyasztók „indulócsomagja” stb. (amelyek a nem rendszeres költségek körébe tartoznak, mivel a vállalatnak azokat csak egyszer, az ügyféllel való szerződéskötés érdekében kell felvállalnia), és másfelől a „termelési költségek” és „hálózati költségek” (amelyek a rendszeresen ismétlődő költségek közé tartoznak, amennyiben is ezek az előfizetéses szolgáltatás nyújtásához szükségesek, és azokat a vállalatnak minden hónapban viselnie kell; ezek lehetnek változó költségek, mint az FT hálózathoz való hozzáférés költsége, amelyeket ez utóbbi az előfizetők száma alapján határoz meg, vagy lehetnek fix költségek, mint például a vállalat működtetéséhez szükséges költségek).

11. A költségfedezet meghatározásához a Bizottság lényegében összehasonlította a havi bevételeket a rendszeres havi költségek és a 48 hónapra elosztott nem rendszeres költségek egy hónapra eső részének összegével. A Bizottság a kapott arányokat átlagolta négy egymást követő időszakra: 2001. január 1-jétől július 31-ig, 2001. augusztus 1-jétől október 15-ig, 2001. október 15-től 2002. február 15-ig és 2002. február 15-től október 15-ig.

A – A költségfedezeti tesztre vonatkozó panaszok

12. Az Elsőfokú Bíróság megjegyezte¹⁴, hogy „a Bizottság e módszer alkalmazásakor úgy ítélte meg, hogy a WIN által alkalmazott árak nem tették lehetővé az utóbbi számára sem a változó költségek 2001 augusztusáig történő, sem a teljes költségek 2001. január és 2002. október közötti történő fedezését [...]. A változó költségek fedezeti mértékének ingadozását tekintve kétségtelen, hogy 2001 augusztusáig a teljes költségek nem térültek meg.”

13. A WIN-nek a Bizottság által a költségfedezet mértékének kiszámítására választott módszer kifogásolására irányuló panaszára válaszolva az Elsőfokú Bíróság előzetesen emlékeztetett arra, hogy mivel az a Bizottság részéről komplex gazdasági értékelést foglal magában, a Bizottság széles mérlegelési jogkörrel rendelkezik. Ezért az Elsőfokú Bíróság felülvizsgálata az eljárási és az indoklásra vonatkozó szabályok betartásának, a tények anyagi pontosságának, az e tények értékelése során elkövetett nyilvánvaló hibának és a hatáskörrel való visszaélés hiányának ellenőrzésére korlátozódik.¹⁵

14. Az Elsőfokú Bíróság ezután, az Akzo és Tetra Pak II-ügyekre¹⁶ hivatkozva, rámu-

¹⁴ – Lásd a megtámadott ítélet 138. pontját.

¹⁵ – Lásd a 129. pontot, amely ebben az értelemben hivatkozik a C-7/95. P. sz., John Deere kontra Bizottság ügyben hozott ítélet [EBHT 1998., I-3111. o.] 34. pontjára és az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlatra.

¹⁶ – Hivatkozás a 3., illetve 4. lábjegyzetben.

tatott arra, hogy „az átlagos változó költségeknél alacsonyabb árak korlátozó árpolitikára engednek következtetni, másrészt pedig az átlagos teljes költségeknél alacsonyabb, ám az átlagos változó költségeknél magasabb árakat visszaélészerűnek kell tekinteni, mivel olyan terv keretében kerültek meghatározásra, amelynek célja a versenytárs kizárása”.¹⁷

15. Az Elsőfokú Bíróság megállapította, hogy a jelen ügyben a Bizottság a megtámadott határozatot a korrigált költségek tényleges megtérülésének elemzésére alapította. Az amortizáció elve alapján a Bizottság azzal a feltételezéssel élt, hogy az ügyfélkorszerzési költségeket 48 hónapra kell elosztani. Ezen az alapon külön vizsgálta a korrigált változó költségeket, valamint a korrigált teljes költségeket.¹⁸

16. Ezt követően az Elsőfokú Bíróság elutasította a WIN állításait, amelyek szerint a Bizottság a WIN számára jelentősen hátrányosabb statikus megtérülési tesztet alkalmazta volna, figyelmen kívül hagyva az érintett időszakban jelentkező rendszeres havi költségek korrekcióját. Az Elsőfokú Bíróság megállapította, hogy a Bizottság a jogsértés időtartamának minden érintett szakasza, és valamennyi előfizető tekintetében figyelembe vette az eljárás tárgyát képező időszak alatt bekövetkezett, egymást követő díjcsökkenéseket. Ráadásul elemzését e csökkentések függvényében építette fel.¹⁹

17. Ezenkívül az Elsőfokú Bíróság megállapította, hogy a Bizottság helyesen ítélhette meg úgy, hogy a 2002 októberét, azaz a jogsértést követően felmerült bevételek és költségek nem vehetők figyelembe az érintett időszak alatti költségfedezet mértékének értékelése során.²⁰

18. Végezetül az Elsőfokú Bíróság megjegyezte, hogy még ha a WIN bizonyítani tudná is, hogy az általa javasolt módszer (azaz a diszkontált pénzáramlási számítási módszer) bizonyos szempontból megfelelő, ez nem elegendő a Bizottság által a jelen ügyben alkalmazott módszer jogellenességének bizonyításához.²¹

19. Emellett a WIN állította, hogy a Bizottság saját számítási módszere alkalmazásakor, nevezetesen a fix és változó költségek számításakor is tévedett.

20. E tekintetben az Elsőfokú Bíróság a jogalap elfogadhatóságától függetlenül megállapította, hogy az a tény, hogy a Bizottság mérlegelési jogkörének gyakorlása során elismerte, hogy a változó költségek 99,7%-os költségfedezeti mértéke nem képez jogsértést, nem kötelezi arra, hogy a teljes

17 – Lásd a megtámadott ítélet 130. pontját.

18 – Lásd a 132. pontot.

19 – Lásd a 140–143. pontot.

20 – Lásd a 152. pontot.

21 – Lásd a 153. pontot.

költségek esettől függően 98%-ot, illetve 99%-ot elérő költségfedezeti rátája esetén ugyanezt tegeye. Ennélfogva ezt a jogalapot, mint hatástalant, el kell utasítani.²²

lennének a versenyjoggal ellentétesek, amennyiben azokat erőfölénnyel nem rendelkező vállalkozások tanúsítanák, illetve hoznák meg.²³

B – A felfaló piaci árak tesztjére vonatkozó panaszok

21. Az Elsőfokú Bíróság a WIN-nek a felfaló piaci árak Bizottság által alkalmazott tesztjére vonatkozó panaszait is elutasította.

22. Először is elutasította a WIN azon érvét, amely szerint adott szolgáltató jogosult arra, hogy árait jóhiszeműen a versenytársak által korábban alkalmazott árakhoz igazítsa akkor is, ha azok a kérdéses vállalkozás számára költség alattiak lennének.

23. Megjegyezve, hogy sem a Bizottság gyakorlata, sem pedig a közösségi bíróságok ítélezési gyakorlata nem ismerte el, hogy korlátlan lenne az erőfölényben lévő vállalkozás joga, hogy árait a versenytársak áraihoz igazítsa, az Elsőfokú Bíróság megállapította, hogy az erőfölényben lévő vállalkozások különös felelősséggel bírnak, és megtiltható azon joguk gyakorlása, hogy olyan magatartást tanúsítsanak vagy intézkedéseket hozzanak, amelyek ugyan önmagukban nem idéznek elő visszaélést, és amelyek nem is

24. Az Elsőfokú Bíróság végül arra a következtetésre jutott, hogy a WIN magatartásának igazolása érdekében tehát nem hivatkozhat arra, hogy korlátlan joga van árainak a versenytársak áraihoz való igazítására. Noha igaz, hogy az erőfölényben lévő vállalkozás árainak a versenytársai áraihoz való igazítása önmagában nem idéz elő visszaélést, és nem is ellentétes a versenyjoggal, emellett nem zárható ki, hogy ilyenre váljon, amennyiben e magatartás célja nem csupán érdekeinek védelme, hanem az erőfölényének megerősítése és az azzal való visszaélés is.²⁴

25. Másodszor az Elsőfokú Bíróság úgy döntött, hogy nem fogadja el a WIN panaszát, amelyet az a felfaló árazásra és a verseny korlátozására vonatkozó terv hiányára épített.

26. A WIN szerint a Bizottság súlyosan megsértette az EK 82. cikket, amikor arra a következtetésre jutott, hogy létezett ilyen terv. Valójában az ilyen felfalási stratégia a kérdéses időben fennálló piaci viszonyok között, különös tekintettel az alacsony belépési korlátokra, semmiképpen sem volt racionálisnak tekinthető.²⁵

23 – Lásd a 186. pontot.

24 – Lásd a 187. pontot.

25 – Lásd a 188. pontot.

22 – Lásd a 165–169. pontot.

27. A közösségi ítélkezési gyakorlatra hivatkozva az Elsőfokú Bíróság emlékeztetett arra, hogy a felfaló árazás esetén, ha az árak az átlagos teljes költség alatt vannak, úgy a verseny kizárására irányuló terv létét és a verseny kizárására irányuló szándékot komoly és egybehangzó ténykörülmények alapján kell megállapítani.²⁶ Ezt követően megállapította, hogy a Bizottság által hivatkozott állítások, amelyeket belső vállalati iratok tartalmaztak, jelezték a felfaló terv létét, és ezt más bizonyítékok is alátámasztották. Az Elsőfokú Bíróság megállapította, hogy keresetlevelében a WIN pusztán általános állításokat tett, amelyek nem teszik lehetővé számára, hogy döntést hozzon, így azokat elutasította. Végezetül arra a következtetésre jutott, hogy a Bizottság a jogsértés időszakának teljes egészére nézve komoly és egybehangzó ténykörülményeket hozott fel a felfaló terv léteire vonatkozóan.²⁷

hangban a Bizottság helyesen vélhette úgy, hogy a felfaló árazás megállapításához nem szükséges a veszteségek megtérülésének bizonyítása. A közösségi ítélkezési gyakorlattal összhangban a Bizottság az átlagos változó költségeknél alacsonyabb árakat visszaéleszerűek tekinthette. Ebben az esetben az ilyen árazás kizorító jellege vélelmezhető. A teljes költségekkel kapcsolatosan a Bizottságnak ráadásul bizonyítania kellett, hogy a WIN felfaló árazása „piacszerzésre” irányuló terv részét képezte. Egyik esetben sem volt szükséges kiegészítő jelleggel bizonyítani, hogy a WIN-nek tényleges lehetősége volt veszteségeinek megtérítésére.²⁹

III – Kereseti kérelmek

28. Harmadsorban a WIN felhozta, hogy a veszteségek megtérülése teljesen elkülönül a felfaló piaci árak tesztjétől, és azt a Bizottságnak bizonyítania kell. A Bizottság tehát súlyos jogsértést követett el, amikor azt állította, hogy nem szükséges bizonyítani a veszteségek megtérülését. Emellett a WIN állította, hogy a Bizottság a téves jogalkalmazással együtt nyilvánvaló mérlegelési hibát is elkövetett, amikor úgy vélte, hogy bizonyította a veszteségek megtérülésének lehetőségét.²⁸

30. Az FT azt kéri, hogy a Bíróság:

- helyezze hatályon kívül a megtámadott ítéletet; és ennek megfelelően:
- az ügyet utalja vissza az Elsőfokú Bíróság elé, hogy az új érdemi határozatot hozzon;

29. Az Elsőfokú Bíróság megállapította, hogy az Akzo- és Tetra Pak II-ügyekkel össz-

26 – Lásd a 195–198. pontot.

27 – Lásd a 199–215. pontot.

28 – Lásd a 219–223. pontot.

29 – Lásd a 224–229. pontot.

- vagy saját maga hozzon végleges döntést és semmisítse meg a megtámadott határozatot, helyt adva a fellebbező által az elsőfokú eljárásban benyújtott fellebbezésnek;

A – *Az első jogalap, az indokolási kötelezettség megsértéséről*

- kötelezze a Bizottságot a költségek viselésére.

33. Az első jogalap két panaszból áll. Első panaszában a fellebbező arra hivatkozik, hogy az Elsőfokú Bíróság a veszteségek megtérülésének lehetőségére vonatkozó bizonyítási kötelezettség tekintetében nem teljesítette a megfelelő indokolásra vonatkozó kötelezettségét.

31. A Bizottság azt kéri, hogy a Bíróság:

34. Az első jogalap keretében tett második panaszában a fellebbező arra hivatkozik, hogy az Elsőfokú Bíróság nem teljesítette indokolási kötelezettségét, amikor a versenytársak áraihoz való igazodással kapcsolatos jog bizonyítása kapcsán minden indokolás nélkül döntött.

- utasítsa el a fellebbezést;

35. A fenti panaszokkal az egyszerűség kedvéért fordított sorrendben foglalkozom.

- kötelezze a fellebbezőt a költségek viselésére.

1. A versenytársak áraihoz való igazodás joga

IV – A fellebbezés

A felek főbb érvei

32. A fellebbező fellebbezése alátámasztására hét jogalapot hoz fel.

36. A *fellebbező* kifogásolja azt a tényt, hogy az Elsőfokú Bíróság a megtámadott ítélet 187. pontjában pusztán annyit állapított meg, hogy „(n)oha igaz, hogy az erőfölényben

lévő vállalkozás árainak a versenytársai áraihoz való igazítása önmagában nem idéz elő visszaélést, és nem is ellentétes a versenyjoggal, emellett nem zárható ki, hogy *ilyenné váljon*, amennyiben e magatartás célja nem csupán érdekeinek védelme, hanem az erőfölény megerősítése és az azzal való visszaélés is” (kiemelés tőlem).³⁰ A fellebbező szerint a fenti állítás pusztán hipotetikus és az Elsőfokú Bíróság semmilyen formában sem pontosította, hogy a jelen ügyben a WIN-nek szándékában állt-e erőfölényes helyzetének megerősítése, vagy az azzal való visszaélés.

37. A Bizottság szerint a fellebbező az Elsőfokú Bíróság előtt csupán az erőfölényes vagy nem erőfölényes helyzettől függetlenül minden vállalkozást megillető „igazodás kivételére”, avagy „az igazodás alapvető jogára” hivatkozott, mely akkor is fennáll, ha a versenytársak ára azt jelenti, hogy költségeit nem fedező árakat fogad el. A Bizottság tehát azt állítja, hogy az Elsőfokú Bíróság helyesen zárta ki ilyen korlátlan jog meglétét.

Álláspont

38. A megtámadott ítélet 176–182. pontjában az Elsőfokú Bíróság a WIN ahhoz fűződő jogával foglalkozott, hogy árait a versenytársai áraihoz igazítsa. Az Elsőfokú Bíróság megállapította, hogy nem jelenthető ki, hogy az erőfölényben lévő vállalkozásnak korlátlan joga van áraival a versenytársak áraihoz igazodni. Ezt az álláspontot foglalta el

30 – Lásd a megtámadott ítélet 187. pontját.

a Bizottság korábbi gyakorlata és a vonatkozó ítélkezési gyakorlat is.

39. Meglátásom szerint ez a következtetés helytálló.

40. Mindazonáltal a megtámadott ítélet 185. pontjában az Elsőfokú Bíróság általánosságban hivatkozott az állandó ítélkezési gyakorlatra, amely szerint noha az erőfölény megléte nem fosztja meg az azzal rendelkező vállalkozást attól a jogtól, hogy megvédje üzleti érdekeit az azokat ért támadástól, és noha az ésszerűség keretei között az ilyen vállalkozásnak meg kell adni a lehetőséget, hogy megtegye az általa az érdekei védelméhez megfelelőnek ítélt intézkedéseket, e magatartások nem fogadhatók el, ha azok célja kifejezetten az erőfölény megerősítése vagy az azzal való visszaélés.³¹

41. Ezután a megtámadott ítélet 186. pontjában az Elsőfokú Bíróság emlékeztetett saját ítélkezési gyakorlatára, amelyben megállapította, hogy az EK 82. cikkben előírt kötelezettségek jellegéből adódóan különös esetekben az erőfölényben lévő vállalkozásoknak megtiltható azon joguk gyakorlása,

31 – Hivatkozva a 27/76. sz., United Brands kontra Bizottság ügyben hozott ítélet (EBHT 1978., 207. o.) 189. pontjára, a T-65/89. sz., BPB Industries és British Gypsum kontra Bizottság ügyben hozott ítélet (EBHT 1993., II-389. o.) 117. pontjára, és a T-24–26/93. sz. és T-28/93. sz., Compagnie Maritime Belge Transports és társai egyesített ügyekben hozott ítélet (EBHT 1996., II-1201. o.) 146. pontjára.

hogyan olyan magatartást tanúsítsanak vagy intézkedéseket hozzanak, amelyek ugyan önmagukban nem idéznek elő visszaélést, és amelyek nem is lennének a versenyjoggal ellentétesek, amennyiben azokat erőfölénnyel nem rendelkező vállalkozások tanúsítanák, illetve hoznák meg.³²

42. Az Elsőfokú Bíróság végül arra a következtetésre jutott, hogy „a WIN magatartásának igazolása érdekében tehát nem hivatkozhat arra, hogy korlátlan joga van árának a versenytársak áraihoz való igazítására. Még ha az erőfölényben lévő vállalkozás árának a versenytársai áraihoz való igazítása önmagában nem is idéz elő visszaélést, és nem is ellentétes a versenyjoggal, emellett nem zárható ki, hogy ilyenre váljon, amennyiben e magatartás célja nem csupán érdekeinek védelme, hanem az erőfölény megerősítése és az azzal való visszaélés is.”³³

43. Úgy tűnik, az Elsőfokú Bíróság általános jelleggel foglalkozott az erőfölényben lévő vállalkozás azon jogával, hogy áraival a versenytársak áraihoz igazodjék, anélkül azonban, hogy azt az előtte lévő ügy tényeire alkalmazta volna.

44. Másként fogalmazva az Elsőfokú Bíróság nem elemezte kifejezetten azt, hogy a WIN vajon annak érdekében igazodott volna áraival, hogy erőfölényes helyzetét megerősítse, vagy azzal visszaéljen. Nézetem szerint a jelen ügyben az Elsőfokú Bíróság teljes egészében elmulasztotta ennek a kérdésnek a tisztázását.

45. E tekintetben szükséges megvizsgálni, hogy az Elsőfokú Bíróság eleget tett-e az indokolás formális, a Bíróság alapokmányának 36. cikkéből fakadó és az Elsőfokú Bíróságot annak 53. cikk (1) bekezdése alapján kötelező követelményének. A 36. cikk szerint az ítéleteket indokolni kell.³⁴

46. Léger főtanácsnok az Acerinox-ügyre vonatkozó indítványában megjegyezte, hogy „(m)egállapíthatjuk, hogy az ítélet indoklásából világosan és egyértelműen ki kell tűnnie az Elsőfokú Bíróság érvelésének oly módon, hogy lehetővé tegye az érdekelték számára, hogy megismerjék a hozott határozat indoklását, és a Bíróságnak, hogy a bírósági felülvizsgálatot gyakorolja.”³⁵

34 – Az ESZAK Bíróság alapokmányának megfelelő rendelkezései kapcsán lásd a C-197/99. P. sz., Belgium kontra Bizottság ügyben hozott ítélet [EBHT 2003., I-8461. o.] 63. pontját.

35 – A C-57/02. P. sz., Acerinox kontra Bizottság ügyre vonatkozó főtanácsnoki indítvány, [EBHT 2005., I-6689. o.] 32. pontja, amely e tekintetben hivatkozik a C-259/96. P. sz., Tanács kontra De Nil és Impens ügyben hozott ítélet (EBHT 1998., I-2915. o.) 32–34. pontjára és a C-449/98. P. sz., IECC kontra Bizottság ügyben hozott ítélet (EBHT 2001., I-3875. o.) 70. pontjára, valamint a C-149/95. P(R). sz., Bizottság kontra Atlantic Container Line és társai ügyben hozott végzés (EBHT 1995., I-2165. o.) 58. pontjára; a C-268/96. P(R). sz., SCK és FNK kontra Bizottság ügyben hozott végzés (EBHT 1996., I-4971. o.) 52. pontjára és a C-159/98. P(R). sz., Netherlands Antilles kontra Tanács ügyben hozott ítélet (EBHT 1998., I-4147. o.) 70. pontjára. Lásd továbbá a fent hivatkozott Acerinox-ügyben hozott ítélet 36. pontját.

32 – Hivatkozva a T-111/96. sz., ITT Promedia kontra Bizottság ügyben hozott ítélet (EBHT 1998., II-2937. o.) 139. pontjára.

33 – Lásd a megtámadott ítélet 187. pontját.

47. Míg a Bizottság az Elsőfokú Bíróság előtt azzal érvelt, hogy ha a kérdéses szolgáltatás költségei nem térülnének meg számára, akkor az erőfölényben lévő vállalkozásnak nem lehet megengedett, hogy áraival igazodjék,³⁶ az Elsőfokú Bíróságnak a kérdésben adott válasza valamivel árnyaltabb. A megtámadott ítélet 187. pontjában használt megfogalmazásból kitűnik, hogy az Elsőfokú Bíróság megpróbálta fenntartani a lehetőséget az „érdemi versenyre való hivatkozásra” a jövőben felmerülő olyan ügyekben, ahol az erőfölényben lévő vállalkozás költségei alatti árazást alkalmaz.

48. Hivatkozva a United Brands ügygel kezdődött ítélkezési gyakorlatra³⁷ és az erőfölényben lévő vállalkozásokat terhelő különös felelősséggel kapcsolatos ítélkezési gyakorlatra, a megtámadott ítélet 184. pontjában saját kérdésére válaszolva, az Elsőfokú Bíróság a versenytársak áraihoz való megengedett igazodás tekintetében olyan megfogalmazást alkalmaz, amely kissé eltér a Bizottság által a megtámadott határozatban alkalmazott, és a megtámadott ítélet 176. és 183. pontjában leírt tesztől.

49. Az Elsőfokú Bíróságnak tehát értelmeznie kellett volna, hogy az (új) megfogalmazás a

36 – Könnyen találhatunk hibát ebben az érven, hiszen a Bizottság nem pontosítja, hogy milyen költségekre (változó, teljes stb.) gondol.

37 – Lásd a 31. lábjegyzetben hivatkozott United Brands kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 189. pontját; a 31. lábjegyzetben hivatkozott BPB Industries és British Gypsum kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 117. pontját, és a 31. lábjegyzetben hivatkozott Compagnie maritime belge transports és társai kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 146. pontját.

jelen ügy tényeire nézve alkalmazható-e, ezt azonban nyilvánvalóan nem tette meg.

50. Ezzel szemben én a fellebbező érvelésével értek egyet, amely szerint az Elsőfokú Bíróságnak a megtámadott ítélet 187. pontjában szereplő állítása³⁸ tisztán hipotetikus jellegű, és első ránézésre hiányosnak tűnik. Ennek kapcsán nem tudom elfogadni a Bizottság érvelését, hogy az állítást „kiegészíti” (és/vagy annak új megfogalmazását, hogy mi minősül megengedett igazodásnak, a jelen ügy tényeire alkalmazza) a megtámadott ítélet 199–218. pontja, ahol az Elsőfokú Bíróság megállapítja, hogy a Bizottság bemutatta az átlagos teljes költség alatti felfaló árazás bizonyításához szükséges elemeket. Először is ezt az érvet túl későn hozták fel az eljárásban ahhoz, hogy elfogadható lehessen, azaz a Bizottság azt csak a tárgyaláson említette, és így az az iratokhoz képest újnak minősült. Emellett, nézetem szerint ez az érv a megtámadott ítélet olyan pontjaira vonatkozik, amelyeknek nincs közük a 187. ponthoz.

51. Végezetül, amint azt fentebb megjegyeztem, az Elsőfokú Bíróság indokolásának hiányát és érvelésének hiányosságát annál

38 – Amely lényegében azt mondja, hogy az igazodás kifogásolható lehet, ha annak célja nemcsak az erőfölényes vállalkozás érdekeinek védelme, hanem az erőfölényes helyzet megerősítése és az azzal való visszaélés is.

inkább súlyosnak tartom, mivel, úgy tűnik, ez az első olyan ügy, amelyben a közösségi bíróságok közvetlenül foglalkoznak az igazodással való védekezéssel egy olyan helyzetben, mint amilyen a jelen ügyben fennáll.

52. Ebből következően az Elsőfokú Bíróság megsértette indokolási kötelezettségét, és emellett tévesen alkalmazta a jogot.

53. Ennek megfelelően az első jogalap keretében tett második panasznak helyt kell adni.

2. A veszteségek megtérülése (lehetőségének) bizonyítása

A felek főbb érvei

54. A *fellebbező* lényegében arra hivatkozik, hogy a Tetra Pak II-ügyben a Bíróság kimondta, hogy *az adott ügy körülményei között* nem lenne elvárható annak kiegészítésként történő bizonyítása, hogy az erőfőlényben lévő vállalkozásnak valós lehetősége volt veszteségei megtérülésére.³⁹ A megtámadott ítéletben az Elsőfokú Bíróság úgy döntött, hogy ezt a kijelentést általános szabállyá emeli, de elmulasztott ezzel kapcsolatban indoko-

lással szolgálni. A fellebbező hozzáteszi, hogy a Tetra Pak II-ügy körülményei teljesen eltértek azoktól, amelyek itt fennállnak, mivel a Tetra Pak úgynevezett szuperdomináns helyzetben volt egy érett piacon. Végezetül a közösségi ítélkezési gyakorlat sosem állapította meg, hogy szükségtelen a veszteségek megtérülése lehetőségének bizonyítása.

55. A *Bizottság* a kereset hetedik jogalapjára adott válaszához kapcsolódó viszonzálszában lényegében azt állítja, hogy a közösségi ítélkezési gyakorlatból nem következik, hogy a veszteségek megtérülését bizonyítani kell. Másodlagosan a Bizottság azt állítja, hogy a megtámadott határozat igen részletesen vizsgálja, majd meg is állapítja, hogy a jelen ügyben valószínűsíthető volt a megtérülés.

Álláspont

56. A megtámadott ítélet 226. pontjában az Elsőfokú Bíróság a Tetra Pak II-ügyben hozott ítélet 44. pontjára hivatkozik, amely szerint „a jelen ügy körülményei között nem lenne elvárható annak kiegészítésként történő bizonyítása, hogy a Tetra Paknak valós lehetősége volt a veszteségek megtérítésére. Szükséges, hogy a felfaló piaci árak alkalmazását már akkor szankcionálni lehessen, amint a versenytársak kiszorításának veszélye felmerül. Ezt a veszélyt az Elsőfokú Bíróság a jelen ügyben ítéletének (Tetra Pak II) 151. és 191. pontjában meg is állapította. A torzításmentes verseny megőrzésének célkitűzése nem teszi lehetővé, hogy

³⁹ – A 4. lábjegyzetben hivatkozott Tetra Pak II-ügyben hozott ítélet 44. pontja.

az ilyen stratégia a versenytársak tényleges kizorításához vezessen.” Az Elsőfokú Bíróság ezt követően a megtámadott ítélet 227. és 228. pontjában megállapította, hogy a Bizottság jogszerűen állapíthatta meg, hogy az átlagos változó költségeknél alacsonyabb árak visszaélésszerűek. [Ebben az esetben] az ilyen árazás kizorító jellege vélelmezhető [...]. A teljes költségekkel kapcsolatosan a Bizottságnak ráadásul bizonyítania kellett, hogy a WIN felfaló árazása „piacszerzésre” irányuló terv részét képezte. Egyik esetben sem volt szükséges kiegészítő jelleggel bizonyítani, hogy a WIN-nek tényleges lehetősége volt veszteségeinek megtérítésére. Ezért a Bizottság jogszerűen állapította meg, hogy a veszteség megtérülésének bizonyítása nem képezte a felfaló piaci árak alkalmazása megállapításának előfeltételét.⁴⁰

57. Amint azt fentebb az árak igazítása kapcsán megállapítást nyert, az Elsőfokú Bíróság ítéletének indokolásából világosan és egyértelműen ki kell tűnnie az Elsőfokú Bíróság érvelésének oly módon, hogy lehetővé tegye az érdekelték számára, hogy megismerjék a hozott határozat indokolását, és a Bíróságnak, hogy a bírósági felülvizsgálatot gyakorolja.⁴¹

58. Nézetem szerint az Elsőfokú Bíróság nem fejtette ki, hogy miért vélte úgy, hogy a jelen ügy körülményei között miért volt szükségtelen a megtérülés lehetőségének bizonyítása.

59. Az Elsőfokú Bíróság olyan ítéletre hivatkozott, amely kétségtelenül azt állapítja meg, hogy az adott ügy körülményei között nem volt szükséges annak bizonyítása, hogy az erőfőlényben lévő vállalkozásnak tényleges lehetősége volt veszteségei megtérítésére. Meglátásom szerint az Elsőfokú Bíróságnak nem lett volna szabad általános szabállyá változtatnia a Tetra Pak II körülményeire alapított állítást. Azzal, hogy ezt minden indokolás nélkül megtette, az Elsőfokú Bíróság nyilvánvalóan megsértette a megfelelő indokolásra vonatkozó kötelezettségét.

60. Mindezért a véleményem az, hogy az Elsőfokú Bíróság kettős hibát követett el. Először is a Tetra Pak II-ítélet nem megfelelő értelmezése és alkalmazása helytelen szabály alkalmazásának minősül. Másodszor, amint fentebb kifejtettem, az Elsőfokú Bíróság nyilvánvalóan megsértette a megfelelő indokolásra vonatkozó kötelezettségét.

61. Hozzátenném, hogy emellett az Elsőfokú Bíróság nem adott pontos választ a WIN által felhozott érvre sem. A WIN nem arra hivatkozott, hogy a Bizottság nem bizonyította a veszteségek „tényleges” megtérülését. Azt állította, hogy a Bizottságnak azt kellett volna bizonyítania, hogy a WIN „előre láthatta a lehetőséget” a veszteségek megtérítésére.

62. Tehát amennyiben az Elsőfokú Bíróságnak a fellebbező érvelése egyes részeinek figyelembevételével kapcsolatos mulasztása hatással van az eljárás kimenetelére, és így utóbbi számára sérelmet okoz, úgy

40 – Lásd a megtámadott ítélet 226–228. pontját.

41 – Lásd a 35. lábjegyzetben hivatkozott ítélkezési gyakorlatot.

az a meghallgatáshoz való jog megsértésének is minősülhet.⁴²

bező azt állítja, hogy az Elsőfokú Bíróság megsértette az EK 82. cikket, amikor megállapította, hogy a veszteségek megtérülése lehetőségének bizonyítása nem előfeltétele a felfaló árazás megállapításának.

63. Az első jogalap keretében tett első panasznak tehát szintén helyt kell adni.

A felek főbb érvei

64. A fenti megfontolásokból következően az Elsőfokú Bíróság megsértette indokolási kötelezettségét, és tévesen alkalmazta a jogot, így a megtámadott ítéletet hatályon kívül kell helyezni.

66. A *fellebbező* szerint a közösségi ítélkezési gyakorlat megköveteli a veszteségek megtérülése lehetőségének bizonyítását, ami nélkül a felfaló árazás elképzelhetetlen, mivel a megtérülés reményének híján a felfaló árazás alkalmazása nem minősül gazdaságilag ésszerű magatartásnak. A fellebbező szerint ezt a nézetet számos tagállami bíróság és versenyhatóság is osztja, csakúgy mint az elméleti irodalom jelentős része.

B – A hetedik jogalap keretében tett, az EK 82. cikk megsértésére alapított első panasz – a veszteségek megtérülése – a veszteségek megtérülésének lehetősége mint a felfaló árazás megállapításának előfeltétele

65. A hetedik jogalap két panaszból áll. Első panaszában, amellyel itt foglalkozom, a felleb-

67. A *Bizottság* szerint a közösségi ítélkezési gyakorlat nem követeli meg a veszteségek megtérülésének önálló bizonyítását. Szemben az Egyesült Államokban alkalmazott versenyjogi megközelítéssel, az EK 82. cikk szerinti visszaélés elemzése feltételezi az erőfölénys

⁴² – Lásd a C-221/97. P. sz., Schröder és társai kontra Bizottság ügyben hozott ítélet (EBHT 1998., I-8255. o.) 24. pontját.

helyzet meglétét (lásd a Hoffmann-La Roche kontra Bizottság ügyet⁴³), ami önmagában elégséges annak a következtetésnek a levonására, hogy a veszteségek megtérülése lehetséges.

neyei között” kitéltet használta, nyilvánvalóan el akarta kerülni, hogy általános érvényű kijelentést tegyen⁴⁴ arra vonatkozóan, hogy a jövőben a felfaló árazásos ügyekben nem szükséges bizonyítani a veszteségek megtérülésének lehetőségét.⁴⁵

Álláspont

68. A Tetra Pak II-ítéletre való hivatkozást követően az Elsőfokú Bíróság a megtámadott ítélet 228. pontjában arra a következtetésre jut, hogy a Bizottság helyesen gondolta, hogy a veszteségek megtérülésének bizonyítása nem előfeltétele a felfaló árazás megállapításának.

69. Véleményem szerint a Bíróság ítélkezési gyakorlatának az Elsőfokú Bíróság, és e tekintetben a Bizottság általi értelmezése nem helytálló. Álláspontom szerint az ítélkezési gyakorlat megköveteli a veszteségek megtérülése lehetőségének bizonyítását.

70. Meglátásom szerint, azzal, hogy a Tetra Pak II-ügyben a Bíróság a „jelen ügy körülmé-

71. Valójában, ahogyan Fennelly főtanácsnok helyesen mutatott rá a Compagnie Maritime Belge és társai kontra Bizottság ügyre vonatkozó indítványában⁴⁶, „[n]em tűnik úgy, hogy a Bíróság olyan messzire ment volna, mint Ruiz-Jarabo Colomer főtanácsnok, aki azt indítványozta⁴⁷, hogy »a Bíróságnak nem lenne szabad a veszteségek megtérülésének lehetőségét új előfeltételként tételeznie az [EK 82.] cikkbe ütköző felfaló árazás megállapításához«, többek között, mivel [Ruiz-Jarabo Colomer főtanácsnok] véleménye szerint »a veszteségek megtérítése

44 – Hasonló értelmezéshez lásd például R. Whish: *Competition Law*, Butterworths, 4. kiadás, 2001., 650. o., A. Jones és B. Sufin, *EC Competition Law*, Oxford University Press, 2001., 342. o., V. Korah, „The Paucity of Economic Analysis in the Decision on Competition: Tetra Pak II”, *Current Legal Problems*, 46. szám, 1993., 172. o., és S. Kon és S. Turnbull, „Pricing and the Dominant Firm: Implications of the Competition Commission Appeal Tribunal’s Judgment in the NAPP Case” (2003.) E.C.L.R. 24(2) 70–86, 75. o.

45 – Mindazonáltal nézetem szerint a Bíróság Tetra Pak II-ügyben hozott ítéletének 44. pontjából kiviláglik, hogy a tényleges megtérülés bizonyítása nem szükséges. Ez a Bíróságnak a hivatkozott pontban szereplő állításból következik, mely szerint: „[f]ontos, hogy mindig legyen lehetőség a felfaló árazás szankcionálására, amikor felmerül a versenytársak kizorításának veszélye. Az Elsőfokú Bíróság ítéletének 151. és 191. pontjában megállapította, hogy ez a veszély [az ügyben] fennállt. A követett cél, azaz a torzítatlan verseny fenntartása kizárja azt, hogy addig kelljen várni, amíg az ilyen stratégia a versenytársak tényleges kizorításához vezet.”

43 – A 85/76. sz., Hoffmann-La Roche kontra Bizottság ügyben hozott ítélet (EBHT 1979., 461. o.).

46 – A C-395/96. P. és C-396/96. P. sz. egyesített ügyekben 2000. március 16-án hozott ítélet (EBHT 2000., I-1365. o.) 129. pontja, és a 84. lábjegyzet.

47 – Lásd a 4. lábjegyzetben hivatkozott Tetra Pak II-ügyben tett indítványának 78. pontját.

az erőfölényben lévő vállalkozás által elérni kívánt eredmény, de a felfaló árazás már önmagában, attól függetlenül versenyellenes, hogy azt a célt végül eléri-e, vagy sem.«

72. Ráadásul ilyen minősítő megfogalmazás alkalmazásával a Bíróság nyilvánvalóan eltért az Elsőfokú Bíróság által a Tetra Pak II-ítéletben tett kategorikus kijelentéstől, amely szerint „nem szükséges külön bemutatni, hogy a kérdéses vállalkozásnak ésszerű esélye volt a felmerülő költségek megtérítésére”.⁴⁸

73. Nézetem szerint az Akzo-ügyből⁴⁹ és a Hoffmann-La Roche ügyből⁵⁰ az is következik, hogy a megtérülés lehetőségének bizonyítása szükséges az EK 82. cikk szerinti felfaló árazás megállapításához.⁵¹ Ha a megtér-

rülés lehetősége nem áll fenn, akkor lehet, hogy az erőfölényben lévő vállalkozás egyszerűen csak versenyző magatartás folytat.⁵²

74. Ilyen esetben, ha a veszteségek megtérülésének lehetősége nem áll fenn, a fogyasztók és érdekeik általában nem sérülnek. Megemlíteném egyúttal, hogy osztom Jacobs főtanácsnok véleményét, aki az Oscar Bronner-ügyre vonatkozó indítványában megállapította, hogy „az [EK 82.] cikk elsődleges célja a verseny torzításának megelőzése, azaz a fogyasztók érdekeinek, és nem a versenytársak helyzetének védelme”.⁵³

75. Végezetül megragadnám az alkalmat, hogy rámutassak arra, hogy a fenti ítélezési

48 – Lásd a T-83/91. sz., Tetra Pak International kontra Bizottság ügyben hozott ítélet (EBHT 1994., II-755. o.) 150. pontját.

49 – Különösen az ítélet 71. pontja.

50 – Különösen az ítélet 91. pontja.

51 – Nézetem szerint a veszteségek megtérülésének lehetősége a piaci szerkezet állapotának a kizárás megvalósulását követő előzetes vagy előre tekintő értékelését követeli meg, azaz a megtérülésnek az erőfölényben lévő vállalkozás általi ésszerű előreláthatóságát az árak meghatározásakor. Valójában úgy tűnik, hogy ez az elemzés hasonló lenne a Bizottság által az összefonódások ellenőrzése során folytatott elemzéshez. Vö. a C-12/03. P. sz., Bizottság kontra Tetra Laval ügyben 2005. február 15-én hozott ítélet (EBHT 2005., I-987. o.) 42–44. pontjával. Lásd még például Ezrachi, A., *EC Competition Law*, Hart, 2008., 140. o.; Papandropoulos, P., „Article 82 EC reform”, *Droit & économie, Concurrences* No 1 – 2008., és M. de la Mano és B. Durand, *A Three-Step Structured Rule of Reason to Assess Predation under Article 82, DG Competition, European Commission, Office of the Chief Economist Discussion Paper*, 2005. december 12., 3. o.

52 – Lásd e tekintetben Fennelly főtanácsnok 46. lábjegyzetben hivatkozott *Compagnie Maritime Belge* ügyre vonatkozó indítványának 136. pontját. Emellett, mivel a felfaló árazásos ügyekben megkövetelt ár/költség elemzés ellentmondásos és vitatott (vö. a 3. lábjegyzetben hivatkozott Akzo-ügyet, lásd továbbá: Howarth, D., „Unfair and Predatory Pricing under Article 82 EC”, in *EC Competition Law*, G. Amato és C.-D. Ehlermann ed., Hart, 2007., 258–262. o.), nem utolsósorban olyan kérdések vonatkozásában, mint hogy mely költségek minősülnek változóknak, és melyek állandónak, vagy hogy mi az érintett időszak és így tovább, a költségek megtérülésének megkövetelése általában csökkentené a hibák (főleg a túl szigorú beavatkozás) lehetőségét az állítólagos felfaló árazásos ügyekben. Emellett a megtérülés *ex ante* bizonyítása mint hasznos és alkalmazható ellenőrzés kapcsán egyetérték azzal, hogy általában „sokkal könnyebb a piac szerkezte alapján megállapítani, hogy a megtérülés valószínűtlen, mint meghatározni azt a költséget, amivel valamely termelő szembesül”, lásd az egyesült államokbeli A. A. Poultry Farms, Inc kontra Rose Acre Farms, Inc ügyet 881 F.2d 1396., (7th Cir. 1989.), cert denied, 494 U.S. (1990). A megtérülés ilyen elemzése „lehetővé teszi a bíróság számára, hogy elkerülje a költségelemzések ingoványos talaját, a különféle könyvelési adatok vizsgálatát és az egymással versengő szakértői bizonyítékok értékelését, melyek arról szólnak, hogy mi minősül releváns költségeknek”. Lásd az ausztrál Boral-ügyet (2003) 195 ALR 609, 292. pont.

53 – A C-7/97. sz. Bronner-ügyre vonatkozó indítvány (EBHT 1998., I-7791. o.) 58. pontja.

gyakorlaton kívül a megtérülés lehetőségének bizonyításával többek között a Versenypolitikai Közgazdasági Tanácsadói Csoport (EAGCP)⁵⁴ a Gazdasági Együttműködési és Fejlesztési Szervezet (OECD)⁵⁵ és az Európai Szabályozó Csoport is foglalkozott.⁵⁶

az erőfölény meghatározása gyakran történeti jellegű piaci körülményeken alapul, míg ahogyan azt fentebb kifejtettem, a megtérülés lehetősége bennefoglalt módon előzetes és előrettekintő jelleggel a jövőben létrejövő piaci szerkezetet elemzi.⁵⁷

76. A megtérülés lehetősége bizonyításának kérdésével kapcsolatos záró megjegyzéseimben felhívnom a figyelmet arra, hogy nem utolsósorban azért nem győz meg az a bizottsági érvelés, amely szerint Európában és az EK 82. cikk alapján a megtérülés az erőfölény tényéből következik, mert

77. A fenti megfontolásokból következően a hetedik jogalap első panaszának helyt kell adni.

- 54 – „Különösen alaposan is kell elemezni a felfaló árazást folytató lehetőségét a megtérülésre” az EAGCP – amely kiváló elméleti közgazdászoknak a Bizottság Versenyjogi Főigazgatósága és a versenyügyekért felelős biztos számára tanácsokat nyújtó csoportja – által készített jelentésben, „An economic approach to Article 82”, 2005. július, 52. o., elérhető: http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf.
- 55 – „A megtérülés tesztjét rutinszerűen kell alkalmazni a felfaló árazásos ügyekben” in OECD, *Predatory Foreclosure*, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, DAF/COMP(2005)14, 2005. március 15., 8. és azt követő oldal, elérhető: <http://www.oecd.org/dataoecd/26/53/34646189.pdf>. 35 jogrendszer közelmúltbeli áttekintéséhez lásd *The International Competition Network, Report on Predatory Pricing*, készítette a Unilateral Conduct Working Group, ismertetve a 7. éves ICN konferencián Kiotóban, 2008. április, elérhető: http://www.icn-kyoto.org/documents/materials/Unilateral_WG_3.pdf.
- 56 – A Bizottság által felállított elektronikus hírközlő hálózatokkal és szolgáltatásokkal foglalkozó európai szabályozók csoportjának 2003. november 21-i, „Draft joint ERG/EC approach on appropriate remedies in the new regulatory framework” című vitaanyagának 36. oldalán rögzíti, hogy: „A felfaló árazásnak tehát a következő jellemzői vannak: i. az alkalmazott ár költség alatti, ii. a versenytársak kiszorulnak a piacról, vagy azokat kizárják, és iii. a vállalkozás képes elérni veszteségei megtérülését” (kiemelés tőlem). Ez az irat elérhető: http://www.erg.eu.int/doc/publications/erg0330_draft_joint_approach_on_remedies.pdf.

78. Meglátásom szerint már a fenti megfontolások alapján hatályon kívül kell helyezni a megtámadott ítéletet. Ráadásul úgy vélem, hogy a megtérülés lehetőségének és az igazodásnak a kérdése olyannyira lényegi elemét képezi a jelen ügynek, hogy az a jelen kereset első fokon való újbóli vizsgálatát igényli.

- 57 – Vö. „Mindazonáltal egyúttal figyelemmel kell lenni arra, hogy az erőfölény bizonyítása nem feltétlenül jelenti, hogy az erőfölényes cég képes lesz veszteségei megtérülését elérni. Míg a megtérülés bizonyítása azt jelenti, hogy a monopólium a jövőben is fennáll majd, fontos figyelemmel lenni arra, hogy a veszteségek elszennvedésének és megtérülésének időszaka nem esik egybe [...]. Másodszor, a felfaló árazásra való hivatkozás csak akkor volt sikeres az EK 82. cikk alapján, amikor a megtérülést ténylegesen bizonyítani lehetett, vagy az a tények alapján valószínűsíthető volt.” in R. O’Donoghue és A. J. Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford: Hart, 2006., 254. o. Lásd még: az 55. lábjegyzetben hivatkozott „A hatóságoknak észben kell tartaniuk, hogy az erőfölény bemutatása nem azonos a megtérülés tesztjének elvégzésével” (OECD), 8. és azt követő oldal.

C – Az EK 82. cikk megsértését állító második jogalap – az áraknak a versenytársakéhoz való igazítása

79. Második jogalapjával a fellebbező azt állítja, hogy az Elsőfokú Bíróság megsértette az EK 82. cikket, amikor nem ismerte el a WIN jogát arra, hogy áraival jóhiszeműen a versenytársak áraihoz igazodjék.

A felek főbb érvei

80. A *fellebbező* szerint az Elsőfokú Bíróság nem vitatta, hogy a WIN lényegében a versenytársak áraihoz igazította saját árait. Mindazonáltal az Elsőfokú Bíróság ebből nem vont le ebből semmilyen következtetést. Anélkül, hogy annak okát kifejtette volna, az Elsőfokú Bíróság pusztán annyit állapított meg, hogy az ilyen igazodás visszaélésszerűvé és kifogásolhatóvá „is válhat”. Az Elsőfokú Bíróság tehát nem vette tekintetbe az EK 82. cikk alkalmazásának feltételeit. Az ilyen igazodás jogát magában foglalja a Bizottság gyakorlata és a Bíróság ítélkezési gyakorlata is, csakúgy mint a versenyjogra vonatkozó elméleti irodalom és a francia hatóságok döntéshozatali gyakorlata. Emellett ez az egyetlen lehetőség a fellebbező számára,

hogy versenyképes maradjon a piacon. Végezetül a fellebbező szerint a United Brands ügygel kezdődött ítélkezési gyakorlatból⁵⁸ következően az Elsőfokú Bíróságnak meg kellett volna vizsgálnia, hogy a WIN versenyre adott válasza „ésszerű” és „megfelelő” volt-e.

81. A *Bizottság* szerint a fellebbező nem állítja a WIN állítólagos igazodáshoz való jogára vonatkozó jogalpok kapcsán, hogy az Elsőfokú Bíróság tévesen alkalmazta volna a jogot, vagy hogy a megtámadott ítélet indokolása ellentmondásos lett volna. Az „ésszerűsége” és „megfelelősége” vonatkozó érveket a fellebbező a fellebbezésben hozta fel először, kifogásolva, hogy a Bizottság nem alkalmazott ilyen arányossági tesztet. Mindenesetre a fellebbező mindössze a megtámadott ítélet egy pontját (a 187. pontot) kifogásolja.⁵⁹ A Bizottság szerint az EK 82. cikk alapelveivel teljesen összhangban van az erőfölényben lévő vállalkozás igazodásának tiltása, ha az költség alatti árakat eredményez, mivel aszerint az erőfölényben lévő vállalkozásnak „különös felelősége” van. Másodlagosan a Bizottság azt állítja, hogy a megtámadott határozat arra a tényre alapult, hogy nem megalapozott a WIN azon állítása, mely szerint mindössze a versenytársak áraihoz igazodott. Az Elsőfokú Bíróságnak így nem is kellett ezekről a tényekről döntenie.

⁵⁸ – Hivatkozás a 31. lábjegyzetben.

⁵⁹ – Amely szerint a versenytársak áraihoz igazodás „[visszaélésszerűvé és kifogásolhatóvá] is válhat, ha a célja [...] a [vállalkozás] erőfölényes helyzetének megerősítése vagy az azzal való visszaélés”.

Álláspont

82. Először is, amint azt a jelen indítvány 39. pontjában kifejtettem, az Elsőfokú Bíróság helyesen állapította meg a megtámadott ítélet 176–182. pontjában, hogy a közösségi jog nem biztosít az erőfölényben lévő vállalkozás számára korlátlan jogot arra, hogy áraival a versenytársakhoz igazodjék.

83. A jelen jogalapon azonban a fellebbező nem hoz fel semmit, ami az Elsőfokú Bíróság fenti érvelését megkérdőjelezné, és arra sem hivatkozik, hogy az Elsőfokú Bíróság tévesen alkalmazta volna a jogot.

84. A fellebbező ezzel szemben, csakúgy mint az Elsőfokú Bíróság előtt tette, azzal érvel, hogy korábbi határozataiban maga a Bizottság és a Bíróság ítélkezési gyakorlata is elismeri a piaci szereplő (korlátlan) jogát arra, hogy áraival jöhíszeműen a versenytársakhoz igazodjék, illetve ezt egyhangúlag megerősíti az elméleti irodalom és a közgazdasági elemzés is.

85. A Bíróság alapokmánya 58. cikkének első bekezdése, valamint a Bíróság eljárási szabályzata 112. cikke (1) bekezdésének c) pontja értelmében a fellebbezésben pontosan meg kell jelölni a megsemmisíteni kért ítélet kifogásolt részeit, valamint a kérelmet konkrétan alátámasztó jogi érveket. A Bíróság állandó ítélkezési gyakorlata szerint nem tesz eleget ennek a követelménynek az a felleb-

bezés, amely, anélkül hogy akár egyetlen olyan érvet is tartalmazna, mely a megtámadott ítéletben kifejezetten a téves jogalkalmazást azonosítaná, azoknak a jogalapoknak és érveknek az ismételése vagy szó szerinti átvételére szorítkozik, amelyeket már az Elsőfokú Bíróság elé terjesztettek.⁶⁰

86. A vonatkozó ítélkezési gyakorlatra hivatkozott e tekintetben Geelhoed főtanácsnok a Sumitomo Metal Industries és Nippon Steel kontra Bizottság ügyre vonatkozó indítványában⁶¹: „a Bíróság állandó és kiterjedt ítélkezési gyakorlatában megállapította, hogy a felhozott jogalapoknak az Elsőfokú Bíróság ítéletére kell vonatkozniuk^[62], és hogy az elfogadhatatlanság terhe mellett a fellebbezésnek pontosan meg kell jelölnie az ítélet azon pontjait, amelyekben az Elsőfokú Bíróság megsértette a közösségi jogot.^[63] A pontosság követelményéből különösen az következik, hogy valamely jogalpra történő – további kifejtés nélküli – hivatkozás nem tesz eleget ennek a követelménynek.”^[64]

60 – Lásd a 42. lábjegyzetben hivatkozott Schröder és társai kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 35. pontját. A fellebbezés ilyen értelmezése lényegében nem lenne más, mint kísérlet arra, hogy az ügyet újra tárgyalják, jöllehet semmilyen szabály nem vonatkozik a Bíróság előtti újra tárgyalásra. Lásd például a C-499/03. P. sz., Biegi Nahrungsmittel és Commonfood kontra Bizottság ügyben hozott ítélet (EBHT 2005., I-1751. o.) 37–38. pontját.

61 – A C-403/04. P. és C-405/04. P. sz., Sumitomo Metal Industries és Nippon Steel kontra Bizottság egyesített ügyekre vonatkozó indítvány (EBHT 2007., I-729. o.).

62 – Elfogadhatatlank azon jogalpok, amelyek lényegében az intézmény(ek) aktusára, vagy annak elmaradására irányulnak. Ezeknek a jogalapoknak az újbóli benyújtása olyan lenne, mintha „rendes” fellebbezésnek minősülne. Lásd többek között a C-401/96. P. sz., Somaco kontra Bizottság ügyben hozott ítélet (EBHT 1998., I-2587. o.) 49. pontját és a C-161/97. P. sz., Kernkraftwerke Lippe-Ems kontra Bizottság ügyben hozott ítélet (EBHT 1999., I-2057. o.) 76–77. pontját.

63 – Lásd többek között a 42. lábjegyzetben hivatkozott Schröder és társai kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 35. és 38–42. pontját, és a C-257/98. P. sz., Lucaccioni kontra Bizottság ügyben hozott ítélet (EBHT 1999., I-3251. o.) 61–62. pontját.

64 – Lásd a C-51/92. P. sz., Hercules kontra Bizottság ügyben hozott ítélet (EBHT 1999., I-4235. o.) 113. pontját.

87. Ennek megfelelően nézetem szerint a második jogalapot elfogadhatatlannak kell nyilvánítani.

88. A kétségnek a fellebbező javára történő értékelése érdekében a fenti kifogások ellenére feltételezzük az elfogadhatóságra vonatkozó jelen jogalap elfogadhatóságát.

89. Nézetem szerint, ellentétben azzal, amit a fellebbező állítani látszik, nincs ellentmondás az ítélet indokolásában, amennyiben is a megtámadott ítélet nem tartalmaz semmilyen állítást a tekintetben, hogy „az Elsőfokú Bíróság a tények alapján ne vitatná, hogy a WIN áraival mindössze a versenytársakhoz igazodott”.

90. Amint fentebb az első jogalap kapcsán megállapítottam, az Elsőfokú Bíróság nem alkalmazza az igazodás jogára vonatkozó ítélkezési gyakorlatot a jelen ügy tényeire.

91. Valójában az Elsőfokú Bíróság a jelen ügy tényei alapján nem vizsgálta meg, hogy a WIN ténylegesen jóhiszeműen igazodott-e áraival a versenytársakhoz. A probléma az, hogy ez a ténybeli kérdés a fellebbezés jelen szakaszában még vita tárgyát képezi a felek között.

92. Mindazonáltal a Bíróság előtti fellebbezések csak jogkérdésekre vonatkozhatnak, ami azt jelenti, hogy az Elsőfokú Bíróságnak kizárólagos hatásköre van arra, hogy az elsőfokú eljárás alapjául szolgáló tények kapcsán megállapításokat tegyen. Ráadásul a feleknek nincs lehetőségük arra, hogy a fellebbezés során bizonyítékként az Elsőfokú Bíróság által meg nem állapított tényekre hivatkozzanak.

93. Nézetem szerint a második jogalap ezért két okból is elfogadhatatlan.

94. Mindenesetre, összhangban a jelen indítványban levont következtetésemmel, a megtámadott ítéletet hatályon kívül kell helyezni, és azt újbóli vizsgálatra az Elsőfokú Bíróságnak vissza kell utalni. Ez lehetővé tenné az Elsőfokú Bíróság számára, hogy a WIN igazodása kapcsán ténybeli megállapításokat tegyen.⁶⁵

95. Ami az alapvető kérdést illeti, azért élnék az alkalommal, hogy felhívjam a figyelmet az e tekintetben lényegesnek tűnő kérdésekre. Először is létezik az Elsőfokú Bíróság által a megtámadott ítélet 185–186. pontjában hivatkozott ítélkezési gyakorlat. Másodsor, a Bíróság a Tetra Pak II-ügyben megállapította, hogy „az erőfölényben lévő vállalkozást terhelő különös felelősséget a verseny gyen-

65 – Ha további ténymegállapítások szükségesek, vagy a korábbi megállapításokat újra át kell gondolni, a Bíróság az ügyet visszautalja az Elsőfokú Bíróság részére. Lásd ezzel kapcsolatban a C-68/91. P. sz., Moritz kontra Bizottság ügyben hozott ítélet (EBHT 1992., I-6849. o.) 41. és 42. pontját.

gülését mutató minden egyes ügy sajátos körülményeinek fényében kell értelmezni”.⁶⁶ Így tehát adott esetben, mint amilyen a jelen ügy is, az igazodás kérdését eseti alapon kell megítélni. Harmadszor pedig nézetem szerint elképzelhetőek olyan körülmények, amelyek fennállásakor az erőfőlényben lévő vállalkozás kivételesen bizonyíthatja, hogy az átlagos változó költség alatti árképzése objektív módon indokolt.⁶⁷

a költségfedezet kiszámítására alkalmazott tesztben, amely elferdített módon tartalmazta a Bíróság által az AKZO ügyben megkívánt felfaló árazási tesztet. A Bizottság által alkalmazott módszer lehetetlenné tette annak megállapítását, hogy a WIN előfizetések hasznot vagy veszteséget eredményeztek-e az előfizetési időszakban.

D – Az EK 82. cikk megsértését állító harmadik jogalap – a felfaló árazás tesztjének elferdítése

A felek főbb érvei

96. Keresetének harmadik jogalapjában a fellebbező arra hivatkozik, hogy az Elsőfokú Bíróság azzal is megsértette az EK 82. cikket, hogy nem állapított meg hibát a Bizottság által

97. A változó költségek kapcsán a fellebbező azt állítja, hogy annak kimondásához, hogy a változó költségeknél alacsonyabb árak az EK 82. cikk alapján visszaéléseknek minősülnek, az AKZO-ügyben hozott ítélet 71. pontja a költségfedezet kiszámításának módszerét követeli meg annak bizonyítása érdekében, hogy a termékeket vagy szolgáltatásokat veszteség mellett értékesítették. Az alkalmazott módszer csak akkor lehet összeegyeztethető az EK 82. cikkel, ha bizonyítaná, hogy egyes előfizetők esetében a 48 hónapos időszak során az előfizetés veszteséget okozott. Mindazonáltal mivel a WIN a megsemmisítés iránti keresetében azt állította, hogy lényegében a teljes érintett időszakban, minden egyes előfizetés hasznot hozott számára, az Elsőfokú Bíróság az EK 82. cikk megsértése nélkül nem mulaszthatta el annak ellenőrzését, hogy a Bizottság valóban bizonyította-e, hogy legalább néhány előfizető esetében veszteség jelentkezett a WIN-nél. Az Elsőfokú Bíróság azonban helybenhagyta a Bizottság ama megközelítését, amely nem adott teljes képet minden egyes előfizetés jövedelmezőségéről.

66 – A 4. lábjegyzetben hivatkozott Tetra Pak II-ügyben hozott ítélet 24. pontja.

67 – Lásd Fennely főtanácsnoknak a 31. lábjegyzetben hivatkozott Compagnie maritime belge transports és társai ügyre vonatkozó indítványa 127. pontját, vö. a 48. lábjegyzetben hivatkozott T-83/91. sz., Tetra Park International SA kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 147. pontjával: „valamely erőfőlényes helyzetben lévő vállalkozás esetében elfogadható lehet, hogy bizonyos körülmények között veszteséges értékesítést folytasson”. Lásd többek között Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, (Oxford, 6. kiadás, 2008. 956–957. o. 10.071. pont.), „Amennyiben [az Akzo ítélezési gyakorlatból] az a szabály következik, hogy az átlagos változó költség alatti árazás [...] feltétlenül felfalónak minősül, úgy a szabály túlságosan rugalmatlannak tűnik. A [z átlagos változó költség] alatti árak versenybarát módon is megállapíthatók [...]”. Motta, M., *Competition Policy*, Cambridge University Press, 2004. 453. o.; Faull, J., és Nikpay, A., *The EC law of competition*, Oxford University Press, 2007. 379. o., 4.287. pont; az 51. lábjegyzetben hivatkozott Ezrachi, A., 136. o., az 55. lábjegyzetben hivatkozott OECD, 18. o.: Pusztán abból, hogy egy vállalkozás költségei alatt áraz, még nem következik, hogy a versenyre káros módon jár el. Bizonyos körülmények között az ilyen árazás nemcsak hogy nem kifogásolható, hanem egyenesen a verseny javát szolgálja. A hatóságoknak alaposan meg kell vizsgálniuk minden igazolást, amelyet az állítólagos felfaló árazást folytatók felhoznak árazásuk kapcsán. A 44. lábjegyzetben hivatkozott Whish, R., 649. o., a 44. lábjegyzetben hivatkozott Jones, A., és Sufirin, B., 339. o., Garzaniti, L., és Liberatore, F., „Recent Developments in the European Commission’s Practice in the Communications Sector: Part 2” (2004) E.C. L.R. 25(4) 234–240. o.

98. A *teljes költségek* esetében a *fellebbező* hivatkozik a változó költségek vonatkozásában kifejtett érveire, és állítja, hogy az Elsőfokú Bíróság eltorzította a felfaló árazás tesztjét, amikor nem ellenőrizte, hogy valóban nem térült-e meg az előfizetések teljes költsége. Valójában semmilyen bizonyítékot nem mutattak be arról, hogy létezett olyan előfizetés, amely a 48 hónapos időszak alatt veszteséget okozott a WIN számára.

99. A *Bizottság* amellet érvelve utasítja vissza ezeket az állításokat, hogy először is nemcsak hogy ugyanazt a tesztet alkalmazta a jelen ügyben, mint amelyet az Akzo és Tetra Pak II-ügyek alapjául szolgáló eljárásokban alkalmazott, azaz amely a költségeket úgy veszi figyelembe, ahogyan azok a vállalkozás mérlegében megjelennek, hanem ezúttal a Bizottság a fellebbező számára kedvező módon még könnyített is a módszeren. A Bizottság így például sem diszkontrátát nem alkalmazott, sem lehetőségköltséget nem számított a számítás során figyelembe vett költségek között.

100. Az alternatív számítási módszer (a diszkontált pénzáramlási módszer) vonatkozásában az Elsőfokú Bíróság megállapította, hogy a Bizottság nem követett el nyilvánvaló mérlegelési hibát, és a jelen kereset sem állítja, hogy az Elsőfokú Bíróság ennek tekintetében tévesen alkalmazta volna a jogot. Annak kapcsán, hogy szükséges-e az előfizetés teljes 48 hónapos időszakát figyelembe venni, a Bizottság megjegyzi, hogy mivel a költségfedezeti ráta a megtámadott határozattal vizsgált valamennyi egymást követő rövid

időszakban (össességében mintegy másfél évben) 100% alatti volt, a költségfedezeti ráta az előfizetések átlagos teljes időtartama, azaz a 48 hónap esetében is csak 100% alatti lehetett. E tekintetben a Bizottság azt állítja, hogy a 100% alatti költségfedezeti ráta hosszabb időszak alatt sem lehet magasabb, mint 100%, kivéve ha a jogsértést követő időszak lehetővé teszi a vállalkozás számára, hogy előfizetőnként olyan haszonrészt érjen el, amely jelentősen és folyamatos jelleggel meghaladja a versenyben elérhető szintet.

Álláspont

101. A fellebbező nem tisztázza pontosan, hogy a megtámadott ítélet mely részeit (azaz mely pontjait) kifogásolja.⁶⁸

102. A Bírósághoz benyújtott keresetében a fellebbező arra hivatkozik, hogy a Bizottság a veszteségek fedezetének statikus elemzését alkalmazta, ami lényegében abban állt, hogy a szerzési költségekhez hozzáadta az előfizetés keletkezésekor fennálló rendszeres havi költségek 48-szorosát, és azt összehasonlította az ugyanakkor létező havi bevételek 48-szorosával.

⁶⁸ – Ennek kapcsán, az ismételések elkerülése végett hivatkoznék a jelen indítvány 85. és 86. pontjára, amelyek itt is alkalmazhatók.

103. A megtámadott ítélet 140-142. pontjában az Elsőfokú Bíróság megállapította, hogy „a WIN által állítottakkal ellentétben a Bizottság nem statikus fedezeti tesztet alkalmazott”, és hogy „a WIN állításával ellentétben ez a módszer egyáltalán nem adja hozzá a szerzési költségeket az előfizetés keletkezésekor fennálló rendszeres havi költségek 48-szorosához, illetve nem hasonlítja össze ezt az összeget az ugyanakkor létező havi bevételek 48-szorosával.”⁶⁹

104. Mindazonáltal azonkívül, hogy a fellebbezés során nyilvánvalóan vitatja a tények Elsőfokú Bíróság általi értékelését, a fellebbező e tekintetben nem állítja, hogy az Elsőfokú Bíróság értékelési hibát vétett, vagy elferdítette a tényeket, pusztán megismétli azokat az érveket, amelyeket már az Elsőfokú Bíróság előtt is hangoztatott.⁷⁰ A diszkontált pénzáramlási módszerre vonatkozó érvek kapcsán az Elsőfokú Bíróság a megtámadott ítélet 153–155. pontjában kifejtette, hogy a Bizottság nem alkalmazta tévesen a jogot azzal, hogy nem azt a módszert választotta, a fellebbező pedig nem hivatkozik arra, hogy e tekintetben az Elsőfokú Bíróság tévesen alkalmazta volna a jogot.

105. Mindezek alapján úgy gondolom, hogy ez önmagában elegendő a harmadik jogalap mint elfogadhatatlan, illetve megalapozatlan elutasításához.

69 – Az Elsőfokú Bíróság indoklását, hogy ez miért van így, lásd a megtámadott ítélet 143–151. pontjában.

70 – A fellebbezés nem korlátozódhat az Elsőfokú Bíróság előtt felhozott jogalapok és érvek ismételtesére, anélkül hogy külön érvelést hozna fel arra, hogy az tévesen alkalmazta a jogot. Lásd a C-30/96. P. sz., Abello és társai kontra Bizottság ügyben hozott ítélet (EBHT 1998., I-377. o.) 45. pontját.

E – *Az EK 82. cikk és az indokolási kötelezettség Elsőfokú Bíróság általi megsértésére alapított negyedik jogalap – az érintett időszak utáni költségekről és bevételekről*

106. Negyedik jogalapjában a fellebbező arra hivatkozik, hogy az Elsőfokú Bíróság megsértette mind az EK 82. cikket, mind a reá háruló indokolási kötelezettséget annak megállapításával, hogy az állítólagos jogsértés időtartama után (azaz 2002. október 15-ét követően) keletkezett költségek és bevételek nem vehetők figyelembe. Éppen a bevételek és költségek időbeli korlátozása alapján állapította meg helytelenül a Bizottság a jogsértés fennállását.

A felek főbb érvei

107. A fellebbező úgy érvel, hogy az Elsőfokú Bíróság helybenhagyta a Bizottságnak a 2002. október 15. utáni költségeket és bevételeket kizáró elemzését. Az Elsőfokú Bíróság azonban – anélkül hogy ellentmondásba kerülne önmagával, és megsértené az EK 82. cikket – nem fogadhatta el a Bizottság elemzését, mely egyfelől kizárta az elemzésből az állítólagos jogsértés időszakát követő, de a 48 hónapos időszakon belüli költségfedezeti ráta bevételeit és költségeit, másfelől elismerte, hogy az előfizetések

esetében a költségeket és bevételeket jogszerűen osztották fel a 48 hónapos időszakra. Az EK 82. cikk követelményeinek való megfelelés szerint a költségfedezeti ráta csak a 48 hónapos időszakra nézve számítható.

108. A fellebbező szerint a Bizottság álláspontjának jóváhagyásával az Elsőfokú Bíróság ellentmondásba került önmagával, mivel a megtámadott határozat világosan kimondja, hogy 2002. október 15-ét követően a versenyfeltételek „helyreálltak”⁷¹, és most a Bizottság elismeri, hogy sohasem vette figyelembe az állítólagos jogsértés utáni bevételeket, mivel azok csak meggyengült versenykörülmények között voltak megvalósíthatók.

109. A *Bizottság* szerint ez a jogalap valójában csak a harmadik jogalap kiterjesztése, és tévedésre épül. Soha nem volt kérdéses annak megengedése, hogy az előfizetés összes költségét és bevételét a 48 hónapos időszakra lehessen szétosztani. Ehelyett a Bizottság módszere, amelyet az Elsőfokú Bíróság is elfogadott, az amortizáció elve alapján megengedte bizonyos, az előfizetés elején jelentkező költségkategóriáknak, nevezetesen a változó nem rendszeres költségeknek („hódítási költségek”, „ügyfélszerzési költségek”) az elosztását adott időszakra.

110. A Bizottság szerint a rendszeres költségeket nem lehet adott időszakra elosztani. A megtámadott határozat szerint a vállalkozás képtelen volt „a rendszeres költségek (a hálózati költségek és a termelési költségek) megtérülési szintjének elérés[ér]e, amely ahhoz elegendő, hogy a rendszeres költségek és a bevételek közötti haszonrés ésszerű időn belül fedezzék a kérdéses termékek üzleti fejlesztésébe fektetett nem rendszeres változó költségeket”.⁷² Mindazonáltal az állítólagos jogsértés után felmerülő valamennyi költség és bevétel, amelyet a fellebbező a számításba bevonni kívánna, rendszeresnek minősül.

111. A Bizottság előadja továbbá, hogy hiba lenne a számításban a valamennyi versenytárs számára elérhető és az árak csökkenésével nem követett jövőbeli költségcsökkenésből származó várható pozitív haszonrészt figyelembe venni. Ilyen eredmény csak meggyengült verseny mellett képzelhető el. A Bizottság megjegyzi, hogy mindenesetre a fellebbezői extrapolációk sem eredményeznék a teljes költségek pozitív fedezeti rátáját, és ha el is fogadjuk a fellebbező által bemutatott, a 48 hónap alatt jelentkező kiemelkedően magas haszonrések létét, ezek a haszonrések csak a meggyengült versenykörnyezeten lennének alkalmazhatók. Végezetül a Bizottság állítja, hogy a WIN-nél a „szerzési költségek” kizárása esetében is magasabbak lennének az egyes előfizetőkkel kapcsolatos közvetlen havi költségek, mint az adott előfizetésből származó bevétel.

71 – Lásd a megtámadott határozat (386) preambulumbekendését.

72 – Lásd a megtámadott határozat (76) preambulumbekendését és a megtámadott ítélet 136. pontját.

112. Végezetül a Bizottság szerint a fellebbező (hibás) megközelítése abban áll, hogy elfogadja, hogy előfizetői másfél évig (a megtámadott határozattal lefedett időszak) egyre magasabb havi veszteséget generálnak, de ezt követően feltételezi a Bizottság beavatkozását követő időszak jelentős pozitív haszonnérését, s ezáltal azt, hogy az előfizetések végeredményben jövedelmezővé válhatnak az előfizetési időszak végére.

Álláspont

113. Első ránézésre úgy tűnik, hogy a jelen jogalap pusztán az előző kiterjesztése, és hogy a fellebbező megismétli azt az érvet, hogy az EK 82. cikk követelményeit csak a 48 hónapos időszakra kiterjedő költségfedezeti számítás elégíti ki. Először is a jelen jogalap, úgy tűnik, azon a téves feltételezésen alapul, mely szerint az Elsőfokú Bíróság elismerte, hogy „a költségek és bevételek 48 hónapos időszakra oszlanak szét”. Az Elsőfokú Bíróság azonban ezt sosem mondta ki a megtámadott ítéletben. Ehelyett az Elsőfokú Bíróság megerősítette a Bizottság megközelítését, amely csak bizonyos költségeket osztott szét, azaz a változó, nem rendszeres költségeket.

114. Mindenesetre a megtámadott ítélet 129–156. pontjára irányuló elemzésem nem tárt fel semmit, ami befolyásolhatná az Elsőfokú Bíróság megközelítésének érvényességét. Nézetem szerint az Elsőfokú Bíróság jogalkalmazása nem volt téves, és megfelelően alkalmazta az EK 82. cikket, amikor megállapította, hogy „a WIN nem bizonyította, hogy a WIN könyvelésében rögzített adatok felhasználásával, és azoknak a felperesre nézve kedvező – az érintett piac sajátos háttérének figyelembevételét lehetővé tevő – kijavításával, amely egyben az ilyen vizsgálat tekintetében

az EK 82. cikk által megkívánt követelményeket is betartja, a Bizottság a jelen ügyben jogellenesen alkalmazta volna az általa választott költségfedezeti tesztet”, és hogy „az ítélkezési gyakorlatból nem következik, hogy kizárólagosan a diszkontált pénzáramlás számítási módszer alkalmazandó, és [...] a WIN nem hozott fel egyetlen érvet sem, amely bizonyította volna, hogy a Bizottság e tekintetben nyilvánvaló mérlegelési hibát vétett volna.”⁷³

115. Végezetül emlékeztetnék arra, hogy a Bíróság eljárási szabályzata szerint az Elsőfokú Bíróság előtti eljárás tárgya a fellebbezés során nem változtatható meg. Mindazonáltal a fellebbező jelen jogalapja jelentősen eltér az Elsőfokú Bíróság előtt felhozott jogalaptól, amelyben a fellebbező azzal érvelt, hogy a diszkontált pénzáramlási módszer, vagy (a fellebbező szerint egyedül használható) nettó jelenérték (NPV) módszer alkalmazásának elutasításával a Bizottság tévesen alkalmazta a jogot. A fellebbező Bíróság előtti keresete azonban ezt a módszert egyáltalán nem említi.

116. Következésképpen a negyedik jogalapot nézetem szerint elfogadhatatlannak és mindenesetre megalapozatlannak kell nyilvánítani.

73 – Lásd a 154. és 155. pontot. A nettó jelenérték megközelítésről szóló vitáról lásd például: az egyesült királysági ügyet Napp Pharmaceutical Holdings Ltd kontra Director General of Fair Trading, Competition Commission Appeal Tribunal (CAT), Case No. 1001/1/1/01, [2002. január 15.] 260. pont.

F – *Az EK 82. cikk és az indokolási kötelezettség megsértésére alapított ötödik jogalap – az érintett vállalkozás jelentős piacirészesedés-csökkenésével járó árazás felfalónak minősülése*

117. Ötödik jogalapjával a fellebbező arra hivatkozik, hogy az Elsőfokú Bíróság megsértette mind az EK 82. cikket, mind a reá háruuló indokolási kötelezettséget annak megállapításával, hogy az árazás akkor is lehet felfaló, ha ez az érintett vállalkozás piaci részesedésének jelentős csökkenésével jár. Az ilyen árazás nem tekinthető úgy, mint amely valószínűsíthetően a versenytársak piacról való kizárását eredményezi.

A felek főbb érvei

118. A *fellebbező* szerint, jóllehet az Elsőfokú Bíróság elismerte, hogy 2002 augusztusától a WIN részesedése csökkent, mégis kimondta, hogy az állítólagos jogsértés egészen 2002. október 15-ig folytatódott. Mindazonáltal a felfaló árazás feltételezi a verseny jelentős csökkenését, és így nem valósulhat meg ott, ahol a verseny erősödik.

119. A *Bizottság* szerint első fokon a fellebbező ezt az érvet csak azzal a céllal hozta fel,

hogy vitassa az erőfölényes helyzet meglétét, illetve hogy a bírság csökkentését érje el vele. A visszaélés tényének megkérdőjelezésére csak a fellebbezés keretében használja fel először ezt az érvet.

120. A kérdés tartalmát tekintve, a Bizottság rendelkezésére álló információk szerint a WIN piaci részesedése folyamatosan nőtt 2002. augusztus 31-ig. Minden csökkenés, amely ebben a részesedésben bekövetkezett a jogsértés utolsó másfél hónapjában, csak abból fakadhat, hogy az FT csökkentette a hálózathoz való hozzáférés nagykereskedelmi árát, amely változást – versenytársaival ellentétben – a WIN nem jelentített meg áraiban, ezzel 2002. október 15-én befejezve a jogsértő magatartást. A teljesség kedvéért a Bizottság hozzáteszi, hogy a piaci részesedés ilyen csökkenése nem vonja kétségbe magának a határozatnak a jogszerűségét, legfeljebb megkérdőjelezi a jogsértés időtartamának hosszát. Ennek azonban nem lehet hatása a bírság összegére, mivel annak felülvizsgálatát a fellebbezésben nem kérték.

Álláspont

121. Amint azt a Bizottság helyesen állapítja meg, a jelen kereset az erőfölénnyel való visszaélés Elsőfokú Bíróság általi értékelésére

korlátozódik, és a WIN a piaci részesedésének állítólagos csökkenésére vonatkozó érvet első fokon csak annak érdekében hozta fel, hogy vitassa az erőfölény létét⁷⁴, illetve hogy kérje a bírság összegének csökkentését.⁷⁵

G – A tények állítólagos elferdítésére és az EK 82. cikk megsértésére alapított hatodik jogalap – felfaló árpolitikára irányuló állítólagos terv

1. A tények és bizonyítékok elferdítése

122. Az állandó ítélkezési gyakorlat értelmében ugyanis ha valamely félnek megengednék, hogy először a Bíróság előtt hozzon fel olyan jogalapot, amelyet az Elsőfokú Bíróságnál nem terjesztett elő, az azt jelentené, hogy az Elsőfokú Bíróság által eldöntött jogvitán túlterjedő jogvitával fordulhatna a Bírósághoz, amelynek hatásköre a fellebbezési eljárásban korlátozott. A fellebbezési eljárás keretében tehát a Bíróság hatásköre az első fok bírái előtt megvitatott jogalapokról hozott jogi döntés megítélésére korlátozódik.⁷⁶

124. A hatodik jogalap két panaszból áll. Az első panaszban a fellebbező azt állítja, hogy a felfaló árpolitikára irányuló állítólagos terv vonatkozásában az Elsőfokú Bíróság elferdítette az elé tárt tényeket és bizonyítékokat.

A felek főbb érvei

123. A fellebbező ötödik jogalapját ezért elfogadhatatlannak kell nyilvánítani.

125. A *fellebbező* szerint az Elsőfokú Bíróság elferdítette azokat a tényeket, amelyeken arra irányuló értékelése alapul, hogy létezett-e a felfaló árpolitikára irányuló terv. Kizárólag a WIN-től származó iratokra hagyatkozott, és a felfaló árpolitikára irányuló terv meglétét az abban használt fordulatokra alapította, mint például a „piacszerzés” és „piacot szerezni”. Mindazonáltal hogy magának az Elsőfokú Bíróságnak a szavait idézzük, ezek az iratok csak „meglehetősen ambiciózus üzleti célkitűzéseket” tükröznek.⁷⁷

⁷⁴ – A WIN első fokon benyújtott keresetének 95. pontja az erőfölényes helyzet fennállásáról szóló jogalapban.

⁷⁵ – A WIN első fokon benyújtott keresetének 272. pontja a bírságra vonatkozó jogalapban.

⁷⁶ – Lásd a C-68/05. P. sz., Koninklijke Coöperatie Cosun UA kontra Bizottság ügyben hozott ítélet [EBHT 2006., I-10367. o.] 95–98. pontját és az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlatot.

⁷⁷ – A hivatkozás a megtámadott ítélet 214. pontjára vonatkozik.

126. A Bizottság szerint a fellebbező az Elsőfokú Bíróság által elfogadhatatlanként elutasított panasz újbóli vizsgálat szeretné elérni, anélkül azonban, hogy vitatná azt a megállapítást, hogy az elfogadhatatlan volt. Másodszor a fellebbező nem hoz fel érveket az állítólagos elferdítés alátámasztására, és kizárólag az Elsőfokú Bíróság feladata annak mérlegelése, hogy a hozzá benyújtott bizonyítékoknak milyen bizonyító erőt tulajdonít. A teljesség kedvéért a Bizottság fenntartja, hogy az Elsőfokú Bíróság elemzését nem kizárólag a „piacszerzés” kifejezést tartalmazó iratokra, hanem számos más iratra is alapította.

az Elsőfokú Bíróságnak az elfogadhatatlanságra vonatkozó megállapítását.

Álláspont

127. A fellebbező az Elsőfokú Bíróság által a megtámadott ítélet 204–205. pontjában elfogadhatatlanként elutasított jogalapjának újbóli vizsgálatát szeretné elérni.

128. Mindazonáltal a jelen keresetben a fellebbező nem hozhatja fel újra ugyanazt az érvet. Kizárólag arra van lehetősége, hogy meghatározott alapokon kifogásolja az Elsőfokú Bíróság azon megállapítását, hogy az első fokon felhozott jogalap elfogadhatatlan,⁷⁸ és érveket kell felhoznia ennek kapcsán annak megállapítására, hogy az Elsőfokú Bíróság tévesen alkalmazta a jogot.⁷⁹ Nézetem szerint a fellebbező nem vitatja

129. A jelen panasz ténykérdésre irányul, és nem szolgáltat meggyőző bizonyítékokat a tények állítólagos elferdítésének alátámasztására.

130. Az EK 225. cikkéből és a Bíróság alapszabályának 58. cikkének első bekezdéséből az következik, hogy a Bíróság nem rendelkezik hatáskörrel sem a tényállás megállapítására, sem – főszabályként – az Elsőfokú Bíróság által az e tényállás alátámasztására elfogadott bizonyítékok megvizsgálására. Amennyiben a bizonyítékok megszerzése szabályszerűen történt, valamint az általános jogelveket és a bizonyítási teherre és a bizonyításfelvételre vonatkozó eljárási szabályokat tiszteletben tartották, kizárólag az Elsőfokú Bíróság feladata annak mérlegelése, hogy a hozzá benyújtott bizonyítékoknak milyen bizonyító erőt tulajdonít.⁸⁰ E mérlegelés, eltekintve a bizonyítékok elferdítésétől, nem minősül a Bíróság vizsgálata alá tartozó jogkérdésnek.⁸¹

78 – Lásd Lenaerts, K. / Arts, D. / Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, 2. kiadás, London 2006., 464. o.: „Ez levezethető a C-354/92. P. sz., Eppe kontra Bizottság ügyben hozott ítélet (EBHT 1993., I-7027. o.) 13. pontjából”.

79 – Lásd a 70. lábjegyzetben hivatkozott Abello és társai kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 45. pontját.

80 – A C-185/95. P. sz., Baustahlgewebe kontra Bizottság ügyben hozott ítélet (EBHT 1998., I-8417. o.) 24. pontja.

81 – A C-24/01. P. és C-25/01. P. sz., Glencore és Compagnie Continentale kontra Bizottság ügyben 2002. november 7-én hozott ítélet (EBHT 2002., I-10119. o.) 65–69. pontja. Az elferdítésnek a Bíróság aktájában lévő iratokból nyilvánvalóan ki kell tűnnie, hogy ne legyen szükség a tények és bizonyítékok újértékelésére. Lásd a C-551/03. P. sz., General Motors kontra Bizottság ügyben hozott ítélet (EBHT 2006., I-3173. o.) 51., 52. és 54. pontját.

131. A hatodik jogalap első panaszát ezért elfogadhatatlannak kell nyilvánítani.

134. A *Bizottság* szerint először is a visszaélés szándéka szükségszerűen szubjektív, másodszor pedig a közösségi ítélkezési gyakorlat nem követeli meg, hogy a felfaló árpolitikára irányuló terv létét a fellebbező által javasolt objektív bizonyítékokkal támasszák alá.

2. Az EK 82. cikk megsértése

Álláspont

132. Második panaszában a fellebbező azt állítja, hogy az Elsőfokú Bíróság megsértette az EK 82. cikket. Ez a cikk ugyanis a versenytársak kizorítására vonatkozó terv objektív felismerhetőségét követeli meg, amely semmilyen körülmények között sem teljesíthető az erőfölénnyel való visszaélés fogalmának szubjektív tesztjével.

135. Elegendő annyit megállapítani, hogy – hasonlóan a kereset korábbi jogalapjaihoz – a fellebbező, úgy tűnik, ugyanazokat az érveket alkalmazza, mint amelyeket az Elsőfokú Bíróság előtt felhozott.

A felek főbb érvei

133. A *fellebbező* állítja, hogy az erőfölénnyel való visszaélés objektív fogalom. Ennek ellenére az Elsőfokú Bíróság elemzését és végkövetkeztetését tisztán szubjektív körülményekre, és nem olyan objektív bizonyítékokra alapította, mint például a versenytársak fenyegetése, a versenytársak vevőivel szembeni szelektív árazás, árdiszkrimináció, túllicitálás vagy a veszteséges értékesítés időtartama, tartalma és volumene.

136. Ezért a hatodik jogalap második panaszát, mint elfogadhatatlant, el kell utasítani.

137. Nézetem szerint a felfaló árpolitikára irányuló terv tekintetében az Elsőfokú Bíróság megfelelően és a megkövetelt bizonyítási szint szerint alkalmazta az Akzo és Tetra Pak II ítélkezési gyakorlatot.

138. Így tehát a hatodik jogalapot mint elfogadhatatlant és mindenesetre mint megalapozatlant el kell utasítani.

H – A *hetedik jogalap keretében tett, az EK 82. cikk megsértésére alapított második panasz – a veszteségek megtérülése – a vállalkozás bizonyítékai a veszteségek visszanyerésének lehetetlenségéről*

139. A hetedik jogalap keretében tett második panaszban a fellebbező azt állítja, hogy az Elsőfokú Bíróság megsértette az EK 82. cikket, amikor összetévesztette a Bizottságnak a veszteségek megtérüléséről szóló bizonyítékait a vállalkozás ennek lehetetlenségére vonatkozó bizonyítékaival.

A felek főbb érvei

140. A *fellebbező* szerint a WIN maga szolgáltatott arra nézve bizonyítékot, hogy a veszteségek megtérülése nem volt lehetséges. Az Elsőfokú Bíróságnak tehát el kellett volna döntenie azt a kérdést, hogy a Bizottság figyelmen kívül hagyhatta-e a vállalkozás által a megtérülés lehetetlenségére nézve szolgáltatott bizonyítékokat.

141. A *Bizottság* arra hivatkozik, hogy a fellebbező első fokon nem hozott fel azzal kapcsolatos jogalapot, hogy a Bizottság jogszerűen hagyta-e figyelmen kívül ezeket a bizonyítékokat. Mindenesetre a Bizottság megjegyzi, hogy az érvelést értelemszerűen cáfolja a megtámadott ítélet 103–121. és 261–267. pontja. Végezetül a Bizottság a teljesség kedvéért előadja, hogy a megtámadott határozatban ténylegesen elemezte a megtérülés lehetőségét, és úgy találta, hogy annak lehetősége fennállt.

Álláspont

142. Nézetem szerint a veszteségek megtérülésének lehetetlensége kapcsán a fellebbező semmilyen más érvet nem hozott fel az Elsőfokú Bíróság előtt, mint azt, hogy a megtámadott határozatban maga a Bizottság bizonyította a veszteségek megtérülésének lehetetlenségét, amikor azt a megállapítást tette, hogy „a versenyfeltételek helyreálltak”.

143. Valójában az Elsőfokú Bíróság indokolási kötelezettsége nem olyan körű, hogy megkövetelné, hogy a fellebbező által felhozott minden egyes érvre részletesen kelljen válaszolnia, különösen, ha az adott érv nem kellően világos és pontos, és nincs részletes bizonyítékokkal alátámasztva.⁸²

82 – Lásd a C-274/99. P. sz., Connolly kontra Bizottság ügyben hozott ítélet (EBHT 2001., I-1611. o.) 121. pontját és a 34. lábjegyzetben hivatkozott C-197/99. P. sz., Belgium kontra Bizottság ügyben hozott ítélet 81. pontját.

144. Véleményem szerint a WIN keresetében az Elsőfokú Bíróság előtt a megtérülés lehetlenségének bizonyítására felhozott érv, amely szerint a Bizottság piaci elemzésében ellentmondásba került önmagával, nem tekinthető kellően világosnak és pontosnak. Ugyancsak nem minősült olyan állításnak, amely szerint a Bizottságnak nem állt jogában figyelmen kívül hagyni a kérdéses vállalkozás által a megtérülés lehetlenségére felhozott bizonyítékokot.

145. Mindenesetre emellett úgy tűnik, hogy ezt az érvet a megtámadott ítélet 103–

121. és 261–267. pontja értelemszerűen elutasítja.

146. Úgy vélem tehát, hogy a hetedik jogalap keretében felhozott második panaszt – mint új, az Elsőfokú Bíróság előtt nem hivatkozott érvelést/jogalapot – el kell utasítani mint elfogadhatatlant és mindenesetre mint megalapozatlant.

V – Véggövetkeztetések

147. A fentiek alapján indítványozom, hogy a Bíróság helyezze hatályon kívül a megtámadott ítéletet.

Emellett azt tartom megfelelőnek, hogy a Bíróság Alapokmánya 61. cikkének (1) bekezdésével összhangban ítélethozatalra utalja vissza az ügyet az Elsőfokú Bíróság elé, és a költségekről ne határozzon.