

THEMIS ***THEMIS*** **THEMIS**

***Az ELTE Állam- és
Jogtudományi Doktori
Iskola elektronikus
folyóirata***

2009. június

Themis: Az ELTE ÁLLAM- és Jogtudományi Doktori Iskola lektorált elektronikus folyóirata

A Szerkesztőség a Doktori Iskola hallgatóinak máshol nem publikált tanulmányait közli.

Szerkesztőbizottság:

Gönczöl Katalin, Takács Péter, Nagy Marianna

Szerkesztette: Nagy Marianna

Szerkesztőség címe: 1053 Budapest, Egyetem-tér 1-3.

Megjelenik minden évben kétszer.

Tartalom

TARTALOM	3
BODZÁSI BALÁZS: A kezesség szabályozása az új Polgári Törvénykönyvben	4
MOLNÁR HELLA: Gondolatok a kereskedelmi ügynökök kompenzációs jogáról a Lonsdale - ügy kapcsán	22
MOLNÁR MÁRTA: A társasági tulajdonrész árruházásának közbeszerzési vonatkozásai	41

Bodzási Balázs
Polgári Jogi Tanszék
Témavezető: Harmathy Attila

A kezesség szabályozása az új Polgári Törvénykönyvben

A kezesség, mint járulékos személyi biztosíték a hitelbiztosítéki jog egy önálló területe. A személyi biztosítéki jelleg azt jelenti, hogy a kezes felelőssége – a zálogkötelezett helytállási kötelezettségével szemben – nem egy meghatározott vagyontárgyra korlátozódik.¹ A kezes tehát egész vagyonával felel, a vagyonába tartozó bármely vagyontárgyra végrehajtási eljárást lehet indítani. Ebből a szempontból a kezes (és garancia esetén a garantőr) felelőssége korlátlan,² míg a zálogkötelezetté korlátozott.³ Mindez nem jelenti egyúttal azt is, hogy a hitelező számára a személyi biztosítékok minden szempontból kedvezőbb pozíciót jelentenek, hiszen a dologi biztosítékok számos előnyt nyújtanak, különösen a végrehajtási-, illetve felszámolási eljárásban.⁴ Ehhez képest a személyi biztosítékok előnye, hogy megnövekszik a kötelezettség teljesítéséért felelős személyek száma, ami a jogosult követelése vagyoni fedezetének növekedésével jár együtt.⁵

A hatályos Ptk. a kötelmi jog általános szabályai között – szerződést biztosító mellékkötelezettségként – szabályozza a kezességet (272-276. §). A Kormány által 2008. június 5-én az Országgyűlésnek benyújtott és az új Polgári Törvénykönyvről szóló törvényjavaslat (a továbbiakban: Törvényjavaslat)⁶ változtat a kezességi szabályok elhelyezésén: a kötelmi jog különös részében – az egyes szerződések körében – a biztosítéki szerződések cím alatt találhatóak a kezességre vonatkozó rendelkezések. A kötelmi jog különös részében történő elhelyezés lehetőséget ad arra, hogy a jogalkotó nagymértékben kibővítse a kezességre vonatkozó szabályokat.⁷

¹ Külön kérdés, hogy lehet-e a hitelbiztosítéki jogban a kötelezett felelősségéről beszélni, vagy ez egy más jellegű helytállási kötelezettség.

² Ehhez hasonlóan az osztrák jog alapján: WELSER (2007) 147. o.

³ A hitelező a zálogkötelezett egyéb vagyontárgyaira csak a zálogjog által biztosított követelés – vagyis kötelmi jogi jogcím - alapján vezethet végrehajtást. Ez az esetek döntő többségében hitel-, vagy kölcsönszerződés. Tiszta dologi jogi felelősséggel csak az önálló zálogjog azon eseteinél találkozhatunk, amelyeknél nincs alapul fekvő, biztosított jogviszony és követelés, ez azonban rendkívül ritka jelenség.

⁴ Erről részletesebben lásd: WEBER (2006) 54. o.

⁵ ZOLTÁN (1999) 742. o.

⁶ T-5949- es számú törvényjavaslat

⁷ Az új Ptk. természetesen szabályozza a személyi biztosítékok absztrakt formáját is, garancia címszó alatt. Erről részletesebben lásd: BODZÁSI Balázs: A hitelbiztosítékok jogi szabályozása az új Polgári Törvénykönyv Javaslatában, Jogi Tanulmányok 2008, Szerk.: Nagy Marianna, ELTE Állam- és Jogtudományi Kar, Budapest, 2008, 16-20. o.

1. A kezességi szerződés fogalma és létrejötte

A kezesi szerződéssel a kezes kötelezettséget vállal *a jogosulttal szemben*, hogy ha a kötelezett nem teljesít, maga fog helyette a jogosultnak teljesíteni.⁸ A hatályos Ptk. 272. § (1) bekezdése nem tartalmazza azt a kitételt, hogy a kezes a jogosulttal szemben vállal kötelezettséget. Ettől függetlenül a hatályos Ptk. sem szabályozza a kezes és a főadós közötti jogviszonyt, csupán a kezes és a hitelező közöttit.⁹ Amennyiben a kezes a főadóssal szemben vállal kötelezettséget arra, hogy helyette a hitelezőnek teljesít, az nem kezesesség,¹⁰ hanem vagy harmadik személy javára szóló szerződés (Ptk. 233. §), vagy pedig tartozásátvállalás (Ptk. 332-333. §).

A kezesség tehát a jogosult (a főkötelezett hitelezője)¹¹ és a kezes közötti szerződés, mégpedig ún. egyoldalúan kötelező szerződés. Az a fordulat, hogy „*a kezes kötelezettséget vállal*” arra utal, hogy a jogosult nem válik egyben kötelezetté is. A kezességi szerződés alapján főszolgáltatásra csak a kezes köteles, a jogosultat legfeljebb járulékos, másodlagos kötelezettségek terhelhetik.

Ilyen másodlagos kötelezettség például a tájékoztatási kötelezettség.¹² Ezek a járulékos, másodlagos kötelezettségek akkor is terhelik a jogosultat, ha külön nincsenek nevesítve, mert az ezek alapját jelentő gondossági kötelezettség következik a jóhiszeműség és tisztesség általános polgári jogi követelményéből.¹³ Emellett a tájékoztatási kötelezettség megszegése ún. atipikus – vagyis külön nem nevesített – szerződésszegési alakzat, amely végső soron kártérítési igényt alapoz meg a kezes oldalán. Ennek alapján megállapítható például a jogosult felelőssége, ha a kezesség elvállalásának időpontjában tudott arról, hogy a kezes tévedésben volt a főkötelezett anyagi helyzetét illetően, illetve tudta, hogy a főadós fizetéképtelen.¹⁴ Amennyiben a félrevezető tájékoztatás eléri a tévedés szintjét, már nem szerződésszegésről, hanem egy megtámadási-érvénytelenségi okról van szó. Egy ennél is magasabb szint a megtévesztés esete, amely csak aktív, tevőleges és szándékos magatartással valósítható meg, szemben a tévedéssel és a tájékoztatási kötelezettség megsértésével, melyek passzív magatartás, mulasztás útján is létrejöhetnek. Tévedés és megtévesztés esetén a kezes megtámadhatja a kezességi szerződést és a bíróság megállapíthatja annak érvénytelen-

⁸ Törvényjavaslat 5:374. §

⁹ ZOLTÁN (1999) 742. o.

¹⁰ Ehhez hasonlóan és ezt részletezve: ZOLTÁN (1999) 742. o.

¹¹ A német jog megköveteli, hogy a főkövetelés hitelezője és a kezesség jogosultja egy személy legyen (*Gläubigerindentität*), lásd: WEBER (2006) 55. o. Ez első ránézésre egy teljesen magától értetődő követelmény, dologi biztosítékoknál – mindenekelőtt az absztrakt *Grundschuld*-nál – azonban elválhat egymástól a biztosított alapkövetelés jogosultja és a biztosítékot kapó fél. Lásd: WILHELM: Sachenrecht, Rdnr. 1764.

¹² Törvényjavaslat 5:378. §

¹³ VÉKÁS (2008) 1031. o.

¹⁴ VÉKÁS (2008) 1031. o.

ségét, amennyiben a tévedést, illetve megtévesztést a hitelező okozta. A tévedés szintjét el nem érő szerződésszegési esetekben, ha a jogosult felelőssége megállapításra kerül - egyéb jogkövetkezmény hiányában is - a kártérítési kötelezettség fennáll. Az osztrák Legfelsőbb Bíróságnak (OGH) vannak olyan döntései, amelyek a bankot a kezessel szemben terhelő felvilágosítási kötelezettség tartalmát és terjedelmét, illetve jogkövetkezményeit elemzik. Az OGH egy 1984-es döntése szerint megállapítható a bankot terhelő felvilágosítási kötelezettség megsértése, ha a bank a kezességi szerződés megkötésekor már tudomással bírt arról, hogy a főadós fizetéképtelen és közvetlenül a gazdasági összeomlás előtt áll. Ebben az esetben ugyanis a banknak már azt is tudnia kellett, hogy a főadós fizetéképtelensége miatt a tartozás kiegyenlítéséért kizárólag a kezes lesz igénybe véve.¹⁵ Egy újabb osztrák jogeset a tévedés címén történő megtámadásról szól.¹⁶

A kezességi szerződés tehát a jogosult és a kezes közötti kétoldalú megállapodás. Maga a kezesség azonban egy háromoldalú jogviszonyt fog át, hiszen érinti a főadós és a jogosult közötti jogviszonyt is. Magából a kezességi szerződésből azonban a főadós számára sem jogok, sem kötelezettségek nem származnak, ő a kezesség létrehozására hivatkozva nem szabadul saját kötelezettsége alól.

A kezességi szerződés lehet ingyenes, de lehet visszsterhes is. Tipikus példája a kezesség visszsterhes alakzatának a bankkezesség. A kezesség ingyenes jellegétől természetesen független, hogy a főadós és a kezes közötti ún. fedezeti jogviszony ingyenes vagy visszsterhes-e. Ez a fedezeti jogviszony amúgy sem hat ki a kezességi szerződés érvényességére. Kivételesen elképzelhető, hogy hiányzik a kezes és a főadós közötti fedezeti viszony. Ebben az esetben az osztrák jog a megbízás nélküli ügyvitel szabályait alkalmazza.¹⁷

Kérdés, hogy a kezességi szerződés alapján a kezes milyen jellegű szolgáltatásra köteles? Kizárólag pénzszolgáltatás terhelheti, vagy akár természetben is teljesíthet a főadós helyett? Csak *dare*, vagy esetleg *facere*, illetve *preastare* jellegű szolgáltatás is terhelheti a kezeset? Mivel ebben a tekintetben sem a hatályos Ptk., sem a Törvényjavaslat nem tartalmaz megszorítást, azt mondhatjuk, hogy a kezes nemcsak *dare*, illetve nemcsak pénzszolgáltatás teljesítésére vállalhat kötelezettséget.¹⁸ Adott esetben egy vállalkozási szerződés is biztosítható kezességgel, amely alapján a megrendelő a kezesetől követelheti a vállalkozási szerződésben meghatározott eredmény (mű) előállítását és megvalósítását. Más kérdés, hogy ha erre a kezes nem képes, akkor kártérítésre

¹⁵ OGH 5 Ob 530/84. számú döntés, amely 1984.04.03-án született

¹⁶ JBl 2003, 577, idézi: WELSER (2007) 147. o. 1. lábjegyzet

¹⁷ WELSER (2007) 150. o.

¹⁸ A német jogban is elismert annak a lehetősége, hogy a kezesség nem csak pénztartozást biztosíthat. Lásd: REINICKE/TIEDTKE (2006) 25. o.

kötelezhető.¹⁹ A kártérítésre kötelezés alapja ebben az esetben a kezességi szerződés megszegése.

Kérdés, hogy a kezes és a jogosult között létrejövő szerződés létrejöttéhez, illetve érvényességéhez szükség van-e a főadós hozzájárulására? Ennek jogszabályi alapja nincs. Helyes tehát az a nézet, miszerint a kezesi szerződés létrejöttéhez nincs szükség a főadós hozzájárulására. Ennek oka, hogy a főkötelezett helyzete a kezesség elvállalása által nem súlyosbodik.²⁰ Az osztrák jogban különbséget tesznek azon két eset között, amikor a kezes a főadós beleegyezésével, illetve amikor ennek hiányában vállalta a kezességet.²¹

2. A kezességi szerződés alakszerűsége

A hatályos Ptk. 272. § (2) bekezdésében foglalt alakszerűségi szabályt – amely azonban kizárólag a kezességvállaló nyilatkozatra és nem magára a szerződésre vonatkozik – a Törvényjavaslat is megtartja. Ennek megfelelően: „Kezességet csak írásban lehet érvényesen vállalni”.²² Az írásbeliséget az 1959-ben elfogadott Ptk. írta elő először, azt megelőzően a kezességet bármilyen alakban el lehetett vállalni. Az 1928-as Magánjogi Törvényjavaslat ugyan okirati formát kívánt meg az érvényességhez, de ezt a régi magyar magánjog nem vette át.²³ A Ptk. miniszteri indokolása azonban kiemeli, hogy az alakszerűtlen kezességvállalás nem volt kielégítő megoldás, nem nyújtott kellő biztosítékot a felek számára, és komoly bizonyítási nehézséget támasztott.²⁴

A Ptk. tehát kizárólag a kezes akaratnyilatkozatára – ez valójában a kezességi szerződésre tett ajánlat – ír elő írásbeli formát. Ehhez elegendő az egyszerű magánokirat is. Kérdéses lehet azonban, hogy a kezességvállaló okirat telefax útján történő elküldése megfelelőnek tekinthető-e?²⁵ A magyar jog alapján erre igenlő válasz adható. A formai követelmény előírásának célja egyébként a kezes védelme és a kezességvállalás terjedelmével kapcsolatos esetleges bizonyítási nehézségek elkerülése.²⁶

Kérdés, hogy mit kell magában foglalnia a kezes írásban tett kötelezettségvállaló nyilatkozatának? Ez ki kell, hogy terjedjen minden

¹⁹ Ehhez hasonlóan foglalt állást Villányi László is. Lásd: VILLÁNYI (1941), 85. o.: „Az sem akadály, ha a kötelezettség az adós személyes szolgáltatásában áll; ilyen esetben a kezes kötelezettsége a szolgáltatás elmaradása esetén fizetendő kártérítésre vonatkozik.”

²⁰ VÉKÁS (2008) 1031. o.

²¹ A főadós egyetértésével vállalt kezességet *Einverständnisbürgschaft*-nak nevezik: WELSER (2007) 150. o.

²² Törvényjavaslat 5:375. §

²³ Indokolás (1963) 292. o.

²⁴ Indokolás (1963) 292. o.

²⁵ Ez az osztrák jogban is vitatott, ismert ugyanis olyan bírói ítélet, amely a telefax útján történő közlést nem tartja megfelelőnek az alakszerűség szempontjából: ÖBA 1996, 73. o.

²⁶ VÉKÁS (2008) 1032. o.

részletkérdésre, vagyis a kezesi felelősség teljes tartalmára? Az osztrák jogban elegendőnek tartják, ha a kezességvállaló nyilatkozatot tartalmazó okirat a kezesi felelősség lényeges elemeit tartalmazza.²⁷ Ehhez hasonlóan a német jog alapján is elegendő, ha a kezesi nyilatkozat a kezességi szerződésnek csak a lényeges, ám nem az összes elemét tartalmazza. A hitelező megnevezése természetesen elkerülhetetlen. Lényeges tartalmi elem a kifejezett kezességvállalási szándék, a főtartozás és a főkötelezett pontos megnevezése. Emellett a német jog megkívánja azt is, hogy a kezesség dologilag behatárolt legyen.²⁸ Már itt utalunk arra, hogy a német jogban az ún. globális kezesség rendkívül problematikus.²⁹ A magyar jogban nem kívánalom a kezesség szó használata, csak az a lényeges, hogy a nyilatkozat tartalma szerint valóban kezességnek minősüljön.³⁰

Az írásbeliség a kezes jognyilatkozatának érvényességéhez szükséges. Ebből következik, hogy ezt az akaratnyilatkozatot írásba foglalás hiányában is létrejöttek kell tekinteni, amely azonban – az idézett alakszerűségi szabály megsértése miatt – semmis, vagyis érvénytelen lesz.³¹ Ennek megfelelően a szóban, vagy ráutaló magatartással megtett kezességvállaló nyilatkozatra az érvénytelenség jogkövetkezményeit kell alkalmazni, a jogalap nélküli gazdagodás, mint a létre sem jött jogügyletek jogkövetkezménye, itt nem jön figyelembe.³² Amennyiben a kezes nem írásban vállalta a kezességet és ennek alapján elégítette ki a jogosult követelését, a kezesség érvényessé válik.³³

A jogosult (hitelező) akaratnyilatkozatára – az elfogadó nyilatkozatra – ezzel szemben nem terjed ki az írásbeliség, így az akár szóban, akár ráutaló magatartással létrejöhet.³⁴ Nem érvényességi feltétel tehát, hogy a hitelező is aláírja a kezes írásban tett jognyilatkozatát, amely a korábbi kereskedelmi jogi gyakorlat továbbélése. A kezességi szerződés teljes tartalmát tehát nem kell írásba foglalni. Ebből azonban nem következik, hogy a kezesség egyoldalú kötelezettségvállaló jognyilatkozat lenne. A kezesség kétoldalú jogügylet, szerződés, azonban csak a kezes akaratnyilatkozatára ír elő formakényszert a törvény. Ez azt jelenti, hogy nem az egész szerződést kell írásba foglalni, csupán a kezességvállaló nyilatkozatot. Az osztrák jogi helyzet ezzel teljesen megegyezik, vagyis az osztrák jog alapján sem kell a teljes kezességi szerződést írásba foglalni.³⁵ Az osztrák jogban azonban sosem volt kérdéses a kezesség szerződéses jellege, ezt ugyanis az osztrák Ptk. (ABGB) 1346. §-a egyértelműen kimondja.

²⁷ ÖBA 2000, 524. o., idézi WELSER (2007) 147. o. 5. lábjegyzet

²⁸ WEBER (2006) 58. o.

²⁹ WEBER (2006) 59. o.

³⁰ ZOLTÁN (1999) 743. o.

³¹ Törvényjavaslat 5:75. § (1) bekezdés

³² Törvényjavaslat 5:85. §

³³ VÉKÁS (2008), 1032. o., továbbá Törvényjavaslat 5:75. § (3) bekezdés

³⁴ ZOLTÁN (1999) 743. o. Ezzel teljesen megegyezik a német jogi szabályozás is. Lásd: WEBER (2006) 57. o.

³⁵ WELSER (2007) 147. o.

3. A kezességi szerződés tárgya

A hatályos Ptk. a kezesség tárgyáról nem ad bővebb felvilágosítást, de nem is tartalmaz megszorítást arra nézve. Ennek alapján a jogirodalom³⁶ és a bírói gyakorlat azonban már évtizedek óta elismeri a feltételes és jövőbeli követelés kezesség útján való biztosítását (BH 1995. 108.), amely lehetőség a régi magyar magánjogban is elismert volt.³⁷

A Törvényjavaslat szerint kezesség jövőbeli vagy feltételes kötelezettségért is vállalható. Eszerint kezesség egy vagy több, fennálló vagy jövőbeli, feltétlen vagy feltételes, meghatározott vagy meghatározható összegű pénzkövetelés vagy pénzben kifejezhető értékkel rendelkező egyéb kötelezettség biztosítására vállalható. Ezt egészíti ki az 5:376. § (2) bekezdés: *„Kezesség a kötelezettnek egy vagy több meghatározott jogviszony alapján fennálló, illetve a jövőben keletkező valamennyi kötelezettségéért vagy a kötelezettnek a jogosulttal szemben fennálló, illetve a jövőben keletkező valamennyi kötelezettségéért is vállalható.”* Ez a rendelkezés tehát azt jelenti, hogy a kezes a főadós összes jövőbeli kötelezettségét átvállalhatja, még az sem feltétel, hogy ezek egyazon jogosulttal szemben álljanak fel.

Nézetem szerint a Törvényjavaslat 5:376. § (2) bekezdése indokolatlanul és veszélyes mértékben szélesíti ki a kezességgel biztosítható kötelezettségek körét. A főadós összes jövőbeli kötelezettségéért történő kezességvállalás adott esetben jóerkölcsbe is ütközhet és ennek alapján semmis lehet. Ez azt is jelentheti, hogy a kezes egész életére szólóan járulékos kötelezetté válik. A német Alkotmány-bíróságnak (BVerfG.)³⁸ és Legfelsőbb Bíróságnak (BGH)³⁹ vannak ilyen tárgyú döntései, amelyek a német hitelbiztosítéki jogban a kezesség alapelveként tekintett meghatározottsági elv megsértéséből indulnak ki. A meghatározottsági elv (*Bestimmtheitsgrundsatz*) alapján a kezességgel biztosítandó tartozásnak tartalmilag meghatározottnak, vagy legalábbis meghatározhatónak kell lennie, ennek hiányában a kezesség érvénytelen. Ehhez járul még a biztosított követelés áttekinthetőségének az elve (*Übersehbarkeit*), amely különösen a valamennyi jövőbeni követelés kezességgel való biztosítása esetén sérül. A német jogirodalomban általános elfogadott az a nézet, amely szerint a valamennyi jövőbeni tartozásért vállalt kezesség a jóerkölcsbe ütközik.⁴⁰ A BGH utóbb enyhített ezen az állásponton és érvényesnek fogadta el azt a kezességvállaló nyilatkozatot, amely az összes jövőbeni tartozásra vonatkozott, azzal, hogy valamennyi követelés

³⁶ Indokolás (1963) 292. o., ZOLTÁN (1999) 742. o.

³⁷ VILLÁNYI (1941) 85. o.

³⁸ BVerfGE 89, 214. o., NJW 1994, 2749. o.

³⁹ BGHZ 25, 318. o., WM 1990, 969. o., ZIP 2003, 796. o., ZIP 2005, 432. o.

⁴⁰ REINICKE/TIEDTKE (2006) 30. o. 25. lábjegyzet

azonos üzleti kapcsolatból származnak.⁴¹ Ha a hitelező tehát egy bank, akkor a főadóssal fennálló banki-üzleti kapcsolatból kell, hogy a kezességgel biztosított követelések származzanak. A BGH szerint az azonos üzleti kapcsolatból származás – mint dologi behatároltság – elengedő ahhoz, hogy a kezes kötelezettsége terjedelmileg áttekinthető legyen. A német jogirodalomban azonban élesen támadták a BGH ezen újabb gyakorlatát, mondván, a hitelező jövőbeni követelései még ebben az esetben is rendkívül magasak lehetnek, amelyre a kezesnek semmiféle befolyása nincs. Ezen nem változtat a kezes megillető felmondási jog sem, hiszen az mindig a jövőre nézve gyakorolható, és a tartozás a felmondási jog gyakorlásakor már fennállhat. A jövőbeni tartozásokért vállalt kezesség a német jogirodalom szerint terjedelmileg csak akkor áttekinthető, ha azt egy legfelső keret korlátok közé szorítja. Csakis egy ilyen jellegű keretbiztosítéki kezesség esetén tudhatja azt előre a kezes, hogy utóbb milyen mértékig fordulhat ellene a hitelező.⁴² Az mindenesetre nem vitatott, hogy valamennyi jövőbeni tartozás – amelynek még csak a kötelezettje sem minden esetben ugyanaz a személy – biztosítására vonatkozó kezességi szerződés olyan feltűnő finánciális túlterhelést jelent a kezes számára, hogy az már a jóerkölcsebe ütközik.⁴³

A valamennyi jövőbeni tartozásáért való kezességvállalás problémája a magyar jogban sem új keletű jelenség. Ezzel a kérdéssel a közelmúltban a jogirodalom is foglalkozott. *Leszkoven László* azokat szerződéses kikötéseket vizsgálta, amelyek alapján a készfizető kezes időbeni és összegszerű korlátozás nélkül vállal helytállási kötelezettséget a főkötelezettnek a hitelezővel szemben fennálló, illetve a jövőben keletkező valamennyi (bármilyen jogviszonyból eredő, illetve jogcímen fennálló) tartozásáért. *Leszkoven* szerint az ilyen korlátlanul, megszorítások nélkül alkalmazott – általa „keretbiztosítéki kezességnek”⁴⁴ nevezett – kötelezettségvállalás alapján a hitelező lényegében önálló, új adóssá nyert. Ennek következtében a szerződésből fakadó jogok és kötelezettségek egyensúlya teljesen felborul és fennáll a veszélye annak, hogy mind a főadós, mind a hitelező felelőtlenebbé válik.⁴⁵ *Leszkoven* szerint a kezesség járulékos jellegéből, valamint abból, hogy a kezesség idegen adósságért való helytállási kötelezettség – tehát nem egyetemleges kötelezettség -, az is következik, hogy a tartozásnak, melyet a kezesség biztosít, körülhatárolhatónak és egyértelműen azonosíthatónak kell lennie.⁴⁶ *Leszkoven* szerint az ilyen szerződéses kikötések jóerkölcsebe ütközés miatt semmisek. Eddig a pontig teljesen egyet kell értenünk a szerzővel, vitatható azonban az a megállapítása, miszerint a Törvényjavaslat

⁴¹ NJW 1985, 858. o., WM 1994, 1064. o.

⁴² REINICKE/TIEDTKE (2006) 30. o.

⁴³ REINICKE/TIEDTKE (2006) 70. o.

⁴⁴ *Leszkoven* maga is utal arra, hogy a „keretbiztosítéki kezesség” vitatható elnevezés, más esetekben ún. globális kezességről beszélnek. Tekintettel a fogyasztói kezesség szabályai között található 5:389. § (3) bekezdésre, valamint a német jogirodalomban használt kifejezésekre, szerencsésebb talán a *Leszkoven* által vizsgált alakzatot globális kezességnek nevezni.

⁴⁵ LESZKOVEN, KK 2009/1., 7. o.

⁴⁶ LESZKOVEN, KK 2009/1., 6. o.

alapvetően elfogadható garanciákat tartalmaz az ilyen típusú globális kezességgel szemben.⁴⁷ Nézetem szerint ezek a szabályok (pl. a kezest megillető felmondási jog) nem alkalmasak arra, hogy reális védelmet nyújtsanak a kezesnek a teljesen parttalan igénybevétellel szemben. Valamennyi jövőbeni tartozásért vállalt kezesség esetén ugyanis egy nagyon rövid időszak alatt is fennáll a veszélye annak, hogy a kezes gazdaságilag-pénzügyileg egy teljesen kiszolgáltatott helyzetbe kerüljön. Ráadásul mivel idegen tartozások biztosításáról van szó, azok létre, terjedelmére a kezes semmiféle befolyást nem tud gyakorolni. Valakit ilyen módon kiszolgáltatottá tenni nem lehet célja a kezességi szabályoknak. Ez még egy cég által vállalt kezesség esetén sem fogadható el, már csak azért sem, mert ilyen formában az adott cég hitelezőinek a követelését vonhatják el.

Összességében azt mondhatjuk, hogy amennyiben a Törvényjavaslat változatlan tartalommal lép hatályba, fennáll a veszélye annak, hogy egy ilyen tárgyú beadvány esetén a magyar Alkotmánybíróság is megállapítja az idézett szakasz alkotmányellenességét.

4. A kezesség járulékosága

A kezesség járulékos jellegű személyi hitelbiztosíték, ami azt jelenti, hogy a kezes kötelezettsége ahhoz a kötelezettséghez igazodik, amelyért kezességet vállalt. A kezesség tartalma és terjedelme tehát a főkötelezettség mindenkori tartalmához és terjedelméhez igazodik.⁴⁸ Egy alapul fekvő személyes jogviszony nélkül kezesség nem jöhet létre. Ha ilyen biztosítandó főkövetelés nincs, akkor a kezességvállalás érvénytelen.⁴⁹ Bírósági úton nem érvényesíthető követelés kezesével szemben a követelést bírósági úton nem lehet érvényesíteni.

Arra természetesen van lehetőség, hogy a kezes korlátozza kötelezettségvállalása mértékét, ebben az esetben az nem terjed ki az egész főkötelezettségre, illetve annak járulékos kötelezettségeire (pl. kamat, igényérvényesítés költségei). Arra is van lehetőség, hogy a főkötelezett tartozásáért többen vállaljanak ilyen korlátozott rész-kezességet. Előállhat azonban az a helyzet is, hogy a kezes többel tartozik a jogosultnak, mint a főadós. Erre akkor kerülhet sor, ha saját szerződészegése következtében a kezes saját kötelezettsége utóbb növekszik.⁵⁰

⁴⁷ LESZKOVEN, KK 2009/1., 9. o.

⁴⁸ VÉKÁS (2008) 1032. o.

⁴⁹ Az ilyen kezességvállalás ugyan létrejön, de a biztosítandó főkövetelés hiánya miatt, jogszabályba ütközés alapján semmis. Hasonlóan: VILLÁNYI (1941) 89. o.

⁵⁰ VÉKÁS (2008) 1033. o.

A kezes a kötelezett ellen indított per és végrehajtás költségeiért csak akkor felel, ha a keresetindítás előtt a jogosult a teljesítésre felszólította.⁵¹

A kötelezett a kezes kötelezettségét a kezesség elvállalása után nem terjesztheti ki.⁵² Így, ha a kötelezett a kezességvállalást követően újabb kötelezettséget vállal, ezt a kezesség már nem biztosítja, hacsak a kezes erre vonatkozóan is vállalja a kezességet.⁵³ Ennek megfelelően nincs mód a biztosított jogviszonyban kikötött ügyleti kamat utólagos emelésére sem. Kérdéses lehet azonban, hogy a kezesség kiterjed-e a főkötelezett szerződésszegése folytán keletkező károkra? A magyar jogirodalom álláspontja nem egységes. A Ptk. miniszteri indokolása szerint a kezes nemcsak a kötelezettség teljesítéséért, hanem annak szerződés szerinti teljesítéséért vállalt kötelezettséget. Ennek megfelelően a szerződésszegéséért való helytállási kötelezettséget – anélkül, hogy ezt a Ptk. külön kimondta volna – a járulékoság elve alóli kivételnek tekintették.⁵⁴ Az újabb jogirodalom szerint azonban a kérdésre a válasz nemleges.⁵⁵ A német jog szintén tagadja ezt, úgyszintén azt is, hogy a kezes felelőssége kiterjedne arra az esetre, ha a főkötelezett és a hitelező közötti jogviszony érvénytelen.⁵⁶

A járulékoságból következik az is, hogy a kezességgel biztosított követelés cseréjére nincs lehetőség. Ilyen esetben, ha az eredeti tartozás megszűnik, megszűnik az azt biztosító kezesség is.

A járulékoság elvével szorosan összefügg a kifogások felhozatalának a lehetősége. A kezes ugyanis érvényesítheti az őt saját személyében (a kezességi szerződés alapján) megillető kifogásokon túl azokat a kifogásokat is, amelyeket a kötelezett érvényesíthet a jogosulttal szemben. Ez az egyik legfontosabb különbség a járulékos kezesség és az absztrakt garancia között. A kezes nem veszti el e jogát azzal sem, hogy a kötelezett a kezesség elvállalása után lemond ezekről a kifogásokról.⁵⁷

A beszámításra és a megtámadás esetén a teljesítés visszatartására vonatkozó szabályokat a Törvényjavaslat – ellentétben a Szakértői Javaslat⁵⁸ - nem tartalmazza. A járulékoság elvével függ össze az is,

⁵¹ Törvényjavaslat 5:377. § (1) bekezdés, ezzel azonosan: Ptk. 273. § (2) bekezdés

⁵² Törvényjavaslat 5:377. § (2) bekezdés

⁵³ ZOLTÁN (1999) 744. o.

⁵⁴ Indokolás (1963) 293. o.

⁵⁵ ZOLTÁN (1999) 744. o.

⁵⁶ WEBER (2006) 59. o. A biztosított jogviszony akkor lehet érvénytelen, ha pl. a főkötelezett és a hitelező közötti kölcsönszerződés a jóerkölcsbe ütközik. Amennyiben azonban a kezes tudta, hogy a biztosított jogviszony érvénytelen, illetve ezzel reálisan számolhatott, akkor a kezességi szerződés érvényesnek tekinthető és úgy értelmezhető, hogy a kezes a főadósnak a szerződés érvénytelenségéből származó kötelezettségeiért vállalt helytállási kötelezettséget. Ebben az esetben a biztosítandó kölcsönszerződés ugyan érvénytelen lesz, de az adóst terhelő visszafizetési kötelezettség továbbra is fennáll, és az kezességgel biztosítható. Lásd: REINICKE/TIEDTKE (2006) 25. o., valamint 27. o.

⁵⁷ Törvényjavaslat 5:377. § (3) bekezdés

⁵⁸ Szakértői Javaslat 5: 393. § (4) és (5) bekezdés

hogy a kezesség a biztosított követelés átruházásával átszáll a követelés megszerzőjére.

5. A jogosultat terhelő tájékoztatási kötelezettség – szerződésszegés vs. érvénytelenség

A Törvényjavaslat 5:378. §-a speciális tájékoztatási kötelezettséget ír elő a jogosult számára. Ennek megfelelően a jogosult haladéktalanul köteles tájékoztatni a kezest a kötelezett teljesítésének elmaradásáról, illetve a biztosított kötelezettség teljesítési határidejének módosításáról. A tájékoztatásnak ki kell terjednie a biztosított kötelezettségnek a tájékoztatás időpontjában fennálló mértékére.

A jogosult mentesül ez alól a kötelezettség alól, ha a kötelezett csak a mellékkötelezettségek teljesítésével maradt el, kivéve, ha ezek mértéke eléri a főkövetelés 10%-át. Nem terheli a jogosultat ez a tájékoztatási kötelezettség akkor sem, ha a kezes legalább többségi befolyással rendelkezik a kötelezett jogi személyben. A jogosult felelős a tájékoztatás elmulasztásából vagy késedelméből eredő, a kezest ért károk megtérítésére.

Fentebb már utaltunk rá, hogy a téves, félrevezető, megtévesztő tájékoztatás többféle jogkövetkezményt vonhat maga után. Leggyakoribb a tájékoztatási kötelezettség megszegése, mint atipikus szerződésszegési alakzat. Ennek jogkövetkezménye a kártérítés. Ennél súlyosabb esetként fog át a tévedés, amely már érvénytelenségi ok. A legkirívóbb esetekben pedig megállapításra kerülhet a megtévesztés is, amely szintén egy megtámadási ok. A tévedés és a megtévesztés jogkövetkezménye az érvénytelenség, kártérítési igény ezekhez csak többlettényállási elemek megléte esetén, kivételesen járul.

A fenti esetben a tévedést, illetve a megtévesztést a hitelező okozta. Amennyiben azonban a kezes tévedését a főadós fizetőképességét illetően nem a hitelező okozta – illetve a hatályos Ptk. 210. § (1) bekezdése szerint a hitelező azt nem is ismerhette fel -, akkor tévedés címén megtámadásnak nincs helye. Ez vonatkozik arra az esetre is, ha a kezest a főadós ejtette vagy tartotta tévedésben saját fizetőképességét illetően. A hatályos Ptk. 210. § (1) bekezdése szerint ez már csak azért is kizárt, mert az idézett szakasz „másik félről” beszél. Kezességi szerződés esetén ez pedig nem a főadós, hanem a hitelező. Mivel a Törvényjavaslat 5:71. § (1) bekezdése is „másik felet” említ, a megtámadás ez alapján is kizárt. Ez irányadó arra az esetre is, ha a kezest a főadós megtévesztéssel vette rá a kezességi szerződés megkötésére. Mivel a Ptk. 210. § (4) bekezdése és a Törvényjavaslat 5: 72. § (1) bekezdése is „másik félről” beszél, megtévesztés címén is csak akkor van helye megtámadásnak, ha azt a hitelező okozta. Amennyiben azonban a kezességet ingyen vállalták,

vagyis a szerződés nem visszterhes, akkor alkalmazni lehet a Ptk. 210. § (5) bekezdését, illetve a Törvényjavaslat 5:74. §-át. A hatályos Ptk. szerint ingyenes szerződés esetén a tévedést, illetve a megtévesztést a másik félnek nem kell felismernie. A Törvényjavaslat szerint a harmadik személy részéről történő megtévesztés esetén az ingyenes szerződést akkor is meg lehet támadni, ha a másik fél ezt nem ismerhette fel. Kérdés, hogy ezek alapján helye lehet-e megtámadásnak akkor, ha a kezest a főadós ejtette tévedésbe, illetve tévesztette meg? Ez megtévesztés esetén megállapíthatónak tűnik, tévedésnél azonban nem feltétlenül.

A német jog alapján akkor sincs helye tévedés címén a kezességi szerződés megtámadásának, ha a kezes a főtartozás mértékét illetően volt tévedésben.⁵⁹

6. A sortartás kifogása

A kezesség nemcsak járulékos, de egyúttal másodlagos, ún. szubszidiárius kötelem is.⁶⁰ A jogosultnak ennek megfelelően először a főadóstól kell megkísérelni behajtani a követelést, ha ez nem vezet eredményre, csak akkor fordulhat a kezes ellen. A bíróság azonban ennek a ténynek a hiányát hivatalból nem veheti figyelembe, vagyis a kezesnek mindenegyes esetben hivatkozni kell erre a kifogásra. Ezen kifogás alapján a kezes mindaddig megtagadhatja a teljesítést, amíg a jogosult nem igazolja, hogy a követelés behajtása végett végrehajtást vezetett a kötelezett vagyonára, és a végrehajtás során a követelés nem nyert kielégítést.⁶¹ Ebből a szempontból más megoldást követ az osztrák jog, aszerint ugyanis a hitelező már akkor a kezes ellen fordulhat, ha a főkötelezettet felszólította ugyan a teljesítésre, de az egy megfelelő időtartam alatt ennek nem tett eleget.⁶² Az osztrák jog tehát nem kívánja meg a kezes ellen indított végrehajtási eljárás sikertelenségét, vagyis a főkövetelés behajthatatlanságának az igazolását.

A sortartás kifogása nem gátolja a kötelezett egy a kezes együttes perlését,⁶³ amit nyilván pergazdaságossági szempontok indokolnak. Ebben az esetben a bíróság a kezest feltételesen marasztalja.⁶⁴

Bizonyos esetekben a kezes nem hivatkozhat a sortartás kifogására, ekkor ún. készfizető kezességről beszélünk. A Törvényjavaslat egyértelművé teszi, hogy ezekben az esetekben a jogosultat terheli a bizonyítási

⁵⁹ WEBER (2006) 65. o.

⁶⁰ ZOLTÁN (1999) 746. o.

⁶¹ Törvényjavaslat 5:379. § (1) bekezdés, némileg másként fogalmaz a hatályos Ptk. 274. § (1) bekezdése

⁶² WELSER (2007) 149. o.

⁶³ Törvényjavaslat 5:379. § (2) bekezdés, ezzel egyezően Ptk. 274. § (1) bekezdés

⁶⁴ VÉKÁS (2008) 1035. o.

kötelezettség.⁶⁵ Lényeges változás a hatályos szabályokhoz képest, hogy sem a kár megtérítésére vállalt kezesség, sem a bankkezesség nem minősül a jövőben ex lege készfizető kezességnek. Ennek megfelelően egy bank is tud kezesként a sortartás kifogására hivatkozni.

7. A kezesség speciális formái

A hatályos joggal szemben a Törvényjavaslat a kezesség több speciális formáját is szabályozza. Ezek szabályozási mintája nagyrészt a német BGB. Ezeket az alakzatokat a hatályos Ptk. ugyan külön nem említi, de a kötelmi jog alapelvei szerint ma sem kizárt ilyen kezességi formák létrehozatala.

Külön szól a Törvényjavaslat a jogszabály alapján fennálló kezességről is, amelyre – eltérő rendelkezés hiányában – a kezességi szerződés szabályait kell megfelelően alkalmazni.⁶⁶ A törvényi kezesség eseteiben a kezességet általában az állam vállalja.⁶⁷

Speciális formának tekinthető, ha ugyanazt a követelést kezesség és zálogjog is biztosítja. A Törvényjavaslat 5:387. §-a szerint a zálogjogot a főkötelezettől eltérő személynek kell alapítani. Ez azt jelenti, hogy a főkötelezett személyes adós lesz, a zálogjogot alapító harmadik személy pedig dologi adós. Ilyen esetben a kezes és a zálogkötelezett (dologi adós) egyetemlegesen felelnek, egymás közötti viszonyukban pedig kockázatvállalásuk arányában kötelesek helytállni. A dologi adós kockázatvállalásának mértékét a zálogtárgy értéke határozza meg. A Törvényjavaslat nem szabályozza a főkötelezett (személyes adós) által alapított zálogjog és a kezesség egymáshoz való viszonyát. A Szakértői Javaslat ezzel szemben a sortartás kifogása körében szólt erről a lehetőségről, amely alapján a kezes megtagadhatja a teljesítést, amíg a jogosult nem igazolja, hogy a zálogjog érvényesítése során a követelés nem nyert kielégítést.⁶⁸ Kérdés, hogy okoz-e valamilyen problémát a gyakorlatban a Szakértői Javaslatban még meglévő szabály hiánya? Ezt nyilván nem lehet még látni, de mindenesetre annak fennáll a lehetősége, hogy egy ilyen helyzetben a hitelező közvetlenül a kezes ellen forduljon, és meg se kísérelje érvényesíteni a zálogjogot. Szerencsésebb lett volna, ha ezt a szabályt a Törvényjavaslat is átveszi.

⁶⁵ Törvényjavaslat 5:379. § (3) bekezdés, amely bekezdés tartalma változott a Törvényjavaslat korábbi verziójához képest.

⁶⁶ Törvényjavaslat 5:388. §

⁶⁷ Ehhez hasonlóan az osztrák jogban: WELSER (2007) 147. o. A német jog vonatkozásában lásd: REINICKE/TIEDTKE (2006) 170-176. o.

⁶⁸ Szakértői Javaslat 5:394. § (2) bekezdés. Ez a kedvezmény tehát nem vonatkozott volna arra az esetre, ha a zálogjogot nem a főkötelezett, hanem egy harmadik személy, mint dologi adós alapítja. Ebben az esetben a kezes és a dologi adós egyetemlegesen feleltek volna a követelés teljesítéséért.

7. 1. Több kezes kötelezettségvállalása

A Törvényjavaslat külön szabályozza azt a helyzetet, ha több kezes vállal kezességet ugyanazért a kötelezettségért.⁶⁹ Fentebb már láttuk, hogy nincs akadálya annak, hogy az egész tartozásért többen, de csak korlátozott mértékben vállaljanak (rész)-kezességet. Történhet azonban olyan formában is kezességvállalás több személy részéről, hogy valamennyi az egész tartozásra vonatkozik. Ez utóbbit szabályozza a Törvényjavaslat 5:386. §-a.

Ez alapján a kezesek egyetemlegesen felelnek a jogosulttal szemben, vagyis a hitelező – választása szerint - bármelyik kezestől követelheti a teljes kötelezettség teljesítését.⁷⁰ Az ilyen formában, a teljes tartozásért vállalt egyetemleges kezességnek két esetkörét szabályozza a Törvényjavaslat: ha a kezesek egymásra tekintet nélkül, valamint, ha egymásra tekintettel vállalják a kezességet. Az előbbi esetben a kötelezettség egyedül azt terheli, aki korábban vállalta a kezességet, akivel szemben a jogosult követelését kielégítő kezesnek regressz (megtérítési) igénye lesz. Ha azonban a kezesek egymásra tekintettel vállalnak kezességet, egymás közötti viszonyukban kockázatvállalásuk arányában kötelesek helytállni.⁷¹

7. 2. Kártalanító kezesség

Ha a kezes kifejezetten a követelésnek a kötelezettől be nem hajtható részéért vállalt felelősséget, a jogosult csak akkor követelheti a kezestől a biztosított követelés kielégítését, ha végrehajtást vezetett a kötelezett vagyonára, és a végrehajtás során a követelés nem nyert kielégítést.⁷² Ezzel teljesen megegyezik az osztrák szabályozás.⁷³

⁶⁹ Törvényjavaslat 5:386. §

⁷⁰ VÉKÁS (2008) 1038. o.

⁷¹ A két esetkört szemléletesen példákkal mutatja be *Csizmazia Norbert* a Vékás Lajos professzor által szerkesztett Szakértői Javaslatban: VÉKÁS (2008) 1038-1039. o.

⁷² Törvényjavaslat 5:380. §

⁷³ WELSER (2007) 149. o.

Ebben az esetben kizárt a kötelezett és a kezes együttes perlése, a kezes csak akkor perelhető, ha a főadós ellen már vezetett egy sikertelen végrehajtást.⁷⁴

Kérdés, hogy van-e igazán különbség a rendes sortartásos kezesség és a kártalanító kezesség között? A Törvényjavaslat 5:379. § (1) bekezdése szerint – sortartásos kezesség esetén – a kezes mindaddig megtagadhatja a teljesítést, amíg a jogosult nem igazolja, hogy a követelés behajtása végett végrehajtást vezetett a kötelezett vagyonára, és a végrehajtás során a követelés nem nyert kielégítést. Egyedüli különbségnek csak az látszik, hogy kártalanító kezességnél a bíróság hivatalból vizsgálja a követelés behajthatatlanságát, míg sortartásos kezesség esetén erre a kezesnek a perben kifogás formájában hivatkoznia kell. Emellett a kártalanító kezes – szemben a rendes sortartásos kezessel – a főkötelezettel együtt nem perelhető. Az osztrák jogban ez a különbség sokkal intenzívebb, hiszen a hitelező a rendes sortartásos kezes ellen már a főkövetelés végrehajtásának megkezdése előtt is fordulhat.

7. 3. Alkezesség

A kezes kötelezettségének kielégítéséért vállalt kezesség az alkezesség. Ha a kezes kötelezettségéért kezességet vállalt személy (alkezes) kielégíti a jogosult követelését, a kielégítés erejéig mindazokat a jogokat is érvényesítheti, amelyeket a kezes érvényesíthetett volna, ha a jogosult követelését kielégíti.⁷⁵

7. 4. Időre szóló kezességvállalás

A Törvényjavaslat szabályozza a kezességnek azt a típusát, amikor a kezes határozott, illetve határozatlan időre vállalja a kezességet.

Határozott időre vállalt készfizető kezesség esetében a határozott idő lejártá után a kezes szabadul a kötelezettség alól, kivéve, ha a jogosult a biztosított követelés esedékessé válása után, de még a határozott idő lejártá előtt felszólította a teljesítésre. Határozott időre vállalt sortartásos kezesség esetében a határozott idő lejártá után a kezes szabadul, kivéve, ha a jogosult a biztosított követelés esedékessé válása után, de még a határozott idő előtt tájékoztatta arról, hogy végrehajtást kezdeményez a kötelezett vagyonára és a kezes kérésére a végrehajtásról 3 havonta tájékoztatja.

Ha a határozatlan időre vállalt kezesség a kötelezettnek a jogosulttal szemben fennálló, illetve a jövőben keletkező valamennyi kötelezettségét biztosítja, a kezes 3 hónapos felmondási idővel megszüntetheti a kezességi szerződést.⁷⁶

⁷⁴ VÉKÁS (2008) 1035. o.

⁷⁵ Törvényjavaslat 5:384. §. Ezzel azonos alakzatot az osztrák jog is ismer: WELSER (2007) 149. o.

⁷⁶ Törvényjavaslat 5:382. §

Kérdés, hogy ha a valamennyi jövőbeli követelést biztosító kezesség önmagában egy vitatható biztosítéki forma, akkor ez mennyiben hat ki a határozatlan időre vállalt kezességre?

7. 5. Fogyasztói kezesség

A fogyasztóvédelmi gondolat megerősödése uniós szinten, valamint a német és osztrák bírói gyakorlat erőteljesen fogyasztóbarát döntései indokolták a fogyasztói kezességi szerződés elkülönült szabályozását. A Törvényjavaslat nem határozza meg, hogy mi minősül fogyasztói kezességnek, így a fogyasztó általános fogalmából kell kiindulni az elhatárolás során. A Törvényjavaslat nem kívánja meg a kezességi szerződés fogyasztói szerződésnek minősítéséhez azt, hogy a kezességgel biztosított kötelezettség alapja is fogyasztói szerződés legyen.

A fogyasztói szerződés szabályai egyoldalúan kógensek, vagyis azoktól csak a fogyasztó javára lehet érvényesen eltérni, ellenkező esetben a kikötés semmis.

A fogyasztói szerződés körében a jogosultat speciális tájékoztatási kötelezettség terheli, amelynek már a szerződéskötés előtt eleget kell tennie. Ez a típusú tájékoztatási kötelezettség a *culpa in contrahendo* esetkörébe tartozik. Ez azt jelenti, hogy egy szerződésen kívüli tényállás alapján lehet kártérítési igényt érvényesíteni, ebben az esetben deliktuális alapon. Ez a tájékoztatás kiterjed a kezes jogaira és kötelezettségeire, illetve a kötelezett helyzetéből fakadó, a hitelező előtt ismert különleges kockázatokra is. Ha a jogosult nem tesz eleget ennek a tájékoztatási kötelezettségnek, akkor a kezes határidő nélkül visszavonhatja ajánlatát, vagy elállhat a szerződéstől.⁷⁷

Ha a kötelezett késedelembe esik, a jogosult köteles a kezeset haladéktalanul értesíteni, ennek elmulasztása esetén a kezes nem felel a késedelemből eredő kárért és a késedelmi kamatért.⁷⁸

Az ún. *globális kezesség* esetén a fogyasztói kezességi szerződés csak akkor lesz érvényes, ha a felek meghatározzák azt a legmagasabb összeget, amelynek erejéig a kezes felel a jogosult tartozásaiért (egyfajta keretbiztosítéki kezesség). A Törvényjavaslat ebben az esetben is lehetővé teszi valamennyi jövőbeli követelés biztosítását kezességvállalás által.⁷⁹ Ez a szabály, figyelemmel a legfelső keret meghatározásának kötelezettségére, kevésbé problematikus, mint a valamennyi jövőbeni tartozásra vonatkozó szabályok rendes kezesség esetén.

⁷⁷ Törvényjavaslat 5:389. § (2) bekezdés

⁷⁸ Törvényjavaslat 5:389. § (4) bekezdés

⁷⁹ Törvényjavaslat 5:389. § (3) bekezdés

A kielégítő szintű védelem megteremtése fogyasztói kezesség esetén azért is különösen fontos, mert erre vonatkozóan nincs európai uniós jogszabály. A fogyasztói hitel-megállapodásokról szóló új – 2008. április 23-án elfogadott – 2008/48/EK európai parlamenti és tanácsi Irányelv ugyanis a biztosítékot nyújtó félre nem terjed ki. Voltak ugyan olyan elképzelések az Európai Bizottság részéről, amelyek szerint a védelmi szintet erre a személyi körre – és így a kezesekre is – ki kellett volna terjeszteni, de ezt az Európai Parlament megakadályozta. Arra természetesen van lehetőség, hogy a tagállamok az új Irányelv védelmi szintjét kiterjesszék a kezesekre is.⁸⁰

8. A kezes teljesítése és szabadulása

A járulékoságból következik, hogy ha a kezes a jogosult követelését kielégíti, a követelés az azt biztosító jogokkal együtt a kezesre száll. Ezt a törvényi engedményt az osztrák jog is ismeri. Ez azt is jelenti, hogy a kezes teljesítésével a követelés nem szűnik meg. Kérdés, hogy ezt a megtérítési igényt a kezes és a főadós egymás között szerződéssel kizárhatja-e? Az osztrák jog elismeri ezt a lehetőséget.⁸¹

A Törvényjavaslat a kezes teljesítése körében is speciális tájékoztatási kötelezettséget ír elő, a kezes terhére és a kötelezett javára. Ennek alapján a kezes köteles értesíteni a kötelezettet és tájékoztatást kérni a kezességgel biztosított kötelezettség mértékéről és a kötelezettet a jogosulttal szemben megillető kifogásokról és követelésekről.⁸²

Ha a jogosult lemond a követelést biztosító valamely jogról, a kezes szabadul annyiban, amennyiben a követelés átszállása következtében a követelést biztosító jog alapján kielégítést kaphatott volna. A kezes szabadul akkor is, ha a követelés a jogosult hibájából a kötelezettel szemben behajthatatlanná vált.⁸³ Erre a kezes azt követően is hivatkozhat, hogy a jogosultnak már teljesített, mert teljesítését jogalap nélküli gazdagodás címén visszakövetelheti.⁸⁴

⁸⁰ BÜLOW/ARZT, WM 2005, 1155. o.

⁸¹ WELSER (2007) 150. o.

⁸² Törvényjavaslat 5:383. § (1) bekezdés

⁸³ Törvényjavaslat 5:385. § (2) bekezdés

⁸⁴ VÉKÁS (2008) 1037. o.

A kezesség megszűnhet elévülés folytán is. Amennyiben a főkövetelés előbb évül el, mint a kezesség, a járulékoság elve miatt a kezesség kikényszeríthetősége is megszűnik.⁸⁵

⁸⁵ Ezt kifejezetten is tartalmazza a Törvényjavaslat 5:6. § (3) bekezdése.

Felhasznált irodalom

A Magyar Népköztársaság Polgári Törvénykönyve – Az 1959. évi IV. törvény és a törvény javaslatának miniszteri indokolása
Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest 1963
Idézve: Indokolás (1963)

LESZKOVEN László: A „keretbiztosítéki” készfizető kezességéről
Közjegyzők Közlönye, 2009. 1. szám, 3-9. oldal
Idézve: LESZKOVEN, KK 2009

REINICKE, Dietrich - TIEDTKE, Klaus: Kreditsicherung, 5. Auflage,
Luchterhand 2006
Idézve: REINICKE/TIEDTKE (2006)

VILLÁNYI László: Kezesség, A Magyar Magánjog, Harmadik kötet,
Kötelmi jog általános része
Főszerkesztő: Szladits Károly
Budapest, Grill Károly Könyvkiadóvállalata 1941, 84-116. oldal
Idézve: VILLÁNYI (1941)

Szakértői Javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez,
Szerkesztő: VÉKÁS Lajos
Budapest, Complex Kiadó 2008
Idézve: VÉKÁS (2008)

WEBER, Hansjörg: Kreditsicherungsrecht, Schriftenreihe der
Juristischen Schulung, Band 13
8. Auflage, Verlag C. H. Beck München 2006
Idézve: *Weber* (2006)

WELSER, Rudolf: Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II., 12.
Auflage
Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2007
Idézve: WELSER (2007)

ZOLTÁN Ödön: A szerződést biztosító mellékkötelezettségek, XXIII.
fejezet
A Polgári Törvénykönyv Magyarázata, Szerkesztette: Gellért György,
I. kötet, 4. kiadás, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest 1999
Idézve: ZOLTÁN (1999)

Molnár Hella
Polgári Jogi Tanszék
Témavezető: Harmathy Attila

Gondolatok a kereskedelmi ügynökök kompenzációs jogáról a Lonsdale - ügy kapcsán

A kereskedelmi ügynök jogintézménye Európában a XIX. század második felében vált elterjedtté. Az egyre nagyobb méreteket öltő iparosodás, a termelés helyétől távol eső piacok meghódításának igénye kialakított egy olyan közvetítői réteget, amely hatékonyabban és kifizetőbben vállalt át állandó értékesítési és forgalmazási feladatokat, mint maguk a termelő vállalat ezzel a feladattal megbízott alkalmazottai.⁸⁶ A kereskedelmi ügynökökre vonatkozó joganyagok eltérőek voltak, több tagállamban jogszabályt sem alkottak ezen a területen, a részletszabályokban, többek között a kompenzációs jogban, az egyes európai országok különböző megoldásokat alakítottak ki. A tagállamok önálló vállalkozóként működő kereskedelmi ügynökeire vonatkozó nemzeti jogszabályainak harmonizációs kötelezettségét az Európai Közösségek Tanácsa 1986. december 18-án kibocsátott *86/653/EGK irányelve*⁸⁷ (a továbbiakban: Irányelv) teremtette meg. Az összehangolás nehézségét mutatta, hogy voltak olyan területek, ahol az Irányelv a tagállamok számára *választási lehetőséget* engedett. Lehetővé vált többek között az ügynöki szerződés megszűnését követő kompenzációra vonatkozó szabályozásban is a mérlegelés a kiegyenlítés vagy a kártalanítás joga között.⁸⁸

⁸⁶ PAJOR-BYTOMSKI Magdalena: A kereskedelmi ügynöki szerződés. KJK-Kerszöv, Budapest, 2003. 19. o.

⁸⁷ Megjelent az Európai Közösségek Hivatalos Lapjának 1986. december 31-i, L 382. számában, 17. skk. o.

⁸⁸ A nemzeti jogokban a kereskedelmi ügynöki szabályozás hatályáról [Irányelv 2. cikk (2) bekezdés], a direkt ügyletek jutalékozásáról [Irányelv 7. cikk (2) bekezdésének utolsó mondata], az ügynöki szerződés érvényességéhez szükséges alakiságról [Irányelv 13. cikk (2) bekezdés] a tagállamok szabad mozgástérrel rendelkeztek.

Az Egyesült Királyság a kompenzáció mindkét rendszerét átvette, a választást a szerződő felekre bízta. A kiegyenlítés és a kártalanítás joga eltérő elméleti alapokon nyugszik, alkalmazásuk a gyakorlatban eltérő eredményekre vezet.⁸⁹ A kereskedelmi ügynökök számára tehát a megteremtett védelmi szintek nem azonosak, kompenzációs díjának mértéke attól függ, melyik országban fejti ki tevékenységét. A *Lonsdale v. Howard & Hallam Ltd* ügyben⁹⁰ a felperes kereskedelmi ügynök az Európai Bíróságtól szeretett volna választ kapni a kompenzációs jogának mértékére vonatkozó kérdésére, de a House of Lords nem látta indokoltnak az előzetes döntéshozatal kérését. A döntés indokolása, az üggyel kapcsolatban megjelent elméleti visszhang⁹¹ miatt hasznos lehet a szabályozási modellek, a nemzeti gyakorlatok rövid bemutatása a magyar jog szempontjából is.

I. A kompenzációs jog alternatívái: kiegyenlítés vagy kártalanítás?

A kereskedelmi ügynöki szerződés megszűnése esetén a kereskedelmi ügynököt megillető *kompenzációs jog* alapja, hogy a közvetítői tevékenységének eredményeképpen megkötött szerződések a megbízó számára hasznot hajtanak az ügynöki szerződés megszűnését követően is. A folyamatosan működő üzleti kapcsolatok a megbízónak továbbra is profitot termelnek, jutalékfizetési kötelezettség azonban a megbízót már nem terheli.⁹² A kompenzációs jogra az Irányelv nem biztosít egységes jogintézményt, a 17. cikk két alternatív megoldást kínál: a kiegyenlítéshez vagy a kártalanításhoz való jogosultságot, a tagállamok szabadon eldönthetik, hogy jogrendszerükbe melyik jogintézmény illeszkedik jobban.

⁸⁹ Az Irányelv hivatalos magyar fordításában a kiegyenlítés kártalanításként, a kártalanítás kártérítésként szerepel. A pontatlanság abból következik, hogy nem tudjuk, mi valójában az angol kategóriák tartalma. ("Member States shall take the measures necessary to ensure that the commercial agent is, after termination of the agency contract, *indemnified* in accordance with paragraph 2 or *compensated for damage* in accordance with paragraph 3."). A német fordításból egyértelműen kiderül, hogy kiegyenlítésről (*die Ausgleichung*) és kártalanításról (*die Entschädigung*) van szó. Az önálló kereskedelmi ügynöki szerződésről szóló törvény 18-21. §-aihoz fűzött részletes indokolásban már a kiegyenlítés, kártalanítás szakkifejezések szerepelnek, a dolgozat is ezt a terminológiát alkalmazza.

⁹⁰ [2007] United Kingdom House of Lords (UKHL) 32., a teljes indokolással olvasható elektronikus formában is – www.publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldjudgmt/jd070704/lons-1.htm.

⁹¹ Giesela RÜHL: Der nachvertragliche Entschädigungsanspruch des Handelsvertreters und seine Berechnung im Vereinigten Königreich. Entscheidung des House of Lords vom 4. Juli 2007. In: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP), 2009/1, 187-205. o.

⁹² PAJOR-BYTOMSKI: i. m. 159. o.

1. A kiegyenlítésre és a kártalanításra vonatkozó közös rendelkezések

a) A kompenzáció szempontjából nem elhanyagolható az Irányelv 18. cikke szerint, hogy a kereskedelmi ügynöki szerződés milyen okból szűnik meg. *Nem fizethető* kompenzáció, ha a megbízó a kereskedelmi ügynöknek felróható olyan magatartás miatt szüntette meg az ügynöki szerződést, amely a nemzeti jog szerint az ügynöki szerződés azonnali megszüntetését alapozta volna meg. Nem jár akkor sem, ha a kereskedelmi ügynök szüntette meg a szerződést (kivéve, ha a megszüntetést a megbízónak felróható körülmények alapozták meg, vagy ha életkora, fizikai állapota, betegsége következtében tevékenységének folytatása ésszerűen nem várható el tőle), vagy ha a megbízóval kötött megegyezés alapján a kereskedelmi ügynök az ügynöki szerződésben meghatározott jogait és kötelezettségeit másra átruházta.

Ha az ügynöki szerződés a kereskedelmi ügynök halála folytán szűnik meg, az Irányelv külön kiemeli, hogy a kompenzációra való jogosultság nem enyészik el, átszáll az örökösökre.⁹³ Az ügynöki szerződés megszűnésének egyéb esetei – határozott idő lejártá, a megbízó halála vagy jogutód nélküli megszűnése, közös megegyezéssel történő megszüntetés, rendes felmondás – a kompenzációra való jogosultságot nem érintik.

Ha az ügynöki szerződés megszűnése nem a kereskedelmi ügynök hibájából következett be, az előírt feltételek teljesülése esetén kompenzációra jogosult⁹⁴, *hátrányára* az előírt rendelkezésektől az Irányelv 19. cikkének értelmében *az ügynöki szerződés lejártá előtt a felek nem térhetnek el*, vagyis a kompenzációs jogra előírt szabályok a kereskedelmi ügynök fokozott védelmének biztosítása érdekében egyoldalúan kógensek, az eltérés csak az ügynök javát szolgálhatja.

Az Európai Bíróság *Honyvem Informazioni Commerciali Srl v Mariella De Zotti* ügyben⁹⁵ kifejtett értelmezése szerint az eltérés kedvezőtlen vagy

⁹³ Lásd az Irányelv 17. cikkének (4) bekezdését.

⁹⁴ Az Irányelv 17. cikkének (5) bekezdése a kompenzáció érvényesítésére jogvesztő határidőt ad: ha a kereskedelmi ügynök a szerződés megszűnését követő egy éven belül nem értesíti a megbízót arról, hogy a kiegyenlítés/kártalanítás jogával élni kíván, a kompenzációhoz való jogát elveszíti.

⁹⁵ C-465/04. számú ügyben 2006. március 23-án meghozott ítélet. EBHT 2006. I. 2879. o. A kérdés az volt, hogy az Irányelv 19. cikke értelmezhető-e úgy, hogy az megengedi az Irányelvet átültető nemzeti jogszabály számára, hogy (meghatározott jogviszonyokban a felekre kötelező) kollektív szerződés a 17. cikk (2) bekezdésében meghatározott kiegyenlítés feltételeitől, számítási módjától eltérjen? Vagyis előírható-e olyan kiegyenlítés,

nem kedvezőtlen voltát abban az időpontban kell vizsgálni, amikor a felek azt tervezik. A felek nem állapodhatnak meg olyan eltérésben, amelyről nem tudják, hogy a szerződés megszűnésekor a kereskedelmi ügynök javára vagy kárára válik. Az Irányelv 17. cikkétől való eltérés tehát csak akkor engedhető meg, ha már előre kizárt, hogy az eltérés a szerződés megszűnésekor a kereskedelmi ügynök kárára válik. Az Irányelv 17. cikk (2) bekezdésében meghatározott feltételektől és az ott alkalmazott számítási módtól *csak abban az esetben lehet eltérni, ha teljes biztonsággal megállapítható, az eltérő szabályok minden esetben a kereskedelmi ügynök javát szolgálják.*

b) A kompenzációs jogra vonatkozó közös rendelkezéseket az *Ingmar GB* ügyben⁹⁶ az Európai Bíróságnak abból a szempontból kellett megítélnie, hogy a 17. cikk szabályai *kikerülhetők-e a határokon átlépő kereskedelmi ügynöki szerződésekben.* A peres felek 1989-ben kereskedelmi ügynöki szerződést kötöttek egymással, melynek értelmében az Egyesült Királyságban székhellyel rendelkező *Ingmar GB Ltd* a kaliforniai székhelyű *Eaton Leonard Technologies Inc* kereskedelmi ügynökeként járt el az Egyesült Királyságban. A szerződés 1996-ban megszűnt, a kereskedelmi ügynök felperes tevékenységének díját és a szerződés megbízó általi megszüntetéséből eredő kárának megtérítését követelte. A szerződés egyik rendelkezése szerint a szerződésre a kaliforniai jog irányadó, ezért az első fokon eljáró bíróság az angol jog rendelkezéseit nem találta alkalmazhatónak.

Az angol jog elismeri a felek által választott jogot a szerződésre irányadó jogként, ha az nem ütközik a közrendbe, azaz például valamely imperatív szabályba. A másodfokú bíróság kérdése az volt, hogy alkalmazhatók-e az angol jogba átültetett, a kereskedelmi ügynök kártalanítására vonatkozó rendelkezések, ha a Kaliforniában bejegyzett, ottani székhelyű vállalkozás a kereskedelmi ügynököt áruinak az Egyesült Királyság és az Ír Köztársaság területén való kizárólagos értékesítésével bízta meg, de a felek kifejezetten megállapodtak abban, hogy a szerződésre irányadó jog Kalifornia állam joga.

A kérdés tehát arra vonatkozott, hogy *az Irányelv 17. és 18. cikkei* akkor is alkalmazandók-e, ha a kereskedelmi ügynök tevékenységét a

amely egyfelől az ügynököt a 17. cikk (2) bekezdésében szereplő feltételek teljesülésétől függetlenül megilleti, másfelől amelynek összegét az ügynök által a jogviszony időtartama alatt kapott díjazás bizonyos százaléka alapján kell meghatározni, vagyis amely sok esetben alacsonyabb (néha jóval alacsonyabb) az Irányelv által előírt maximumnál?

⁹⁶ C-318/98. számú ügyben 2000. november 9-én meghozott ítélet. EBHT 2000. I. 9305. o.

Közösség egyik tagállamában folytatja, a megbízó székhelye azonban egy harmadik országban van, és a felek megállapodása alapján a szerződésre ennek a harmadik államnak a joga irányadó, vagyis az említett rendelkezések *imperatív*nak tekinthetők-e.

Az Irányelv 17-19. cikkei az Európai Bíróság nézőpontja szerint a kereskedelmi ügynökök védelmére hivatottak a kereskedelmi ügynöki szerződés megszűnését követően. A kereskedelmi ügynöknek biztosítandó kompenzáció módját a tagállamok megválaszthatják, de a 17. és a 18. cikkek pontosan rögzítik azokat a kereteket, amelyeken belül a tagállamok mérlegelhetik a kiegyenlítés vagy kártalanítás mértékének számítására vonatkozó módszereket. A felkínált alternatíva nem jelenti a kényszerítő jelleg háttérbe szorulását. Ezen rendelkezések *imperatív* jellege az Irányelv két további cikkéből egyértelműen kikövetkeztethető. Az imperatív jelleget alátámasztja egyrészt az Irányelv 19. cikke, amely kimondja, hogy a felek a 17. és a 18. cikk rendelkezéseitől a kereskedelmi ügynök hátrányára az ügynöki szerződés lejárta előtt nem térhetnek el, másrészt a 22. cikk, amely az Egyesült Királyságra vonatkozóan az átültetett rendelkezéseket a korábban kötött szerződésekre is alkalmazni rendeli.

Az Irányelvben előírt harmonizációs intézkedések többek között azt a célt szolgálják, hogy a kereskedelmi ügynöki tevékenység folytatásának korlátozásai megszűnjenek, és a versenyfeltételek egységesülésével a kereskedelem biztonságosabbá váljon. Mivel az Irányelv 17-19. cikkei a kereskedelmi ügynökök védelmén keresztül kívánják biztosítani a letelepedési szabadságot és a belső piacon belüli tisztességes versenyt, ezeknek a rendelkezéseknek a betartása a Közösség egész területén elengedhetetlen az EK-Szerződés céljainak megvalósításához. Az Európai Bíróság a közösségi jogrend számára alapvető jelentőségűnek ítélte, hogy egy harmadik országban székhellyel rendelkező vállalkozás, melynek kereskedelmi ügynöke a Közösség területén fejti ki tevékenységét, ezeket az előírásokat *jogválasztással nem kerülheti meg*. Ezen szabályok – céljukból következően – a kereskedelmi ügynöki szerződésre irányadó jogtól függetlenül alkalmazandóak, ha a tényállás egyértelműen a Közösséghez kapcsolódik, például azért, mert a kereskedelmi ügynök a Közösség területén végzi tevékenységét.

2. A kiegyenlítéshez való jog – a német modell

a) *Kiegyenlítésre* a kereskedelmi ügynök az Irányelv 17. cikkének (2) bekezdése alapján akkor jogosult, ha a megbízónak új vevőket szerzett,

vagy a már meglévő vevőkkel az üzlet nagyságrendjét jelentős mértékben növelte, és a megbízó az e vevőkkel folytatott üzletből továbbra is jelentős haszonra tesz szert. A kiegyenlítés méltányossági alapon jár, figyelemmel arra a jutalékra, amelytől a kereskedelmi ügynök az ilyen vevőkkel kötött üzletekkel kapcsolatban esett el. Mértéke maximalizált, érvényesítése nem zárja ki, hogy a kereskedelmi ügynök kártérítést is követeljen.

A kiegyenlítés a jutalékrendszerű díjazás kiegészítéseként fogható fel, mellyel az Irányelv a felek szolgáltatásainak értékegyensúlyát kívánja fenntartani, figyelemmel arra, hogy a kereskedelmi ügynök tevékenysége következtében a megbízó a szerződés megszűnését követően eredményt realizál. Összegének meghatározása jövőbeni eseményekkel kapcsolatos feltételezéseken alapul, a feleknek meg kell becsülnie, hogy a kereskedelmi ügynök által szerzett ügyfelek hány százaléka marad tartósan a megbízó szerződő partnere, ezekkel a megbízó milyen forgalmat fog lebonyolítani. Figyelembe vehetik az ügynök tevékenysége során kialakult gyakorlatot, megvizsgálhatják, hogy az ügynök által szerzett ügyfelek milyen arányban éltek a szerződés fennállásának ideje alatt utórendeléssel, értékelhetik az ügynök által bonyolított forgalom nagyságát, az adott ágazatban a jövőben várható piaci helyzetre vonatkozó előrejelzéseket.

b) A kiegyenlítés a német *Ausgleich* intézményének feleltethető meg. Az Irányelvet átültető nemzeti szabályozás szerint a kiegyenlítés fizetéséhez három kritérium együttes teljesülésére van szükség. A *Handelsgesetzbuch (HGB) 89b. §-ának* (1) bekezdése szerint az ügynöki szerződés megszűnését követően a kereskedelmi ügynök a megbízótól akkor és olyan mértékben jogosult méltányos kiegyenlítést követelni, ha

1. a megbízónak a kereskedelmi ügynök által megszerzett vevőkkel kötött üzletből az ügynöki szerződés megszűnését követően is jelentős haszna származik;

2. a kereskedelmi ügynök a szerződéses jogviszony megszűnése miatt olyan jutaléktól esik el, amely őt a jogviszony további fennállása esetén az általa szerzett vevőkkel megkötött vagy a jövőben megkötendő ügyletek alapján megillette volna; és

3. a kiegyenlítés fizetése az eset összes körülményeit figyelembe véve méltányos. Új vevő szerzésével esik egy tekintet alá, ha a kereskedelmi ügynök valamely vevővel az üzlet nagyságrendjét olyan jelentős

mértékben növelte, hogy az gazdasági szempontból új vevő megszerzésével egyenértékű.⁹⁷

b) A német ítélkezési gyakorlat szerint a HGB 89b. §-ának (1) bekezdésében felsorolt három kritérium kumulatív jellegű, és kölcsönösen korlátozzák egymást, ezért a kiegyenlítés nem lehet magasabb, mint a három kritérium egyikének alkalmazásából eredő legalacsonyabb összeg. Vagyis az Irányelv 17. cikke (2) bekezdése úgy értelmezendő, hogy e rendelkezés – miszerint a kereskedelmi ügynök jutaléktól való elesése csupán a méltányosság vizsgálata során figyelembe veendő egyik tényező – lehetővé teszi annak a figyelembevételét is, hogy az a jutalék, amelytől az adott kereskedelmi ügynök elesik, egyben a kiegyenlítés legfelső összegének minősül. Előzetes döntéshozatali kérdésként merült fel a *Turgay Semen and Deutsche Tamoil GmbH* között folyamatban lévő ügyben⁹⁸, hogy az Irányelv 17. cikk (2) bekezdésének a) pontja lehetővé teszi-e, hogy a *kereskedelmi ügynök kiegyenlítési igénye* akkor is hivatalból az ügynököt a szerződéses jogviszony megszűnésének eredményeként ért *jutalékvesztésre legyen korlátozható, ha a megbízó által élvezett hasznok nagyobb értéket képviselnek.*

Az Európai Bíróság megállapította, hogy az Irányelv 17. cikkében létrehozott rendszer három elkülönülő szakaszra bontható. Az *első szakaszban* először is a megbízónak a kereskedelmi ügynök által szerzett új vevőkkel folytatott üzletekből származó előnyét kell számszerűsíteni. A *második szakaszban* azt kell megvizsgálni, hogy a fent leírt kritériumok alapján kapott összeg az adott ügy sajátos körülményeit – különösen azon jutalékokat, amelyekről a kereskedelmi ügynök elesett – figyelembe véve méltányos-e. Végül a *harmadik szakaszban* a kiegyenlítés összege nem haladhatja meg az Irányelv 17. cikke (2) bekezdése b) pontjában meghatározott legfelső összeghatárt, amely értelemszerűen csak akkor irányadó, amennyiben az előző két szakaszban végzett számításból eredő összeg azt meghaladja.

⁹⁷ „(1) Der Handelsvertreter kann von dem Unternehmer nach Beendigung des Vertragsverhältnisses einen angemessenen Ausgleich verlangen, wenn und soweit 1. der Unternehmer aus der Geschäftsverbindung mit neuen Kunden, die der Handelsvertreter geworben hat, auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses erhebliche Vorteile hat, 2. der Handelsvertreter infolge der Beendigung des Vertragsverhältnisses Ansprüche auf Provision verliert, die er bei Fortsetzung desselben aus bereits abgeschlossenen oder künftig zustande kommenden Geschäften mit den von ihm geworbenen Kunden hätte, und 3. die Zahlung eines Ausgleichs unter Berücksichtigung aller Umstände der Billigkeit entspricht. Der Werbung eines neuen Kunden steht es gleich, wenn der Handelsvertreter die Geschäftsverbindung mit einem Kunden so wesentlich erweitert hat, daß dies wirtschaftlich der Werbung eines neuen Kunden entspricht.“

⁹⁸ C-348/07. számú ügyben 2009. március 26-án meghozott ítélet.

Mivel a meg nem fizetett jutalékok miatt elmaradt előny a méltányosság vizsgálatának lényeges tényezői közül csupán az egyik, a nemzeti bíróság feladata annak második szakasz során történő értékelése, hogy a kereskedelmi ügynöknek járó kiegyenlítés végül is méltányos-e vagy sem, és hogy az adott ügy összes sajátos körülményét figyelembe véve esetleg helye van-e, és ha igen, milyen mértékben a kiegyenlítés összege kiigazításának. Az a mérlegelési mozgástér, amellyel a tagállamok méltányosság címén a szerződés megszűnésekor a kereskedelmi ügynöknek járó kiegyenlítés esetleges kiigazítása tekintetében rendelkeznek, nem értelmezhető úgy, hogy az esetleges kiigazítás kizárólag a kiegyenlítés összegének csökkentésére szolgál. Az a gyakorlat, amely kizárja, hogy a kiegyenlítés összege az Irányelv 17. cikke (2) bekezdésének b) pontjában a méltányossági kritérium alkalmazásának keretében meghatározott felső határt meghaladja – *nem elfogadható*, amennyiben a megbízó által szerzett előnyök összege magasabb, mint a kereskedelmi ügynök becsült jutalékvesztesége.

3. A kártalanításhoz való jog – a francia modell

a) A kártalanítás alapja az Irányelv 17. cikkének (3) bekezdése szerint a kereskedelmi ügynöki szerződés megszűnése miatt az ügynököt ért kár. A kár egyik része a szerződés megszűnéséből adódó elmaradt jutalék, amely a szerződéses jogviszony folytatása esetén az ügynököt megillette volna, a másik része a megszűnés folytán elmaradt amortizációs költségek. A kereskedelmi ügynökök által bonyolított értékesítési rendszer gazdasági előnye ugyanis abban rejlik, hogy az ügynök szaktudását állandó jelleggel úgy tudja a megbízó rendelkezésére bocsátani, hogy értékesítési kockázatot nem kell magára vállalnia, de a megbízót költségkímélő forgalmazási módhoz juttatja.⁹⁹ A kártalanítás választható lehetőségként francia nyomásra került be az Irányelv szövegébe, a kiegyenlítést ugyanis jogrendszerükkel teljesen összeegyeztethetetlennek találták.

c) A kereskedelmi ügynöki jogviszonyt szabályozó külön törvény 12. cikke az ügynököt az ügynöki szerződés megszűnésével ért kár kompen-

⁹⁹ PAJOR-BYTOMSKI Magdalena: Az önálló kereskedelmi képviselőkről szóló EK-Irányelv és átültetése a magyar jogba. In: Magyar Jog, 2002/3. szám, 136. o.

zációjából indul ki.¹⁰⁰ A francia megoldás tulajdoni alapokon nyugszik: az ügynök évekig közreműködött a megbízó üzletének kiépítésében, az ügynöki szerződés megszűnését követően ezért a kártalanítás a közösen létrehozott *goodwill megosztásával* történik. A megbízó biztosítja a jó árut, de az ügynök tapasztalata, tudása nélkül nem tudná azt értékesíteni, az ügynök tehát vagyoni értéket teremt a megbízója részére, ezért az ügynöki szerződés megszűnésekor ellenértéket kell kapnia. A kártalanítás tulajdonképpen a múltban felépített közös vagyon megosztása.¹⁰¹

A francia bíróságok a kártalanítás mértékét nem úgy állapítják meg, hogy felértékelik a megbízó üzletének teljes goodwill-jét, és ebből megfelelő részt biztosítanak az ügynök számára, bár elméletileg ez is egy lehetséges megoldás lenne. A kompenzáció az elszenvedett hátrányért («*préjudice subi*») jár, az elmaradt jövőbeli jutalékok összegének feleltethető meg, amelyek az ügynöki szerződés szerződésszerű teljesítése esetén az ügynököt megillették volna.

II. A kompenzációs jog az Egyesült Királyságban

Az Egyesült Királyság úgy ültette át 1993-ban született rendeletével¹⁰² az Irányelvet, hogy a kompenzáció formáját illetően elsődlegesen az ügynöki szerződést kötő felekre bízva a választást. Ha azonban a szerződő felek a kompenzációról kifejezetten nem rendelkeznek, az ügynöknek kártalanítás jár.

1. A Lonsdale - ügy

a) A Lonsdale ügy tényállása szerint *Graham Lonsdale* cipőkereskedélemmel foglalkozó kereskedelmi ügynök. Megbízói nevében egy adott területen katalógusokat, mintákat bocsát az érdeklődők rendelkezésére, kiskereskedőkkel üzletel, kiállításokat tart. 1990-ben a leicesteri cipőgyáros *Howard & Hallam Ltd* megbízta az ügynököt azzal, hogy az Elmdale márkájú cipőit árusítsa Délkelet-Anglia területén. Néhány évvel később

¹⁰⁰ Loi no 91-593 du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants, Art. 12. – «En cas de cessation de ses relations avec le mandant, l'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi.» (<http://admi.net/fo/COMX9000175L.html>)

¹⁰¹ Jeremy SHOLES and Severine SAINTIER: Commercial Agents and the Law. Part of Lloyd's Commercial Law Library. Published by Informa UK Ltd. 2005. 175-177. o.

¹⁰² The Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993, No. 3053.

egy német cipőgyáros is szerződött vele, Wendel márkájú cipők árusítására egy valamivel nagyobb területen.

A Wendel márka népszerűbbnek bizonyult a vásárlók körében, 2000-re Lonsdale bevételének kétharmadát az ezeknek a cipőknek az árusításából eredő bevételek tették ki. Az Elmdale márka megszűnőben volt, több Egyesült Királyságbeli cipőgyárhoz hasonlóan a H & H Ltd sem tudott versenyezni a stílussal és az árakkal. Az eladásai – ezzel együtt Lonsdale jutaléka – évről-évre csökkentek. Az 1997-1998-as időszakban az ügynök bruttó jutaléka közel 17 ezer font volt, ennek mértéke 2002-2003-ra 9621 fontra csökkent. 2003-ban a H & H Ltd felhagyott a kereskedéssel, Elmdale márkájának goodwill-jét eladta egy versenytársának, az ügynöki szerződést ezzel együtt felmondta, és kifizette a megkötött üzletekért elmaradt jutalékot. Az ügynöki szerződésben nem állapodtak meg a felek a kompenzáció módjáról, így a rendelet értelmében Lonsdale kártalanításra vált jogosulttá.

b) Az Irányelv szövegét szó szerint átültető rendelet szerint a kereskedelmi ügynöknek joga van azon kárának megtérítéséhez, amelyet a megbízóval való kapcsolatának megszűnése eredményeképpen szenvedett el. Ilyen kárnak tekinthető különösen az, amikor a megszűnés olyan körülmények között történik, amelyek megfosztják a kereskedelmi ügynököt olyan jutaléktól, amely őt az ügynöki szerződés megfelelő teljesítése esetén megillette volna, (miközben a kereskedelmi ügynök tevékenységével összefüggésben a megbízónak jelentős hasznot biztosít), és/vagy amelyek nem tették lehetővé a kereskedelmi ügynök számára, hogy elszámolja az olyan költségeit és kiadásait, amelyek a megbízó tanácsára, az ügynöki szerződés teljesítése érdekében merültek fel.¹⁰³

Sem az Irányelv, sem a nemzeti szabályozás nem ad támpontot a kártalanítás mértékének megállapításához. Az eljáró bíróság abból indult ki, hogy azt a *jutalékot* kell megbecsülni, amely a kereskedelmi ügynököt az *ügynöki szerződés megfelelő teljesítése esetén megillette volna*. Feltételezni kell, hogy az ügynökség az ügynöki szerződés megszűnését követően is tovább működött volna, és lett volna olyan vevő, aki a

¹⁰³ "The commercial agent shall be entitled to compensation for the damage he suffers as a result of the termination of his relations with the principal. Such damage shall be deemed to occur particularly when the termination takes place in circumstances:

- depriving the commercial agent of the commission which proper performance of the agency contract would have procured him whilst providing the principal with substantial benefits linked to the commercial agent's activities,
- and/or which have not enabled the commercial agent to amortize the costs and expenses that he had incurred for the performance of the agency contract on the principal's advice."

szerződéses feltételeket teljesíteni tudta volna. Ehhez azt is vizsgálni kell, hogy *maga az ügynökség mennyit ér*, annak a terméknek a piaca, amelyet az ügynök értékesített, növekvőben van, vagy éppen hanyatlik. Lonsdale perbeli képviselője arra mutatott rá, hogy a kártalanításnak ez a számítási módja kisebb összeget eredményez, mint amennyit egy francia bíróság előtt kapna. A francia gyakorlat az ügynöki szerződés megszűnését megelőző három évben az ügynöknek fizetett *átlagos évi bruttó jutalék kétszeresét* ítéli meg kártalanításként.

Lonsdale szerint azzal, hogy az Irányelv 17. cikkének (3) bekezdésében lehetővé tette kártalanítás fizetését, a francia gyakorlatot a közösségi jogba emelte, ezt támasztja alá az 1996-os bizottsági jelentés is. A francia bíróságok szerint a kereskedelmi gyakorlattal összhangban maximum két év jutalékát lehet megítélni kártalanításként, de bizonyítani lehet, hogy az ügynököt kevesebb kár érte. A bíróságok úgy látták megfelelőnek, ha ezt az Irányelv előtti gyakorlatot továbbra is változatlan feltételek mellett alkalmazzák, ami teljesen érhető, hiszen Franciaország csak azzal a feltétellel egyezett bele az Irányelv elfogadásába, ha megtarthatja addigi kártalanítási rendszerét.¹⁰⁴

Az angol jogban nincs kiforrott álláspont erre a kérdésre, a gyakorlatban a felek a common law elveit próbálják alkalmazni, ez viszont eredményében eltér a francia mértéktől. Az Irányelv célja a kereskedelmi ügynökök érdekeinek védelme, az Irányelv céljaival ellentétes lenne egy olyan gyakorlat, amely a kártalanítás mértékében az ügynök hátrányára a francia elvektől eltérne. Lonsdale az Irányelv olyan értelmezését látta mindezek alapján megalapozottnak, mely szerint, *ha egy tagállam a kártalanítás rendszerét választotta, az egyenlő feltételek biztosítása érdekében követnie kell a francia gyakorlatot*. Ha az eljáró fórum nem látja kellően megalapozottnak ezt az értelmezést – érvelt Lonsdale – terjesszen előzetes döntéshozatali kérelmet az Európai Bíróság elé.

d) A House of Lords három okból sem fogadta el ezt az érvelést. Először is, a Bizottság jelentése nem határozott meg a közösségi jogban egységes számítási módot, nem is ez volt a feladata. Az Irányelv 17. cikkének (6) bekezdése alapján az Irányelv kihirdetésének napját követő nyolc éven belül a kompenzáció alkalmazásának végrehajtását kellett megvizsgálnia, és – amennyiben szükségesnek látta – módosításokra vonatkozó javaslatot terjeszthetett elő a Tanács részére. A tagállamok

¹⁰⁴ Bernd WESTPHAL: Die Handelsvertreterrichtlinie und deren Umsetzung in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Köln, 1994. 3-6. o.

által szolgáltatott információk alapján megállapította, hogy az Egyesült Királyság helyzete Franciaországtól különböző, és az átültetés kötelezettségének mindkét ország eleget tett.¹⁰⁵

Másodszor, a kártalanítás megfogalmazása a francia jogéval megegyező, de a számítás módja egymástól eltér. Az Európai Bíróság a *Honyvem Informazioni Commerciali* ügyben¹⁰⁶ – megerősítve a korábbi *Ingmar GB* ügyben elmondottakat – kifejtette, hogy az Irányelv 17. cikkével létrehozott rendszer ugyan kötelező, és keretet jelöl ki a tagállamok számára, ám nem ad részletes útmutatást a szerződés megszűnése miatti kompenzáció számítási módját illetően. A kereten belül a tagállamok a kompenzáció számítási módjának megválasztását illetően mérlegelési mozgástérrel rendelkeznek, amelyet többek között a méltányosság elvére figyelemmel gyakorolhatnak.

Harmadszor, a kereskedelmi ügynökségek eltérő piaci feltételek mellett működnek Franciaországban és Angliában, ezért az értékük is különböző.

d) Az Irányelv preambuluma arra alapozta a tagállami jogszabályok egymáshoz történő igazításának szükségességét, hogy a kereskedelmi ügynökökre vonatkozó nemzeti jogszabályok eltérései alapvetően befolyásolják a Közösségen belüli versenyfeltételeket, a kereskedelmi ügynök megbízóval szembeni védelmére, továbbá a kereskedelmi forgalom biztonságára hátrányosan hatnak. A különbségek alapvetően gátolják a különböző tagállamokban letelepedett megbízók és kereskedelmi ügynökök közötti kereskedelmi képviseleti szerződések létrejöttét és teljesítését, a nemzetközi magánjogi szabályok viszont az ellentmondásokat nem oldják fel. A cél tehát valóban a *kereskedelmi ügynökök védelme*.¹⁰⁷ A kompenzációt illetően az ügynök védelmét hivatná a kiegyenlítés alkalmazása is, érdemes ezért megvizsgálni, mi lett volna, ha az ügynöki szerződésükben a felek kiegyenlítés fizetésében állapodtak volna meg.

¹⁰⁵ A Bizottság jelentését 1996. július 23-án, COM (96) 364 final szám alatt tette közzé.

¹⁰⁶ C-465/04. számú ügyben 2006. március 23-án meghozott ítélet. EBHT 2006. I. 2879. o. Az előterjesztő bíróság többek között azt a kérdést tette fel, hogy a szerződés megszűnése miatti kártalanítást analitikusan kell-e kiszámítani, mint azt az irányelv 17. cikkének (2) bekezdése előírja, vagy más – így különösen a méltányosság elvét jobban érvényesítő – számítási módszer alkalmazása is megengedett.

¹⁰⁷ A *Page v Combined Shipping and Trading Co Ltd* [1997] 3 All ER 656. ügyben a fellebbviteli bíróság kiemelte, az Irányelvnek két fő célja volt. Egyrészt harmonizált versenyfeltételeket kívánt teremteni az ügynökök számára, másrészt felismerte – jegyezte meg a bíróság ironikusan –, hogy a kereskedelmi ügynökök egy „elnyomott faj”, akiket megbízóikkal szemben védelemben kell részesíteni.

A kiegyenlítés fizetésének egyik feltétele, hogy a kereskedelmi ügynök a megbízónak új vevőket szerezzen, vagy a már meglévő vevőkkel jelentős mértékben növelje az üzlet nagyságrendjét, és a megbízó az e vevőkkel folytatott üzletből továbbra is jelentős haszonra tegyen szert. A jelen ügyben a megbízó az üzleti tevékenységét befejezte, az ügynök által szerzett vevőkkel a jövőben nem fog üzletelni, nem lesz belőlük semmilyen haszna, vagyis az ügynök *nem lenne jogosult kiegyenlítésre*. Az Irányelv céljaival nem lenne ellentétes a fizetés megtagadása, ami azt jelenti, hogy a célokkal összeegyeztethető a francia mértéknél alacsonyabb kártalanítás fizetése. A fellebbezést mindezen indokok alapján a bíróság elutasította. Nem látta indokoltnak az Európai Bírósághoz fordulást, mert az ismertetett előzetes döntéshozatali kérelmekben született ítéletekben a Bíróság mindig hangsúlyozta, hogy nem tartja feladatának számítási módszerek meghatározását, a tagállamoknak kell a nemzeti adottságokhoz mérten kialakítani a kompenzáció mértékét.

2. A kompenzáció számítása néhány korábbi ügyben

Az Irányelv átültetését követően az angol fórumok többször szembesültek a kompenzáció számszerűsítésének nehézségével. A következő néhány példa mutatja, hogy a megítélés korántsem mondható egységesnek.

a) A *King v Tunnock Ltd* ügyben¹⁰⁸ *Douglas King* kereskedelmi ügynök a *Tunnock Ltd* süteményeit és kekszeit árusította. Az ügynökséget 1962-ben az édesapjától vette át, kizárólag ebből élt, egy megbízóval állt szerződéses kapcsolatban. 1994-ben a társaság bezárta a pékségét és felmondta az ügynöki szerződést. A szerződés megszűnését megelőző két évben a bruttó jutaléka 27 144 font volt.

Az eljáró fórum nem látta jogosnak a kártalanítás iránti igényt, mivel az ügynökkel együtt kiépített goodwill-ből a jövőben a megbízónak semmilyen haszna nem származik, lévén az üzlettel teljes mértékben felhagyott. A fellebbviteli fórum a francia gyakorlatnak megfelelően megítélte a 27 144 fontot, mert az ügynökség sok éve működött és az ügynök a vevőkkel jól működő kapcsolatokat épített ki, a megszűnés nem az ő tevékenységének volt betudható.

¹⁰⁸ 2000 SC 424. RÜHL: i. m. 199. o.

b) A *Barrett McKenzie v Escada (UK) Ltd* ügyben¹⁰⁹ eljáró bíróság nem tartotta alkalmazhatónak a francia gyakorlatot. Megítélése szerint a kártalanítás mértékének megállapításakor a következő tényezőket kell figyelembe venni. A kiindulópont az ügynökség értéke és az ügynök által a szerződés megszűnésekor vagy azt közvetlenül megelőzően kiépített kapcsolatok. Emellett értékelni kell az ügynökség fennállásának időtartamát, meg kell vizsgálni az ügynöki szerződés kifejezett rendelkezéseit, akár írásban, akár szóban történt a megállapodás, az esetleges szerződési biztosítékokat, és az sem hagyható figyelmen kívül, hogy az ügynök állandó vevőkörrel dolgozott-e. Ezt követően le kell vonni a kártalanítás értékéből mindazokat a költségeket, amelyek jutalék formájában az ügynöknek megtérültek.¹¹⁰

c) A *Lonsdale* - ügyszám időben legközelebb álló eset alperese a *Lonsdale* ügyből ismert *H & H Ltd*. A *Smith, Bailey Palmer v Howard & Hallam Ltd* ügyben¹¹¹ megállapítást nyert, hogy az *Elmdale* márkát a társaság 550 ezer fontért adta át versenytársának. A márka eladását megelőző három évben az eladásokból származó bevétel 42%-a az ügynököt illette jutalékként, ezért aztán a márka értékének 42%-ára tartott volna igényt kártalanításként.

A márka teljes értékét – jelen esetben az *Elmdale* név goodwill-jét – nem kizárólag az eladások marketingje határozza meg, tehát nem kizárólag az ügynök tevékenysége miatt lehet egy márka népszerű. A goodwill egy része például annak tulajdonítható, hogy a társaság jó minőségű cipőket készít. Arról sem szabad elfeledkezni, hogy az ügynök munkáját időről-időre kellő mértékű jutalékkal kompenzálták. Végül hosszas mérlegelést követően a kártalanítás mértékét 5000 fontban állapították meg.

III. A magyar jog választása – a kiegyenlítés

a) A kiegyenlítéshez, illetve kártalanításhoz hasonló tartalmú intézményt jogunk – az Irányelvet átültető – az önálló kereskedelmi

¹⁰⁹ [2001] EuLR 567. RÜHL: i. m. 200. o.

¹¹⁰ A kártalanítás mértékénél irányadó szempontok körét a *Tigana Ltd v Decoro* [2003] EuLR 189. ügyben a gyakorlat 14-re bővítette.

¹¹¹ [2006] EuLR 578. RÜHL: i. m. 200. o.

ügynöki szerződésről szóló 2000. évi CXVII. törvény (a továbbiakban: Törvény) elfogadása előtt nem ismert.

Az Irányelv 17. cikkének (3) bekezdése kárként nevesíti azt, hogy az ügynök már nem kap jutalékot, valamint költségeit nem amortizálhatja. A Törvény Hivatalos Indokolása szerint a *kártalanítás* jogrendszerünkkel több okból *nem* volt összeegyeztethető. Először is, jogunkba nem illeszkedne egy olyan kártelepítési szabály, amely kárnak tekinti az olyan elmaradt hasznot, amely egy szerződés jogszerű megszüntetése következtében a szerződéses viszony hiánya miatt éri a felet. Másodsor, a nem amortizált költségek megtérítése az ügynök, mint önálló vállalkozó kockázatvállalása körébe tartozik, maga dönti el, hogy milyen futamidővel amortizálja befektetéseit. Végül, maga a terminológia sem illeszkedik felelősségi rendszerünkbe, mert kártalanításról akkor beszélhetünk, ha a kárt okozó magatartás jogilag megengedett, nem jogellenes, és jogszabály a kártalanítás kötelezettségét elrendeli, megjelölve azt a személyt is, akitől a kártalanítás követelhető.

Ha a költségekbe bocsátkozás a megbízó magatartásának következménye, akkor annak megtérítése a Polgári Törvénykönyv (a továbbiakban: Ptk.) 6. §-ában szabályozott utaló magatartás szabálya alapján követelhető, ha az előírt feltételek mindegyike teljesül. Ha megbízó szándékos magatartása a jóhiszemű kereskedelmi ügynököt alapos okkal olyan magatartásra indította, amelyből az ügynököt önhibáján kívül károsodás érte, a kár egészben vagy részben való megtérítése a megbízótól követelhető. Valószínűbb azonban, hogy a megbízó költségekbe bocsátkozásra felhívó magatartását úgy értékeli, hogy az a megtérülést biztosító időtartamú jogviszony létesítésére vállalt kötelezettséget is jelent, ezért a szerződésszegés jogkövetkezményei érvényesíthetők.¹¹²

b) Mindezek következtében a Törvény 18-21. §§-ai a *kiegyenlítéshez való jog* rendelkezéseit vették át az Irányelvből szinte szóról szóra. A kiegyenlítés a felek szolgáltatásainak értékegyensúlyát kívánja fenntartani, voltaképpen az ellenszolgáltatás egy részének tekinthető, mivel akkor jár, ha a megbízó az ügynöki szerződés megszűnését követően is előnyt realizál az ügynöki tevékenység eredményeként. Szerződési jogunk alapelveinek az értékegyensúly kontrollálása nem mond ellent, a Ptk. több esetben beavatkozik a felek jogviszonyába a

¹¹² Lásd az 18-21. §§-hoz fűzött részletes indokolást.

szolgáltatás és ellenszolgáltatás egyensúlytalanságának megakadályozása érdekében.

A kiegyenlítés leginkább a munkajogban ismert végkielégítéshez hasonlítható, de a különbözőség a meghatározóbb.¹¹³ Kiegyenlítésre azért keletkezik jogosultság, mert a megbízó az ügynök által közvetített ügyfelekkel az utórendelések révén az ügynöki szerződés megszűnése után is szerződéseket köt, hasznot realizál, amiből az ügynök is részesedne jutalék formájában, ha az ügynöki szerződés nem szűnt volna meg. Ha az ügynöki szerződés megszűnését követően a megbízónál nem jelentkezik előny, mert például az ügynök által megszerzett ügyfél fizetése képtelenné vált, és további megrendelés tőle nem várható, vagy netán az ügynök átpártol a konkurenciához, kiegyenlítés fizetésére nem kerülhet sor.

A kiegyenlítés a szerződés megszűnésekor, egy összegben, limitáltan jár, nincs lehetőség a jutalék formájában, szerződéskötésenként történő továbbfizetésre, nyilván a jogviszony mielőbbi végleges lezárása érdekében. A kiegyenlítést ezért *el kell határolni a szerződés utáni jutaléktól*,¹¹⁴ amely az ügynöknek az ügynöki szerződés megszűnése után megkötött kereskedelmi ügyletek után azért jár, mert az ügylet jelentős részben az ügynök által az ügynöki szerződésben meghatározott időszakban kifejtett erőfeszítéseknek tudható be, és az ügyletet az ügynöki szerződés megszűnése után egy ésszerű időszakon belül kötötték meg, vagy a harmadik személy megrendelése a megbízóhoz vagy az ügynökhöz az ügynöki szerződés megszűnését megelőzően érkezett meg.¹¹⁵ A jutalékhoz való jog azon alapul, hogy a kereskedelmi ügynök tevőlegesen közreműködik az adott szerződés megkötésében. A kiegyenlítésre alapot adó jövőbeni ügyletek konkrét létrehozásában azonban a kereskedelmi ügynök már nem vesz részt.

Az összeg meghatározása döntően becslésen alapszik, ezért könnyen vitatható. A Törvény a viták csökkentése érdekében 21. §-ában előírja, hogy ha a felek a szerződés megszűnése után megállapodnak a kiegyenlítés összegében, *megállapodásuk utóbb nem támadható meg arra hivatkozva, hogy tévedtek* abban, hogy a megbízó az ügynök által szerzett

¹¹³ Van olyan nézet, amely a *kötbér*hez hasonlítja, mert ugyanolyan káráltalány jellege van – a kereskedelmi ügynök kártérítési igénnyel is felléphet, többletkárát azonban neki kell bizonyítania. Lásd PRUGBERGER Tamás: A tartós kényszervállalkozási és megbízási szerződés. In: Cég és Jog, 2003/7-8. szám, 13. o.

¹¹⁴ PAJOR-BYTOMSKI Magdalena: Az önálló kereskedelmi képviselőkről szóló EK-Irányelv és átültetése a magyar jogba. In: Magyar Jog, 2002/3. szám, 143. o.

¹¹⁵ Irányelv 8. cikk, Törvény 10. § (2) bekezdés.

ügyfelekkel fennálló üzleti kapcsolatokról az ügynöki szerződés megszűnését követően milyen mértékű előnyre tesz majd szert.¹¹⁶

IV. Összegzés

A kiegyenlítés alapgondolata, hogy az ügynöki szerződés megszűnését követően a megbízó előnyhöz jut, mert a kereskedelmi ügynök által kiépített üzleti kapcsolatokat jutalékfizetés nélkül gyümölcsöztetheti. Ha az ügynöki szerződés megszűnésében az ügynöknek nem volt szerepe, méltánytalan lenne vele szemben, ha a szerződés megszűnése után az ő munkájának is tulajdonítható jövőbeni haszonból nem részesülne.

A kártalanítás abból indul ki, hogy a kereskedelmi ügynök kiépített a megbízó számára egy jól működő piacot. Ha az ügynöki szerződés megszűnése nem az ügynöknek tudható be, nem is számolt a megszűnés lehetőségével, egyszer csak azzal szembesül, hogy a tevékenysége eredményeképpen kialakult goodwill hasznaiból a jövőben nem kap részesedést.

Közös a két rendszerben – amint ez az Irányelv megfogalmazásából is kitűnik –, hogy az ügynöki szerződés megszüntetésére úgy tekint, mint a megbízó olyan cselekményére, amelynek célja az ügynök jutaléktól való megfosztása. Az ügynök „megdolgozta a piacot”, és a megbízó ahogy elegendőnek tartja az ügynök segítségével kialakított vevőkört, az ügynöki szerződés megszüntetésével az ügynököt kizárja az egyre növekvő hasznokból történő részesedésből.

Ha a megbízónál a szerződés megszűnését követően olyan előny jelentkezik, amelyből az ügynök is részesülhetett volna jutalék formájában a szerződés fennmaradása esetén, mind kiegyenlítés, mind kártalanítás fizetésére lehetőség nyílik. A kompenzációnak ellenben nincsen létjogosultsága, még a kártalanítás rendszerében sem, ha a megbízó az adott termék forgalmazásával felhagy, mert a jövőben már egyáltalán nem keletkezik haszna, a múltban felépített goodwill-ből pedig a szerződés

¹¹⁶ Ez a szabály párhuzamba állítható a Ptk. 240. §-ának (4) bekezdésével: „Az egyezséggel történő szerződésmódosítás érvényességét nem érinti a feleknek olyan körülményre vonatkozó tévedése, amely közöttük vitás volt, vagy amelyet bizonytalannak tartottak. Ez arra az esetre is áll, ha az egyezés megkötése után előkerült bizonyítékokkal a vitát vagy a bizonytalanságot el lehetett volna hátrítani.”

fennállása alatt kifizetett jutalékok az ügynököt kellő mértékben részesítették.¹¹⁷

Különböző eredményre jutunk viszont akkor, ha az ügynök által értékesített márkát a megbízó eladja, ahogy tette ezt a Lonsdale esetben is. A kiegyenlítés feltételei nincsenek meg, kártalanítás fizetésére viszont sor kerülhet. A védelem szintje nem azonos, de ez nem a szabályozás hibája. Az Irányelv csak harmonizálja a nemzeti szabályokat, nem egységesíti. A kereskedelmi ügynöki tevékenység esetén nem is lenne elvárható a minden tagállamban azonos szabályok elfogadása, mert az ügynöki jogviszony erősen kötődik a nemzeti piacok jellegéhez, a gazdasági feltételekhez, piaci viszonyokhoz. Ha pedig már magában a kompenzáció típusában választást engedünk, akkor nyilvánvalóan azt sem lehet elvárni, hogy a kompenzáció összegében egységes zsinórmérték érvényesüljön.

¹¹⁷ Főleg, ha arra gondolunk, hogy a jutalék az ügynöknek akkor is jár, ha a szerződést a megbízó a kereskedelmi ügynöki szerződés hatálya alá eső időszakban a közreműködése nélkül, közvetlenül köti meg az érintett földrajzi területhez vagy személyi körhöz tartozó féllel, azaz nem követelmény, hogy a kereskedelmi ügynök a szerződés megkötésének folyamatában részt vegyen. – Lásd a *Georgios Kontogeorgas* és a *Kartonpak AE* közötti ügyben született előzetes döntést, a C-104/95. számú ügyben 1996. december 12-én meghozott ítéletet. EBHT 1996. I. 6643. o.

Felhasznált irodalom:

PAJOR-BYTOMSKI Magdalena: Az önálló kereskedelmi képviselőkről szóló EK-Irányelv és átültetése a magyar jogba. In: Magyar Jog, 2002/3. szám, 136-153. o.

PAJOR-BYTOMSKI Magdalena: A kereskedelmi ügynöki szerződés. KJK-Kerszöv, Budapest, 2003.

PRUGBERGER Tamás: A tartós kényszervállalkozási és megbízási szerződés. In: Cég és Jog, 2003/7-8. szám, 11-13. o.

Giesela RÜHL: Der nachvertragliche Entschädigungsanspruch des Handelsvertreters und seine Berechnung im Vereinigten Königreich. Entscheidung des House of Lords vom 4. Juli 2007. In: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP), 2009/1, 187-205. o.

Jeremy SCHOLLES and Severine SAINTIER: Commercial Agents and the Law. Part of Lloyd's Commercial Law Library. Published by Informa UK Ltd. 2005.

Bernd WESTPHAL: Die Handelsvertreterrichtlinie und deren Umsetzung in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Köln, 1994.

Molnár Márta
Polgári Jogi Tanszék
Témavezető: Harmathy Attila

A társasági tulajdonrész átruházásának közbeszerzési vonatkozásai

Az utóbbi évtizedekben a szerződések területén végbemenő változások a közbeszerzések jogát is új kihívások elé állítják. A szerződő felek közötti eseti kapcsolatot, viszonylag egyszerű ügyleteket alapul vevő szerződésfelfogáson nyugvó közbeszerzési szabályrendszer nehezen idomul a köz- és magánszféra között létrejövő bonyolult szerződéses konstrukciókhoz, gyakran hosszú távú együttműködést létrehozó megállapodásokhoz. A címbeli problémafelvetés, azaz a társasági tulajdonosváltás közbeszerzési kötelezettség alá tartozásának kérdése szintén a magánszféra képviselőit a közfeladatok ellátásába bekapcsoló újabb együttműködési formákkal összefüggésben vetődött fel az Európai Közösségek Bíróságának gyakorlatában, illetve a nemzetközi szakirodalomban.

A hatályos közbeszerzési szabályozás a közpénzek hatékony felhasználása és az esélyegyenlőségen alapuló tiszta verseny megvalósulása érdekében az ajánlatkérő meghatározott tárgyú, illetve értékű szerződéseiben a legkedvezőbb ajánlatot tevő szerződő partner személyének kiválasztását tartja szem előtt, amely mellett a szerződő felek tulajdonosi szerkezetében bekövetkező változás általában nem kerül a közbeszerzés látókörébe. Sem az Európai Unió, sem a tagállamok közbeszerzési joggyakorlatában nem maradhatott azonban figyelmen kívül az a jelenség, hogy a közfeladatok ellátásában a magánszféra társasági tulajdonosváltás útján megvalósuló szerepvállalása gazdasági tartalmát tekintve a közbeszerzés tárgyi hatálya alá tartozó beszerzéssel lehet egyenértékű, amelynek jogtechnikai okból történő figyelmen kívül hagyása az Unió által a közszféra beszerzéseikhez kapcsolódóan kitűzött követelményeket és célokat veszélyeztetné. A közbeszerzés alkalmazási körének vizsgálatakor egy meghatározott esetkör, a közérdekű feladatot ellátó társaság

privatizációjának közbeszerzési kötelezettség alá tartozása tekintetében kívánjuk áttekinteni a figyelembe kerülő elméleti szempontokat, illetve a joggyakorlat jelenlegi állását és várható tendenciáit.

I. A privatizáció egyes formái, privatizáció beszerzési céllal

A privatizáció kifejezést többféle jelentésben használják, szűkebb értelemben a vagyon köztulajdonból magántulajdonba kerülését, tágabb értelemben a magánszférának a közösségi feladatok ellátásába történő bekapcsolását értik alatta.¹¹⁸ Az utóbbi jelenségen belül témánk szempont-jából fontosnak tartjuk megemlíteni a privatizáció egyes formáinak további, az alábbi típusok szerinti megkülönböztetését is. *Materiális privatizációról* beszélünk, amikor a feladatellátás mellett a feladat ellátásáért való felelősség is a magánszférába kerül, az állam teljesen kivonul egy adott szolgáltatás vagy termelőtevékenység ellátásából. *Formális privatizáció* vagy más elnevezéssel *szervezeti privatizáció* esetében a közfeladatok ellátása ugyan a magánjog eszközeinek igénybe vételével történik, mind a feladatellátás, mind a feladat ellátásáért való felelősség azonban változatlanul a közszférát terheli. A privatizáció harmadik típusa a *szolgáltatás-ellátás privatizálása*, kiszervezése (*contracting out* vagy *outsourcing*), amelynek során egy változatlanul közfeladatként az állam felelősségébe tartozó tevékenység végrehajtását végzik a magánszféra képviselői.¹¹⁹

A privatizáció különböző formái egymással összekapcsolódva jelenhetnek meg, amelynek témánk, a társasági részesedés átruházásának közbeszerzési relevanciája szempontjából lényeges kérdése, hogy a tulajdoni privatizáció melyik fenti koncepcióval párosul. Materiális privatizáció esetében alapvetően nem jellemző a beszerzési elem és nem merül fel a közbeszerzés alkalmazásának lehetősége, hiszen a tulajdonátruházás révén, mivel az adott tevékenység teljes egészében a privátszférába kerül, a közszféra semmilyen szolgáltatás megrendelőjévé nem válik. Bár itt is elképzelhető a közbeszerzési relevancia akkor, ha a privatizálandó társaság jelentős állami megrendeléseket teljesít, az Európai Unió gyakorlatában inkább a közfeladatok ellátásának kiszervezésével kapcsolatban vetődött fel ez a kérdés.

¹¹⁸ HORVÁTH M. Tamás [2005]: Közmenedzsment. Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs, p.44.

¹¹⁹ Wernhard MÖSCHEL [1997]: Privatisierung und öffentliches Vergaberecht, In: Wirtschaft und Wettbewerb, 1997:2., pp.120-124.; Jörg SCHUBERT [2001]: Privatisierungen und öffentliches Vergaberecht, In: Wirtschaft und Wettbewerb, 2001:3., pp.254-261.

A formális privatizáció a fent említett más konstrukciókkal szemben valójában nem is tényleges privatizáció, hiszen nem kapcsolja be a gazdasági élet résztvevőit a közfeladatok ellátásába, a közbeszerzési kötelezettség ettől függetlenül számos megvalósulási formájára kiterjed. Az Európai Közösségek Bíróságának (a továbbiakban: Bíróság vagy Európai Bíróság) gyakorlata szerint a közbeszerzési irányelvek hatálya kiterjed az ajánlatkérő által tőle elkülönülő, önálló jogalanyisággal rendelkező harmadik személlyel kötött, visszterhes szerződésekre, tekintet nélkül a szerződő partner közjogi szervezet voltára vagy a szerződés közigazgatási jellegére.¹²⁰ A Bíróságnak a *Teckal-ügyben*¹²¹ kifejtett álláspontja alapján egyedül azon visszterhes szerződéseknél nem merül fel a közbeszerzési kötelezettség, ahol az ajánlatkérő a saját szervezeti egységeihez hasonló ellenőrzést gyakorol szerződő partnere felett, amely utóbbi a tevékenységének meghatározó részét az ajánlatkérő részére fejt ki. Az ilyen megállapodások az adott közjogi szervezet kvázi belső (házon belüli vagy *quasi-in-house*) folyamatai körébe sorolhatóak, ezáltal kívül esnek a közbeszerzési szabályok alkalmazási körén. A szakirodalomban találkozunk olyan állásponttal is, amely – a házon belüli kapcsolat vizsgálata nélkül – az ajánlatkérő valamely szervezeti egységének önálló jogalannyá szervezését, és korábbi feladatainak immár szerződés alapján történő további folyamatos ellátását is olyan belső folyamatnak tekinti, amely nem tartozik a közbeszerzési irányelvek alkalmazási körébe.¹²² A közbeszerzési szempontból releváns szerződések és az állami feladatellátás belső szervezését megvalósító folyamatok elhatárolásának kérdése túlmutat jelen dolgozat keretein,¹²³ témánk szempontjából azonban kiemelendő, hogy a közszférán belüli formális privatizációra is kiterjedhet a közbeszerzési irányelvek hatálya.

A vizsgált problémafelvetés – bár a materiális vagy a formális privatizáció keretei között is értelmezhető lehet – elsősorban mégis a privatizáció harmadik típusa, a szolgáltatás-ellátás kiszervezése körében tart számot a jogalkalmazók és a szakirodalom érdeklődésére. A kiszervezés egyik lehetséges módja, hogy a közérdekű feladat ellátásáért felelős szerv a saját tulajdonában álló, az adott tevékenységet ellátó társaságot értékesíti – egészben vagy részben – a magánszféra képviselői részére, ily

¹²⁰ A Bíróság C-84/03.sz., Bizottság kontra Spanyol Királyság ügyben 2005. január 13-án hozott ítélete (EBHT 2005., I-00139.o.)

¹²¹ A Bíróság C-107/98.sz., Teckal ügyben 1999. november 18-án hozott ítélete (EBHT 1999., I-08121.o.)

¹²² Alexander EGGER [2007]: Vergabe- und Privatisierungsmaßnahmen der Kommunen unter den Anforderungen des EG Vertrages. Schriftenreihe des Österreichischen Städtebundes 1.2007., Wien, p.44.

¹²³ Az Európai Bizottság gyakorlatából lásd: Az Európai Bizottság sajtóközleménye: IP/07/357

módon a feladat-ellátás privatizálása a korábban állami vagy önkormányzati tulajdonban álló gazdasági társaság üzletrészenek vagy részvényeinek átruházásával történik. A feladatellátás jogi kereteit a társasági tulajdonosváltást követően is a feladatellátásért felelős közjogi szerv és a társaság között fennmaradó szerződés jelenti, amely szerződési pozíció a társaság értékét alapvetően meghatározza.¹²⁴ Az új tulajdonos így a társaság megszerzésével együtt a feladatellátást biztosító szerződést is átveszi. Amennyiben az adott tevékenység végzésére vonatkozó szerződés megkötése egyébként közbeszerzési kötelezettség alá tartozna, felvetődik a kérdés, hogy maga a társasági tulajdonrész átruházása is a közbeszerzés alkalmazási körébe esik-e, tekintettel arra, hogy a privatizáció egy beszerzési elemet is magában hordoz.

A kérdésnek kétféle megközelítésével találkozunk. A Bíróság a szakirodalomban megjelenő többségi állásponttal összhangban a társasági tulajdonrész átruházását csak annyiban vonja közbeszerzési kötelezettség alá, amennyiben az összes körülmény figyelembe vételével arra lehet következtetni, hogy a társasági jogi ügyletre kifejezetten beszerzési célból, a közbeszerzési eljárás megkerülésével került sor. Az Európai Bizottság IPPP-kről kiadott értelmező közleménye¹²⁵ és egyes szakírók azonban felvetik, hogy a „házon belüli” kapcsolat hiányában, illetve megszűnésével az egyébként a közbeszerzés tárgyi hatálya alá tartozó szerződést teljesítő állami vagy önkormányzati tulajdonú társaság privatizációja általában is közbeszerzési eljárás lefolytatásának kötelezettségét vonja maga után. Ezen gondolatmenet szerint ugyanis a közvetlen beszerzési cél ellenére beszerzési elemet hordoz magában az a privatizáció is, amellyel egy társaság egyúttal közvetetten – korábban versenyeztetési eljárás nélkül adott - értékes megrendeléshez jut hozzá. A továbbiakban áttekintjük a két álláspont mellett, illetve azokkal szemben a szakirodalomban felsorakoztatott érveket, valamint a vonatkozó közösségi jog jelenlegi állását, kitérve a problémával kapcsolatban a hazai joggyakorlatban megjelenő megközelítésre is.

¹²⁴ Walter FRENZ [2002]: Ausschreibungspflicht einer Übertragung von Gesellschaftsanteilen, In: Die öffentliche Verwaltung, 2002:5., pp.186-194.

¹²⁵ A Bizottság értelmező közleménye a közbeszerzésekre és koncessziókra vonatkozó közösségi jognak az Intézményesített PPP-kre (IPPP) való alkalmazásáról. Brüsszel, 2008. február 5.

II. Milyen esetben társul közbeszerzési kötelezettség a beszerzési elemet is magában foglaló privatizációhoz?¹²⁶

A Bíróság 2005. november 10-én, a Bizottság v. Ausztria esetben¹²⁷ hozott ítéletében egyértelművé tette, hogy a közbeszerzési irányelvek alkalmazása nem kerülhető meg azáltal, hogy az ajánlatkérő a beszerzését egy több lépésből álló, kifejezetten beszerzési célra irányuló konstrukcióban valósítja meg, ahol a feladatok kiszervezése – formailag a közbeszerzés hatálya alá nem tartozó - üzletrész-átruházás útján valósul meg. Az alapul fekvő esetben Mödling városa 1999 júniusában egy 100%-ban saját tulajdonú társaságot alapított a város szemétszállítási feladatainak ellátására, amellyel ugyanazon év szeptember 15-én megkötötte a szolgáltatás nyújtására vonatkozó visszterhes szerződést. A szerződéskötéskor fennálló „házon belüli” kapcsolatra tekintettel ajánlati felhívás közzétételére nem került sor. 1999. október 1-i ülésén a mödlingi önkormányzati testület úgy határozott, hogy a társaság üzletrészeinek 49 %-át a Saubermacher Dienstleistungs-Aktiengesellschaft (a továbbiakban: Saubermacher AG) számára értékesíti, az ügyletre október 13-án került sor. A társaság mindazonáltal csak 1999. december 1-én kezdte meg tényleges működését, azaz egy olyan időpontban, amikor a Saubermacher AG már a társaság tagja volt. Az esetet követően a Bizottság sérelmezte a közbeszerzési irányelvek által előírt közzétételi kötelezettség mellőzését és a megelőző eljárás eredménytelenségét követően a Bíróságon eljárást indított az Osztrák Köztársaság ellen. A tagállami kötelezettségszegés miatt indult eljárásban a Bíróság nem fogadta el az osztrák kormány álláspontját, amely szerint a társaság alapítása, a szolgáltatási szerződés megkötése és az üzletrészek eladása három különálló ügylet. Ítéletében megállapította, hogy Mödling városa egy szolgáltatásra irányuló közbeszerzési szerződést egy több lépésből álló, mesterséges konstrukció segítségével ítélte oda egy vegyes tulajdonú gazdasági vállalkozásnak, megkerülve ezáltal a 92/50 irányelv rendelkezéseit. Ítéletében felhívta a Stadt Halle és RPL Rochau¹²⁸ ítéletben korábban kifejtett állásfoglalását is, amely szerint egy magánvállalkozás akár kisebbségi részesedése egy olyan társaság tőkéjében, amelyben a kérdéses ajánlatkérő szintén részesedéssel rendelkezik, mindenképpen kizárja azt, hogy az ajánlatkérő a saját szervei felett gyakorolt ellenőrzéssel megegyező módon ellenőrizze ezt a társaságot. A Bíróság döntésében arra a következtetésre jutott, hogy

¹²⁶ Privatizáció alatt ezen a helyen, illetve a továbbiakban a tulajdoni értelemben vett privatizációt értjük.

¹²⁷ A Bíróság C-29/04.sz., Mödling ügyben 2005. november 10-én hozott ítélete (EBHT 2005., I-09705.o.)

¹²⁸ A Bíróság C-26/03.sz., Stadt Halle és RPL Rochau ügyben 2005. január 11-én hozott ítélete (EBHT 2005., I-1.o.)

– különös tekintettel az eset körülményeire, az események időbeli közelségére és az odaítélés célkitűzéseire – a Mödling város hulladékának kezeléséről szóló szerződés megkötéséhez a 92/50 irányelvben foglaltak szerint közbeszerzési eljárást kellett volna lefolytatni, amelynek mellőzésével az Osztrák Köztársaság megszegte az irányelvből eredő kötelezettségeit. Bár a döntés kifejezetten csak a beszerzési céllal lefolytatott, a közbeszerzési irányelv alkalmazását egy mesterséges, látszólag az irányelv hatálya alá nem tartozó konstrukcióval kikerülő magatartást minősített a közösségi joggal ellentétesnek, az egy évvel később hasonló kérdést felvető ANAV-esetben előterjesztett főtanácsnoki indítvány¹²⁹ további következtetést vont le a fenti ítéletből.

Ebben az ügyben az olasz Puglia tartomány közigazgatási bírósága előzetes döntéshozatali kérelemmel fordult a Bírósághoz annak eldöntésére, hogy összeegyeztethető-e a közösségi joggal az az olasz rendeleti szabályozás, amely szerint a helyi önkormányzatok választásuk szerint közbeszerzési eljárással, vagy amennyiben az önkormányzat a saját szervezeti egységeihez hasonló ellenőrzést gyakorol szerződő partnere felett, és ez utóbbi a tevékenységének meghatározó részét az önkormányzat részére fejt ki, közbeszerzési eljárás nélkül, közvetlenül ítélik oda szerződéseiket valamely vállalkozásnak. Az alapul fekvő esetben egy versenyeztetés nélkül megkötött szerződés mellett további körülményként merült fel, hogy Bari város önkormányzata a 100%-ban saját tulajdonú társaságával buszjáratok üzemeltetésére kötött szerződés létrejöttét röviddel megelőzően már döntést hozott arról, hogy a társaság 80 %-os tulajdonrészét később értékesíteni kívánja egy privát befektető részére. A fenti körülményre vonatkozóan Geelhoed főtanácsnok indítványában kiemelte, hogy a Bizottság v. Ausztria esetben született ítélet alapján a Teckal-ügyben kifejtett és a kérdéses olasz rendeletben átvett, a „házon belüli” kapcsolat fennállását jelentő két kritérium mellett megjelent egy harmadik követelmény, amely szerint az első két körülménynek (1. az ajánlatkérő saját szervezeti egységeihez hasonló ellenőrzést gyakorol szerződő partnere felett, 2. a szerződő partner tevékenységének meghatározó részét az ajánlatkérő részére fejt ki) tartósan kell fennállnia ahhoz, hogy az ügylet ne minősüljön a közösségi jog szempontjából releváns szerződéskötésnek. Az indítvány szerint a szerződés megkötését követően a társaság privatizálása – mesterségesen több szakaszra bontva az eljárást – arra az eredményre vezetne, hogy a szolgáltatási koncessziót

¹²⁹ Geelhoed főtanácsnok 2006. január 12-én, az ANAV ügyben előterjesztett indítványa (EBHT 2006., I-03303.o.)

egy vegyes tulajdonban álló társaság versenyeztetés nélkül szerezné meg¹³⁰.

A Bíróság ítéletében¹³¹ nem mondta ki általában a „házon belüli” beszerzés kritériumaként a feltételek tartós fennállásának követelményét, hanem a Bizottság v. Ausztria esetben hozott döntésére utalva úgy foglalt állást, hogy amennyiben a buszjáratokat üzemeltető koncessziós jogosult olyan társaság, amelyben a szerződés tartamának ideje alatt az ajánlatkérő szándéka szerint magánbefektető részesedést szerezhethet, ez a helyzet a közösségi jog által követett célokkal ellentétes eredményre, a szolgáltatási koncesszióknak egy vegyes tulajdonban álló társaság által verseny nélkül történő megszerzésére vezetne.

Az előbbi kijelentéssel kapcsolatban fontosnak tartjuk kiemelni, hogy a Bíróság döntése alapjául szolgáló tényállás szerint Bari önkormányzata már a szerződéskötést megelőzően döntést hozott a társaság privatizálásáról. Álláspontunk szerint ezért – tekintettel arra, hogy a Bíróság döntése mindig kizárólag az ügyben adott tényállás vonatkozásában értelmezhető – jelen ítéletből nem vezethető le olyan követelmény, amely szerint az ajánlatkérő és a vele „házon belüli” kapcsolatban álló társaság között létrejött szerződés teljes időtartama alatt a társaság privatizálása általában közbeszerzési kötelezettséget vonna maga után.¹³² Valójában a Bíróság – utalva a Bizottság v. Ausztria üggyhöz való hasonlóságra – itt is egy olyan eljárás jogellenességét mondta ki, ahol tekintettel arra, hogy már a szerződéskötést megelőzően döntöttek a társaság privatizálásáról, kifejezetten megállapítható lenne, hogy az ajánlatkérő szándéka eleve egy vegyes tulajdonú gazdasági társasággal fennálló szerződéses kapcsolat létrehozása volt. Mivel az önkormányzati testület a privatizációra vonatkozó döntését később visszavonta, a szándék fennállása a Bíróság előtti eljárásban nem volt egyértelmű, így a tényállás tisztázása és a kérdés végleges eldöntése a nemzeti bíróságra maradt. Álláspontunk szerint tehát az ANAV-ügyben hozott ítélet végkövetkeztetését tekintve nem tér el a Bíróság által a Bizottság v. Ausztria ügyben tett megállapításoktól, bár

¹³⁰ Bár a szolgáltatási koncesszió, mint beszerzési tárgy nem tartozik a közösségi közbeszerzési irányelvek hatálya alá, az ajánlatkérőnek ilyen esetben is az EK szerződés alapvető rendelkezésinek megfelelően kell eljárnia, különös tekintettel a diszkrimináció tilalma és a transzparencia elveire, amely a Bíróság gyakorlata szerint megköveteli, hogy szolgáltatási koncesszió esetében is sor kerüljön a versenyt lehetővé tevő hirdetmény közzétételére és elfogulatlan beszerzési eljárásra. [A Bíróság C-458/03.sz., Parking Brixen ügyben 2005. október 13-án hozott ítélete (EBHT 2005., I-0000.o.)]

¹³¹ A Bíróság C-410/04.sz., ANAV ügyben 2006. április 6-án hozott ítélete (EBHT 2006., I-03303.o.)

¹³² Figyelmen kívül hagyja a Bíróság megállapításának tényálláshoz kötöttségét Frenz, amikor az ügy értékelése során arra a következtetésre jut, hogy a Bíróság döntése alapján egy in-house létrejött szerződés fennállása alatt a szerződést teljesítő társaság privatizálása minden esetben közbeszerzési kötelezettséget eredményez. Walter FRENZ [2006]: Ausschreibungspflicht bei Anteilsveräußerungen und Einzelgesellschaften. In: Neue Juristische Wochenschrift, 2006:37., pp.2665-2668.

valóban jelez kisebb elmozdulást, hogy az ítélet - előzményétől eltérően - nem szól kifejezetten manipulációkkal leplezett beszerzési szándékról, hanem a közösségi jog sérelmét mondja ki a ténylegesen megkerülésként értékelhető konstrukció esetében.

A Bíróság gyakorlatánál szigorúbb követelményeket fogalmaz meg, és kiterjesztően értelmezi a közbeszerzési irányelvek alkalmazási körét a Bizottság 2008 februárjában kiadott értelmező közleménye a közbeszerzésekre és koncessziókra vonatkozó közösségi jognak az Intézményesített PPP-kre (IPPP) való alkalmazásáról¹³³. A dokumentum tartalmi vizsgálata előtt annak jogi természetével kapcsolatban szükséges előre bocsátanunk, hogy a közösségi jognak a tagállamok számára is kötelező értelmezése kizárólag az Európai Bíróság hatásköre, az értelmező közlemény a Bizottság felfogását tükrözi, és magára a Bizottságra nézve kötelező. A közlemény jelentőségét így első sorban az adja, hogy eltérő gyakorlat folytatása esetén a közösségi jog megsértése miatt a Bizottság kötelezettségszegési eljárást indíthat a Bíróság előtt az adott tagállammal szemben.

A Bizottság értelmezésében az IPPP a közszféra és a magánszféra közötti olyan együttműködési forma, amelynek keretében közbeszerzési szerződést vagy koncessziót végrehajtó, vegyes tulajdonban álló társaságot hoznak létre. Az IPPP keretében a magánfél szerepe nem korlátozódik a vagyoni hozzájárulásra, hanem tevékenyen részt vesz a társaság szerződéseinek végrehajtásában, illetve a társaság irányításában.

Az IPPP létrehozása két módon történhet: az ajánlatkérő és a magánfél egy új társaságot alapít, és a közbeszerzési szerződést ennek a társaságnak ítélik, vagy a magánfél olyan, már létező állami vagy önkormányzati vállalkozásban vesz részt, amely korábban „házon belül” kapott közbeszerzési szerződést hajt végre. A Bizottság álláspontja szerint az IPPP létrehozásának módjától függetlenül az ajánlatkérőnek mindkét esetben a közbeszerzési szerződésekre és a koncessziókra vonatkozó közösségi jog rendelkezéseinek megfelelően kell eljárnia vagy amikor kiválasztja a társaságban részt vevő magánfelet, vagy amikor közbeszerzést vagy koncessziót ítél oda a vegyes tulajdonban álló társaságnak.

¹³³ A Bizottság értelmező közleménye a közbeszerzésekre és koncessziókra vonatkozó közösségi jognak az Intézményesített PPP-kre (IPPP) való alkalmazásáról. Brüsszel, 2008. február 5.

Tekintettel arra, hogy a vegyes tulajdonban álló társaság alapításának célja alapvetően az, hogy az adott feladatot a felek ilyen módon kívánják ellátni, nem célszerű a társaság létrehozását követően a szerződés elnyerésére vonatkozó versenyeztetési eljárás lebonyolítása. A Bizottság javaslata szerint egy megoldási lehetőség lehet a társaság alapítását megelőzően, a magánfél kiválasztása érdekében lefolytatni az eljárást az adott közbeszerzési szerződés elnyerésére. Ha az IPPP-t úgy hozzák létre, hogy a magánfél már létező állami vagy önkormányzati társulásban vesz részt, a gyakorlati megvalósításra a Bizottság által javasolt mód, hogy az e társulásban résztvevő magánfél kiválasztására irányuló eljárás tárgya azon közbeszerzés vagy koncesszió lehet, amelynek megvalósítása addig a szóban forgó állami vagy önkormányzati vállalkozáson belül történt.

A közlemény tehát az IPPP fogalma keretében azonosan értékeli azt az esetet, amikor egy állami vagy önkormányzati tulajdonú társaság részleges privatizációja útján kerül be a magánfél egy már fennálló közbeszerzési szerződés teljesítésébe – függetlenül attól, hogy a társaság mióta látja el az adott feladatot, mint amikor az ajánlatkérő egy vegyes tulajdonú társaságnak ítéli oda a szerződést. A dokumentum idézi a Bizottság v. Ausztria ügy azon megállapítását, amely szerint az ajánlatkérő nem leplezheti manipulációkkal a közbeszerzési szerződés vegyes tulajdonban álló társaságnak való odaítélését, ebből azonban kibővítő értelmezéssel olyan követelményt támaszt, amely szerint a közbeszerzési szerződést teljesítő társaság részleges privatizációja minden esetben a közbeszerzés szabályainak figyelembe vételével történhet. Tekintettel arra, hogy ebben az esetben a Bizottság a „házon-belüli” helyzet megszűnését értékeli a szerződéskötéssel megegyező módon, ezen gondolatmenet szerint a közbeszerzési szerződés fennállásának ideje alatt a saját tulajdonú társaság részleges értékesítése általában relevánssá teszi az adott szerződést a közbeszerzési jog számára, és az ajánlatkérőnek az irányelvek rendelkezéseinek (szolgáltatási koncesszió esetén az EK szerződésből eredő követelményeknek) megfelelően kell eljárnia a privatizáció során.¹³⁴

¹³⁴ Tekintettel arra, hogy a közlemény kifejezetten az IPPP létrehozása körében foglalkozik a kérdéssel, az állami vagy önkormányzati társaság részleges privatizációja esetén rögzíti a közbeszerzési irányelveknek történő megfelelés követelményét. Ugyanezen gondolatmenet szerint levezethető azonban az is, hogy ahogyan a közlemény szerint a közbeszerzési szerződést teljesítő társaság részleges privatizációja, valamint – a Bíróság következetes gyakorlata alapján - a szerződés vegyes tulajdonú társaságnak odaítélése közbeszerzési kötelezettség alá tartozik, a 100%-ban magántulajdonban álló ajánlattevővel kötendő szerződéshez hasonlóan - a Bizottság megközelítését tovább követve - a közbeszerzési szerződést teljesítő társaság teljes privatizációja is csak a közbeszerzési szabályok figyelembe vételével történhetne.

Álláspontunk szerint a teljes egészében az irányelvek hatálya alá tartozó beszerzési tárgyak esetében megkívánt közbeszerzési eljárási típusok alkalmazása leginkább egy kifejezetten az adott szerződés teljesítése érdekében alakult, szűken körülhatárolható tevékenységi körrel rendelkező társaság privatizálása esetében képzelhető el. Nehezen valósítható meg azonban közbeszerzési eljárás útján egy olyan társaság új tulajdonostársának kiválasztása, ahol a közbeszerzési szerződés(ek) a társaság tevékenységének csak egy részét fedli(k) le, és a közbeszerzési eljárásban az ajánlatkérőnek nem áll módjában értékelni az egyéb, nem a közbeszerzés tárgyához kapcsolódó, a jövőbeni együttműködés szempontjából mégis fontos körülményeket. További nehézséget jelenthet, hogy privatizáció esetében az értékesítő állam vagy önkormányzat célja többnyire minél magasabb bevétel megszerzése az értékesítés nyomán, így az egyes tagállamokban előírt értékesítési és a közbeszerzési eljárás céljai összeütközésbe kerülhetnek egymással, és szükségessé válhat a két szabályrendszer összehangolása. A Bizottsági közlemény által vázolt megoldás véleményünk szerint egy leegyszerűsített modellt vesz alapul, amikor a szerződés odaítélésével megegyező módon kezeli a közbeszerzési szerződést végrehajtó társaság privatizációját, és a teljes egészében az irányelvek hatálya alá tartozó szerződést végrehajtó társaságban tulajdont szerző gazdasági szereplő kiválasztására előírja az irányelvek által szabályozott közbeszerzési eljárási típusok alkalmazását.

Több, a szakirodalomban megjelent állásfoglalás is hangsúlyozza, hogy a közbeszerzési szabályok alkalmazása nem terjeszthető ki általánosan a közbeszerzési szerződést teljesítő társaság tulajdonrészének átruházására, figyelembe véve ezen folyamat célját és sajátosságait. A szerzők kiemelik, hogy privatizáció esetén a közsféra nem a közbeszerzési irányelvek hatálya alá tartozó beszerzést valósít meg, hanem éppen ellenkező céllal jár el, valamit értékesít, amelynek révén bevételhez kíván jutni.

További ellenérvként jelenik meg a szakirodalomban, hogy az üzletrész vagy részvény átruházásáról szóló szerződés formailag nem tartozik a közbeszerzési irányelvek tárgyi hatálya alá. Az irányelvek tárgyi hatálya ugyanis megadott tárgyú visszterhes szerződésekre terjed ki (árubeszerzés, szolgáltatásnyújtás, építési beruházás, építési koncesszió), és bár szolgáltatások nyújtása vagy áru szállítása részét képezheti az értékesíteni kívánt társaság tevékenységének, az üzletrész vagy részvény adásvételekor ez a tevékenység nem tárgya magának az átruházó ügyletnek. A kérdéssel kapcsolatban Frenz felveti, hogy bizonyos esetek-

ben indokolt lehet áttörni a beszerzés tárgyának formális meghatározását, együttesen figyelembe véve a szerződés közvetlen tárgya mellett a társaság tevékenységét, az ügyletnek az üzletrész-átruházás mögött meghúzódó tartalmát is¹³⁵. Egy közbeszerzési szerződés megkötése és a társaság üzletrészeinek átruházása azonban csak akkor értelmezhető a közbeszerzési szabályok hatálya alá tartozó egységes folyamatként, amennyiben a társasági jogi ügyletre kifejezetten a szolgáltatás beszerzése érdekében került sor. Álláspontja szerint ha a társaság már hosszú ideje ellátja az adott feladatot, a privatizációval csupán egy belső struktúrát érintő változás valósul meg, amely nem releváns a közbeszerzési jog számára.

Frenz kiemeli továbbá, hogy a közbeszerzési eljárás már alapvető céljait tekintve sem alkalmazható megfelelően egy társaságban fennálló tulajdonrész átruházására. Egy társaság keretein belül ugyanis a tulajdonostársak együttműködése nem egyetlen szolgáltatás nyújtására korlátozott, hanem hosszú távú és szoros kapcsolatot, közös üzletvezetést jelent, így lényegileg különbözik egy áru vagy szolgáltatás megrendelésétől, amelynek lebonyolítására a közbeszerzés szabályrendszere illeszkedik. A közbeszerzési eljárásban középpontban álló ár-érték arány vizsgálata a tulajdonostárs kiválasztásakor nem korlátozódhat csupán egyetlen szolgáltatás teljesítésére, hanem egy hosszú távra tervezett együttműködés megalapozásaként olyan kritériumok is szerepet játszanak, mint a hasonló gondolkodásmód és munkamódszerek, a jó hírnév és megbízhatóság. Ilyen, részleges privatizáció esetén a közös társasági tagság szempontjából jelentős megfontolások érvényesítésére egy objektív közbeszerzési eljárás azonban nem nyújt lehetőséget. Még szembetűnőbb a probléma, ha arra az esetre gondolunk, amikor a társaság értékesítése több lépcsőben történik. Amennyiben egy magánfél ugyanis már tagja az adott társaságnak, az állami vagy önkormányzati tulajdonrész további, közbeszerzési eljárásban történő értékesítésével egy számára idegen üzleti partnerrel kerülhet kényszerű közösségbe.

A gyakorlat számára megoldást kereső megközelítésben vizsgálja a kérdést Egger, alapvető kiindulási pontként rögzítve, hogy kizárólag a kifejezetten beszerzési célból megvalósuló privatizáció tartozik a közbeszerzési jog hatálya alá.¹³⁶ Tanulmányában kísérletet tesz a beszerzési

¹³⁵ Walter FRENZ [2002]: Ausschreibungspflicht einer Übertragung von Gesellschaftsanteilen, In: Die öffentliche Verwaltung, 2002:5., pp.186-194.

¹³⁶ Alexander EGGER [2007]: Vergabe- und Privatisierungsmaßnahmen der Kommunen unter den Anforderungen des EG Vertrages. Schriftenreihe des Österreichischen Städtebundes 1.2007., Wien, pp.44-49.

szándék fennállásának megállapításához a gyakorlat számára irányadó szempontok meghatározására is. Beszerzési szándékra utal például, ha az üzletrész ill. részvények átruházásával egyidejűleg a társaságra új feladatok ellátását is átruházzák, nem pusztán a már korábban is meglévő feladatok továbbvitele valósul meg. Szintén közbeszerzési vonatkozás állhat fenn akkor, ha a közjogi szervezet a társaság értékesítése alkalmával az átadott szolgáltatással kapcsolatban bizonyos jogokat fenn tart vagy bizonyos kötelezettségeket ró a vevőre, amely a vételárban is tükröződik. Az olyan eljárásokkal kapcsolatban, ahol a privatizáció a feladat átruházását követően történik, a Mödling-ügyben született ítélet alapján két döntő elemet emel ki: az időbeli összefüggést és a felek célját. Utóbbi tekintetében a többlépcsős ügylet mögött meghúzódó egységes szándékot szükséges figyelembe venni, amely visszamenőleg illegitimálja a „házon belüli” ügylet megkötését. Ilyen esetről van szó, amikor a tulajdonszerzés célja kifejezetten a közbeszerzés nélkül elnyert megbízásból származó haszon elnyerése. Általános felfogásként utal arra, hogy a privatizációs folyamat célja, illetve a szerzési szándék nem a szubjektív, hanem objektív körülmények alapján ítélandó meg, így nem szükséges a résztvevők részéről a közbeszerzési szabályok megkerülésének rossz-hiszemű, szándékos voltát bizonyítani.

Mehlitz a témában megjelent cikke¹³⁷ a *Wirtschaft und Wettbewerb* hasábjain vitatja Graf Kerksenbrock-nak a lap egy korábbi számában kifejtett véleményét¹³⁸ az önkormányzati áramszolgáltatók privatizálásának közbeszerzés alá tartozásáról. Egyetértünk Mehlitz álláspontjával azzal kapcsolatban, hogy bár a közbeszerzési szerződések tárgyának törvényi meghatározása valóban nem értelmezhető úgy, hogy a közbeszerzés hatálya alá csak meghatározott szerződéstípusok tartoznának, hanem minden, tartalmában hasonló szerződés is beleértendő a szerzési tárgyak fogalmába, a közbeszerzési szerződési tárgyakhoz hasonló tartalom azonban kizárólag olyan szerződéseknel képzelhető el, amelyek dolog v. szolgáltatás megszerzésére irányulnak. Mehlitz szerint szerzési folyamat hiányában nem alkalmazható erre az esetre a Bíróság által a vegyes szerződéseknek a közbeszerzési irányelvek tárgyi hatálya alá tartozásával kapcsolatban a *Gestion Hotelera* ügyben alkalmazott „meghatározó elem” elve (*Schweregewichtstheorie*) sem. Az említett ügyben a Bíróság kimondta, hogy egy játékkaszinó

¹³⁷ Jenny MEHLITZ [2001]: Der verkauf von Gesellschaftsanteilen durch öffentliche Auftraggeber unterliegt nicht dem Vergaberecht! In: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2001:6., pp. 569-573.

¹³⁸ Trutz GRAF KERSENBROCK [2001]: Ist der Verkauf von Geschäftsanteilen oder Aktienmehrheiten kommunaler Stromversorger einem Vergabeverfahren gemäß §§ 97 ff. GWB zu unterziehen? In: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2001:2., pp. 123-127.

üzemeltetésére szóló koncesszió¹³⁹, amelynek elnyerése esetén a kaszinó üzemeltetője bizonyos építési munkák elvégzésére is köteles, nem minősül közbeszerzési szerződésnek, amennyiben az építési munkák nem választhatóak külön a kaszinó üzemeltetésétől és csak járulékos szerepet töltenek be a tranzakció fő tárgyához képest.

Véleményünk szerint a fenti döntésben foglalt elv alapul vehető a beszerzési elemet is magában foglaló privatizációs ügyletek közbeszerzési körbe tartozásának megítélésakor. Amennyiben a Bizottság közleményének megfelelően el is fogadjuk, hogy egy közbeszerzési szerződést „házon belül” ellátó társaság privatizációja esetében az ügylet tárgya közbeszerzési szempontból nem pusztán üzletrész vagy részvények átruházása, hanem közvetve a társaság tevékenységét is figyelembe kell vennünk, a Gestion Hotelera ügyben kifejtettekre támaszkodva nem szükséges a közbeszerzési szabályokat alkalmazni akkor, ha a társaság által ellátott szolgáltatás nem választható el a privatizációtól és a tranzakció fő céljához, az értékesítéshez képest csak járulékos elemként jelenik meg. Tekintettel arra, hogy a szerződő partner tulajdonosi szerkezetének változása semmilyen kötelezettséget nem jelent az állam számára egy fennálló szerződés megszüntetésére, indokolható annak a körülménynek a fennállása, hogy a tranzakció értékesítési és beszerzési eleme ilyen esetben nem elválasztható. A második feltétel, a szolgáltatás ellátásának alárendelt szerepe a privatizációs célhoz képest a konkrét ügylet sajátosságai alapján ítélni lehet meg.¹⁴⁰ Az előbbieket alapján - álláspontunk szerint - a Bíróság Gestion Hotelera ügyben hozott döntésével fennálló párhuzam is érvként szolgálhat annak alátámasztására, hogy csak a kifejezetten beszerzési céllal megvalósuló privatizáció esetében merülhet fel a közbeszerzési irányelvek alkalmazása.

¹³⁹ Jelen esetben a koncesszió nem a közbeszerzési irányelvek értelmében vett építési vagy szolgáltatási koncessziót jelöli, hanem másik értelemben jelenik meg: az állam által adott engedély az állami monopóliumként szabályozott szerencsejáték szervezésére.

¹⁴⁰ Szükséges megjegyezni, hogy a Gestion Hotelera ügyben az építési munkák elvégzéséért külön ellenérték sem járt a nyertesnek, bár mivel ennek költségeit a koncessziós díjra vonatkozó ajánlatában bizonyára bekalkulálta, véleményünk szerint ez a körülmény nem feltétlenül mérvadó a járulékoság tekintetében. Eltérő kérdésfelvetést vizsgál Arrowsmith, amikor a privatizáció alkalmával odaítélt szerződésekre vonatkozóan megjegyzi, hogy a járulékoságra hivatkozás megalapozott lehet, amennyiben az ellátandó feladatok köre és időtartama olyan mértékben korlátozott, ami feltétlenül szükséges ahhoz, hogy a társaság vevőre találjon. Sue Arrowsmith [1997]: Some Problems in Delimiting the Scope of the Public Procurement Directives: Privatisations, Purchasing Consortia and In-house Tenders. In: Public Procurement Law Review, 1997:5., pp.:198-204.

III. A kérdés megjelenése a hazai joggyakorlatban

A Közbeszerzési Döntőbizottság a Közbeszerzések Tanácsa elnöke által a közbeszerzési eljárás mellőzése miatt a Borsod-Abaúj-Zemplén Megyei Önkormányzat ellen hivatalból kezdeményezett jogorvoslati eljárásban foglalkozott a privatizáció és a közbeszerzés összefüggéseivel.¹⁴¹ Az alapul fekvő tényállás szerint a BORSODKOMM Borsod-Abaúj-Zemplén Megyei Önkormányzat Kommunális Kft. tevékenységi körébe tartozott többek között a megye területén levő települések kötelező kéményseprői tevékenységének ellátása. Az Önkormányzat 2005-ben pályázatot írt ki a BORSODKOMM Kft-ben 96,71%-os tulajdoni hányadát megtestesítő üzletrészenek, valamint a 3,29 % tulajdoni hányaddal rendelkező többi tulajdonos megbízásából eljárva a tulajdonukban levő összesen 100 % üzletrész értékesítésére. A pályázat feltételei között szerepelt, hogy az új tulajdonosok vállalják, hogy az adásvételi szerződés megkötését követő tíz évig a kft. ellátja a megye területén azoknak a településeknek a kötelező kéményseprő-ipari tevékenységét, ahol eddig azt a megyei közgyűlés biztosította. Ennek érdekében a pályázóknak vállalniuk kellett, hogy közös megegyezéssel az eddig határozatlan időre létrejött és a szolgáltatás ellátására vonatkozó szerződést határozott időre, 10 évre módosítják, s a szerződést az új tulajdonos is aláírja, kezességet vállalva a megvásárolt cég tevékenységéért. A pályázat nyertese az ÉMK Környezetvédelmi Kft. lett, akivel 2005. június 30-án aláírták az üzletrész adásvételi és a szolgáltatás ellátási szerződést. A Közbeszerzések Tanácsának elnöke ezt követően kezdeményezte a Döntőbizottság eljárását annak alapján, hogy az Önkormányzat jogsértően mellőzte a közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. tv. (a továbbiakban: Kbt.) alkalmazását, amikor a korábbi társasága üzletrészenek értékesítésével a már nem önkormányzati tulajdonú kft. tulajdonosának engedett jogot a kéményseprői szolgáltatás ellátására. Az előbbieket mellett a tényálláshoz tartozik, hogy az Önkormányzat és a kft. között a szolgáltatással kapcsolatos jogokat és kötelezettségeket a privatizációt megelőzően egy önkormányzati rendelet határozta meg, amely mellett írásbeli szerződés nem készült.

A Döntőbizottság határozatában úgy foglalt állást, hogy a korábban ellátott tevékenység a privatizációt megelőzően is szerződéses kapcsola-

¹⁴¹ A Közbeszerzési Döntőbizottság D.509/9/2005.sz., 2005. augusztus 22-én hozott határozata (Közbeszerzési Értesítő 2005/113.)

ton alapult, az ugyanazon társasággal az általa korábban is nyújtott szolgáltatásra vonatkozó szerződés aláírása és határozott idejűvé tétele nem jelenti új szerződés megkötését. A közbeszerzési kötelezettséggel kapcsolatban kimondta, hogy az üzletrész átruházási szerződés a kft-t, mint jogi személyt csak annyiban érinti, hogy „a tulajdonosa az üzletrésznek a korábbi tag helyett egy másik személy lesz, azonban a társaság által vállalt jogokat és kötelezettségeket a tulajdonos személyének a változása nem érinti, azok a jogi személy jogai és kötelezettségei maradnak.” „Az üzletrész értékesítése a gazdasági társaságokról szóló 1997. évi CXLIV. törvény és a Ptk. szabályai és egyéb jogszabályok szerint történik, nem esnek a Kbt. személyi és tárgyi hatálya alá, az nem tekinthető az önkormányzat (köz)beszerzésének.(...) A tevékenységet nem az új tulajdonos, hanem a gazdasági társaság köteles továbbra is ellátni. Ez viszont azt vonja maga után, hogy önmagában az üzletrész értékesítésével kapcsolatban bekövetkező tulajdonosváltás nem jelenti azt, hogy az Önkormányzatnak, mint ajánlatkérőnek minden esetben közbeszerzési eljárást kellene lefolytatni a szolgáltatást ellátó cég kiválasztására azon a címen, hogy változik a tulajdonos személye, és akkor a megkötött szerződések esetében a jogosult vagy kötelezett személyében változás következik be, s ez a változás azt jelenti, hogy a szolgáltatást végző gazdasági társaság is megváltozott.” A Döntőbizottság döntésében kimondta, hogy az Önkormányzat „nem mellőzte a közbeszerzési eljárást, amikor a kötelező kéményseprő-ipari tevékenységet a meglévő gazdálkodó szervezet üzletrészesének értékesítésekor, a gazdálkodó szervezet által korábban is végzett és az értékesítéskor is hatályos, magát az értékesített jogi személyt illető szerződéses kötelezettségével együtt adta át.”

A fenti határozatban egyértelműen megfigyelhető a jogbiztonságot előtérbe helyező formális szemléletmód, amely szerint közbeszerzési szempontból nem releváns a szerződést teljesítő társaság tulajdoni viszonyaiban bekövetkezett változás. Tekintettel arra, hogy az adott tényállás szerint a privatizált társaság már hosszú ideje ellátta a kéményseprői szolgáltatást, hasonló esetben a Kbt. rendelkezései - az Európai Bíróság gyakorlatának jelenlegi állása mellett - nem is adnának lehetőséget eltérő értelmezés elfogadására, illetve olyan döntés meghozatalára, amely a közbeszerzési szerződést teljesítő társaság privatizációját a Kbt. alkalmazási körébe vonná.

Minden bizonnyal azonban a Döntőbizottság - az Európai Bíróság irányadó gyakorlatának megfelelően - már szintén kitérő értelmezést

alkalmazna a Kbt. tárgyi hatályának meghatározásakor egy olyan ügyben, ahol a körülményekből arra lehet következtetni, hogy a privatizációra kifejezetten beszerzés megvalósítása érdekében került sor. Ezt a szemléletmódot, a társasági jogi ügylet mögött meghúzódó tartalom jelentőségét tükrözi a Közbeszerzések Tanácsa 1/2008. (K.É. 40. 2008. április 4.) számú ajánlása is az üzletrész átruházás útján megvalósított beszerzések Kbt. hatálya alá tartozásának megítéléséről, amely az ellenkező irányú folyamat tekintetében mondja ki, hogy „ha az ajánlatkérő a Kbt. tárgyi hatálya alá – jellemzően építési beruházás vagy nagyobb értékű árubeszerzések körébe – tartozó beszerzési igényét oly módon kívánja kielégíteni, hogy a közbeszerzési eljárás lefolytatásának és a Kbt. alkalmazásának mellőzése mellett az adott dolgot, épületet stb. tulajdonló gazdasági társaságot szerzi meg az üzletrész(ek) átruházásával, megalapozottan merül fel a Kbt. 2. §-a (1) bekezdésének megsértése, illetve a közbeszerzési eljárás lefolytatásának jogtalan mellőzése.”

IV. Perspektívák a privatizáció és a közbeszerzés kapcsolatában

A privatizációs eljárások - ezen belül a társasági tulajdon privatizációja is - gazdasági jelentőségüknél fogva számot tartanak a verseny szempontjait első helyen kiemelő Európai Unió érdeklődésére. Bár az értékesítések lebonyolításának szabályozására nem jött létre külön eljárásrendet előíró közösségi joganyag - az állami, önkormányzati tulajdonnal történő rendelkezés módjának meghatározására az Unió nem is rendelkezne megfelelő felhatalmazással¹⁴² - a tagállamok ilyenkor is kötelesek figyelemmel lenni a belső piac elveinek tiszteletben tartására, eljárásuk során nem korlátozhatják a letelepedés és a tőke szabad áramlását.¹⁴³ Az előbbieket mellett az Unió az állami támogatásokkal kapcsolatos gyakorlatában - abból kiindulva, hogy a piaci érték alatt történő eladás állami támogatásnak minősülhet - már részletes követelményeket is megfogalmazott a privatizációs döntésekkel kapcsolatban. Azt, hogy a társasági tulajdon privatizálásának területén a közbeszerzések joganyaga alkalmazási körének kitérítése útján további közösségi követelmények jelennek-e meg, az Európai Bíróság, esetleg valamilyen új, a tagállamokra kötelező másodlagos jogforrás dönti majd

¹⁴² Az EKSz 295. cikke szerint „E szerződés nem sértheti a tagállamokban fennálló tulajdoni rendet”.

¹⁴³ Az Európai Bíróság az aranyrészvényekkel kapcsolatos gyakorlatában fejtette ki, hogy az EKSz 295. cikke nem értelmezhető úgy, hogy az egyébként tagállami szuverenitás körébe tartozó privatizáció megvalósítása során ne kellene tiszteletben tartani a szerződés alapelveit.

el. Amennyiben a Bizottság IPPP-kről szóló közleményének megfelelően a jövőben általánossá válna a „házon belüli” közbeszerzési szerződést teljesítő társaság privatizálásakor a közbeszerzési irányelvek alkalmazásának követelménye, kérdésként fog felvetődni a hazai jogalkalmazás és jogalkotás számára, hogy milyen eljárást lehet lefolytatni, amelyben összeegyeztethető a közbeszerzésekre vonatkozó uniós joganyag az értékesítési eljárás érdekeivel. A fenti fejlődési irány jelentős változást eredményezne a jogorvoslati lehetőségeket illetően is, hiszen a közbeszerzési irányelvek szabályai jóval erősebb eljárási pozíciót biztosítanak az ajánlattevőknek, mint a privatizációra vonatkozó államháztartási szabályok.

Felhasznált irodalom

Sue ARROWSMITH [1997]: Some Problems in Delimiting the Scope of the Public Procurement Directives: Privatisations, Purchasing Consortia and In-house Tenders. In: Public Procurement Law Review, 1997:5., pp.:198-204.

Alexander EGGER [2007]: Vergabe- und Privatisierungsmaßnahmen der Kommunen unter den Anforderungen des EG Vertrages. Schriftenreihe des Österreichischen Städtebundes 1.2007., Wien

Walter FRENZ [2002]: Ausschreibungspflicht einer Übertragung von Gesellschaftsanteilen, In: Die öffentliche Verwaltung, 2002:5., pp.186-194.

Walter FRENZ [2006]: Ausschreibungspflicht bei Anteilsveräußerungen und Einzelgesellschaften. In: Neue Juristische Wochenschrift, 2006:37., pp.2665-2668.

Trutz GRAF KERSENBRÖCK [2001]: Ist der Verkauf von Geschäftsanteilen oder Aktienmehrheiten kommunaler Stromversorger einem Vergabeverfahren gemäß §§ 97 ff. GWB zu unterziehen? In: Wirtschaft und Wettbewerb, 2001:2., pp. 123-127.

HORVÁTH M. Tamás [2005]: Közmenedzsment. Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs.

Jenny MEHLITZ [2001]: Der Verkauf von Gesellschaftsanteilen durch öffentliche Auftraggeber unterliegt nicht dem Vergaberecht! In: Wirtschaft und Wettbewerb, 2001:6., pp. 569-573.

Wernhard MÖSCHEL [1997]: Privatisierung und öffentliches Vergaberecht, In: Wirtschaft und Wettbewerb, 1997:2., pp.120-124.

Jörg SCHUBERT [2001]: Privatisierungen und öffentliches Vergaberecht, In: Wirtschaft und Wettbewerb, 2001:3., pp.254-261.