

VERSENY- TÜKÖR

XII. évfolyam
2016/2. szám

- *A szolgáltatást nyújtó vállalkozás versenyellenes magatartásáért való felelősség*
- *Versenyjogi compliance vagy közbeszerzési öntisztázás*
- *A „gun-jumping” jelensége a fúziókontroll eljárásokban*
- *Az Európai Bizottság e-kereskedelmi piacon lefolytatott ágazati vizsgálatának bemutatása*
- *Az Európai Unió Törvényszékének ítélete a Lundbeck ügyben*
- *Az Európai Bíróság ítélete a Gazdasági Versenyhivatal kontra Siemens Aktiengesellschaft Österreich ügyben*
- *Szemle: Doris Hildebrand: The Role of Economic Analysis in EU Competition Law*

Tartalom

<i>Hajós Ádám-Vékony András</i>	
Szemelvények a Magyar Telekom Nyrt. Vidanet Zrt. feletti irányításszerzési kísérleteiből	4
<i>Kelecsényi Beáta Réka</i>	
A kis- és középvállalkozások és a versenyjog kapcsolata az ideális megfelelési politika tükrében	16
<i>Kocsis Márton és Dezső Attila</i>	
Versenyjogi compliance vagy közbeszerzési öntisztázás? – aktuális kérdések két jogterület határán	30
<i>Kopácsi István</i>	
Wiretapping in U.S. competition proceedings	40
<i>Kulcsár Andrea</i>	
Egységes lehet-e a digitális piac? – Területi alapú tartalomkorlátozás az e-kereskedelemben	50
<i>Pünkösty András</i>	
A „gun-jumping” jelensége a fúziókontroll-eljárásokban – nemzetközi kitekintés és a GVH kezdeti gyakorlata	58
<i>Réger Ákos</i>	
Az áthárítás mértékének kérdésköre a Sainsbury’s/MasterCard-ügy tükrében	69
<i>Tóth Kitti</i>	
Az Európai Bizottság e-kereskedelmi piacon lefolytatott ágazati vizsgálatának bemutatása	78
<i>Veress Bernadett Ildikó</i>	
Rendkívül nagy méretű adatállományok és a versenyjog kapcsolata	89
<i>Bak László</i>	
A GIS-kartell utóélete – Gazdasági Versenyhivatal kontra Siemens Aktiengesellschaft Österreich (C-102/15. sz. ügy)	97
<i>Dömötörfy Borbála</i>	
Az Európai Unió Törvényszékének ítélete a Lundbeck-ügyben	105
<i>Köcse Ildikó</i>	
Milyen körülmények között válik tisztességtelenné egy kapcsolt ajánlat?	113
<i>Kurítár Dávid</i>	
A szolgáltatást nyújtó vállalkozás versenyellenes magatartásáért való felelősség	119
<i>Nacsa Mónika</i>	
Hol a teljes bírósági felülvizsgálat határa? A C-523/15. P. számú ügyről	125
<i>Nedeczky Anna</i>	
Genentech-ügy (C-567/14): aki fizet, azt nem perlik, avagy a szabadalmas díjfizetési kötelezettségéről	134
<i>Szalatkay Judit</i>	
Minimumtarifák meghatározása az EUMSZ 101. cikkének sérelme nélkül – közhatalmi jogosítványok állam általi delegálhatósága	142
<i>Szilágyi Pál</i>	
Doris Hildebrand: The Role of Economic Analysis in EU Competition Law	147

VERSENYTÜKÖR 2016/2. (XII. évfolyam, 2. szám)

A Versenytükörről a Gazdasági Versenyhivatal szakmai folyóirata.

A lapban közölt írások és az azokban megfogalmazott vélemények kizárólag a szerzők álláspontját tükrözik és azok nem tekinthetők a Gazdasági Versenyhivatal álláspontjának!

Megjelenik: évente két alkalommal, a nyári és a téli hónapokban.

Kiadja: a Gazdasági Versenyhivatal.

A kiadásért felel a szerkesztőbizottság: Tóth András főszerkesztő, Bara Zoltán, Kovács András, Szilágyi Pál, Tóth Tihamér. Szerkesztőasszisztens: Heródek Ágota.

A folyóirat ingyenes.

Megrendelni és lemondani az alábbi e-mail címre küldött üzenettel lehet: versenytukor@gvh.hu.

A Versenytükörről egyes számai elérhetők és letölthetők a www.gvh.hu Kiadványok/Versenytükörről/Lapszámok oldalról.

A www.gvh.hu Kiadványok/Versenytükörről/Szerzőknek oldalról letöltött módszertani útmutató alapján készült publikálásra szánt írások a versenytukor@gvh.hu e-mail-címre küldhetők.

Kiadja a Wolters Kluwer Kft., felelős vezető: Tóth Gábor, a Wolters Kluwer Kft. ügyvezetője

Nyomdai előkészítés: KorrInfo Kft., nyomdai munkálatok: Starkiss Kft.

ISSN: 1787-5196

Tisztelt Olvasó!

2011 nyara óta immár ötödik éve jelenik meg a Versenytükörről tisztán szakmai és tudományos lapként. Az eltelt idő alatt 119 szerző összesen 87 tanulmányát, 69 esetismertetését tettük közzé. A Versenytükörről szerzői között – akiknek egyébként több mint fele nem GVH-s munkatárs – a nemzetközi és európai versenyjog olyan meghatározó személyiségeit is üdvözölhetjük, mint Andreas Mundt, a Német Szövetségi Versenyhivatal elnöke, John Davis, az OECD Versenybizottság akkori igazgatója, Richard Whish professzor vagy Johannes Laitenberger, az EU Bizottság versenyügyi főigazgatója.

Aki azóta gyűjtögeti a lapot, annak az eddigi 12 nyári és téli számmal, valamint négy különszámmal már megtelt az öt évvel ezelőtti lapszámhoz ajándékba küldött irattartó, ezért az időközben megújult arculatunkhoz igazodva most újat adunk az elkövetkező időszak lapszámaihoz.

A GVH 2016. november elején megújított vezetése továbbra is elkötelezett a Versenytükörről magas szakmai színvonalának fenntartása mellett. A változatlan formában tovább működő szerkesztőbizottság ezután is azon fog dolgozni, hogy a Versenytükörről a hazai versenyjog első számú szakmai és tudományos írásos fóruma maradjon. Különösen fontosnak tartjuk ezért a legfrissebb európai és magyar joggyakorlat, valamint a versenyjog homlokterébe került legaktuálisabb szakmai fejlemények tudományos igényű tálalását. Ennek jegyében kerülnek bemutatásra jelen lapszámunkban az EU Bizottság e-kereskedelmi ágazati vizsgálatának előzetes megállapításai, a német és francia versenyhatóság big data versenyjogi vonatkozásait bemutató közös tanulmánya vagy éppen a terület alapú korlátozások versenyjogi vonatkozásai. A jogesetek közül külön szeretném kiemelni a GVH vizsgálatokért felelős új elnökhelyettesének, Bak Lászlónak az Európai Bíróság Gazdasági Versenyhivatal kontra Siemens Aktiengesellschaft Österreich ügyben előzetes döntéshozatali eljárásban hozott ítéletének ismertetését, amely rámutat arra, hogy szükséges a versenyfelügyeleti bírságok EU-n belüli határokon átnyúló behajtását előmozdító európai szabályozás megalkotása.



Dr. Tóth András
főszerkesztő

elnökhelyettes, a Versenytanács elnöke,
tanszékvezető egyetemi docens (KRE-ÁJK)

Szemelvények a Magyar Telekom Nyrt. Vidanet Zrt. feletti irányításszerzési kísérleteiből

Pieces from the takeover attempts of Magyar Telekom Plc. over Vidanet ltd.

Abstract

This study analyses certainly the longest series of concentrations (1999–2014) in which the Hungarian Competition Authority (Gazdasági Versenyhivatal – GVH) assessed the merger(s) between Hungary's incumbent telecom company (Magyar Telekom, member of Deutsche Telekom Group) and Vidanet (a regional service provider). The GVH has found that the proposed acquisition(s) may give rise to competition concerns, which has led to a chain of withdrawals, re-notifications, prohibitions and judicial reviews, until a modified transaction have been finally cleared. The paper focuses on the last prohibition, which had to be reassessed after the court's annulment of the decision (because of the insufficient assessment of future market entries), and the repeated procedure. The study presents the most interesting legal and economic aspects of the transactions. The authors analyse the GVH's and courts' decisions from a critical point of view.

Keywords: mergers, prohibition, annulment, reassessment, telecom markets, potential competition

Tárgyszavak: összefonódások, tiltás, megsemmisítés, megismételt eljárás, telekommunikációs piacok, potenciális verseny

1. Bevezetés

A jelen tanulmányban a magyar versenyjog minden bizonnyal leghosszabb fúziósorozata kerül elemzésre, hiszen a Gazdasági Versenyhivatal (GVH) 11 év alatt négy alkalommal bírálta el a Magyar Telekom Nyrt. (és jogelődjei), illetve a Vidanet Zrt. összefonódásait, az előzményügyeket is figyelembe véve pedig 15 év alatt összesen hat kapcsolódó eljárást lehet említeni. Ebbe a tranzakciósorozatba illeszkedett az az ügy (VJ/158/2008.) is, amelyben a versenyhivatal mind ez ideig utoljára alkalmazta a legszigorúbb beavatkozást, a tiltást. Külön érdekességet jelent,

hogy az ügyfelek bíróság előtt támadták meg a döntést, amelynek eredményeképpen az eljárást meg kellett ismételni. Az irányításszerzés végül ennek ellenére sem valósult meg (illetve csak részlegesen, újabb tranzakciók keretében), az ehhez vezető út azonban számos – utólag tanulságosnak mondható – jogi és közgazdasági bukkánóban volt gazdag. Ezek mellett azonban a téma érdekességét és aktualitását részben éppen az adja, hogy az összefonódás (nagyobbrészt) nem valósult meg, így a fúziósorozat jelenleg sem feltétlenül tekinthető lezártnak, egy esetleges folytatás pedig újrainyitná a telekommunikációs iparággal kapcsolatos – jelen tanulmányban is elemzett – alapvető versenyjogi kérdéseket.

* A Gazdasági Versenyhivatal Antitröszt Irodájának (korábban Fúziós Irodájának) vizsgálói. A tanulmányban foglaltak a szerzők saját véleményét tükrözik, azok nem tekinthetők a Gazdasági Versenyhivatal álláspontjának.

A tanulmány az egymáshoz szorosabban kapcsolódó három utolsó ügyre fókuszál. A szerzők mind a tranzakciók által felvetett jogi vonzatokat, mind a versenyre gyakorolt hatások érdemi közgazdasági elemzési kérdéseivel kapcsolatos szempontokat be kívánják mutatni.¹ A szerzők feltett célja ugyanakkor, hogy a felmerülő kérdéseket – bármennyire is mélyebb versenyjogi relevanciával bírnak adott esetben – jól érthető formában prezentálják. Nem kívánunk azonban minden esetben végleges és kikezdehetetlen konklúziót vonni – éppen hogy biztatjuk az olvasót arra, hogy maga is gondolkodjon el az alább felmerülő kérdéseken.

Nem véletlenül használtuk a címben a szemelvények kifejezést: mind a terjedelmi korlátok, mind a tranzakciós folyamatra generális rálátást biztosító írás kívánalma egyes – néhol önkényesen választott – részletek bemutatását teszi csupán lehetővé. Javárészt a szenzitív adatok védelmének fontosságából fakadóan adott esetben a logikai láncolatban, illetve a következtetések között felmerülhetnek rések, az információ hozzáférhetőségének korlátozottságából adódó hiányérzet. Arra ösztönzünk így mindenkit, hogy ilyen esetben próbálja kitölteni a hiányokat, akár csak egy Kanizsa-háromszög² esetében.

2. Kronológia

A tanulmányban érintett ügyeket³ három nagyobb csoportja oszthatjuk: először röviden foglalkozunk az előzményügyekkel, majd sorra kerül a tiltással zárult VJ/158/2008. számú eljárás, végül a megismételt eljárást és az azt követő időszakot vizsgáljuk meg. Ugyanakkor a tanulmány nem elsősorban időrendi tagolás mentén épül fel, hanem az érdekesebb jogi és elemzési témákra fókuszál – a kronológia bemutatása csupán a folyamat jobb érthetőségét szolgálja.

2.1. Az előzményügyek

A Magyar Telekom Nyrt. („Magyart Telekom vagy MT”) 2003-ban kérelmezte első alkalommal a Vidanet Zrt. (jogelődje) feletti irányításszerzés engedélyezését, azonban ha összevetjük a Vidanet 2003-as és 2008-as szolgáltatási területeit, világossá válik, hogy a vállalkozás időközben jelentős terjeszkedést hajtott végre, mégpedig részben olyan helyi távközlési hálózatok megvásárlásával, amelyeket az MT már korábban is próbált megszerezni. Így tehát, ha nem a vállalkozás, hanem az általa üzemeltetett hálózatok feletti irányításszerzési kísérleteket vizsgáljuk, azok története még régebbre nyúlik vissza.

A legkorábbi és a történet szempontjából különösen fontos ilyen előzményügy a VJ/212/1999. számú eljárás volt, amelyben a Matáv-kábelTV Kft. a Tata Város Önkormányzata tulajdonát képező kábeltelevíziós hálózat megszerzéséhez kérte a GVH engedélyét. Az eljáró versenytanács azonban „*arra az álláspontra helyezkedett, hogy a kérelem szerinti összefonódás által létrehozott helyzet – az, hogy az adott földrajzi területen kizárólag a MATÁV-csoport rendelkezik majd távközlési szolgáltatás nyújtására alkalmas hálózattal – gazdasági erőfölényt erősít meg*”,⁴ ezért nem engedélyezte az összefonódást.⁵ A tatai hálózat még a döntés évében a Győri Kábeltelevízió Szolgáltató Kft. tulajdonába került egy nem engedélyköteles tranzakció keretében, amely vállalkozás 2003-ban alakult át és vette fel a Vidanet Rt. nevet.

Hasonló ív rajzolható fel a budapesti Kis-Astrasat Kft. feletti irányításszerzési kísérlet kapcsán is, hiszen miután – a megtiltást kilátásba helyező előzetes álláspont megismerését követően – a Magyar Távközlési Rt. (Matáv) visszavonta az engedélyezésre irányuló kérelmét, és a versenyhivatal megszüntette az azt vizsgáló VJ/109/2003. számú eljárást, a társaság felett egy nem engedélyköteles tranzakció során

1 Fontos látni azonban, hogy több kérdéskör taglalását korlátozza az üzleti titkok védelme, emiatt ezek bemutatása szükségszerűen nem lehet teljes körű.

2 https://hu.wikipedia.org/wiki/Optikai_csal%C3%B3d%C3%A1s.

3 Látni fogjuk, hogy nem minden tranzakció kapcsán került sor versenyhatósági eljárásra, ugyanakkor ezek is a folyamat részét képezik.

4 A határozat 48. pontja; http://www.gvh.hu/dontesek/versenyhivatali_dontesek/dontesek_1999/2938_hu_vj-212199915.html.

5 A döntés azért is kiemelendő, mert annak időpontjában a felek távközlési hálózatai még nem voltak egymás közvetlen versenytársai, kisebb részben technológiai, nagyobb részben szabályozási okokból, hiszen a 2002. évi piacliberalizációig a Matáv monopoljogot élvezett a közcélú távbeszélő-szolgáltatás nyújtására. Az eljáró versenytanács azonban – a VJ/107/1998. számú ügyben kialakított gyakorlatának megfelelően – figyelembe vette a piac ilyen irányú várható változásait, és az erőfölény megerősödését egy olyan piacon állapította meg (hozzáférési piac), amely a döntés időpontjában még nem is létezett. Az eljáró versenytanács tehát végső soron azt értékelte az irányításszerzéssel járó káros versenyhatásnak, hogy azzal megszűnne a jövőben potenciálisan kialakuló infrastruktúra alapú verseny lehetősége.

szintén a Vidanet szerezte meg az irányítást (2005-ben).

Az a Vidanet, amelyet a Kis-Astrasat Kft.-vel egy időben szintén próbált megvásárolni a Matáv, ám az eljáró versenytanács a VJ/110/2003. számú eljárás során kialakított előzetes álláspontjában „*arra a következtetésre jutott, hogy az összefonódás megvalósulása esetén a Telekom-csoport a lakosság részére nyújtott szélessávú internet szolgáltatás tekintetében Győrben, Tatán, Mosonmagyaróváron, Kaposváron (továbbá kevésbé intenzíven, de Pécsen is) olyan gazdasági erőfölényes helyzetbe kerülne, amely akadályozná a hatékony verseny kialakulását, illetve fejlődését*”. A Matáv az előzetes álláspont kézhezvételét követően megtartott tárgyalás során visszavonta a Vidanet feletti irányítás megszerzésére vonatkozó kérelmét, így ez az eljárás is megszüntetéssel zárult.⁶

A VJ/158/2008. számú eljárás tárgya tehát ebből a szempontból egy „három az egyben” tranzakció volt, melynek keretében a Magyar Telekom egyszerre szerzett volna irányítást három olyan hálózat felett, amelyek megszerzésére irányuló kísérlet korábban külön-külön egyszer (a tatabányai hálózat esetében kétszer) már meghiúsult.

2.2. A VJ/158/2008. számú eljárás (az „alapügy”)

2008 végén került sor a fúziósorozat talán legfontosabb elemére: a Magyar Telekom 2008. decemberben, a Kaptár Befektetési Zrt.-hez (Kaptár) intézett nyilatkozatában rögzítette, hogy gyakorolni kívánja a közöttük mintegy 4 éve fennálló szerződésben biztosított opciós jogát. Az MT ugyanis a Vidanet – közvetlen és az Investel Zrt.-n keresztül közvetett – többségi, 90%-ot csaknem elérő tulajdonosa volt, de versenyjogi értelemben vett irányítás nélkül: a Kaptár pénzügyi befektető mintegy 10%-os tulajdonosi részesedéséhez a Vidanet alapszabálya értelmében a szavazati jogok több mint 50%-a tartozott. Az opciós jog gyakorlása révén az MT a Vidanet-

részvények és ezzel egyidejűleg a szavazati jogok 100%-ához jutott. Másnap az MT a GVH engedélyét kérte a tranzakcióhoz.

Az eljáró versenytanács – teljes körű eljárás lefolytatását követően – 2009. augusztusi határozatában nem engedélyezte az MT irányításszerzését, a kérelmező azonban megtámadta a döntést. A határozattal szembeni jogorvoslati kérelem alapján lefolytatott eljárásában a Fővárosi Ítéltábla 2. Kf.27.604/2011/7. számú jogerős ítéletével⁷ helybenhagyta a Fővárosi Bíróság mint elsőfokú bíróság 2.K.31.748/2011/20. számú ítéletét, amely a GVH határozatát hatályon kívül helyezte, és a GVH-t új eljárásra kötelezte (elsődlegesen) arra tekintettel, hogy a hatóság nem tárta fel kellően versenytársak jövőbeli piacra lépésének lehetőségét. (Az eljárásokban lefolytatott elemzések sarokpontjai és eredményei, a bíróság döntésének indokai alább bemutatásra kerülnek.)

2.3. A megismételt eljárás és a későbbi tranzakciók

Az új – szintén teljes körű – eljárás VJ/72/2012. számon 2012. szeptember 4-én indult meg. A megismételt eljárás azonban döntés nélkül zárult: az MT visszavonta a kérelmet, ezért az eljárás – vizsgálati szakban, 2014 márciusában – megszüntetésre került.

A fúziósorozat végére azonban ezzel még nem került pont. Jóllehet, a későbbi tranzakciókban – szemben az alapüggyel és a megismételt eljárással – már nem a Vidanet egésze feletti irányítás megszerzése volt az ügyletek tárgya, hanem a Vidanet egyes – budapesti – hálózatrészeinek megszerzése.

Azonban a – jelen állás szerint – utolsó fúzió is tartogatott érdekességeket (lásd A 2 éves összeszámitási szabály [Tpvt. 24. § (2) bek.] című írást): a GVH a VJ/52/2014. számú (teljes körű) eljárásában engedélyezte a XVIII. kerületi Vidanet-hálózat (egy részének) MT általi megvásárlását és az előfizető-állomány átvételét.

6 A VJ/158/2008. számú ügyben hozott határozat (65)-68) pontjai; http://www.gvh.hu/data/cms992197/Vj158-2008_m.pdf.

7 http://www.gvh.hu/akadalymentes/data/cms984506/Microsoft%20Word%20-%20Vj158_2008_FI.pdf.

A 2 éves összeszámitási szabály (Tpvt. 24. § (2) bek.)

A tranzakció annak ellenére engedélyköteles volt, hogy az érintett hálózatrész a küszöbszámok szempontjából releváns 2013. évben 500 millió forintnál kevesebb nettó árbevételt ért el. Ugyanakkor a Vidanet szintén 2013-ban értékesítette az MT részére a Budapest II. és III. kerületében lévő vezetékes hírközlési hálózatát, valamint a XVIII. kerületben lévő hálózatának egy részét (2013-as tranzakció), melyeken nyújtott szolgáltatások révén az értékesítést megelőző (2012-es) évben 500 millió forint alatti nettó árbevételt ért el, ami azonban a XVIII. kerület további részében elért 2013. évi nettó árbevételeivel együtt meghaladta az 500 millió forintot.

A tisztességtelen piaci magatartás és a versenykorlátozás tilalmáról szóló 1996. évi LVII. törvény (Tpvt.) 24. § (2) bekezdése pedig éppen az ilyen esetekre vonatkozik; ilyen módon az önmagában nem engedélyköteles tranzakció a megelőző 2 évben azonos felek között létrejött – nem engedélyköteles – további tranzakciók okán mégis „engedélykötelessé vált”.

Másként fogalmazva a két – 2013-ban és 2014-ben megvalósult –, budapesti kerületeket érintő tranzakció („Vidanetes oldala”) együttesen teljesítette az 500 milliós küszöbszámot. Ugyanakkor ez nem jelenti, hogy a versenyhatósági eljárásban mindkét tranzakció elbírálásra került (ugyanis a fenti szabály csupán az árbevételi küszöbök teljesüléséhez kötődik). Az eljárás tárgya tehát egyértelműen és kizárólag a 2014-es, a XVIII. kerület egy részét érintő tranzakció engedélyezhetősége volt. Ebből következik az is, hogy az eljárásnak nem volt tárgya a 2013-as, II., III. kerületi hálózatok és a XVIII. kerületi hálózat egy másik részének megszerzésével megvalósult tranzakció, minthogy az a küszöbszámok nem teljesülése miatt nem volt engedélyköteles tranzakció. Ez egyben azt is jelenti, hogy a 2013-as tranzakcióval megszerzett budapesti Vidanet hálózatrészek a 2014-es eljárásban már mint az MT tulajdonában lévő háló-

zatok jelentek meg, és így voltak figyelembe veendőek a hatáselemzés során is. Mindezt egyértelműen megerősíti a Versenytanács vonatkozó 23.36. számú a Tpvt.-vel kapcsolatos elvi jelentőségű döntése⁸ is: „[a]z olyan esetekben, amikor egy tranzakció-sorozat első lépése nem engedélyköteles, második lépése pedig az első lépésre tekintettel a Tpvt. 24. § (2) bekezdése alapján engedélyköteles, a Tpvt. ez utóbbi speciális rendelkezését kell alkalmazni, amely alapján csak a második lépés vizsgálható. [...] Ellenkező esetben a Gazdasági Versenyhivatal egy olyan tranzakciót (az első lépést) is vizsgálhatja (és elvileg meg is tilthatna), amely versenyjogilag – nem teljesítve a Tpvt. 24. § szerinti feltételt – már érvényesen létrejött a Gazdasági Versenyhivatal engedélye nélkül is (Tpvt. 29. §). (Vj-8/2013.)”.

3. A megismételt eljárással kapcsolatos jogi kérdések

A Fővárosi Bíróság (FB) ítéletében „az alperes [GVH] VJ-158/2008/151. számú határozatát hatályon kívül helyezi, és az alperest új eljárásra kötelezi”. A másodfokon eljáró Fővárosi Ítéltábla (FÍ) pedig az elsőfokú bíróság ítéletét helybenhagyta. A jogerős másodfokú ítélet alapján tehát a GVH-nak az eljárást meg kellett ismételnie (új eljárást lefolytatni), ennek végrehajtása azonban számos gyakorlati kérdést vetett fel.

3.1. A fő bírósági kritika: a potenciális verseny elégtelen értékelése

A bíróságok a GVH által lefolytatott versenyfelügyeleti eljárásban megállapított tényállás és következtetések javarészét helytállónak és jogszerűnek ítélték. Ami a per során sem orvosolható bírósági kritikákat illeti, az eljárási jellegű bírálat gyakorlatilag abban állt, hogy elmaradt a Vidanet mint ügyfél azonosítása és értesítése.⁹

8 A Gazdasági Versenyhivatal Versenytanácsának Tpvt.-vel kapcsolatos elvi jelentőségű döntései (2015); http://www.gvh.hu/data/cms1033575/VT_elvi_allasfoglalások_Tpvt__2016_03_03_vegleges.pdf.

9 „Megjegyzni még a másodfokú bíróság, hogy a tényállás tisztázásának egyik első, fontos mozzanata az érintett ügyfelek körének meghatározása, és az eljárásba való bevonása, eljárási jogaik gyakorlásának biztosítása. Az eljárás megindításáról való értesítésük akkor sem mellőzhető, ha az alperes megítélése szerint nyilatkozatukra – a felperessel azonos érdekekre tekintettel – nincs szükség.” (FÍ-ítélet, 10.)

Az ügy érdemére vonatkozó megállapítás volt a Tpv. 30. §-ának (1) és (2) bekezdéseire utaláshoz kapcsolódóan, hogy „a tényállást nem kizárólag a határozat meghozatalakor ismert tényadatokra, hanem az aktuális tényekből okszerűen várható piaci változásokra kell alapítani. Ezért a felperes jövőbeni potenciális versenytársaként azonosítható vállalkozás üzletpolitikáját, de legfőbbsképpen a befolyásszerzéssel érintett vállalkozások szolgáltatási területéhez való közelséget, a jövőre várható átfedéseket körültekintően fel kell tárni.” Ugyanakkor a GVH „nem folytatott részletes bizonyítást arra, hogy a ViDaNet szolgáltatási területén, illetve annak közelében milyen párhuzamos, 3P szolgáltatás nyújtására képes infrastruktúra kiépítése várható”¹⁰ (az ítéletek elsősorban a DIGI Kft.-t nevesítik e tekintetben).

A bíróságok álláspontja akként összegezhető, hogy a GVH a tényállás megállapítása során nem vette kellő súllyal figyelembe az érintett földrajzi piacon a potenciális versenyt (pontosabban a jövőbeni belépéseket, elsősorban a DIGI jövőbeni hálózatfejlesztését)¹¹, jogi megfogalmazásban: a fennálló piaci viszonyokat (tényállást) nem tárta fel a döntéshozatalhoz szükséges mértékben.¹² Erre a következtetésre azonban nem kizárólag a határozat tanulmányozása révén jutott a bíróság, hanem elsődlegesen az alapján, hogy a bírósági felülvizsgálat idején egyes problémás településeken új infrastruktúra jelent meg, így a GVH-nak az MT piaci erejére vonatkozó prognózisa megkérdőjeleződött.¹³ A bíróság pedig nem hagyta figyelmen kívül a tényhelyzetet a határozat jogszerűségének felülvizsgálatakor – vélemé-

nyünk szerint életszerűtlen is lett volna nem így cselekednie.

A másik oldalról ugyanakkor erőteljesen kérdéses, hogy a GVH-nak milyen további eszközei lettek volna a piaci szereplők explicit megkérdezésén és a belépést általánosságban hátráltató tényezők (magas költség, alacsony elérhető előfizetős szám) azonosításán túl a ténylegesen várható piaci belépések „megjósolására”.¹⁴ A GVH azzal érvelt az elsőfokú ítélet elleni fellebbezésben, hogy „[...] csak a kellő hitelességgel bizonyított belépésre vonatkozó nyilatkozatokat tekintette reálisnak. A megfelelően, pl. üzleti tervekkel, piackutatással vagy egyéb konkrét adatokkal alá nem támasztott, általános belépési szándéknyilatkozatok nem tekinthetők erős bizonyítéknak a piac támadhatóságára.” Ugyanakkor az is igaz, hogy a határozat 17. és 117. pontja talán túlzottan sommásan mutatta be a jövőbeli belépéssel kapcsolatban végzett elemzést, hiszen nem utalt sem a versenytársi nyilatkozatok hiteltelenségére, sem arra, hogy az egyes települések vonatkozásában esetlegesen felmerülő belépés nyilvánvalóan nem lehet elégséges a teljes tranzakció engedélyezéséhez.

Objektív mérce vélhetően nincs arra vonatkozóan, hogy mikor teljesül a tényállás megfelelő felderítésének követelménye a jövőbeni belépések kapcsán, de álláspontunk szerint a hatóság azon igénye, hogy a piaci szereplők nyilatkozatai konkrétumokkal legyenek alátámasztva, észszerű tesztje a belépések valószínűsíthetőségének. Ilyen konkrétumok hiányában a versenyhatóság okszerűen juthat arra, hogy a belépések ténylegességé-

¹⁰ 3P (3-play, triple-play): internet, televízió és vezetékes telefonszolgáltatás csomagban történő nyújtása.

¹¹ „Az alperes [GVH] határozatát arra a kijelentésére alapította, hogy az érintett piacon nem várható a Telekom-csoport helyzetét érdemben gyengíteni képes piaca lépés. [...] Ugyanakkor a vállalkozások piaci jelenléte ugyanis visszatartó erőt is jelenthet a gazdasági erőfölényes helyzetben lévő vállalkozás fogyasztók számára hátrányos, esetleges visszaélészerű magatartásával szemben. A párhuzamos infrastruktúrák várható versenynyomásának értékelése nélkül viszont az összefonódás kérdésében megalapozott döntést nem lehet hozni.” (FÍ-ítélet, 9.)

¹² „A tényállás felületes, feltételezésekre alapított, hiányos vagy helytelen megállapítása megalapozatlan döntéshez vezet, amely épp olyan, az ügy érdemére is kiható és a perben sem orvosolható lényeges hiba, mint az indokolási kötelezettség elmulasztása. Így az ítéletábla az elsőfokú bírósággal egyezően jutott arra a következtetésre, hogy az alperes döntése nem megalapozott; a fennálló piaci viszonyokat nem tárta fel a döntéshozatalhoz szükséges mértékben.” Erre tekintettel az MT fúziót követő várható erőfölényével összefüggő további határozati indokok sem voltak jellemzően megalapozottak: „[a] belépés tényállásának felderítése tekintetében tehát a bíróság olyan erős kritériumokat fogalmazott meg, amely »belépési tesztnek« a GVH elemzése nem felelt meg. Ha ezt elfogadjuk, akkor nem meglepő az Ítéletábla végső döntése, amely lényegében egy nyilvánvaló értékelési hibára mutat rá. Ezen tényállási hiányosság miatt ugyanakkor nem volt szükséges minden közgazdasági bizonyíték bírósági értékelésére, amelyre a GVH határozata eredetileg épített.” Az utóbbi idézet forrása: CSORBA Gergely: Milyen követelmények érvényesüljenek a versenyjogi ügyek közgazdasági értékelésekor, különösen bírósági felülvizsgálat esetén? (29.). In: Verseny és szabályozás, 2013. MTA KRTK Közgazdaság-tudományi Intézet, Budapest, 13–30. (<http://real.mtak.hu/17520/1/felulvizsgalat.pdf>).

¹³ „[...] a határozathozatalt követő egy évvel később pedig már igazolhatóan volt választási lehetőségük a felhasználóknak az érintett piacokon. Ez pedig cáfolja az alperes által kiemelt szempontként értékelt, a párhuzamos hálózatok kizártságára vonatkozó megállapítását.” (FÍ-ítélet, 9.). Nem önmagában a cáfolat azonosítható problémaként, hanem hogy a DIGI által épített párhuzamos infrastruktúra által kifejtett versenynyomás korlátozhatja a fúzió révén létrejövő entitás áremelési képességét, amely miatt végső soron akár az erőfölény létrejötte/megerősödése sem feltétlenül lett volna megállapítható.

¹⁴ A kérdést részletesebben kifejthetjük a versenyhatóságok értékelése fejezetben.

nek hiányában fogyasztói kár fenyeget, s így a vizsgálat jogszerű határozatot eredményezhet. És tekintetben vitathatónak véljük a bíróság megközelítését, amely szerint nem konkrét, általános jellegű fejlesztési tervek – jelen esetben az engedélyezéshez – kellő mértékben valószínűsíthetővé tennék a belépést.¹⁵ A másodfokú bíróság végül úgy kísérelte meg feloldani a tényhelyzet és a vizsgálat közötti feszültséget, hogy kimondta: „[a] határozathozatal után bekövetkezett tények, körülmények nem teszik jogszerűtlenné az egyébként jogszerű határozatot, ám jelen esetben ez legalábbis kétséges teszi az alperes prognózisát. Nyilvánvalóan megkérdőjelezi a tervezett fúzió jövőbeni versenyre gyakorolt hatására vonatkozó megállapítás helyességét, ha azt a rövid időn belül bekövetkezett tények cáfolják.” (FÍ-ítélet, 9.)

3.2. Az alkalmazott teszt (dominancia vagy versenyhatás)

Korántsem triviális kérdésként merült fel, hogy a megismételt eljárásban vajon az alapügyben is alkalmazott erőfölénytesztet kell-e használni. Ennek oka abban keresendő, hogy a megismételt eljárás elindításakor a Tpv. hatályos szövege (30. § (2) bekezdés) már nem (sőt valójában már az alapügyben született GVH-döntés idején sem) az ún. erőfölénytesztet¹⁶ tartalmazta, hanem – 2009 júniusa óta – az EU-s rendeletben¹⁷ is használt versenyhatástesztet (ún. SIEC¹⁸). Igen lényeges különbség a fúziós tesztek között, hogy az utóbbi esetén az erőfölény bizonyítása már nem szükséges feltétele a tiltásnak, mivel az erőfölény létrejötté vagy megerősödése az összefonódás versenyre gyakorolt káros hatásának

egyik (és egyetlen nevesített) esete. Az alkalmazandó teszt „kiválasztása” tehát fontos vonzatokkal járt a bizonyítás terén, minthogy az erőfölény létrejöttének/megerősödésének bizonyítása jellemzően nehezebb.

A Tpv. 95/A. § (3) bekezdés a) pontja alapján a 30. § (2) bekezdés új szövegét a 2009-es törvénymódosítás hatálybalépését követően megvalósított összefonódások esetében kell alkalmazni. Ugyan a „megvalósított összefonódások” kifejezés egyéb Tpv.-rendeletekkel, illetve a joggyakorlattal történő együttes értelmezése több megoldási lehetőséget is felvetett¹⁹, amely némi bizonytalanságot is eredményezhetett (volna) az alkalmazandó tesztet illetően; ráadásul a bírósági határozatok is mindkét tesztre vegyesen tartalmaztak utalást.²⁰ A megismételt eljárás az eredeti eljárás idején hatályos erőfölénytesztet (mint anyagi jogi szabályt) alkalmazta – álláspontunk szerint helyesen. Megjegyezzük, hogy ezt sugallták az európai példák is.²¹ Emellett – véleményünk szerint – az ügyfelek és a jogbiztonság szempontjából is ez volt az üdvösebb megoldás.

3.3. Az időbeliség/időhorizont kérdése

A bíróság a 3. pontban írtak szerint a GVH-t új eljárás lefolytatására utasította, azonban az új eljárás kapcsán alapvető fontosságú kérdésként merült fel, hogy az új vizsgálat pontosan milyen időszakra vonatkozzon.²² Az 1. ábrán mutatjuk be a kérdés szempontjából fontosabb időbeli csomópontokat (a kétfázisú eljárás határidejét vettük kiindulásnak az eljárás 2013-as befejezése kapcsán):

15 Emellett még a megkeresett piaci szereplők „stratégiai válaszába” is probléma lehet, amellyel adott esetben a GVH döntését a maguk számára kedvező irányba kívánják befolyásolni.

16 A GVH nem tagadhatja meg az engedély megadását, ha az összefonódás *nem hoz létre vagy nem erősít meg olyan gazdasági erőfölényt*, amely akadályozza a hatékony verseny kialakulását, fennmaradását vagy fejlődését az érintett piacon vagy annak jelentős részén.

17 A Tanács 139/2004/EK rendelete a vállalkozások közötti összefonódások ellenőrzéséről [2004] HL L 24., 2004. 01. 29., 1–22.

18 Significant Impediment of Effective Competition (a hatáson verseny jelentős csökkentése), másról SLC (Substantial Lessening of Competition – a verseny jelentős csökkentése); a GVH engedélyezi az összefonódást, ha az összefonódás *nem csökkenti jelentős mértékben a versenyt* az érintett piacon, különösen gazdasági erőfölény létrehozása vagy megerősítése következményeként.

19 Pl. a tranzakciós szerződés megkötése önmagában megvalósítja az összefonódást, szemben azzal az értelmezéssel, hogy a GVH engedélyének konstitutív hatálya van, a felek annak hiányában nem valószínűsíthetik meg a fúziót.

20 Az elsőfokú bírói döntés (a 13. oldal alján) a Tpv. 30. § (2) bekezdésének az SIEC tesztet már magában foglaló szövegét idézi, az Ítélet tábla ugyanakkor inkább az erőfölénytesztre utalt (8.).

21 Pl. M.3333. számú ügy ((Sony/BMG), HL [2007] C 29., 2007. 02. 09., 12.) (3. bek.), ahol a megismételt eljárásban is a „rég” (4064/89/EGK) fúziós rendeletet alkalmazták, jóllehet az új eljárás idején már a 139/2004/EK rendelet és a versenyhatásteszt volt hatályban.

22 Eleve kétséges volt, hogy „új” vagy „megismételt” eljárást kell-e lefolytatni. A bírósági ítélet a GVH-t új eljárásra kötelezte, ugyanakkor alapvetően mind a Tpv-t, mind a Ket. „megismételt eljárást” említ (vö.: Tpv. 95/B. § (1) és (2) bek., 67. § (4) bek.; valamint Ket. 109. § (4) bek.). Szóhasználatbeli inkonzisztenciáról van szó (és a két szó egymás szinonimája) vagy tényleges különbségről?



1. ábra

A GVH-döntés hatályon kívül helyezésével adott volt egy – 2008-as – fúziós kérelem, amelyet el kellett bírálni. Így a vizsgálandó időhorizontra vonatkozó kérdés magva az volt, hogy az új/megismételt eljárás a kérelem eredeti benyújtása óta bekövetkezett piaci változásokat (tényeket) figyelembe vegye-e, vagy az eredeti kérelem idején fennálló helyzet alapján kell újrvizsgálni az összefonódást, mintha 2008-at írnánk, és csupán a határozat hibáit kell kijavítani. Ebből következően három opció (1. táblázat) adódott az új eljárás által vizsgált időhorizont, illetve tartalom (és annak megfeleltethető vizsgálati cselekmények) tekintetében.²³

	A OPCIO: A határozat egyszerű kijavitása	B OPCIO: Bővített kijavitás	C OPCIO: Új eljárás lefolytatása
Tartalma	Az eljárás csak a bíróság által a határozatban kifogásolt pontok kijavitására szorítkozik, a határozat óta bekövetkezett tények figyelembevétele nélkül.	A határozat kijavitása a bírósági észrevételek és az azóta bekövetkezett tények figyelembevételével, de előretételek nélkül. (I–IV. szakaszok)	Az eljárást úgy kell lefolytatni, mintha a kérelem az új eljárás kezdetén érkezett volna. A határozat óta eltelt évek piaci fejleményeit tényként kell kezelni ²⁴ , a fúzió hatásait az új eljárás megindulását követő időszakban kell vizsgálni. (I–V. szakaszok)
Időhorizont	Eredeti kérelem benyújtásától előretételek 2-3 évre (kb. 2008–2011)	Eredeti kérelem benyújtásától az új eljárás befejezéséig (2008–2012)	Az új eljárás elindulásától előretételek 2-3 évre (2012–2015)

1. táblázat

Az opciók közötti mérlegelés során témérdek szempont merülhet fel, így például, hogy az adott opció: a bírósági ítélettel, versenytanácsi gyakorlat²⁵ összhangban van-e; figyelembe veszi-e az elmúlt évek piaci fejleményeit (hálózatfejlesztések, új technológiák) és a tényeket (pl. Vidanet-területek változása); „formáljogilag helyes-e”; életszerű-e (az elmúlt évek piaci fejleményeire mint nem létezőkre vagy esetlegesen bekövetkezőkre tekinteni); mi a piac és fogyasztók szempontjából leginkább korrekt, a közérdeket legjobban szolgáló; a fúziókontroll célja mennyiben teljesül; a közösségi esetjoghoz

hogyan viszonyul; a vizsgálat komplexitása, erőforrásigénye.

A másodfokú bíróság által adott fogódzó szerint (FÍ ítéletének 9. oldala) a GVH-nak „*a meghozatalakor fennálló tények alapján kell döntenie az új eljárásban hozandó határozatában, így a 2008. december 9-e [az eredeti fúziós kérelem] óta bekövetkezett változásokat is köteles figyelembe venni.*” Ezáltal az életszerűtlennek, egyben formáljogilag helyesnek tűnő²⁶ A opció kiesett²⁷ – jóllehet emellett is szoltak érvek –, ugyanakkor ez még nem jelentett iránymutatást a B és C opció közötti választásra. Ehhez a döntéshez

23 Fúziós ügyekben a versenyhatások kapcsán általában és reálisan legfeljebb 3-5 évre tekinthet előre időben a vizsgálat, innovatív iparágakban ez inkább 2-3 évre rövidül.

24 Beleértve azt a tényt is, hogy a Vidanet 2012-re tovább terjeszkedett, így az értékelendő tranzakció tartalma is megváltozott 2008-hoz képest.

25 „Az összefonódás engedélyezési eljárásban a piaci helyzet, illetve az összefonódás arra gyakorolt hatásai vizsgálatának ki kell terjednie a jövőben a piaci helyzetben az összefonódástól függetlenül nagy valószínűséggel bekövetkező változásokra is. (Vj-107/1998).” Versenytanács, 30.2. elvi döntés.

26 Vö. a már említett új versus megismételt eljárás kérdését.

27 Ezen opció ellen szolt az elsőfokú bíróság új eljárás lefolytatására vonatkozó – tartalmi jellegű – iránymutatása is, mely szerint a „megismételt eljárásban az alperesnek azt kell vizsgálnia, hogy a ViDaNet szolgáltatási területen a vizsgálat lefolytatásakor, azaz a megismételt eljárás idején, milyen párhuzamos infrastruktúrák léteznek, és különösen azt, hogy milyen harmadik személyek által tervezett vagy folyamatban lévő fejlesztések, hálózatépítések történnek, illetve fognak várhatóan megkezdődni.” (FB-ítélet, 17.).

ugyanakkor több támpontot is találhatunk²⁸; az egyik éppen az, hogy a fúzió nem valósult meg. Végül a vizsgálat a leginkább életszerű és a fúziókontroll célját egyedül teljesítő, és a GVH gyakorlatával²⁹ összhangban lévő C opció alkalmazásával indult meg, azaz mind a 2008 óta bekövetkezett, mind a 2012 és nagyjából 2015 között várható fejlemények értékelése volt a cél.

4. Érintett piacok – piaci változások

A megismételt eljárás már csak azért sem volt kivitelezhető a piaci részesedések frissítésével és a bíróság által feltárt hiányosságok pótlásával (vagyis a Vidanet bevonásával és a potenciális verseny részletesebb elemzésével), mert időközben az iparágban olyan változások zajlottak le, amelyeket figyelembe kellett venni az érintett piacok meghatározásakor és a versenyhatások értékelésekor. Három ilyen fejleményre térünk ki itt röviden:

- a mobilinternet szolgáltatások fejlődésére, amely miatt az alapeljáráshoz képest sokkal erősebben merült fel a fix-mobil helyettesíthetőség kérdése;
- a csomagajánlatok (3-play) elterjedésére, amely kapcsán még az önálló termékpiac meghatározásának lehetősége is felvetődött; illetve
- az új, országosan központosítottan nyújtott (főként digitális) szolgáltatások elterjedésére, amely következtében jelentősen csökkentek az egy adott távközlési szolgáltató különböző szolgáltatási területei között kimutatható minőségi és árszínvonalbeli különbségek, ez pe-

dig a földrajzi piac meghatározása és az esetleges káros hatások (áremelkedés) értékelése során is új kihívásokat jelentett.³⁰

4.1. Fix-mobil helyettesítés

Az érintett piacok meghatározása során a 2008-as alapügyben, és értelemszerűen a 2012-es megismételt eljárásban is, komoly hangsúlyt kapott a vezetékes és a mobilhálózatokon nyújtott (nagyképernyős, vagyis laptop, asztali számítógép stb.) internetszolgáltatások közötti helyettesítés vizsgálata. Az elemzések során a GVH piaci szereplők adatszolgáltatásai és a nyilvánosan elérhető információkon túl egy versenyfelügyeleti eljárásokban igen ritkán alkalmazott adatforrást is igénybe vett, hiszen mindkét ügyben piackutatást rendelt a fogyasztói szokások, percepciók és váltási hajlandóságok felmérése céljából.

A kérdés vizsgálatához a megismételt eljárás egy különleges lehetőséget biztosított azzal, hogy a feltárt helyettesítési viszonyokat az alapügy következtetéseihez lehetett viszonyítani, így a fúziós eljárásokban megszokottakhoz képest jelentősen hosszabb időtávon nyílt lehetőség értékelni azok változását, figyelembe véve az egyébként rendkívül gyorsan fejlődő távközlési piac dinamikáját is. Az összehasonlítás pedig azt mutatta, hogy az eltelt időben hiába fejlődött rengeteget a mobilinternet szolgáltatás (a 3G technológia elterjedésével), a szolgáltatások minősége, árazása, felhasználási módja és fogyasztói percepciója közötti különbség nem csökkent olyan mértékben, amely megalapozta volna a helyettesítés fennálltát, már csak azért sem, mert időközben a vezetékes szolgáltatások is gyors ütemben fejlődtek.³¹

28 Versenytanács, 30.2. elvi döntés; 139/2004/EK rendelet (10. cikk (5) bekezdés első 3 albekezdése); M.3333 SONY/BMG határozat 45., 404., 527., 1556. pont; az Európai Bizottság M.2416. számú ügyben (Tetra Laval/Sidel) 2003. 01. 13-án hozott döntése, 61., 79–81. pont; Bizottság kontra Tetra Laval-ügy 42–43. pont (ECLI:EU:C:2005:87); Impala kontra Bizottság ügy I. preambulumbekzdés, 485., 500. bekezdés (ECLI:EU:T:2006:216).

29 VJ/169-108/2004. (Ringer/Népszabadság) 7) pont.

30 Az ismertetés teljességét erősen korlátozza, hogy a VJ/72/2012. számú ügyben a kérelem visszavonását követő megszüntetésre tekintettel nem áll rendelkezésre nyilvánosan elérhető és hivatkozható dokumentum. E probléma áthidalása érdekében a szerzők több helyen a VJ/80/2011. számú (UPC/Rubicom) és a VJ/52/2014. számú (MT/Vidanet) eljárásokban hozott határozatok nyilvánosan elérhető változatát hivatkozzák, amely ügyekben az érintett piacok meghatározásával és a versenyhatások értékelésének módjával kapcsolatban követett versenytanácsi gyakorlat értelemszerűen indikatív a két eljárás közötti időszakban azonos piacot érintő fúzió kapcsán is, különösen, hogy mindegyik esetben nagy, országos szolgáltató volt a kérelmezői oldalon, és közepes méretű, regionális szolgáltató a kérelmezetti oldalon. (http://www.gvh.hu//data/cms994076/Vj080_2011_m.pdf; http://www.gvh.hu//data/cms1030330/Vj052_2014_m.pdf).

31 A UPC/Rubicom fúziós eljárásban hozott határozat szintén részletes elemzést mutat be a fix-mobil helyettesítés tárgyában, az érintett piacok meghatározása során azonban az eljáró versenytanács nem látta szükségesnek az állásfoglalást ebben a kérdésben, csupán megjegyezte, hogy a feltárt információk „továbbra is inkább azt támasztják alá, hogy a vezetékes szélessávú Internet előfizetők egy jelentős része számára a mobil Internet nem jelent reális helyettesítési alternatívát” (a határozat 97. pontja).

Ehhez képest a 2014-és MT/Vidanet fúziós határozat a 2008-as döntésre utalva egyértelműen leszögezi, hogy „az internet szolgáltatás esetében a Versenytanács gyakorlata szerint a vezetékes és a mobil szolgáltatás külön-külön érintett árupiacot alkot” (a határozat 44. pontja).

4.2. Csomagajánlatok (3-play)

Az érintett piacon jelen lévő távközlési hálózatok 3-play képességét az eljáró versenytanács már a VJ/158/2008. számú ügyben is kiemelten kezelte a versenyhatások (dominancia) értékelése során, mivel a tiltó döntést részben az összefonódásban érintett hálózatok 3-play-képessége jelentette versenyelőnyre alapozta.³² Ezt az irányvonalat követte az eljáró versenytanács a UPC/Rubicom fúzió értékelése során is, amikor a nem 3-play-képes szolgáltatók által gyakorolt versenynyomást korlátozottnak ítélte, és éppen az engedélyezés mellett szóló egyik fontos érvként említette, hogy „a fogyasztóknak marad triple-play képes vezetékes szolgáltatói alternatívája” az összefonódást követően is. Érdekesség, hogy bár nem érintett piaci részesedésként, hanem „a triple-play képesség mint stratégiai előny erősségét jellemző” mutatóként, de a határozatban szerepel tv+internet+telefon csomagra számolt részesedés is.³³

Egy esetleges önálló 3-play piac meghatározásának lehetősége először a VJ/52/2014. számú (MT/Vidanet) fúzió határozatában merült fel. Az eljáró versenytanács a Bizottság gyakorlatával³⁴ összhangban arra az álláspontra helyezkedett, hogy a 3-play szolgáltatás nem minősül külön árupiacnak, azonban a kérdés – ebben az eljárásban – nem volt részletes vizsgálat tárgya.³⁵

4.3. Földrajzi piac – országos árazás versus lokális versenyhatás

A GVH következetes gyakorlata szerint a vezetékes hírközlési szolgáltatások esetében a hálózattal lefedett területek tekinthetők érintett földrajzi piac-

nak, ebből adódóan pedig a versenyhatásokat is lokálisan (jellemzően településenként) kell vizsgálni. Ezt a megközelítést a GVH az alapügyet követően, így például a UPC/Rubicom-ügyben sem adta fel, az eljárásban azonban az országos kiterjedésű piac mellett érvelő, illetve a lokális piacok esetén is érvényesülő országos versenynyomás jelentőségét hangsúlyozó kérelmezői álláspontra tekintettel érdemben kellett foglalkoznia azzal, hogy az országosan egységes árazási magatartás hogyan befolyásolja egy összefonódás várható hatásait.

Az eljáró versenytanács elfogadta a UPC azon nyilatkozatait, miszerint országosan egységes ajánlatainak „kialakítása során tekintettel van a rá (elsősorban a Magyar Telekom és a Digi révén) országos szinten nehezedő versenynyomásra, melyen nyilvánvalóan nem változtat érdemben a Rubicom versenytárskénti megszűnése”. Ez alapján tehát az országos versenytársak által gyakorolt versenynyomás azokon a területeken is érezteti hatását, ahol azok saját hálózatukkal nincsenek jelen. Ezt a körülményt nem értékelte az eljáró versenytanács a földrajzi piac meghatározása során (amelyet így ebben az esetben is lokálisnak tekintett), pedig az érintett piacon kívülről érkező jelentős versenynyomás felvethetné akár az érintett piac újradefiniálásának szükségességét is. Ez az elmentmondás azonban – legalább részben – feloldható a határozat azon megállapításával, miszerint „a lokális versenyviszonyokhoz igazodó árazás lehetőségét mindazonáltal a Versenytanács nem tudta teljes mértékben kizárni”.³⁶

E lehetőség részletes vizsgálatát követően a határozat a nyilvánosan nem meghirdetett megtartó ajánlatokra utalva úgy foglalt állást, hogy „a Rubicom támasztotta versenynyomás hiányában az árverseny csökkenése elsősorban olyan módon képzelhető el,

32 „[A] lakossági internet hozzáférési szolgáltatás piaca tekintetében a kérelmező gazdasági erőfölényének megerősödéséhez, illetve létrehozásához járul hozzá az a körülmény, hogy a triple – vagy a kérelmező által hivatkozott double – play szolgáltatások nyújtására egyedülálló jelleggel alkalmas PSTN hálózatok és kábeltelevíziós hálózatok feletti irányítás az összefonódással érintett földrajzi területeken a Telekom-csoport kezébe kerül, amely változás akadályozza a hatékony verseny kialakulását, fennmaradását vagy fejlődését az érintett piacokon.” (A határozat 120. pontja.)

33 A határozat 120. és 111. pontjai.

34 European Commission, „Explanatory Note accompanying the document Commission Recommendation on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex-ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services” Staff Working Document SWD(2014)298 („Explanatory Note”), Brussels, 09. 10. 2014, 18.

35 „Az eljáró versenytanács álláspontja szerint a telefonszolgáltatás, az internet szolgáltatás és a műsorterjesztési szolgáltatás egymástól eltérő felhasználási céljaira tekintettel egymástól elkülönült árupiacokon helyezkednek el. A fenti tevékenységek elkülönült árupiacokhoz tartozását az sem kérdőjelezi meg, hogy azokra a szolgáltatók egy része egységes árajánlatot is tesz (3-play szolgáltatás). Az egyes szolgáltatások ugyanis külön-külön is igénybe vehetők. Ezért a 3-play szolgáltatás az eljáró versenytanács álláspontja szerint nem minősül külön árúnak, az arra való képesség a szolgáltató olyan stratégiai előnyeként értékelendő, amely révén képes versenyképes árajánlatok nyújtásával hálózata hatékonyabb üzemeltetésére.” (A határozat 42. pontja), részletesebben lásd Tóth András: Az elektronikus hírközlés és média gazdasági szabályozásának alapjai és versenyjogi vonatkozásai, Infokommunikáció Könyvek, HVG-Orac, Budapest, 2008, 198. és András Tóth: The European Commission’s 2014 Recommendation on Relevant Product and Service Markets within the Electronic Communications Sector Susceptible to ex-ante Regulation, European Networks Law and Regulation Quarterly, Lexxion, 1/2015, 31.

36 A határozat 114. és 116. pontjai.

hogy a UPC nem ad az országos feltételekhez képest kedvezőbb egyedi ajánlatot a váltani kívánó előfizetőknek (akik száma is kevesebb lesz várhatóan), és azok nem is lesznek képesek kedvezőbb árú versenytárs szolgáltatósaira áttérni.” Felmérve azonban az ebből a hatásból származó várható áremelkedés csekély mértékét, az eljáró versenytanács az összefonódás következtében nem valószínűsített szignifikáns mértékű áremelkedést. Megjegyezte ugyanakkor a határozat, hogy „az országosan egységes árpolitika alkalmazásának fenntartására vagy megváltoztatására való ösztönzöttség a későbbiekben – esetleges további felvásárlások esetén – egyedileg elemzendő”.³⁷

A 2012 szeptemberében indult megismételt eljárás során a GVH természetesen figyelemmel volt a fél évvel azelőtt lezárult UPC/Rubicom-fúzióban hozott határozat által követett elemzési szempontokra. Az országos árazással kapcsolatos állítások azért is relevánsak voltak a régi-új ügyben is, mert mindkét összefonódásban egy országos szolgáltató kívánt irányítást szerezni egy alapvetően regionális kábelcég felett, amely ugyan helyi szinten erős versenytárs volt, de országos súlya alapján nem volt valószínűsíthető, hogy a megszerzése miatt kieső versenynyomás érdemi hatással legyen a kérelmező területi differenciálástól mentesen alkalmazott listaáraitra. Mindezek miatt az egyedileg felkínált, nyilvánosan nem meghirdetett ajánlatok elemzése a megismételt eljárásban is fontos szerepet kapott.

A 2014-es MT/Vidanet-eljárásban hozott határozat nem tért ki erre a kérdésre, mivel az irányítás-szerzéssel kapcsolatban az országos versenynyomás értékelése nélkül is elvethetők voltak a káros hatások.

5. Versenyhatások értékelése

A megismételt eljárásban – a bírósági ítéletekből egyenesen következő módon – az alapügyhöz képest komolyabb hangsúlyt kapott a versenytársak esetleges belépésének értékelése a kvalitatív elemzés során. Másrésztől azonban a vizsgálat igyekezett

előrelépni a már az alapügy határozatában is megjelenő, az összefonódás árhatásait vizsgáló kvantitatív (regressziós) elemzésben is.

5.1. A potenciális verseny értékelése

A bírósági döntés mellett az is fontossá tette a potenciális versenytársak szerepének értékelését a megismételt eljárásban, hogy az érintett lokális piacok többségében a tényleges versenytársak értékelésére – létezésük hiányában – nem volt mód.

A bírósági kritikának azzal igyekezett megfelelni a GVH, hogy a potenciális belépők konkrét és hiteles fejlesztési tervei mellett igyekezett részletesen felmérni azon tényezőket is, amelyek általában véve befolyásolják a szolgáltatók hálózatfejlesztési döntéseit, és ezek alapján is értékelni a piacra lépés valószínűségét az egyes érintett piacokon. Az ilyen típusú elemzések is szükségszerűen korlátozottak azonban, hiszen nem nagyon vezethetnek más eredményre, mint hogy meglehetősen csekély egy új piaci szereplő általi hálózatfejlesztés valószínűsége olyan kistelepüléseken, mint amilyen az összefonódással érintett települések többsége volt. A megismételt eljárás közben bevezetett közműadó pedig tovább csökkentette a belépés esélyét, így a potenciális verseny részletesebb elemzése sem mutatott az engedélyezés irányába.

Az ilyen elemzések sem jelentenek tehát igazán komoly előrelépést a piaci szereplők olyan lépéseinek előrejelzésében, amelyeket nem kívánnak a hatóság előtt felfedni, vagy amelyekről még maguk sem hoztak döntést. Arra azonban alkalmasak, hogy a korábbiakhoz képest részletesebb és területenként differenciáltabb képet lehessen felvázolni a potenciális versenyről, amely talán már egy bírósági felülvizsgálat próbáját is kiállhatja. Feltéve legalábbis, hogy időközben nem dönt egy szolgáltató mégis a terjeszkedés mellett, az ilyen esetekre ugyanis továbbra sem sikerült kidolgoznia hatóságnak a megfelelő ellenszert.

³⁷ A határozat 117. és 115. pontjai.

5.2. Versenyhatások kvantitatív elemzése

A VJ/158/2008. számú MT/Vidanet-eljárás a kvantitatív közgazdasági elemzések alkalmazása szempontjából is úttörő ügynek számított, hiszen ha nem is hangsúlyosan, de megjelent a határozatban egy regressziós elemzés, kiegészítve a piaci szereplők számára és piaci részesedésekre fókuszáló „hangománys” kvalitatív vizsgálatot.

Az elemzés az MT által az ország különböző részeiben ajánlott internetszolgáltatás áraiból kiindulva azt vizsgálta, hogy számíthatnak-e az előfizetők azonnali áremelkedésre pusztán abból fakadóan, hogy az összefonódást követően az MT a saját árazási stratégiáját fogja alkalmazni a Vidanet területén. A regresszió tehát valójában a fuzionáló felek által alkalmazott árszintek összehasonlítását szolgálta, és a szofisztikált módszertanra csak azért volt szükség, mert a felek ajánlatai nem voltak közvetlenül összehasonlíthatók a számos dimenzió (pl. letöltési sebesség, adatforgalmi korlát, hűségidő) mentén való eltéréseik következtében.³⁸

Az összefonódásban részt vevő felek árazásának – akár egyszerűbb, akár szofisztikáltabb – összehasonlításával kapcsolatban azonban felvethető, hogy az így becsülhető árhatások valójában nincsenek ok-sági kapcsolatban a versenyviszonyoknak a fúzióhoz kapcsolódó (fúzióspecifikus) megváltozásával. Az irányítástervező ugyanis abban az esetben is bevezetheti a saját, magasabb árakat az újonnan megszerzett területeken, ha korábban egyáltalán nem volt ott jelen, tehát az összefonódással nem nőtt a piaci koncentráció és nem csökkent a verseny.³⁹ Ebből pedig az következik, hogy nem minden árhatás tekinthető fúzióspecifikus versenyhatásnak. Emiatt a szerzők általában nem tartják igazán szerencsésnek, ha az értékelés túl nagy hangsúlyt fektet a felek árazásának összehasonlítására, az ilyen elemzéseknek

ugyanis nem az árhatás közvetlen becslése kapcsán lehet jelentőségük, hanem inkább azt segíthetnek megérteni, hogy az eltűnő piaci szereplő milyen szerepet játszik a piaci versenyben (pl. maverick – „saját útját járó vállalkozás”).

A helyi versenyviszonyok és az árak közötti ok-sági kapcsolat elemzésére a legkézenfekvőbb megoldás az ár-koncentráció-elemzés, feltéve hogy az egyes helyi piacokon ténylegesen eltérő az árszínvonal. Országosan egységes árazás mellett értelemszerűen ez az elemzés sem használható, legalábbis a listaárak szintjén. A ténylegesen érvényesülő árak szintjén azonban – megfelelően megválasztott eredmény-, magyarázó- és kontrollváltozók esetén – elvégezhető az elemzés, és a piac jellegzetességeihez igazított kárelméletre is jobban reflektál, mivel a tranzakciós árak tartalmazzák valamennyi egyedi kedvezmény (pl. megtartó ajánlat) hatását is. Az ár-koncentráció-elemzés azért is alkalmas versenyhatások értékelésére, mert magyarázóváltozóként nem csak összesített koncentrációs mutatók használhatók, hanem az egyes, fontosabb versenytársak jelenlétét kétértékű változókkal kódolva akár az is vizsgálható, hogy konkrétan a felvásárolt versenytárs mekkora versenynyomást gyakorol az irányítást szerző vállalkozásra.⁴⁰

Az alapügyben az eljáró versenytanács döntését alapvetően az internetszolgáltatással kapcsolatos következtetések befolyásolták, amellyel kapcsolatban – a már akkor is egységesen hirdetett árazás miatt – nem készült ár-koncentráció-elemzés. Az internetpiaci következtetései tükrében nem tartotta szükségesnek az eljáró versenytanács, hogy a műsorterjesztési szolgáltatás kapcsán végleges következtetésre jusson, így részletes elemzésekre sem határozott, a megismételt eljárásban pedig a már ismertett körülmények következtében nem is volt lehetőség arra, hogy szofisztikáltabb elemzéseket mutasson be döntése alátámasztásaként.

38 A határozat 73–76. pontjai.

39 Változatlan versenyviszonyok között is lehet mód magasabb árak bevezetésére, például magasabb szolgáltatási minőség vagy jobb árdiskriminációs képesség (vö. országos vagy lokális árazás) esetén.

40 Részletesebben lásd pl. CSORBA Gergely: Magyarországi empirikus piacszerkezet-elemzések kutatási eredményeinek és gyakorlati alkalmazásainak áttekintése. In: Verseny és szabályozás, 2012. MTA KRTK Közgazdaság-tudományi Intézet, Budapest, 13–31. (<http://econ.core.hu/file/download/vesz2012/piacszerkezet.pdf>).

6. Zárás

A megismételt eljárás végül a kötelezettségvállalásra vonatkozó tárgyalások eredménytelensége miatt a kérelem visszavonásával zárult, így a Vidanet feletti irányítás végül nem került az MT-hez. Ugyanakkor ez nem jelenti azt, hogy a két cég közötti közvetlen szerződések révén nem voltak olyan Vidanet-hálózatrészek, amelyek azóta ne kerültek volna az MT-hez. Ezen – a szerzők által ismert – tranzakciók azonban vagy nem voltak engedélykötelesek (2013-as budapesti tranzakció⁴¹), vagy nem vetettek fel beavatkozást indokoltá tevő versenyproblémát (VJ/52/2014.). Másképp fogalmazva, az alapügyben vizsgált irányításszerzés a mai napig nem valósult meg, a Vidanet hálózatának és előfizetőinek egy (versenyszempontból nem problematikus) része mégis már az MT-hez tartozik.

Egy összefonódási eljárás – legalábbis ami a versenyhatósági részt illeti – főszabály szerint viszonylag gyors folyamat szokott lenni: általában napokban, de összetett ügyekben is legfeljebb hónapokban mérhető. A versenyhatóság igyekszik az ügyfelek érdekében minél rövidebbre fogni az engedélyezési folyamatot, akik jellemzően a bizonytalan helyzet gyors rendezését preferálják. Éppen ez utóbbi is magyarázhatja, hogy a kérelmezők nem minden esetben kezdeményeznek jogorvoslati eljárást egy tiltó határozat ellenében, mivel a bírósági eljárás esetleges megnyerése esetén lefolytatandó ismételt engedélyezési eljárás ideje alatt jelentős piaci változások mehetnek végbe, amelyek akár megkérdőjelezhetik a tranzakció eredeti célját, a felek érdekmúlását kiváltva ezzel. A Magyar Telekom ugyan „kitartónak” tűnt ebből a szempontból az elmúlt másfél évtizedben, ám végül – legalábbis a jelenlegi állás szerint – mégis megelégedett a Vidanet néhány kisebb hálózatrészének megszerzésével.

Természetesen kérdéses, hogy a jelenlegi állás mennyiben tekinthető véglegesnek. A szerzők nyilvánvalóan nem rendelkeznek információval az érintettek üzleti szándékait illetően, ugyanakkor nem zárható ki, hogy az MT a jövőben ismét megkísérli a Vidanet feletti irányítás megszerzését. A felvetés ugyan némileg kétségkívül spekulatív, egy gondolat kísérlet erejéig azonban mégis érdekes lehet kitérni erre a hipotetikus helyzetre, hiszen részben éppen a történet befejezetlensége adja a tanulmány aktualitását és relevanciáját. Ebben az esetben ugyanis a fúziósorozat újabb epizódjában a GVH-nak a telekommunikációs iparággal kapcsolatos alapvető versenyjogi kérdéseket kellene érdemben újragondolnia ahhoz, hogy értékelni tudja azokat a szempontokat, amelyek eddig az engedélyezés gátját képezték. Anélkül, hogy megkötnénk a hipotetikus eljárás vizsgálóinak kezét, csupán az előzmények ismeretében a vizsgálandó kérdés összefoglalóan valahogy így szólhatna: Továbbra is az MT és a Vidanet közötti választás lehetősége biztosítja-e egyedül a versenyt az átfedő piacok többségén, vagy időközben oda újabb (3-play-képes) szolgáltatók léptek be (vagy lépnek be várhatóan a GVH újonnan kidolgozott belépésteresztje alapján), esetleg a – kérelmező által a piac meghatározó szereplőjeként nyújtott – mobilinternet fejlődése (4G/5G), vagy az országos versenynyomás további erősödése már felülírta a korábbi versenyhelyzetet, sőt akár az érintett földrajzi piac meghatározását is?

Egy biztosnak tűnik: egy ilyen eljárásban a GVH-nak már nem kell újra leporolnia a jó öreg dominanciatesztet, egy esetleges beavatkozás szükségességének eldöntéséhez erőfölény hiányában is megfelelő alapot nyújthatna a versenyhatóságok kellően szofisztikált elemzése.

41 <https://www.vidanet.hu/ugyfelszolgalat/kozlemenyek/budapesti-valtozasok/> (letöltve: 2016. október 3.).

A kis- és középvállalkozások és a versenyjog kapcsolata az ideális megfelelési politika tükrében

The connection between small and medium-sized enterprises and competition law from the ideal compliance policy's point of view

Abstract

The aim of study was to introduce the connection between small and medium-sized enterprises and competition law from the ideal compliance policy's point of view. My intention was to draw attention to the fact that SMEs have much worse conditions in the field of compliance to competition law than the financially stronger market operators. I was also searching for the means of reducing the disadvantages of SMEs in competition law without undermining the unified rules of competition law.

Tárgyszavak: versenyjog, megfelelés, kis- és középvállalkozások, megfelelési politika, ismeretek fejlesztése

Key words: competition law, compliance, small and medium-sized enterprises, compliance policy, improve knowledge

1. Bevezetés

A kis- és középvállalkozások („kkv”-k) a gazdaság feltörekvő piaci szereplői.

A vállalkozások 99%-a kkv, és ebből 92% mikro-vállalkozásnak minősül.¹ Amelyek kiemelt jelentőséggel bírtak a gazdasági növekedésben, különösen a válság idején. A munkavállalók létszámának 2/3-át a kkv-k foglalkoztatják és az új munkahelyek teremtésének is fő forrásai.²

A fenti adatok többek között igazolhatják a kkv-k gazdasági súlyát és kiemelt jelentőségét. Fi-

gyelemben kell venni, hogy a kkv-k nem csak az országhatárokon belül fontos gazdasági szereplők, hanem nemzetközi tekintetben is jelentős gazdasági erőt képviselnek, különösen arra figyelemmel, hogy a szolgáltatás- vagy technológiafejlesztés sok esetben tőlük indul ki, jelentős a szerepük az innováció terén. Tehát releváns tényezők versenyjogilag nemzetközi tekintetben is. Ezen szabályozási szükségszerűségnek tesz eleget az Európai Unió versenyjoga.

Alapvető vállalati céljaik közé tartozik a gazdasági növekedés és piaci szerepük bizonyos életciklusbeli, különböző mértékű növelése. A verseny rendki-

* Irodavezető-ügyvéd, Dr. Kelecsényi Beáta Ügyvédi Iroda

1 Lásd: Report from the Commission to the Council and the European Parliament, Minimizing regulatory burden for SMEs. Adapting EU Regulations to the need of micro-enterprises. Brussels, 23.11.2011, COM (2011) 803 final, elérhető: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0803:FIN:EN:PDF>.

2 OECD, SME and Entrepreneurship... i. m., 15.

vül kiélezett közöttük, hiszen a vállalatok gazdasági hierarchiájában „alsóbb” szinten helyezkednek el, ahonnan mind több és több vállalkozás kíván feljutni a középső vagy a felsőbb vállalati szegmensbe.

A versenyszabályok rögzítése és azok betartatása nélkül a vállalatok a gazdasági előrejutás érdekében készek lennének bármely eszközt igénybe venni és alkalmazni, amely összefoglalóan a piaci verseny – akár súlyos – torzulásához, végül a fogyasztói érdekek jelentős sérüléséhez, nemkívánatos piaci szerkezethez és piaci diszfunkciókhoz vezethetne.

Tanulmányom célja a kkv-k és a megfelelésség (compliance) kapcsolatának bemutatása.

2. A kkv és a versenyjog kapcsolata

Az Európai Unióban a vállalatoknak méretüktől függetlenül meg kell felelniük a versenyjogi szabályoknak.³ Generális kivételt nem tartalmaznak a tagállamok jogrendjei a kkv-k javára.

Az OECD felmérése szerint számos jogrendszer vizsgálata alapján megállapítható, hogy világszerte a versenyjogi jogsértés elkövetésének oka a kkv-k esetében a versenyjogi ismereteknek, a megelőzés hiányának, versenyjogi problémára való felkészülésre fordított erőforrás hiányára vezethető vissza.⁴

2.1. A versenyjogi ismeretek hiányának okai

A kkv versenyjogi ismereteinek hiányát alapvetően arra vezethetjük vissza, hogy a vállalkozási környezetben kevesebb anyagi és személyes erőforrással, bizonytalanabb szakág-specifikus tudással és lényegében kevesebb idővel is rendelkeznek versenyjogi ismereteik bővítéséhez. Feltehetően nem születik meg a kkv-k vezetőiben sem az az igény, hogy versenyjogi ismeretszerzés érdekében lépéseket tegyenek, munkatársaikat képezzék, belső szabályzat elkészítését elvárják, mert az esetleges eljárás lehetősége távoli, lehetséges fenyegetést jelent csak számukra.

– Erőforrás hiánya

A nagyvállalatok, multinacionális cégek kedvezőbb helyzetben vannak, amikor versenyjogi ismeretek megszerzése, compliance – megfelelési politika integrálásának kérdése merül fel.

Ők rendelkeznek a szükséges infrastruktúrával, amely a versenyjogi megfelelés önálló kialakítását lehetővé teszi, így anyagi és emberi erőforrással, speciális szakértőkkel és főleg motivációval a megfelelés érdekében, hiszen az esetleges jogsértés rendkívüli bírsággal és polgári jogi követelések indításának nagy számával, üzleti hírnevük globális sérülésével járhat. A nagyvállalatok kapcsolt vállalkozásai, leányvállalatai az anyavállalattól, a csoport nemzetközi tagjától kapnak tájékoztatás, segítséget, illetve magát a konkrét programot akár. Részben maguk is rendelkeznek erőforrással a megvalósításhoz, illetve otthonosan mozognak abban a közegben, ahonnan az információk gördülékenyen beszerezhetők konferenciák, tudásközpontok, hazai és nemzetközi támogató szervezetek közvetítésével. Jellemzően alkalmazott jó megoldás az e körbe tartozó vállalkozások számára, hogy a frissen belépő dolgozók on-line versenyjogi tréningben vesznek részt, így a munkavégzésükhöz szükséges ismeretanyagot rövid időn belül, hatékony módon rendelkezhetnek a vállalkozás dolgozói.

Fontos szempont az ismeretek rendszeres frissítése és monitorozása, amelyhez szintén jellemzőbben rendelkeznek e vállalkozások kapacitással.

– Ismeretek hiánya

A kkv-k jogsértésének egyik legszignifikánsabb oka a szükséges ismeretek hiánya, amely alkalmassá tenné őket arra, hogy felismerjék az esetlegesen elkövetett jogsértést, mind aktív szereplőként, elkövetőként, mind pedig a jogsértés alanyaként mint áldozat. A kkv vezetése, menedzsmentje anyagi és emberi erőforrásai döntő többségét a konkrét üzleti folya-

3 EURÓPAI BIZOTTSÁG, A megfelelés jelentősége, 7. http://www.megfeleles.hu/data/cms1029783/megfeleles_jelentosege_almunia_eu_honlapja-rol_2012.pdf?query=megfelel%C3%A9si+politika (letöltés: 2016. 05. 02.).

4 OECD, Promoting Compliance with competition law, 211. [http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2011\)20&docLanguage=En](http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2011)20&docLanguage=En) (letöltés: 2016. 05. 02.).

matok kézbentartása emésztí fel. Kkv-nál nincs forrás arra, hogy szakembert alkalmazzanak, bonyolult szabályokat megértsenek, feldolgozzanak. A vállalkozásoknak a működésük kezdeti szakaszában a fennmaradás a céljuk. Későbbiekben annak biztosítása, hogy a működésük, fejlődésük és finanszírozásuk folyamatos legyen. A kkv-k számára a bürokrácia nagyon bonyolult, nem is vágnak bele a mélységig terjedő megértésébe. Az energiájukat rendszerint az adójogszabályok, társaság-, kereskedelmi jogi ismeretek megszerzése felemésztí. Az ún. háttérterületek fejlesztésére gyakran nem jut kellő idő, energia, anyagi és emberi erőforrás. Nem jellemző a vállalkozásokra az a fajta igényesség – gazdasági stabilitás –, amely lehetővé tenné, hogy tevékenységüket, a konkrét gazdasági előnyt jelentő szektort leszámítva, erőteljes, intenzív, innovatív fejlesztésnek vetnék alá.

– Megfelelés (compliance) hiánya

A compliance vagy megfelelőség/megfelelés alkalmazása a kkv-k szintjén ritka jelenség, az erre vonatkozó elemzés a későbbiekben részletesebben is ismertetésre kerül.

A megfelelés hiányának alapvető oka az előbbi pontokban, vagyis az ismereteknek és az erőforrásoknak a hiányában gyökerezik. Stabilitás gazdasági hátterük hiányában nem engedhetik meg maguknak azt, hogy konkrét gazdasági eredményekkel nem kecsegtető tevékenységekre is anyagi erőforrást áldozzanak.

A kkv-k jellemzően szervezetükbe integráltan tevékenykedő jogással nem rendelkeznek, amennyiben van kapcsolatuk ügyvéddel, ügyvédi irodával, akkor sem bizonyos, hogy kellő felvilágosítást, megfelelő ismereteket kapnak. Magyarországon például a praktizáló jogászok nagyobb része csak abban az esetben rendelkezik versenyjogi ismeretekkel, ha külön erőfeszítéseket tett e téren tudása, ismeretei gyarapítására.

3. Versenyjogi ismeretek fejlesztésének módja nemzetközi aspektusból

A versenyjogi ismeretek szempontjából vizsgált valamennyi ország esetében arra a megállapításra került sor, hogy a kereskedelmi és üzleti szervezeteknek, érdekképviselői szervezeteknek rendkívüli szerepük lehet e téren.⁵ Ezen szervezetek – nemzetközi szempontból – azért tudnának hatékonyan ellátni egyfajta „versenyjogi küldetést”, mert a kkv-kat az őket érintő szektor vagy piaci érdekeltységük alapján fogják össze, esetlegesen ellátnak érdekvédelemmel, képvisellel kapcsolatos feladatokat is.⁶ További előnyük, hogy szakértőket tudnak a tagjaik számára biztosítani, ajánlani. Elősegíthetik, hogy a kkv-k a hatályos jogszabályokról ismereteket szerezzenek, tudásukat fejlesszék.

Az Office of Fair Trade egyértelműen felismerte a kereskedelmi és üzleti szervezetek hasznos közvetítő szerepét mint potenciális partnereket a versenyjogi ismeretek továbbítása terén. Felhívta azonban a figyelmet egy lehetséges veszélyforrásra is. Ezen szervezeteknek nagyon kell ügyelniük arra, hogy mint a horizontális szegmensben tevékenykedő vállalkozások gyűjtőpontja, ne kínálják fel lehetőségként a versenyellenes megállapodások megkötésének színterét, fórumát.⁷

A versenyjogi tudatosság növelése érdekében, bonyolultabb versenyjogi témák esetén, javasolt és célszerű intézkedés, hogy a nemzeti versenyhatóság figyelmeztetést küld a kkv vagy az azt képviselő, tömörítő kereskedelmi, érdekvédelmi szervezet részére. Ezzel a lépéssel az önkéntes megfelelés irányába terelhetők a kkv-k. Ez a módszer bevált és használatos Olaszországban a fogyasztóvédelemmel kapcsolatos ügyekben.⁸

3.1. Konkrét javaslatok

– Javasolt a nemzeti versenyhatóságok által jóváhagyott, egy közös elveken alapuló megfelelési útmutató/modell kidolgozása annak érde-

5 LEIBOWITZ Jon: The Good, the Bad and the Ugly, <http://www.ftc.gov/speeches/leibowitz/050510goodbadugly.pdf> (letöltés: 2016. 05. 02.).

6 Lásd OECD (3. lj.), 209.

7 Lásd LEIBOWITZ (4. lj.).

8 KÉLLEZI Pranvera–KILPATRICK Bruce–KOBEL Pierre (eds): Antitrust for Small and Middle Size Undertakings and Image Protection from Non-Competitors, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, Berlin, 2014, 13.

kében, hogy elkerülhető legyen a költséges, egyedi versenyjogi compliance/megfelelés kialakítása.

- Célszerű a nemzeti versenyhatóságok részéről „információs pontot” vagy eszközt létrehozni, akár virtuális módon a honlapjukon, amelyet speciálisan a kkv részére, igényeiknek megfelelően alakítanak ki.
- A kereskedelmi és üzleti szervezetek segíthetnek a kkv-knak megfelelési programjuk kialakításában és auditjában.
- Fontos a megelőzési stratégia kialakítása, tréning, due diligence és az általános tanácsadás a megfelelési program kialakításához.⁹
- A nemzeti versenyhatóságnak címzett figyelemztetést célszerű kiadni a kamaráknak, érdekvédelmi szervezeteknek, amelyek a versenyellenes magatartások hordozói lehetnek (azáltal, hogy a versenytársaknak, azonos piaci szereplőknek fórumot biztosítanak).

3.2. A kkv-k által alkalmazandó anyagi és eljárásjogi szabályok

A versenyjog nem tesz különbséget a kkv és az egyéb vállalkozás között versenyjogi szempontból. A kkv tehát ugyanazon szabályoknak, rendelkezéseknek kell hogy megfeleljen, mint a nagyvállalatok. Az egyes jogrendszerek azonban különbözőképpen vonják észlelési körükbe és szankcionálják a kkv-k által megvalósított jogsértéseket. Erre az „érzékenységküszöbre” jó példa a magyar szabályozás, amely szerint a vállalkozás mérete egy figyelembe veendő szempont a bírság kiszabása körében, és a „közérdek” védelme a versenyfelügyeleti eljárás megindítása körében.¹⁰

Számos országban mérlegelheti a versenyhatóság, hogy a kisebb vagy regionális piacok, ahol a kkv-k tevékenykednek, nem olyan érdekesek, fontosak a vizsgálataik szempontjából, mint a nagyobb

cégek által használt szinterek, ezért erőforrásaik jelentős részét is a „nagyobb halak” tevékenységének vizsgálatára fordítják, mellőzik a kkv-k szintjét.¹¹

3.3. „Safe Harbours” a kkv-k számára

A versenyjog területén az önértékelés, önfelmérés egyre inkább követendő elv lesz a globális piacon. A jelenlegi szabályozási elv az érintett piac meghatározásából indul ki és ahhoz kapcsol küszöbszámokat. Számos tanulmány, iránymutatás készült az érintett piac meghatározásának módjára, azonban ez továbbra is nagyon összetett, speciális szakértelmet igénylő kérdés, amit mikrovállalkozás biztosan nem engedhet meg magának. Az Egyesült Királyságban, illetve az USA-ban bizonyos együttes árbevétel alatti cégek esetén a versenyhatóság nem is vonja ellenőrzés alá az ún. „small agreement”-et, az USA-ban viszont felelősségre vonásra számíthat a kkv a direkt versenyellenes hatású, hard-core magatartás esetén.¹²

Mentességet jelenthet a kkv számára, ha magatartása nincs érzékelhető hatással a versenyre.¹³

3.4. Versenyjogi jogsértés felderítése, felfedése

Alapvetés, hogy a kkv-k nem járnak élen a panaszbejelentés előterjesztése során. Félnék attól, hogy ügyfelet, üzletet veszítenek, amennyiben panaszt tesznek üzleti partnerük, ügyfelük vagy szállítójuk ellen. Ezen hátrányokat csökkentendő épült be a nemzeti versenyhatóságok eljárásrendjébe, hogy az üzleti titkot tartalmazó adatokat bizalmasan kezelik annak érdekében, hogy elősegítsék ezen esz-közzel is az információszerzést.

A nemzetközi gyakorlatban jó eredménnyel alkalmazott megoldás az engedékenységi (leniency), ennek keretében a vállalkozás önként bevallhatja a nemzeti versenyhatóságnak a kartellben történő

⁹ Lásd OECD (3. lj.), 283.

¹⁰ 1996. évi LVII. törvény a tisztességtelen piaci magatartás és a versenykorlátozás tilalmáról 70. § (1) bekezdés.

¹¹ Lásd KELLEZI–KILPATRICK–KOBEL (7. lj.), 14.

¹² Lásd KELLEZI–KILPATRICK–KOBEL (7. lj.), 15.

¹³ EURÓPAI BIZOTTSÁG: az Európai Unió működéséről szóló szerződés 101. cikke (1) bekezdése szerint a versenyt érzékelhetően nem korlátozó, csekély jelentőségű (de minimis) megállapodásokról szóló 2014/C 291/01 közlemény [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HU/TXT/HTML/?uri=CELEX:2014XC0830\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HU/TXT/HTML/?uri=CELEX:2014XC0830(01)&from=EN) (letöltés: 2016. 05. 03.).

részvételét. E körben a kkv-kra irányadó speciális rendelkezésekről nincsen tudomásunk.

Amennyiben az együttműködés eredményes, a versenyhatóság bírságelengedésben részesítheti a vállalkozást.¹⁴ Az első vállalkozás, ami érdemi információval és bizonyítékkal szolgál, a kartellal kapcsolatosan teljes bírságelengedésben részesülhet, a később jelentkező vagy részleges információt szolgáltató vállalkozások bírságcsökkentésben bízhatnak. Feltétel, hogy a bizonyítékok lehető legteljesebb körét adja át a vállalkozás és az eljárás során végig együttműködjön a versenyhivatallal. Ezen lépések megtételéhez azonban erőforrásra, időre és specializált tanácsadókra van szükség, amelyeket a kkv-k gyakran nem engedhetnek meg maguknak.

A kkv-k ezen „fogyatékoságukból” adódóan vesztesei is lehetnek az engedékenységi kérelem benyújtása iránti versenynek. Amennyiben egy piacvezető vagy multinacionális cég leányvállalata nyújt be hamarabb engedékenységi kérelmet, az könnyen az érintett kkv piacról való eltűnését is eredményezheti.

További kedvezmény, hogy az engedékenységekben részesülők jobb helyzetbe kerülhetnek a kártérítési perek során is, az eljárásban részes, de engedékenységekben nem részesülő vállalkozásoknál nagyobb védelmet élveznek.¹⁵

3.5. *Bírságcsökkentés a megfelelési program révén*

Önmagában a megfelelési program léte nem jelent enyhítő körülményt. Egyértelmű a bírói gyakorlat alapján, hogy a GVH-nak a bírság összegét az adott ügyben releváns szempontok egyedi mérlegelésével kell megállapítania. Ennek folytán nem önmagában a megfelelési program léte, hanem az adott ügyben releváns megfelelés érdekében tett konkrét és érdemi erőfeszítés az, amely enyhítő körülmény lehet, ide értve adott esetben a megfelelési program adott ügy szempontjából releváns és igazolható ilyen irányú működését is.

A bírói gyakorlat szerint ugyanis a megfelelési erőfeszítés a tisztességes eljárás elvéből fakadóan enyhítő körülményként figyelembe veendő.

A megfelelés érdekében tett érdemi erőfeszítést az eljárás alá vontnak – a megfelelő dokumentáció benyújtásával – bizonyítania kell. Az erőfeszítés akkor tekinthető érdeminek, ha az eljárás alá vont megfelelően igazolni tudja, hogy az érintett kereskedelmi gyakorlattal kapcsolatban a megfelelés szándékával megkeresett, tőle független, szakmai szervezetet vagy személyt (ügyvédet, ügyvéd irodát), aki az alkalmazandó jogszabályokkal és a GVH gyakorlatával nyilvánvalóan nem ellentétes véleményt adott számára.

A megfelelési szándékhoz annak bizonyítása szükséges, hogy

a) a később jogsértőnek ítélt kereskedelmi gyakorlat kialakítása és/vagy közzététele előtt történt a külső független szerv, illetve személy megkeresése, és

b) az eljárás alá vont azt figyelembe vette, tehát a kereskedelmi gyakorlatát annak megfelelően alakította ki.

Függetlennek tekinthető az a szervezet, amelynek eljárásrendje nyilvános, működése megismerhető, eljárásrendje vagy a működésére vonatkozó szabályok a függetlenségét biztosítják, álláspontjának a kialakítására az adott ügyben az eljárás alá vontól függetlenül került sor, mert például a döntés meghozatalában (az álláspont kialakításában) többségében tőle független személyek vettek részt.¹⁶

3.6. *Szankciórendszer: Eltérő méret, eltérő bírság?*

A kkv-k leggyakrabban kartell, vertikális megállapodás vagy erőfölénnyel visszaélés ügyében érintettek. A versenyjogi eljárásban kiszabásra kerülő bírságok összege világszerte nagyon magas. Érzékenyen érinti nem csak a kkv-k, de még a nagyvállalatok költségvetését is. Az európai szabályozási rendszerek az árbevétel 10%-át tekintik a maximálisan kiszabható szankciónak. A tengerentúlon a bíróságok figyelembe vehetik a kkv speciális helyzetét is a bírságkiszabás körében.

Franciaországban kimutatható, hogy a nagyobb cégek ritkábban kapnak bírságot versenyhatósági eljárásban, mint a kkv-k. Ennek oka, hogy a kartell tényállást is több felderített esetben állapítják meg a

¹⁴ Lásd KÉLLEZI-KILPATRICK-KOBEL (7. lj.), 347.

¹⁵ Lásd KÉLLEZI-KILPATRICK-KOBEL (7. lj.), 20.

¹⁶ 2/2015-ös GVH bírságközlemény 54-59. pontjai.

kkv-k terhére. Ez a fajta aszimmetria adódhat az ismeretek és az erőforrások szűkösebb rendelkezésre állásából. További érdekes adat, hogy Franciaországban a kkv-k mindössze 20%-a fellebbezi meg az elmarasztaló döntést, míg a nagyobb vállalkozások esetében ez az arány 63%-os.¹⁷

Némely jogrendszer a gondatlan elkövetést enyhítő körülményként értékeli. Ilyen körnek minősülhet, az esetjog szerint, ha például a vállalkozás nincs tisztában azzal a mértékkel, amikor legálisan cserél információt, illetve amikor ezzel már jogsértést követ el.¹⁸ Enyhítő körülmény lehet továbbá a jogsértésben való korlátozott részvétel is.¹⁹

A jogalkotóknak azt is érdemes mérlegelniük, hogy a kkv-k vonatkozásában kiszabásra kerülő magas, illetve a vállalkozás számára túl magas összegű bírság gyakran felszámoláshoz, a vállalkozás megszűnéséhez vezet, amely lényegében a versenyjog által a versenyre gyakorolt negatív hatás.²⁰

4. Versenykultúra, versenyjogi ismeretek fejlesztése, megfelelési program kidolgozása

4.1. Versenykultúra, versenyjogi ismeretek fejlesztése

A GVH versenyfelügyeleti és versenypártolási munkája mellett felelős a versenykultúra fejlesztéséért, ennek keretében a versenypolitikai ismeretek terjesztéséért, valamint a megfelelő tájékoztatásért a jogkövető magatartás elősegítése érdekében. E körben a GVH régi adósságát kezdte el törleszteni,²¹ amikor a versenyjogi megfelelést ösztönző, valamint fogyasztói tudatosságot növelő kommunikációs kampányokat is indít.²²

4.2. Megfelelési politika/ compliance jelentősége

Az Európai Unió területén működő vállalkozások kötelesek megfelelni a versenyszabályoknak, ám többé-kevésbé szabad kezük van abban, hogy milyen módon garantálják ezt a megfelelést.

Maguk mérlegelik azt is, hogy mennyiben vannak kitéve annak a kockázatnak, hogy uniós versenyszabályokat sértő magatartásban vesznek részt. Nyilvánvaló azonban, hogy a szabályok eredményes betartásának mindig előfeltétele, hogy ismerjük a szabályokat.

A versenyjogi szabályok betartása mellett szól az a nyomós érv, hogy a be nem tartásuk igencsak költséges lehet. A megfelelést azonban lehetséges – sőt kívánatos is – pozitív módon megközelíteni. Mindenképpen dicséretes, ha egy vállalkozás erőfeszítéseket tesz az uniós/hazai versenyszabályoknak való megfelelés érdekében, ám végső soron az számít, hogy ténylegesen betartották-e a szabályokat. Az erőfeszítések értékelésekor ugyanis azok eredményessége kerül majd a vizsgálat középpontjába. A vállalkozásokat az alapján ítélik meg, hogy sikerült-e a megfelelési törekvéseik segítségével a jogsértést megelőzni. A jogszabályoknak való absztrakt vagy formális elkötelezettség pusztá hangoztatása nem ér semmit.

A vállalkozásoknak saját maguknak kell értékelni, hogy magatartásuk megfelel-e a versenyjogi szabályoknak, és ennek során jogi segítség igénybevételét is mérlegelhetik.

A megfelelési program mintegy preventív eszköz szerepét is betöltheti egy esetleges jogsértés elkövetésének lehetősége esetén, azáltal hogy a vonatkozó tilalmak, a versenyhatósági eljárási rend és a

17 Lásd KÉLLEZI–KILPATRICK–KOBEL (7. lj.), 21.

18 Az Európai Bíróság ítélete a C-8/08. számú ügyben <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=76316&mode=lst&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=EN&cid=201843> (letöltés: 2016. 05. 05.).

19 Lásd KÉLLEZI–KILPATRICK–KOBEL (7. lj.), 26.

20 Lásd KÉLLEZI–KILPATRICK–KOBEL (7. lj.), 276.

21 Erről részletesen lásd András TÓTH: Hungarian experiences on the role of the competition policy in a transitional economy – 한국경제법학회/Korea Economic Law Journal, ISSN: 1738-5458, Korea Economic Law Association, 2014 년 12 월 13(3)/ Vol. 13. No(2014), 134.

22 http://www.gvh.hu/gvh/versenykultura_fejlesztés (letöltés: 2016. 05. 03.).

várható jogkövetkezmények súlyossága kellő visszatartó erővel bírhatnak.

Valamennyi gazdasági tevékenységet folytató vállalkozást, egyéni vállalkozót közvetlenül érint a versenyjogi megfelelés, akár eladóként/beszállítóként, akár vásárlóként/beszerzőként van jelen a piacon. Közvetetten pedig a gazdaság valamennyi szereplőjét, valamennyi embert is.

Sokan úgy vélhetik, a versenyjogi megfelelés főként a nagyobb vállalatokra vonatkozik. Ám a kérdés – a versenyt *megkerülni* vagy a versenynek *megfelelni* – nem kizárólag a nagyvállalatok esetében merül fel. Kétségtelen tény, hogy társadalmi hatása alapján egy-egy nagyvállalat, multinacionális cég jó vagy rossz döntése sokkal inkább kihat az egész országra, gazdaságra. Azonban figyelembe véve a kkv-k súlyát, az általuk termelt érték arányát a magyar gazdaságban vagy azt a tényt, hogy a kkv-k foglalkoztatják a munkavállalók közel 70 százalékát, egyáltalán nem mindegy, hogy ezek a cégek milyen gyakorlatot követnek, miközben versenyeznek.

4.3. Akadályok a kkv-k előtt

Nem feltétlenül a pénzügyi források szűkössége a legnagyobb akadálya a megfelelési programok kidolgozásának. Egyrészt a vezetőség a mindennapi elfoglaltságok mellett nehezen vállal egy újabb adminisztratív terhet,²³ másrészt a kkv-k informálisabb struktúrában működnek a nagyvállalatoknál, a vállalat értékei, etikai kultúrája hallgatóságos egyetértésen, nem kinyilvánított üzleti etikai elveken alapulnak. Emellett általában a kkv-k versenyjogi szabályismerete (mint fentebb bemutatásra került) kifejezetten alacsony, és általános jogi és gazdasági ismereteik sem haladják meg a napi működéshez szükséges minimális szintet.²⁴ Általános tapasztalat, hogy ameddig a kkv-k nem ismerik meg a versenyjogi szabályoknak történő megfelelés elő-

nyeit, addig nehezen várható el, hogy időt, emberi és anyagi erőforrást áldozzanak a témára.

4.4. Nemzetközi kitekintés a megfelelési politika alkalmazása tekintetében

E körben a kkv-k számára szükséges megfelelési program sajátosságait, felépítését célszerű kutatni, az alapvetéseket megismerni.

A kkv-knak kevésbé formális vagy szigorúan strukturált megfelelési programra van szükségük, mint a nagyvállalatoknak. A legtöbb EU-tagállamban ehhez a nemzeti versenyhatóságok nyújtanak támogatást, útmutatót. A jól felépített program arányos a kkv méretével és a lehetséges kockázatok természetével.²⁵

Nem áll rendelkezésre egy minden cégre egyaránt alkalmazható megfelelési program, amelyet legjobb gyakorlatként be lehetne mutatni. Nincsen általános útmutató a kkv-k számára arról, hogy milyen módszerekkel kellene megfelelniük a versenyjogi előírásoknak. Ugyanakkor a legtöbb országnak van a versenyjogi megfelelésre vonatkozó általános útmutatója.²⁶

A következőkben azon elveket tekintjük át, amelyeket más államok a kkv szektor tekintetében fogalmaztak meg mint a megfeleléssel kapcsolatos alapok.

4.4.1. Az Európai Unió szabályozási elvei

Az EU 2011-ben hozott nyilvánosságra egy tájékoztatót arról, hogy a vállalatoknak – mérettől függetlenül – hogyan és milyen versenyjogi szabályoknak kell megfelelniük.²⁷ A kulcselemek eszerint:

- egyértelmű stratégia
- a munkatársak elkötelezettségének erősítése megfelelő ösztönzőkkel és szankciókkal

23 MURPHY Joseph E.: A compliance and ethics program on a dollar a day: how small companies can have effective programs, <http://www.corporate-compliance.org/Portals/1/PDF/Resources/CEProgramDollarADay-Murphy.pdf> (letöltés: 2016. 05. 04.).

24 GIDE LOYRETTE NOUËL INTERNATIONAL LAW FIRM, Study of the difficulties encountered by SMEs in trade defense investigation and possible solutions, 2010 http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/february/tradoc_147475.pdf (letöltés: 2016. 05. 04.).

25 Dr. NAGY Csongor István-SALGÓ Ella: A kis- és középvállalatok versenyjogi megfelelésének hazai és nemzetközi legjobb gyakorlatai, 24. <https://transparency.hu/wp-content/uploads/2012/12/A-kis-%C3%A9s-középvállalatok-versenyjogi-megfelelésének-hazai-és-nemzetközi-legjobb-gyakorlatai.pdf> (letöltés: 2016. 05. 05.).

26 Lásd Dr. NAGY-SALGÓ (22. l.).

27 Lásd EURÓPAI BIZOTTSÁG (2. l.).

- a program folyamatos fejlesztése és frissítése
- monitorozás és auditálás

Az ajánlás szerint nagyon fontos egy belső bejelentő mechanizmus kialakítása, egy compliance-felelős kijelölésével, aki a vállalat vezetőségének jelent. Ismertetni kell azokat az egyéb bejelentési és tanácskérési lehetőségeket, amelyek a munkavállalók rendelkezésére állnak.

4.4.2. Kanada szabályozási elvei

A kanadai Versenyhivatal az alkalmazott megfelelési programtól, a vállalat méretétől és komplexitásától függetlenül öt fő elemet határoz meg a hiteles és hatékony megfelelési program részeként:

- a felsővezetés támogatása és felelősségvállalása
- vállalati irányelvek és eljárásrendek
- tréning és oktatás
- ellenőrző audit és bejelentő mechanizmusok
- konzisztens fegyelmi eljárásrendek és ösztönzők²⁸

4.4.3. Az Egyesült Királyság szabályozási elvei

Bár nincs kifejezetten a kkv-knak szóló útmutató az Egyesült Királyságban, az Office of Fair Trading (OFT) négy lépést határoz meg a megfelelési program alapjaként:

- A kockázatok azonosítása: a vállalatnak először is fel kell ismernie a verseny kockázatait és azt, hogy ezek a kockázatok az üzlet mely területein bukkanhatnak fel (pl. sales és marketing, új munkaerő belépése, munkatárs kapcsolattartása a versenytársakkal, kamarákkal.)
- A kockázat felmérése: A kockázat lehet alacsony, közepes vagy magas, attól függően, hogy milyen valószínűséggel jelentkezik.
- A kockázat kezelése: Megfelelő irányelvek és eljárásrendek kidolgozásával kezelhetők a kockázatok, mindez elősegíthető tréningekkel és

egyéb szemléletformáló programokkal, amelyek a versenyjogi megfelelés kultúráját népszerűsítik a szervezetben.

- Felülvizsgálat: Mivel a vállalatok folyamatosan változnak, szükséges a kockázatok rendszeres újra felmérése.²⁹

Az OFT 2011-es, kkv-knak szánt Gyorstalpaló a versenyjogi megfeleléshez című útmutatója három fő veszélyre hívja fel a figyelmet:³⁰

Az elsődleges veszélyforrás a kartell, ezt követik az egyéb versenykorlátozó egyezségek, végül pedig a versenylőnnyel, piaci erőfölénnyel való visszaélés következik a sorban. Javaslatok szerint tehát a kkv-knak e területeken kell a legnagyobb gondossággal, körültekintéssel eljárniuk.

4.4.4. Az Egyesült Államok szabályozási elvei

A US Society for Corporate Governance and Ethics kifejezetten a kkv-knak szánt útmutató az Egyesült Államokban.³¹ Ez a dokumentum részletesen bemutatja, hogy milyen olcsó, gyakorlati lépéseket kell megtennie egy kkv-nak annak érdekében, hogy alkalmazottai betartsák a törvényeket és a vállalat megfeleljen a versenyjog szabályainak.

Először is azt javasolják, hogy a vállalat csatlakozzon egy vállalati megfeleléssel foglalkozó társasághoz, ahol ingyenesen juthatnak információhoz.³²

Fontos ezenkívül a nagyobb és hasonló méretű vállalatokkal való kapcsolattartás, a networking. Ugyanezt a célt, vagyis a gyors, olcsó információszerezést szolgálja a kereskedelmi kamarákhoz való csatlakozás.

Ezenkívül az alábbi lépésekre van még szükség a hatékony megfelelési rendszer működtetéséhez:

- rendszeres kockázatfelmérés a kockázatok felmerülésének valószínűsége alapján,
- etikai kódex bevezetése, kommunikálása, megfelelő eljárásrend és ellenőrzési mechanizmus kidolgozása,
- compliance officer kinevezése az etikai és megfelelési program menedzselésére, akinek meg-

28 Lásd Dr. NAGY-SALGÓ (22. lj.), 29.

29 Lásd Dr. NAGY-SALGÓ (22. lj.), 29.

30 OFFICE OF FAIR TRADING, Quick guide to competition law compliance, http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140525130048/http://oft.gov.uk/shared_of/ca-and-cartels/competition-awareness-compliance/quick-guide.pdf (letöltés: 2016. 05. 05.).

31 Lásd MURPHY (20. lj.).

32 <http://community.corporatecompliance.org/home> (letöltés: 2016. 05. 05.).

felelő a támogatottsága a vezetőség részéről és átlátja a szervezetet. Nem kell kizárólag ezzel foglalkoznia, a compliance lehet csak az egyik feladatköre,

- tréning tartása e-learning formában vagy egyéb online verzióban,
- megfelelő források és infrastruktúra biztosítása a program számára,
- ellenőrzés, beszámolás,
- megbízható és anonim bejelentővonal létesítése a dolgozók számára,
- ösztönzők, szankciók,
- megfelelő dokumentáció.³³

A leginkább átgondolt, komplex, de használható alapelvek véleményem szerint az USA-ban fellelhetők.

Az alábbiakban tovább keresem a választ a megfelelés meghatározó elemeire.

4.5. Mit tartalmazzon a kkv struktúrájának ideális megfelelési politika?

Célszerű lenne, ha a piaci szereplők előre tervezve a versenyszabályoknak való megfelelés biztosítása érdekében alakítanának ki megfelelési elveket, hogy a vállalkozás ne csak a problémák észlelésekor tegyen lépéseket. A kkv-k egy része a megfelelési program önálló kialakítására nem képes, feltehetően szükségük sincsen arra, hogy írásban rögzített dokumentummal rendelkezzenek, azonban számukra is segítség lehet a versenyjogi tudatosság fokozása, amely a versenyjogi ismeretek terjesztése, a versenykultúra színvonalának elemelése útján valósulhat meg.³⁴ E téren a GVH is tesz erőfeszítéseket tájékoztató anyagai és figyelemfelkeltő kampányai útján.³⁵

A megfelelési elveket a kkv a méretét, struktúráját, piacon betöltött helyzetét, kapcsolatrendszerét a versenytársakkal való kommunikációs módszereit is figyelembe véve egyedi sajátosságai alapján alakítaná ki és írásban rögzítené.

Nem létezik mindenki által egységesen alkalmazható modell, de vannak olyan strukturális ele-

mek, amelyek biztosan alapkövei lehetnek egy jól kialakított programnak.

A kkv számára ideális megfelelési program alapkövei

1. Első lépése a kockázatfelmérés (risk assessment), a vállalkozásnak tisztában kell lennie azzal, hogy tevékenysége során a versenyjog mely területeivel és milyen mértékben kerül kapcsolatba. Milyen mértékben kitett a versenyjogi szabályok megfelelése iránti kötelezettségnek.

A kockázatelemzés szempontjai lehetnek:

- milyen piaci részesedéssel rendelkezik,
- erőfölényben van-e az adott piacon,
- indul-e közbeszerzési eljárásokon,
- indult-e ellene korábban versenyfelügyeleti eljárás,
- végeztek-e ágazati vizsgálatot abban a szektorban, amelyben működik, várható-e a jövőben ilyen vizsgálat,
- versenytársa volt-e érintett versenyhatósági eljárásban,
- tagállamok közötti kereskedelembe érintett-e,
- milyen eszközökkel lépett fel eddig a megfelelés érdekében,
- szerződéseit versenyjogi szempontból ellenőriztette-e a megkötéskor vagy azt követő audit keretében.

2. A következő lépés az egyedi, a vállalkozásra szabott rendszer kiépítése

A stratégiának mindeneke előtt arra kell irányulnia, hogy felhívja a figyelmet a versenyjoggal való lehetséges ütközésre és ismertesse, hogy ezek milyen módon kerülhetnek el a vállalkozás valamennyi szintjén, az alkalmazottaktól kezdve a közép- és felsővezetőkhöz. Az egyes alkalmazottak esetében ez a szint eltérő lehet. A különösen nagy kockázatnak kitett alkalmazottaknál (pl. akik rendszeresen kapcsolatba kerülnek versenytársakkal) tudatosítani kell a lehetséges következményeket és fel kell hívni a figyelmüket a szem előtt tartandó alapelvekre.³⁶

33 Lásd Dr. NAGY-SALGÓ (22. lj.), 30–31.

34 <http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf>.

35 <http://www.megfeleles.hu>.

36 Lásd EURÓPAI BIZOTTSÁG (2. lj.).

3. Kézikönyv vagy belső szabályzat készítése

A vállalaton belüli egyértelmű kommunikáció érdekében a stratégiát célszerű írásba foglalni, lehetőleg egyszerűen megfogalmazva, valamennyi munkanyelven közzétéve.

4. Jogkövetkezmények, tilalmak, figyelmeztetések

A belső útmutatónak fel kell hívnia a figyelmet arra, hogy a versenyszabályok megszegése milyen költségekkel járhat a vállalkozás számára.

Hasznos lehet gyakorlati tanácsokban összegezni a főbb tilalmakat és figyelmeztető jelzéseket, így az alkalmazottak jobban megértik a megfelelési stratégia célját, jelentőségét.³⁷

A tilalmak felsorolása magában foglalja az egyértelműen jogellenes magatartásokat

- Árrögzítő megállapodások
- Jövőbeli árképzési szándék megosztása
- Termelési kvóták megállapítása
- Piaci részesedések meghatározása
- Közbeszerzési eljárás során tanúsított fokozott körültekintés

A figyelmeztető jelzések olyan helyzetekre hívják fel a figyelmet, amelyekben fennáll a versenyszabályok megsértésének gyanúja.

A kkv-k előnyös pozícióban vannak a tekintetben, hogy a „vezetői álláspont” könnyebben terjeszthető az alkalmazottak között, tekintettel alacsonyabb számukra.³⁸

5. Személyes felelősség tudatosítása; elkötelezettség erősítése a megfelelés tekintetében, motiválás, elrettentés

Javasolt, hogy a felsővezető vagy azok egyike általános felelősséget viseljen a megfelelésért.

A legalaposabb, legszebb deklarációk sem érnek semmit az alkalmazottak elkötelezettségének erősítése nélkül. A megfelelés betartása érdekében célszerű az alkalmazottakat írásban nyilatkoztatni arról, hogy a versenyszabályoknak való megfeleléssel kapcsolatos tájékoztatást megkapták, megértették.

Pozitív ösztönzők kialakítása, például a megfelelési kötelezettségek munkaköri leírások részét képezhetik. Célszerű a szabályok megszegéséért járó büntetések egyértelműsítése (esetleges kártérítés, munkaviszony egyoldalú megszüntetése).³⁹

6. Világos belső jelentéstételi mechanizmus kialakítása

A sikeres megfelelési stratégia további alapvető jellemzője, hogy világos jelentéstételi mechanizmusokat kell tartalmaznia. Az alkalmazottaknak tudniuk kell, hogy kivel és milyen formában kell felvenniük a kapcsolatot, ha konkrét konfliktushelyzetet tapasztalnak.

Abban az esetben, ha egy alkalmazott vagy vezető fedez fel vagy gyanít valamilyen jogsértést, a megfelelési stratégiában pontos útmutatást kell tartalmaznia arról, hogy milyen lépéseket kell tennie.

Fontos a nyitott, bátor őszinte kommunikáció biztosítása a vállalkozáson belül.⁴⁰

7. Compliance-felelős kijelölése

Nagyobb szervezetű kkv esetén javasolt, hogy közvetlenül a vállalatvezetésnek beszámoló megfelelési vezető kerüljön kijelölésre, és olyan kommunikációs csatorna legyen kialakítva, amely lehetővé teszi a vezetőség számára a gyors reagálást. Az idő jellemzően igen fontos tényező függetlenül attól, hogy a versenyhatóság tudomására jutott-e már az adott probléma.⁴¹

8. Hatékony gyakorlati alkalmazási mechanizmusok beépítése a megfelelési stratégiába

Nem elégséges csupán írásba foglalni a stratégiát. Amennyiben kézikönyvet biztosítanak az alkalmazottak számára, azt rendszeresen felül kell vizsgálni. Emellett egyértelműen meg kell határozni a kapcsolattartó pontot, amelyen keresztül az alkalmazottak tanácsot kaphatnak.

Javasolt rendszeres képzési program beiktatása legalább az értékesítési vezetők, alkalmazottak, szakmai szövetségekben, ágazati eseményeken részt vevő dolgozók részére.⁴²

37 Lásd EURÓPAI BIZOTTSÁG (2. lj.), 14.

38 Lásd EURÓPAI BIZOTTSÁG (2. lj.), 15–16.

39 Lásd EURÓPAI BIZOTTSÁG (2. lj.), 16.

40 Lásd EURÓPAI BIZOTTSÁG (2. lj.), 16.

41 Lásd EURÓPAI BIZOTTSÁG (2. lj.), 16.

42 Lásd EURÓPAI BIZOTTSÁG (2. lj.), 16–17.

9. Monitoring és ellenőrzési rendszer beépítése

A monitoring szintén hatékony eszközként szolgálhat a versenyellenes magatartások megakadályozásában, pl. a vállalat által az ajánlattételi piacon, a versenyfolyamat során tanúsított magatartás nyomon követése. Az ellenőrzés azonban többnyire csak utólag tárja fel a versenyellenes magatartást, de a jövőre nézve felszínre hozhatja az esetleges hibákat.⁴³

10. Az ismeretek frissen és naprakészen tartása

A megfelelési stratégia akkor képes betölteni a rendeltetést, ha a vállalkozás dolgozói által ismert és alkalmazott szabályokat tartalmaz. A rendszeresen – évente vagy meghatározott időszakonként – megtartott képzések, tréningek elősegítik, hogy a dolgozók a versenyjogi szabályokra irányuló figyelme, nyitottsága ne lankadjon idővel.

11. A jogsértés felszámolása annak legkorábbi szakaszában, esély az engedékenységgel alkalmazására

A hatékony megfelelési stratégiától elvárható, hogy eleve megakadályozza, hogy bármiféle jogsértésre sor kerüljön. Azonban azt is lehetővé teszi, hogy csírájában fojtsa el a kihágásokat. A beépített mechanizmusok hozzájárulnak, hogy a vállalat a lehető legjobban tudjon élni az engedékenységi program adta lehetőségekkel, és a versenyhatósággal együttműködni kívánó vállalkozásnak legyen lehetősége arra, hogy mentesüljön a bírság alól vagy csökkentse annak lehetséges mértékét, amennyiben a versenyjogi problémát idejében észlelve tud döntést hozni a kérelme benyújtásáról.⁴⁴

4.6. Eredményesen hivatkozhat-e kkv a megfelelési programjára hatósági eljárás esetén?

Pusztán az a tény, hogy a vállalkozás rendelkezik megfelelési programmal, nem segít abban az esetben, ha a versenyszabályok megszegését állapítják meg vonatkozásában. Az elvárás az, hogy a vállalatoknak és alkalmazottaiknak ténylegesen meg kell felelniük a versenyszabályoknak. Ha egy megfelelési programmal rendelkező vállalkozásról megállapítják, hogy mégis megsértette a verseny-

jogi szabályokat, a korábban létrehozott megfelelési program nem lesz kedvező hatással a kiszabásra kerülő bírság összegére.

Helytelen és nem követendő, ha a vállalkozás a megfelelési programot olyan elvont és formális eszköznek tekinti, amelyre hivatkozva a vállalkozás „tettenérésekor” a bírság csökkentése mellett érvelhet. A megfelelési programnak arra kell irányulnia, hogy megakadályozza a jogsértéseket. A bírságok összegének meghatározásakor a vállalkozás sajátos helyzetét veszik nyomatékosan figyelembe.

Az sem minősül a bírság csökkentését aláátmasztó érveknek, ha valamilyen jogsértésre irányuló vizsgálat megkezdésekor megfelelési programot alakítanak ki. Ugyanakkor a versenyhatóságok a jogellenes magatartás előfordulásának és esetleges megismétlődésének elkerülését szolgáló megelőző eszközként ösztönöznék az ilyen lépéseket.

Fordított helyzetben, a megfelelési program léte – be nem tartása – nem minősül súlyosbító körülménynek, ha a versenyhatóság jogsértést állapít meg. Amennyiben a program eredménytelennek bizonyult, a szankció a kirótt bírság formájában valósul meg, azaz a hiteles versenyjogi megfelelési program csak előnyökkel jár a vállalkozás számára.⁴⁵

5. Joghátrányok, szankciók, enyhítések a kkv-k számára

5.1. Jogkövetkezmények

A hatékony és gyakorlatban is érvényesülő megfelelési politika eredményeként a kkv elkerüli a versenyjogi jogsértést. Amennyiben mégis sor kerül a versenyhatósági eljárásra a vállalkozással szemben, akkor mind a vállalkozás szervezetét, mind külső viszonyrendszerét érintően lehet számítani hátrányos jogkövetkezményekre.

Amennyiben a vállalkozás magatartásával összefüggésben a jogsértés megállapítható, akkor bírság kiszabására kerül sor vele szemben. Ez csak az egyik joghátrány, amely érheti a vállalkozást a jogsértés következményeként. Figyelemmel arra, hogy amennyiben versenyhatósági eljárásban jogellenes magatartás feltárása és bírság kiszabása is történik,

43 Lásd EURÓPAI BIZOTTSÁG (2. lj.), 16–17.

44 Lásd EURÓPAI BIZOTTSÁG (2. lj.), 17.

45 Lásd EURÓPAI BIZOTTSÁG (2. lj.), 19.

a versenyhatóság minden esetben sajtóközleményt ad ki az eljárásban érintett vállalkozások nevének feltüntetésével és a bírság összegének megjelölésével, a vállalkozás alappal számíthat médianyilvánosságra is a jogsértés kapcsán. Ez a fajta negatív ismertség sokat ronthat a vállalkozás piaci helyzetén, üzleti megbízhatóságának megítélésén.⁴⁶

A magyar jogrendszerben a versenyhatóság által kiszabott bírság a közbeszerzési eljárásból való kizárás jogkövetkezményét is vonja maga után.⁴⁷ Bizonyos szektorban tevékenykedő kkv számára súlyos, akár végzetes jogkövetkezményekkel járhat egy kizárási szankció érvényesítése.

A versenyt korlátozó megállapodás közbeszerzési és koncessziós eljárásban büntetőjogi tényállás is, amely alapján szabadságvesztés büntetéssel fenyegetett az elkövető.⁴⁸

A jogsértést megvalósító vállalkozásnak továbbá számolnia kell azzal is, hogy vele szemben közvetlen, vagy akár közvetett vevői is kártérítési igénnyel léphetnek fel. A jogsértés alapján előáll teljes kár, valamint elmaradt haszon és kamatai megtérítését igényelhetik egy igen hosszadalmas és költséges eljárás keretében (a peren kívüli megállapodás esetét ide nem értve).

A vállalkozás belső szervezetének azzal kell számolnia, hogy a jogsértést elkövető alkalmazott, vezető elbocsátására kerülhet sor, vonatkozásában a munkáltató kártérítési igényt érvényesíthet.

A fenti joghátrányok ismertetése célszerűen és a megelőzés, elköteleződés erősítése érdekében akár a megfelelési program, tréning részét is képezheti.

5.2. Kedvezmények, jóvátételi lehetőségek

5.2.1. Figyelmeztetés

A GVH által folytatott eljárásokban, különösen tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatok kapcsán induló ügyekben, az eljárás alá vont vállalkozások

gyakran hivatkoztak a kkv-törvényre (2012. évi XXXIV. tv. 12/A. §), amely szerint hatósági ellenőrzés eredményeként az első alkalommal jogsértőnek minősített kkv-vel szemben nem szabható ki bírság, csak figyelmeztetés alkalmazható. A GVH ugyanakkor ezt a versenyfelügyeleti eljárásban nem tartotta alkalmazhatónak, és ezen álláspont helyességét később a bíróság is megerősítette. A Tpv-t.-módosítás ebben a tekintetben egyfajta kompromisszumot hozott:⁴⁹ Lehetőséget teremtett a GVH-nak arra, hogy csupán egy figyelmeztetéssel zárja le az első alkalommal elmarasztalt kkv ellen a versenyfelügyeleti eljárást, azonban a bírság mellőzését mindössze lehetőségként és nem kötelezettségként mondta ki a GVH számára.

A kkv-k számára megállapított kedvezmény kizárólag a GVH hatáskörébe tartozó ügyekben kerülhet alkalmazásra. Uniós jogba ütköző cselekmény esetén nem illeti meg a vállalkozást ez a lehetőség.

Nincs helye az alkalmazásának továbbá, amennyiben

a) a jogsértés közbeszerzési eljárás során áruk rögzítésére vagy a piac felosztására irányuló megállapodás kötésében, vagy összehangolt magatartás tanúsításában nyilvánul meg, vagy

b) a jogsértésre a személyeknek koruk, hitéletük, szellemi vagy fizikai fogyatkozásuk miatt különösen kiszolgáltatott, egyértelműen azonosítható csoportjához tartozó személlyel szemben került sor. (Sérülékeny fogyasztók.)⁵⁰

A Tpv-t. azt is kimondja, hogy a GVH azokban az esetekben, amikor figyelmeztetést alkalmaz a kkv-vel szemben, azt is előírhatja, hogy a kkv alakítson ki a versenyjogi előírásoknak való megfelelést és a jogsértés megelőzését biztosító belső eljárásrendet (azaz lényegében belső versenyjogi megfelelési programot).⁵¹ A figyelmeztetés jogintézménye pontosan arra ad lehetőséget, hogy a kkv, amennyiben súlyos jogsértés elkövetőjeként kerül elmarasztalásra, ne jelentse az számára a működése, léte ellehetetlenülését, megszűnését is.

46 Lásd EURÓPAI BIZOTTSÁG (2. lj.), 10.

47 2015. évi CXLIII. törvény a közbeszerzésekről 62. § (1) n).

48 Btk. 420. § (1).

49 2015. évi LXXVIII. törvény a tisztességtelen piaci magatartás és a versenykorlátozás tilalmáról szóló 1996. évi LVII. törvény, valamint a Gazdasági Versenyhivatal eljárásaival összefüggő egyes törvényi rendelkezések módosításáról.

50 Tpv-t. 78. § (8), (9).

51 http://www.oppenheimlegal.com/media/publi/Summer_newsletter_2015_HU.pdf (letöltés: 2016. 05. 06.).

A figyelmeztetés alkalmazására a Versenyhivatal gyakorlatában két friss döntés kapcsán volt példa. A Tpv. rendelkezésének megfelelően arra vonatkozó kötelezettség előírása mellett, hogy az ügyfél alakítson ki a versenyjogi előírásoknak megfelelést és jogsértés megelőzését biztosító belső eljárásrendet.⁵²

Az Aramis Pharma Kft. ügyében az érintett vállalkozásnak belső eljárás rendjét akként kell kialakítania a versenytanácsi határozat kézhezvételét követő 60 napon belül, hogy a kereskedelmi gyakorlatainak megjelenése előtt egy, a vállalkozáson belüli belső ellenőrzésen (például megfelelő szakképzettséggel rendelkező, erre dedikált személy vagy osztály), majd azt követően egy külső független szakértő (például megfelelő szakértelemmel rendelkező ügyvéd/ügyvédi iroda, független társadalmi szervezet) útján is ellenőriztetnie kell az általa a jövőben közreadni kívánt reklámokat, reklámkampányokat azok megjelenése előtt abból a szempontból, hogy a kereskedelmi kampány megfelel-e a tisztességes kereskedelmi gyakorlat előírásainak. Ennek ellenőrzése keretében az eljáró versenytanács azt is előírta, hogy az eljárás alá vontnak a határozat jogerőre emelkedését követő első, a fentiek szerint kialakított kereskedelmi kampányáról tájékoztassa az eljáró versenytanácsot akképpen, hogy abban bemutatja, hogy hogyan tett eleget a belső eljárási szabályzatában is rögzített fenti – előzetes ellenőrzítetési – kötelezettségeinek.⁵³

A Kőrös-Net Kft. ügyében az eljáró versenytanács – a figyelmeztetés alkalmazása miatt – kötelezettségként előírta a vállalkozásnak, hogy alakítson ki a versenyjogi előírásoknak megfelelést és jogsértés megelőzését biztosító belső eljárásrendet (megfelelőségi programot). A megfelelőségi program tartalma tekintetében a GVH a <http://www.megfeleles.hu/> című weboldalát, illetve a Bírságközlemény 54–59. pontjaiban foglalt szempontokat jelölte meg mértékadónak.⁵⁴

Fontos tény, amelyet a kkv-knak mindenképpen szem előtt kell tartaniuk, hogy ha a jogsértés

megállapításra kerül, mindössze a bírságkiszabás alól mentesülhetnek a figyelmeztetésben részesített vállalkozások, annak azonban nincsen akadálya, hogy a jövőben a megvalósított jogsértéssel összefüggésben a jogsértő vállalkozás ellen kártérítés iránti per (*követő per*) indítására sor kerülhessen. A jogsértéssel okozott kártérítési felelősség (deliktális felelősség) alól nem mentesül.

5.2.2. Az egyetemleges felelősség alóli mentesítés a kkv-k részére

A valamennyi vállalkozás vonatkozásában egyetemes versenyjogi szabályrendszerbe további pozitív diszkriminációt bevezető, illetve a kkv és a nagyvállalat közötti aszimmetriát kiküszöbölő rendelkezés kerül beillesztésre a 2014/104/EU irányelv implementálása kapcsán.

Az irányelv értelmében a tagállamoknak biztosítaniuk kell, hogy a versenyjogi jogsértést közös magatartással előidéző vállalkozások egyetemlegesen feleljenek a versenyjogi jogsértéssel okozott kárért oly módon, hogy a jogsértő vállalkozások mindegyike köteles legyen a kárt teljes mértékben megtéríteni, és a károsult fél bármelyiküktől teljes kártérítést követelhessen mindaddig, amíg kárát teljes mértékben meg nem térítették.⁵⁵

Ezen szabályozás a kkv és a nagyvállalat közötti aszimmetriát kiélezi, a kkv-t az azonos eljárásban elmarasztalt nagyvállalattal szemben hátrányosabb helyzetbe hozza.

A jogharmonizációval hatályba lép az a rendelkezés, hogy abban az esetben, ha a jogsértő a 2003/361/EK bizottsági ajánlásban meghatározott kis- vagy középvállalkozás⁵⁶, a teljes kártérítéshez való, a 3. cikkben meghatározott jog sérelme nélkül – kizárólag a saját közvetlen és közvetett vevőikkel szemben lesz felelősségre vonható, amennyiben

a) az adott piacon fennálló részesedése a versenyjogi jogsértés időtartama alatt mindvégig 5% alatt maradt; valamint

52 Tpv. 78. § (8) bekezdés.

53 Ügyszám: Vj/97/2015.

54 Ügyszám: Vj/130/2015.

55 2014/104/EU irányelv a tagállamok és az Európai Unió versenyjogi rendelkezéseinek megsértésén alapuló, nemzeti jog szerinti kártérítési keresetekre irányadó egyes szabályokról [2014] HL L 349, 2014. 11. 26., 11. cikk (1).

56 2003/361/EK ajánlás a mikro-, kis- és középvállalkozások meghatározásáról [2003] HL L 124, 2003. 05. 20., 36.

b) az egyetemleges felelősségre vonatkozó rendes szabályok alkalmazása esetén gazdaságilag végérvényesen életképtelenné válna, eszközei pedig teljesen elértéktelenednének.⁵⁷

A (2) bekezdésben meghatározott eltérés nem alkalmazható, amennyiben:

a) a kkv vezető szerepet játszott a versenyjogi jogsértésben vagy más vállalkozásokat a versenyjogi jogsértésben való részvételre kényszerített; vagy

b) korábban már megállapítást nyert, hogy a kkv versenyjogi jogsértést követett el.⁵⁸

A kkv egyetemleges felelőssége a következő esetekre korlátozódik:

a) a közvetlen és közvetett vevőivel vagy beszállítóival szemben; valamint

b) az egyéb károsult felekkel szemben, de kizárólag abban az esetben, ha az ugyanazon versenyjogi jogsértésben részt vevő többi vállalkozástól a teljes káruk megtérítésére nincs lehetőség.⁵⁹

A tagállamok biztosítják, hogy az e bekezdés szerinti esetekre vonatkozó elévülési idők észszerűek és elegendők legyenek ahhoz, hogy a károsult felek ilyen kereseteket indíthassanak.

6. Összefoglalás

Tanulmányom célja a kkv-k és a versenyjog kapcsolatának bemutatása volt az ideális megfelelési politika tükrében. Arra kívántam felhívni a figyelmet, hogy a kkv-k lényegesen rosszabb feltételekkel indulnak a versenyjogi megfelelés körében, mint a tőkeerősebb piaci szereplők. Arra kerestem a választ továbbá, hogy milyen eszközökkel lehet csökkenteni a kkv-k versenyjogi hátrányát, anélkül hogy a versenyjog egységes szabályrendszere csorbát szenvedne.

57 Lásd 2014/104/EU irányelv (47. lj.), 11. cikk (2).

58 Lásd 2014/104/EU irányelv (47. lj.), 11. cikk (3).

59 Lásd 2014/104/EU irányelv (47. lj.), 11. cikk (4).

Dezső Attila, Kocsis Márton* és Krizsán Brigitta**

Versenyjogi „compliance” vagy közbeszerzési öntisztázás? Aktuális kérdések két jogterület határán

Abstract

Attila Dezső, Márton Kocsis and Brigitta Krizsán: Competition law compliance or public procurement self-cleaning: actualities from the borderline of two legal fields. The Authors try to reflect on the recent development in Hungarian public procurement law, after the mandatory exclusion of cartel members was introduced in the Hungarian public procurement system. Companies found guilty of cartel activities are excluded from the Hungarian tenders, however it is possible to prove that they are nevertheless reliable undertakings. This paper describes the institution of self-cleaning mainly from the aspect of its connection to competition law.

Key words: self-cleaning, competition law, public procurement, European Union

Tárgyszavak: öntisztázás, versenyjog, közbeszerzés, Európai Unió

1. Bevezető

A közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvénynek („Kbt.”), hazánk új közbeszerzési jogi kódexének 2015. november 1-jei hatálybalépése a közbeszerzési jogon túl a versenyjog területén is több változást hozott magával. Ezek közül mind újdonsága, mind jelentősége okán kiemelkedik a kötelező kizáró okok rendszerének felülvizsgálata, és ennek keretében a versenykorlátozó megállapodásokban való részvétel kötelező kizáró okká történő „előléptetése” (korábban ez a jogsértés csak fakultatív kizáró okként szerepelt).

A jogerősen megállapított versenykorlátozó megállapodásban részes vállalkozások 2015. november 1-je óta közbeszerzési eljárásban nem lehetnek ajánlattevők, vagyis a versenyfelügyeleti bírságon és az esetleges kártérítési igényeken felül újabb súlyos, gazdasági hátrányt jelentő szankcióval kell szembenéznük jogsértő magatartásuk folyománya-

ként. Az uniós jogszabályokkal való harmonizáció azonban lehetővé teszi a kizárt vállalkozás számára, hogy megbízhatóságát igazolva mentesüljön a versenyjogsértés következtében őt ért közbeszerzési szankció alól. Ezen harmonizációs kötelezettség nyomán került a Kbt.-be az öntisztázás jogintézménye, amely ezt a mentesülést hivatott a vállalkozások számára – bár elsőre ellentmondásnak tűnhet, de éppen a piaci verseny védelme érdekében – biztosítani.

Ez a tanulmány a közbeszerzési jogi öntisztázás és a versenyjogi jogsértések kapcsolódási pontjait mutatja be, különös figyelmet szentelve a két jogterület határán található elméleti (a kizáró okok jogpolitikai indoka, a versenyjogi jogsértésekkel okozott kár mibenléte, a versenyfelügyeleti bírság jogi természete) és gyakorlati (jogerő, elévülés, bizonyítás stb.) kérdéseknek. A kérdés elsősorban a jogintézmény újszerűsége és aktualitása nyomán érdekes, hiszen a közelmúltban vagy éppen a közeljövőben egy sor jelentős kartell-döntés vált, illetve

* Ügyvédek, CHSH Dezső és Társai Ügyvédi Iroda.

** Jogász.

válik majd vélhetően jogerőssé, amelynek nyomán mind a közbeszerzési, mind a versenyjogászoknak új kihívásokkal kell szembenézniük; a tanulmány tehát a jogalkalmazó kollégák tájékoztatását igyekszik szolgálni.

2. Az öntisztázás jogintézménye

A Kbt. 62. §-ának (1) bekezdése n) pontja alapján „Az eljárásban nem lehet ajánlattevő, részvételre jelentkező, alvállalkozó, és nem vehet részt alkalmasság igazolásában olyan gazdasági szereplő, aki a Tpvt. 11. §-a, vagy az EUMSZ 101. cikke szerinti – három évnél nem régebben meghozott – jogerős és végrehajtható versenyfelügyeleti határozatban vagy a versenyfelügyeleti határozat bírósági felülvizsgálata esetén a bíróság jogerős és végrehajtható határozatában megállapított és bírsággal sújtott jogsabálysértést követett el; vagy ha az ajánlattevő ilyen jogsabálysértését más versenyhatóság vagy bíróság – három évnél nem régebben – jogerősen megállapította és egyúttal bírságot szabott ki.” Mivel a versenykorlátozó magatartásért jogerősen elmarasztalt vállalkozások kötelező kizáró ok hatálya alatt állnak, az ajánlatkérő – a korábbi szabályozástól eltérően – már nem mérlegelheti, hogy engedélyezi-e az ilyen vállalkozások közbeszerzési eljárásban való részvételét.

A Kbt. az Európai Parlament és a Tanács közbeszerzésről és a 2004/18/EK irányelv hatályon kívül helyezéséről szóló 2014/24/EU irányelvének („Irányelv”) megfelelően bevezette az öntisztázás jogintézményét. Az Irányelv 57. cikk (6) bekezdése alapján a kizáró ok hatálya alatt álló „gazdasági szereplő bizonyítékkal szolgálhat a tekintetben, hogy a releváns kizárási okok ellenére az általa tett intézkedések kellőképpen igazolják a megbízhatóságát.” A 2014/24/EU irányelv (102) preambulumbekzdése alapján a gazdasági szereplők elfogadhatnak olyan szabálykövetési intézkedéseket, „amelyek célja a bűncselekmények vagy köteleességszegések következményeinek orvoslása és a szabálytalan magatartás további előfordulásának hatékony megakadályozása”. Ennek megfelelően a Kbt. 64. §-ának (1) bekezdése kimondja, hogy „[...] kizáró ok fennállása ellenére az ajánlattevő, részvételre jelentkező, alvállalkozó vagy alkalmasság igazolásában részt

vevő gazdasági szereplő nem zárható ki a közbeszerzési eljárásból, amennyiben a Közbeszerzési Hatóság [...] jogerős határozata kimondta, hogy az érintett gazdasági szereplő az ajánlat vagy részvételi jelentkezés benyújtását megelőzően olyan intézkedéseket hozott, amelyek a kizáró ok fennállásának ellenére kellőképpen igazolják a megbízhatóságát.”.

2.1. Az öntisztázás eredete

A közbeszerzés uniós szabályozásának mozgatórugója kezdetektől fogva a tagállamok közötti kereskedelmi akadályok lebontása, az egységes belső piac megvalósítása volt. Az uniós jogalkotó a közbeszerzési piacok verseny előtti megnyitásával kívánta elérni a közbeszerzési piacok liberalizációját és integrációját¹.

Az EU közbeszerzési politikájának modernizálásáról szóló 2011-es Zöld Könyve („Zöld Könyv”) hangsúlyozta, hogy az Európa 2020 stratégia szerint „a közbeszerzési politikának biztosítania kell a közpénzek lehető leghatékonyabb felhasználását, a beszerzési piacokat pedig európai uniós szinten nyitottan kell tartani. [...] most van a legnagyobb szükség egy működő és hatékony európai beszerzési piacra, amely hozzájárul az ambiciózus célok eléréséhez”.

Az uniós jogban az öntisztázás jogintézménye először a 2342/2002/EK, Euratom rendeletben jelent meg. A költségvetési rendelet végrehajtására vonatkozó rendeletben az uniós jogalkotó az uniós intézmények beszerzései vonatkozásában fejtette ki egyértelműen, hogy az arányosság elve megköveteli az öntisztázó intézkedések figyelembevételét az ajánlattevő kizárásáról való döntés meghozatalakor. „A kizárás időtartamának meghatározása és az arányosság elvének való megfelelés biztosítása érdekében az illetékes hatóság különösen figyelembe veszi [...] az érintett intézmény által a helyzet orvoslására tett intézkedéseket”.

A Zöld Könyv egyértelművé tette, hogy az öntisztázás jogintézménye a kizáró okok végrehajtása és az arányosság, illetve egyenlő bánásmód elve közötti kényes egyensúlyt hivatott megteremteni. Az öntisztázó intézkedések jogintézménye tehát az arányosság elvének való megfelelés érdekében került bevezetésre az Irányelvben.

1 Részletesen lásd: Dezső Attila (szerk.): Magyarázat az Európai Unió közbeszerzési jogához, Wolters Kluwer Kft., 2015, 21–26.

Arrowsmith, Prieß és Friton még az Irányelv megalkotása előtt mutatott rá arra, hogy jóllehet az Irányelv nem tartalmazott kifejezett rendelkezést az öntisztázó intézkedések elfogadásának lehetőségéről, de az arányosság elvéből következően a gazdasági szereplő kizárásakor az általa megtett öntisztázó intézkedéseket már a 2004/18/EK irányelv alapján is figyelembe kellett venni, és amennyiben azok megfelelőnek bizonyultak, a gazdasági szereplőt nem lehetett kizárni a közbeszerzési eljárásból.²

Az Irányelv kifejezetten lehetővé teszi, hogy a gazdasági szereplők az általuk végrehajtott intézkedések eredményeként a kizáró ok fennállása ellenére is részt vehessenek a közbeszerzési eljárásokban.

2.2. Az öntisztázás jogintézményének tagállami előzményei

Az öntisztázás jogintézménye a német, illetve osztrák jogból került át az uniós jogba. Az osztrák Alkotmánybíróság egy 1998-as ítéletében állapította meg, hogy az egyenlő bánásmód elvét sérti, ha az ajánlattevőt anélkül zárják ki a közbeszerzési eljárásból, hogy biztosítanak számára annak lehetőségét, hogy bizonyítsa megbízhatóságát.³ Ezt követően az osztrák közbeszerzési törvénybe is bekerült az öntisztázás jogintézménye. A német ítélkezési gyakorlatban ugyanez a jogintézmény az 1990-es évek közepén jelent meg. A német gyakorlat alapján az ajánlattevőt nem lehet kizárólag súlyos jogszabálysértés miatt kizárni az eljárásból, hanem vizsgálni kell azt is, hogy a jogsértés jelentős mértékben kétségbe vonja-e az ajánlattevő megbízhatóságát a jövőbeli szerződések odaítélése szempontjából.⁴

Közbeszerzési szerződés csak alkalmas, teljesítésre képes és megbízható ajánlattevőnek ítéhető oda. Az ajánlattevő a megbízhatóságát – amennyiben kizáró ok hatálya alatt áll – öntisztázó intézkedések megtétele révén tudja visszaállítani. Az ajánlattevő megbízhatóságáról való döntéskor azt kell vizsgálni, hogy az ajánlattevő korábbi magatartása

és az általa eszközölt öntisztázó intézkedések alapján milyen jövőbeni magatartás várható tőle. Az ajánlattevő nem válik megbízhatóvá, amennyiben nem tett kellően konkrét és hatékony intézkedéseket.⁵

Az ajánlattevő megbízhatóságának megítélésakor az ajánlatkérőnek azt kell vizsgálnia, hogy a konkrét közbeszerzés vonatkozásában az ajánlattevőtől elvárható-e a közbeszerzési szerződés jogszerű és szerződésszerű teljesítése. Amennyiben az ajánlattevő jogsértést követett el, a megbízhatóság vizsgálata nem merül ki pusztán az előzőekben, hanem azt is vizsgálni kell, hogy a jogsértés milyen hatással lehet a konkrét közbeszerzésre, valamint azt, hogy öntisztázó intézkedések révén sikerült-e helyreállítani a megbízhatóságát, tehát várható-e a szerződés jogszerű teljesítése az ajánlattevőtől. A megbízhatóság helyreállítása előfeltételezi, hogy az ajánlattevő gondoskodott arról, hogy újabb jogsértés ne történhessen meg.⁶

A jogirodalom rámutat arra is, hogy ezzel a kizárás alóli kivétellel lehet például elkerülni, hogy a magas piaci koncentrációjú piacokon aránytalanul csökkenjen vagy teljesen megszűnjön a verseny.⁷

Mindezen előzmények alapján megállapítható tehát, hogy az öntisztázás jogintézményének sosem az a célja, hogy a múltbeli jogsértést reparálja, azzal kapcsolatban új vizsgálatot folytasson le, hanem az, hogy a közbeszerzések hatékonyságának és a tényleges verseny érvényesülésének érdekében lehetőséget teremtsen a múltban „hibázó” vállalkozás számára, hogy jogszerű működését helyreállítva ajánlattevővé válhasson.

2.3. Az öntisztázás jogintézménye az uniós alapelvek és célok tükrében

A közbeszerzés uniós szabályozása, azaz az uniós közbeszerzési irányelvek megalkotása, miként azt láthattuk, a belső piac kiteljesítésének igényéből, a belső piac közbeszerzés terén történő megvalósításá-

2 ARROWSMITH–PRIESS–FRITON: Self-Cleaning as a Defence to Exclusions for Misconduct, PPLR, 2009, 257–282.

3 Megjegyezzük, hogy a „megbízhatóság” fogalma nemcsak a magyar jogban, de más jogrendszerekben is kevés figyelmet kap mint elsődleges tényállási elem, nem kerül kibontásra az öntisztázási eljárások során. Érdekesség, hogy éppen a német jogból már ki is került, mivel a Bíróság szerint bizonytalan tartalma miatt nincs összhangban a jogbiztonság uniós alapelveivel.

4 NAGY Gabriella: Az öntisztázás intézményének európai gyakorlata a közbeszerzés területén, Közbeszerzési Szemle: 2015. évf. X. sz., 39–44.

5 HÖLZL–RITZENHOFF: Complianceleichtgemacht! NZBau 2012, 28.

6 OLG München Verg 22/12, 56–57.

7 SANCHEZ GRAELLS, Albert: Prevention and Deterrence of Bid Rigging: A Look from the New EU Directive on Public Procurement. 2014, 20. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2053414.

ból, a közbeszerzések terén az uniós szintű verseny biztosításából indult ki.⁸

A közbeszerzési eljárásból való kizárás jogintézménye azonban könnyen akadályozhatja ezen célok megvalósulását. A kizáró okok garantálják, hogy az állami szereplők közpénzből megvalósuló közbeszerzések során ne szerződjenek bűncselekményt, illetve más jogsértést elkövető, nem becsületes, nem megbízható piaci szereplőkkel. A kizáró ok hatálya alatt álló gazdasági szereplő kizárásának nem az a célja, hogy büntetésként szolgáljon. A kizáró okok célja valójában a különböző közpolitikai célok, pl. a prevenció érvényesítése. A kizárás egyrészt biztosítja, hogy az adott gazdasági szereplő a jövőben ne követhessen el hasonló jogsértést, másrészt pedig az általános prevenciót is biztosítja, mivel az ajánlattevőket elrettenti a meghatározott jogsértések elkövetésétől.⁹

A kizárás azonban csökkenti az ajánlattevők számát, a versenyt, tehát azzal a következménnyel járhat, hogy az ajánlatkérők magasabb árat vagy alacsonyabb minőséget kénytelenek választani; így a kizárás mérsékelheti a legjobb ár-érték arány elv érvényesülését. A közbeszerzés szabályozásának céljai és a kizárás által elérni kívánt célok így meglehetősen könnyen összeütközésbe kerülhetnek. Az öntisztázás jogintézménye ezen célok összeütközését enyhítheti.

Az öntisztázó intézkedések figyelembevételére vonatkozó kötelezettség az arányosság elvéből ered, mivel a kizárással elérendő célt öntisztázás alkalmazása esetén úgy is el lehet érni, hogy a gazdasági szereplővel szembeni kizáró ok nem kerül alkalmazásra.

Az arányosság elve az uniós jog általános elvei közé tartozik, az Irányelv pedig kifejezetten a közbeszerzés alapelveként rendelkezik róla. Az arányosság elve azt követeli meg, hogy a cél megvalósítására alkalmas eszköz ne lépje túl a cél eléréséhez szükséges mértéket¹⁰, valamint amennyiben több alkalmas eszköz is rendelkezésre áll, akkor ezek közül a legke-

vésbé kényszerítő jellegűt vegyék igénybe, és az igénybe vett eszköz által okozott hátrány ne legyen túlzó az elérni kívánt célhoz viszonyítva.¹¹

Az Európai Unió Bíróságának ítélkezési gyakorlata alapján a tagállamoknak, illetve az ajánlatkérőknek mind a kizáró okok meghatározása, mind pedig azok alkalmazása esetében az arányosság elvének megfelelően kell eljárniuk.¹² A kizáró okok nem haladhatják meg a cél eléréséhez szükséges mértéket.¹³

A közbeszerzési eljárás során történő versenykorlátozó megállapodásokon kívüli egyéb versenyjogi jogsértések (így információs kartellek, vertikális korlátozások stb.) esetén például a közbeszerzési eljárásokból történő kizárás időtartamának és hatályának korlátozottabb mértékűnek kell lennie, mint a közbeszerzési kartellek esetében, valamint a gazdasági szereplő kizárásának egyértelműen a közbeszerzési eljárások megfelelő lefolytatásához fűződő közérdek védelmére kell irányulnia. A kizárás tehát semmiképpen sem lehet egy kiegészítő vagy pótlólagos versenyjogi szankció.¹⁴

A kizárás nem járhat a szükségesnél súlyosabb következményekkel, így a megfelelően hitelt érdemlő öntisztázó intézkedések megtétele esetén az uniós jog alapelveibe ütközne a gazdasági szereplő kizárása. A kizárás sérti az arányosság elvét abban az esetben is, ha a gazdasági szereplő szigorú korrekciós, öntisztázó intézkedéseket tett annak érdekében, hogy biztosítsa a jövőbeli jogsértések megakadályozását.¹⁵

Az Irányelv 57. cikke a Kbt.-hez hasonlóan kimondja, hogy „*a gazdasági szereplő által hozott intézkedéseket a bűncselekmény vagy köteleességszegés súlyosságának és sajátos körülményeinek figyelembevételével kell értékelni*”.

Az öntisztázó intézkedések figyelembevételét gazdasági okok is indokolhatják. A gazdasági szereplők kizárásával csökken a verseny és előfordulhat, hogy a közbeszerzés csak rosszabb ár-érték aránnyal bonyolítható le. Ha azonban a legtöbb

8 Lásd részletesen: Dezső Attila (szerk.): i. m.

9 ARROWSMITH–PRIESS–FRITON: i. m., 270–271., 275.

10 Lásd C-210/03. 47., Dezső Attila (szerk.): i. m., 148–149.

11 Lásd T-402/06., 109.

12 Lásd különösen: C-21/03–34/03., C-213/07., C-538/07., Dezső Attila (szerk.): i. m., 527–531.

13 Lásd C-213/07., Dezső Attila (szerk.): i. m., 527–531.

14 SANCHEZ GRAELLS, Albert: i. m.

15 BROWN, Adrian: The Permissibility of Excluding an Economic Operator From a Tendering Procedure on the Ground that it has Previously Committed an Infringement of Competition Law. 2015, PPLR, NA55.

vagy szinte az összes piaci szereplő kizáró ok hatálya alatt áll, az is előfordulhat, hogy a beszerzési igényt egyáltalán nem lehet kielégíteni. Ilyen esetben a kizárás következtében nem teljesíthető a hatékony verseny biztosítása, amely mindig is központi célja volt a közbeszerzési irányelveknek.¹⁶

Az öntisztázó intézkedések létjogosultságát támasztja alá, hogy a kizáró okok alkalmazásának célja nem a gazdasági szereplők megbüntetése. A preventiót pedig nemcsak a közbeszerzési eljárásból történő kizárás szolgálhatja, hanem a gazdasági szereplő által véghezvitt öntisztázásra irányuló lényeges és hitelt érdemlő intézkedéscsomag is. Az ilyen öntisztázó intézkedések eredményeként az adott gazdasági szereplő még a többi piaci szereplőnél is megbízhatóbbá válhat.

A kizárás preventív hatása ilyen esetekben továbbra is biztosított, mivel a kizáró ok hatálya alatt álló gazdasági szereplő átfogó és költséges intézkedéscsomag megtétele után léphet újra vissza a piacra.¹⁷ Korrupciós cselekmények esetében például a gazdasági szereplő által végrehajtott compliance program a korrupció elleni harc sokkal hatékonyabb eszköze lehet, mint a gazdasági szereplő közbeszerzési eljárásból történő kizárása.¹⁸

3. Öntisztázás szabályozása a magyar jogban

A magyar közbeszerzési jogban a jogalkotó a Kbt. megalkotásakor lényegesen kibővítette a kötelező kizárás eseteit. A teljesség igénye nélkül felsorolva néhányat, kötelező kizáráshoz vezet például bűncselekmény elkövetése, lejárt adótartozás, korábbi közbeszerzésen hamis adatszolgáltatás, munkaügyi bírsággal való marasztalás stb.

A Szerzők álláspontja szerint a kötelező kizárás eseteinek kibővítése alapvetően helyes jogpolitikai indokokon nyugszik: ne lehessen ajánlattevő, így közpénzek felhasználója az, aki gazdasági tevékenysége során nem tartja be a rá vonatkozó szabályokat. Ez alapvetően azért fontos, mert a szabálytalanul működő vállalkozás nagyobb valószínűséggel a rábízott közpénzzel sem fog tudni olyan gondosan

gazdálkodni; veszélybe kerülhet tehát a teljesítés. Fontos ugyanakkor látni, hogy a legtöbb fenti kizáró okkal szemben a verseny- (kartell-) jogi jogsértés megállapítása egy hosszú, bonyolult, speciális folyamat (szemben például egy munkaügyi bírság kiszabásával), amelynek a végén összehasonlíthatatlanul súlyosabb szankciók fenyegetik a marasztalt vállalkozásokat. Következésképpen a versenyjogi jogsértések esetében az öntisztázás is sokkal összetettebb feladat (mind a vállalkozások és az őket képviselő jogászok, mind a hatóság oldaláról), mint az egyéb kizáró okok esetében.

Miként azt fentebb bemutattuk, a Kbt. 62. §-ának (1) bekezdése n) pontja szerint kötelező kizárás hatálya alatt áll minden vállalkozás, amelyet három évnél nem régebben jogerősen bírsággal marasztaltak versenykorlátozó magatartás miatt. Külön említést érdemel a jogerő kérdése, mivel a hazai joggyakorlatban nem tisztázott, hogy a másodfokú bírósági ítélet szóbeli közlésével vagy az írásba foglalt ítélet kézbesítésével válik a Kbt. szempontjából jogerőssé a versenyjogi jogsértés megállapítása. Szintén érdekes kérdéseket vet fel a részjogerő: vajon egy több ügyfeles kartellejárás végén az a vállalkozás, amelyik nem kér felülvizsgálatot a GVH döntése ellen (például azért, mert egyezségben vett részt, vagy mert engedékenységi kérelmére tekintettel bírságcsökkentésben részesült) a vele szemben jogerőssé váló határozat értelmében szintén rögtön a kizáró ok hatálya alá kerül? A Szerzők álláspontja szerint a válasz erre a kérdésre egyértelmű igen, ugyanakkor ez felveti a diszkrimináció problematikáját is. A közbeszerzési jogi szankciók tekintetében vajon miért kerül kedvezőbb helyzetbe a jogsértést el nem ismerő vállalkozás, mint az, aki – például a GVH-val aktívan közreműködve, a hatóságot segítve – „belenyugszik” a jogsértést megállapító döntésbe.

Szintén említésre méltó, hogy a jogalkotó nemcsak a legsúlyosabb versenyjogi jogsértések, a közbeszerzési kartellek, vagy legalábbis a kőkemény kartellek esetében rendeli alkalmazni a kötelező kizáró okokat, de az egyéb versenykorlátozó magatartások (így pl. információs kartellek, vagy akár vertikális korlátozások enyhébb formái) esetén is kötelező kizárni a bírsággal marasztalt vállalkozáso-

¹⁶ Lásd C-95/10., 37.

¹⁷ ARROWSMITH–PRIESS–FRITON: i. m.

¹⁸ NAGY Gabriella: i. m., 39–44.

kat az ajánlattevői körből. A Szerzők úgy vélik, ez utóbbi szigor átgondolásra érdemes lehet. Milyen jogpolitikai érdekek fűződnek vajon ahhoz, hogy egy közép vállalkozás két évig kizárásra kerüljön a fő tevékenységét adó közbeszerzésekből azért, mert egy marginális üzletágában egy alkalmazott részt vett egy olyan találkozón, ahol szenzitív üzleti adatok is szóba kerültek? Utóbbi magatartás adott esetben akár minősülhet versenyjogsértőnek is, ugyanakkor álláspontunk szerint semmiképp sem olyan súlyú, amely egy teljes vállalkozás üzleti ellehetetlenségét kellene hogy eredményezze (főleg ha az inkriminált vállalkozás már részesült „büntetésben”, versenyjogi bírságban).

4. A versenyjogi jogsértés esetében az öntisztázás során bizonyítandó kérdések

A Kbt. 188. §-ának (1) bekezdése értelmében *„bármely gazdasági szereplő, akivel szemben [...] kizáró ok fennáll, kérelmet nyújthat be a [Közbeszerzési] Hatósághoz annak megállapítása érdekében, hogy az általa hozott intézkedések a kizáró ok fennállásának ellenére kellőképpen igazolják a megbízhatóságát.”*

A jogszabály rendelkezése és a kapcsolódó európai joggyakorlat szerint az eljárás célja egyértelműen az ajánlattevő megbízhatóságának igazolása. A megbízhatóságigazolási (öntisztázási) eljárás nem korlátozódik a Tpv. 11. §-ában elkövetett jogsértésekre, hanem bármely¹⁹ más kizáró ok esetén alkalmazható. Erre való tekintettel a Kbt. később részletezendő, öntisztázással kapcsolatos fogalmi elemei értelemszerűen az adott kizáró ok vonatkozásában speciálisan alkalmazandók, azaz a (2) bekezdésben felsorolt feltételek egyes kizáró okok vonatkozásában eltérő tartalommal jelenhetnek meg. Az Európai Unióról szóló Szerződés 3. cikk (3) bekezdése, az Irányelv (1) preambulumbekkezdése és a Kbt. preambuluma alapján egyértelmű, hogy a közbeszerzési eljárások célja a belső piac kialakítása és a piaci verseny élénkítése, ezért a bizonyítandó körülményeket

is ezen általános alapelv figyelembevételével szükséges mérlegelni.

A jogalkotó három részre bontotta a „megbízhatóság” fogalmát, és a Kbt. 188. §-ának (2) bekezdésében sorolta fel, milyen körülmények együttes bizonyítása esetén látható be a megbízhatóság, vagyis miket kell a vállalkozásoknak bizonyítaniuk annak érdekében, hogy indulhassanak közbeszerzéseken. Álláspontunk szerint a három kiemelt kör meghatározása meglehetősen önkényesnek tűnik, az alábbi felosztás pedig különösen nem illeszkedik a versenyjogi jogsértésekhez, miként azt alább részletesen ismertetjük. A következő fejezetekben egyesével bemutatjuk az egyes, a Kbt. által bizonyítani elvárt kritériumrendszereket, annak európai joggyakorlatát és a Szerzők véleményét adott kérdések kapcsán.

4.1. Az okozott „kár” megtérítése

A 188. § (2) bekezdésének a) pontja akként rendelkezik, hogy *„[a kérelmező az öntisztázás körében köteles igazolni, hogy] a kizáró ok hatálya alatt álló gazdasági szereplő a bűncselekménnyel, köteleességszegéssel vagy egyéb jogsértéssel okozott kárt – a károsult által elfogadott mértékben – megtérítette vagy arra meghatározott határidővel kötelezettséget vállalt.”*

Az irányelvi szabályozás alapját képező német ítélkezési gyakorlat nem egységes abban a tekintetben, hogy az öntisztázó intézkedések megfelelőségéhez a kizáró ok hatálya alatt álló gazdasági szereplőnek meg kell-e térítenie a kárt, illetve arra kötelezettséget kell-e vállalnia. A Düsseldorf-i Felsőbb Tartományi Bíróság ítéleteiben a személyi és szervezeti intézkedéseken kívül nem követelte meg a kár megtérítését vagy az arra való kötelezettség vállalását.²⁰

A német jogirodalom rávilágít, hogy bizonyos esetekben, például a kartellek esetében az okozott kár számszerűsítése nehézségbe ütközhet.²¹ A német ítélkezési gyakorlatban vizsgált valamennyi versenykorlátozó megállapodással kapcsolatos ügy közbeszerzési eljárás során való kartellezésre vonatkozik. Ezekben az esetekben könnyebb meghatározni

¹⁹ A Kbt. 62. § (1) bekezdés b) és f) pontjában említett kizáró ok kivételével.

²⁰ Lásd OLG Düsseldorf Verg 43/02, Verg 66/02.

²¹ MUTSCHLER-SIEBERT-DORSCHFELDT: Vergaberechtliche Selbstreinigung und kartellrechtliche Compliance – zwei Seiten einer Medaille. Wirtschaftsrecht, 2015/12. sz., 642–650.

az összejátszás eredményeként az ajánlatkérőt érő kár mértékét, mint egy egyéb versenykorlátozó megállapodás esetében a versenytársaknak és a fogyasztóknak okozott kár kapcsán megbecsülni ugyanekt. A versenyjogi jogsértésekkel okozott kár fogalma olyannyira nem tisztázott, hogy az egész kérdéskörnek az Európai Parlament és a Tanács külön irányelvet volt kénytelen szentelni. A tagállamok és az Európai Unió versenyjogi rendelkezéseinek megsértésén alapuló, nemzeti jog szerinti kártérítési keresetekre irányadó egyes szabályokról szóló 2014/104/EU irányelv hazai átültetésének ideje 2016. december 27-e, mely jogszabály-előkészítő munka jelen tanulmány megjelenésének idejére vélhetőleg be is fejeződik majd.

Az öntisztázással kapcsolatos joggyakorlat tehát még nem munkálta ki a kárfogalmat, különösen nem a Tpv. 11. §-ában megfogalmazott jogsértésekkel kapcsolatosan. Az azonban megállapítható, hogy a Kbt. „*sui generis*”, azaz csupán a közbeszerzési törvény alkalmazása kapcsán kialakított kárfogalommal nem rendelkezik. Ennek hiányában kárként csupán a Ptk. szerinti kárfogalom vehető figyelembe, amely a vagyoni károkat fogja át, melynek elemei:

- a) a károsult vagyonában beállott értékcsökkenés;
- b) az elmaradt vagyoni előny;
- c) a károsultat ért vagyoni hátrányok kiküszöböléséhez szükséges költségek [Vö.: Ptk. 6:522. § (2) bek.].

Röviden szükséges utalni ezenfelül a verseny törvényben felállított vélelemre is²², amely alapján az ún. *kőkemény kartellekben* résztvevő vállalkozások ellen indított kártérítési perekben *az ellenkező bizonyításáig* úgy kell tekinteni, hogy a megállapított jogsértés az árat tíz százalékkal megemelte. Ugyanakkor a Tpv. e kétségtelenül fontos szabálya nem ad eligazítást a többi jogsértéstípus vonatkozásában sem, és egyébként is csak a polgári bíróságok előtt indított kártérítési perekben hivatkozható, bizonyítást könnyítő eszköz, a GVH azt saját eljárása során nem alkalmazhatja.

A kár megléte vagy nemléte tehát lényeges kérdés a vállalkozások versenyjogi jogsértésekkel kap-

csolatos öntisztázása szempontjából. Az ilyen jellegű öntisztázások során kiemelt jelentőséget kapnak azok a versenyjogi sajátosságok, amelyek egy közbeszerzési jogász számára nagy valószínűséggel ismeretlenek. A kár szempontjából különösen jelentős kérdés, hogy cél vagy hatásalapú jogsértést állapít-e meg a GVH. A cél alapú versenykorlátozások esetében (amelyek olyan, nagyobb súlyú versenyjogi jogsértések, ahol a megállapodás jellegéből adódóan a versenyjogi joggyakorlat²³ eleve adottnak, bizonyítottanak veszi a versenykorlátozó célt) ugyanis a GVH nem vizsgál versenykorlátozó hatásokat. Így arról, hogy egy adott cél alapú versenyjogsértés okozott-e egyáltalán kárt az érintett piacon, csak nagyon ritkán rendelkezik a jogsértést megállapító GVH-határozat. A célalapú versenyjogsértés hatása – amennyiben ez egyáltalán felmerül – legfeljebb a jogsértés súlya, és így a bírság meghatározásának szempontjai között kerül értékelésre. Ez azonban a szerzők álláspontja szerint nem keverendő össze azzal az esettel, amikor egy megállapodás azért minősül jogellenesnek, mert a GVH *bizonyítja*, hogy az *tényleges versenykorlátozó hatásokkal is járt*. Fontos ugyanakkor, hogy polgári jogi értelemben vett kárt még ez utóbbi esetben sem állapíthat meg a GVH, azzal ugyanis elvonná a polgári bíróságoknak a Ptk. 1:6. §-ában biztosított kizárólagos hatáskörét.

Röviden utalunk a használatos kárfogalom kapcsán az olyan – elsősorban polgári jogi – bizonyítási kérdésekre, mint a felróhatóság, a kár összességessége vagy az okozati összefüggés megléte, melyekkel kapcsolatban további bizonytalanság tapasztalható a joggyakorlatban. Ezen kérdések kibontása azonban szétfeszítené jelen tanulmány kereteit.

4.2. Együttműködési kötelezettség

A Kbt. 188. §-a (2) bekezdésének b) pontja értelmében „[a kérelmező az öntisztázás körében köteles igazolni, hogy] *az illetékes hatóságokkal aktívan együttműködve átfogóan tisztázta az ügy tényállását és körülményeit.*”

Az öntisztázási eljárás kérelmezőjének a Tpv. rendelkezéseinek és abból fakadó kötelezettségeink-

²² Lásd Tpv. 88/C. §.

²³ Lásd pl. Vj-57/2007.

nek eleget téve kell közreműködni a versenyfelügyeleti eljárásban. A kartelljog általános szabályai és gyakorlata szerint nem minősül az együttműködés hiányának a cselekmények jogi minősítésére vonatkozó előadás. A Tpv. 64/B. §-ának (1) bekezdése kifejezetten lehetővé teszi az eljárás alá vont vállalkozások számára, hogy *ne* tegyenek jogsértést beismertető nyilatkozatot a versenyfelügyeleti eljárás során. A Szerzők álláspontja szerint az ilyen, a jogsértés megtörténtét vagy a versenyfelügyeleti eljárás során vizsgált magatartás jogi minősítését vitató előadás az öntisztázási eljárás során nem tekinthető az együttműködés hiányának.

Az elvárható együttműködés egy kartelleljárásban másképpen alakul, mint például egy munkaügyi közigazgatási hatósági eljárásban. A versenyfelügyeleti eljárásban a vállalkozások minimális együttműködési kötelezettségei – legalábbis a Szerzők álláspontja szerint – a nyilatkozatok határidőben történő megtételére, a tárgyalásokon, meghallgatásokon való megjelenésre, a kérdésekre adott, legjobb tudomásuk szerinti válaszok megadására (az önvád esetét természetesen ide nem értve) korlátozódnak.

El kell határolni a Kbt. által az irányelvből és a német jogból származtatott együttműködési kötelezettséget a versenyjogban többek között a Tpv. 78/A. §-ában meghatározott engedékenységi politikától. Ez utóbbinak az a célja, hogy a GVH határozatának meghozatala előtt a kartellt feltáró, magára vagy egymásra terhelő nyilatkozatot tevő kartellező részben vagy egészben mentesüljön a versenyfelügyeleti bírság kiszabása alól. Amikor a versenyfelügyeleti eljárásban a később öntisztázást kezdeményező vállalkozások nem tanúsítanak olyan fokú együttműködést, amely a bírság mérséklésére alapot adna (összhangban a GVH bírságközleményével), az álláspontunk szerint nem minősül közbeszerzési jogi, öntisztázási szempontból együtt *nem* működésnek.

Az a tény, hogy a jogsértő vállalkozással szemben a versenyfelügyeleti eljárás során nem kerül sor

a Tpv. 61. §-a és a Ket. 61. §-a szerinti eljárás bírság kiszabására, az együttműködés egyik legjobb mutatója lehet. Amennyiben az öntisztázást kezdeményező vállalkozás olyan magatartást tanúsított volna, amely az eljárás elhúzására vagy a valós tényállás feltárásának megghiúsítására irányult, illetve ezeket eredményezte, a GVH szankciót – eljárás bírságot – alkalmazott volna vele szemben. Az együtt nem működés szankciója a GVH joggyakorlatában²⁴ szinte minden esetben eljárás bírság kiszabása, így ennek hiánya önmagában mutatja az együttműködést. Ugyanakkor – mivel a kartellgyanúba keveredett vállalkozásokat immár a közbeszerzésekből való kizárás is fenyegeti – a jövőben még fontosabb lesz az, hogy az eljárás alá vontak ne kapjanak eljárás bírságot a versenyfelügyeleti eljárások során.

4.3. Technikai, szervezeti és személyi intézkedések megtétele

A Kbt. 188. §-a (2) bekezdésének c) pontja alapján: [a kérelmező az öntisztázás körében köteles igazolni, hogy] *olyan technikai, szervezeti és személyi intézkedést hozott, amely alkalmas a további büncselekmény, kötelességszegés, illetve egyéb jogsértés megelőzésére.*"

A megbízhatóságát visszaállítani szándékozó ajánlattevőnek olyan szervezeti és strukturális intézkedéseket is meg kell tennie tehát, amelyek garantálják, hogy a jövőben nem fog a kizáró ok hatálya alá tartozó cselekmény történni.

Ilyen intézkedés például a vállalaton belül az alkalmazottak büntetőjogi, versenyjogi és közbeszerzési jogi képzése; kötelező vállalati irányelvek bevezetése a jogsértés megelőzésére és a jogsértés esetén kilátásba helyezett joghátrányra; a korrupciós veszélyeket magában hordozó pozíciók esetében a munkavállalók időszakos rotációja; belső, illetve külső compliance szakértő kinevezése, a vállalat szerződéseinek, tanácsadási, megbízási szerződéseinek külső jogászok által történő ellenőrzése.²⁵

Érdekes gyakorlat kezd kialakulni az öntisztázás kapcsán a Közbeszerzési Hatóság jogértelmezé-

²⁴ Lásd különösen az adatszolgáltatási kötelezettséggel összefüggésben kiszabott eljárás bírságokról szóló, a Gazdasági Versenyhivatal Elnökének és a Gazdasági Versenyhivatal Versenytanácsa Elnökének 1/2016. számú Közleménye VII. fejezetét, vagy pl. a Fővárosi Bíróság 2.Kpk. 45465/2010/7., 3.Kpk 45.730/2011/2., illetve a Fővárosi Törvényszék 3.Kpk. 45.935/2011/7. számú végzéseit, vagy a Vj/23/2011 és a Vj/28/2013. számú eljárásban kiszabott eljárás bírságot megállapító végzéseket.

²⁵ ARROWSMITH–PRIESS–FRITON: i. m.

sében. A hatóság ugyanis, úgy tűnik, csak azokat az intézkedéseket fogadja el az öntisztázási eljárásokban²⁶, amelyeket a versenyjogi jogsértés jogerőssé válása után vállal a megbízhatóságát igazolni igyekvő piaci szereplő. Álláspontunk szerint ez az értelmezés nem veszi figyelembe egy észszerűen gondolkodó piaci szereplő prudens magatartását. Éppen az a szereplő megbízható ugyanis, aki a jogsértés észlelése esetén (pl. mert a GVH kartellezés gyanúja miatt vizsgálatot indít vele szemben) *rögtön* intézkedéseket tesz annak érdekében, hogy az ismét ne fordulhasson elő. Így nem tekinthető a Közbeszerzési Hatóság álláspontja szerint a megbízhatóság igazolásának pl. egy olyan compliance program, amit egy marasztalt vállalkozás a GVH döntése után, de még a bírósági felülvizsgálat lezárulta előtt vezet be. Ez a gyakorlat a Szerzők álláspontja szerint mindenképpen felülvizsgálendő.

Végezetül hangsúlyozni kívánjuk, hogy a kötelező kizáró okok bővülésével a compliance (és azon belül is a versenyjogi compliance) tevékenység jelentősége csak még jobban felértékelődik. A megelőzést biztosítani képes compliance program ugyanis sosem kerül többbe, mint a versenyjogi jogsértést követő bírság, különösen, ha figyelembe vesszük azt is, hogy adott vállalkozás már a közbeszerzéseken sem indulhat. Azok a vállalkozások, akik addig nem rendelkeztek compliance programmal – legalábbis az uniós és a magyar esetjog tükrében –, az öntisztázási eljárás során lesznek kénytelenek azt bevezetni.

5. Következtetések

A magyar öntisztázási jogalkalmazás eddigi első és talán legfontosabb tanulsága, hogy a jogszabály leírt részletszabályainak szó szerinti, szigorú és formális értelmezésén túl szükséges figyelembe venni a jogintézmény *jogpolitikai célját* is. Ez pedig arra nyilvánvalóan nem irányulhatott, hogy adott esetben teljes piacokon megszűnjön a verseny a közbeszerzési eljárásokon olyankor, amikor az összes je-

lentős piaci szereplő korábban részt vett egy kartelljogsértésben.

A Szerzők álláspontja szerint a köz azon érdeke, hogy valódi versenyben válasszák ki a közbeszerzéseken nyertes ajánlattevőt, mindig fontosabb, mint a versenyjogi jogsértésektől való elrettentés vagy az egyéni (egyetlen vállalkozásra vonatkozó) represszív szankció alkalmazása.

Ugyanakkor felmerül a kérdés, hogy – a Közbeszerzési Hatóság később kialakítandó joggyakorlatának függvényében – amennyiben minden cég szinte „*automatikus*an” képes magát tisztázni, akkor a versenyhatóság által kiszabott szankciók önmagukban megfelelők-e a generális prevenció eléréséhez. A Szerzők álláspontja szerint ennek a dilemmának a megoldása elsősorban a Közbeszerzési Hatóság joggyakorlatának kialakítása során keresendő. Ugyanakkor álláspontunk szerint a közbeszerzésekből történő kizárás nemcsak nem képes elérni a kívánt jogpolitikai célt (hiszen a verseny csökkenésével jár a közbeszerzési eljárásokon résztvevők számának csökkenése miatt), nemcsak alapjogi kérdéseket vet fel („*ne bis in idem*” elvének sérelme a kartellmagatartás sokszori szankcionálása miatt), de nem is éri el a kívánt hatást az öntisztázás jogintézményének – jogpolitikailag helyes – bevezetése miatt.

A kartellek megelőzése elsősorban a GVH által következetesen alkalmazott versenyjogi szankciókkal, illetve azok szigorúságával, elkerülhetetlenségével érhető el. Magyarországon sajnos továbbra is várat magára a büntetőjogi szankciók (Btk. 420. §)²⁷, illetve a magánjogi jogérvényesítés tényleges alkalmazása is, amely a személyes felelősség megállapításával és súlyos szankciók (adott esetben letöltendő börtönbüntetés, kártérítés) alkalmazásával ténylegesen visszatarthatná a közbeszerzési kartellekben résztvevő személyeket.

A közbeszerzésekből történő kötelező kizárás és az öntisztázás jogintézményének elterjedésével a GVH-határozatok indokolásának szerepe is még inkább felértékelődik majd a kartellügyekben, különös tekintettel a hatósággal való együttműködésre

26 Lásd a Közbeszerzési Hatóság MKB Bank Zrt. ügyében hozott határozatának 4. oldalát: http://kozbeszerzes.hu/data/attachments/2016/09/01/20160901134335_001.pdf.

27 Kétségtelen, hogy e téren vannak biztató fejlemények. Az útszórósó-kartell ügyben például nemrég vádat emelt az ügyészség (bővebben lásd: <http://ugyeszseg.hu/wp-content/uploads/sajtol/2016/08/2016.08.10-fovaros-jav.pdf>). Ugyanakkor a szerzőknek nincs tudomásuk arról, hogy eddig bárkit is letöltendő szabadságvesztésre ítélték volna közbeszerzési kartellben való részvétel miatt.

és a kartelljogsértések *hatásainak* bemutatására. Az öntisztázás jogintézményének bevezetéséig a GVH ilyen tárgyú megjegyzéseivel szemben talán kevésbé védekeztek az eljárás alá vontak a bírósági felülvizsgálat során, hiszen viszonylag ritkán forgott akörül jogkérdés, hogy együttműködők voltak-e a felek a versenyfelügyeleti eljárás során, vagy hogy a célalapú jogsértések esetében szenvedtek-e kárt az üzletfelek (bár utóbbinak a magánjogi jogérvényesítés elterjedésével szintén mindinkább komoly jelentősége lesz). Ugyanakkor mostantól – mivel egy jogerős GVH-határozat ilyen irányú kijelentései akár az öntisztázás lehetőségétől is megfoszthatják a vállalkozásokat – nyilvánvalóan nagyobb figyelem helyeződik majd a határozatok indokolásának ezen részeire is, következésképpen a GVH-nak is komolyabb bizonyítást kell majd lefolytatnia, amennyiben a vizsgált kartellügyekben e kérdéseket is részletezni kívánja határozatai indokolásában.

Kiemelendő továbbá, hogy nem csak a GVH-t és a vállalkozásokat (jogi tanácsadóikat), de a Közbeszerzési Hatóságot is komoly kihívások elé állítja majd az új jogintézmény. Az eddig kizárólag közbeszerzési jogi kérdésekben megnyilvánuló hatóság mostantól versenyjogi kérdésekben is kénytelen állást foglalni, mint például a versenyjogi jogsértéssel okozott kár kérdése (ez utóbbi kapcsán újra utalunk azon meggyőződésünkre, hogy azt az öntisztázási el-

járásban a hatóság nem vizsgálhatja, csak objektíve rendelkezésre álló bírósági döntések alapján beszélhetünk kárról).

6. Összegzés

A Szerzők úgy látják, hogy bár az öntisztázás jogintézményének bevezetése fontos lépés, bizonyos esetekben – formális jogértelmezés esetén – az nem tud megfelelni eredeti funkciójának: a tényleges verseny biztosításának és fenntartásának a közbeszerzési eljárások során.

Sem a közbeszerzési jogászok (akik a Kbt. vonatkozó szövegét alkották és egyben alkalmazzák is), sem a versenyjogászok (akik a szankcionált cselekmény versenyjogi minősítéséről döntenek) nem rendelkeznek megfelelő mélységű szaktudással, hogy egyedül döntsenek arról, hogy mely vállalkozás indulhat közbeszerzési eljárásokon és melyik nem. Az egy-egy piacon érvényesülő abszolút kizáró ok kérdésében a jogalkotónak egy sor más fontos szempont mérlegelésével kell döntenie, hiszen ez jogpolitikai kérdés. Ennek a döntésnek a megszületéséig az öntisztázás mind a verseny, mind a közbeszerzési jogalkalmazók számára izgalmas és kihívásokkal teli határterület marad, ahol a joggyakorlatnak és a bírósági kontrollnak még sok eldöntetlen kérdésben kell majd állást foglalnia.

Wiretapping in U.S. competition proceedings

Abstract

This paper discusses the rules relating to the interception of wire, oral, or electronic communications during antitrust enforcement in the United States (U.S.). Given the complexity¹ of the U.S. enforcement system, the paper also provides a description of the antitrust enforcement system in the U.S. in order to demonstrate how such strong investigative tools can be used during antitrust proceedings.

Key words: U.S. competition proceedings, cartels, criminalisation, Department of Justice, wiretapping

1. Introduction

It is important to examine antitrust enforcement in other countries, which may diverge from the Hungarian regime, but which may offer ideas for the possible future development of the Hungarian regime.

Since the Hungarian Competition Authority is not entitled to conduct covert surveillance (interception, wiretapping) in cartel investigations, we should focus on the U.S. regime, which allows the use of such tools. The paper will present the fundamentals of the use of covert investigative tools in U.S. cartel procedures and will provide a detailed analysis of relevant procedural rules.

In order to increase our effectiveness in the fight against cartels, it is useful to analyse international enforcement systems as they allow us to become acquainted with useful tools and procedures. It is always necessary to be prepared, because – as stated by Robert Marshall and Leslie Marx² – “[a]s modern evidence with criminal anti-cartel enforcement shows, enforcement agencies and cartel participants employ, respectively, ever more powerful enforcement techniques and defensive measures.”

The U.S. antitrust regime should be examined, even though it differs from the European Union (EU) antitrust regime, as it is one of the most important and effective regimes in the world.³

* Case handler, Hungarian Competition Authority, Decision-making support team.

This paper was produced with the support of the Pallas Athéné Domus Animae Foundation.

1 Eleanor M. Fox and Michael J. TREBILCOCK: The Design of Competition Law Institutions and the Global Convergence of Process Norms: The GAL Competition Project. Law & economics research paper series working paper no. 12-20. August 2012. p. 35. Downloaded Sept 28, 2016. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2128913

2 Florian Wagner-von Papp; David Viros; Daniel Zimmer; William E. Kovacic; Andreas Stephan: Individual Sanctions for Competition Law. Infringements: Pros, Cons and Challenges. 2016. Concurrences Review N° 2-2016, Art. N° 78515, p. 35. Downloaded Oct 17, 2016. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2782090

3 Sankalp Jain: Competition Law In The Western World: Legal framework in European and American jurisdictions. Downloaded Sept 17, 2016. <http://ssrn.com/abstract=2776631>

The main difference between the U.S. regime and the European regime is that the U.S. prosecutes individuals as criminals, whereas the traditional European model is based on administrative law enforcement targeting corporations. Because of this different legal setting, in the U.S. there are more powerful investigative powers than in the EU.

2. The U.S. antitrust enforcement system

In the U.S. antitrust enforcement system there are four different groups responsible for enforcing antitrust laws,⁴ from which at the federal level there are two agencies: the Department of Justice Antitrust Division (DOJ) and the Federal Trade Commission (FTC).⁵

The main difference between the roles of the two federal agencies is that the DOJ has the power to prosecute criminal antitrust actions, whereas the FTC is only competent to undertake civil enforcement. Nevertheless, there are connections between the two agencies, for example they notify each other of pending cases and have informal agreements about which agency is responsible for proceeding in relation to mergers and non-criminal cases.⁶

The FTC enforces the Federal Trade Commission Act⁷, including all anticompetitive conducts that are prohibited by the Sherman Act⁸ and the Clayton Act.⁹ In addition, the FTC has a consumer-protection mandate.¹⁰ The Antitrust Division of the DOJ is exclusively responsible for investigating criminal antitrust cases;¹¹ the Division “*formulates criminal enforcement policy*” and prosecutes criminal cases,¹² and is also responsible for developing and proposing antitrust laws.¹³

3. Criminalisation

In an antitrust enforcement system with criminal sanctions there are three different ways to group unlawful behaviours:

(a) there is no difference between civil and criminal cases, all conducts are subject to criminal proceedings;

(b) it falls under the discretion of the proceeding agency to distinguish between civil and criminal cases;

(c) only certain specified practices are subject to criminal sanctions.¹⁴

The Sherman Act, which contains the prohibition of restrictive agreements among competitors,¹⁵

4 Douglas Broder: US Antitrust law and enforcement A practice introduction, Third edition. Oxford, 2016. 8.01. These are the DOJ, the FTC, the individual attorneys general of the fifty states, and private (nongovernmental) civil litigants.

5 Maher M. Dabbah, Barry E. Hawk Anti-cartel enforcement worldwide August 2009. p. 1248.

6 Eleanor M. Fox and Michael J. TREBILCOCK: The Design of Competition Law Institutions and the Global Convergence of Process Norms: The GAL Competition Project. Law & economics research paper series working paper no. 12-20. August 2012. p. 35-36. Downloaded Sept 28, 2016. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2128913

7 15 U.S.C. §§ 41-58

8 15 U.S.C. §§ 1-7

9 15 U.S.C. §§ 12-27

10 Eleanor M. Fox and Michael J. TREBILCOCK: The Design of Competition Law Institutions and the Global Convergence of Process Norms: The GAL Competition Project. Law & economics research paper series working paper no. 12-20. August 2012. p. 43. Downloaded Sept 28, 2016. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2128913

11 Jonathan I. Gleklen, Thomas P. Brown, American Bar Association. Section of Antitrust Law. Antitrust Law Developments (seventh): Criminal antitrust enforcement. Section of Antitrust Law, ABA, 2012. p. 955

12 Florian Wagner-von Papp; David Viros; Daniel Zimmer; William E. Kovacic; Andreas Stephan: Individual Sanctions for Competition Law. Infringements: Pros, Cons and Challenges. 2016. Concurrences Review N° 2-2016, Art. N° 78515, p. 36. Downloaded Oct 17, 2016. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2782090

13 Maher M. Dabbah, Barry E. Hawk Anti-cartel enforcement worldwide August 2009. p. 1248.

14 Florian Wagner-von Papp; David Viros; Daniel Zimmer; William E. Kovacic; Andreas Stephan: Individual Sanctions for Competition Law. Infringements: Pros, Cons and Challenges. 2016. Concurrences Review N° 2-2016, Art. N° 78515, p. 35. Downloaded Oct 17, 2016. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2782090

15 Jonathan I. Gleklen, Thomas P. Brown, American Bar Association. Section of Antitrust Law. Antitrust Law Developments (seventh): Criminal antitrust enforcement. Section of Antitrust Law, ABA, 2012. p. 956.

does not contain a provision that defines the difference between criminal and civil proceedings,¹⁶ with the result that it is at the discretion of the DOJ to declare a conduct as a crime.¹⁷ In practice, this means that hardcore conducts (*per se* unlawful agreements like price fixing, bid rigging, customer and territorial allocations) are criminally investigated and prosecuted by the DOJ.

In the following cases, the DOJ has the discretion to decide – although the conduct in question seems to amount to a hardcore conduct – that a criminal antitrust enforcement would not be appropriate:

“(1) *the case law is unsettled or uncertain;*

(2) *there are truly novel issues of law or fact presented;*

(3) *confusion reasonably may have been caused by past prosecutorial decisions;*

(4) *there is clear evidence that the subjects of the investigation were not aware of, or did not appreciate, the consequences of their action.*”¹⁸

In order for the DOJ to prove that the unlawful behaviour is a *per se* violation of Section 1 of the Sherman Act, it must demonstrate

“(1) *the existence of a per se illegal conspiracy,*

(2) *that the defendant knowingly entered into the conspiracy, and*

(3) *that the conspiracy affected interstate or foreign trade and commerce.*”¹⁹

4. Procedural steps

Upon receiving a complaint, an attorney, economist, or paralegal must collect information from various sources, for example from the complainant, publications, other public sources or governmental entities before an investigation begins.²⁰ When the DOJ is of the opinion that the given factual and legal basis is appropriate for the initiation of a formal investigation, a memo must then be prepared which contains a request for a *preliminary investigation*.²¹

During a *preliminary investigation* the DOJ can collect information through voluntary requests,²² or via the assistance of federal agencies – such as the Federal Bureau of Investigation (FBI) –, non-federal agencies and other entities.²³ The staff of the DOJ is allowed to request the services of federal agencies during the *preliminary investigation*, if it requires assistance conducting interviews, locating individuals, compiling statistical data, or performing other investigative functions.²⁴

The length of a *preliminary investigation* can range from a few weeks to a few months.²⁵ At the end of this period the DOJ must open a *grand jury investigation*, issue *civil investigative demands*²⁶ (CIDs) or close the investigation.²⁷

Potential criminal violations are investigated in a *grand jury investigation* which aims to “return indict-

16 15 U.S. Code 1 – Trusts, etc., in restraint of illegal trade; penalty: “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. [...]”

17 Florian Wagner-von Papp; David Viros; Daniel Zimmer; William E. Kovacic; Andreas Stephan: Individual Sanctions for Competition Law. Infringements: Pros, Cons and Challenges. 2016. Concurrences Review N° 2-2016, Art. N° 78515, p. 36. Downloaded Oct 17, 2016. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2782090

18 Antitrust Division Manual, chapter III(C)(1)

19 Jonathan I. Gleklen, Thomas P. Brown, American Bar Association. Section of Antitrust Law. Antitrust Law Developments (seventh): Criminal antitrust enforcement. Section of Antitrust Law, ABA, 2012. p. 956.

20 Antitrust Division Manual, chapter III(A)

21 Antitrust Division Manual, chapter III(B)(3)

22 Antitrust Division Manual, chapter III(C)(4)

23 Antitrust Division Manual, chapter III(C)(3)

24 Antitrust Division Manual, chapter III(C)(3)(a)

25 Maher M. Dabbah, Barry E. Hawk: Anti-cartel enforcement worldwide August 2009. p. 1259.

26 Antitrust Division Manual, chapter III(E)(1)(a): “In most of the civil matters handled in the Antitrust Division, CIDs can be used to compel production of information and documents if voluntary requests, [...], are judged to be inadequate or inappropriate for the Division’s needs.”

27 Antitrust Division Manual, chapter III(C)(6)–(7)

ment against individuals or companies where there is probable cause to believe that a violation has occurred.”²⁸ In order to request a grand jury investigation, the staff of the DOJ must prepare a memo detailing the information the request is based on, which can be the results of a *preliminary investigation*, or a *CID investigation*; however, it should be noted that often a complaint contains sufficient information for the request and in this case it is not necessary to conduct a *preliminary investigation*.²⁹

In a *grand jury investigation* the grand jury issues two types of *subpoenas*, *subpoenas duces tecum* (request for documentary materials) and *subpoenas ad testificandum* (individuals should appear before the grand jury to testify), but the grand jury is allowed to subpoena individuals to submit various types of exemplars (e.g. handwriting samples).³⁰ There are also further opportunities for obtaining information and conducting investigations. The DOJ may work as mentioned above with law enforcement agencies to obtain search warrants, conduct hearings, locate individuals; in addition, it may acquire evidence of criminal offences through the use of electronic surveillance, including listening devices.³¹

The specific rules relating to wiretapping will be presented in the following part of the paper, but it should be mentioned here that the DOJ’s power to wiretap the communications of individuals was strengthened in 2006, because in this year the U.S. Congress added criminal antitrust violations to the list of crimes³² where court-ordered wiretaps are allowed during investigations. It should be noted that

court authorisation is only required “when no party of the discussion provides prior consent to the recording.”³³

5. Rules relating to the interception of communications

5.1. Authorisation for interception of wire, oral, or electronic communications³⁴

The rules relating to the acquisition of authorisation for the interception of communications are contained in 18 U.S. Code § 2516 (1)(r) of the Code. The attorneys³⁵ listed in the provision are allowed to authorise an application to a competent judge who may then grant an order authorising or approving the interception (of wire, oral, or electronic communications), if such interception may provide or has provided evidence of a criminal violation of 15 U.S. Code 1.³⁶ The interception is carried out by the FBI.

5.2. Procedure for interception of wire, oral, or electronic communications

When requesting authorisation for the interception of oral, wire and electronic communications, the requirements contained in 18 U.S. Code § 2518 must be fulfilled. Each of the three documents required (the application, the accompanying affidavit and the order)³⁷ are discussed below.

28 Maher M. Dabbah, Barry E. Hawk: Anti-cartel enforcement worldwide August 2009. p. 1259

29 Antitrust Division Manual, chapter III(F)(1)

30 Antitrust Division Manual, chapter III(F)(4)

31 Jonathan I. Gleklen, Thomas P. Brown, American Bar Association. Section of Antitrust Law. Antitrust Law Developments (seventh): Criminal antitrust enforcement. Section of Antitrust Law, ABA, 2012. p. 963.

32 18 USC. § 2516(1)

33 Maher M. Dabbah, Barry E. Hawk: Anti-cartel enforcement worldwide August 2009. p. 1261.

34 18 U.S. Code § 2510(12): An electronic communication is “any transfer of signs, signals, writing, images, sounds, data, or intelligence of any nature transmitted in whole or in part by a wire, radio, electromagnetic, photoelectronic or photooptical system that affects interstate or foreign commerce,” but human voice is not used in any part of the communication (e.g. over digital-display paging devices, electronic facsimile machines or the internet).

35 “The Attorney General, Deputy Attorney General, Associate Attorney General, or any Assistant Attorney General, any acting Assistant Attorney General, or any Deputy Assistant Attorney General or acting Deputy Assistant Attorney General in the Criminal Division or National Security Division specially designated by the Attorney General”

36 Section 1 of the Sherman Act

37 Electronic Surveillance Manual Procedures And Case Law Forms. p. 3. Downloaded Nov 4, 2016. <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal/legacy/2014/10/29/elec-sur-manual.pdf>

5.2.1. The Application

The application for an order authorising or approving interceptions must be prepared by an applicant identified as a law enforcement or investigative officer. It must be in writing, signed by a U.S. Attorney, or an Assistant U.S. Attorney, and must be filed to a competent judge.³⁸ The application must include the facts of the case that justify that the order should be issued. It must identify the³⁹

- applicant as a law enforcement or investigative officer,
- type of communication to be intercepted (voice communications over cellular telephones, cordless telephones and voice pagers, or over traditional landline telephones),⁴⁰
- federal offence that has been, is being, or is about to be committed,
- identity of the person, if known, committing the offence and whose communications are to be intercepted.

The application must provide a description of the nature and location of the facilities from which or the place where the communication is to be intercepted (the case of a roving oral⁴¹ and wire or electronic interception will be discussed below⁴²).

It must also contain:

- A statement affirming that other investigative procedures have been tried and that they have failed, or why such procedures would likely fail if attempted, or that they are too dangerous to be attempted. The applicant may then state that a complete discussion of attempted alternative investigative techniques is set forth in the accompanying affidavit.⁴³
- A statement affirming that the accompanying affidavit contains a full statement of facts

about all previous applications that have been made to intercept the communications of the named persons or involving the targeted facility or location. As regards to this point, the court stated in the *U.S. v. Ferrara* case⁴⁴ that when “*the government has decided to name in its Application individuals believed to be co-conspirators of the proposed principal targets of an interception order, it has an obligation to inform the issuing judge of all prior requests for authority to intercept communications of those individuals.*”

- A request, in an application relating to an oral, and occasionally a wire or electronic interception, that the court issue an order authorising investigative agents to make all necessary surreptitious and/or forcible entries to install, maintain, and remove electronic interception devices in or from the targeted premises (or device).⁴⁵
- A request (when requesting the interception of wire communications over a cellular telephone) that the authorisation and court order apply not only to the identified target telephone, but also to any change in
 - *one* of several potential identifying numbers for the phone,⁴⁶ (for example in the *U.S. v. Duran* case⁴⁷ the order remained valid when a mobile identification number change was followed by an ESN change) and
 - the target telephone number when the other identifying number has remained the same.⁴⁸
- A request (concerning the interception of wire communications) that the court issue an order directing the service provider to furnish the investigative agency with all necessary information, facilities, and technical assistance.⁴⁹

38 <https://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-28-electronic-surveillance-title-iii-applications> Downloaded Nov 4, 2016.

39 18 U.S. Code § 2518 (1)(a)-(f)

40 Electronic Surveillance Manual Procedures And Case Law Forms. p. 3. Downloaded Nov 4, 2016. <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal/legacy/2014/10/29/elec-sur-manual.pdf>

41 18 U.S. Code § 2518 (1) (a) (ii), (iii)

42 18 U.S. Code § 2518(1) (b) (ii), (iii)

43 Electronic Surveillance Manual Procedures And Case Law Forms. p. 5. Downloaded Nov 4, 2016. <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal/legacy/2014/10/29/elec-sur-manual.pdf>

44 771 F. Supp. 1266 (D. Mass. 1991)

45 <https://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-28-electronic-surveillance-title-iii-applications> Downloaded Nov 4, 2016.

46 Electronic serial number (ESN), International Mobile Subscriber Identity (IMSI) number, International Mobile Equipment Identification (IMEI) number, Mobile Equipment Identifier (MEID) number, or Urban Fleet Mobile Identification (UFMI) number;

47 189 F.3d 1071 (9th Cir. 1999)

48 <https://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-28-electronic-surveillance-title-iii-applications> Downloaded Nov 4, 2016.

49 18 U.S. Code §§ 2511(2) (a) (ii) and 2518(4)

– A request that the court's order authorise the requested interception until all relevant communications have been intercepted. This period cannot be longer than thirty days from the first day on which the interception begins or ten days after the order is entered.⁵⁰ *“Every order and extension thereof shall contain a provision that the authorization to intercept shall be executed as soon as practicable, shall be conducted in such a way as to minimize the interception of communications not otherwise subject to interception under this chapter, and must terminate upon attainment of the authorized objective, or in any event in thirty days.”*⁵¹

5.2.2. The Affidavit (in support of application)

The affidavit must be sworn and attested to by an investigative or law enforcement officer, and it must identify the target subjects (describe the facility or location, and list the alleged offences).⁵²

The affidavit must establish probable cause that the subjects are using the targeted facility or location to commit the stated offences. All background information that is needed to understand the investigation in question should be given in this section and should focus on the criminal activity of the subjects. This is most often achieved through the presentation of information obtained from a confidential informant, cooperating witness, or undercover agent, combined with some other tools (e.g. pen register or telephone toll information).⁵³

The affidavit must justify why the proposed electronic surveillance is needed.⁵⁴ It is not necessary to demonstrate that there are no other investigative tools available; there must merely be a discussion of the investigative tools that have been tried, proven inadequate, or considered and rejected.⁵⁵ It is of upmost importance in this section that it is proved

that the justification is based on the facts of the specific case, and not just on general, ready made content that fits a variety of uses (also known as “boilerplate”).⁵⁶

The affidavit must also contain:

- A full and complete statement of any known previous applications made to any judge for authorisation to intercept, or for approval of interceptions; it should include the date, jurisdiction, and disposition of previous applications. Regarding this statement it is necessary to check all relevant electronic surveillance databases.
- A statement of the period of time for which the interception is to be maintained.
- A statement that affirms that monitoring agents will minimise all non-pertinent interceptions, as well as additional standard minimisation language and other language addressing any specific minimisation in the concerned case.

If there is any indication that a mobile interception device will be taken outside the jurisdiction of the court issuing the electronic surveillance order, the affidavit should contain a statement that the interception will occur not only within the territorial jurisdiction of the court in which the application is made, but also outside that jurisdiction, but within the U.S.).⁵⁷

5.2.3. The Order

As a result of the application the judge may enter an ex parte order if he/she determines that the conditions of the authorisation are met:⁵⁸

“(a) there is probable cause for belief that an individual is committing, has committed, or is about to commit a particular offense enumerated in section 2516 of this chapter;

50 <https://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-28-electronic-surveillance-title-iii-applications> Downloaded Nov 4, 2016.

51 18 U.S. Code § 2518 (5)

52 Electronic Surveillance Manual Procedures And Case Law Forms. p. 7. Downloaded Nov 4, 2016. <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal/legacy/2014/10/29/elec-sur-manual.pdf>

53 Id.

54 18 U.S. Code § 2518(1)(c)

55 U.S. v. Foy, 641 F.3d 455, 464 (10th Cir. 2011); U.S. v. Cartagena, 593 F.3d 104, 109-111 (1st Cir. 2010); U.S. v. Concepcion, 579 F.3d 214, 218-220 (2d Cir. 2009).

56 Electronic Surveillance Manual Procedures And Case Law Forms. p. 9. Downloaded Nov 4, 2016. <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal/legacy/2014/10/29/elec-sur-manual.pdf>

57 18 U.S. Code § 2518(3)

58 18 U.S. Code § 2518 (3)(a)-(d)

(b) *there is probable cause for belief that particular communications concerning that offense will be obtained through such interception;*

(c) *normal investigative procedures have been tried and have failed or reasonably appear to be unlikely to succeed if tried or to be too dangerous;*

(d) *except as provided in subsection (11), there is probable cause for belief that the facilities from which, or the place where, the wire, oral, or electronic communications are to be intercepted are being used, or are about to be used, in connection with the commission of such offense, or are leased to, listed in the name of, or commonly used by such person."*

According to 18 U.S. Code § 2518 (4)(a)-(e) the authorisation of the interception shall specify the identity of the person – if possible –, whose communications are subject to the interception; *"the nature and location of the communications facilities as to which, or the place where, authority to intercept is granted"*; the type of the intercepted communications, the definition of the offence to which the interception relates; the agency authorised to carry out the interception, the person who authorised the application; the period of time of the interception, *"including a statement as to whether or not the interception shall automatically terminate when the described communication has been first obtained."*

The period of the interception can be no longer than is necessary, up to a maximum of thirty days, and this rule is also applicable to any request for an extension. The orders and also the extensions should contain the requirement that the authorisation shall be made as soon as practicable and *"shall be conducted in such a way as to minimize the interception of communications not otherwise subject to interception under this chapter, and must terminate upon attainment of the authorized objective, or in any event in thirty days."*⁵⁹

5.3. Roving Interceptions

In the case of roving interceptions, it is not necessary to identify a specific facility or premises in the application for authorisation. *"The roving provisions are intended to be used infrequently, and only when the required elements have been fulfilled clearly."*⁶⁰

In a roving interception, the requirement necessitating that *"a particular description of the nature and location of the facilities from which or the place where the communications is to be intercepted"*⁶¹ must be given may be waived if the identification of a specific location prior to court authorisation is impractical,⁶² and when *"there is probable cause to believe that the person's actions could have the effect of thwarting interception from a specified facility."*⁶³

In the above-mentioned circumstances, the subject of a roving interception must be identified in the application and only those conversations in which the subject is a participant may be intercepted, with the result that the interception must cease once the named subject is no longer a party to the conversation.⁶⁴

5.4. Emergency Procedures

There may be emergency situations⁶⁵ necessitating the interception of communications with due diligence before an authorisation order has been obtained. In such a case there should also be grounds justifying the granting of an authorisation order, and the application for this order must be made within forty-eight hours after the interception has taken place, or since it began. Without such an order, the result of the interception cannot be used as evidence, *"such interception shall immediately terminate when the communication sought is obtained or when the*

59 18 U.S. Code § 2518 (5)

60 Electronic Surveillance Manual Procedures And Case Law Forms. p. 22. Downloaded Nov 4, 2016. <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal/legacy/2014/10/29/elec-sur-manual.pdf>

61 18 U.S. Code § 2518(1)(b)(ii)

62 18 U.S. Code § 2518(11)(a)

63 18 U.S. Code § 2518(11)(b)

64 Electronic Surveillance Manual Procedures And Case Law Forms. p. 22. Downloaded Nov 4, 2016. <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal/legacy/2014/10/29/elec-sur-manual.pdf>

65 According to the 18 U.S. Code § 2518 (7) these are:

"(i) immediate danger of death or serious physical injury to any person, (ii) conspiratorial activities threatening the national security interest, or (iii) conspiratorial activities characteristic of organized crime,"

*application for the order is denied, whichever is earlier.*⁶⁶ For example in the *U.S. v. Crouch case*⁶⁷ wiretap evidence was suppressed because it was not proven that there was an imminent threat of death or serious injury.

5.5. Progress Reports

The judge who orders the interception may require reports about the interception and also about the results and whether it is necessary to continue the interception.⁶⁸ These periodic reports are generally made at five, seven- or ten-day intervals, and contain a summary of the intercepted information. New information derived from the interception (e.g. newly identified subjects or new violations) *“should be brought to the court’s attention in the periodic progress reports, and then be included in the next extension request.”*⁶⁹

5.6. Sealing

According to 18 U.S. Code § 2518(8)(a) recordings (on tape or wire or other comparable device) *“immediately upon the expiration of the order, or extensions thereof [...] shall be made available to the judge issuing such order and sealed under his directions”*, and in the absence of a seal, a *“satisfactory explanation”* must be provided. The court noted in the *U. S. v. Ojeda-Rios case*⁷⁰ that *“[t]he ‘satisfactory explanation’ language requires that the Government explain not only why a delay occurred but also why it is excusable.”*

It is not necessary to seal the recordings in the judge’s presence, but the attorney should advise the district judge that the tapes are available for inspection when the attorney presents motions for orders sealing them.

The result of an incorrect sealing or a sealing delay is likely to be the suppression of the evidence,

like in the *U.S. v. Feiste case*⁷¹, where the suppression was ordered because the court noted that the 31-day long sealing delay was *“simply a matter of convenience”*.

The original tape or wire or other comparable device should be resealed after the trial and the need for the device has concluded, to maintain its integrity.⁷²

5.7. Disclosure of the Evidence

18 U.S. Code § 2517 concerns the use and disclosure of intercepted information. Investigative or law enforcement officers are allowed to disclose the contents of intercepted communications – without prior court approval – to other law enforcement or investigative officers, and they are also authorised to use the contents of properly obtained electronic surveillance evidence to the extent that *“such use is appropriate to the proper performance of his official duties.”*⁷³

A court order may be obtained pursuant to 18 U.S. Code § 2518(8)(b) authorising the disclosure and use for *“good cause”* of intercepted information when it is doubted whether the disclosure or use of the evidence is permitted.

In connection with the disclosure and use of electronic surveillance information, it must be ensured that the disclosure does not violate the privacy rights of parties not charged with any crime, or jeopardise an ongoing criminal investigation. Regarding this issue the court noted in the *U. S. v. Dorfman case*⁷⁴ that disclosure to a limited audience of *“professionally interested strangers”* in the context of their official duties is not equal to disclosure to the public.

5.8. Discovery

According to 18 U.S. Code § 2518(9) each defendant should be furnished with a copy of the court or-

66 18 U.S. Code § 2518 (7)(b)

67 *Crouch*, 666 F. Supp. 1414 (N.D. Cal. 1987)

68 18 U.S. Code § 2518 (6)

69 Electronic Surveillance Manual Procedures And Case Law Forms. p. 27. Downloaded Nov 4, 2016. <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal/legacy/2014/10/29/elec-sur-manual.pdf>

70 495 U.S. 257 (1990)

71 961 F.2d 1349 (8th Cir. 1992)

72 Electronic Surveillance Manual Procedures And Case Law Forms. p. 31. Downloaded Nov 4, 2016. <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal/legacy/2014/10/29/elec-sur-manual.pdf>

73 18 U.S. Code § 2517(2)

74 690 F.2d 1230 (7th Cir. 1982)

der and accompanying application, under which the interception was authorised or approved, ten days before the contents of any communication is received in evidence in any trial, hearing, or proceeding in a Federal or State court. The judge is allowed to waive this period if he/she finds that it was impossible to provide the party with these documents within this period and the party will not be prejudiced by the delay. In addition, as regards to the “good cause” requirement contained in 18 U.S. Code § 2518(8) (b), it is clear due to the “interest of justice” standard stated in 18 U.S. Code § 2518(10)(a) that the defendant is only entitled to information that is relevant to his/her defence and is not protected from disclosure by some other constitutional right or privilege.⁷⁵

The court noted in *U.S. v. Orena case*⁷⁶ that “[t]here is no statutory requirement that all recordings made pursuant to the court order be produced. To the contrary, section 2518(10) (a) specifically provides that it rests within the discretion of the trial court to decide whether intercepted communications should be furnished to a defendant”.

5.9. Consensual monitoring

There is no rule in the U.S. law that prohibits a law enforcement officer or a person acting “under color of law” from intercepting a wire, oral, or electronic communication without an order when one of the parties involved in the communication has consented to the interception. We can find a number of cases where the courts have held this point of view, for example:⁷⁷

- *U.S. v. McKneely*, 69 F.3d 1067 (10th Cir. 1995), U.S. V. Cox, 836 F. Supp. 1189 (D. Md. 1993); cooperating defendant voluntarily consented.
- *U.S. v. Laetividal-Gonzalez*, 939 F.2d 1455 (11th Cir. 1991); undercover agent consented.

- *U.S. v. Shields*, 675 F.2d 1152 (11th Cir.): interception was made with a tape recorder that was installed at the request of the defendant.

5.10. Unlawful interception

Finally, I would like to discuss the action that an aggrieved person can take if an interception of a communication has been carried out unlawfully, the order authorising the interception was insufficient, or the interception has been carried out in a way that is not in conformity with the order granted by the presiding judge. In the above-mentioned scenarios, the aggrieved person may file a motion – before the trial, hearing, or proceeding unless it is impossible⁷⁸ – to suppress the contents of the intercepted communication. Once the motion has been granted, all evidence relating to the interception shall be treated as having been obtained in violation of the rules of interception of communications.⁷⁹

6. Summary

The driving message behind the U.S. antitrust enforcement system is “[g]et caught in a cartel that sells in America, and go to jail”.⁸⁰

As described in the introduction, my aim was to present a very powerful investigative tool – the interception of communications – that is used in the U.S. antitrust enforcement system. The paper began by discussing how the U.S. antitrust system is structured, identifying how and by whom antitrust law is enforced, and the kinds of antitrust cases that are enforced.

As a result of the discussion relating to the groups that are empowered to handle antitrust laws, we know that criminal cases are only enforced by

75 Electronic Surveillance Manual Procedures And Case Law Forms. p. 37. Downloaded Nov 4, 2016. <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal/legacy/2014/10/29/elec-sur-manual.pdf>

76 883 F. Supp. 849 (E.D.N.Y. 1995)

77 Electronic Surveillance Manual Procedures And Case Law Forms. p. 51. Downloaded Nov 4, 2016. <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal/legacy/2014/10/29/elec-sur-manual.pdf>

78 18 U.S. Code § 2518 (10)(a): “there was no opportunity to make such motion or the person was not aware of the grounds of the motion”

79 18 U.S. Code § 2518 (10)

80 Florian Wagner-von Papp; David Viros; Daniel Zimmer; William E. Kovacic; Andreas Stephan: Individual Sanctions for Competition Law. Infringements: Pros, Cons and Challenges. 2016. Concurrences Review N° 2-2016, Art. N° 78515, p. 33. Downloaded Oct 17, 2016. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2782090

the Antitrust Division of the DOJ and that the law does not define which conducts amount to criminal antitrust conducts. However, based on established practice, hardcore per se behaviours fall into this category.

In the U.S. after a complaint has been received an administrator collects information from various sources before an investigation is initiated, and when the DOJ is of the opinion that there are grounds for the initiation of a formal investigation, a memo is prepared containing a request for a *preliminary investigation*. On the conclusion of this process the DOJ must either open a *grand jury investigation*, *CIDs* or close the investigation.

During both a preliminary investigation and also a grand jury investigation, the DOJ can work with law enforcement agencies to obtain evidence of criminal offences through the use of electronic surveillance, including listening devices, with the interception being exclusively carried out by the FBI.

An application to a judge seeking authorisation or approval of an interception must be signed by an

attorney, however, in emergency situations an interception carried out with due diligence may occur prior to an order being granted.

An application for authorisation must include the facts of the case and the applicant must prove that other investigative procedures have failed, are likely to fail if attempted, or are too dangerous to attempt. If the judge determines that the conditions of the authorisation are met, he/she may issue an order and shall specify all the relevant circumstances of the interception, including the fact that the period of the interception cannot exceed thirty days, although it is possible for this period to be extended by a further thirty days.

Finally, if it is established that an interception has been carried out unlawfully, all of the evidence obtained in connection with the interception shall be treated as having been obtained in violation of the rules of interception of communications and declared inadmissible.

Egységes lehet-e a digitális piac? Területi alapú tartalomkorlátozás az e-kereskedelemben

Could the digital market be really single? Geo-blocking in e-commerce

Abstract

Geo-blocking limits consumers from accessing digital content and purchasing consumer goods online across the European Union. Preventing unjustified geo-blocking is one of the actions of Digital Single Market strategy, but elimination of geo-blocking is perhaps the most controversial element of the strategy, because it is about challenging a status quo. For example online digital content providers buy rights to audiovisual works on a territory-by-territory basis, so they geo-block access to unlicensed territories according to their licence agreement, but contractual barriers behind geo-blocking could breach EU competition rules. This article would like to show the role of the competition law regarding to geo-blocking in e-commerce.

Tárgyszavak: területi alapú tartalomkorlátozás, e-kereskedelem, ágazati vizsgálat, szerzői jogok, EUMSZ 101. cikk

Key words: geo-blocking, e-commerce, sector inquiry, copyright, Article 101 TFEU

1. Bevezetés

A területi alapú tartalomkorlátozás (geo-blocking) fogalma alatt azt a kereskedelmi gyakorlatot értjük, mely a fogyasztók tartózkodási helye alapján korlátozza a fogyasztási cikkek online vásárlását, illetve a digitális tartalmakhoz való online hozzáférést. Bizonyára sokan találkoztak már a területi alapú tartalomkorlátozás különböző válfajaival, amikor például online vásárlásuk során a rendszer nem fogadta el a külföldről történő megrendelésüket vagy amikor egy streamelhető sportmérkőzést szerettek volna megtekinteni, de a videó helyén „A tartalom az Ön országában nem érhető el” felirattal szembesültek. A területi alapú tartalomkorlátozás alkalmazása során a fogyasztók tartózkodási helye általában az In-

ternet Protocol- („IP”) cím, a bankkártya vagy a szállítási cím alapján kerül meghatározásra.

Az Európai Unió kiemelt figyelmet fordít a területi alapú tartalomkorlátozásra, mivel ezzel az elterjedt kereskedelmi gyakorlattal az áruk és szolgáltatások szabad mozgását akadályozhatják a vállalkozások a belső piacon. Az Eurostat adatai¹ alapján annak ellenére, hogy 2015-ben az EU népességének több mint 50%-a vásárolt online, csak 16%-uk vásárolt határokon átívelően más EU-tagország értékesítőjétől online. Az Európai Bizottság által 2015. május 6-án közzétett Európai digitális egységes piaci stratégia² egyik fontos pillére a jobb hozzáférhetőség megteremtése a digitális termékekhez és szolgáltatásokhoz Európa-szerte, melynek részeként a Bizottság célul tűzte ki az indokolatlan terü-

* Vizsgáló, Antitröszt Iroda, Gazdasági Versenyhivatal.

1 Eurostat, Digital Single Market: promoting e-commerce for individuals http://ec.europa.eu/eurostat/data/database?node_code=isoc_bdek_smi (letöltve: 2016. október 7.).

2 COM/2015/0192 final: Európai Bizottság: A bizottság közleménye az európai parlamentnek, a tanácsnak, az európai gazdasági és szociális bizottságnak, és a régiók bizottságának, Európai digitális egységes piaci stratégia, 2015. 05. 06.

leti alapú tartalomkorlátozás megakadályozását. Az Európai Digitális Egységes Piaci stratégia is megemlíti, hogy a területi alapú korlátozás, illetve az országonként eltérő árak alkalmazása indokolt lehet például abban az esetben, ha az eladónak jogszabályi kötelezettségéből következik. Azonban a legtöbb esetben indokolatlannak tartja a Bizottság a területi alapú tartalomkorlátozás alkalmazását, melyet meg kell szüntetni, hogy az uniós fogyasztók és vállalkozások teljes mértékben kihasználhassák az egységes piaci választék és alacsonyabb árak kínálta előnyöket.

Jelenleg a területi alapú tartalomkorlátozás megszüntetése számtalan akadályba ütközik, a fogyasztási cikkek online kereskedelmének esetében ilyen tényezők lehetnek többek közt az országonként eltérő áfakulcsok, jogszabályi rendelkezések és technikai követelmények, valamint az utópiaci szolgáltatások (helyi szervízek) hiánya, a digitális tartalomszolgáltatás esetén pedig a szerzői jogok kapcsán merülnek fel komoly érdekellentétek, a jogtulajdonosok ugyanis a területi licencszerződésekben érdekeltek. A területi alapú tartalomkorlátozás problémaköre több szakterületre is kiterjed, egyszerre vet fel fogyasztóvédelmi, szerzői jogi és versenyjogi kérdéseket. Margrethe Vestager, az Európai Unió versenyjogi ügyekért felelős biztosa a

következésképpen határozta meg a versenyjog hatáskörét a területi alapú tartalomkorlátozás kapcsán: „Amennyiben egy erőfölénnyel nem rendelkező vállalkozás egyoldalúan úgy dönt, hogy nem értékesít külföldön, az nem versenyjogi kérdés. Ha azonban megállapodással rögzített területi alapú tartalomkorlátozás esete áll fenn, akkor alaposabban meg kell vizsgálnunk, hogy uniós versenyjogi eszközökkel kezelhető versenyellenes magatartásról van-e szó”³. Jelen tanulmány célja, hogy áttekintést nyújtson az e-kereskedelemben jellemző területi alapú tartalomkorlátozást érintő versenyjogilag releváns fejleményekről az Európai Unióban.

2. Lehetséges versenyaggályok

Ha arra vagyunk kíváncsiak, hogy az adott területi alapú tartalomkorlátozás felvethet-e versenyaggályokat, elsőként azt kell megvizsgálni, hogy a korlátozás a vállalkozás önálló döntésének vagy egy kétoldalú megállapodásnak a következménye. Egyoldalú döntés esetén a területi alapú tartalomkorlátozás csak abban az esetben vethet fel versenyjogi aggályokat, ha az adott vállalkozás erőfölényes helyzetben van, ebben az esetben a vállalkozás magatartása az EUMSZ 102. cikke szerinti erőfölénnyel való visszaélés lehetőségét veti fel.

1. ábra. A versenyjog hatásköre területi alapú tartalomkorlátozás esetén



³ IP/16/922: European Commission: Antitrust: e-commerce sector inquiry finds geo-blocking is widespread throughout EU, Brussels, 18 March 2016 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-922_en.htm (letöltés: 2016. október 2.).

Ha a területi alapú tartalomkorlátozás kétoldalú döntés következménye, tehát két különálló vállalkozás megállapodásából származik, az EUMSZ 101. cikkében foglalt tilalom hatálya alá eshet. Ilyen kétoldalú megállapodás létrejöhet egymással szerződésben álló felek, például gyártó és forgalmazó vagy a jogtulajdonos és a tartalomszolgáltató között. Számptalan korábbi ügyben⁴ az Európai Bíróság is megerősítette, hogy azok a megállapodások, melyek célja a nemzeti piacok országhatárok szerinti felosztása, például a párhuzamos export megakadályozásának érdekében, cél szerinti versenykorlátozásnak számít az EUMSZ 101. cikk (1) bekezdése alapján.⁵

Az Európai Bizottság 330/2010/EU rendeletének⁶ 4. cikk (b) pontja alapján a csoportmentességi kedvezmény nem alkalmazható azokra a vertikális megállapodásokra, amelyekben a beszállító előírja a forgalmazó számára, hogy milyen területen, illetve milyen vevőkör számára értékesítheti a szerződés szerinti árukat vagy szolgáltatásokat. Ez alól kivételt jelent az aktív értékesítés korlátozása. Az online aktív értékesítés körébe tartoznak azok az esetek, amikor a forgalmazó kéretlen elektronikus levelek küldésével fordul a vevők egy-egy meghatározott csoportjához vagy egy-egy meghatározott területen élő fogyasztókhoz. Szintén aktív értékesítésnek minősül, ha a forgalmazók különböző kereső- vagy hirdetés szolgáltatásokat alkalmaznak abból a célból, hogy a meghatározott vevők számára jeleníthessék meg a hirdetéseiket. Az Európai Bizottság 330/2010/EU rendeletének 4. cikk (b)(i) pontjának értelmében aktív értékesítés esetén a csoportmentesség lehetővé teszi a beszállítónak, hogy előírja a forgalmazó számára, hogy milyen területen, milyen vevőkör számára értékesít. Ezzel szemben a passzív értékesítés korlátozása alapvető („hardcore”) korlátozásnak minősül, ezért csoportmentességben nem részesülhet. Passzív értékesítésnek számít, ha a vevő felkere-

si a forgalmazó honlapját, kapcsolatba lép a forgalmazóval, ami végül értékesítéshez vezet. Továbbá passzív értékesítés körébe tartozik az az eset, amikor a vevő döntése alapján a forgalmazó automatikusan értesíti a vevőt az ajánlatairól, majd a vevő vásárol a forgalmazó értékesített termékeiből.⁷ A vertikális korlátozásokra vonatkozó iránymutatás⁸ példákat is hoz a passzív értékesítés korlátozására, ezek között szerepelnek olyan területi alapú tartalomkorlátozásokra vonatkozó megállapodások, mint amikor a kiskereskedő kötelezve van a tranzakció megszakítására, ha a vásárló külföldi bankkártyaadatot ad meg vagy amikor blokkolja a weboldalához való hozzáférést más EU-tagország fogyasztói számára.

3. Az Európai Bizottság ágazati vizsgálata

2015. május 6-án az Európai Bizottság a digitális egységes piaci stratégia meghirdetésével egyidejűleg ágazati vizsgálatot indított az európai e-kereskedelmi piacokat érintő lehetséges versenyaggályok azonosítása céljából. A vizsgálat során a Bizottság csaknem 1800 olyan vállalkozástól gyűjtött adatokat, amelyek fogyasztási cikkek vagy digitális tartalom e-kereskedelmével foglalkoznak, és mintegy 8000 forgalmazási szerződést elemzett.⁹ Az Európai Bizottság 2016 márciusában az ágazati vizsgálat első eredményeit¹⁰ éppen a területi alapú tartalomkorlátozás témakörében tette közzé. Az e-kereskedelmi ágazati vizsgálatáról szóló előzetes európai bizottsági jelentést 2016. szeptember 15-én hozták nyilvánosságra. Az ágazati vizsgálat számos, az e-kereskedelemben előforduló szerződéses értékesítési korlátozást (pl. árkorlátozás, határokon átnyúló értékesítés korlátozása, online piactereken történő

4 Például Az Európai Közösségek Bizottsága kontra GlaxoSmithKlein ítélet: C-513/06, EU:C:2008:738, 58–61. bekezdés.

5 SWD(2016) 312 final: European Commission: Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry, 132.

6 A Bizottság 330/2010/EU rendelete az Európai Unió Működéséről szóló szerződés 101. cikk (3.) bekezdésének vertikális megállapodások és összehangolt magatartások csoportjaira történő alkalmazásáról.

7 Dr. Tóth András–dr. Tóth Tihamér–dr. Kuritár Dávid: Módosuló szabályok a forgalmazási szektorban, 2010. augusztus 10. <http://www.jogiforum.hu/versenyjog/blog/28> (letöltés: 2016. október 10.).

8 SEC(2010) 411: European Commission: Guidelines on Vertical Restraints http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/guidelines_vertical_en.pdf (letöltés: 2016. október 10.).

9 IP/16/3017: European Commission: Antitrust: Commission publishes initial findings of e-commerce sector inquiry, Brussels, 15.09. 2016 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3017_en.htm (letöltés: 2016. október 5.).

10 SWD(2016) 70 final: European Commission: Geo-blocking practices in e-commerce, Issues paper presenting initial findings of the e-commerce sector inquiry conducted by the Directorate-General for Competition, Brussels, 18.03.2016, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/ecommerce_swd_en.pdf (letöltés: 2016. október 7.).

értékesítés kiskereskedők számára való tiltása, a termékek ár-összehasonlító weboldalakra történő eljuttatásának tiltása stb.) vizsgált, melyek közül jelen tanulmány a területi alapú tartalomkorlátozással kapcsolatos fő megállapítások összefoglalására fókuszál.

3.1. A fogyasztási cikkek e-kereskedelmének területi alapú korlátozása

Az előzetes ágazati vizsgálati jelentés¹¹ alapján a kérdőívre válaszoló kiskereskedők 36%-a a kínálatában szereplő legalább egy termékkategória esetében nem folytat határokon átvívelő online értékesítést, miközben a válaszoló kiskereskedők saját weboldala látogatóinak átlagosan 20%-a más EU-tagországból érkezik. A határokon átnyúló értékesítés visszautasításának leggyakoribb formái a külföldi kiszállítás megtagadása (27%) és a külföldi fizetési módok elutasítása (22%), kisebb arányban előfordul az átirányítás (10%) és a honlap hozzáféréseinek blokkolása (5%) is a lakóhely szerint. A kiskereskedők 38%-a gyűjt információt a vásárlók tartózkodási helyéről, a területi alapú tartalomkorlátozás céljából a kereskedők leggyakrabban a postai cím (29%) vagy a bankkártyaadatok (19%) alapján azonosítják a vásárlók lakóhelyét, de akár a telefonszámból, vagy a nyelv választásból is következtethetnek rá. Az ágazati vizsgálat pozitív korrelációt mutatott ki a vállalkozások forgalma és az online vásárlások területi korlátozásának gyakorisága között, tehát a nagyobb cégek gyakrabban alkalmaznak területi korlátozást, de ennek az egyik oka az is lehet, hogy a nagyobb cégek honlapját gyakrabban látogatják más EU-tagországból, mint a kisebb forgalmúakét.

A válaszadók egynegyede alkalmaz eltérő árakat határon átvívelő online értékesítés során, melynek legfontosabb okaként az országonként eltérő költségeket, adószabályozásokat s versenynyomást jelölték meg. Az előzetes ágazati vizsgálat felhívja arra is a figyelmet, hogy a területi alapú tartalomkorlátozás megakadályozza azt az arbitrázslehetőséget, hogy egy olyan EU-tagország fogyasztója, ahol a

termék ára magasabban van, olyan EU-tagországból vásárolja meg online a terméket, ahol olcsóbb az adott áru.

A fogyasztási cikkek esetében jellemzőbb, hogy a területi tartalomkorlátozás a kiskereskedő egyoldalú döntése, de az is előfordul, hogy a kiskereskedő és a beszállító közötti megállapodásból származik. A versenyjog szempontjából az előzetes ágazati vizsgálati jelentésnek a kétoldalú, szerződéses kapcsolatokban megvalósuló területi alapú tartalomkorlátozásra vonatkozó megállapításai bírhatnak relevanciával.

A válaszadó kiskereskedők 12%-a nyilatkozott úgy, hogy a gyártóval kötött szerződésében korlátozva van a határon átvívelő online kereskedelem legalább egy termékkategória esetében. A jelentés kiemeli, hogy van olyan is, hogy a gyártó nem tiltja meg egyértelműen a határon átvívelő online kereskedést a kiskereskedőnek, de különféle kötelezettség előírásával hátráltatja azt (például kötelezi a kiskereskedőt, hogy fordítsa le a honlapot arra a nyelvre, ahova a terméket eladni szeretné). Előfordul olyan is, hogy a szerződésekben csak az van rögzítve, hogy a kiskereskedő köteles a gyártó előzetes jóváhagyását kérni határon átvívelő online értékesítés esetére, a Bizottság álláspontja szerint azonban az ilyen engedélykérési előírás hatása lényegében felér a határokon átvívelő e-kereskedelem tiltásával.

A területi alapú tartalomkorlátozást nem minden esetben tartalmazzák az írott szerződések, van, hogy szóban kommunikálják azt a gyártók a kiskereskedők felé. A kiskereskedők közül volt, aki arról számolt be, hogy a gyártó megszüntette a kiskereskedőnek történő beszállítást, mert az egy másik EU-tagországba kezdett online értékesíteni. A gyártók 13%-a válaszolta azt, hogy figyelemmel követi, hogy a kiskereskedők mely országok fogyasztói számára értékesítenek, ezt azonban a területi értékesítési korlátozások betartásának ellenőrzése mellett más okok miatt is szükségesnek látják. Például, hogy biztosítani tudják az utópiaci szolgáltatásokat, illetve hogy a megfelelő értékesítési és marketingstratégiát alkalmazzák minden érintett EU-tagországban.

¹¹ SWD(2016) 312 final: European Commission: Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry Brussels, 15.09.2016, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_preliminary_report_en.pdf (letöltés: 2016. október 5.).

3.2. Az online digitális tartalmak területi alapú korlátozása

Mivel a digitális tartalomszolgáltatók az audiovizuális alkotások jogait területi alapon vásárolják meg, nem meglepő, hogy blokkolják a hozzáférést azokban az országokban, ahol nem rendelkeznek területi engedéllyel.¹² Az online digitális tartalmakkal kapcsolatos területi alapú tartalomkorlátozás az előzetes ágazati vizsgálat megállapításai¹³ alapján sokkal gyakoribb, mint a fogyasztási cikkek esetében, a válaszadók 70%-a alkalmaz valamilyenfajta területi alapú tartalomkorlátozást. A válaszadó tartalomszolgáltatók többsége az IP-cím alapján azonosítja be a fogyasztók tartózkodási helyét.

Az előzetes vizsgálati jelentés alapján a válaszadó tartalomszolgáltatók majdnem 60%-ánál a jogtulajdonos szerződésben rögzítve kéri a területi alapú tartalomkorlátozást. A filmekre, sorozatokra, sporteseményekre vonatkozó licencszerződések magasabb arányban tartalmazzak területi alapú tartalomkorlátozást, mint például a zenék vagy a hírszolgáltatások esetében.

A tartalomszolgáltatók 65%-a válaszolta azt az ágazati vizsgálat keretében, hogy korlátozzák a rendelkezésre bocsátott tartalmakat és szolgáltatásokat az egyes tagországokban, ez a gyakorlat vezet a tartalomszolgáltatók országonként eltérő kínálatához. A tartalomszolgáltatók 55%-a a már meglévő felhasználók számára is korlátozza a felhasználó tartózkodási helye alapján a tartalomhoz való hozzáférést. Ebből következhet az, hogy amikor egy előfizető elutazik külföldre, ott nem tudja elérni azt a tartalmat online, amire az előfizetése vonatkozik. A válaszoló tartalomszolgáltatók 34%-a alkalmaz blokkolást arra is, hogy megakadályozza a már korábban letöltött tartalmak lejátszását az adott területen kívül.

Az előzetes ágazati vizsgálat eredményei alapján a licencszerződések 74%-a tartalmaz olyan rendelkezést, amely lehetővé teszi a jogtulajdonosnak,

hogy nyomon követhesse, hogy a tartalomszolgáltató betartja-e a területi alapú korlátozást, és szankcionálhassa annak be nem tartását.

4. Vitatott kérdések

A tervek szerint az Európai Bizottság 2017 első negyedévében teszi közzé a végleges ágazati vizsgálati jelentést. Az előzetes jelentést 2016 szeptemberében nyilvános konzultációra bocsátotta, és felkérte az érdekelt feleket, hogy véleményezzék az ágazati vizsgálat megállapításait, nyújtsanak be további információkat és vessenek fel további kérdéseket.¹⁴ A nyilvános konzultáció eredményei még nem ismertek, de a területi alapú tartalomkorlátozás már eddig is az Európai digitális egységes piaci stratégia legvitatottabb elemének számított, mivel kihívás elé állítja a status quót.

Az Európai Fogyasztóvédelmi Szervezet („BEUC”)¹⁵ határozatban állást foglalt a területi alapú tartalomkorlátozás felszámolása mellett annak érdekében, hogy a fogyasztók diszkriminációmentesen, lakhelyüktől és nemzetiségüktől függetlenül hozzáférhessenek a termékekhez és szolgáltatásokhoz az Európai Unión belül. A fogyasztási cikkek online vásárlásának területi alapú korlátozását ahhoz hasonlónak véli a BEUC, mintha egy boltban fizeteskort elkérnék a vásárlótól az útlevelét és a nemzetisége alapján drágábban vagy egyáltalán nem vásárolhatna.¹⁶ Az audiovizuális szektorban a legfőbb problémának a kizárólagos területi licenceket tartja a BEUC, és a különböző nemzeti szerzői jogok helyett az EU-s szerzői jogok további harmonizációját sürgeti. Hangsúlyozza a BEUC, hogy a fogyasztók fizetnének azokért a digitális tartalmakért, melyekhez jelenleg a területi alapú tartalomkorlátozás miatt nem tudnak hozzáférni. A versenyjog adta eszközöket fontosnak tartja a BEUC a területi alapú korlátozást tartalmazó megállapodások ellen, azonban úgy véli,

12 Bill BATCHELOR, Tom JENKINS: Commission Publishes First Issues Paper into EU Geo-blocking <http://kluwercompetitionlawblog.com/2016/03/25/commission-publishes-first-issues-paper-eu-geo-blocking/> (letöltés: 2016. október 9.).

13 Lásd European Commission (6. lj.), 232.

14 Lásd. European Commission (10. lj.) 1.

15 Bureau Européen des Unions des Consommateurs.

16 BEUC: It is time to stop geoblocking!, 05. 04. 2016, <http://www.beuc.eu/press-media/news-events/european-commission-it-time-stopgeoblocking> (letöltés: 2016. október 11.).

hogy az eljárások adta eseti jellegű, utólagos intézkedések mellett szükség lenne egy általánosabb, a területi alapú tartalomkorlátozást tiltó jogszabályra.¹⁷

Ezzel szemben az audiovizuális szektor szereplői a területiség fontosságát hangsúlyozzák, kiemelik, hogy a szerzői jogok sérülnének, a független filmipar finanszírozhatósága pedig veszélybe kerülne a kizárólagos területi engedélyek nélkül.¹⁸ Egy az audiovizuális szektor szereplőinek megbízásából készült tanulmány¹⁹ szerint Európában minden ország nézőközönsége másképp ítéli meg az adott digitális tartalom értékét például kulturális és nyelvi okokból, illetve mindenhol más a helyi ízlés (például van olyan film, mely egyik országban nagy sikereket ér el, de más országban nincs rá kereslet, vagy például nemzetenként más-más sportesemények közvetítésére van nagyobb kereslet), így az országoként eltérő kereslet alapján árazzák be a digitális tartalmak jogait. A földrajzi alapon való differenciálás az előbb említett tanulmány szerint kulcsfontosságú egyrészt abban, hogy a digitális tartalom gyártói számára megtérüljön a befektetésük, másrészt abban, hogy minden ország annyit fizessen az adott tartalomért, amennyit az számára megér.

Az Európai Bizottság által 2016. május 25-én közzétett területi alapú tartalomkorlátozást szabályozó rendelettervezet²⁰ alapján az audiovizuális szektor sajátosságai elismerésre kerültek. Ugyanis a rendelettervezet, mely tiltaná a kereskedők számára online felületük hozzáféréseinek megakadályozását a fogyasztók lakóhelye alapján, nem vonatkozna az audiovizuális szektorra. Így azonban még nagyobb hangsúly helyeződik arra, hogy a versenyjog hogyan ítéli meg a kétoldalú döntéseken alapuló területi tartalomkorlátozásokat az audiovizuális szektorban, s ezért is előzi meg nagy várakozás a Bizottság döntését a határokon átnyúló fizetős televíziós műsorszolgáltatás korlátozása kapcsán indított eljárásban²¹ („pay-TV”-ügy).

5. A „pay-TV”-ügy

2014. január 13-án az Európai Bizottság eljárást indított számos nagy hollywoodi filmstúdió (Twentieth Century Fox, Warner Bros., Sony Pictures, NBC Universal, Paramount Pictures) és a legnagyobb európai fizetős televíziós műsorszolgáltatók (a brit BSkyB, a francia Canal Plus, az olasz Sky Italia, a német Sky Deutschland és a spanyol DTS) ellen. Az eljárás azt vizsgálja, hogy a műholdon és online történő műsorszolgáltatásokra vonatkozó, abszolút területi védelmet biztosító licencszerződések megsértik-e az EUMSZ 101. cikkét, mely tiltja a versenykorlátozó megállapodásokat. Az amerikai filmstúdiók jellemzően a filmek engedélyét egy műsorszolgáltatónak adják meg minden tagállamban külön-külön. A licencszerződések rendelkezései megakadályozhatják a műsorszolgáltatót határokon átnyúló szolgáltatások nyújtására más tagország potenciális előfizetői számára.

5.1. Korábbi joggyakorlat

A Coditel II.-ügyben²² hozott ítéletben az Európai Bíróság kimondta, hogy önmagában az a tény, hogy a jogtulajdonos egy meghatározott időszakra nézve egyetlen műsorszolgáltatónak biztosított kizárólagos jogot a védett mű egy tagállamból történő közvetítésére, még nem elégséges annak megállapításához, hogy az ilyen megállapodás céljánál fogva versenykorlátozó. Az Európai Bíróság azonban a Murphy-ügyben²³ hozott ítéletében kifejtette, hogy az olyan megállapodások, amelyek a nemzeti piacok közti elkülönülés visszaállítására irányulnak, képesek a Szerződés azon céljának megghiúsítására, amely az egységes belső piac létrehozásán keresztül éppen az ilyen nemzeti piacok egységesítésére irányulnak. Az Európai Bíróság szerint így a piacok nemzeti határok mentén való felosztására irányuló megállapodások céljuknál fogva versenykorlátozó-

17 Ursula PACHL: Geoblocking – A result of obstacles for consumer or enterprises http://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2015-090_geoblocking_a_result_of_obstacles_for_consumers_and_entreprises.pdf (letöltés: 2016. október 11.).

18 Bill BATCHELOR: The Digital Single Market and Geo-blocking, 10. 06. 2016. https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/bill_batchelor_100606.pdf (letöltés: 2016. október 11.).

19 Oxera–O&O: The impact of cross-border access to audiovisual content on EU consumers, May 2016.

20 COM(2016) 289 final: European Commission: Proposal for a regulation of the European Parliament and residence or place of establishment within the internal market and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC, Brussels, 25. 05. 2016.

21 COMP/40023 számú ügy.

22 262/81 Coditel és mások [EBHT 1982, 3381.,15. pont].

23 A 2011. október 4-i Football Association Premier League Ltd és társai kontra QC Leisure és társai (C-403/08), és Karen Murphy kontra Media Protection Services Ltd (C-429/08) ítélet, ECLI:EU:C:2011:631, 135., 139.,140.,143. pontja.

nak minősülnek a 101. cikk (1) bekezdése alapján. Tehát ha a megállapodás korlátozza a határokon átnyúló műsorszolgáltatást, akkor céljánál fogva versenykorlátozónak kell tekinteni, hacsak más gazdasági és jogi körülményekből nem utalnak arra, hogy a megállapodás nem alkalmas a verseny gyengítésére.²⁴

A jelenleg folyó pay-TV-ügy azt a kérdést veti fel, hogy a Murphy-ügyben a műholdas műsorszórásra vonatkozó ítélet kiterjeszhető-e az online műsorszolgáltatásokra is, és ezáltal a területi alapú online tartalomkorlátozásokra.

5.2. A Bizottság előzetes álláspontja

2015. július 23-án az Európai Bizottság megküldte előzetes álláspontját a hat²⁵ nagy hollywoodi filmstúdióknak és a Sky UK műsorszolgáltatónak. Az előzetes álláspont alapján a Sky UK és a hollywoodi filmstúdiók közt létrejött licencszerződések bizonyos kikötései korlátozzák a Sky UK lehetőségét, hogy hozzáférést biztosítson az Egyesült Királyság és Írország területén kívül a műholdon vagy online elérhető fizetett televíziószolgáltatáshoz. Ezáltal a passzív eladás korlátozása valósul meg, mivel az Egyesült Királyság és Írország területén kívül a Sky UK nem folytat aktív eladást (például nem reklámozza vagy nem küld kéretlen leveleket a fizetett televíziószolgáltatásáról). Másrészt előfordul az is, hogy a licencszerződés tartalmaz arra vonatkozó kikötést, hogy a filmstúdiók biztosítsák, hogy más tagország fizetős televíziószolgáltatást kínáló műsorszolgáltatójával kötött licencszerződésükben megakadályozzák, hogy a műsorszolgáltató televíziószolgáltatást elérhetővé tegye a brit és az ír fogyasztók számára. Az Európai Bizottság előzetes álláspontja szerint a licencszerződések ezen kikötései

megszüntetik a versenyt a fizetős televíziós műsorszolgáltatók között, és felosztják az Európai Unió belső piacát nemzeti határok mentén. Így a Bizottság előzetes következtetése az, hogy amennyiben nincs meggyőző indoklás a kifogásolt szerződéses kikötésekre, azok megsértik az EUMSZ 101. cikkét, mely tiltja a versenykorlátozó megállapodásokat.²⁶

Az előzetes álláspontról szóló sajtóközlemény²⁷ említést tesz azonban arról, hogy a műsorszolgáltatóknak a határokon átívelő szolgáltatásnyújtás esetén az EU versenyjogán túl meg kell felelniük az érintett országok nemzeti szerzői jogi szabályozásainak, ezért a Bizottság javasolni fogja az uniós szerzői jogok korszerűsítését.

5.3. Paramount-kötelezettségvállalás

Az eljárás alá vont felek közül egyedül a Paramount filmstúdió tett kötelezettségvállalást, melyet 2016. július 26-án fogadott el az Európai Bizottság²⁸. A kötelezettségvállalás értelmében a Paramount a továbbiakban a licencszerződéseiben nem fogja alkalmazni a Bizottság előzetes álláspontjában kifogásolt kikötéseket, a már megkötött licencszerződések esetén pedig nem kényszeríti ki azokat. A kötelezettségvállalás az Európai Gazdasági Térség területére vonatkozik, 5 éves időtartamra, s egyaránt érinti a műholdas és online műsorszolgáltatást.

A kötelezettségvállalás megítélése nem egyszerű, van, aki²⁹ meglepőnek tartja, hogy a Paramount a bizonytalan jogi helyzetre és a területiség audiovizuális szektorban betöltött kulcsszerepére hivatkozva miért nem folytatta tovább a küzdelmet a többi eljárás alá vonthoz hasonlóan. Van, aki³⁰ úgy véli, hogy az Európai Bizottság a kötelezettségvállalás elfogadásával lehet, hogy kihagyott egy olyan lehetőséget, hogy a versenykorlátozó magatartást ki-

24 Dr. Tóth András: Az európai sportközvetítési jogok engedélyezési rendszerét átalakító európai bírósági ítélet, Versenytükör, 2011, 2. szám, 55–59. illetve Tóth András: Technológia és versenyjog, in. szerk.: Tóth András: Technológia jog – Új globális technológiák jogi kihívásai, KRE-ÁJK Acta Caroliensia Conventorum Scientiarum Iuridico-Politicarum XV. Patrocinium Kiadó, Budapest, 2016., 141–160.

25 2015. július 23-án az Európai Bizottság kiterjesztette a vizsgálatot a hatodik nagy hollywoodi filmstúdióra, a Walt Disney Companyra is.

26 IP-15-5432: European Commission: Antitrust: Commission sends Statement of Objections on cross-border provision of pay-TV services available in UK and Ireland, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5432_en.htm (letöltés: 2016. október 14.).

27 Lásd European Commission (27. lj.).

28 Commission Decision relating to a proceeding under Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 53 of the EEA Agreement (Case AT.40023 – Cross-border access to pay-TV) Brussels, 26. 7. 2016.

29 Becket McGRATH: European Commission Closes Pay-TV Antitrust Investigation of Paramount Following Acceptance of Commitments, Cooley Alert, 05. 08. 2016, <https://www.cooley.com/news/insight/2016/2016-08-05-ec-closes-pay-tv-antitrust-investigation-of-paramount> (letöltés: 2016. október 14.).

30 Dominique COSTESSEC: Has the Commission kicked its addiction to commitments decisions? <http://kluwercompetitionlawblog.com/2016/06/28/has-the-commission-kicked-its-addiction-to-commitments-decisions/> (letöltés: 2016. október 14.).

mondó döntés esetleges bírósági ítélettel való megerősítése által precedenst teremtsen, mely nagy jelentőséggel bírhatna a jelenleg folyó vitában a területi alapú tartalomkorlátozással kapcsolatban. Erre azonban még van esély, mivel a további eljárás alá vonttal az eljárás még folyamatban van.

6. Összegzés

Láthattuk az Európai Bizottság előzetes ágazati vizsgálati jelentéséből, hogy a területi alapú tartalomkorlátozás egy igen elterjedt kereskedelmi gyakorlat mind a fogyasztási cikkek online értékesítése, mind pedig a digitális tartalomszolgáltatás esetében. Ezen területi alapú tartalomkorlátozások jelentős része – főleg a digitális tartalmakra vonatkozóan – szerződéses megállapodásokból ered, melyek a versenyjog értelmezése alapján sok esetben versenykorlátozó megállapodásnak minősülhetnek. Véleményem szerint azonban ahhoz túl gyakran előforduló, szinte általánossá vált gyakorlatnak számít a területi alapú tartalomkorlátozás, hogy az eseti jellegű (case-by-case) megközelítéssel a probléma kezelhető lehessen. Viszont amíg a területi alapú tartalomkorlátozások érvényben vannak, nem tekinthetjük egyenesnek az unió piacát, hiszen az áruk és szolgáltatások szabad áramlása nem tud megvalósulni.

A tanulmány igyekezett bemutatni azt is, hogy jelenleg milyen tényezők indokolhatják a területi alapú tartalomkorlátozásokat. Például a filmek, sorozatok vagy a sportközvetítések esetében a kizárólagos területi alapú jogdíjakon alapszik a szakmák finanszírozhatósága. Az online szolgáltatók a szerzői jog által védett tartalmakat kizárólag abban a tagállamban nyújthatják jogszerűen, amely tagállam esetében rendelkeznek rá engedéllyel, a határon átívelő szolgáltatásnyújtás ez esetben sértené a szerzői jogokat.

A „pay-TV”-ügy kapcsán is felmerül a kérdés, hogy a szellemi tulajdon védelme jogossá tehet-e egy versenykorlátozó magatartást, vagy pedig a versenyjog felülírhatja-e a nemzeti szerzői jogokat. Nagy jelentőséggel bírhat ez az ügy, hiszen ha a kötelezettséget vállalt Paramount filmstúdiót kivéve a többi eljárás alá vont esetében kimondja a jogsértést az Európai Bizottság, egy olyan szerződéses gyakorlat versenyjogba ütközését állapítja meg, mely az ágazati vizsgálata alapján az online tartalomszolgáltatók közel 60%-ánál előfordul. Kérdés azonban, hogy ezzel a döntéssel megszüntethető lenne-e a területi alapú tartalomkorlátozás az audiovizuális szektorban, vagy csak nőne a jelenleg is jellemző jogbizonytalanság a licencszerződésekkel kapcsolatban. Ezen jogbizonytalanság elkerülése érdekében mutatkozik egyre nagyobb igény az európai szerzői jogi keretrendszer újragondolására.

A „gun jumping” jelensége a fúziókontroll-eljárásokban – nemzetközi kitekintés és a GVH kezdeti gyakorlata

Considering gun jumping in merger control cases – the initial case law of the GVH

Abstract

Gun jumping generally refers to parties who complete deal prior to clearance or other less-significant demonstrations of control over the target. Following that the standstill obligation had been incorporated into the Hungarian merger control regime expressis verbis, the Hungarian Competition Authority (Gazdasági Versenyhivatal, GVH) gradually evolved its practice regarding the gun jumping situations. This paper summarises the recent practice of the GVH by referring to the relevant case law the GVH has investigated in the possible breach or established the breach of the standstill obligation, and it presents the basis of GVH's approach regarding the statutory exemption from the standstill obligation. Furthermore, the paper refers to the GVH's special discretion regarding the contractual clauses applicable during the period between the signing and closing of the agreement that the transaction was based on.

Tárgyszavak: fúziókontroll, gun jumping, végrehajtási tilalom, végrehajtási tilalom alóli mentesítés, kapcsolódó versenykorlátozás

Key words: merger control, gun jumping, standstill obligation, exemption, ancillary restraints

1. A „gun jumping” fogalomrendszere

A vállalatok összefonódásának ellenőrzésével kapcsolatos fúziókontroll-eljárások során egyes versenyjogi rezsimekben általános követelmény az összefonódásokat engedélyező versenyhatósági döntés

meghozatalának szükségessége annak végrehajtása előtt. Ez az előzetes végrehajtásra vonatkozó tilalom (standstill obligation) a magyar fúziókontrollrezsimekben a Tpv. 2014. július 1. napjától hatályos módosítással¹ került expressis verbis kimondásra.² A végrehajtási tilalom sajátja a legjelentősebb versenyjogi rendszereknek, így az amerikai,³ az európai uniós,⁴

* A szerző a Pázmány Péter Katolikus Egyetem Versenyjogi Kutatóközpont tagja, a Jog- és Államtudományi Kar adjunktusa, a Gazdasági Versenyhivatal Fúziós Irodájának vizsgálója. Bármilyen vélemény, amely jelen írásban megfogalmazásra kerül, kizárólag a szerző személyes megállapítása, az nem tekinthető a GVH álláspontjának.

1 Megállapította a 2013. évi CCI. tv. 11. §.

2 Tpv. 29. § (1) A vállalkozásoknak a 24. § szerinti összefonódása a Gazdasági Versenyhivatal engedélyének hiányában nem hajtható végre, így különösen az összefonódás következtében szerzett szavazati jogok, illetve a vezető tisztségviselők kijelölésére vagy megválasztására vonatkozó jogszabályok nem gyakorolhatók; az összeolvadó vagy beolvadó, illetve a korábban független vállalkozás vagy vállalkozásrész döntéseinek meghozatala és az összefonódó vállalkozások közötti üzleti kapcsolatok folytatása során az összefonódást megelőző helyzet alapján kell eljárni.

3 Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976 („HSR Act”) 15 USC. § 18a (2000).

4 A Tanács 139/2004/EK rendelete a vállalkozások közötti összefonódások ellenőrzéséről (2004. január 20.), Hivatalos Lap L 024, 29/01/2004, 0001-0022., 7. cikk (1) bekezdés.

illetve egyes tagállami szabályozásokban⁵ is irányadó. A végrehajtási tilalom határainak kialakítása, illetve annak megsértésével kapcsolatos szankcionálás jellemző trend a versenyjogi jogérvényesítés során, jóllehet ez nem nevezhető minden elemében kiforrott joggyakorlatnak. Az ilyen jogsértések szankcionálása alapulhat az irányadó fúziókontroll-szabályokon vagy – versenytársak esetén – a versenykorlátozó megállapodásra irányadó szabályok alapján.⁶

A nemzetközi szakirodalomban gun jumping elnevezéssel illetik tehát azt, amikor az összefonódást engedélyező döntés előtt végrehajtják az adott tranzakciót (early implementation), jogellenes irányítás-szerzésre utaló magatartás, illetve jogi helyzet merül fel.⁷ Tág értelemben a gun jumping kifejezés utal az összefonódásokat kísérő versenykorlátozó megállapodásokra (szerződéses kikötésekre) vagy egyéb gyakorlatra az összefonódást megvalósítani tervező vállalkozások között, amennyiben azok jogellenesnek minősülnek.⁸ A gun jumping elnevezés az amerikai szakzsargonból származik és a fegyver idő előtti – a párbajvezető jelzését megelőző – elsütésére utal, amely hasonlít a fúziókontroll-eljárásokban a vállalkozások magatartásához, amennyiben a versenyhatóságok engedélyező határozata előtt végrehajtják a tranzakciót.

2. A gun jumping eljárásokkal kapcsolatos nemzetközi trendek

Mint a hatékony versenyjogi megoldások esetében számos alkalommal, a gun jumping eljárások

eredetét is az Egyesült Államok versenyjogi rezsimében kell keresni. Az illetékes versenyfelügyeleti szervek, az Igazságügy-minisztérium (Department of Justice, DOJ), illetve a Szövetségi Kereskedelmi Bizottság (Federal Trade Commission, FTC) jelentős aktivitást fejtett ki ezen a területen,⁹ vezető tisztviselők hangsúlyozták a gun jumping eljárások prioritását¹⁰, illetve azok tartalmi irányait.¹¹ Az amerikai versenyjogi gyakorlatban az összefonódások idő előtti végrehajtása miatt magas összegű pénzbírság (1,8 millió USD) kiszabása mellett¹² van példa arra is, hogy egy Hart–Scott–Rodino Act (HSR Act) alapján bejelentett, de később elhalasztott összefonódással összefüggésben a DOJ a Scherman Act 1. bekezdés alapján hivatalból indított eljárást.¹³

Az Európai Bizottság kevésbé kezdeményező ezen a területen, ugyanakkor az összefonódásokhoz közvetlenül kapcsolódó és azokhoz szükséges korlátozásokról¹⁴ közlemény formájában foglalta össze alapállását. E helyütt eltekintünk a Bizottság ezzel kapcsolatos gyakorlatának közelebbi ismertetésétől, csupán megjegyezzük, hogy a végrehajtási tilalommal (standstill obligation) kapcsolatban egyes gyakorlati szempontok felértékelődése figyelhető meg, mint például a kisebbségi részesedés-szerzéshez kötődő de facto irányítás-szerzés, a részleges végrehajtás, illetve az egymással összefüggő ügyletek egyes vonatkozásai.¹⁵ Ebben a körben utalunk az Európai Bíróságot megjáró Electabel SA kontra Európai Bizottság¹⁶, valamint Marine Harvest/Morol¹⁷-ügyekre.¹⁸

A nemzeti szinten történő jogérvényesítéssel összefüggésben találkozhatunk gun jumping helyzetekhez köthetően bírságszabási gyakorlattal a né-

5 Mások mellett például Ausztria, Belgium, Bulgária, Ciprus, Dánia, Franciaország, Németország, Írország, Portugália, Románia, Spanyolország, Svédország, Svájc.

6 S.1 of the Sherman Act 15 USC. § 1 (2000).

7 Francesco CAROLINI: *Electabel v Commission & COMP M. 7184 Marine Harvest/Morpol: Gun-jumping and Violation of the Merger Standstill Obligation in Europe*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, Vol. 5, No.10. 693.

8 James R. MODRALL–Stafano CIULLO: *Gun-jumping and EU merger control*, *European Competition Law Review*, 2003. 24 (9).

9 https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/rhetoric-gun-jumping/20051110bgdgunjumping.pdf (2016. október 24.).

10 <https://www.justice.gov/atr/speech/antitrust-enforcement-doj-issues-merger-investigations-and-litigation> (2016. október 24.).

11 https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/rhetoric-gun-jumping/20051110gunjumping.pdf (2016. október 24.).

12 Malcom R. PFUNDER: *Justice Department birings Hart–Scott–Rodino case on „Gun Jumping”*, *Insights, Mergers and Acquisition*, Vol. 20. No. 5, May, 2006, 19–20.

13 David MEYER: *DOJ Guidance on Gun Jumping, Insights, Mergers and Acquisitions*, Vol. 28. No. 12. December, 2014, 17–21.

14 A Bizottság közleménye az összefonódásokhoz közvetlenül kapcsolódó és azokhoz szükséges korlátozásokról. (2005/C 56/03).

15 DEPOORTERE, Frederic–Stephane LELART: *The standstill Obligation in the ECRM*. *World Competition* 33. no.1. (2010), 103–120.

16 C-84/13 P. sz. ügy, az Európai Bíróság 2014. július 3-i ítélete.

17 Case No COMP/M.7184 – Marine Harvest/ Morpol. 2014. július 23.

18 Az ügyek elemzését lásd: Francesco CAROLINI: *Electabel v Commission & COMP M. 7184 Marine Harvest/Morpol: Gun-jumping and Violation of the Merger Standstill Obligation in Europe*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, Vol. 5, No.10. 693–696.

met,¹⁹ osztrák,²⁰ román,²¹ norvég,²² dán²³, portugál,²⁴ spanyol,²⁵ albán,²⁶ indiai²⁷ versenyfelügyelet esetében. Külön érdemes megemlíteni a brazil megközelítést, ahol a versenyfelügyeletet ellátó hatóság tájékoztató kibocsátásával igyekszik orientálni a piaci szereplőket a gun jumping helyzetek megelőzése érdekében.²⁸

3. A francia versenyhivatal meghatározó gun jumping döntése

A francia versenyhivatal (Autorité de la concurrence) egy közelmúltbeli döntésével igen erős jelzést adott a piaci szereplők számára a végrehajtási tilalom megsértésén alapuló gun jumping típusú jogsértések szigorú szankcionálására vonatkozóan. Egy friss döntésében a hatóság 80 millió euró összegű bírságot szabott ki az Altice Luxembourg és az SFR Group vállalkozásokra, mivel azok előzetesen végrehajtottak az elektronikus hírközlési szektort érintő összefonódásokat.²⁹ A francia versenyfelügyeletnek a döntést megelőzően is volt gyakorlata bejelentési kötelezettség elmulasztása, illetve kötelezettségvállalás megsértése miatt indított ügyekre vonatkozóan, ugyanakkor ez az első – jelentőségét tekintve világviszonylatban is kiemelkedő – döntés,

amely során a hatóság az engedély megadása előtt végrehajtott ügylet miatt marasztalta el, illetve szankcionálta a vállalkozásokat.

Az Altice csoport két összefonódás engedélyezése iránti kérelmet nyújtott be még 2014-ben, amelyek egyrészt az SFR Group felvásárlására, másfelől az OTL Group feletti kizárólagos irányításának megszerzése érdekében. Az SFR-ügylet 2014. július 5-én került bejelentésre a versenyhivatal felé, amelyvel összefüggésben a versenyhatóság – részletekbe menő vizsgálat lefolytatását követően – 2014. október 30-án elfogadta a felek kötelezettségvállalását és engedélyezte a tranzakciót. Az OTL-ügyletet a 2014. szeptember 25-ei bejelentést követően 2014. november 27-én engedélyezte a hivatal. A francia versenyhivatal ugyanakkor számos olyan körülményt észlelt – beleértve a versenytársak ilyen irányú jelzéseit is –, amely arra utalt, hogy a két összefonódást az engedély megadása előtt végrehajtották. A hatóság ezért 2015. április 2-án (előzetes értesítés nélküli) helyszíni szemlét tartott a felek tevékenységeinek helyszínén annak megállapítása végett, hogy valóban sor került-e az idő előtti végrehajtásra.

Az Altice SFR-ügylet vonatkozásában a jogsértést a következő körülmények alapozták meg. Az Altice csoport vevőként – az engedély megadása előtt – számos stratégiai döntés meghozatalában részt vett, hagyott jóvá.³⁰ Továbbá az SFR és a Numericable³¹

19 <http://www.concurrences.com/bulletin/news-issues/January-2011/The-German-Competition-Authority-41241>, illetve lásd: <http://www.concurrences.com/bulletin/news-issues/december-2008/The-German-Cartel-Office-imposes> (2016. október 24.).

20 <http://www.concurrences.com/bulletin/news-issues/June-2010/The-Austrian-Cartel-Court-imposes-41468> (2016. október 24.).

21 <http://www.concurrences.com/bulletin/news-issues/November-2009/The-Romanian-Competition-Council-41690>. A román versenyfelügyelet előzetes értesítés nélküli helyszíni vizsgálatot (down raid) hajtott végre gun jumping helyzet vizsgálatával összefüggésben.

22 <http://www.concurrences.com/bulletin/news-issues/January-2009/The-Norwegian-Competition-43786> (2016. október 24.).

23 <http://www.concurrences.com/bulletin/news-issues/june-2015/The-Danish-Competition-and-73857> (2016. október 24.).

24 <http://www.concurrences.com/bulletin/news-issues/december-2012/The-Portuguese-Competition-56788> (2016. október 24.).

25 <http://www.concurrences.com/bulletin/news-issues/january-2012/The-Spanish-National-Competition-48621> (2016. október 24.).

26 <http://www.concurrences.com/bulletin/news-issues/february-2013/The-Albanian-Competition-Authority-52504> (2016. október 24.).

27 <http://www.concurrences.com/bulletin/news-issues/february-2015/The-Indian-antitrust-regulator> (2016. október 24.).

28 Bruno de LUCA DRAGO and Fabiana Vieira Barbosa MORELLI: Clarifying Gun Jumping Through Guidelines: The Brazilian Experience, *Lournal of European Competition Law and Practice*, 2016, Vo. 7, No. 2. 130–134.

29 A döntéssel kapcsolatban az írás pillanatában a francia versenyhivatal sajtóközleménye szolgál iránymutatásul, további elemzésre a döntés nyilvánosságra hozatala után lesz lehetőség. A sajtóközlemény elérhető itt: http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?id_rub=629&id_article=28956&lang=fr (2016. november 15.).

30 2014 májusa és októberre között az SFR-nek egy optikai hálózat fejlesztésére vonatkozó projektre történő jelentkezése az Altice legfőbb vezetőjének hozzájárulásával valósulhatott meg. 2014 októberében egy az SFR és Bouygues Telecom közötti mobilhálózat-megosztási megállapodás újratárgyalása szintén a legmagasabb szinten, az Altice vezetősége által került jóváhagyásra. 2014 júniusában az Altice közvetlenül beavatkozott az SFR értékesítési politikájába a nagy sebességű széles sávú internetes ajánlataival kapcsolatos árazás tekintetében. Továbbá július 4-én, két héttel az Altice vezetőségének beavatkozása után, az SFR-nek fel kellett függesztenie egy olyan széles sávú hálózaton nyújtott akciós ajánlatot, amit korábban augusztus 25-ig tervezett fenntartani. Ezen túlmenően az OTL csoport SFR általi visszavásárlása során az SFR és Altice szorosan együttműködtek. Ezen tranzakció során 2014. április és május folyamán az SFR OTL feletti irányítás megszerzésével kapcsolatos ajánlatot az SFR vezérigazgatója közölte az Altice elnökével, majd később a tranzakció megvalósítása során az SFR helyét az Altice vette át.

31 Az Altice Csoport a kérelmek benyújtásának időpontjában a Numericable leányvállalatán keresztül volt jelen Franciaországban.

kereskedelmi stratégiáinak egyeztetése,³² valamint stratégiai információk cseréje valósult meg.³³ Az Altice OTL-ügylet tekintetében szintén az Altice-nek az OTL ügymenetébe való beavatkozás,³⁴ a stratégiai információk cseréje,³⁵ illetve az irányítás engedély előtti gyakorlása³⁶ alapozta meg a jogsértést. A gun jumping típusú jogsértések tekintetében a nemzeti versenyhivatalok gyakorlatában eddig példátlan, 80 millió euró összegű bírság kiszabása során a francia versenyhivatal tekintettel volt – többek között – a jogsértéssel érintett tranzakciók jelentőségére a telekommunikációs iparágra gyakorolt hatása révén, a magatartások széles körére, amelyek a két ügylet korai végrehajtásához vezettek, illetve az engedélyező határozatban versenykockázatként azonosításra kerültek. A hatóság figyelembe vette továbbá a jogsértő magatartás megvalósulásának idejét, azok súlyosságát, ugyanakkor a vállalkozások javára írta, hogy nem vitatták a kérdéses gyakorlat megvalósítását, illetve annak jogi értékelését sem.

A nagy visszhangot kiváltó döntés világos jelzés a piacnak, hogy a nemzeti versenyhatóságok gun jumping típusú jogsértésekkel kapcsolatos fokozódó aktivitása következtében különös körülménnyel kell eljárni a végrehajtási tilalom megsértése, illetve korai végrehajtás elkerülése végett, így felértékelődik az aláírás és zárás közötti időszakra vonatkozó szerződéses kikötések és ebben az időtartamban megvalósított magatartások értékelése is.³⁷

4. A GVH megközelítésének alakulása és dogmatikai alapjai

4.1. A végrehajtási tilalommal kapcsolatos GVH-joggyakorlat első fejleményei

A hazai jogban a gun jumping helyzeteket a Tptv. 29. § (1) bekezdésben rögzített végrehajtási tilalom alapján³⁸ kell megítélni, amely rögzíti, hogy az irányítási jog az irányítás megszerzője részéről nem gyakorolható a GVH engedélyének megszerzéséig. Ugyanakkor a végrehajtási tilalom általános érvényű szabálya alól a Tptv. 29/A. § (1) bekezdése alapján a kérelmező megfelelően indokolt kérelmére egyedi mentesítés adható.³⁹ A GVH gyakorlatában a végrehajtási tilalom törvényi kimondása előtt az engedély előtti végrehajtás korlátja csupán az volt, hogy tiltó határozat esetén az összefonódást meg kellett volna szüntetni.

A végrehajtási tilalom kapcsán felmerült első ügyekben a GVH a tranzakciók körülményeit vizsgálta, ugyanakkor nem adódott olyan körülmény, amely alapján a gyakorlat számára eligazítást jelentő megállapításokat tehetett volna a Versenytanács. Első ízben a Vj/106/2014. számú ügyben került sor végrehajtási tilalom alól történő előzetes mentesítés iránti kérelem benyújtására. Az eljárást a Versenytanács megszüntette, mivel a kérelem tárgya a Tptv.

32 A két csoport tárgyalta egymással és üzemeltetés szintjén felkészült az SFR egy új ajánlatának bevezetésére, amely egy különleges széles sávú internetszolgáltatást kínált a Numericable hálózatának, tv-csomagjainak és boxainak felhasználásával (marqueblanche projekt). A projekt jelentős stratégiai váltást jelentett az SFR széles sávú internetszolgáltatása vonatkozásában, hiszen korábban a saját infrastruktúrájának fejlesztése iránt volt elkötelezett. A mindkét fél részéről szükséges több hónapos felkészülést követően 2014. november 18-án bevezették a „FibreBox TV” csomagot, igen röviddel azt követően, hogy a versenyhatóság jóváhagyta a fúziót (2014. október 30.).

33 A francia versenyhivatal tájékoztatása alapján a tranzakció jóváhagyása előtt az Altice és az SFR nagy mennyiségű stratégiai információkat cserélt ki egymással a két csoport integrációjának előkészítése érdekében. Az információk bizalmas, egyedi adatokat tartalmaztak az SFR közelmúltbeli értékesítési tevékenységére, illetve jövőre vonatkozó előrejelzésekre vonatkozóan. Az információcserék a két csoport legfelsőbb szintű vezetői között történtek.

34 A működésre vonatkozó, a szerződésben meghatározott bizonyos kikötések értelmében az Altice előzetes jóváhagyása volt szükséges ahhoz, hogy az OTL stratégiai döntést hozzon. Ezek a döntések különösen az OTL hálózatainak a mobilszolgáltató ügyfeleivel kapcsolatos szerződéseket érintette.

35 Az Altice létrehozott egy heti rendszerességgel működő információs visszacsatolási mechanizmust abból a célból, hogy szorosan figyelemmel kövesse az OTL működését. Ez a monitorozás, ami hasonlít ahhoz, mint amit egy irányítási joggal rendelkező részvényes gyakorol, biztosította az Altice számára, hogy az érzékeny üzleti információkhoz férjen hozzá az OTL-lel kapcsolatban.

36 A hatóság végül arra jutott, hogy az OTL vezérigazgatója a tranzakciót engedélyező döntést megelőzően elkezdte gyakorolni jogait az SFR-Numericable-nél, ami azt is jelentette, hogy az SFR új pénzügyi projektjeibe is bevonásra került és így érzékeny üzleti információkhoz is hozzáférhetett.

37 https://www.cliffordchance.com/briefings/2016/11/fca_announces_landmarkgun-jumpingdecision.html (2016. november 15.).

38 Ezen rendelkezések tehát 2014. július 1. napjától hatályosak, azt megelőzően a Tptv. 29. § példálózó jelleggel felsorolta azokat az irányítási jogosítványokat, amelyek gyakorlása a végrehajtási tilalom megsértésének értékelhető.

39 29/A. § (1a) bekezdés: Az (1) bekezdés szerinti kérelmet az összefonódás engedélyezésére irányuló, 24. § szerinti kérelem benyújtásával egyidejűleg vagy igazolási kérelemmel az irányítási jog összefonódás engedélyezésére irányuló eljárást befejező döntés meghozatala előtti gyakorlásának szükségességéről való tudomásszerzéstől számított nyolc napon belül kell benyújtani a Gazdasági Versenyhivatalhoz, egyébként a határidő elmulasztásával szemben igazolási kérelem előterjesztésének nincsen helye. Az igazolási kérelemben meg kell jelölni a mulasztás okait. Az igazolási kérelem tárgyában hiánypótlásnak, valamint az igazolási kérelem tárgyában hozott döntéssel szemben külön jogorvoslatnak nincs helye.

23. § szerint nem minősült összefonódásnak. A Versenytanács az előzetes végrehajtás iránti kérelem tárgyában sem hozott döntést, mivel az eljárás megszüntetésével elhárult az akadály a tranzakció végrehajtása elől. A Vj/78/2014. eljárásban a végrehajtási tilalom megsértésére okot adó körülmény a már folyamatban lévő összefonódás-engedélyezési eljárás alatt következett be. A Versenytanács részletesen foglalkozott a tilalom esetleges megsértésének értékelésével, azonban megállapítást nyert, hogy nem merült fel a Tpv. rendelkezéseinek megsértése, egyúttal a határozat fontos megállapításokat tartalmaz a több országot érintő összefonódások végrehajtásának megítélésével kapcsolatban.⁴⁰ A Versenytanács a Vj/85/2014. ügyben sem állapított meg jogsértést.⁴¹

Az első olyan ügy, ahol a GVH a 29/A. § (1) alapján benyújtott kérelemmel összefüggésben érdemi iránymutatást adott joggyakorlatának várható irányáról piaci szereplők számára, a Vj/94-15/2015. számú határozat volt.⁴² Az eljárásban a kérelmező az összefonódás engedélyezésére vonatkozó kérelemmel egy időben a 29/A. § (1) bekezdése alapján kérte a GVH hozzájárulását ahhoz, hogy a kérelmezett tranzakció révén megszerzendő irányítási jogait az eljárást befejező döntés meghozatala előtt is gyakorolhassa.⁴³ A Versenytanács határozatában jelezte, hogy eljárásjogi szempontok okán nem kellett volna külön döntést hozni a 29/A. (1) bekezdés szerinti kérelemről,⁴⁴ ugyanakkor indokoltnak ítélte a jövőbeli jogalkalmazás elősegítése érdekében joggyakorlatának alapjait feltárni.⁴⁵ A Versenytanács az ügy érdekét tekintve előrebocsátotta, hogy a végrehajtási tilalom kapcsán elsőként azt szükséges vizsgálni, hogy a felek által előírt szerződéses kötelezettségek

menyiben minősülnek irányítási jog gyakorlásának.⁴⁶ Mivel az adott ügyben a végrehajtási tilalom alóli mentesülési kérelmet nem a *vevő aktív jogai*, hanem az *eladó jogaitól való tartózkodás* tekintetében terjesztették elő, amely akkor esik végrehajtási tilalom alá, ha ez a tartózkodásra kötelezést a *vevő oldalán negatív irányítási jog létrejöttének* tekintendő.⁴⁷

Ezek előrebocsátásával a Versenytanács kidolgozott egy szofisztikált és megfelelően rugalmas modellt⁴⁸ arra vonatkozólag, hogy mit vizsgál akkor, ha megállapítható, hogy a szerződéses kikötések irányítási jogot – az adott esetben a vevő oldalán negatív irányítást, vétőjogot – keletkeztetnek. Ilyen esetben a végrehajtási tilalom alól történő egyedi mentesítéssel összefüggésben a Versenytanács azt vizsgálja, hogy 1. lehetséges-e az eredeti versenyfeltételek helyreállítása (azaz az egyedi mentesítés megadása nyomán gyakorolt irányítási jogok következtében esetlegesen felmerülő versenyre gyakorolt káros hatások utólagosan kiküszöbölhető-e); 2. az irányítási jogok gyakorlása szükséges-e valamilyen magánérdek biztosításához és az irányítási jogok tartalma arányos-e az elérni kívánt céllal (szükségesség-arányosság); 3. a szükségesség és arányosság egyensúlya helyreállítható-e adott esetben az irányítási jogok gyakorlásának feltételhez kötésével vagy kötelezettség előírásával.⁴⁹

A Versenytanács ezzel a joggyakorlat számára jól használható iránymutatás kimunkálásával előre jelezte a 29/A. §. alapján előterjesztett kérelmekkel kapcsolatos álláspontját és mérlegelésének szempontjait. A kidolgozott teszt egyrésztől figyelemmel van a Tpv.-ben megállapított értékelési szempontokra⁵⁰ és a kérelmező indokolási kötelezettségének

40 Vj/78/2014., 40–47. pontok.

41 Itt a tranzakciós szerződés tárgyát képező mezőgazdasági géptértékesítési központokat és az azokon lévő eszközöket a tranzakciós szerződés megkötésének időpontjában (és az eljárás alatt is) külön bérleti jogviszony alapján az összefonódás engedélyezése iránti kérelem érdemét képező piaci tevékenységet folytattak. Ezt azonban a Versenytanács nem minősítette a kérelmezett összefonódás engedély hiányában történő végrehajtásának.

42 A Versenytanács a határozatát 2015. október 22. napján hozta meg.

43 Vj/94-15/2015., 3. pont.

44 Vö. Vj/94-15/2015., 32–33. pontok. A Tpv. 72. § (2) bekezdése szerint az eljáró versenytanács a kérelem beérkezését követő 15 napon belül dönt a 29/A. szerinti kérelemről. Nem kell külön döntést hozni a 29/A. § szerinti kérelemről, ha az eljáró versenytanács e határidő lejártá előtt dönt a Tpv. 24. § szerinti kérelemről, amely körülmény az ügyben fennállt.

45 Vj/94-15/2015., 34. pont.

46 Vj/94-15/2015., 35. pont.

47 Uo.

48 Vö. Vj/94-15/2015., 35. pont.

49 E tekintetben lásd Tpv. 29/A (2) bekezdés.

50 Tpv. 29/A. § (1), 29/A. § (1b) bekezdések.

51 Az egyedi mentesítés megadásához további szempontokat biztosít a Tpv. 29/A. § (1b) bekezdése, amely a Kérelmező indokolási kötelezettségének terjedelmét jelöli ki.

terjedelmére,⁵¹ tekintetbe veszi a jogalkotó szándékát⁵², egybecseng a legjelentősebb szakirodalmi állásponttal⁵³ és megfelelően rugalmas⁵⁴ ahhoz, hogy hosszabb távon alkalmazható legyen a rendkívül gyorsan változó piaci körülmények között. A Versenytanács – bár érdemi döntést nem hozott – tovább pontosította a 29/A (1) bekezdés szerinti kérelem elbírálásának kereteit a Vj/102-14/2015. számú eljárásban⁵⁵, amely ügyben a Versenytanács a felszámolás alatt álló vállalkozás speciális megítéléséhez adott szempontokat.⁵⁶

4.2. A gun jumping helyzetekkel kapcsolatos jogsértések megállapítása a GVH gyakorlatában

A GVH a Tpv 29. § (1) bekezdésében rögzített végrehajtási tilalom megsértése miatti első bírságot a Vj/145-18/2015. számú versenyfelügyeleti eljárásban szabta ki.⁵⁷ Az ügyben felmerülő kérdés érdeme az volt, hogy az eljárás alapját képező tranzakciók teljesedésbe mentek-e és ezzel megsértették-e a kérelmezők a végrehajtási tilalmat. A kérelmezők maguk is elismerték, hogy az eljárás alapját képező tranzakciók részben megvalósultak azzal, hogy az egyes szerződések tárgyát képező részvények egyes vevők részére átruházásra, illetve kibocsátásra kerültek. A kérelmező ugyanakkor előadta, hogy erre félreértés miatt került sor,⁵⁸ azonban a hiba észlelését követően a tranzakciók tényleges végrehajtásának megakadályozása érdekében – a különösen a részvények átruházásával, kibocsátásával megszerzett sza-

vazati jogok gyakorlásának kizárása érdekében – a kérelmezők indítványozására az érdekelt társaságok igazgatósága, illetve igazgatója ilyen tartamú határozatot fogadtak el. A kérelmezők előadták továbbá, hogy bár dologi szempontból a tranzakciókat megvalósultnak lehetne tekinteni, a társasági jogok gyakorlását kizáró határozatok alapján jogilag nincs lehetőség a kérdéses jogok, illetve a Tpv. szerinti irányítás gyakorlására.

A Versenytanács ugyanakkor megállapította, hogy az összefonódás révén irányítási jogát elvesztő vállalkozások irányítási jogai a GVH engedélye előtt teljesen nem vonhatók el. Amennyiben új tulajdonosi, tagi struktúra bejegyzésre kerül, akkor az eladók irányítási jogainak – az összefonódás előtti helyzet szerinti – gyakorolása lehetetlenné válik. Ebben a helyzetben nem állapítható meg, hogy az összefonódás előtti döntéshozatali helyzet fennmaradhatna, még akkor sem, ha az irányítást szerző vállalja, hogy az irányítási jogait nem gyakorolja, illetve ténylegesen sem hoz döntéseket. A Versenytanács álláspontja alapján az irányítást szerzők, a vevők irányítási jogait megalapozó tulajdonosi, tagi részesedéseket – azaz az összefonódást követő irányítási helyzetet – formálisan rögzítő bejegyzési aktusokat az összefonódások végrehajtásának kell tekinteni. A Versenytanács megállapította továbbá, hogy az irányítási jogok gyakorlását korlátozó igazgatósági/igazgatói határozatok elfogadása nem más, mint az irányítási jog gyakorlása, ilyen egyoldalú jognyilatkozattal nem lehet korrigálni a bejegyzési aktus okozta helyzetet.⁵⁹

A Versenytanács a fentiek alapján megállapította a végrehajtási tilalom megsértését, egyúttal 1 000 000 forint bírság kiszabásáról rendelkezett.⁶⁰

52 Az egyedi mentesítés lehetőségét beiktató Módtv. indokolása alapján az eljáró versenytanács hozzájárulhat az irányítási jogok az eljárás befejezése előtti gyakorlásához, ha az a rendes üzletmenet folytatásához és a befektetés értékének megőrzéséhez feltétlenül szükséges. A Módtv. indokolása megjegyzi továbbá, hogy a mentesítés megadásának feltétele, hogy az egy esetleges tiltó vagy az engedélyt feltételhez, illetve kötelezettségváltáshoz kötő határozat esetén is biztosítható legyen annak betartása.

53 Vö. Kommentár a tisztességtelen piaci magatartás és versenykorlátozás tilalmáról szóló 1996. évi LVII. törvényhez, 377–378. oldalak, amely szerint az egyedi mentesítés megadásának mérlegelése során nem az összefonódás versenyre gyakorolt káros hatásait kell vizsgálni (minthogy az eljárás adott szakaszában nem lehetséges), hanem az *eredeti állapot helyreállíthatóságának esélyeit*.

54 Szükségesség-arányosság teszt. Hasonló logikán alapul az Európai Unió Bírósága által kifejlesztett teszt a belső piaci alapszabadságokat korlátozó tagállami intézkedések elfogadhatóságának megítélésével összefüggésben. Vö.: Koen LENAERTS–Piet VAN NUFFEL: European Union Law, Sweet & Maxwell, 224.

55 A határozatot 2015. november 23. napján hozta meg a Versenytanács, meghozott határozat 51. és 52. pontjai.

56 Lásd Vj/102-14/2015., 50–52. pontok.

57 A határozat 2016. március 31. napján született.

58 A félreértés az érintett céltársaságok igazgatósági tagjainak, illetve egyedüli igazgatójának oldalán merült fel, mivel a felfüggesztési feltétel (versenyhatósági engedélykötelezettség) nélküli szerződésekhez hasonlóan kezelték a szóban forgó szerződéseket.

59 Vö. Vj/145-18/2015., 60. pont.

60 Vö. Vj/145-18/2015. határozat rendelkező rész.

A bírság kiszabásakor a számos körülmény mérlegelése mellett⁶¹ rögzítette – illetve a bírságolással kapcsolatos jogi álláspontját úgy alakította ki –, hogy indokolt annak ösztönzése, hogy a kérelmezők akár utólag, de jelentsék be a már korábban végrehajtott összefonódást.⁶²

A végrehajtatási tilalom megsértésének megállapítására ezt követően a Vj/10-17/2016., a Vj/13-14/2016, valamint a Vj/14-17/2016. számú – egyetlen kérelemben benyújtott, de a kérelem tartalma szerint három külön-külön is összefonódásnak minősülő ügylet⁶³ – engedélyezése során került sor. Az ügyletek alapjául szolgáló üzletrész-adásvételi szerződések nem tartalmaztak olyan rendelkezést, amely szerint a hatálybalépés feltétele a GVH engedélye. Ennek megfelelően a két esetben a szerződés megkötése napjának hatályával, míg egy esetben a kisebbségi üzletrész-tulajdonosok elővásárlási jogának gyakorlására nyitva álló határidő napjának hatályával, a kérelmező az egyes vállalkozások üzletrész-tulajdonosaként bejegyzésre került.⁶⁴ A Versenytanács egyrésztől megerősítette a Vj/145-18/2015. számú ügyben kimondott álláspontját arra vonatkozóan, hogy amennyiben a tulajdonosi struktúra változása bejegyzésre kerül, akkor az eladó irányítási jogainak az összefonódás előtti helyzet szerinti gyakorlása lehetővé válik. Az ilyen helyzetben nem állapítható meg, hogy az összefonódás előtti döntési helyzet fennmaradhatna, még akkor sem, ha az irányítást szerző vevő az irányítási jogait ténylegesen nem gyakorolja. A döntési helyzet változatlanságát a vevő döntésektől való tartózkodása önmagában nem tudja garantálni,

ahhoz az eladó összefonódás előtti döntési jogainak fennmaradása is szükséges lenne.⁶⁵ A GVH versenytanácsa megállapította, hogy az irányítást szerző vevő irányítási jogait megalapozó tulajdonosi részesedéseket formálisan rögzítő bejegyzési aktusok az összefonódás végrehajtásának minősülnek⁶⁶, és bírság kiszabásáról döntött.⁶⁷

5. Az eladói korlátozások elhatárolása a gun jumping helyzetektől

A következő ügy, amelyben a GVH foglalkozott a – gun jumping szempontból különösen érzékeny – szerződés aláírása és teljesedése közötti időszakra vonatkozó kikötésekkel⁶⁸, a Vj/144-7/215. számú eljárás volt.⁶⁹ Ennek az ügynek az érdeme az említett szerződéses rendelkezések értelmezése volt, ugyanakkor a Versenytanács alapvető jelentőségű módosítást hajtott végre a 29/A. § (1) bekezdés szerinti kérelmek kezelésével kapcsolatosan. A változtatás lényege, hogy végrehajtatási tilalom előzetes mentesítésével kapcsolatos frissen kidolgozott modell a határozatot követően szűkebb körben – a szerződés aláírása és teljesedése közötti időszakra vonatkozó szerződéses kikötéseket *ide nem értve* – irányadó.

A Versenytanács álláspontja szerint a Tpvvt 29. § (1) és (2) bekezdése közvetlenül a vevő irányítási jogát korlátozza a GVH engedélyéig.⁷⁰ Mindezek alapján a Versenytanács szerint *közvetlenül az eladót terhelő korlátozások* – függetlenül attól, hogy azok a

61 Vö. Vj/145-18/2015., 69. pont: a végrehajtatási tilalom megsértése alapvetően súlyos jogsértés; a kérelmezők a végrehajtatást követően 64 nappal nyújtották be a kérelmüket; az irányítási jog gyakorlása is megvalósult azáltal, hogy a kérelmezők saját irányítási jogaik korlátozását rögzítő igazgatósági/igazgatói határozatok elfogadását indítványozták, amely egyben a Tpvvt. 29. §-ba ütköző jogsértés beismerésének tekinthető; az irányítási jogok taggyűlési keretben történő gyakorlására és a vezető tisztségviselők személyének megváltoztatására nem került sor; piaci hatás és gazdasági verseny veszélyeztetettsége nem volt megállapítható; a kérelmezők önként benyújtották a kérelmüket; a kérelmezők korábban nem követtek el ilyen jogsértést, tehát nem tekinthetők visszaesőnek; a GVH gyakorlatában első alkalommal került sor bejegyzési aktus értékelésére és emiatt a Tpvvt. 29. §-ába ütköző jogsértés megállapítására.

62 Ennek megfelelően az eljáró versenytanács az ügyben alkalmazandó Tpvvt. 78. § (1) bekezdés a) pontja alapján kiszabandó bírság mértékének meghatározásakor tekintettel volt a hivatalból indított ügyekben (a Tpvvt. 78. § (1c) bekezdése alapján) kiszabható alacsonyabb bírságösszegekre is.

63 Az ügyletek a Gazdasági Versenyhivatal elnökének és a Gazdasági Versenyhivatal Versenytanácsa elnökének az egymással összefüggő ügyletek egy összefonódásként, illetve több összefonódás egy eljárásban történő elbírálásról szóló 1/2015. számú közleménye („1/2015. közlemény”) alapján csak külön-külön eljárásokban voltak elbírálhatók.

64 Vö. Vj/10-17/2016, a Vj/13-14/2016., valamint a Vj/14-17/2016. számú ügyek, egyaránt 1-3. pontok.

65 Vj/10-17/2016, 34. pont, Vj/13-14/2016., 35. pont, Vj/14-17/2016., 34. pont.

66 Vj/10-17/2016, 35. pont, Vj/13-14/2016., 36. pont, Vj/14-17/2016., 35. pont.

67 Vj/10-17/2016. sz ügyben 10 000 000 forint, a Vj/13-14/2016., valamint a Vj/14-17/2016. számú ügyben egyaránt 2 000 000 forint összegben.

68 Lásd Vj/144-7/2015., 2-3. pontok.

69 A Versenytanács a határozatot 2016. január 20. napján hozta meg.

70 A Versenytanács ebben a körben hivatkozott a 29. § (1) bekezdésben szereplő konkrét esetekre, illetve a (2) bekezdésben szereplő „irányítási jogoknak az irányításszerző általi gyakorlás[ának]” tilalmára vonatkozó kitételeire.

Tpvt. 29. § szerinti végrehajtás-tilalom időszakára vonatkoznak – a Tpvt. 30. § (5) bekezdése szerinti kapcsolódó versenykorlátozások körében értékelendők.⁷¹ Ezen megközelítés alapján a Versenytanács az eladót terhelő szerződéses korlátozásokat a korábbi Tpvt. 30. § (5) bekezdésével kapcsolatos gyakorlatával állítja párhuzamba, egyúttal vonja egységes elbírálási szempontrendszer alá.⁷² A Versenytanács megerősíti, hogy jellemzően a vevő érdekét szolgáló eladói korlátozásokat tekinti kapcsolódónak.⁷³ Lényegi mondanak a Versenytanács részéről, hogy az összefonódáshoz kapcsolódó korlátozások a Tpvt. 29. § és a Tpvt. 30. § (5) bekezdése szerinti megítélésének elhatárolása szempontjából annak van jelentősége, hogy az adott korlátozás közvetlenül a vevőre telepít jogot (Tpvt. 29. § szerinti irányítást) vagy az eladóra kötelezettséget (Tpvt. 30. § (5) bekezdése).⁷⁴ A Versenytanács kifejti, hogy a végrehajtási tilalom alól történő mentesítés végkövetkeztetései a Tpvt. 30. § (5) bekezdése alapján is értelmezhetők és indokolt a Tpvt. 29. § szerinti végrehajtási tilalom időszaka alatti közvetlen eladói korlátozásokat egységesen a Tpvt. 30. § (5) bekezdése alatt kezelni, egyúttal elvi érveléssel rögzíti, hogy az ilyen esetekben a Tpvt. 29/A. § szerinti kérelem benyújtásának nincs helye.⁷⁵

A Versenytanács megismétli a kapcsolódó versenykorlátozásokra irányadó korábban kimunkált gyakorlatának⁷⁶ központi elemét, miszerint „a Gazdasági Versenyhivatal az összefonódást engedélyező ha-

tározataiban főszabályként – egyezően az Európai Bizottság gyakorlatával is – nem végzi el annak értékelését, hogy az összefonódást eredményező szerződésben szereplő versenykorlátozás a Tpvt. 30. § (5) bekezdése szerinti kapcsolódó versenykorlátozásnak minősül-e, azt a jövőben (...) az érintett vállalkozásoknak saját maguknak kell eldönteniük.”⁷⁷ A Versenytanács azt is felidézti, hogy amennyiben a kapcsolódó versenykorlátozásokkal összefüggésben a joggyakorlat nem ad iránymutatást, akkor „az értelmezési bizonytalanság csökkentése érdekében, támpontot kíván nyújtani a felek számára a kérdéses versenykorlátozás kapcsolódó jellegének megítéléséhez”.⁷⁸ Mivel a szerződés megkötése és végrehajtása közötti korlátozásra vonatkozó kikötések – tehát a gun jumping helyzetek szempontjából kiemelten érzékeny időszak vonatkozásában – a magyar versenyjogi gyakorlatban eddig nem kerültek értékelésre, a jövőbeli jogalkalmazás elősegítése érdekében ezt megteszi.⁷⁹

A Vj/20-52/2016. számú versenyfelügyeleti eljárásban⁸⁰ az összefonódás alapjául szolgáló megállapodás aláírása és teljesedése időszakára előírt szerződéses kikötések⁸¹ már az új versenytanácsi alapállás szerint kerültek értékelésre, tehát a Tpvt. 30. § (5) bekezdése szerinti rendszerben, mint a kapcsolódó versenykorlátozások merőben új rendszere.⁸² A Vj/40-11/2016. számú eljárásban⁸³ a Versenytanács újabb eladói korlátozásokat tartalmazó szerződéses kikötésekkel⁸⁴ kapcsolatban fejtette ki az álláspont-

71 Vj/144-7/2015., 23. pont.

72 Uo.

73 A határozat idézi a Versenytanács Tpvt.-vel kapcsolatos elvi jelentőségű döntései, 2014. 30.21. pontját, miszerint „a korlátozások, amelyek az eladó hasznát szolgálják, [főszabályként] nem kapcsolódnak közvetlenül és nem szükségesek egyáltalán az összefonódás megvalósításához”.

74 Vj/144-7/2015., 23. pont.

75 Vj/144-7/2015., 24. pont.

76 A kapcsolódó versenykorlátozások megítélésével kapcsolatos átfogó és részletes elemzést lásd HARGITA Árpád–ZAVODNYIK József: A vállalkozások összefonódásához kapcsolódó versenykorlátozások megítélésének hazai gyakorlata, Gazdaság és jog, 2016/9., 3–9.

77 Versenytanács Tpvt.-vel kapcsolatos elvi jelentőségű döntései (2014) 30.8. pont (Vj-135/2005).

78 V/90/2012., 33. pont.

79 Vj/144-7/2015., 25. pont.

80 A határozat 2016. május 24. napján született.

81 Lásd Vj/20-52/2016., 2–3. pontok.

82 Lásd Vj/20-52/2016., 55. pont.

83 A határozat 2016. június 9. napján született.

84 Vj/40-11/2016., 2. pont.

ját,⁸⁵ amelyre vonatkozó gyakorlat tovább bővült a Vj/48/2016. számú versenyfelügyeleti eljárásban.⁸⁶

6. Az összefonódások alapjául szolgáló megállapodások aláírása és zárása közötti időszakra vonatkozó egyes kitételekkel kapcsolatos GVH-gyakorlat

Az aláírás és zárás közötti időszakra vonatkozó szerződéses kikötések értékelése a GVH fúziókontroll-eljárásaiban a nemzetközi trendeknek megfelelően hangsúlyos elemmé vált. A GVH elvi alapállása tehát a kapcsolódó versenykorlátozások Tpv. 30. §. (5) bekezdése szerint történik. Ennek középpontjában a következő szempontok állnak. A kapcsolódó korlátozások alapvető funkciója az összefonódás tárgyát képező vállalkozás vagy vállalkozásrész vevő általi teljes értéke megszerzésének biztosítása.⁸⁷ Az összefonódás révén irányítási jogát elvesztő vállalkozás, azaz az eladó irányítási jogai a GVH engedélye előtt teljesen nem vonhatók el, azok csak a tranzakció létrejöttéhez, illetve a vevő befektetésének védeleméhez szükséges mértékben korlátozhatók.⁸⁸ Az érintett vállalkozásoknak maguknak kell a kapcsolódó korlátozások értékelését elvégezni,⁸⁹ a Versenytanács az értelmezési bizonytalanság csökkentése érdekében támogatást kívánt nyújtani a felek számára a kérdéses versenykorlátozás kapcsolódó jellegének megítéléséhez.⁹⁰

6.1. A GVH által elfogadhatónak tartott eladói vállalások

A befektetések értékének megőrzéséhez szükséges lehet és így a Tpv. 30. § (5) bekezdés szerinti

kapcsolódó korlátozásnak minősülnek a következő – aláírás és zárás közötti időszakra vonatkozó – eladói vállalások. A „rendes ügymenet” folytatására vonatkozó eladói vállalás mint általános érvényű eladói kötelezettség.⁹¹ Egyes az eladó által tett konkrét vállalásokkal kapcsolatban, amelyeket az eladó csak a vevő írásos hozzájárulásával⁹² tehet meg, a Versenytanács az alábbiakat elfogadhatónak ítéli. Az eladó társasági dokumentumainak a céltársaságra hátrányos megváltoztatásához vevői hozzájárulás szükségessége; a céltársaság bármely részének átruházásához, bármely tevékenység befejezéséhez szükséges vevői hozzájárulás; más vállalkozásokban történő érdekeltségszerzéshez – amely a céltársaság számára hátrányos lehet – történő vevői hozzájárulás szükségessége; meghatározott értékhatár feletti eszközök beszerzéséhez vagy értékesítéshez történő vevői hozzájárulás szükségessége; jelentős szerződések megkötéséhez, módosításához, felmondásához szükséges vevői hozzájárulás; jelentős szerződések megszegéséhez, kötelezettség nem teljesítéséhez szükséges vevői hozzájárulás; szabályzatok jelentős módosításához szükséges vevői hozzájárulás; egyes, az átadásra kerülő munkavállalókkal kapcsolatos intézkedésekhez történő vevői hozzájárulás; illetve a céltársasághoz tartozó eszközök megterheléséhez szükséges hozzájárulás.⁹³ Ezek a kikötések szükségesek lehetnek a befektetés értékének megőrzéséhez, így kapcsolódó korlátozásnak minősülnek. A Versenytanács kifejtette továbbá, hogy tartozások elengedése és átütemezése közvetlenül érintheti az adott vállalkozás értékét, így ezekkel kapcsolatos döntések korlátozása azzal, hogy a vevőnek észszerű indokhoz kötötten hozzájárulási jogot biztosítanak, is lehet befektetésvédelmi célú, így kapcsolódó korlátozásnak minősül.⁹⁴ A követelések érvényesítése iránti új per indítása, annak költségeivel és kockázatával pedig szintén közvetlenül érintheti a vállalkozás értékét

85 Vj/40-11/2016., 33. pont.

86 A határozat 2016. július 4. napján született.

87 A Versenytanács Tpv.-vel kapcsolatos elvi jelentőségű döntései (2015), 30.20. pont.

88 Vj/145/2015. sz. ügy.

89 A Versenytanács Tpv.-vel kapcsolatos elvi jelentőségű döntései (2014), 30.8. pont.

90 Vj-90/2012., 33. pont.

91 Vj/94/2015., 36.b) pont és Vj/20/2016., 55. pont.

92 A hozzájárulás indokolatlanul nem tagadható meg és nem késeleltethető, amennyiben a vevő a szerződésben meghatározott rövid határidőben nem nyilatkozik, akkor a hozzájárulás megadottnak tekinthető.

93 Vö. Vj/20/2016., 2.3. és 55. pontok együttesen.

94 Vj/40-11/2016., 2. és 33. pont együttesen.

jellemzően csak a tranzakció zárását követően realizálható mértékben, ezért annak korlátozása szintén elfogadható lehet hasonló módon.⁹⁵

6.2. További feltétel esetén minősülhet kapcsolódó korlátozásnak a szerződés aláírása és zárása közötti időszakra vonatkozó kitétel – irányadó mérlegelési szempontok

A céltársaság pénzügyi helyzetét érintő jelentős fejleményekről való tájékoztatási kötelezettség a vevő részére történő biztosítása abban az esetben minősülhet kapcsolódó korlátozásnak, ha a tájékoztatás nem terjed ki a jövőbeni piaci magatartásra, és így nem célozza vagy valósítja meg az árak egyeztetését, vagy a piaci magatartás összehangolását.⁹⁶ A Versenytanács álláspontja szerint a vevő számára észszerű indokhoz kötött hozzájárulási jog kikötése új szállítási vagy szolgáltatási szerződések megkötéséhez alapesetben a rendes üzletmenet szerinti piaci magatartás biztosítása körébe tartozik, azonban egy aktív ügyfélszerzést már nem folytató, meglévő portfóliót kezelő, tevékenységét fokozatosan megszüntető vállalkozás esetén már túlterjeszkedhet az esetében vett „rendes üzletmeneten”, ezért ilyen esetben a korlátozás indokolt lehet, de csupán az adott ügy speciális körülményeire figyelemmel.⁹⁷ Adott értékhatár feletti tranzakciókra rögzített vevői hozzájáruláshoz kötött eladói korlátozások kapcsán a rögzített értékhatárnak a vállalkozás méretéhez, adott piaci tevékenységéhez és szerződési gyakorlathoz viszonyított szintje képezi a mérlegelés alapját, hogy az indokolatlan beavatkozást jelent-e a rendes üzletmenetbe.⁹⁸

Olyan szerződéses kikötés kapcsán, amely szerint az eladó a vevői hozzájárulásra irányuló felhívásához köteles minden olyan információt, illetve dokumentumot csatolni, amely észszerűen szükséges ahhoz, hogy a vevő az adott tárgyban döntést hozzon,

a Versenytanács az alábbiakat állapította meg. A vevőnek elismert érdeke fűződik ahhoz, hogy az általa megszerezni kívánt céltársaság a vételi folyamat lezárultáig megőrizze értékét. Ehhez egyrészt az szükséges, hogy a céltársaság a megismert feltételekkel folytassa tovább a rendes működését, másfelől pedig, hogy a rendes üzletmeneten túli kockázatosabb, a céltársaság pozícióját, társasági feltételeit érintő döntésektől tartózkodjék vagy ahhoz szerezze be a vevő hozzájárulását. A Versenytanács szerint tehát ennek eszköze lehet a vevői hozzájárulási döntés elősegítését célzó információ- és dokumentummegosztási kötelezettség. Ennek azonban korlátja, egyúttal az ilyen kikötés elfogadhatóságával kapcsolatos mérlegelés alapja az, hogy ez a megvalósuló tájékoztatás nem terjedhet ki a jövőbeni piaci magatartásra és nem célozhatja vagy valósíthatja meg az árak egyeztetését, vagy a piaci magatartás összehangolását.⁹⁹

6.3. Kizárólag esetről esetre ítélhető meg az adott szerződéses kikötés elfogadhatósága, az általános mérlegelési szempontrendszer alapján

Az aláírás és a zárás közötti időszakra vonatkozó szerződéses kikötések rendkívül érzékeny határmezsgyén mozognak az esetlegesen gun jumpingot megalapozó helyzetek kialakulását illetően. A GVH szerint a fentiekben bemutatott megközelítésen túl egyes esetekben nincs lehetőség általános elfogadhatóságról nyilatkozni vagy az adott, konkrét szerződéses helyzetben sem merülnek fel további egyedi mérlegelési szempontok, hanem a GVH Versenytanácsa által kidolgozott általános mérlegelési szempontrendszer szolgál a kikötések értékelésének alapjául.

Az általános mérlegelési szempontrendszer két pilléren alapszik. Egyfelől a céltársaság működése a GVH engedélyéig a vevő által csak és kizárólag a be-

95 Uo.

96 Vj/20-52/2016., 55. pont.

97 Vj/40-11/2016., 2. és 33. pontok együttesen olvasva.

98 Vj/48/2016., 37. pont.

99 Vj/48/2016., 4., 37. pontok együttesen, illetve lásd még Vj/20/2016., pontot.

fektetése értékének megőrzése céljából, azzal arányosan korlátozható,¹⁰⁰ másfelől pedig azzal összefüggésben a szerződéses kikötés a rendes ügymenet folytatására vonatkozó keretszabály kibontásaként kell hogy értelmezhető lehessen.¹⁰¹

A Versenytanács rögzítette, hogy a vevői hozzájárulási jog kikötése valamely *konkrét* eladói döntés esetén csak esetről esetre bírálható el, ilyen esetben szükséges tehát, hogy a hozzájárulási jog kikötése csak akkor elfogadható, ha az a befektetés értékének megőrzését közvetlenül szolgálja.¹⁰² Ugyanez érvényes a nem egyértelműen megfogalmazott eladói korlátozásokra,¹⁰³ amelyek alkalmazásának kapcsolódó jellege szintén esetről esetre bírálható el.¹⁰⁴

6.4. A Versenytanács értékelése szerint nem kapcsolódó kikötések

A Versenytanács gyakorlatában nem tekinthető arányosnak a céltársaság méretéhez, az adott piaci tevékenységhez és szerződési gyakorlatához képest kirívóan alacsonyan meghatározott tilalmi vagy vevői hozzájárulási értékhatár, mivel az a vevőnek a GVH engedélye előtt a céltársaság rendes üzletmenetébe való operatív beleszólás lehetőségét teremti meg.¹⁰⁵

7. Összegzés

Az összefonódások ellenőrzésére vonatkozó joggyakorlat egyre hangsúlyosabb eleme az úgynevezett gun jumping helyzetek értékelése, adott esetben szankcionálása. Az amerikai szakirodalomból szár-

mazó, de európai szakmai közegben is meghonosodott kifejezés az összefonódások kapcsán azokra a helyzetekre utal, amikor az irányításszerzés az összefonódás engedélyezése előtt megtörténik, illetve a végrehajtási tilalom sérül. A gun jumping megvalósulhat az irányításszerzés idő előtti gyakorlásával, a tranzakció alapját képező megállapodásban rögzített szerződéses kikötésekkel, illetve az összefonódásban részt vevő felek között megvalósított jogellenes összehangolt magatartással, információk cseréjével. A gun jumping helyzetek jogi értékelése jellemzően a fúziókontroll szabályai alapján történik, ugyanakkor nemzetközi viszonylatban van példa arra is, hogy a versenykorlátozó megállapodásokkal kapcsolatos szabályok alapján történik szankcionálás.

Az utóbbi időben a Versenytanács a magyar fúziós eljárásrend számos aspektusát értelmezte¹⁰⁶, így nem véletlen, hogy a végrehajtási tilalom törvényi kimondását követően a gun jumping helyzetek jogi értékelése a GVH gyakorlatában is irányadó szemponttá vált a fúziókontroll-eljárásokban. Jelen írás arra tesz kísérletet, hogy vázolja a GVH kezdeti gyakorlatának alakulását, így utal azokra az ügyekre, ahol a végrehajtási tilalom megsértése felmerült, illetve bekövetkezett, bemutatja a végrehajtási tilalom alól történő egyedi mentesítésre vonatkozó GVH-alapállást, illetve kitér a sajátos elemként megjelenő, az aláírás és zárás közötti időszakra vonatkozó eladói korlátozásokat tartalmazó szerződéses kikötésekkel kapcsolatos versenytanácsi megközelítésre, amely gun jumping helyzetektől való elhatárolást követően a kapcsolódó versenykorlátozó kikötések új íveként bontakozik ki a GVH gyakorlatában.

100 Vj/48/2016., 37. pont.

101 Vö. Vj/2-52/2016., 55. pont.

102 Vö. Vj/2-52/2016., 55. pont.

103 Például „szabályzatok jelentős módosítása”.

104 Vö. Vj/2-52/2016., 55. pont.

105 Vj/48/2016., 37. pont.

106 Erről részletesen lásd Tóth András: Fúziós eljárásjogunk fejlődése a Versenytanács elmúlt háromévi gyakorlata alapján, Versenytükör 2013/2. (IX. évf. 2. szám), 19–33.

Az áthárítás mértékének kérdésköre a Sainsbury's/MasterCard-ügy tükrében

Questions relating to pass-on in light of the Sainsbury's/MasterCard decision

Abstract

This paper presents a critical assessment of the approach taken by the Competition Appeals Tribunal regarding the pass-on defence of MasterCard in the Sainsbury's/MasterCard decision on cartel damages estimations. Based on economic theory and the existing empirical estimates of pass-on in the groceries market, I argue that disregarding the existence of passing on to consumers on the basis that it is impossible to show causal connection between the level of multilateral interchange fees and prices of Sainsbury's individual products is unfounded. Furthermore, the relatively strong competition in the UK grocery retailer market suggests that the level of pass-on to consumers is likely to be high.

Tárgyszavak: Fellebbviteli Bíróság, bankközi díjak, okozott kár mértéke, áthárításon alapuló védekezés, ok-okozati összefüggés költség és árak között

Key words: Competition Appeals Tribunal, interchange fees, damage claim estimates, passing on defence, causal connection between costs and prices

1. Bevezetés

Az Egyesült Királyság Versenyjogi Fellebbviteli Bírósága (Competition Appeals Tribunal, „CAT” vagy „Bíróság”) 2016. július 14-én nagy jelentőségű döntést hozott a Sainsbury's Supermarkets/MasterCard-ügyben¹ („Ítélet”). Ez az első bírósági döntés az Egyesült Királyságban, amely a MasterCard versenyellenes tevékenységéből fakadó károk megállapítására vonatkozik (egy időben több hasonló tárgyú per van folyamatban a MasterCard ellen²). A bírósági keresetet a

Sainsbury's nyújtotta be, amelynek alapja az Európai Bizottság 2007-ben hozott elítélő határozata.³ E határozat megállapította, hogy a multilaterális bankközi díjak (angolul: multilateral interchange fee, „MIF”) megállapítása során a MasterCard megsértette az Európai Unióról szóló szerződés („Szerződés”) 101. (régi számozással 81.) cikkét. A MasterCard felülvizsgálati kérelmét mind az Európai Unió Törvényszéke, mind az Európai Unió Bírósága elutasította.⁴ A Bizottság döntése így 2014-ben jogerőssé vált.

* Közgazdász, Allegro Consulting.

¹ Judgment of the Competition Appeal Tribunal, 14 July 2016, *Sainsbury's Supermarkets Ltd v MasterCard Incorporated/MasterCard International Incorporated/MasterCard Europe SA*, Case Number: 1241/5/7/15 (T).

² Sainsbury's wins damages from MasterCard over credit card fees, Patrick SAWER, in: Financial Times <https://www.ft.com/content/35fcd220-49c2-11e6-8d68-72e9211e86ab> (letöltés: 2016. 10. 13.).

³ COMP/34.579. (MasterCard), COMP/36.518. (EuroCommerce), COMP/38.580. (Commercial Cards) ügyek, HL [2009] C 264., 2009. 11. 06., 8–11.

⁴ A Törvényszék ítélete, 2012. május 24., *MasterCard Inc. and Others v European Commission*, T-111/08, EU:T:2012:260. és a Bíróság ítélete 2014. szeptember 11., *MasterCard Inc. and Others v European Commission*, C-382/12 P, EU:C:2014:2201.

Az Ítélet számos érdekes elemzést tartalmaz, különösképpen arra vonatkozólag, hogy mi lett volna a MIF mértéke, ha a versenyellenes magatartás nem jött volna létre (counterfactual elemzés). E cikkben azonban az Ítélet azon részei kerülnek górcső alá, amelyek a MIF megállapítása során felmerült károk fogyasztókra történő áthárításához kapcsolódnak.

A tanulmányban először kitérek azokra a piaci mechanizmusokra, amelyek befolyásolják, hogy profitmaximalizáló kiskereskedők milyen mértékben hárítják át a fogyasztókra a költségek növekedését. A cikk második felében kritikai jelleggel elemzem a CAT döntését az áthárítás kérdéskörét illetően.

A bemutatásra kerülő közgazdasági megközelítések és elemzések, illetve a CAT döntésére vonatkozó észrevételek a magyar versenyjogi kártérítési ügyek tekintetében is hasznos információval szolgálnak.

2. Bankközi díjak

Bankközi díjaknak nevezzük a bankkártyás fizetések során alkalmazott tranzakciós költséget, amit a kiskereskedő bankkártyaterminálját üzemeltető bank (elfogadó bank) fizet a vásárló bankkártyáját kiállító pénzügyi intézménynek (kibocsátó bank). A bankközi díjat az elfogadó bank áthárítja a kiskereskedő felé, azaz a kiskereskedő bankkártyás vásárlás esetén a vevő által fizetett ár és a bankközi díj különbségét kapja meg. A bankközi díj mértékének alapja vagy a kibocsátó és elfogadó bankok közötti megállapodás (bilaterális egyezség – kevésbé jellemző az Egyesült Királyságban), vagy a kártya kibocsátója saját maga állapítja meg ennek a díjnak a mértékét (a MasterCard és a VISA kártyaalapú rendszerei tipikusan ekképpen működnek), vagy a bankok többoldalú megállapodás formájában állapodnak meg ennek mértékéről. Ez utóbbi két eset-

ben beszélhetünk multilaterális bankközi díjakról. A versenyellenes magatartás jelen ügyben abból származott, hogy a MasterCard minimum küszöbértéket állapított meg a MIF vonatkozásában. Bár a MIF minimális mértékét a MasterCard állapította meg, azt a Bizottság és a CAT is vállalkozások (a MasterCard és a kártyahasználatra jogosult bankok) közötti megállapodásként értelmezték⁵, így az nem a Szerződés egyoldalú versenykorlátozásokról szóló 102. cikke, hanem annak vállalkozások közötti versenykorlátozásokra vonatkozó 101. cikke alapján vizsgálendő.

A MasterCard MIF a hitelkártyák esetén a kiskereskedői ár bizonyos százalékának felel meg, míg a nem hitelre alapuló bankkártyák (angolul: debit card), illetőleg a MIF legtöbbször egy előre meghatározott (fix) összeg.⁶ A MasterCard a különböző típusú kártyákra eltérő MIF-et alkalmazott. A CAT elemzése alapján az átlagos MIF szintje hitelkártyák esetén a tranzakció értékének 0,84%-a és 1,18%-a között mozgott a 2006 és 2015 közötti időszakban (átlag: 0,90%).⁷ A Debit MasterCard kártyák esetén ugyanazon időszakban a MIF átlagban a kiskereskedői ár 0,36%-át tette ki.⁸

Míg az elfogadó bank teljes mértékben áthárítja a MIF-et a kiskereskedő felé, addig nem biztos, hogy a kiskereskedő a MIF teljes értékét továbbhárítja a vevők (fogyasztók) felé. Az egész piacot érintő költségek (a MIF ebbe a kategóriába tartozik) áthárításához kapcsolódó közgazdasági elméletekről a következő fejezetben adok áttekintést.

3. Áthárítás elméletben és gyakorlatban

Ebben a szakaszban bemutatásra kerül először, hogy – elméleti jelleggel – a piaci jellemzők hogyan befolyásolják az áthárítás mértékét. Később ismertetek néhány, az Ítélet szempontjából releváns empirikus elemzést az áthárítást illetően.

5 Ítélet, 95. bekezdés.

6 Ítélet, 80. bekezdés.

7 Ítélet, 201–202. bekezdések.

8 Ítélet, 205. bekezdés. N. B.: e kártyák esetén az időszak nagy részében a MIF egy fix összeg volt, a százalékos aránya a MIF összértéke és az összes eladási érték összevetéséből adódik.

3.1. Az áthárítás mértékét befolyásoló piaci tényezők

Általánosságban elmondható, hogy az áthárítás mértéke három piaci jellemző függvénye: 1. Az áthárításhoz kapcsolódó költségnövekedés vállalat- vagy iparág-specifikus, 2. A piac szerkezete (keresleti és kínálati viszonyok), 3. A határköltséggörbe változásai a piaci szereplők termelésétől függően (pl. méretgazdaságosság jelenléte). A következőkben részletesen ismertetem, hogy ezek a piaci jellemzők milyen módon befolyásolják az áthárítás mértékét.

3.1.1. Vállalat- és iparág-specifikus költségnövekedés

Egy teljes iparágat érintő költség emelkedése esetén az iparági szereplőknek számolniuk kell azal, hogy a költség áthárítása esetén (ami a vevői oldalon magasabb árakban csapódik le) a vevők egy része nem vesz többet a termékből, vagyis kilép a piacról. Ha a vállalatok a költségnövekedés után is profitot maximalizálnak, akkor – a piaci struktúrától függően – a költségnövekmény egészét csak akkor tudják áthárítani a fogyasztókra, ha a fogyasztói kereslet teljesen rugalmatlan (vagy a piacon konstans határköltség mellett tökéletes a verseny⁹). A legtöbb piacon azonban ez nem így van. A marginális fogyasztók (akik a leginkább érzékenyek az árváltozásokra) jelenléte korlátozza a kereskedőket a teljes áthárításban. Ez csökkenti az áthárítási hajlandóságot.

Vállalatspecifikus költségnövekményről akkor beszélünk, ha a költségben bekövetkező változás csak egy bizonyos vállalatot (vagy vállalatcsoportot) érint a piacon. Általánosságban elmondható, hogy ugyanakkora költségnövekedést feltételezve a vállalatspecifikus áthárítás kisebb, mint az iparág-specifikus áthárítás. Ennek oka kézenfekvő: az egyetlen

vállalatot érintő költségnövekedést a vállalat csak úgy tudja akár részlegesen is áthárítani, ha növeli a más versenytársakhoz viszonyított árakat a saját termékein. Így viszont azokkal a marginális fogyasztókkal is számolnia kell (a piacról kilépő vevőkön túl), akik egy versenytárs termékeit vennék a vállalatspecifikus áremelkedés után.¹⁰

Jelen ügyben a MIF iparág-specifikus (minden kiskereskedőt érintő) költségnövekedésnek felel meg, ezért e tanulmány is ebben a fogalomkörben értelmezi az áthárítás kérdését.

3.1.2. Az iparág-specifikus áthárítás mértéke a piac szerkezetének függvényében

Az iparág-specifikus áthárítás mértéke függ a piac szerkezetétől. eltérő szintű áthárítás jellemzi a tökéletes versenyzői, a monopol és a két szélsőség közt elhelyezkedő oligopol piacokat.

Tökéletes versenyzői piac¹¹ esetén az iparág-specifikus áthárítás mértéke a kínálat és a kereslet árérzékenységének függvénye.¹² Minél kevésbé árérzékeny a piaci kereslet a piaci kínálathoz képest, az áthárítás mértéke annál nagyobb.¹³

$$\text{áthárítás mértéke} = \frac{1}{1 + \frac{\text{kereslet rugalmassága}}{\text{kínálat rugalmassága}}}$$

Szélsőséges esetekben (ha a kereslet teljesen rugalmatlan vagy a kínálat teljesen rugalmas) tökéletes versenyzői piacon az iparág-specifikus áthárítás mértéke 100%.

Ha a piaci verseny nem tökéletes (de a határköltség konstans¹⁴), az áthárítás mértéke a keresleti görbe alakjától és a verseny intenzitásának szintjétől függ. Homogén termékek piacán¹⁵ az iparág-spe-

9 Ennek okai a 3.1.2. fejezetben kerülnek kifejtésre.

10 Cost pass-through: the theory, measurement, and potential policy implications. A report prepared for the Office of Fair Trading, RBB Economics, 2014. február, 21. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/320912/Cost_Pass-Through_Report.pdf (letöltés: 2016. 09. 30.).

11 Mind az eladók, mind a vevők árelfogadók.

12 Az árérzékenységet a kereslet és kínálat rugalmasságával mérjük: a termék árának egyszázalékos növekedése esetén hány százalékkal csökken/nő a termékhez köthető kereslet/kínálat.

13 Lásd RBB Economics (10. l.), 56.

14 A határköltségről bővebben lásd a 3.1.3. fejezetet.

15 A legtöbb piacon a termékek – legalább részben – differenciáltak, ezért az e fejezetben ismertetettek a gyakorlatban a piac differenciáltságának figyelembevételével együtt értelmezendők.

cifikus áthárítás abszolút mértékét a következő egyenlet fejezi ki:

$$\text{áthárítás mértéke} = \frac{1}{1 + \theta(1 + \varepsilon_{IKM})}$$

Az egyenlet jobb oldalán az ε_{IKM} a keresleti görbe alakjának mérőszáma,¹⁶ amely konvex keresleti görbe esetén negatív, konkáv keresleti görbe esetén pozitív, lineáris keresleti görbe esetén nulla. θ a piaci verseny intenzitásának mutatója, amely tökéletes versenyzői piac esetén a 0 értéket veszi fel, monopolpiac esetén pedig 1-gyel egyenlő. θ a két szélsőség közötti esetekben a piaci verseny intenzitásától függően 0 és 1 közötti értéket vesz fel.¹⁷ Általánosságban elmondható,¹⁸ hogy a piaci versenynyomás növekedése magasabb áthárítási rátához vezet.

A fenti kifejezésből adódik, hogy amennyiben a piac tökéletesen versenyző ($\theta=0$), az áthárítás mértéke egy (azaz a költség 100%-a áthárítódik). Monopolpiacot ($\theta=1$) és lineáris keresleti görbét ($\varepsilon_{IKM}=0$) feltételezve a monopolista vállalat a beszállítói oldalon felmerülő költségnövekedés 50%-át hárítja át a vevőkre. Ezek alapján érthetővé válik, hogy a MasterCard az áthárításra vonatkozó védekezés során annak mértékét az 50% és 100% közötti intervallumon belülről becsülte.¹⁹

Nem tökéletesen versenyző és nem monopolista, konstans határköltségű piacon az áthárítás mértéke a nullához közelít, ha az egyenlet nevezője, azaz ε_{IKM} nagy. Ez csak olyan szélsőséges esetekben van így, ha a vállalatok a keresleti görbe azon szakaszán tevékenyek, ahol a kereslet majdnem teljesen rugalmas.

3.1.3. Az áthárítás mértéke a határköltséggörbe változásainak függvényében

A közgazdasági irodalom határköltségnek nevezi azokat a költségeket, amelyek a vállalati kibocsá-

tás ingadozásainak függvényében változnak. A határköltségek közé tartozó költségelemek száma attól függ, hogy milyen hosszú időszakot veszünk alapul.²⁰ A határköltségek közé soroljuk tipikusan az anyagköltségeket, a munkaerő költségét (ha az alkalmazott munkaerő a kibocsátás változásait követi), a marketingköltségeket.

Amennyiben a piacot csökkenő határköltség jellemzi – azaz a kibocsátás növelése folyamatosan csökkenő költségráfordítással érhető el –, a piac méretgazdaságos (nagyobb vállalat hatékonyabban termel). Méretgazdaságos piac esetén egy iparági költségnövekedésnek kettős hatása van. Egyrészt a költségnövekedés önmagában az árak emelkedéséhez vezet. Másrészt az áremelkedés hatására a piacon lévő vállalatok termékei iránti kereslet csökken, ami a kibocsátás csökkenését vonja maga után. Alacsonyabb kibocsátási szint mellett a határköltség magasabb, aminek kiegészítő árnövelő hatása van. Ennek ellenkezője történik, ha a piacot emelkedő határköltség jellemzi: az alacsonyabb kibocsátás melletti kisebb határköltség enyhíti az áthárítás mértékét.²¹

Az áthárítás mértéke elméleti jellegű megközelítései bemutatása után a következő fejezetben ismertetek néhány, az élelmiszeripari termékek piacára vonatkozó empirikus elemzést, amelyekben a tanulmányok szerzői az iparág-specifikus áthárítás mértékét becsülték.

3.2. Empirikus elemzések az áthárítás mértékének becsülésére (irodalmi áttekintés)

Az áthárítás mértékének becsülését középpontba helyező empirikus kutatások száma nem túl nagy.²² Az élelmiszer-kereskedők piacára vonatkozó eddig készített elemzések alapján azt mondhatjuk, hogy az iparág-specifikus áthárítás mértéke több tényező együttes függvénye: a termék jellege, a piac struktúrája, az alkalmazott modellkeret, a vizsgált időszak,

16 Inverz Keresleti görbe Meredekségének (IKM) rugalmassága.

17 Lásd RBB Economics (10. l.), 17–18. Differenciált termékek piacán a θ helyét az aggregált áttérési ráta mérőszáma (D) veszi át: $\theta = (1 - D)$. Azaz minél több termék egymás közeli helyettesítője a piacon, annál nagyobb az áthárítás mértéke.

18 Ha $\varepsilon_{IKM} > -1$.

19 Ítélet, 466. bekezdés.

20 Közismert közgazdasági tétel: hosszú távon minden költség változó.

21 Lásd RBB Economics (10. l.), 19–20.

22 Az e témakörben fellelhető elméleti és empirikus elemzésekről készített általános összefoglalót lásd in: RBB Economics (10. l.), 7. fejezet.

a földrajzi piac stb. Ugyanakkor az elemzések arra is rávilágítanak, hogy az élelmiszerek piacán a legtöbb termék tekintetében bizonyos mértékig továbbhárítják a felmerült költségeket.

Nakamura és Zerom (2010) többéves intervallumot lefedő Nielsen- és nagykereskedői adatsorokat felhasználva adott becslést a kávétermékekre vonatkozólag megfigyelt áthárítás mértékére az Egyesült Államokban.²³ Az általuk felállított dinamikus modell eredménye alapján azt látjuk, hogy ha a kávé-alapanyagok költsége 1 centtel emelkedett, a nagykereskedői árak hosszú távon 0,852 centtel, míg a kiskereskedői árak 0,916 centtel emelkedtek.²⁴ A nagykereskedői árak változásai majdnem teljes mértékben megjelentek a kiskereskedői árakban: a két árszint közötti áthárítás mértékét már rövid távon is majdnem 100%-ra becsülték.²⁵

Kim és Cotterill (2008)²⁶ az amerikai feldolgozott sajt piacára (differenciált termékek²⁷) vonatkozóan végeztek becsléseket az iparág-specifikus áthárítás mértékére. A szerzők Bertrand–Nash-egyensúlyi modell²⁸ alkalmazása mellett a költségáthárítás mértékét 73% és 103% közé becsülték (attól függően, hogy melyik kereskedőről volt szó).²⁹ Egy másik esetben, amikor a feltételezés szerint a piaci szereplők összejátszanak (kartell), az áthárítás mértéke a 21% és 31% közötti intervallumban mozgott.

Besanko, Dubé, Gupta (2005) egyesült államokbeli kiskereskedői láncokban értékesített 78 termék tekintetében becsülték a nagy- és kiskereskedői árak közötti áthárítás mértékét.³⁰ Bár a tanulmányban szereplő elemzések nem iparág-specifikusak, mégis fontosnak találtam hivatkozni erre a cikkre, mert a tanulmány a kiskereskedői piacon található termékek széles skáláját lefedi. Az elmélet szerint

jellemzően azt várjuk, hogy az áthárítás vállalat-specifikus mértéke kisebb, mint az ugyanarra a piacra vonatkozó iparág-specifikus áthárítás (lásd fentebb). Így az itt feltüntetett eredmények alulbecslik az iparág-specifikus áthárítást. Az eredmények alapján az áthárítás mértéke a saját terméken átlagosan több mint 60%, de termékkategóriák között erőteljes a különbség (legkisebb: 22% [fogkrém]; legnagyobb: 558% [sör]).³¹ Azaz a nagykereskedői árak 1%-os emelkedése az ugyanazon termékre vonatkozó kiskereskedői árak több mint 0,6%-os emelkedéséhez vezetett átlagosan. A legtöbbször abban az esetben is pozitív az áthárítás, amikor egyes egyedi termékeken megfigyelhető áthárítás mérésére alkalmazták a modellt. Érdekes megemlíteni, hogy a szerzők arra is rávilágítanak, hogy általában azokon a termékeken a legnagyobb az áthárítás mértéke, amelyek a legnagyobb piaci részesedéssel rendelkeznek.

Végezetül néhány európai példa. Bonnet et al. (2013) elemzésének témája a német kávépiacon felmerülő költségsokkok átgyűrűződése a fogyasztói árakba.³² A szerzők a nemlineáris árazás, az árdiszkrimináció, illetve a minimális viszonteladási árak áthárításra gyakorolt hatásait vizsgálták. Ez a modell is Bertrand–Nash-egyensúlyra épült. A modell alapesetében – lineáris árazás, egységes árazás, nincs minimális viszonteladási ár – az áthárítás rugalmassága márkaszinten 0,49% és 0,6% között mozgott. Azaz amennyiben a kávéalapanyag költsége 1%-kal változott, a kávé fogyasztói ára legalább 0,49%-kal változott ugyanabba az irányba. Ahogy a három fő paramétert változtatták, úgy változott az áthárítás mértéke is: nemlineáris árazás esetén az áthárítás mértéke valamelyest csökkent (0,49-0,59%), a kétré-

23 Emi NAKAMURA–Dawit ZEROM: Accounting for Incomplete Pass-Through, *Review of Economic Studies* (2010) 77, 1192–1230, http://www.columbia.edu/~en2198/papers/passthrough_dynamic.pdf (letöltés: 2016. 10. 11.).

24 Lásd NAKAMURA–ZEROM (23. lj.) 1200.

25 Lásd NAKAMURA–ZEROM (23. lj.) 1201.

26 Donghun KIM–Ronald W. COTTERILL: Cost Pass-Through in Differentiated Product Markets: the Case of U.S. Processed Cheese, *The Journal of Industrial Economics*, Volume LV, 2008. március, https://www.researchgate.net/publication/4992959_Cost_Pass-Through_in_Differentiated_Product_Markets_The_Case_of_US_Processed_Cheese (letöltés: 2016. 10. 10.).

27 Egy differenciált termékek jelenlétével jellemezhető piacon a versenytársak termékei különböző mértékben helyettesítik egymást.

28 Minden vállalat egyénileg határozza meg saját profitmaximalizáló árszintjét, tekintetbe véve más vállalatok mindenki által megfigyelhető döntéseit. Nash-egyensúly fennállása esetén az egyéni vállalat stratégiája a más vállalatok stratégiájára adott optimális válasz (egyetlen vállalatnak sem érdemes másféle stratégiát követni).

29 Lásd KIM–COTTERIL (26. lj.), 44.

30 David BESANKO–Jean-Pierre DUBÉ–Sachin GUPTA: Own-Brand and Cross-Brand Retail Pass-Through, *Marketing Science*, Vol. 24. No. 1., Winter 2005, 123–137. <https://research.chicagobooth.edu/marketing/databases/dominicks/docs/Own-brand-and-Cross-brandRetail.pdf> (letöltés: 2016. 10. 10.).

31 Lásd BESANKO–DUBÉ–GUPTA (30. lj.), 131.

32 Celine BONNET–Pierre DUBOIS–Sofia B. VILLAS-BOAS–Daniel KLAPPER: Empirical Evidence on the Role of Nonlinear Wholesale Pricing and Vertical Restraints on Cost Pass-Through, *Review of Economics and Statistics*, Vol. 95., no. 2., 2013, 500–515.

szes árképzés modellbe illesztése szintén csökkentette az áthárítást (0,46-0,57%), míg a minimális viszonteladási ár jelenléte átlagban 10 százalékponttal növelte az áthárítás rugalmasságát (0,54-0,69%).³³

Loy et al. (2014), illetve Loy, Weiss, Glauben (2016) többek között az áthárítás során megfigyelt aszimmetriákra, az áthárításig eltelt időre, illetve a menüköltségek³⁴ vizsgálatára helyezték a hangsúlyt empirikus kutatásaik során.^{35, 36} A tanulmányok a tejtermékek európai piacaihoz kapcsolódtak. Eredményeik alátámasztják azt az általánosan megfigyelt jelenséget, hogy az árak gyorsabban reagálnak a költségek emelkedésére, mint azok csökkenésére („rakéta-madártoll” effektus). Továbbá ez az aszimmetria inkább megfigyelhető azon termékek esetében, amelyekben a kiskereskedő árrése kisebb (pl. saját márkás termékek). Mindemellett a költségek növekedése ezen kis árrésű termékek áraiban általában gyorsabban megjelenik, mint a nagyobb árrésű termékek áraiban. A menüköltségeknek pedig egyértelmű lassító hatása van az áthárításig eltelt idő tekintetében.³⁷

Bár az áthárítás hatásának pontosabb feltérképezéséhez elengedhetetlen további empirikus hatásvizsgálatok készítése (az élelmiszer-kereskedői piacokra és általában más piacokra vonatkozólag), az eddig elévzett elemzések alapján összességében elmondható, hogy az áthárítás mértéke általában pozitív.

4. Az áthárítás kérdéskörének megközelítése a CAT Ítéletében – kritikai észrevételek

A CAT értelmezése szerint az áthárítás kérdését a jogászok és közgazdászok eltérő módon közelítik meg. A közgazdászok számára az áthárítás kérdés-

körében az a jelentős, hogy a vállalat milyen módon kompenzálja a költségnövekedést. A jogászok viszont arra a kérdésre keresik a választ, hogy a kártérítési igénynek van-e alapja e vonatkozásban. Ebből fakadóan a közgazdász arra helyezi a hangsúlyt, hogy a költségnövekedés megjelenik-e az árakban vagy egyéb költségek, illetve kiadások csökkenésében. Jogi szempontból viszont az áthárításon alapuló védekezés során azt kell megvizsgálni, hogy van-e ok-okozati függés a költség és az árak változásai között.³⁸ A döntéshozatal során a Bíróság megállapította, hogy ezt az ok-okozati összefüggést nem lehet számszerűen kimutatni, így az áthárításon alapuló védekezés nem megalapozott.

A CAT nagyvonalúan tesz különbséget közgazdászok és jogászok között ezzel a kijelentéssel: feltételezve, hogy a közgazdászok számára nem számítnak a tényszerű bizonyítékok.³⁹ Éppen ellenkezőleg, a közgazdászok a tények felhasználásával jutnak el bizonyos, az ügy szempontjából lényeges következtetésekre. Legtöbbször azonban elkerülhetetlen, hogy feltételezésekkel éljünk a piaci viszonyokra vonatkozóan. Némely esetben a hiányzó adatok miatt kell feltételezésekkel élni, más esetekben viszont a túlságosan bonyolult összefüggésrendszerek miatt van szükség egyszerűsítő feltevésekre. Amíg ezek a feltevések nem mondanak ellent a piacon általános jelleggel megfigyelhető folyamatoknak, nem valószínű, hogy a feltételezéseken alapuló számítások rossz eredményre vezetnek.

4.1. Széleskörűen értelmezett elemzés

A CAT piacértelmezése szerint a Sainsbury's nyilvánvalóan áthárította a MIF-ből fakadó versenyellenes költségnövekedést⁴⁰ (ahogy másfajta jel-

33 Lásd BONNET et al. (32. lj.), 510.

34 Az árak változtatásához kapcsolódó vállalati költségek: pl. árcédulák átírása, számítógépes rendszer módosítása, új árstratégia kidolgozása.

35 Jens-Peter LOY, Thore HOLM, Carsten STEINHAGEN, Thomas GLAUBEN: Cost Pass-through in Differentiated Product Markets: a Disaggregated Study for Milk and Butter, Contributed Paper prepared for presentation at the 88th Annual Conference of the Agricultural Economics Society, AgroParisTech, Paris, France 9-11 April 2014, http://ageconsearch.umn.edu/bitstream/169762/2/Jens-Peter_Loy_AES%2003%202014%20JP%20Loy.pdf (letöltés: 2016. 10. 13.).

36 Jens-Peter LOY, Christoph R. WEISS, Thomas GLAUBEN: Asymmetric Cost-pass Through? Empirical Evidence on the Role of Market Power, Search and Menu Costs, *Journal of Economic Behavior & Organization*, 123 (2016), 184–192.

37 Lásd LOY et al. (35. lj.), 16–17.; LOY, WEISS, GLAUBEN (36. lj.), 189–190.; e témakörben egy korábbi Versenytükörben Bokor László jelentetett meg átfogó elemzést: Bokor László: Aszimmetrikus ártranszmisszió a motorikus üzemanyagok piacán, *Versenytükör*, XI. évf., 2015. 2. szám, 4–12.

38 Ítélet, 484. (4) bekezdés.

39 Pass-on in the UK MasterCard litigation. Casenote, 2016. szeptember, Case Associates. <http://www.casecon.com/wp-content/uploads/Casenote-Sainsbury-Pass-on-Sept-2016-v21.pdf> (letöltés: 2016. 10. 10.).

40 Ítélet, 468. bekezdés. Az Ítélet szövege alapján ezt akár 100%-os áthárításként is értelmezhetjük.

legű költségek növekedését is áthárítja), ezt a költségemelkedést azonban lehetetlen a Sainsbury's által eladott egyedi termékek áraihoz ok-okozati jelleggel hozzárendelni⁴¹ (pl. nem lehet megmondani, hogy a MIF a különféle gyümölcsök árát hány százalékkal emelte meg).

A költségek emelkedését a Sainsbury's termékeihez egyénekenként hozzárendelni valóban lehetetlen feladat. A Bíróság azonban általános jelleggel elfogadja, hogy egyes esetekben az áthárítás mértékét szélesebb értelemben vett feltevéseken alapuló elemzéssel is meg lehet becsülni.⁴² Ezért tűnik ellentmondásosnak a Bíróság azon álláspontja, amely szerint elengedhetetlen a költség és az egyedi árak közötti ok-okozati függés részletes feltárása.

Ezenkívül az Ítélet legalább három helyen tartalmaz ilyen szélesebb értelemben vett becsléseket a kár mértékére, illetve az alkalmazott kamatlábra vonatkozóan:

- Az Ítélet hosszan taglalja a módszert, ami alapján a CAT a MIF hiányában felmerülő bankközi díjakra vonatkozóan ad becslést („counterfactual” megközelítésmód). A kár mértékének becslésére a Bíróság átlagos értékeket használ mind a MasterCard hitelkártyák, mind a nem hiteljellegű (debit) kártyák tekintetében. Az Ítélet szerint MIF hiányában a hitelkártyákon alkalmazott bankközi díj 0,50% lett volna (0,90% a megfigyelt érték), míg a debit kártyák esetében 0,27% (0,36% a megfigyelt érték).⁴³
- A CAT arra vonatkozóan is becslést ad, hogy a Sainsbury's Bank által felszámított versenyellenes MIF milyen mértékben segítette elő a Sainsbury's mint vállalatcsoport helyzetét. E tekintetben azonban, úgy tűnik, nem vonatkozik a „broad axe” használatától: az Ítélet értelmében ez az átlagos arány a MIF-ből származó banki profit 80%-a volt.⁴⁴
- Végezetül a Bíróság a kár mértékéhez hozzáadandó elmaradt kamatot (a versenyellenes magatartás miatt a Sainsbury's által elvesztett elvárt hozam) is igen nagyvonalúan állapítja meg. A MIF minden élelmiszer-áruházláncot érintett, amiből adódóan a Sainsbury's a MIF

50%-át áthárította, így a kamatot is a MIF 50%-a alapján kell számolni.⁴⁵ (N. B.: ez az érték összefüggésben áll a 3.1.2. fejezetben ismertetett elméleti jellegű áthárítás egyik küszöbértékével.)

Az Ítélet szövegében szereplő nyilvánvaló ellentmondásokon túl – amin a zárójelben (utólag?) hozzáillesztett megjegyzés⁴⁶ sem segít túlságosan – azt látjuk, hogy a CAT több esetben sem tartózkodik átlagos értékeken alapuló becsléseket adni a kár mértékének megállapításakor. Rejtély, hogy egy hasonló jellegű megközelítés miért nem elfogadott az áthárítás mértékének becslése esetén, és miért szükséges részletes ok-okozati elemzést adni a MIF és az egyedi termékek ára közötti kapcsolat tekintetében.

Ahogy a CAT is említi, lehetetlen olyan elemzést végezni, amelynek célja a MIF versenyellenes mértékének kimutatása az egyedi termékek áraiban, mert – többek között – a napi jellegű árváltozások és a termékeken eltérő mértékű alkalmazott árrések miatt az ilyen jellegű elemzés nem vezetne értelmezhető eredményre. Ez azonban nem ok arra, hogy a CAT figyelmen kívül hagyja az áthárítás becslésére rendelkezésre álló összes lehetséges koncepciót.

Egyrészt a 3.2. fejezetben bemutatott empirikus tanulmányok eredményei arra engednek következtetni, hogy az áthárítás valamilyen szinten minden piacon jelen van. A CAT döntésének eredményeképpen viszont az áthárítás mértéke a Sainsbury's által eladott termékek esetén 0%. Másrészt az elemzés ok-okozati jellege akkor is fennállhat, ha nem egyedi termékek napi szintű árait hasonlítjuk a MIF mértékéhez. Minthogy a MIF-et a Sainsbury'snek minden termék eladása során költségként kellett felszámolnia, több termék és időszak aggregálásával (ahogy azt a CAT is tette pl. a counterfactual elemzés kapcsán – lásd fentebb), és az így számított átlagos értékek MIF-fel való összehasonlításával az elemzés nem vesztené el ok-okozati jellegét.

A következő fejezetben bemutatom, hogy a Bíróság hiába helyezi az ok-okozati összefüggés feltárását a középpontba, az mégsem a leglényegesebb szempont az áthárítás mértékének megállapításakor

41 Ítélet, 459. bekezdés.

42 Ítélet, 423. (3) bekezdés (a CAT a korábbi jogesetekben használt „sound imagination” és „broad axe” kifejezéseket alkalmazza).

43 Ítélet, 266. (3) bekezdés.

44 Ítélet, 501. bekezdés.

45 Ítélet, 525. (1) bekezdés.

46 „[A]lbeit not in a manner which would have amounted to a 'defence' of pass-on” (Ítélet, 525. (1) bekezdés).

a Sainsbury's termékein, és ezt a Sainsbury's saját nyilatkozata is alátámasztja.

4.2. Az áthárítás és a verseny mértéke a kiskereskedői piacon

A Sainsbury's nyilatkozata alapján a Bíróság egy helyen megjegyzi, hogy az árak nem a költséghez kötöttek, hanem azokat a más kiskereskedői láncokkal (elsősorban Tesco, Asda) fennálló piaci verseny alapján állapítják meg.⁴⁷ Emellett a CAT többször is felveti, hogy a MIF nem egy aszimmetrikus költség, ami csak a Sainsbury's oldalán merül fel, más kiskereskedői láncoknál (pl. Tesco, Asda) viszont nem.⁴⁸ Mindebből az következik, hogy az áthárítás mértéke nem a költség és árak közötti ok-okozati viszony mentén értelmezendő elsősorban, hanem az a kiskereskedői piacon fennálló verseny nyomás függvénye. A versenynyomáson alapuló szemlélet visszautal a 3. fejezetben bemutatott elméletekre: az iparág-specifikus áthárítás mértéke függ a piaci verseny erősségétől (minél erősebb a verseny a piacon, annál nagyobb az áthárítás mértéke). A piaci verseny kérdéskörében a Sainsbury's nyilatkozatát úgy lehet értelmezni, hogy a verseny viszonylag erős a kiskereskedői láncok között.

A 3. fejezetben foglaltak szerint az áthárítás szintje függ a végső fogyasztók keresletének rugalmasságától is (minél kisebb a kereslet rugalmassága, annál nagyobb az áthárítás mértéke). Az Ítélet alapján a Sainsbury's üzleti tevékenysége 90%-ban élelmiszeripari termékek árusításához kapcsolódik.⁴⁹ Az élelmiszeralapszükséglet, ami alapján feltételezhetjük, hogy a fogyasztók kereslete viszonylag rugalmatlan (ez a feltételezés nem minden termék esetében áll fenn). Mindenesetre a MIF élelmiszerárakhoz viszonyított relatív értéke csekély, annak versenyellenes mértéke a CAT által becsült counterfactual MIF-hez képest pedig még kisebb: a megfigyelt MIF és a counterfactual MIF közötti különbség átlagosan maximum az eladási érték 0,40%-a. Aránylag rugalmatlan keresletű termékek esetén egy minimális áremelkedés nagy valószínűséggel nem vezet a fogyasztók jelentős mértékű piacról

való kilépéséhez az egész élelmiszer-iparág tekintetében.

A versenyellenes magatartás több éven keresztül tartott, így feltételezhető, hogy a költségek áthárításával járó adminisztratív költségek (menüköltség) hosszú távon nem játszottak meghatározó szerepet.

Az élelmiszeripari piacon megfigyelhető és a Sainsbury's által is elismert erős versenyből, a kereslet viszonylagos rugalmatlanságából, és a MIF élelmiszerárakhoz képest elenyésző mértékéből kiindulva feltételezhető tehát, hogy a Sainsbury's (a Tescoval, Asdával stb. megegyezően) hosszú távon a MIF nagy részét átháríthatta a fogyasztókra.

4.3. A közvetett vevők szerepe

A Bíróság értelmezése szerint kockázatos úgy eljárni, hogy vélelmezzük a költségek áthárítását a közvetlen vevőkre, mert ez alapján bármely kárigény túlságosan elaprózódik vagy lehetetlenné válik az áthárítás bizonyítása.⁵⁰ Továbbá, ha a közvetett vevők (jelen esetben a fogyasztók) nem nyújtanak be kártérítési kereset, vagy az erre vonatkozó kereset sikertelen, az alperes (jelen esetben a MasterCard) jogtalanul tartja vissza az okozott kár áthárítással érintett részét.⁵¹

Habár az Egyesült Királyság jogszabályába még nem került átültetésre, a versenyjogi kártérítési esetekre alkotott uniós irányelv („Irányelv”) értelmében bizonyos esetekben vélelmezni kell a költségek közvetett fogyasztókra áthárításának megtörténtét.⁵² Ehhez a közvetett vevőknek igazolniuk kell, hogy

„a) az alperes versenyjogi jogsértést követett el;

b) a versenyjogi jogsértés árnövekedést eredményezett az alperes közvetlen vevőjénél; valamint

c) a közvetett vevő a versenyjogi jogsértés tárgyát képező termékeket vagy szolgáltatásokat, illetve a versenyjogi jogsértés tárgyát képező termékeket vagy szolgáltatásokat tartalmazó vagy az ilyen termékekből vagy szolgáltatásokból származtatott termékeket vagy szolgáltatásokat vett.”⁵³

Jelen ügyben, úgy tűnik, mindhárom feltétel teljesül. Az Ítélet tehát az Irányelvvvel szemben foglal

47 Ítélet, 451–452. bekezdések.

48 Pl. Ítélet, 467. bekezdés.

49 Ítélet, 451. bekezdés.

állást abban a tekintetben, hogy milyen szerepet szán a közvetett vevőknek. Ez a bizonyítási teher szempontjából fontos: míg az Ítélet alapján az áthárítás meglétének igazolása a MasterCardot terheli, addig az Irányelv útmutatásai alapján a Sainsbury'snek kell megfelelő elemzésekkel alátámasztania, hogy a versenyellenes magatartásból fakadó költségeket nem hárította át a végső fogyasztókra.

A fentiekhez hozzátartozik, hogy néhány hónappal ezelőtt az egyesült királyságbeli fogyasztók nevében csoportos keresetet nyújtottak be a CAT-hoz (melyet a Bíróság be is fogadott).⁵⁴ A kereset „opt-out” jellegű perként lett benyújtva, azaz alapesetben az összes, 1992 és 2008 közötti vásárlások esetén MasterCardot használó – legalább 16 éves és ezen időszak alatt az Egyesült Királyságban tartózkodó – fogyasztót képviselik a per folyamán. A kárigény a per kezdetén 14 milliárd font (kb. 4800 milliárd forint). Úgy vélem, hogy az áthárítás mértéke e csoportos kereset során is hangsúlyos szerepet kaphat, ahol nemcsak egy meghatározott kiskereskedői lánc áthárítási gyakorlata kerül majd a fókuszpontba.

5. Összegzés

A Bíróság elutasította a MasterCard áthárításon alapuló védekezését, mert nem lehet ok-okozati összefüggést feltárni a MIF versenyellenes mértékéből származó költségnövekedés és a Sainsbury's által eladott egyedi termékek árai között. A MIF versenyellenes szintjéből származó költségnövekedés egyedi termékek áraihoz kötésének követelménye meglehetősen szigorú, tekintve, hogy az Ítélet mind a kár mértékének becslése (counterfactual piaci viszonyok), mind a versenyellenes magatartás miatt el-

maradt kamat tekintetében élt az átlagos értékeken alapuló elemzés („*broad axe*”) nyújtotta előnyökkel.

Továbbá a Bíróság a döntéssel gyakorlatilag egyenlőségjelet tett az ok-okozati összefüggés feltárásának lehetetlensége és az áthárítás mértékének vélelmezett hiánya közé. Másképp kifejezve, az áthárítás gyakorlati kimutatásának lehetetlensége olyan állapotot eredményez, mintha egyáltalán nem lett volna áthárítás. Ez a szemlélet több okból is vitatható. Egyrészt az iparág-specifikus áthárítás tárgyköréhez kapcsolódó közgazdasági elméletek alapján az áthárítás mértéke csak szélsőséges esetekben nulla. Másrészt a korábbi empirikus elemzések is kimutatták, hogy az áthárítás mértéke az élelmiszerpiacokon általánosságban véve pozitív.

Az is kérdéses, hogy jelen ügyben az ok-okozati összefüggés feltárása döntő szempont-e egyáltalán az áthárítás kérdésében. A piacon lévő erős verseny nyomás esetén feltételezhetjük, hogy a piaci szereplők költségeik nagy részét – beleértve a MIF által okozott költségemelkedést – továbbhárítják a fogyasztókra (ezt a Bíróság is elismeri).

Végezetül a Bíróság a bizonyítási teher kérdésében ellentmond a hamarosan minden uniós tagállamban átültetésre kerülő Irányelvnek, mert az áthárítás meglétének igazolását az alperestől (MasterCard) várja el. Érdekes lesz megfigyelni, hogy a többi hasonló eljárás, illetve a fogyasztók nevében benyújtott csoportos kereset tekintetében a Bíróság ragaszkodni fog-e ehhez a megközelítésmódhoz.

Az áthárításhoz kapcsolódó közgazdasági megközelítésmódok nemcsak a CAT vonatkozásában értelmezendők. Az áthárítás kérdésköre és a közvetett fogyasztók szerepe a jövőben a magyar bíróságok előtt képviselt ügyekben is központi szerephez juthatnak.

50 Ítélet, 484. (4) bekezdés. A Bíróság itt valószínűleg a költség és az egyedi termékek árai közötti ok-okozat összefüggés feltárásának szükségességére hivatkozik.

51 Ítélet, 484. (4) bekezdés.

52 Az Európai Parlament és a Tanács 2014/104/EU irányelve (2014. november 26.) a tagállamok és az Európai Unió versenyjogi rendelkezéseinek megsértésén alapuló, nemzeti jog szerinti kártérítési keresetekre irányadó egyes szabályokról [2014] HL L 349, 2014. 12. 05., 14.

53 Lásd Irányelv (54. lj.), 14. cikk (2).

54 Competition Appeal Tribunal, Notice of an Application to Commence Collective Proceedings under Section 47B of the Competition Act 1998, Case no. 1266/7/7/16.

Az Európai Bizottság e-kereskedelmi piacon lefolytatott ágazati vizsgálatának bemutatása

The European Commission's e-commerce sector inquiry

Abstract

In the e-commerce sector inquiry, the European Commission analysed the factors that have changed the behaviour of market participants in recent years. The growth of e-commerce has led to increased price transparency, free-riding and the appearance of new market participants such as online marketplaces and price comparison tools. Exclusivity, geo-blocking and other contractual restrictions are common in the market of both consumer goods and digital content. The question is whether these practices hinder new players from entering the market and consequently restrict competition.

Tárgyszavak: területi alapú korlátozás, szelektív forgalmazási rendszer, digitális tartalom online közvetítése, szerződéses korlátozások

Keywords: geo-blocking, selective distribution system, online transmission of digital content, contractual restrictions

1. Bevezetés

Az Európai Bizottság („Bizottság”) 2015 májusában a Digitális Egységes Piaci Stratégia részeként ágazati vizsgálatot indított az e-kereskedelem területén zajló piaci folyamatok megismerése és értékelése céljából.¹ A digitális egységes piac célja, hogy megszűnjenek a különálló nemzeti piacok és helyettük egyetlen egységes piac legyen, amely gazdasági növekedést indukál és új munkahelyeket eredményez. A digitális egységes piac biztosítja az áruk, személyek, szolgáltatások és a tőke szabad áramlását ugyanúgy, mint a hagyományos egységes piac. A fogyasztók és a vállalkozások könnyedén hozzáférnek az online kínált árukhoz és szolgáltatásokhoz függetlenül attól, hogy mi a nemzetiségük vagy hol van a lakóhelyük (székhelyük).

Az ágazati vizsgálattal a Bizottság arra keresi a választ, hogy a növekvő e-kereskedelem hogyan befolyásolja a vállalkozások döntéseit a forgalmazási gyakorlatuk tekintetében, valamint hogy milyen mértékben növeli a szerződéses korlátozások alkalmazását vagy akár új korlátozások bevezetését.

A vizsgálat két nagy tárgykört ölel fel: a fogyasztási cikkek online értékesítését és a digitális tartalom szolgáltatását. A fogyasztási cikkek vonatkozásában az ágazati vizsgálat a forgalmazási modelleket elemzi; egyrészt a kizárólagos és szelektív forgalmazási megállapodásokat, másrészt az olyan szerződéses kikötéseket, amelyek korlátozzák a kereskedőt abban, hogy határon átnyúló kereskedelmi tevékenységet folytasson, online reklámozza vagy értékesítse termékét, online ár-összehasonlító weboldalakat használjon vagy szabadon állapítsa meg

* Vizsgáló, Nemzetközi Iroda, Gazdasági Versenyhivatal.

¹ A vizsgálat 2016 szeptemberében lezárult, amelynek eredményeként a Bizottság közzétette az arról szóló előzetes jelentést. http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_preliminary_report_en.pdf (letöltés: 2016. 09. 22.) A cikk az ebben a jelentésben foglaltakat ismerteti.

termékei árát. Ezek a megkötések ugyanis sérthetik a versenyjogi szabályokat és korlátozhatják a szabad versenyt. A digitális tartalmak tekintetében a vizsgálat a szolgáltatásnyújtás területi alapon való korlátozására és a licencszerződések versenyre gyakorolt lehetséges hatásaira irányul.²

2. A fogyasztási cikkek online értékesítése

2.1. A vizsgálat alanyai

A fogyasztási cikkek online értékesítésével kapcsolatban a vizsgálat szereplői a kereskedők, gyártók, online piacterek, ár-összehasonlító oldalak és fizetési szolgáltatást nyújtó vállalkozások voltak.³

Az online piactér egy olyan felület, ahol különböző felhasználók, azaz kereskedők, fogyasztók, hirdetőik vannak jelen, és amely lehetővé teszi, hogy közöttük tranzakció jöhessen létre. Egyes online piacterek pusztán értékesítési felületet biztosítanak, anélkül hogy ők maguk eladóként járnának el (pure marketplaces). Ugyanakkor vannak olyan felületek is, ahol az online piactér jelen van kereskedőként, így a termékei együtt jelennek meg a weboldalon a versenytársai áruival együtt.⁴

Az online piacteret használó fogyasztók számára a legfontosabb szempont a széles termékválaszték, az online felület kinézete és a felhasználóbarát weboldal, csak ezek után következik a termék ára. Az eladók azt az online felületet tartják versenyképesebbnek, amelyet sok fogyasztó látogat, és amelyen sok fogyasztó regisztrál vagy vásárol.⁵

Az ár-összehasonlító eszköz lehet egy weboldal vagy mobiltelefonról, illetve tabletről elérhető alkalmazás. A fogyasztó nem tud közvetlenül vásárolni ezeken a felületeken, hanem átirányítják őt a kereskedő honlapjára. A fogyasztónak rendszerint nem kell regisztrálnia a felületen és a szolgáltatás igénybevétele sem kerül pénzbe, hanem a kereskedő köteles díjat fizetni azért, hogy termékei megjelenjenek a weboldalon. A díjat az alapján számolják ki, hogy

hányszor kattintottak az adott kereskedő termékére, ezáltal hányszor irányítják át a fogyasztót a kereskedő saját oldalára (pay-per-click basis) vagy a tényleges értékesítések (adott esetben megrendelések) száma alapján (pay-per-sale/order). Ezek a weboldalak általában nem egy termékkategóriára specializálódnak. A vizsgálatban résztvevők közül majdnem az összes vállalkozás repertoárjában megtalálhatók elektronikai termékek, háztartási eszközök, számítógépes játékok és kozmetikai termékek. Az összehasonlítás nem kizárólag ár alapján történhet, egyéb összehasonlítási kritérium lehet például a termék népszerűsége, a szállítás költsége, gyorsasága vagy a termék fogyasztók általi értékelése.⁶

Az ár-összehasonlító oldalak tekintetében a fogyasztók úgy gondolják, hogy ha a legújabb termékek, valamint általában véve sokfajta termék elérhető az online felületen, akkor érdemes használni az adott oldalt. Továbbá azokat az oldalakat használják a legtöbben, amelyek felhasználóbarátok, és ahol magas a regisztrált eladók száma. Az eladók pedig azokat az oldalakat részesítik előnyben, amelyeket sok fogyasztó látogat, és amelyeket kedvező díj ellenében használhatnak.⁷

2.2. Árazás és forgalmazás

Az online kereskedelem elterjedése lehetővé teszi a termékárak könnyű és gyors összehasonlítását. A választék már nem korlátozódik a vásárlók környezetében, helyi szinten elérhető árukra, az interneten sokkal nagyobb kínálat válik elérhetővé. Ez a megnövekedett átláthatóság azonban nemcsak a fogyasztóknak kedvez, hanem a kereskedőknek is. Képesek ugyanis nyomon követni a versenytársaik árait, megfigyelni árazási magatartásaikat. A vizsgálatból kiderül, hogy a válaszadók 53%-a figyelemmel kíséri a versenytársai online kínált termékeinek az árát, 67%-uk pedig külön erre a célra alkalmas szoftvert is használ. A megfigyelés azt eredményezi, hogy egymáshoz igazítják áraikat. Az ármódosítás napi szinten vagy az akciós időszakokban fordul elő leggyakrabban.⁸

2 Jelentés: vezetői összefoglaló.

3 Jelentés: vezetői összefoglaló: A fogyasztási cikkek online kereskedelme.

4 Jelentés (78), (82).

5 Jelentés (119)–(120).

6 Jelentés (93), (99).

7 Jelentés (121)–(122).

8 Jelentés (123)–(126).

Az e-kereskedelem szerepének megnövekedése jelentős hatással volt a gyártókra is. A legtöbb gyártó folyamatos kényszert érez az árak megfigyelésére és módosítására az online árak gyors csökkenése miatt. Fontossá vált számukra, hogy egységes, állandó márkaképet és termékminőséget alakítsanak ki az online felületen és az üzletben is. A gyártók állandó versenynyomást éreznek azzal kapcsolatban, hogy széles áruválasztékot tudjanak bemutatni, eleget tudjanak tenni a fogyasztók növekvő igényeinek, személyre szabott szolgáltatást tudjanak nyújtani, és hogy folyamatosan jelen legyenek a közösségi médiában.⁹

Ahhoz, hogy lépést tudjanak tartani a fejlődéssel, szükségessé vált az eddig alkalmazott forgalmazási stratégia átgondolása. A gyártók legalább fele megnyitotta saját webshopját, azaz közvetlen értékesítést folytat; szerződést kötött egy vagy több online forgalmazóval, valamint nagyobb támogatást nyújt a kereskedő webshopjának üzemeltetéséhez.¹⁰

A gyártók véleménye szerint a minőség, a márka hírneve, valamint az innováció és a termék megújulása a legfontosabb tényező a versenyben maradáshoz. Ezzel szemben a kereskedők az árat tekintik a legmeghatározóbb paraméternek. A kizárólag online értékesítéssel foglalkozó kereskedők az ártényező mellett a széles választékot és a termékújítások mihamarabbi elérhetőségét jelölték meg fontos szempontként. Ezzel szemben a boltot is üzemeltető kereskedők az ár mellett a minőséget tartják meghatározónak.¹¹

A vizsgálatban résztvevő kereskedők nagy része online és offline is értékesít. Léteznek olyan kereskedők, akik kezdetben csak webshopot üzemeltettek, majd később üzlethelyiséget is nyitottak. Ennek az oka, hogy így olyan gyártók termékeit is tudják értékesíteni, amelyek nem engedik, hogy áruikat csak online adják el, másrészt pedig lehetőséget nyújtanak a fogyasztók számára, hogy személyesen vegyék át a megrendelt termékeket.¹²

A legtöbb kereskedő ugyanarra a termékre ugyanolyan árat határoz meg minden értékesítési csatornán. Akik azonban olcsóbban kínálnak egy terméket online, azt azzal magyarázzák, hogy egyes költségek nem merülnek fel az online értékesítés során. Ilyen például az üzlethelyiség fenntartásával kapcsolatos költségek vagy az értékesítés előtti szolgáltatások nyújtásából fakadó költségek (pl. fogyasztók tájékoztatása, szórólapok készítése, a termék fizikai bemutatása). Ugyanakkor, ha egy terméket drágábban árulnak online, mint az üzletben, az a magas szállítási költségek, az online felület használatáért fizetett díj és a fizetési tranzakciós díj miatt van.¹³ Ezzel összefüggésben emlékeztetni kell azonban arra, hogy az EU Vertikális Iránymutatása¹⁴ súlyos korlátozásnak minősíti az abban való megállapodást, hogy a forgalmazó fizessen magasabb árat az interneten keresztül értékesíteni kívánt termékekért, mint azokért a termékekért, amelyeket hagyományos módon kíván értékesíteni.¹⁵

Az e-kereskedelem világában mindennapos az információgyűjtés és a fogyasztók viselkedése könnyen nyomon követhető. Meglepő módon azonban a személyre szabott árazás a vizsgálat eredménye szerint igen ritka, a válaszadók több mint háromnegyede állította azt, hogy nem követi figyelemmel az egyes fogyasztók online tevékenységét, ami alapján egyéni árakat tudna megállapítani.¹⁶

A vizsgálat során kiderült, hogy egyes kereskedők az üzletben online felülethez is biztosítanak hozzáférést, amelyen keresztül a fogyasztók például gyors összehasonlítást végezhetnek, értékeléseket olvashatnak vagy megrendelhetik az üzletben adott esetben éppen nem elérhető terméket.¹⁷

A gyártók saját webshopján vagy az online piacon történő értékesítés bár növekedést mutat, még mindig kis százalékát teszi ki az összes eladásnak. Egyre gyakoribbak az olyan bemutatótermék, ahol a gyártók bemutatják a termékeiket, megnyerő, vonzó környezetet teremtenek az adott márkának, a termé-

9 Jelentés (145).

10 Jelentés (166), (295).

11 Jelentés (114)–(118).

12 Jelentés (151)–(152).

13 Jelentés (130)–(131).

14 Európai Bizottság Közleménye: A vertikális korlátozásokról szóló iránymutatás, 2010/C 130/01, 52. pont.

15 Erre példa a magyar Vj-55/2013. sz. kontaktlencseügy. Erről részletesen lásd Tóth András: Technológia és versenyjog, in. szerk.: Tóth András: Technológia jog – Új globális technológiák jogi kihívásai, KRE-ÁJK Acta Caroliensia Conventorum Scientiarum Iuridicum-Politicarum XV. Patrocinium Kiadó, Budapest, 2016, 153. http://www.kre.hu/ajk/images/doc/Uj_technologia_jog_kotet.pdf.

16 Jelentés (128).

17 Jelentés (154).

kek viszont csak online vásárolhatók meg.¹⁸ Jól megfigyelhető, hogy a gyártók maguk is intenzívebben folytatnak eladási tevékenységet. A vizsgálatban résztvevő gyártók több mint kétharmada vertikálisan integrált a kereskedelmi láncban, azaz a gyártás mellett értékesítéssel is foglalkozik akár nagykereskedelmi, akár kiskereskedelmi szinten. Ez ahhoz vezet, hogy a saját forgalmazási hálózatukban működő kiskereskedőkkel kerülnek versenyhelyzetbe. Véleményük szerint azért vannak jelen minden szinten, mert már viszonylag kis befektetéssel is nyereséget szereznek az online eladások révén, továbbá ezáltal könnyebben tudják ellenőrizni a forgalmazás egységét, a minőséget és az árazást is.¹⁹

Az online vásárlások jelentősége kétségtelenül növekszik, ezt a gyártók is elismerik. Véleményük szerint ennek egyrészt az az oka, hogy a vásárlók bizalma növekszik az online vásárlások iránt, másrészt ma már sok helyen elérhető gyors internet és egyre több fogyasztó tudja használni a számítógépet, illetve egyéb elektronikai eszközöket. Az okostelefonok és alkalmazások elterjedése, a biztonságos elektronikus fizetési módok bevezetése, a széles termékpaletta elérhetővé tétele, a versenyképes árak és az, hogy a fogyasztók gyakorlatilag a nap bármely időszakában vásárolhatnak online, olyan tényezők, melyek szintén hozzájárultak az e-kereskedelem növekedéséhez.²⁰

A gyártók válaszai alapján megállapítható, hogy az elmúlt 10 év során jelentős mértékben csökkent azon eladások száma, amelyeket független forgalmazók végeztek üzlethelyiségben. Nőtt viszont az olyan kereskedőkön keresztül történő értékesítés, amelyek online is vagy csak online kínálnak árut. A luxusmárkák vonatkozásában ugyanakkor a hagyományos üzletben történő eladás tűnik továbbra is nyereségesnek. Néhány gyártó arról számolt be, hogy az online értékesítés bevezetése a vártnál kevésbé volt sikeres, éppen ezért továbbra is nagy hangsúlyt fektetnek az ún. vásárlási élmény (shopping experience) kialakítására: luxuskörnyezetben, szakképzett eladók tanácsadása mellett kínálják a termékeiket.²¹

Az ágazati vizsgálat feltárta, hogy a kizárólagos és a szelektív forgalmazás a legelterjedtebb, így az alábbiakban ezek a szerződéstípusok kerülnek bemutatásra.

2.1.1. Területi alapú kizárólagos forgalmazási szerződés

Területi alapú kizárólagos forgalmazási szerződés esetén a gyártó csak egy forgalmazónak adja el a termékét és a forgalmazó mint viszonteladó csak egy adott földrajzi területen értékesítheti a terméket.²²

A gyártók általában nemcsak azon tagállam területére nézve alkalmaznak korlátozást, amely az üzlet szempontjából kulcsfontosságú, hanem több tagállamban is. Rendszerint a nagykereskedelmi szinten kötnek szerződést egy kizárólagos forgalmazóval az olyan tagállamokban, ahol nincs leányvállalatuk. Egyes esetekben a szerződött nagykereskedő feladata egy zárt forgalmazási hálózat működtetése a kiskereskedelmi szinten a gyártó által meghatározott követelmények alapján. Egy gyártónak könnyebb csupán egy forgalmazóval szerződést kötni és nyomon követni a tevékenységét, mint ha több forgalmazóval kellene együtt dolgoznia. Sok gyártó úgy gondolja, hogy egy ilyen típusú kizárólagos szerződés elengedhetetlen, amikor egy adott területen, egy új piacon szeretné elkezdni az értékesítést és elérni egy olyan szintet, ahol ez az új üzlet működőképes. Továbbá egy ilyen megállapodással ösztönözni tudja a forgalmazót új befektetések alkalmazására vagy termékének folyamatos reklámozására. A vizsgálat alapján nem mondható el, hogy a területi alapú kizárólagos forgalmazási szerződés egy általánosan, minden új piacra lépésnél alkalmazott forgalmazási modell; alkalmazása függ az adott termék típusától, a potenciális piac méretétől, szerkezetétől és egyéb sajátosságaitól.²³

Másik oldalról nézve a forgalmazó is nagyobb hajlandóságot mutat a befektetésre, amennyiben szerződéssel erősítik meg az általa vállalt kötelezettséget, ami hosszú távon nagy valószínűséggel meg fog térülni. Jellemző még, hogy a forgalmazók azért

18 Jelentés (161).

19 Jelentés (165), (173).

20 Jelentés (162).

21 Jelentés (163).

22 Jelentés (177).

23 Jelentés (185)–(193).

vállalják a területi alapú kizárólagos forgalmazási szerződés megkötését, hogy elkerüljék az ún. potyázásból (free-riding) származó veszteséget. Ez a kifejezés arra a magatartásra utal, amikor a forgalmazó hasznosítja egy másik forgalmazó által eszközölt befektetésből származó előnyöket, anélkül hogy ő maga befektetett volna.²⁴

A területi alapú kizárólagos forgalmazási szerződés főszabálya szerint sérti az uniós versenyjogi szabályokat, kivéve a gyártóhoz vagy az általa kijelölt forgalmazóhoz rendelt kizárólagos területen történő aktív értékesítés korlátozását.²⁵

2.1.2. Szelektív forgalmazási rendszer

Szelektív forgalmazási rendszer használata esetén a forgalmazók a forgalmazási szerződésben meghatározott speciális kritériumok alapján kerülnek kiválasztásra. A szerződések korlátozzák a forgalmazók számát és a viszonteladás lehetőségeit.²⁶

A szelektív forgalmazási rendszerek utóbbi években történt módosítása a gyártók egyik válasza az e-kereskedelem növekedésére. A változtatás rendszerint abban áll, hogy a szerződéses rendelkezések már nem csak a hagyományos forgalmazókra vonatkoznak, azokat kiterjesztik online társaikra is. Egyes gyártók azonban eleve kizárják a csak online értékesítő kereskedőket a forgalmazási hálózathoz, ugyanis azok fizikai üzlethelyiség hiányában nem tudnak olyan szolgáltatásokat nyújtani, amelyek az alábbiakban felsorolt célok megvalósítását lehetővé teszik.²⁷

A gyártók azért alkalmaznak szelektív forgalmazást, hogy megőrizzék márkájuk előnyös piaci helyzetét, a luxustermékek jó hírnevét; egy egységes minőségi képet alakítsanak ki termékeikről az Európai Unió egész területén; biztosítsák a vásárlóknak a személyre szabott tanácsadást és az egyéni kérések teljesítését; minőségi szolgáltatásokat nyújtsanak szakképzett eladók alkalmazásával, bemutassák a termékek technikai sajátosságainak működését, és nem utolsósorban, hogy garantálják a pozitív vásárlási élmény átélését a fogyasztóknak.²⁸

Léteznek ún. többszintű szelektív forgalmazási rendszerek, amelynek lényege, hogy a kiválasztott forgalmazó a teljes termékskálának csak egy részét, vagyis csak meghatározott termékeket értékesíthet. Minél több kritériumnak felel meg egy forgalmazó, a termékek annál nagyobb részét adhatja el. Egy adott kereskedő nem adhatja el a terméket egy szintben nála alacsonyabban elhelyezkedő kereskedőnek. A tömegtermékeket általában több kereskedő értékesítheti, mint a luxustermékeket.²⁹

Az uniós versenyjogi szabályok szerint a szelektív forgalmazási szerződés alkalmazása nem tilos, amennyiben három feltétel teljesül. Egyrészt, ha az adott termék jellegzetességei szükségessé teszik egy ilyen szelektív rendszer alkalmazását a termék minőségének megőrzése és helyes használatának biztosítása érdekében. Másrészt, ha a forgalmazókat olyan minőségi jellegű objektív szempontok alapján választja ki a gyártó, amelyek mindenkire egységesen vonatkoznak és elérhetőek minden lehetséges forgalmazó számára, és alkalmazásuk módja nem diszkriminatív. Végül pedig ha az alkalmazott kiválasztási szempontok nem lépik túl a szükségesség mértékét.³⁰

2.3. Az online értékesítés korlátozása

Az eladás vagy a reklámozás korlátozásával a gyártónak az a célja, hogy megőrizze a termék minőségének és a márka arculatának jó hírnevét, megakadályozza az esetleges potyázást, és elkötelezze a kereskedőt arra, hogy az ő termékei vonatkozásában nyújtsa a legjobb szolgáltatást a fogyasztók részére, ezzel növelve a gyártó termékei iránti keresletet.³¹

A gyártók olyan kereskedőket szeretnének, akik vonzóvá teszik termékeiket, egységes márkaképet közvetítenek és minden olyan információt megadnak a vásárlók számára ahhoz, hogy tájékozott döntést tudjanak hozni. Az előbbieken láthattuk, hogy a gyártók számára a versenyben maradáshoz fontosabb a minőség és a márka jó hírneve, mint az ár.

24 Jelentés (195).

25 A Bizottság 330/2010/EU rendelete (2010. április 20.) az Európai Unió működéséről szóló szerződés 101. cikke (3) bekezdésének vertikális megállapodások és összehangolt magatartások csoportjaira történő alkalmazásáról, 4. cikk b) i.

26 Jelentés (198).

27 Jelentés (201), (220).

28 Jelentés (209).

29 Jelentés (213)–(214).

30 Európai Bizottság Közleménye: A vertikális korlátozásokról szóló iránymutatás, 2010/C 130/01, 52. pont.

31 Jelentés (244).

Minél nagyobb presztízse van egy márkának, annál nagyobb jelentőséget tulajdonítanak a vásárlók magas színvonalú kiszolgálásának. Elvárják a kereskedőtől, hogy befektetéseket eszközöljenek a fogyasztók minél jobb kiszolgálása érdekében, amihez gyakran nyújtanak pénzbeli vagy egyéb támogatást. Ugyanakkor sok esetben a befektetés követelményként jelenik meg, ami ha nem teljesül, a kereskedő nem kerül be a szelektív forgalmazási rendszerbe.³²

A potyázás elkerülése érdekében a gyártók megpróbálják egyenlővé tenni az online és az üzletben történő vásárlást azáltal, hogy például ugyanolyan eladási árakat határoznak meg, ugyanolyan mértékben támogatják az online és az offline kereskedőket, ugyanolyan kedvezményeket biztosítanak, ugyanolyan reklámot alkalmaznak vagy ők maguk is elkezdnek közvetlenül értékesíteni a fogyasztóknak. Olyan környezetet alakítanak ki, ahol a fogyasztók ugyanolyan árakkal, ugyanolyan minőséggel, egységes márkaculattal találkozhatnak, és könnyedén tudnak váltani a vásárlási csatornák között. Az alábbiakban a leggyakoribb korlátozástípusok kerülnek bemutatásra.³³

2.3.1. A határon átnyúló kereskedelem és a területi alapú korlátozások

A szolgáltatásnyújtás területi alapon való korlátozása esetén a kereskedő egyoldalúan vagy a gyártóval kötött megállapodás alapján alkalmaz különböző intézkedéseket. A határon átnyúló vásárlás megtagadásának leggyakoribb formái a vásárló akadályozása a weboldal elérésében, a vásárló automatikus átirányítása egy olyan weboldalra, amely egy másik tagállam fogyasztóinak kiszolgálását célozza, a szállítás megtagadása és a fizetés elfogadásának visszautasítása. A kereskedők rendszerint információt gyűjtenek a vásárlók lakóhelyéről: leggyakrabban a levelezési címet, a lakóhely szerinti országot, a hitelkártya adatait, az IP címet vagy a telefonszámot.³⁴

A szolgáltatásnyújtás területi alapú szűrése (geo-filtering) esetén a szolgáltató ugyanazt a terméket eltérő áron és különböző feltételekkel adja el a

weboldal működtetési helye szerinti tagállamtól eltérő tagállamban élő fogyasztónak. A vizsgálatban résztvevő kereskedők háromnegyede nem alkalmaz különböző árakat határon átnyúló megrendelés esetén. Akik azonban igen, ezt azzal magyarázzák, hogy az egyes piacokon nem egyforma a versenynyomás, eltérő adózási szabályok érvényesülnek, valamint eltérő a kereslet nagysága és a költségek aránya. A határon átnyúló értékesítéssel plusz költségek merülnek fel, úgymint a magasabb szállítási költségek; magasabb fizetési költségek, adott esetben új fizetési rendszert is be kell vezetni; a weboldal más nyelvekre történő lefordítása; adózási tanácsadás; illetve informatikai szolgáltatás igénybevétele a külföldi megrendelések kezelése miatt.³⁵

Gazdasági erőfölény hiányában egy vállalkozás egyoldalú döntése arra vonatkozóan, hogy az Európai Unió bizonyos tagállamaiban nem nyújt szolgáltatást, versenyjogi szempontból nem kifogásolható.³⁶ Ha azonban a területi alapú korlátozásokat egy vállalkozás egy másik vállalkozással kötött megállapodás alapján alkalmazza, az felvethet versenyjogi aggályokat. Jogsértő a gyártó és a forgalmazó közötti olyan megállapodás, amelynek célja közvetlenül vagy közvetve az eladás területi alapon való korlátozása (vagy kizárólag egy meghatározott vásárlói csoportnak történő eladás). Ilyen például az olyan szerződéses kikötés, amely megakadályozza a kereskedőt abban, hogy székhelye szerinti tagállamon kívüli vagy meghatározott tagállamok fogyasztóinak értékesítsen. Jogsértő lehet továbbá a kereskedő aktív értékesítésének korlátozása egy meghatározott területen kívül attól függetlenül, hogy azon a területen más kereskedő jogosult-e értékesíteni vagy közvetlenül csak a gyártó értékesíthet; illetve a kereskedő passzív értékesítésének korlátozása olyan területen, amelyet a gyártó kifejezetten más kereskedő számára jelölt ki. Versenyjogi szempontból az is aggályos lehet, amikor a gyártó több tagállam területén szelektív forgalmazási rendszer működtetésével korlátozza a felhatalmazott kereskedőt abban, hogy aktív és passzív értékesítést folytasson ezekben a tagállamokban, illetve amikor korlátozza a kijelölt nagykereskedőt abban, hogy az összes felhatalmazott kiskereskedő-

32 Jelentés (247)–(256); (275).

33 Jelentés (294)–(303).

34 Jelentés (340), (343).

35 Jelentés (312), (347), (350), (361), (363).

36 Jelentés (366).

nek értékesítsen azokban a tagállamokban, ahol a szelektív forgalmazási rendszer működik.³⁷

Ugyanakkor bizonyos esetekben³⁸ a gyártó mégis korlátozhatja az értékesítést egy kizárólagos területre vagy egy kizárólagos fogyasztói csoportra nézve. Ezek a kivételek azért érvényesülhetnek, mert egy területi alapú kizárólagos forgalmazás nagyobb előnnyel járhat, mint az értékesítésre kivetett korlátozások által okozott hátrány.³⁹

2.3.2. Online piactéren történő értékesítés korlátozása

Az online piacterek jelentősége folyamatosan növekszik. Számos kis- és középvállalkozás csak ilyen felületen értékesít online, mivel saját webshop-pal nem rendelkezik. A korlátozások különfélék lehetnek, így például abszolút tilalom; olyan piacterek kizárása, melyek nem teljesítik a gyártó által megkövetelt minőségi követelményeket vagy bizonyos termékek kizárása, amelyeket nem lehet ezeken a felületeken értékesíteni.⁴⁰

A gyártók véleménye szerint az online piacterek akkor hasznosak és előnyösek számukra, ha termékeiket megnyerő környezetben jelenítik meg, márkájuk felismerhető és kellő mértékben tájékoztatják a fogyasztókat a termékek tulajdonságairól és minőségéről. Az online piactér előnyei közé tartozik, hogy több fogyasztó válik elérhetővé az alacsony reklámozási költségek révén, mint az üzletben történő értékesítéssel.⁴¹

A gyártók azért vezetnek be korlátozásokat, mert – különösen a luxustermékek vonatkozásában – úgy gondolják, hogy a vásárlók nem kapnak megfelelő kiszolgálást az online felületen. Az online piacterek nem fektetnek kellő hangsúlyt a megjelenítésre és a minőségre, gyakran jelennek meg hamisítványok, nem tudnak közvetlen kapcsolatot kiépíteni a fogyasztóval, ezek az okok pedig azt eredményezhetik, hogy a vásárló nem fog kötődni a gyártó márkájához és a jövőben másik terméket választ. A kereskedők és az online piacterek szerint a gyártók azért alkalmaz-

nak korlátozásokat, mert csökkenteni akarják az eladók számát, akik termékeiket értékesíthetik, és el akarják kerülni a megnövekedett árversenyt a piacon.⁴²

Az uniós versenyjogi szabályok szerint az online piacterek vonatkozásában alkalmazott megkötések nem minősülnek kőkemény korlátozásoknak, mivel azok nem a piac területi felosztását vagy a fogyasztók elosztását célozzák, hanem azt határozzák meg, hogy a kereskedők milyen módon értékesíthetnek az interneten keresztül. Ez nem azt jelenti, hogy a korlátozás jogszerű, ennek eldöntéséhez az egyes megállapodások egyedi vizsgálata szükséges.⁴³

2.3.3. Ár-összehasonlító oldalak használatával kapcsolatos korlátozások

Az ár-összehasonlító eszközök használata és az arra kirótt korlátozások megítélése hasonló az online piacterek megítéléséhez.

Egyes megállapodások olyan módon korlátozzák a kereskedőket, hogy azok egyáltalán nem használhatják ezeket az eszközöket. Más esetekben csak olyan összehasonlító oldalakat nem vehetnek igénybe, amelyek olyan fogyasztókat céloznak, akik részére csak meghatározott kereskedők értékesíthetnek, vagy amelyek a gyártó termékeinek csak egy meghatározott részét mutatják be. Vannak olyan szerződéses rendelkezések is, amelyek általában véve tiltják, hogy a márkanévvel használják vagy képet tegyenek közzé a gyártó termékéről. Néhány kereskedő arról is beszámolt, hogy előzetesen kell hozzájárulást kérnie, amennyiben ár-összehasonlító oldalon kívánja reklámozni a gyártó termékét.⁴⁴

A gyártók alapvetően ugyanazon okokból tartják nemkívánatosnak az ár-összehasonlító oldalakat, mint az online piactereket: ezek az oldalak vagy alkalmazások csak a termék árára összpontosítanak, ami – a gyártók véleménye szerint – nem feltétlenül a legfontosabb tényező a vásárlók megnyerésében. A minőség és a kapcsolódó szolgáltatások

37 Jelentés (386)–(406).

38 Lásd a Bizottság rendelete (25. lj.) 4. cikk b) i–iv.

39 Jelentés (394).

40 Jelentés (414), (431).

41 Jelentés (426)–(427).

42 Jelentés (442)–(455).

43 Jelentés (468), (472), (473).

44 Jelentés (488)–(489).

tekintetében a kereskedők nehezen tudják megkülönböztetni magukat a többi kereskedőtől vagy kiűnni a versenytársak közül. Az alacsony színvonalú szolgáltatást nyújtó kereskedők adott esetben potyázni is tudnak más kereskedők befektetéseire. Sok esetben hamisítványok vagy használt árucikkek is megjelennek a gyártó termékeivel összehasonlításban, amelyek rontják a márka hírnevét. Azáltal, hogy az ár-összehasonlító oldalak növelik az árversenyt, a fogyasztók egyre érzékenyebbek lesznek az árváltozásra. A kereskedők a több eladás reményében alááraznak versenytársaik árainak, ami hátrányt fog okozni az üzletet is üzemeltető vagy a speciális online kereskedőknek, akik csak nagyobb költséggel tudnak működni. Ez a folyamat rövid távon lehet, hogy növeli az eladásokat az ár-összehasonlító oldalakon, viszont hosszú távon csökkenti a kereskedők befektetési hajlandóságát.⁴⁵

Az ár-összehasonlító oldalakon való megjelenés ugyanakkor könnyebbé teszi a márkák megtalálását az interneten, valamint lehetővé teszi, hogy a fogyasztók megfontolt döntést hozzanak, mivel az összehasonlítás mellett értékeléseket is közlésekre a termékekről és az eladókról.⁴⁶

2.3.4. Árazással kapcsolatos korlátozások

A vizsgálatban résztvevő kereskedők 38%-a állítja, hogy a vele szerződésben álló gyártó meghatároz számára valamilyen ajánlott viszonteladási árat, amelynek alkalmazásáért cserébe kedvezményekben részesül. Egyes szerződések garantált nyereséget határoznak meg a kereskedőnek, ami által az üzleti kockázat áthárul a gyártóra. A kereskedők általában követik az ajánlott árakat, mert azok figyelmen kívül hagyása esetén olyan szankciókban részesülhetnek, mint a kedvezmények megvonása, az áru késedelmes szállítása, kizárás a forgalmazási rendszerből vagy a szerződéses jogviszony megszüntetése.⁴⁷

A gyártók véleménye szerint az árral lehet a legközvetlenebb módon kifejezni egy termék minőségét és elhelyezni azt a többi márkához viszonyítva az adott piacon.

A termékeket gyakran úgy tervezik és gyártják le, hogy már ezeknél a munkafolyamatoknál megbecsülik annak jövőbeni, kiskereskedelmi árát. Piacelemzések segítik a gyártókat abban, hogy a megfelelő ajánlott árat tudják meghatározni, mert az eredmények alapján fel tudják mérni, hogy mi az a legmagasabb ár, amit a fogyasztók még hajlandók megfizetni az adott termékért. A korlátozás gyakran abban nyilvánul meg, hogy a kereskedőnek ugyanolyan áron kell értékesítenie a terméket online és az üzletben is, ezzel próbálják támogatni a gyártók a boltok fennmaradását.⁴⁸

A gyártók jelentős száma nyomon követi a kiskereskedői árakat, egy részük rendszeresen minden saját termékük vonatkozásában, mások csak célszerűen egyes termékeket vagy kulcsfontosságú piacokat figyelnek meg. Ez a megfigyelés történhet speciális szoftverekkel, piackutató igénybevételével vagy a gyártó saját maga követi a kereskedő honlapját, illetve látogatja a kereskedő boltját.⁴⁹

Versenyjogi szempontból különösen súlyos korlátozásnak minősül, ha a gyártó általi nyomásgyakorlás vagy ösztönzés eredményeként, vagy egy megállapodás keretében a gyártó eladási árat javasol, és ez rögzített vagy minimális eladási árhoz vezet.⁵⁰

3. E-kereskedelem a digitális tartalom piacán

A digitális tartalom szerzői jogi védelem alatt áll. Ez a védelem területi alapú, vagyis nem terjed ki az Európai Unió egész területére, hanem a jogok védelmét minden egyes tagállamban az adott nemzeti jog alapján kell kikényszeríteni.⁵¹

Annak érdekében, hogy a szerzői jog által védett digitális tartalmat a szolgáltató („tartalomszolgáltató”) szolgáltatni tudja a felhasználók részére, a szerzői jog jogosultjától „jogosult” engedélyt kell kérnie. Az ágazati vizsgálat célja az volt, hogy a Bizottság megismerje azokat a lehetséges korlátozóso-

45 Jelentés (495)–(496).

46 Jelentés (494), (497).

47 Jelentés (509), (521), (533)–(537).

48 Jelentés (513)–(518).

49 Jelentés (526)–(528).

50 Jelentés (507)–(508).

51 Jelentés (596).

kat, amelyeket a jogosult és a tartalomszolgáltató alkalmaz a digitális tartalom hasznosítására létrejött szerződésben („licencszerződés”).⁵²

Jogosult az lehet, aki a digitális tartalmat létrehozta; médiaügynökség, amely a részére engedélyezett jogok kereskedelmi hasznosításáért felel, valamint a vertikálisan integrált jogosult, aki egyrészt jelen van a nagykereskedelmi szinten mint a digitális tartalom előállítója, másrészt a kiskereskedelmi szinten mint a digitális tartalom szolgáltatója. A tartalomszolgáltató lehet közszolgálati műsorszolgáltató, kereskedelmi műsorszolgáltató, online audio vizuális-tartalom szolgáltató, mobilszolgáltató, internetszolgáltató, online újság kiadó vagy olyan szolgáltató, aki telefonvonalat vagy egyéb vezeték használ a digitális tartalom nyújtására. A digitális tartalom lehet film, sportközvetítés, televíziós sorozat, gyermekműsor, hírek és zene.⁵³

A digitális tartalom online szolgáltatása hatalmas üzleti lehetőségeket rejt magában nemcsak a piacra újonnan belépő vállalkozások számára, hanem a már működő szolgáltatóknak is. Lehetővé teszi ugyanis, hogy viszonylag alacsony költséggel nyújtsanak szolgáltatást sok felhasználó részére a nap bármely időpontjában. Létrehozhatnak egy olyan felhasználói felületet, amely könnyen elérhető többféle eszközzel, akár párhuzamosan is. Ezeket az új funkciókat a hagyományos (pl. műholdas) sugárzás nem teszi lehetővé. A digitális tartalomszolgáltatás piacán a verseny az engedélyezett jogok kiterjedésében és elérhetőségében nyilvánul meg. A jogosultak célja, hogy a lehető legjobban kiaknázzák a lehetőségeket az általuk megalkotott digitális tartalom hasznosításának engedélyezésével, a tartalomszolgáltatóknak pedig az, hogy minél vonzóbb és minél szélesebb körű tartalmat tudjanak nyújtani a felhasználóknak ahhoz, hogy versenyképesek legyenek.⁵⁴

A licencszerződésekben rendszerint három fő elem szerepel az engedélyezett jogok tekintetében: a szolgáltatásnyújtás módja (vagyis az alkalmazott technológia), ideje és helye. A korlátlan felhasználás általában nem engedélyezett, hanem részletesen szabályozzák a felhasználási feltételeket. Éppen ezért a

szerződéses korlátozások nem kivételesen fordulnak elő, hanem ez az általános a gyakorlatban.⁵⁵

3.1. A szolgáltatásnyújtás módja

A szolgáltatásnyújtás módján belül egyrészt azt kell megvizsgálni, hogy az egyes licencszerződések meghatározzák-e, hogy a tartalomszolgáltató milyen módon, milyen (adat)átviteli technológiával teheti elérhetővé a digitális tartalmat a felhasználók részére. A leggyakoribb módok a következők: online közvetítés/sugárzás, vezetéken keresztül történő adatátvitel, telefonvezeték használata, mobilhálózat vagy helyi vezeték nélküli hálózat használata, műholdas műsorszórás, földfelszíni sugárzás vagy korlátlan felhasználás. A licencszerződések másrészt meghatározzák, hogy a felhasználók milyen elektronikai eszközökkel vehetik igénybe a szolgáltatást. Ilyen eszköz lehet például a televízió, számítógép, tablet, mobiltelefon, set-top-box stb. Gyakran találunk rendelkezéseket arra vonatkozóan is, hogy a felhasználó például csak otthonról érheti el a szolgáltatást; csak mobiltelefonról; több eszközön párhuzamosan is elérhető a tartalom; letölthető a tartalom vagy csak egyszer nézhető meg vagy akár korlátlanul bárhol és bármikor van hozzáférése a felhasználónak.⁵⁶

Az hogy a szerződésben milyen jogokat engedélyeznek, nagyban függ a jogosult és a tartalomszolgáltató között kialakult üzleti kapcsolattól. Léteznek olyan szerződések, amelyek kizárólagos jogot biztosítanak egy tartalomszolgáltató részére. A kizárólagos jogok megnehezítik a piacra való belépést új vállalkozások számára, illetve a már működő tartalomszolgáltatóknak sem teszi lehetővé, hogy hozzáférjenek a kizárólagosan más versenytársnak ítélt joghoz. Ez végső soron a verseny megszűnéséhez vezethet. Ugyanilyen következménye lehet a jogok összekapcsolásának. Az ágazati vizsgálatból kiderül, hogy széles körben elterjedt az online közvetítés/sugárzás jogának összekapcsolása más jogokkal (főleg mobiltelefon-hálózaton keresztül történő adatátvitel, földfelszíni sugárzás vagy műholdas műsorszórás jogával). Gyakran csak csomagban adják meg ezt a jogot más jogokkal együtt függetle-

52 Jelentés (597)–(598).

53 Jelentés (601), (614), (618).

54 Jelentés (621)–(625).

55 Jelentés (627), (630).

56 Jelentés (635).

nül attól, hogy a tartalomszolgáltató foglalkozik-e online közvetítéssel vagy sem. A digitális tartalomszolgáltatás piacán akkor lesz élénk a verseny, ha a jogosultak nemcsak egy, hanem számos, különböző technológiákat alkalmazó tartalomszolgáltató részére engedélyezik a szolgáltatásnyújtást.⁵⁷

3.2. A szolgáltatásnyújtás helye

A szolgáltatásnyújtás helye arra utal, hogy melyek azok a tagállamok, ahol a tartalomszolgáltató jogosan nyújthat szolgáltatást és a felhasználók jogosan vehetik azt igénybe.⁵⁸

Az online tartalomszolgáltatást jellemzően egy tagállam területére engedélyezik. Amennyiben a tartalomszolgáltató kettő vagy három tagállam területén is jogosult szolgáltatást nyújtani, az rendszerint a szomszédos tagállamokra vonatkozik, ahol ugyanazt vagy hasonló nyelvet beszélnek, mint például Németország és Ausztria, Csehország és Szlovákia vagy az Egyesült Királyság és Írország. Egyes tartalomfajtákra, mint például a hírek vagy a sportközvetítés csak egy adott tagállamban élő emberek tartanak igényt, így a tartalomszolgáltatónak nem érné meg más tagállamba is befektetnie.⁵⁹

A szolgáltatásnyújtás módjához hasonlóan a földrajzi terület vonatkozásában is találunk kizárólagos jogokat. Ez egyrészt olyan módon valósul meg, hogy kizárólag egy tartalomszolgáltató jogosult szolgáltatást nyújtani bármely területen, másrészt olyan értelemben, hogy egy bizonyos jogot csak egy tagállam területére engedélyeznek (adott esetben több szolgáltatónak). Arra a kérdésre, hogy általában véve miért csak egy tagállam területén teszik elérhetővé a digitális tartalmat, a legtöbb, vizsgálatban résztvevő tartalomszolgáltató azt válaszolta, hogy pluszköltségekkel járna a tartalom megvásárlása más területekre nézve. A jogosultak gyakran nem is teszik lehetővé a jogok megvásárlását. További költséggel járna az üzleti modell megváltoztatása, az adott területnek megfelelő nyelvi változat előállítása, más tagállam jogszabályainak való megfelelés, valamint sokszor nem mutatkozik elégséges fogyasztói igény a szolgáltatásra. A jogosultak elmon-

dása alapján mind a nézőszám, mind az árbevétel szempontjából sokkal kedvezőbb, ha területi alapon nyújtanak engedélyt, mintha az unió egész területére kiterjedő forgalmazási megállapodásokat kötnek.⁶⁰

A vizsgálatban résztvevő tartalomszolgáltatók közel háromnegyede alkalmaz valamilyen technikai eszközt a digitális tartalom szolgáltatásának területi alapon való korlátozása (geo-blocking) érdekében. Ilyen például az IP cím ellenőrzése, IP címek feketelistán való gyűjtése, lacím ellenőrzése vagy a hitelkártya kibocsátási helyének ellenőrzése. A vizsgálatból kiderült, hogy a tartalomszolgáltatók 59%-a szerződéses kötelezettség miatt alkalmaz területi alapú korlátozást. A korlátozás megvalósulhat abban, hogy különböző területeken különböző digitális tartalom-választékot tesznek közzé; a regisztrált felhasználókat korlátozzák abban, hogy hozzáférjenek egy másik területen nyújtott szolgáltatáshoz vagy abban, hogy újrajátszhassák a korábban letöltött digitális tartalmat. További gyakorlat, hogy korlátozzák a felhasználókat abban, hogy virtuális magánhálózaton (VPN) vagy egyéb olyan rendszeren keresztül vegyék igénybe a digitális tartalmat, ami megnehezíti a felhasználók helyének beazonosítását. Egyes esetekben pedig pontos címadatok megadására kötelezik a felhasználókat a felhasználói fiók létrehozásánál vagy a regisztrációnál.⁶¹

A területi alapú korlátozás teljesítésének ellenőrizhetősége érdekében a legtöbb licencszerződés tartalmaz olyan kikötéseket, amelyek adatszolgáltatásra és tájékoztatásra kötelezik a tartalomszolgáltatót a korlátozás megvalósítására használt technikai eszközökről, valamint arra is, hogy rendszeresen vizsgálja felül az eszközök hatékonyságát, végezze el a szükséges frissítéseket, illetve jelentse a felhasználók esetleges jogosulatlan eljárásait.⁶²

3.3. A szolgáltatásnyújtás ideje

A szolgáltatásnyújtás ideje alatt azt az időszakot értjük, ami alatt a tartalomszolgáltató jogosan nyújthat szolgáltatást, illetve amikor a digitális tartalom jogszerűen elérhető (release window). Ez tulaj-

57 Jelentés (642), (681)-(694).

58 Jelentés (639).

59 Jelentés (695)-699), (703).

60 Jelentés (718)-(721), (727)-(728), (742).

61 Jelentés (747)-(749), (766), (768), (772).

62 Jelentés (783), (788), (790).

donképpen a szolgáltatásnyújtás időbeli korlátozása. A korlátozást az ún. visszatartási klauzulák (holdback clauses) segítségével valósítják meg, amely kizárja a digitális tartalom megjelenését egy meghatározott csatornán egy meghatározott időpontig. A megjelenés időpontja, illetve a sugárzási időszak minden szerződésben különbözik az alkalmazott közvetítési/sugárzási technológia típusa, valamint a digitális tartalom fajtája alapján.⁶³ Például a nézők jellemzően azonnal elvesztik érdeklődésüket a sportközvetítések és a hírműsorok iránt az első megjelenést követően, így az ilyen típusú tartalmat később már nem tudják drágán eladni. A tartalom időbeli korlátozása tehát egy árazási stratégia, ahol a tartalom annál drágább, minél újabb.⁶⁴

4. Összegzés

A fogyasztási cikkek piacán az e-kereskedelem elterjedése lehetővé teszi az árak gyors összehasonlítását és a versenytársak árainak nyomon követését. Ez a folyamat jelentősen átalakította a gyártók és a kereskedők viselkedését. A piaci szereplők egymáshoz igazítják áraikat. A gyártók a növekvő versenynyomás hatására fokozottan figyelnek az egységes márkakép kialakítására és a potyázás elkerülése érdekében minden értékesítési csatornán azonos szolgáltatást kívánnak nyújtani. Szelektív forgalmazási rendszereket alakítanak ki, saját online webshopot nyitnak, korlátozzák a kereskedőket termékeik eladásában és szigorúan ellenőrzik a szerződéses kikötések betartását.

A Bizottság arra a következtetésre jutott, hogy a vertikális korlátozásokról szóló iránymutatás és a

vertikális csoportmentességi rendelet figyelembevételével minden szerződést egyedileg kell megvizsgálni, hogy sérti-e a versenyjogi szabályokat.

A digitális tartalom piacán a versenyt a termékek iránti fogyasztói kereslet hajtja, vagyis hogy maga a digitális tartalom mennyire vonzó, mennyire keresett. A tartalomszolgáltatók a felhasználói igényeket alakítják át a jogosultak felé intézett követeléssé, aminek keretében olyan jogokat követelnek, amelyek alapján végső soron a felhasználók igényeinek megfelelő tartalmat tudnak szolgáltatni. Az engedélyezett jogok elérhetősége függ a jogok felosztásától vagy éppen azok összekapcsolásától; továbbá a licencszerződések időtartamától, illetve a kizárólagos jogoktól. Mind a szolgáltatásnyújtás helye, ideje és tartalma vonatkozásában találunk kizárólagos szerződéses kikötéseket a digitális tartalom piacán.

A hosszú időre megkötött és a kizárólagosságot biztosító megállapodások stabil szerződéses jogviszonyt eredményeznek a jogosult és az inkumbens tartalomszolgáltató között, ami megnehezíti a piacra való belépést az új vállalkozások számára. Olyan szerződések kedveznek a versenynek, amelyek nem tartalmaznak kizárólagossági kikötéseket és amelyek lehetővé teszik, hogy a digitális tartalom szolgáltatásának jogát sok tartalomszolgáltató megszerzeze, következésképpen széles választék válik elérhetővé a felhasználók számára.

A szerződéses kikötések alkalmazása tehát általánosan mondható a gyakorlatban, ezért figyelemmel a termék és az adott földrajzi piac speciális jellemzőire, mindig a konkrét esetet kell megvizsgálni, vagyis azt, hogy egy bizonyos licencszerződés korlátozza-e a versenyt.

63 Egy amerikai film forgalmazásának ütemterve rendszerint a következő szakaszból áll: a mozi termi vetítés időszaka általában 0-4 hónapig tart, majd ezt követi a DVD-k kiadása (0-2 hónap). Ezután megkezdődik az elektronikus értékesítés (1-3 hónap), mint például a pay-per-view, a csak a megtekintett műsorok utáni fizetés; a jogszerű letöltés vagy az elektronikus kölcsönzés. Ezt követően eladják a filmet előfizetéses csatornáknak (pl.: Netflix), végül pedig kábel tv-n illetve a kereskedelmi csatornákon is elérhető lesz a film. Ahogy a későbbi szakaszokban megjelenik a film, azzal párhuzamosan a forgalmazó általában visszavonja a film elérhetőségét a korábbi csatornákon. <http://www.project-disco.org/intellectual-property/060215-the-public-costs-of-private-distribution-strategies-content-release-windows-as-negative-externalities/#.WAni7uSldfb> (letöltés: 2016. 10. 06.)

64 Jelentés (636)–(638), (805)–(809).

Rendkívül nagy méretű adatállományok és a versenyjog kapcsolata

Interface between big data and competition law

Abstract

The evolution in digitalisation and information technologies, including the possibility to store and process huge amounts of data, has resulted in data becoming both a primary asset and a competitive issue. However, the application of competition rules to (personal) data is not yet straight-forward. The interface of competition law and personal data is a significant problem that demands further explanation, given that we are being faced with an increasingly growing number of cases involving undertakings engaged in information technologies. Recently, the French and the German competition watchdogs published their joint paper on competition law and the collection and use of data, with a special focus on big data. This paper represents the first comprehensive analysis of data related issues from a competition law perspective, offering guidance on how enforcers are most likely to look at data related issues in the near future. Whilst issues arising from data protection were originally outside the scope of competition law, the significance of data and the competitive advantage it can provide for undertakings is hard to ignore in the digital era. Big data is becoming a key basis of competition, underpinning new waves of productivity, growth, innovation, and consumer surplus. Sooner or later leaders and decision-makers in each sector will have to be confronted with certain implications of big data.

Key words: big data, information and communications technologies, personal data, market power, collection and use of data

Tárgyszavak: rendkívül nagy méretű adatállományok, információs és kommunikációs technológiák, személyes adatok, piaci erő, adatok gyűjtése és felhasználása

1. Bevezetés

Az internethasználat elterjedése nem csupán a keresések megkönnyítése, hanem az elektronikus kereskedelem, a televíziós programok online követése és közösségi médiák megjelenése szempontjából lehetővé tette a rendkívül nagy mennyiségű adatgyűjtést, amely felerősíti a versenyhatóságok azon törekvését, hogy ezek együttes, a versenyre gyakorolt hatását feltérképezzék és részletesen elemezzék.

De vajon birtokában vannak-e az egyes versenyhatóságok az ehhez szükséges ismereteknek? Az elmúlt éveket tekintve az alábbi mérföldköveket említhetjük a „big data” témakörben felmerült viták, megjelent elemzések és indított versenyfelügyeleti eljárások tekintetében:

(i) az Európai Adatvédelmi Biztos jelentése a Magánszféra, fogyasztók, verseny és big data címmel (2014. június)¹; (ii) a Facebook/Whatsapp döntés (2014. október)²; (iii) a „platform” rendeletéről szóló vi-

* Titulus: vizsgáló, Nemzetközi Iroda, Gazdasági Versenyhivatal

1 https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Big%20data/14-07-11_EDPS_Report_Workshop_Big_data_EN.pdf (letöltés: 2016. 09. 29.).

2 Európai Bizottság, ügyszám: COMP/M.7217.- FACEBOOK/WHATSAPP; http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_resultépolicy_area_id=2&case_number=7217 (letöltés: 2016. 09. 29.).

ták (2015–2016)³; (iv) az angol versenyhatóság a fogyasztók adatainak kereskedelmi felhasználásról szóló összefoglaló elemzése (2015. június)⁴; (v) a német versenyhatóság eljárása a Facebook ellen (2016. március)⁵; (vi) német–francia közös jelentés a versenyjog és a big data kapcsolatáról (2016. május)⁶ (Big Data Jelentés); (vii) a francia versenyhatóság által indított ágazati vizsgálat (2016. május)⁷; (viii) az Európai Adatvédelmi Biztos véleménye „Az alapvető jogok következetes érvényesítése a big data korában” címmel (2016. szeptember)⁸; (ix) Margrete Vestager versenyjogi biztos egy koppenhágai adatvédelmi konferencián hangsúlyozza, hogy az egyedülálló adatállományok versenyjogi problémákat vehetnek fel (2016. szeptember)⁹; (x) Vestager egy az adatvédelmi biztos és az európai fogyasztóvédelmi szervezet (EDPS–BEUC) által közösen szervezett brüsszeli konferencián bejelenti, hogy amennyiben a folyamatban lévő hatásvizsgálat befejeződik és azzal az eredménnyel zárul, hogy európai szintű jogalkotási fellépés szükséges, akkor az irányelv formájában kerülhet az európai jogalkotó elé a jövő év elején¹⁰.

A hatóságok, a jogásztársadalom és a közgazdászok véleménye megoszlik arról, hogy a versenyjognak milyen szerepet kell betöltenie az adatok gyűjtése, felhasználása, tárolása világában. Az bizonyos, hogy jelenleg nem léteznek olyan versenyjogi szabályok, amelyek kifejezetten az adatkezeléssel foglalkoznak. Jelen cikk célja, hogy a német–francia Big Data Jelentés lényeges megállapításait emelje ki, ugyanakkor foglalkozik a témában egyre növekvő számban megjelenő egyéb nemzetközi anyagokkal is.

1.2. A „big data” mint jogi fogalom?

A „big data” mint IT-tudományágakban létező fogalom tulajdonképpen az egyéni felhasználók és a vállalkozások által világszerte, naponta előállított, válogatás nélküli óriási adatmennyiséget jelenti, amely rendszerszintű tárolással és megfelelő elemzéssel hatalmas hasznot hozhat mind a vállalkozások, mind a fogyasztók számára. Leszögezendő ugyanakkor, hogy jelenleg a „big data” mint jogi fogalom nem létezik. Vállalkozások, kormányok és egyéb szervezetek egyre növekvő adathalmazok birtokába kerülnek, amelyeket különböző matematikai algoritmusok, változatos technológiák és eszközök segítségével elemeznek és szisztematikusan dolgoznak fel, gyakran valós vagy ahhoz közeli időben¹¹. A lehetséges elemzések, a további felhasználás és a visszakereshetőség szempontjából a közelmúltat tekintve három időszak különíthető el:

1. *régi kor*: a papíralapú dokumentumtárolás kora, amikor az adatgyűjtés és -tárolás nehézségekbe ütközik, valamint a keresett adatok későbbi felkutatása, (újra) megtalálása meglehetősen nehézkes; ez az az időszak, amikor az adatok megőrzése nem jár kifejezett előnyökkel, költségigényes és meglehetősen jelentős idő- és energiárfordítást igényel;
2. *újkor*: a számítógépes dokumentumtárolás kora, amikor az adatgyűjtés és -tárolás nehézségei jelentős mértékben csökkennek, hiszen a számítógépes technológia segítségünkre van az adatok keresésében, ebben a periódus-

3 Vö. OTTANELLI: No 'online platform' EU regulation (for now), but general e-commerce rules will apply, <http://www.kwm.com/en/it/knowledge/insights/online-platforms-and-eu-regulation-20160620> (letöltés: 2016. 09. 29.).

4 Competition & Markets Authority: The commercial use of consumer data, 2015. június, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/435817/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf (letöltés: 2016. 09. 23.).

5 http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html (letöltés: 2016. 09. 23.).

6 http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (letöltés: 2016. 09. 20.).

7 <http://globalcompetitionreview.com/news/article/41031/france-announces-full-blown-big-data-sector-inquiry/> (letöltés: 2016. 09. 29.).

8 https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Events/16-09-23_BigData_opinion_EN.pdf (letöltés: 2016. 09. 29.).

9 Data Ethics event on Data as Power, 2016. szeptember 9., Koppenhága, https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/making-data-work-us_en, (letöltés: 2016. 09. 29.).

10 http://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/big-data-and-competition_en, (letöltés: 2016. 09. 29.).

11 A felhasználóhoz a legkülönfélébb formákban eljutó adatmennyiség a McKinsey Global Institute 2011-es jelentése szerint évente kb. 40%-kal nő, azaz két évente duplájára növekszik. (Vö.: McKinsey Global Institute: Big data: The next frontier for innovation, competition, and productivity, 2011. június, http://www.mckinsey.com/mgi/publications/big_data/index.asp, (letöltés: 2016. 09. 23.).

ban az adatok megőrzése már lényegesen gyorsabb és kevesebb ráfordítással jár, vagyis mindenképpen eredményt hozhat;

3. *jelenkor*: a bid data kora, amikor egyre elterjedtebbek a rendkívül nagy adatállományok, az adatgyűjtés és -tárolás nem ütközik nehézségekbe és az adatok megfelelő elemzése segítségével teljesen új produktumok jöhetnek létre.

1.3. A „big data” mint versenyelőny?

A jelenkorban a big data tehát mint jogi fogalom nem, azonban mint nyersanyag, vagyoni érték, hatalom, versenyparaméter¹² mindenképpen értelmezhető, amely szektorokat átívelően szinte mindenhol megjelenik: egészségügyi szolgáltatások, tudományos kutatások, biztonsági szolgáltatások, intelligens városok stb. Peter Norvig, a Google kutatási igazgatója saját bevallása szerint, „a Google-nek nincs sokkal jobb algoritmus, mint másoknak, csupán sokkal több adattal rendelkezik”¹³. Az Amazon például elképesztő összegeket fektet szerverei fejlesztésébe, folyamatosan javítja a különböző algoritmusok teljesítményét, amelyek célja a logisztika és a kereskedelmi honlapok hatékonyságának növelése. Ezek a honlapok mindig újabb és újabb árucikkeket javasolnak a régi vásárlóknak, mivel a rendszer tárolja az adott vásárló személyes preferenciáit és fogyasztási szokásait. Látható, hogy versenyelőny az adatok feldolgozásával, abból újabb adatok kinyerésével keletkezik, vagyis az alkalmazott algoritmus valószínűsíthetően nagyobb értéket képvisel, mint maga az adat, jóllehet alapadatok nélkül nem lehetne a folyamatot véghezvinni. A feldolgozott adatok egyéniesített, individualizált eredményekhez, értékes információk kinyeréséhez vezetnek, így könnyen felismerhető, hogy a feldolgozott adatok sokkal jobban hasznosíthatók, mint a nyers adatok (raw data).

A verseny szempontjából az érdeklődés középpontjában az áll, hogy hol jelentkezhetnek versenyjogi aggályok az EUMSZ 102. cikkében és azzal ekvi-

valens nemzeti versenyszabályok értelmében, és egyáltalán hogyan lehet az adatok piacát meghatározni. A versenyjogban az adatok alapvetően két aggályt is felvethetnek: (i) személyes adatok védelme és azok figyelembevétele a versenyjogi elemzés során, (ii) hálózati hatások és azok kezelése.

Ez utóbbi különösen azon „ingyenes” netes szolgáltatások kapcsán merül fel, amelyek a felhasználók által rendelkezésre bocsátott személyes adatokra építve kínálnak hirdetési felületet. „Olyan kétoldali piac ez, ahol a platform szolgáltatója egyre vonzóbb ingyenes szolgáltatásokat fejleszt annak érdekében, hogy az őket igénybe vevő felhasználók egyre növekvő tábora miatt az ingyenes szolgáltatásokat kínáló platform a reklámozóknak aztán minél vonzóbb legyen. Ebben a közegben az ingyenes felhasználók személyes adata komoly üzleti érték”¹⁴.

Jellemzően ma még nem értjük meg teljes egészében az adatpiacokat. A tradicionális piacmeghatározás értelmében akkor beszélünk piacokról, amikor a felhasználók valamilyen ellenszolgáltatásért anyagi javakkal, jellemzően pénzzel fizetnek. A Google mint keresőmotor esetében a felhasználók nem pénzzel, hanem „saját adataik megosztásával fizetnek”. Az internetes előzmények nyomán követésével és helymeghatározással célzottabbá válik a marketingtevékenység. Jóllehet, a hirdető a közzétett reklámokért pénzzel fizetnek, s cserébe adatokhoz jutnak. Tehát minél több felhasználó használja a keresőmotort, annál több adat keletkezik, amely egyre jobb keresési eredményekhez vezet, amely aztán visszavezet az egyre több felhasználó megjelenéséhez. Így egyre több felhasználót érdeklő reklám tehető közzé, ez növeli a vállalkozás pénzügyi erejét, amelyet innovációra, fejlesztésekre, kutatásokra fordíthat, amely szintén a felhasználók számának növekedéséhez és egyre több adat keletkezéséhez vezet... Ennek a folyamatnak mindenképpen jelentőséget kell tulajdonítani versenyjogi szempontból is.

A „big data”-nak három főbb jellemzője van: (i) mennyiség (volume), (ii) sebesség (velocity) és (iii) változatosság (variety). A szakirodalom erre mint „3V” utal. A mennyiség a másodpercenként előállított óriás mennyiségű adatözönre vonatkozik. A se-

¹² <http://iveybusinessjournal.com/publication/why-big-data-is-the-new-competitive-advantage/>, (letöltés: 2016. 09. 26.).

¹³ https://www.quora.com/Does-Google-not-have-better-algorithms-but-only-more-data?ref=huffpo&rel_pos=1#n=12, (letöltés: 2016. 09. 20.).

¹⁴ Tóth András: Technológia és versenyjog, in: szerk.: Tóth András: Technológia jog – Új globális technológiák jogi kihívásai, KRE-ÁJK Acta Carolinensia Conventorum Scientiarum Iuridico-Politicarum XV. Patrocinium Kiadó, Budapest, 2016, 156.

besség azért különösen fontos attribútum, mert az adatok folyamatosan áramolnak, egyre gyorsabban kell őket feldolgozni, lehetőség szerint valós időben. Az informatikusok számára az egyik legnagyobb kihívást a változatosság jelenti, hiszen az egyes adatokat strukturálni kell és egymással összefüggésbe hozni, azok forrására tekintet nélkül¹⁵. A legkülönbözőbb formátumokban megjelenő adatok, információk szisztematikus feldolgozásával, a közöttük lévő kapcsolatok, ok-okozati összefüggések felismerésével és a kapott minták elemzésével olyan előrejelzések modellezhetők, amelyek versenyelőnyhöz juttathatják az adott vállalkozást. Segítségükkel többek között előrevetíthető, hogy milyen irányban alakul a piac, hogyan javíthatók az egyes termékek és szolgáltatások¹⁶ és az is, hogy pontosan mit preferálnak a fogyasztók. Új generációs termékek fejlesztésére is jól használhatók a feldolgozott adatok és a fogyasztó számára ingyenesen nyújtott szolgáltatások igénybevételére is lehetőség nyílik (például folyamatosan frissített közlekedési és időjárési információk). Minél gyorsabban képes egy vállalkozás a piac változásaira reagálni, annál nagyobb előnnyel vesz részt a piaci versenyben¹⁷. Ideális esetben e folyamat révén a vállalkozások olyan helyzetbe kerülhetnek, hogy akár proaktív üzleti döntéseket hozzanak, ahelyett hogy fáziskészséssel reagálnak a már bekövetkezett eseményekre. Az adatelemzés segít növelni a gazdasági teljesítményt, hozzájárul a bűnözés csökkentéséhez, a közegészség és a biztonság javításához, javítja az energiahatékonyságot, fejleszti az időjárás-előrejelzést és növeli a mezőgazdasági terméshozamokat¹⁸. Kérdés, hogy az említett hatékonysági előnyöket hogyan vehetjük figyelembe, igazolhatjuk egy-egy versenyjogi elemzés kapcsán.

2. A német és francia versenyhatóság által közösen készített jelentés a nagy méretű adatállományok versenyjogi jelentőségéről¹⁹

A német (*Bundeskartellamt – BKA*) és a francia versenyhatóság (*Autorité de la concurrence*) 2016. május 10-én a rendkívül nagy méretű adatállományok és azok versenyjogi jelentőségét elemző közös jelentést adott ki. A jelentés arra tesz kísérletet, hogy (i) elemezze az ezzel kapcsolatosan felmerülő kérdéseket, a viták jelenlegi állását és (ii) olyan tényezőket azonosítson, amelyeket a nagy méretű (gyakran személyes) adatok kereskedelmi célból való gyűjtésének és a versenyjogi környezet kapcsolatának elemzésekor figyelembe kell venni. A Bid Data Jelentés különböző típusú adatgyűjtéssel kapcsolatos magatartásokat is megemlíti, amely adott esetben versenykorlátozó lehet (*theories of harm*), így például olyan vállalkozás megszerzését (M&A tranzakciók), amely kiterjedt adatállománnyal rendelkezik, adatokhoz való hozzáférés korlátait, adatok felhasználását mint az árdiszkrimináció eszközt, piaci erőfölényben lévő vállalkozások általi adatvédelmi szabályok megszegését.

A kérdés az, hogy az adatok milyen szerepet játszanak a versenyjogi elemzésben, illetve szükséges-e egyáltalán európai szintű jogalkotási fellépés ezen a területen. Amennyiben a jogalkotási fellépés szükségessége mellett tesszük le a voksunkat, át kell gondolni, hogy a már meglévő versenyjogi szabályok módosítása vagy az online szektorban ágazatspecifikus szabályozás megteremtése lehet a legcélravezetőbb megoldás.

15 Vö. Deutsches Institut für Vertrauen und Sicherheit im Internet: Big data, Hamburg, Januar 2016, 26–27.; <https://www.divisi.de/wp-content/uploads/2016/01/Big-Data.pdf>. (letöltés: 2016. 09. 22.).

16 Big Data: Eine ökonomische Perspektive in: Körber (Hrsg.): Daten und Wettbewerb in der digitalen Ökonomie: Dateneigentum, Datenschutz, Datenmacht, Nomos Kiadó, 2016, 98.

17 STERN Stewart&Co.: Big data, business analytics auf Vorstandsebene, 2016; http://www.sternstewart.com/files/stern_stewart_research_64_big_data.pdf (letöltés: 2016. 09. 26.).

18 TUCKER, Wellford: Big mistakes regarding big data, Antitrust Source, American Bar Association, 2014. december, http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/dec14_tucker_12_16f.authcheckdam.pdf (letöltés: 2016. 11. 02.).

19 Jelen összefoglaló a német–francia Big Data Jelentés alapján készült: Competition Law and Data, 2016. május 10.; http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (letöltés: 2016. 09. 20.).

Kiemelendő, hogy a nagy méretű adatállományok hozzájárulhatnak a hatékonyság és az innováció növekedéséhez, azonban versenyjogi aggályokat is felvethetnek. Egyrészt a nagy adatmennyiség a piaci erőfölény eszköze lehet. A jelentős piaci erő pedig a versenytársakkal, riválisokkal szembeni versenykorlátozó magatartáshoz és a fogyasztókkal szembeni kizsákmányoló magatartáshoz is vezethet. A jelentés szerint az alábbi aspektusokat kell figyelembe venni annak elemzésekor, hogy a nagy adatmennyiség piaci erőt képez-e:

- A) az adatgyűjtés és az adatok további felhasználása a versenytársak által nehézség nélkül reprodukálható, vagyis az adatok a versenytársak által könnyen megszerezhetőek-e?
- B) a releváns adatok mérete és terjedelme kulcsfontosságú a verseny, a piaci erő vizsgálata szempontjából.

Másrészről a bővebb információ, amely a nagy mennyiségű adatok gyűjtésének következménye, növeli a piac átláthatóságát, és a versenytársak közötti összejátszást is elősegítheti azzal, hogy megkönnyíti a versenytársak árképzési politikáinak feltérképezését vagy a versenykorlátozó megállapodásban foglaltaktól való eltérést.

2.1.1. M&A tranzakciók

Az OECD 2015-ben megjelent tanulmánya²⁰ aról számol be, hogy az olyan M&A tranzakciók száma, amelyek adatokkal kapcsolatos szektorokban jöttek létre, 55-ről 164-re nőtt 2008-ról 2012-re. Ez az adat jól mutatja, hogy a nagy adatállománnyal rendelkező innovatív vállalkozások megszerzése versenyelőnyt jelent. Annak a kijelentése azonban, hogy mindez automatikusan versenyjogi aggályt jelent, elhamarkodott lenne. Mind az Európai Bizottság, mind az Amerikai Egyesült Államok Szövetségi Kereskedelmi Bizottsága az utóbbi összefonódás-ellenőrzések során elemezték azt az előnyt, amely akkor keletkezhet, amikor két vállalkozás számára hozzáférhető személyes adatok egyesülnek, illetve azt is, hogy ez kizoríthatja-e a versenytársakat. A legismertebb közelmúltban vizsgált bizottsági

ügy, amely során ezek a kérdések felmerültek, a Facebook/WhatsApp ügy volt. Ebben az ügyben a Bizottság azt elemezte, hogy az összeolvadás révén a Facebook közösségi platform piaci helyzete erősödhet-e azáltal, hogy a Facebook felhasználhatja a WhatsApp fogyasztói kommunikációs alkalmazás számára rendelkezésre álló adatokat reklámtevékenysége céljára vagy hirdetési tevékenységet vezethet-e be a WhatsApp szolgáltatásba, ezáltal megváltoztatva a verseny körülményeit. Végül a Bizottság megállapította, attól függetlenül, hogy a Facebook hogyan használja fel az adatokat, a tranzakció eredményeképpen a reklámozás céljából elérhető internethasználok adatainak igen jelentős száma nem kerül a Facebook kizárólagos ellenőrzése alá.

Az adatokhoz kapcsolódó M&A tranzakciók hatékonysági előnyökkel is járhatnak – amennyiben az alkalmazandó összeolvadás-ellenőrzési szabályozási rezsim elismeri ezt a típusú védekezést –, amelyeket össze kell vetni a versenyre gyakorolt kockázatokkal. Néhány ügyben az eljárás alá vont felek a tranzakcióból származó adatok mértékét, volumenét használták mint hatékonysági előnyökre való hivatkozást. A Microsoft/Yahoo! Search²¹ és a Tomtom/Tele Atlas²² ügyekben a hatékonyságjavulásra vonatkozó hivatkozásokat tettek a felek, kiemelve, hogy a vállalkozások ezáltal gyorsabban képesek előállítani jobb minőségű termékeket a rendelkezésre álló adatok alapján.

2.1.2. Adatokhoz való hozzáférés korlátai

A piaci verseny olyan magatartások által is gyengíthető, amelyek megfosztják a versenytársakat az adatokhoz való hozzáféréstől. Különböző helyzetekben mindez akár a versenytársak kizorításához is vezethet. A német–francia Big Data Jelentés a versenykorlátozó magatartásokat az adatokhoz való hozzáférés megtagadásán vagy azokhoz való diszkriminatív hozzáférés engedélyezésén, kizárólagos szerződésbeli rendelkezéseken, kötött eladásokon keresztül tárgyalja.

20 OECD, Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being, OECD Publishing, Paris (2015), 94., <http://dx.doi.org/10.1787/9789264229358-en>. (Letölthető innen: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/science-and-technology/data-driven-innovation_9789264229358-en#V7rqzOSSYwc#page4, letöltés: 2016. 09. 21.).

21 Európai Bizottság, ügyszám: COMP/M.5727, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-167_en.htm (letöltés: 2016. 10. 03.).

22 Európai Bizottság, ügyszám: COMP/M. 4854, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-167_en.htm, (letöltés: 2016. 10. 03.).

2.1.3. Az adatok felhasználása mint az árdiszkrimináció eszköze

A jelentés rámutat, hogy az adatok különösen erősíthetik az árdiszkriminációt. Amennyiben az adott vállalkozás a fogyasztók vásárlói szokásairól adatokat gyűjt, sokkal könnyebben meg tudja határozni azt, hogy az adott fogyasztó milyen összeget hajlandó kifizetni a termékéért, szolgáltatásáért. Amennyiben az adott vállalkozás erőfölényes helyzetben van, a begyűjtött információkat könnyedén felhasználhatja annak érdekében, hogy különböző árakat határozzon meg különböző ügyfelei, fogyasztói számára. A közgazdasági elemzések azt mutatják, hogy az árdiszkrimináció hatása ellentmondásosnak tekinthető. Az adatok gyűjtésén alapuló árdiszkrimináció következményeként számos fogyasztó magasabb árat fizet az adott termékért vagy szolgáltatásért, ugyanakkor léteznek olyan fogyasztók is, akik kedvezőbb árajánlatokat kapnak azzal az árral összevetve, ha nem jönne létre árdiszkrimináció. Így ezen kedvező helyzetbe kerülő fogyasztók között lesznek olyanok, akik nem engedhetnék meg maguknak a termék megvásárlását, a szolgáltatás igénybevételét, amennyiben minden fogyasztó számára ugyanolyan ár lenne meghatározva. Fontos megjegyezni tehát, hogy az árdiszkriminációnak nincs 'per se' negatív hatása, a fentiek értelmében a fogyasztói jólétet is növelheti és a versenyt is élénkítheti, pl. a vállalkozás által elért profit összege és a fogyasztói többlet a tranzakciók növekvő száma, összevetve azzal a helyzettel, ha árdiszkrimináció nem létezne, még akkor is, ha a szociális jóléti többlet maximalizálása nem feltétlenül egyezik meg a fogyasztónál jelentkező többlet maximalizálásával.

Az is felvetődő kérdés, hogy az árdiszkrimináció önmagában az európai versenyjog hatálya alá tartozik-e. Ahhoz, hogy erőfölénynek vagy vertikális korlátozásnak legyen tekinthető, nem csupán a fogyasztói jólétre, hanem a versenyre gyakorolt hatásait is demonstrálni kell, mindemellett arányos indokok, kimentési lehetőségek hiányát is meg kell állapítani.

2.1.4. Az adatvédelmi szabályok megsértése és a versenyjog

Az európai jogirodalom az utóbbi időszakban rendszeresen foglalkozott az adatvédelmi aggályok és a versenyjog kapcsolatával. A (személyes) adatok gyűjtése az adatvédelmi szint csökkenéséhez vezethet. Szükséges leszögezni, hogy az adatvédelmi aggályok felmerülése nem tartozik a versenyhatóságok hatáskörébe. Az Európai Unió Bírósága 2006-ban az Asnef-Equifax-ügyben²³ úgy határozott, hogy a személyes adatok érzékenységéhez kapcsolódó kérdések önmagukban nem tárgyai a versenyjognak, azokat az adatvédelem irányadó szabályai segítségével kell megválaszolni. A fentiekben említett Facebook/WhatsApp ügyben ezt az álláspontot képviselte az Európai Bizottság is, amikor az alábbiakat állapította meg: a Bizottság csupán abban a mértékben vizsgálta az adatok összeolvadásából eredő lehetséges aggályokat, amennyiben az a Facebook pozícióját erősítené az online reklámtevékenysége során vagy annak egyéb alszegmenseiben. Egyéb megnövekedett adatkoncentrációból eredő adatvédelemhez kapcsolódó aggály, amely a Facebook ellenőrzése alatt áll, a tranzakció bekövetkezésének eredményeképpen nem tartozik az európai versenyjog hatáskörébe, hanem arra az európai adatvédelmi szabályok irányadók. Vagyis „*az adatkezelés minőségi szintjének változását a Bizottság a verseny szempontjain keresztül közvetve értékeli*”²⁴.

A német-francia Big Data Jelentés azonban egy a fentitől némileg eltérő álláspontot képvisel, amikor arra a következtetésre jut, hogy az adatvédelmi szabályok megsértése egy domináns, piaci erőben lévő vállalkozás által minősíthető erőfölénnyel való visszaélésnek.

A közelmúltban a BKA Németországban versenyfelügyeleti eljárást indított a Facebook közösségi portál üzemeltetői ellen gazdasági erőfölénnyel visszaélés tilalmának feltételezett megsértése miatt. A BKA közleménye szerint feltételezhető, hogy a Facebook piaci fölényével visszaélve olyan felhasználói feltételeket határoz meg, amelyek megsértik az adatvédelmi előírásokat. A portál üzemeltetői a fel-

23 Az ítélet letölthető innen: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=65421&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=290731> (letöltés: 2016. 08. 23.).

24 Mindez az EUMSZ 7. cikke fényében érdekes, amely szerint az EU biztosítja a különböző politikai és tevékenységei összhangját. Lásd ΤΟΤΗ (14. lj.), 158.

használói profilok kialakítása révén a személyre szabott reklámozás lehetőségét kínálhatják fel üzleti partnereiknek, és a profilokat azon adatok segítségével állítják elő, amelyek gyűjtésére és hasznosítására a felhasználó felhatalmazást adott. Az üzemeltetők ugyanis csak akkor biztosítanak hozzáférést a portálhoz, ha a felhasználó hozzájárul adatainak gyűjtéséhez és hasznosításához. Az azonban kevésbé átlátható a felhasználó számára, hogy a felhasználói feltételek elfogadásával megadott hozzájárulás milyen kiterjedésű, milyen mélységű adatgyűjtési és hasznosítási tevékenységre hatalmazza fel a portál üzemeltetőit, állapította meg a BKA, hangsúlyozva: meglehetősen kétséges ennek az eljárásnak a jogszerűsége, különös tekintettel a hatályos nemzeti adatvédelmi előírásokra²⁵.

A jelentés kiemeli, hogy jóllehet az adatvédelmi jog és a versenyjog különböző célokat szolgál, az adatvédelmi aggályok nem zárhatók ki akkor, amikor versenyjogi aggályok vizsgálatára kerül sor. Azon vállalati döntések, amelyek a személyes adatok gyűjtéséről és felhasználásáról születnek, hatással lehetnek a gazdaságra és versenyre is. Ennek következtében az adatvédelmi politika a verseny szempontjából is vizsgálható azokban az esetekben, amikor ezek a politikák felelősek a versenyre gyakorolt hatásért, különösen akkor, amikor ezeket egy domináns helyzetben lévő vállalkozás alkalmazza, s az adatok elsődlegesek a termék vagy a szolgáltatás szempontjából. Ilyen esetekben egy meglehetősen szoros kötődés lehet a domináns vállalkozás, annak adatgyűjtési mechanizmusa és a releváns piacon lévő verseny között, amely igazolhatja az adatvédelmi politikák és szabályozás vizsgálatát a versenyfelügyeleti eljárásokban.

2.2. A rendkívül nagy adatállományok értékelése és a piaci erő

A fentiekben kifejtett kárelméletekkel (theory of harm) és azok hatásaival kapcsolatosan nyilvánvalóan a legérdekesebb kérdés az, hogy az összegyűjtött és felhasznált adatok milyen mértékűek és azok mennyiben képesek hozzájárulni a piaci erőhöz.

Az adatgyűjtéshez kapcsolódó kárelméletek nagymértékben függenek attól, hogy mekkora versenyelőnyt képesek biztosítani, és még szűkebben értelmezve azon vállalkozás számára biztosított versenyelőny meglététől, amely gyűjti az adatokat. Az online szektorban ez igen összetett kérdésnek bizonyul. A jelentés szerint annak megállapítására, hogy az adatok valóban hozzájárulnak-e a piaci erőfölény létrejöttéhez és annak fenntartásához, a versenyhatóságoknak elsődlegesen azt kell meghatározniuk, hogy az adatok milyen gazdasági előnyt jelentenek. Ezt már alkalmazták versenyhatóságok a közelmúltban, azonban csupán összefonódás-ellenőrzés során. Különös figyelemmel kell lenni az adatok elérhetőségére a digitális piacokon, valamint a specifikus előnyre, amely a rendkívül nagy adatállományok meglétéből származik.

Különböző ágazatokban a vezető piaci szereplők olyan mértékű adatállományokkal rendelkeznek, amelyeket harmadik felek nem képesek megszerezni ugyanolyan vagy hasonló szerkezetben és mennyiségben. Ez különösen igaz az online szolgáltatásokra, így többek között a keresőmotorokra, a közösségi médiára, ahol az ingyenes szolgáltatás egy igen széles felhasználói bázist vonz, amely hatalmas adatmennyiséget generál és ez gyakran elérhetetlen a versenytársak számára. Így az online szektorok könnyen koncentráltak lehetnek, kevés szereplővel, amelyek hatalmas adatállományokat birtokolnak, s amelyek tekintetében a hálózati hatásokra is figyelemmel kell lenni. Így megállapítható, hogy az adatok gyűjtése és felhasználása erősítheti a már piaci erőfölénnyel rendelkező vállalkozás piaci erejét, amely a kisebb piaci szereplők kiszorításához is vezethet.

Megjegyzendő, hogy „a Google/DoubleClick ügyben²⁶ a Bizottság arra az álláspontra helyezkedett, hogy a személyes adatok halmaza nem tekinthető nem megkötözhető eszköznek, hiszen a versenytársak is képesek ilyen személyes adathalmazok beszerzésére például adatbrókerektől²⁷. Ráadásul a Microsoft/Yahoo! Search

25 http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html (letöltés: 2016. 09. 22.).

26 Európai Bizottság, ügyszám: COMP/M.4731 – Google/DoubleClick, 365., lásd Tóth (14. lj.), 157.: „Az ügyben az internetes keresők és böngészők használatára vonatkozó személyes adatok összeadódása merült fel problémaként”. Bővebb információ: http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_4731 (letöltés: 2016. 11. 02.).

27 Lásd Tóth (14. lj.), 157.

ügyben²⁸ beszerzett piaci információk alapján a Bizottság arra az álláspontra jutott, hogy az összefonódás révén elérhető személyes adathalmaz bővülés előnyei egy bizonyos szint után fokozatosan csökkenő hozadékaik²⁹.

3. Összegzés

Azt látjuk tehát, hogy jelenleg a versenyhatóságok igyekeznek vezető szerepet vállalni annak feltérképezésében, hogy a nagy mennyiségű adatok gyűjtése és felhasználása milyen hatásokkal lehet a versenyre. A versenyhatóságok részéről a közeljövőben egyre több versenyfelügyeleti eljárás megindítása várható olyan vállalkozások ellen, amelyek a nagy mennyiségű adatok gyűjtése révén előnyökre tettek szert, s amelyet versenytársaikkal szemben használnak fel például a szomszédos piacokon. Nyilvánvalóan számos fogyasztói előnnyel és prokompetitív, azaz versenyt ösztönző hatásokkal is jár az adatok gyűjtése és azok elemzése, azonban a vállalkozásoknak meglehetősen óvatosnak kell lenniük abban a tekintetben, hogy hogyan használják fel ezeket az adatokat annak érdekében, hogy az esetlegesen felmerülő versenyjogi kockázatokat elkerüljék, és ne okozzanak kárt a fogyasztóknak.

Az angol versenyhatóság (Competition and Markets Authority – CMA) például 2015 júniusában a fogyasztók adatainak kereskedelmi felhasználásáról szóló összefoglaló elemzésében az adatok gyűjtéséből és annak elemzéséből eredő fogyasztói előnyöket hangsúlyozza: így egyebek mellett célzottabb reklám-, marketing- és promóciós tevékenység, személyre szabottabb termékek és szolgáltatások, ingyenes szolgáltatások nyújtása. A CMA ugyanakkor a rendkívül nagy mennyiségű adatok gyűjtéséből eredő potenciális versenykorlátozó hatásokra is felhívta a figyelmet; így különösen arra, hogy a vállalkozások a gyűjtött adatok birtokában képesek lehet-

nek piaci erőfölénybe kerülni, s ennek következtében úgy használhatják fel a megszerzett adatokat, hogy versenytársaikat kizárják azzal, hogy a fogyasztói adatokhoz való hozzáférést és azok felhasználását megtagadják, illetve korlátozzák.

A német-francia Big Data Jelentés alapján annak megállapítása, hogy a vállalkozások, amelyek rendkívüli adatállományok birtokában vannak, jelentenek-e veszélyt a versenyre nézve, minden esetben külön, az eset összes körülményének vizsgálatával kell hogy megtörténjen.

Az Európai Adatvédelmi Biztos 2016 szeptemberében kiadott véleményében fokozódó aggodalmát fejezte ki a piaci koncentráció és a személyes adatok egyre kevesebb számú vállalkozás kezében való összpontosulásával kapcsolatban. Úgy látja, hogy az internet mint egy „fallal körülvett kert” jelenik meg a felhasználók számára, amelyet a „take-it-or-leave-it elven működő adatvédelmi politika” jellemez. Ez arra ösztönöz, hogy a hatóságok működjenek együtt az egyén érdekeinek és jogainak védelmében úgy, mint a magánélethez való jog, a véleménynyilvánítás szabadsága és a megkülönböztetésmentesség érdekében. Úgy véli, hogy az adatvédelmi, a fogyasztóvédelmi és a versenyjog elméletben azonos célokat szolgálnak, azonban a gyakorlatban eltérően működnek. Ezen jogágaknak nyilván saját szerepük van, de a hatóságok együttműködésével eredményesebbé válhatnak³⁰.

Az adatok, a piaci erőfölény és versenyjog kapcsolata egy igen komplex terület a technika rendkívül gyors fejlődésének világában. Tekintve, hogy egyre több versenyhatóság foglalkozik ezekkel a kérdésekkel, bizonyos mértékű európai szintű iránymutatás szükségesnek látszik. Talán a német-francia Big Data Jelentés is inspirálhatta Vestager versenyjogi biztost, amikor irányelv megalkotásának lehetőségét vetette fel³¹ mint lehetséges megoldást az egyre nagyobb számban felvetődő big data körüli kérdések megválaszolására.

28 Európai Bizottság, ügyszám: COMP/M.5727 Microsoft/Yahoo! Search, bővebb információ: http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_5727 (letöltés: 2016. 11. 02.).

29 Lásd Tóth (14. lj), 157.

30 https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/PressNews/Press/2016/EDPS-2016-15-Press_State ment_Coherent_Enforcement_EN.pdf (letöltés: 2016. 09. 29.).

31 Lásd Vestager versenyjogi biztos 2016. szeptember 29-én Brüsszelben tartott beszédét az EDPS-BEUC közös big data konferencián, http://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/big-data-and-competition_en (letöltés ideje: 2016. 11. 02.).

A GIS-kartell utóélete – Gazdasági Versenyhivatal kontra Siemens Aktiengesellschaft Österreich (C-102/15. sz. ügy)

The afterlife of the GIS cartel – Gazdasági Versenyhivatal vs Siemens Aktiengesellschaft Österreich (C-102/15)

Abstract

This paper deals with a civil law claim filed by the Gazdasági Versenyhivatal (GVH) before a Hungarian court against Siemens Aktiengesellschaft Österreich, a company domiciled in Austria and a party to a former cartel investigation in the market for gas-insulated switchgear, concerning the recovery of interest on the ground of unjust enrichment, according to Article 83 (5) of the Hungarian Competition Act. The said legal provision stipulates the payment of double interest in case the decision of the GVH is overruled by the review court due to infringement of law. The referring court asks whether Article 5(3) of Regulation No 44/2001 must be interpreted as meaning that matters relating to tort, delict and quasi-delict within the meaning of that provision includes an action for recovery of sums due on the ground of unjust enrichment by which the competition authority of a Member State seeks to obtain the repayment of interest from a company domiciled in another Member State that it paid to that company following the decision of the administrative courts of the first Member State to reduce the fine which had been imposed on that company by the competition authority after the Hungarian Curia set aside that decision and reinstated the initial amount of that fine.

Key words: Judicial cooperation in civil matters – Regulation (EC) No 44/2001 – Concept of ‘civil and commercial matters’ – Article 5(3) – Unjust enrichment – Jurisdiction to hear and determine matters relating to tort, delict or quasi-delict

Tárgyszavak: Polgári ügyekben folytatott igazságügyi együttműködés – 44/2001/EK rendelet – A „polgári és kereskedelmi ügyek” fogalma – Az 5. cikk 3. pontja – Jogalap nélküli gazdagodás – A jogellenes károkozással, jogellenes károkozással egy tekintet alá eső cselekménnyel vagy ilyen cselekményből fakadó igényvel kapcsolatos ügyekben való eljárásra és az azok elbírálására vonatkozó joghatóság

Először fordult elő, hogy az Európai Unió Bírósága a Gazdasági Versenyhivatalt („GVH” vagy „felperes”) érintő polgári ügyben döntött. Az előzetes döntéshozatal origóját egy a GVH hatósági tevékenységéhez köthető kartellügyben hozott versenyfelügyeleti határozat képezte. A GVH 2005. december 22. napján kelt Vj-102/2004/174. számú határozatával megállapította, hogy a Siemens Aktiengesellschaft Österreich („Siemens” vagy „alperes”) más vállalkozásokkal együtt versenykorlátozó meg-

állapodást kötött, magatartását összehangolta a legalább 72 kW feszültségű gázigetelésű elektromos kapcsoló berendezések (Gas-insulated switchgear, GIS), illetve a kapcsolódó alállomások piacán. Az alperes magatartása a határozatban rögzített időtartamban, magyarországi piacra nézve alkalmas volt a piaci verseny korlátozására. A jogsértés miatt a GVH a Siemenst 159 000 000 forint versenyfelügyeleti bírság megfizetésére kötelezte. A határozathozatalt követően közel 7 éven keresztül tartott

* Elnökhelyettes, Gazdasági Versenyhivatal.

az ügy bírósági felülvizsgálata. Az előzetes döntéshozatali eljárás alapját azonban nem a közigazgatási bírósági felülvizsgálati szakasz, hanem az ezt követő polgári per képezte, amelyet a GVH indított a Siemens ellen jogalap nélküli gazdagodás címen. A jogvita lényegének megértéséhez szükséges röviden visszatekinteni a közigazgatási perben és a bíróságösszeg végrehajtására vonatkozó eljárásban született határozatokra is.

1. Pertörténet

1.1. Közigazgatási pertörténet

Mivel az akkor hatályos – államigazgatási eljárás általános szabályairól szóló 1957. évi IV. – törvény szerint a jogorvoslati kérelemnek nem volt halasztó hatálya, a Siemens a kiszabott bírságösszeget befizette a GVH számlájára, egyben felülvizsgálati kérelmet nyújtott be a GVH érdemi döntésével szemben. Az ezt követő közigazgatási pereskedés során három másodfokú és kettő kúriai ítélet született.

A Fővárosi Bíróság¹ 2007 októberében csökkentette a bírságok összegét, de elfogadta és a rendelkezésre álló közigazgatási iratok alapján bizonyítottan tekintette a GVH azon megállapítását, hogy a GIS piac egyes résztvevői 1988. április 15. napján írásos kartellmegállapodást (GQ-megállapodás) kötöttek, míg a megállapodás európai tagjai az európai tagokra vonatkozó – a GQ-megállapodást kiegészítő – megállapodást foglaltak írásba (E-megállapodás). Az E-megállapodásokban rögzített ár- és piacfelosztó nemzetközi kartellmegállapodás egy komplex, egységes, folyamatosan fennálló egyetlen jogsértést valósított meg 2004. március 3-ig.

A fellebbezés folytán eljáró másodfokú bíróság² pedig helybenhagyta az elsőfokú bíróság ítéletét, ezért a GVH a tisztességtelen piaci magatartás és a versenykorlátozás tilalmáról szóló 1996. évi LVII. törvény („Tpvt.”) 83. § (5) bekezdése alapján 2008. október 31-én az alperes által korábban megfizetett bírságösszeg és az I. jogerős ítéletben meghatározott összeg közötti különbséget, továbbá a visszafizeten-

dő összeg után számított kétszeres jegybanki alapkamatot is visszafizette az alperesnek. A visszafizetéskor hatályos Tpvt. 83. § (5) bekezdése szerint „*Ha az eljáró versenytanács határozata jogszabályt sértett és ennek következtében az ügyfélnek igénye keletkezik a bírság visszatérítésére, a visszatérítendő összeg után a mindenkori jegybanki alapkamat kétszeres összegének megfelelő kamatot is meg kell téríteni.*”

A Fővárosi Ítéltábla jogerős ítéletét követően a GVH felülvizsgálati kérelmet nyújtott be a Legfelsőbb Bírósághoz, amely végzésében³ hatályon kívül helyezte a másodfokú ítéletet (I. másodfokú ítélet) és a Fővárosi Ítéltáblát új eljárásra utasította. A Fővárosi Ítéltábla a megismételt eljárásban 2010 januárjában hozott részítéletében (II. másodfokú ítélet) az elsőfokú bíróság ítéletét a versenyfelügyeleti bírság mérséklésére vonatkozó rendelkezései tekintetében ismét helybenhagyta⁴. A II. jogerős ítélet ellen a GVH újabb felülvizsgálati kérelmet nyújtott be, melynek eredményeként a Legfelsőbb Bíróság második alkalommal is hatályon kívül helyezte a másodfokú ítéletet és a másodfokú bíróságot ismételtelen új eljárásra utasította.⁵ Ezt követően a Fővárosi Ítéltábla 2011 szeptemberében kelt ítéletével⁶ (III. másodfokú ítélet) megváltoztatta az elsőfokú bíróság ítéletét és a Siemens keresetét elutasította. A közigazgatási pereskedést az alperes – szintén bírsággal sújtott – pertársának felülvizsgálati kérelme nyomán eljáró Kúria zárta le végérvényesen⁷ 2013 januárjában, melynek során hatályában fenntartotta azt a másodfokú ítéletet, amely a GVH közigazgatási határozatát az alperes vonatkozásában teljes mértékben jogszerűnek találta.

1.2. A végrehajtási eljárás pertörténete

A GVH döntését jogerősen helybenhagyó III. másodfokú döntés után a felperes elrendelte a végrehajtási eljárást az alperessel szemben, amely eredményeként az alperes csak részben teljesített, mivel a felperes által korábban, a Tpvt. 83. § (5) bekezdése alapján visszatérített bírságösszeget a felperes részé-

1 2007. október 25-én kelt 7.K.31.535/2006/46. számú ítéletével.

2 Fővárosi Ítéltábla 2008. szeptember 10-én kelt, 2.Kf. 27.564/2007/18. számú ítélet.

3 A Legfelsőbb Bíróság 2009. október 21-én kelt, Kfv. IV. 37.058/2009/12. számú végzés.

4 A Fővárosi Ítéltábla 2010. január 27-én kelt, 2.Kf. 27.525/2009/9. részítélet.

5 A Legfelsőbb Bíróság 2011. február 23-án kelt, Kfv. II. 37.497/2010/14. számú végzés.

6 A Fővárosi Ítéltábla 2011. szeptember 14-én kelt, 3.Kf.27.195/2011/6. számú jogerős ítélet.

7 A Kúria 2013. január 23-án kelt, Kfv. III. 37.011/2012/6. sz. ítélet.

re visszafizette, az összeg után a mindenkori jegybanki alapkamat kétszeres összegének megfelelő kamatot ugyanakkor nem fizette meg.

Erre tekintettel a GVH elsősorban közigazgatási úton kívánta végrehajtani követelését, ezért külön elrendelte a végrehajtási eljárást a Tpv. 83. § (5) bekezdése szerinti kétszeres kamat és külön annak késedelmi pótléka iránt. Az alperes felülvizsgálati kérelme nyomán eljáró Fővárosi Törvényszék a GVH kétszeres kamat végrehajtását elrendelő végzését hatályon kívül helyezte⁸. Indokolásában megállapította, hogy „[...] a Tpv. 83. § (5) bekezdése alapján megfizetett kétszeres jegybanki alapkamat visszakövetelésére, illetőleg az utána érvényesíteni kívánt késedelmi pótlék végrehajtására vonatkozó végzés meghozatalára a Tpv. 89. § (1)–(2) bekezdései nem biztosítanak hatáskört a kérelmezett részére, ugyanis a végzés meghozatala nem a végrehajtható döntésben elrendelt kötelezettségen alapul, így ezen összeg visszakövetelése közigazgatási úton nem érvényesíthető.” Mindezek ellenére a végzés indokolása azt is rögzítette, hogy mivel a GVH határozta a bírói felülvizsgálat során jogszerűnek bizonyult, a Siemens nem jogosult a visszatérítendő összeg után kifizetett kétszeres kamat összegére.

A GVH által a – kétszeres kamat után járó – késedelmi pótléokra elrendelt végrehajtási eljárása ellen a Siemens felülvizsgálati kérelmet nyújtott be, melynek során a Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság⁹ megállapította, hogy mivel „[...] a végrehajtható döntésben nem szerepel, de értelemszerűen nem is szerepelhet a kérelmezett által később visszatértett bírság után érvényesíteni kívánt késedelmi pótlékra vonatkozó konkrét, egyértelmű kötelezés, ekként a bíróság álláspontja szerint a végzésben foglalt kérelmezetti igény – mint nem a végrehajtható döntésből közvetlenül eredő kötelezettség – közigazgatási végrehajtás útján nem érvényesíthető.”

1.3. Polgári peres szak, az alapper

A GVH 2013 júliusában keresetet nyújtott be az alperessel szemben, és a Polgári Törvénykönyvről szóló 1959. évi IV. törvény (Ptk.) 361. §-a alapján – fi-

gyelemmel a Tpv. 83. § (5) bekezdésére is – kérte a bíróságot, hogy kötelezze az alperest a kétszeres kamat és annak késedelmi kamatai, valamint – arra az időszakra, amely alatt a versenyfelügyeleti bírság az alperes birtokában volt, de a közigazgatási bíróság ítélete alapján utóbb alaptalanná vált – a késedelmesen megfizetett bírság utáni kamat megfizetésére. A felperes bemutatta, hogy követelésére speciális szabály nem vonatkozik, azt közigazgatási eljárás során elrendelni nem tudta, és a „bírságmozgással” fennálló helyzettel a felek között önálló kötelmi jogviszony jött létre. A GVH szerint az alperes olyan – a felperes rovására megszerzett – vagyonnal gazdagodott, amelynek megtartására nincs jogcíme. Figyelemmel az alperes bécsi székhelyére, a GVH a keresetét a polgári és kereskedelmi ügyekben a joghatóságról, valamint a határozatok elismeréséről és végrehajtásáról szóló Tanács 44/2001/EK Rendeletének (Brüsszel I. Rendelet) 5. cikk 3. pontjára¹⁰ alapította. Álláspontjának alátámasztására az Európai Bíróság a C-189/87 sz. Kalfelis kontra Schröder ügyben hozott ítéletét hozta fel, amelyből levezetni vélte, hogy a jogalap nélküli gazdagodás a jogellenes károkozással egy tekintet alá eső cselekmény.

Az alperes joghatósági kifogással élt, álláspontja szerint a Brüsszel I. Rendelet felperes által hivatkozott pontja nem volt alkalmas arra, hogy a Brüsszel I. Rendelet 5. cikk 3. bekezdése egy nem felelősségi típusú jogcím (jogalap nélküli gazdagodás) tekintetében joghatósági okként szolgáljon. Az alperes szerint a jogalap nélküli gazdagodás nem jogellenes magatartáson alapul, hanem vagyoni előnyre vonatkozó jogcím hiányából ered. Rámutatott továbbá arra, hogy jogellenesség és kár hiányában nem vethető fel a Brüsszel I. Rendelet 5. cikk 3. pontjának alkalmazhatósága, ezért az általános joghatóság irányadó. Vitatta továbbá a felperes keresetességét, a Tpv. 83. § (5) bekezdésében rögzített kamatfizetési kötelezettséget pedig egyirányú kötelezettségként értelmezte.

Az elsőfokú bíróság az alperes joghatósági kifogása okán joghatóságának hiányát állapította meg és a polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. tv.

⁸ A Fővárosi Törvényszék 35.Kpk.45.714/2012/8. számú végzés.

⁹ A Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság 5.Kpk.45.096/2013/9. számú végzés.

¹⁰ „Valamely tagállamban lakóhellyel rendelkező személy más tagállamban perelhető: 3. jogellenes károkozással, jogellenes károkozással egy tekintet alá eső cselekménnyel vagy ilyen cselekményből fakadó igénnyel kapcsolatos ügyekben annak a helynek a bírósága előtt, ahol a káresemény bekövetkezett vagy bekövetkezhet”.

(Pp.) 157/A. § (2) bekezdésének b) pontja alapján a per megszüntetéséről rendelkezett¹¹, mivel álláspontja szerint a jelen ügyben magyar bíróság a Brüsszel I. Rendelet 5. cikk 3. bekezdése alapján nem rendelkezik joghatósággal. Osztotta az alperes álláspontját abban, hogy a jogalap nélküli gazdagodás nem felelősségi alakzat és nincsen kár sem, csupán vagyoni hátrány és a jogcím hiánya. A bíróság utalt az Európai Parlament és a Tanács 864/2007/EK rendeletére (Róma II.) is a szerződésen kívüli kötelmi viszonyokra alkalmazandó jogról, amelynek 29. preambulumbekzdése szerint a jogalap nélküli gazdagodás nem minősül jogellenes károkozásnak.

A GVH a pert megszüntető végzés ellen fellebezett és kérte az elsőfokú bíróság végzésének hatályon kívül helyezését. A Fővárosi Ítéltábla mint másodfokú bíróság felfüggesztette a per tárgyalását és előzetes döntéshozatali kérelemmel fordult az Európai Unió Bíróságához (EUB) az alábbi kérdéssel:

„A Tanács 2000. december 22-i 44/2001/EK rendelete 5. cikk 3. pontja szerinti jogellenes károkozással egy tekintet alá eső cselekményből fakadó igénynek minősül-e a versenyfelügyeleti eljárásban kiszabott, a más tagállami székhelyű ügyfél által befizetett bírság – részére történő, utóbb alaptalannak minősült – visszatérítéséből származó azon követelés, melyet a versenyfelügyeleti hatóság támaszt az ügyféllel szemben a visszatérítés esetére az ügyfél javára jogszabályban meghatározott, a hatóság által megfizetett kamat visszafizetése iránt?”

Az európai bírósági ítélkezési gyakorlat szerint a Brüsszel I. Rendelet hatálya a peres felek közötti jogviszony jellegének vagy a jogvita tárgyára jellemző tényezők elemzésével dönthető el.¹² Ennek megfelelően a felek érvei elsősorban a felperesi igény, illetve a jogvita jogi jellegére, másrészt pedig a Brüsszel I. Rendelet felperes által felhívott különös joghatósági szabályok alkalmazhatóságára összpontosultak.

2. A felek érvei az előzetes döntéshozatali eljárásban

2.1. A Tpv. 83. § (5) bekezdésének jogi jellege

A GVH azt az álláspontot képviselte, hogy a Tpv. 83. § (5) bekezdésében rögzített szabály a GVH és az alperes között egy sajátos, járulékos polgári jogi igény, mivel a közigazgatási határozat jogszerűsége, jogszerűtlensége a kiszabott versenyfelügyeleti bírságvisszatérítés tekintetében a felek részéről elszámolási (kötelmi) jogviszonyt is keletkeztetett. Az elszámolási jogviszony kodifikálása a GVH szerint a Tpv. 83. § (5) bekezdésében ölt testet azzal, hogy a jogalkotó az ügyfél érdekeinek védelmében, az ügyfelet a visszatérítendő bírságösszegegen felül kétszeres kamatkövetelésre irányuló igényre jogosítja fel az esetlegesen jogszerűtlen közigazgatási határozat kedvezőtlen hatásai ellentételezéseként. A Tpv. 83. § (5) bekezdésének kamatfizetési kötelezettséget megállapító része tehát a téves hatósági döntés folytán bekövetkezett állapot reparációját szolgálja, azaz annak a sérelmes állapotnak az orvoslását, amely azáltal állt be, hogy a közigazgatási határozatban kiszabott bírságösszeg a felperes birtokába került, de határozata a bírósági felülvizsgálat során jogszabálysértőnek bizonyult. Mivel a felperes és az alperes közötti közigazgatási jogviszony a felülvizsgálati eljárással lezárult, az ítéletek kapcsán kifizetett és visszatérített bírságösszegek nem lehetnek részei a felperesi hatóság végrehajtható döntésének, így nem is kapcsolódtak a felperes közhatalmi jogosultságához. A GVH szerint a bírságvisszatérítés „önálló” utat jár, viszont szorosan követi a közigazgatási felülvizsgálati eljárás menetét, ugyanis a Tpv. 83. § (5) bekezdése azt rögzíti, hogy a hatóság általi bírság-visszatérítés a jogszabálysértő közigaz-

¹¹ A Fővárosi Törvényszék 5.G.43.096/2013/17. sz. végzés.

gatási hatósági határozathoz köthető és polgári jogi igényt testesít meg. Ezt az érvelést támasztotta alá a végrehajtást elrendelő végzés felülvizsgálata során a közigazgatási bíróság is, amikor kimondta, hogy a kétszeres kamatkövetelés nem a végrehajtható döntésből közvetlenül eredő kötelezettség, és ezért közigazgatási végrehajtás útján nem végrehajtható.

Az alperes vitatta a felperes e jogi megközelítését és elsődlegesen azt hangsúlyozta, hogy a Tpv. 83. § (5) bekezdése nem kötelezi az ügyfelet a követelt összeg vonatkozásában elszámolásra vagy visszafizetésre. Kifejtette, hogy a jogalap nélküli gazdagodás és a kártérítési felelősség intézményei egymást kizáró jogintézmények, idézte a magyar jogirodalmi álláspontot, felhívva e körben az elsőfokú bíróság permegszüntető végzésének indokolását.

2.2. A Brüsszel I. Rendelet hatálya és a különös joghatósági szabályok alkalmazhatósága

A felek között nem volt vitás, hogy a GVH polgári jogi jellegű keresetet terjesztett elő a bíróságon. Ez azt is jelenthette, hogy a Brüsszel I. Rendelet tárgyi hatálya fennáll, mivel a GVH nem közhatalmi jogosítványainak gyakorlása keretében járt el¹³. Csak az előzetes döntéshozatali eljárás szóbeli szakaszában derült arra fény, hogy az EUB – és Nils Wahl főtanácsnok is – komoly aggályokat fogalmaznak meg a kereset jellegével és ennek kapcsán a Brüsszel I. Rendelet hatályának fennállásával kapcsolatban. Az e körben előadott okfejtésre a főtanácsnoki indítvány ismertetésekor térünk ki.

A Brüsszel I. Rendelet 5. cikk 3. pontjához kapcsolódóan a GVH érvelése három főbb érvre épült.

A GVH egyrészt igyekezett bizonyítani az elmúlt 30 éves bírósági joggyakorlat alapján, hogy a Brüsszel I. Rendelet 5. cikk 3. pontjában rögzített „*jogellenes károkozással, jogellenes károkozással egy te-*

kintet alá eső cselekménnyel vagy ilyen cselekményből fakadó igénnyel kapcsolatos ügyek” fogalmát az EUB egyre tágabban – és nem csak a deliktuális felelősség körében – értelmezte¹⁴, melynek során azt helyezte előtérbe, hogy az alperesi magatartás tükröz-e valamilyenfajta „felelősségi formát”, amelyet az Európai Bíróság joggyakorlata¹⁵ megkövetel.

Másrészt – a felelősség körében – rámutatott arra, hogy a felperesi hatóság által az alperesnek megfizetett, versenyfelügyeleti bírsághoz kapcsolódó kamatösszegnek jogcím nélküli birtoklása olyan magatartásnak minősül, amely aláássa a jogbiztonságot a Tpv. 83. § (5) bekezdésével összefüggésben.

Harmadrészt kifejtette azon álláspontját, hogy nincs lényeges különbség a kártérítés és a jogalap nélküli gazdagodás között, mivel mindkét jogintézmény célja a jog által el nem ismert magatartás következtében előállott vagyoni hátrány kiküszöbölése. A GVH szerint e hasonlóságból az is következik, hogy a kártérítés hazai szabályai nagyrészt alkalmazhatók a jogalap nélküli gazdagodásra is (rég. Ptk. 364. §). Éppen az igények e hasonlósága is megalapozza a Brüsszel I. Rendelet 5. cikk 3. pontjának jelen ügyben történő alkalmazhatóságát.

Az alperes vitatta a felperes azon megállapítását, hogy a Brüsszel I. Rendelet szóban forgó különös joghatósági rendelkezését tágan kellene értelmezni. Hivatkozott arra, hogy a Kalfelis-ügy óta az EUB kifejezetten restriktív irányú értelmezést képviselt az 5. cikk 3. pontja kapcsán.¹⁶

Kifejtette továbbá, hogy az EUB kialakult esetjoga¹⁷ alapján az 5. cikk 3. pontja nem alkalmazandó a jogalap nélküli gazdagodási esetekre, ugyanis az EUB csak jogellenes magatartásból eredő, felelősségi típusú kártérítési ügyek esetében találta megalapozottnak a különös joghatósági rendelkezés alkalmazhatóságát.

Végül utalt arra, hogy a felperes közjogi jogalanyisága nem biztosít jogot a GVH-nak arra, hogy egy közigazgatási szabályok alapján kifizetett összeg

12 FlyLAL-Lithuanian Airlines-ítélet, C-302/13, EU:C:2014:2319, 26. pont.

13 A közhatalom gyakorlása a felperesi kereset és az annak megindítására vonatkozó szabályok vizsgálatától függ (Sapir-ítélet C-645/11., EU:C:2013:228, 33. pont; sz. Baten-ítélet C-271/00., EU:C:2002:656, 31. pont és a. sz. Préservatrice foncière TIARD ítélet C-266/01., EU:C:2003:282, 23. pont).

14 Henkel-ügy, C-167/00, EU:C:2002:555, 42. pont; Jacobs főtanácsnoki indítványa a Henkel-ügyben, 33. pont: „*A bíróság elismerte, hogy az 5. cikk 3. pontja szerinti esetek eltérőek lehetnek, érve ez alatt, hogy a szabályhely átfogó szövegezése miatt, az Egyezmény 5. cikk 3. pontja a felelősségi típusok széles körét takarja.*”

15 Henkel-ügy, C-167/00, EU:C:2002:555, 42. pont; OTP Bank-ítélet C-519/12., EU:C:2013:674, 26. pont, sz. Kolassa-ítélet C-375/13., EU:C:2015:37, 44. pont.

16 Zuid-Chemie-ítélet C-198/08, EU:C:2010:112, 22. pont; Freistaat Bayern-ítélet C-433/01, EU:C:2004:21, 25. pont, Kolassa-ítélet C-375/13, EU:C:2015:37, 43. pont.

17 ÖFAB-ítélet C-147/12., EU:C:2013:490, 37. pont; Kalfelis-ítélet C-189/87, EU:C:1988:459, 19. pont.

visszatérítése tárgyában a saját nemzeti joghatósága előtt pereljen egy külföldön honos magánjogi jogalanyt.¹⁸

3. Főtanácsnoki indítvány

Amint arra már utaltunk, a felekhez intézett szóbeli kérdés más megvilágításba helyezte az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdést, ugyanis az EUB-ot elsősorban az érdekelte, hogy a jelen ügynek milyen hatásai lehetnek a Brüsszel I. Rendelet 1. cikk (1) bekezdésére, amely kizárja a „közigazgatási ügyeket” a rendelet hatálya alól. Az ügyben megtartott tárgyaláson a főtanácsnok és a bíróság is előrevetítette: nem a Fővárosi Ítéltábla által feltett kérdésre fókuszálnak, hanem arra, hogy az alapeljárás a Brüsszel I. Rendelet hatálya alá tartozik-e vagy sem.

Nils Wahl főtanácsnok indítványában¹⁹ kifejtette, hogy – bár valóban kazuisztikus az EUB joggyakorlata a 3. cikk 5. pontja szerinti különös joghatósági rendelkezést illetően – még mindig irányadó a Brüsszel I. Rendelet elődje, nevezetesen a Brüsszeli Egyezmény²⁰ kapcsán született Rüffer-ítéletbeni²¹ megállapítás, miszerint „az, hogy az ügyintéző hivatalnok a [...] költségek visszatérítése során olyan adósság ügyében jár el, amely hatósági aktusból ered, elég ahhoz, hogy a cselekedete – bármilyen természetű eljárást ír is elő e célból a nemzeti jog – a Brüsszeli Egyezmény hatályán kívül állónak minősüljön”. Analóg módon a főtanácsnok kifejtette, hogy GVH által kiszabott bírság befizetése, a bírságösszeg felülvizsgálati bíróság általi esetleges megváltoztatása, illetve a Kúria ex tunc hatályú határozata olyan együtt ható elemek, amelyek szorosan kapcsolódnak a GVH közhatalmi (bírságolási) aktusához. Wahl szerint a GVH igénye a közigazgatási határozatok magyar jog szerinti felülvizsgálatának inherens része, függetlenül attól, hogy

a GVH polgári bíróság előtt nyújtotta be keresetét.²² A GVH érvelését támogató magyar kormány azon álláspontjával, miszerint a közigazgatási eljárás elkülönül a felülvizsgálati eljárástól²³, a főtanácsnok eleget nem tett azzal, hogy a Brüsszel I. Rendelet nem nemzeti szintű, hanem autonóm értelmezést igényel. Wahl végül rámutatott arra, hogy a kamatkövetelés azért sem minősülhetett a bírságtól független követelésként, mert nem szabadon vállalt kötelezettség eredménye volt, és azt nem tévedésből fizették ki az alperesnek, hanem (közigazgatási) eljárásra irányadó jog alapján.²⁴

A főtanácsnok a hatály kérdése után fontosnak tartotta továbbá kifejteni az általános és a különös joghatóság közötti viszonyrendszer értelmezését is. Megerősítette az alperest a különös joghatósági okok megszorító jellegű értelmezésében és egyértelműen állást foglalt abban, hogy a jogalap nélküli gazdagodáson alapuló visszatérítés iránti követelés nem tartozik a Brüsszel I. Rendelet 3. cikk 5. pont hatálya alá.²⁵

A főtanácsnok nem vitatta, hogy a felperes keresete nem szerződéshez kapcsolódott – és ezért a Brüsszel I. Rendelet 3. cikk 1. pontja sem lenne alkalmazható –, ugyanakkor vitatta a Siemens kárt – azaz veszteséget – okozó felelősségének fennállását. E körben kifejtette, hogy a gazdagodás esetében nem a veszteség, hanem az alperes által szerzett előny áll a középpontban.²⁶ Álláspontja szerint a gazdagodás jogellenessége önmagában még nem jelenti a deliktuális felelősséggel való azonosságot. A felek által sokat hivatkozott Kalfelis-ügyről a főtanácsnok megállapította, hogy bár a döntés nem foglalt állást abban, hogy a jogalap nélküli gazdagodás jogellenes károkozással egy tekintet alá eső cselekmény-e, az ítélet „pusztán azt a lehetőséget zárta ki, hogy az 5. cikk 3. pontja kiterjedjen egy olyan keresetre, amely nem szerződésen kívüli felelősségen alapszik.”²⁷

18 Freistaat Bayern-ítélet (17. lj.), 34. pont.

19 Siemens-ügy C/102/15, főtanácsnoki indítvány, EU:C:2016:225, 37. pont.

20 Az Európai Bíróságnak a Brüsszeli Egyezmény rendelkezéseire vonatkozóan adott értelmezése a Brüsszel I. Rendelet rendelkezéseire is érvényes, amennyiben azok és a Brüsszeli Egyezmény rendelkezései egyenértékűnek minősíthetők (ÖFAB-ítélet, 28. pont). Figyelemmel arra, hogy a Brüsszel I. Rendelet 5. cikk 3. pontja ugyanazt a helyet foglalja el és ugyanazt a szerepet tölti be, mint a Brüsszeli Egyezmény 5. cikk 3. pontja, az Európai Bíróság hivatkozott ügyben tett megállapításai a Brüsszel I. Rendelet alkalmazása szempontjából is irányadók.

21 Rüffer-ítélet C-814/79, EU:C:1980:291, 15. pont.

22 Lásd 19. lj., 39. pont.

23 Lásd a VJ/134/2008. ügyben született kúriai ítéletet (Kfv.II.37.671/2014/12.).

24 Lásd 19. lj., 44. pont.

25 Lásd 19. lj., 50–54. pontok.

26 Lásd 19. lj., 61–65. pontok.

27 Lásd 19. lj., 64. pont.

Nem változtatta meg Wahl főtanácsnok álláspontját az a tény sem, hogy a Kalfelis-ügy főtanácsnoka (Darmon) egy későbbi ügyben – ítéleti megerősítés hiányában ugyan, de – *expressis verbis* kimondta, hogy a Bíróság „*a jogellenes károkozással kapcsolatos követelések részévé te[tt]e a jogalap nélküli gazdagodáson alapuló követelést*”.²⁸

Wahl főtanácsnok a saját álláspontját látta megerősítve azáltal, hogy a felperes, és az őt támogató magyar kormány és az Európai Bizottság, nem tudtak az alapeljárás és a magyar bíróságok között olyan kapcsolatot felmutatni, amely szorosabb lenne, mint az alperes székhelye szerinti joghatósággal rendelkező osztrák bíróságokkal fennálló kapcsolat. Wahl szerint az egyedüli kapocs a magyar bírósággal a követelés bírsághoz kapcsolódó jellege, amely viszont az ügy közigazgatási jellegét erősíti.

A főtanácsnok visszanyúlt az elsőfokú bíróság által is említett Róma II. rendeletre is, amelynek (7) preambulumbekzdése megköveteli a két rendelet tárgyi hatálya és rendelkezéseinek összhangját. Rámutatott arra, hogy a Róma II. rendelet 10. cikkének (1) bekezdése a jogalap nélküli gazdagodást a jogellenes károkozástól függetlenül tárgyalja, amely szintén alátámasztja a deliktualis igény jellegétől való eltérését.

4. Az Európai Bíróság ítélete

A főtanácsnok alapos indítványa miatt az EUB meglehetősen rövidre (17 pontba) fogta érdemi értékelését, és mindenben egyetértett a főtanácsnoki érveléssel. A Brüsszel I. Rendelet tárgyi hatályának fennállta tekintetében felidézte a bírói esetjog által kijegecesedett elvi tételt, miszerint a Brüsszel I. Rendelet „polgári és kereskedelmi ügyek” fogalmát önálló fogalomként, egyrészt az említett rendelet célja és felépítése, másrészt pedig a nemzeti jogrendszerek összességéből következő általános el-

vek alapján kell értelmezni.²⁹ Ennek során a Sapir-ügyben³⁰ alkalmazott elvi tételre hivatkozással az EUB a peres felek közötti jogviszony vizsgálatát helyezte előtérbe és a kereset alapját, illetve megindításának módját vizsgálta. Megállapította, hogy a GVH keresete folyamánya annak a közigazgatási eljárásnak, amelynek kapcsán a bírságbe- és -visszafizetések megtörténtek, ezért az alapeljárás is közigazgatási ügynek minősül.³¹ Az EUB határozott álláspontja szerint a GVH követelése közhatalmi aktsúból ered, és ilyenként nem tartozik a Brüsszel I. Rendelet hatálya alá. A Bíróság álláspontja szerint a GVH követelésének közhatalmi jellegét erősíti az, hogy nem tartozatlanul fizette ki a kétszeres kamatot, hanem hogy az az „*alapeljárásban vizsgált közigazgatási eljárásra alkalmazandó törvény értelmében keletkezett*”.³²

5. Összegzés

A jelen ügy egyik kiemelkedő tanulsága az, hogy a különös joghatósági szabály előzetes döntéshozatali eljárásban történő vizsgálata adott esetben *de facto* áttörheti az EUB EUMSZ 267. cikke szerinti kereteket. A hivatkozott szabályhely alapján ugyanis az EUB feladata az uniós jog értelmezése vagy annak érvényességéről való döntés, azonban nem feladata e jognak az alapeljárás alapját képező tényállásra történő alkalmazása, ideértve a nemzeti jogszabályok értelmezését, illetve alkalmazásuk vonatkozásában esetlegesen jelentkező véleménykülönbség tárgyában történő határozathozatal.³³ A jelen ügyben az EUB konkrétan eldöntötte az alapkereset tárgyát képező jogvitát. Mindezt tette úgy, hogy nem az Ítéletábla által feltett kérdésre válaszolt, hanem – a nemzeti bíróságokkal való együttműködés szellemében – átfogalmazta a kérdést és megállapította, hogy a GVH alapeljárásban előterjesztett keresete – a Brüsszel I. Rendelet értelmében

28 Darmon főtanácsnok Shearson Lehman Hutton-ügyre vonatkozó indítványa, C-89/91, EU:C:1992:410, 102. pont.

29 flyLAL-Lithuanian Airlines-ítélet, C-302/13, EU:C:2014:2319, 24. pont.

30 Lásd a 13. lábjegyzete.

31 Siemens-ítélet C-102/15, EU:C:2016:607, 35–38. pontok.

32 Lásd 31. lj., 41. pont.

33 2012/C 338/01, Ajánlások a nemzeti bíróságok figyelmébe az előzetes döntéshozatal iránti kérelmek előterjesztésére vonatkozóan, 7–8. pontok.

– közhatalmi tevékenységhez kapcsolódik, és ezért nem tartozik a rendelet hatálya alá.

A fentiekből fontos következtetés vonható le. A Brüsszel I. Rendeletben foglalt joghatósági szabállyal kapcsolatos vita lényegében nem alaki, hanem érdemi vitának minősül, hiszen az uniós joggyakorlat megköveteli a peres felek közötti jogviszony jellegének vagy a jogvita tárgyára jellemző tényezőknél a feltárását.³⁴ Egy ilyen vizsgálatnak – mint a jelen esetben is – az lehet az eredménye, hogy az EUB érdemben eldönti az ügyet függetlenül attól, hogy a Brüsszel I. Rendeletet autonóm módon kell értelmezni.

Az EUB hangsúlyosan foglalkozott a GVH versenyfelügyeleti eljárásával mint a polgári kereset közhatalmi jogosítványokkal kapcsolatos eredőjével, ugyanakkor nem tért ki arra, miként értékeli a Tpv. 83. § (5) bekezdésében rögzített „igénye keletkezik” szófordulatot. Ez ugyanis felveti azt a hipotetikus kérdést, hogy a GVH perelhető-e polgári bíróság előtt olyan jogalapon, amilyen jogalapon most ő indított pert az alperes ellen. Ha igen, akkor akár a GVH perel, akár a GVH-t perlik, az előterjesztett kérdés alapjául szolgáló igény polgári jogi természetéhez nem férhet kétség. Ezen az sem változtat, hogy a szóban forgó elszámolási szabály a Tpv.-ben egy – az EUB szóhasználata szerint – „közigazgatási eljárásra alkalmazandó törvényben” kapott helyet.

Érdekes, hogy Wahl főtanácsnok vitatta a Kúria ún. Malom-kartell (VJ/134/2008.) ügyben kifejtett álláspontját³⁵, amelyben a Kúria³⁶ kimondta, hogy a bírósági felülvizsgálat nem a közigazgatási eljárás egyik szakasza, hanem attól elkülönül. A főtanácsnok szerint ez a tény nem releváns a Brüsszel I. Rendelet hatálya szempontjából – holott ez az érv éppen

azt lett volna hivatott alátámasztani, hogy a GVH igénye már nem a közigazgatási jogviszonyhoz kapcsolódik.

Végül említésre méltó, hogy a Tacconi-ügy³⁷ óta a Brüsszel I. Rendelet 5. cikk 3. bekezdése olyan méltányosság körébe tartozó felelősségi típusokat is magába foglal, mint a *culpa in contrahendo*. A jogalap nélküli gazdagodást már a római jogászok is összefüggésbe hozták az általános méltányossággal, illetve a *bona fides*szel (Pomp. D. 12,6,14.).³⁸ A gazdagodási igénynél ugyanis mindenkor arról van szó, hogy valamilyen érték nem maradhat meg véglegesen a gazdagodó vagyonaiban, még ha a jog segítségével is jutott ehhez. A *condictio* alapját tehát egy olyan általános magatartási szabály képezi, amelynek megsértése felelősséggel jár, és amely a Brüsszel I. Rendelet 5. cikk 3. bekezdése szerint „jogellenes károkozással egy tekintet alá eső cselekménynek” minősülhet.³⁹ A különös joghatósági szabályok ilyen jellegű értelmezése azonban vélhetően túlságosan tág teret adott volna a „kreatív” perlésekre, ezért az EUB feltehetően a Brüsszel I. Rendelet integritásának megőrzése mellett tört lándzsát.

Fenti ítélet kapcsán még egy dolgot ki kell emelni. Általában véve az EU-ban a közjogi jogérvényesítésnek elsődlegessége van a magánjoghoz képest.⁴⁰ A követelések határon átnyúló érvényesítése kapcsán azonban jelen ítélet egyértelműen a magánjogi jogérvényesítést hozza előnybe, hiszen ez esetben az egyik tagállamban született bírósági ítéletet a másik tagállamban is el kell ismerni, miközben a versenyhatóságok által kiszabott bírságok másik tagállamban való behajthatóságát nem támogatja uniós szabály, akkor sem, ha a nemzeti versenyhatóság az EU versenyjogát alkalmazta.⁴¹

34 Sunico és társai ítélet C-49/12, EU:C:2013:545, 33. és 35. pont, valamint az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlat.

35 Lásd 19. lj., 43. pont.

36 Lásd 23. lj.

37 Tacconi-ítélet, C-334/00, EU:C:2002:499, 26. és 27. pont.

38 BENEDEK, Ferenc: Jogalap nélküli gazdagodás a római jogban, Pécs, 1968, 283–287.

39 Ezt az értelmezést támasztja alá Geelhoed főtanácsnok Tacconi-ügyben tett indítványa is (Tacconi-ügy, főtanácsnoki indítvány, EU:C:2002:68, 76. pont).

40 Lásd pl. a versenyhatósági határozatok kötőerejét a származékos magánjogi perekben (1/2003/EK rendelet 16. cikk (1) bekezdése).

41 TÓTH András: Versenyjog és határterületei. A versenyszabályozás jogági kapcsolatai, HVG-Orac Kiadó, Budapest 2017.

Az Európai Unió Törvényszékének ítélete a Lundbeck-ügyben¹

Abstract

The General Court of the European Union published its long-awaited decision in Lundbeck pay-for-delay, or reverse payment settlement case on 8 September 2016. The judgement rejects all appeals, and confirms the Commission's decision entirely. The most important issues of the decision – such as these related to the potential competition and to the categorization of reverse payment settlements as by object restriction – are discussed in details in his article.

1. Bevezetés

Jelen cikkben az Európai Unió Törvényszékének („Törvényszék”) 2016. szeptember 8-án hozott ítélete kerül bemutatásra². Az ítélet alapja az Európai Bizottság („Bizottság”) által a Lundbeck-ügyben 2013. június 19-én hozott döntés,³ mely ellen a szankcionált vállalkozások fordultak a Törvényszékhez.⁴

2. Előzmények

Az Európai Bizottság 2009. július 8-án publikálta jelentését a gyógyszeriparra irányuló ágazati vizsgálatról. A vizsgálat megállapította, hogy 2000 és 2008 júniusa között több mint 200 vitarendezési megállapodás jött létre innovatív és generikus-gyógyszer-gyártók között. Ezek közel 49 gyógyszert

érintettek, amelyek közül 31 (azaz 63%) olyan kelendő gyógyszer volt, amely 2000 és 2007 között veszítette el kizárólagosságát. A szóban forgó vitarendezési megállapodások közel felében korlátozták a generikus gyártó gyógyszerforgalmazási lehetőségeit. E megállapodások jelentős része – a korlátozásokon felül – úgy rendelkezett, hogy az innovatív gyártó a generikus gyártó javára valamilyen értékátruházást hajt végre, akár közvetlen kifizetés, akár licencia, forgalmazási megállapodás vagy egyéb egymás közötti megállapodás formájában. A Bizottság kinyilvánította, hogy az ilyen típusú megállapodások az Amerikai Egyesült Államokban („USA”) már hosszabb ideje „trösztellenes ellenőrzés tárgyát” képeztek.⁵ A gyógyszeripart a Bizottság az ágazati vizsgálatról készült jelentés publikálásától kezdődően évente monitorozza.

* Vizsgáló, Gazdasági Versenyhivatal – Antitröszt Iroda, doktorandusz, Pázmány Péter Katolikus Egyetem Jog- és Államtudományi Doktori Iskola.

¹ A tanulmányban foglaltak a szerző saját véleményét tükrözik, azok nem tekinthetők a Gazdasági Versenyhivatal hivatalos álláspontjának.

² T-472/13. sz. ügy, H. Lundbeck A/S és Lundbeck Ltd kontra Európai Bizottság. ECLI:EU:T:2016:449 („Ítélet”).

³ COMP/39226. sz. ügy. A Bizottság döntése a Lundbeck at. all. ügyben. („Döntés”).

⁴ Ítélet, 84. pont.

⁵ A Bizottság közleménye – Összefoglaló a gyógyszeriparra irányuló ágazati vizsgálatról. (Elérhető: http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/communication_hu.pdf. Letöltve: 2016. október 28.), 14.

3. A Bizottság eljárása

2010. január 7-én indította meg a Bizottság eljárását a Lundbeck ellen.⁶ Ez volt az első értékátruházással járó szabadalmivita-rendezési ügy a Bizottság előtt, amelyben összesen 146 millió eurós bírság került kiszabásra: 93,8 millió eurós bírság a dán innovatív gyógyszergyártó cég, a Lundbeck, valamint összesen 52,2 millió eurós bírság a megállapodásban érintett generikusgyógyszer-gyártók – az Alpharma, az Arrow, a Merck (GUK) és a Ranbaxy – ellen.

Az eljárás alapjául a Lundbeck által szabadalmaztatott antidepresszáns, a citalopram szolgált.

A Lundbeck szabadalma a citalopram molekulára lejárt 2002-ben, így csupán néhány eljárási szabadalom által tudta a generikus piacra lépést megakadályozni, melyek azonban nem fedték le az összes lehetséges eljárást a citalopram előállítására. Számos generikusgyógyszer-gyártó készült a piacra lépésre, több szabadalmi jogvita alakult ki a Lundbeck és generikusok között.

A Bizottság döntése a Lundbeck négy generikusgyógyszer-gyártóval kötött hat megállapodását találta versenyjogsértőnek, melyek közül kettő az Egyesült Királyság, egy pedig az EU teljes területét lefedte. A megállapodások értelmében a generikusok vállalták, hogy elhalasztják piacra lépésüket anyagi kompenzációért cserébe. A Bizottság azt is megállapította, hogy már a megállapodásokat megelőzően a Lundbeck egy komplex stratégiát folytatott a generikusok ellen, melynek eredményeként sikeresen kizárta a versenyt. A megállapodások a fogyasztók és az egészségügyi rendszer rovására a generikus piacra lépés elmaradásából eredő, mesterségesen magas tartott árakból eredő többletprofitot a megállapodásban részes felek egymás között osztották meg, ami cél szerinti versenykorlátozásnak minősül. Mindazonáltal a Bizottság a döntésben azt is kifejezésre juttatta, hogy nem minden szabadalmivita-rendezés minősül cél szerinti versenykorlátozásnak.

Annak eldöntésére, hogy a szabadalmivita-rendezések mikor minősülnek versenyjogot sértőnek, a

Bizottság kialakított egy négylépcsős tesztet, melynek értelmében a következő tényezők vezettek a megállapodások cél szerinti versenykorlátozóvá nyilvánításához: (i) a generikusoknak tényleges lehetőségük volt a piacra lépésre, azaz a Lundbeck potenciális versenytársai voltak, (ii) a megállapodások eredményeként a generikusok nem léptek piacra; (iii) ami a Lundbeck által részükre átruházott ellenérték következménye volt; és (iv) a Lundbeck ezt az eredményt a megmaradt szabadalmainak kikényszerítésével nem érthette volna el.⁷

A Lundbeck és a generikusok a döntés ellen a Törvényszékhez fordultak.

4. A Törvényszék ítélete

A felek a döntés elleni fellebbezésükben tíz kifogásra hivatkoztak, melyek közül elsősorban a potenciális verseny kérdésköre, és a cél szerinti versenykorlátozás kérdésköre köré csoportosuló kifogások relevánsak.

4.1. A potenciális verseny kérdése

A potenciális verseny kérdése döntő fontosságú előfeltétele a cél szerinti versenykorlátozás megállapításának, hiszen ha a Lundbeck és a generikusok között potenciális verseny sincs, akkor a cél szerinti versenykorlátozás lehetősége aligha merülhet fel.

A Törvényszék emlékeztet az esetjogra, mely szerint a potenciális verseny esetén a Bizottságnak azt kell vizsgálnia, hogy a szóban forgó megállapodás hiányában a vállalkozásnak valós és egyértelmű lehetősége lett volna a piacra lépni.⁸ A piacon kívüli vállalkozás pusztán létezése is versenynyomást gyakorolhat a piacon ténylegesen tevékenykedő vállalkozásokra, amit az vált ki, hogy fennáll a kockázat az új versenytárs piacra lépésére.⁹ A Törvényszék a potenciális verseny léte melletti érvként használta fel az összejátszásra hajlandóságot is a piaci szereplők részéről.¹⁰

6 Ítélet, 54. pont.

7 Döntés, 661. pont.

8 Ítélet, 100. pont. T-360/09. sz. ügy, E.ON Ruhrgas és E.ON kontra Bizottság, EU:T:2012:332., 86. pont.

9 Ítélet, 102. pont. T-461/07. sz. ügy, Visa Europe és Visa International Service kontra Bizottság, EU:T:2011:181., 169. pont.

10 Ítélet, 103. pont. T-112/07. sz. ügy, Hitachi at all. kontra Bizottság, EU:T:2011:342, 226. pont. T-519/09. sz. ügy, Toshiba kontra Bizottság, EU:T:2014:263, 231. pont.

A Törvényszék a szellemi alkotáshoz fűződő jogok védelmének elismerése mellett rámutatott, hogy ezen jogok nem zárják ki az EUMSZ 101. (1) alkalmazását,¹¹ s bár a Bizottság a szabadalom terjedelmét nem állapíthatja meg, nem tartózkodhat minden olyan cselekvéstől, ahol a szabadalom terjedelme releváns a 101. és 102. cikk megsértése szempontjából.¹² A szabadalmak érvényessége vélelmezett, míg érvénytelenségüket ki nem mondja bíróság vagy hatóság, de ez nem jelenti azt, hogy a generikusok termékei, melyeket az innovatív gyógyszergyártó szabadalmát megsértőnek tekint, vélelmezetten illegálisak lennének, a generikusok saját kockázaton történő piacra lépése nem jogellenes.¹³

A potenciális verseny fennálltához annak bizonyítása szükséges, hogy tekintettel a piac struktúrájára és a gazdasági és jogi környezetre, valódi és konkrét lehetőségei vannak az érintett vállalkozásoknak a piacra lépésre vagy a már piacon jelen levő vállalkozásoknak a versenyzésre.¹⁴ Jelen esetben a piacra lépni szándékozó vállalkozás előtt több út is volt a piacra lépésre¹⁵, és ez a potenciális verseny létét igazolja, tekintettel arra is, hogy a Lundbeck elsődleges szabadalmi már lejártak.¹⁶

A valódi és konkrét lehetőség a Törvényszék álláspontja szerint fennáll, amikor a vállalkozások jelentős befektetéseket eszközöltek a piacra lépés érdekében, megszerezték a forgalombahozatali engedélyt vagy megszerzése érdekében jelentős lépéseket tettek. Jelen esetben némely vállalkozás már piacra is lépett saját kockázatán a megállapodás megszületése előtt.¹⁷ A fellebbezők azon érvét, hogy a generikusok bizonytalanok voltak saját terméküknek a Lundbeck szabadalmát nem sértő voltában, a Törvényszék nem fogadta el mint a potenciális verseny létét megkérdőjelező tényezőt.¹⁸

A Törvényszék kiemelte, hogy a Bizottság döntésében nem arra az álláspontra helyezkedett, hogy a szabadalom érvényességének megtámadása a bíróság vagy a hatóságok előtt elegendő a potenciális verseny fennálltának bizonyításához, ennél sokkal több tényezőt vett figyelembe, az előző bekezdésben foglaltak szerint. A jelentős összeg kifizetése a Lundbeck által a generikusoknak a piactól való távolmaradásért cserébe szintén azt mutatja, hogy potenciális versenytársak voltak.¹⁹

Mindazonáltal egy tisztán elméleti lehetőség a piacra lépésre nem elegendő a potenciális verseny bizonyításához, a Bizottságnak bizonyítania kell, hogy a belépés kellő gyorsasággal megtörténhetett volna ahhoz, hogy ez a fenyegetettség befolyásolja a piacon jelen levő vállalkozások magatartását.²⁰ Jelen esetben, ha a generikusok piacra lépésének lehetősége tisztán elméleti természetű, valószínűtlen, hogy a Lundbeck ilyen komoly összegeket fizetett volna nekik.²¹

Azzal kapcsolatban, hogy a potenciális verseny fennállhat-e a szabadalom lejártát megelőzően, a Törvényszék visszautalt az AstraZeneca-ítéletre, melyben az Európai Bíróság kimondta, hogy a szabadalom lejártát jóval megelőzően fennállhat a potenciális verseny,²² e tekintetben lényegtelen, hogy a kiegészítő szabadalmi oltalom, vagy adott esetben a szabadalom (szabadalom) csalással került-e megszerzésre.²³

A potenciális verseny tehát magában foglalja a generikusok által megtett lépéseket a termék piacra juttatása érdekében. Ha lehetséges volna a piacra lépésre készülő generikusoknak fizetni a távolmaradásért a versenyjog megsértése nélkül, a hatékony verseny elmaradna vagy jelentős késéssel következne be a piacon, melynek árát végső soron a fogyasztók fizetnék meg, és az egészségbiztosítás.²⁴

11 Ítélet, 118. pont. 15/74. sz. ügy, Centrafarm és de Peijper, EU:C:1974:114 39–40. pontok.

12 193/83. sz. ügy, Windsurfing International kontra Bizottság, EU:C:1986:75, 26. pont (Windsurfing-ítélet).

13 Ítélet, 121–122. pont.

14 Uo., 123. pont. Lásd még Döntés, 610–611. pont.

15 Ítélet, 128. pont. Lásd Döntés, 635. pont.

16 Ítélet, 129. pont.

17 Uo., 131. pont.

18 Uo., 144. pont.

19 Uo., 157. pont.

20 Uo., 160. pont.

21 Uo., 161. pont.

22 Uo., 163. pont. C-457/10 P. sz. ügy, AstraZeneca kontra Bizottság, EU:C:2012:770, 108. pont.

23 Ítélet, 164. pont.

24 Uo., 171. pont.

A Törvényszék azt is figyelembe vette, hogy a Lundbeck maga nyilatkozta a Bizottságnak, hogy a generikusok tudtak volna a szabadalmát nem sértő terméket előállítani,²⁵ ha találnak egy, az eljárási szabadalmat nem sértő citalopram-előállítási módot.²⁶

Amennyiben valamelyik generikus által forgalmazott termék a Lundbeck szabadalmát sértette volna, a generikus a bíróság előtt kérhette volna a szabadalom érvénytelenítését.²⁷ Annak ténye, hogy a Lundbeck megállapodásokat kötött ezekkel a vállalkozásokkal, fontos jelzése annak, hogy potenciális fenyegetésként értékelte piaci pozíciójukat.²⁸

4.2. A versenykorlátozó cél, illetve hatás kérdése

A másik nagyon fontos felmerülő kérdés az ítélettel kapcsolatban a versenykorlátozó cél vagy hatás kérdésköre volt. A Bizottság döntésében megállapította, hogy a Lundbeck és a generikusok között létrejött értékátruházással járó szabadalmivita-rendezések cél szerinti versenykorlátozásnak minősültek.

Ítéletében a Törvényszék kiemelte, hogy a megállapodások jogi értékelésében a fordított fizetés²⁹ jelentős szerepet játszott,³⁰ ami nem mindig problémás, csak a Lundbeck-ügyben felállított teszt négy feltételének találkozása esetén.³¹ A generikusok piacra lépését nem a szabadalmak ereje, hanem a fizetett összeg hátráltatta, ezáltal a Lundbeck gyakorlatilag „kivásárolta” a versenyt a piacról.³² Az USA Legfelsőbb Bíróságának Actavis-döntésére³³ is visszautalva a Törvényszék hangsúlyozta, hogy a kifize-

tett összeg nagysága utalhat a felek szabadalom erőssége iránti meggyőződésére.³⁴ Jelen esetben az is a cél szerinti versenykorlátozás megállapításához vezetett, hogy a generikusok által kapott összeg az általuk várható profithoz igazodott.³⁵ A fordított fizetés léte és aránytalan mértéke releváns tényezők a cél szerinti versenykorlátozás megállapításánál.³⁶

Bizonyítékok vannak arra, hogy a Lundbeck a „nagy halom [dollár]” erejében hitt a generikusok piactól való távoltage érdekében, miközben saját szabadalmának érvényességével kapcsolatban kételeyei voltak.³⁷ A Lundbeck szabadalmával kapcsolatos kétségeit a Bizottságnak nem kellett kétséget kizáróan bizonyítania a cél szerinti versenykorlátozás megállapításához, mivel akár érvénytelenségi, akár bitorlási perekkel kapcsolatban a generikusok magabiztosak voltak. Ami igazán számít, az a bizonytalanság az esetleges generikus piacra lépéssel kapcsolatban, melyet a megállapodások felváltottak azzal a bizonyossággal, hogy a generikus nem fog piacra lépni.³⁸

A Törvényszék megállapította, hogy – a fennálló aszimmetrikus kockázat ellenére – az, hogy egy bizonyos versenykorlátozó magatartás a legköltséghatékonyabb vagy legkevésbé kockázatos magatartás nem zárja ki az EUMSZ 101(1) alkalmazását, különösen akkor nem, ha ez a potenciális vagy aktuális versenytársnak a piacról való kivásárlásával jár a fogyasztók hátrányára.³⁹

A „blöff teória” szerint ez az aszimmetrikus kockázat megengedte a generikusoknak, hogy a Lundbeckkel „blöfföljenek”, színlelve csupán, hogy készülnének a piacra lépésre.⁴⁰ Ez az érv a Bizottság érvelését erősíti, miszerint erős volt a bizonytalan-

25 Uo., 190. pont.

26 Uo., 191. pont.

27 Uo., 202. pont.

28 Uo., 205. pont.

29 E tekintetben a Bizottság követte korábbi Servier ügyben már kialakított gyakorlatát (Case AT.39.685, Decision of 10 December 2013.). Erről részletesen ld.: Tóth András: A versenyjogi jogalkalmazás emberi jogi vonatkozásai a magyar bírósági gyakorlatban, Versenytükör 2015/Különszám (XI. évfolyam Különszám), 150-151. old.

30 Ítélet, 349. pont.

31 Uo., 350. pont.

32 Uo., 352. pont.

33 Judgement of the Supreme Court of the United States of 17 June 2013 in Federal Trade Commission v. Actavis, 570 U.S. (2013), (Actavis-ítélet).

34 Ítélet, 353. pont.

35 Uo., 354. pont.

36 Uo., 355. pont.

37 Uo., 368. pont.

38 Uo., 369. pont.

39 Uo., 380. pont.

40 Uo., 381. pont.

ság egy esetleges szabadalmi per kimenetelét illetően.⁴¹ Továbbá az a tény, hogy a fordított fizetés az egyetlen lehetőség a felek közti jogvita áthidalására, nem jelenti azt, hogy az egy jogos áthidalása lenne e jogvitának, különösen abban az esetben nem, ha a Lundbeck-teszt négy feltétele található.⁴²

A felek azon hivatkozása, hogy a generikus piacra lépés visszafordíthatatlan áresést okozott volna, azt is jelenti, hogy az árak ilyen csökkenését az innovatív gyógyszergyártó bitorlási perek és egyéb legális eszközök által sem tudta volna megakadályozni. Ez azt jelenti, hogy a megállapodás volt az egyetlen módja az árak magasán tartásának a fogyasztók és a társadalombiztosítás kárára. Ez a kimenetel egyértelműen a verseny alapelvei – így például a fogyasztók védelme⁴³ – ellen hat. Egy ilyen összejárás nem lehet jogszerű, tekintettel arra is, hogy még a Lundbeck számára legkedvezőbb helyzetben sem tudta volna ezeket a fogyasztókat károsító magas árakat fenntartani.⁴⁴ Elfogadhatatlan a vállalkozások által azon jogszabályok hatásának mérséklésére irányuló igyekezet, melyet önmaguk számára hátrányosnak éreznek.⁴⁵

A Törvényszék – visszautalva az esetjogra⁴⁶ – megállapítja, hogy a szabadalom nem értelmezhető úgy, mint az érvényességével vagy bitorlásával kapcsolatos jogviták elleni védekezés lehetősége. A szabadalom nem terjed ki arra, hogy a független bíró ítéletét a felek saját értékítéletükkel helyettesítsék, míg a generikusnak fizetnek, hogy értékelésükkel a juttatásért cserében egyetértve távol maradjon a piactól.⁴⁷

A Törvényszék megerősítette a BIDS- és a Lundbeck-esetek közti analógiát is:⁴⁸ mindkét esetben bizonyos vállalkozások kivásárolták pénz ellenében (potenciális) versenytársaikat a piacról.⁴⁹

A Törvényszék szerint a Carte Bancaire-ítéletben a Bíróság nem kérdőjelezte meg a cél szerinti versenykorlátozásnak az esetjogban kialakított alapelveit. Igaz, hogy a Bíróság elutasította a Törvényszék érvelését, miszerint a cél szerinti versenykorlátozás fogalma nem szűken értelmezendő. E kérdésben a Bíróság kifejezte, hogy a cél szerinti versenykorlátozás csak abban az esetben megállapítható, mely „összejátszások a verseny tekintetében elegendő károossági fokot mutatnak ahhoz, hogy úgy lehessen tekinteni, hogy hatásaikat nem szükséges megvizsgálni”.⁵⁰

A Törvényszék szerint a jelen esetben a megállapodás a piacról kizáró megállapodásokhoz volt hasonlatos, melyek a legsúlyosabb versenyjogsértések között vannak, a piacfelosztás és a kibocsátáskorlátozás extrém formáiként. Az eljárási szabadalmak nem adtak lehetőséget a citalopram tekintetében minden verseny kizárására, ráadásul érvényességükkel kapcsolatban kétségek is fennálltak.⁵¹ Minderre tekintettel a Bizottság helyesen állapította meg az esetjog tükrében, hogy a megállapodások cél szerinti versenykorlátozók.⁵² Ennek megfelelően nem volt köteles a megállapodások hatásait vizsgálni, illetve azt, hogy a megállapodások nélkül a generikusok ténylegesen piacra léptek volna a Lundbeck szabadalmának megsértése nélkül, hanem mivel erre tényleges és konkrét lehetőségük volt, a potenciális verseny fennállt.⁵³

Az sem szükséges, hogy hasonló típusú megállapodásokról a Bizottság előzőleg már megállapítsa, hogy cél szerinti versenykorlátozók. A tapasztalat szerepe, mely a Carte Bancaire-ügyben említésre került a Bíróság által⁵⁴, nem a megállapodások egy speciális kategóriájára terjed ki egy bizonyos szektorban, sokkal inkább arra, hogy az összejárások

41 Uo., 382. pont.

42 Uo., 383. pont.

43 Tóth Tihamér: Az Európai Unió versenyjoga. Complex, 2007, Budapest, 59–60.

44 Ítélet, 386. pont.

45 Uo., 387. pont. T-49/02-T-51/02. sz. ügyek, Brasserie nationale at all. kontra Európai Bizottság, EU:T:2005:298., 81. pont.

46 Windsurfing-ítélet, 92. pont.

47 Ítélet, 390. pont.

48 Uo., 423. pont.

49 Uo., 424. pont.

50 Uo., 434. pont.

51 Uo., 435. pont.

52 Uo., 436. pont.

53 Uo., 437. pont.

54 C-67/13 P. sz. ügy, Carte Bancaire kontra Bizottság, EU:C:2014:2204, 51. pont.

bizonyos formái a tapasztalat tükrében olyan negatív hatásokkal járnak a versenyre nézve, hogy a hatásaikat nem kell bizonyítani. Ezért az, hogy a megállapodások egy adott típusát a Bizottság a múltban nem tekintette cél szerint versenykorlátozónak, nem véd meg attól, hogy ez a jövőben az egyedi eset tartalma, célja és kontextusa alapján részletes vizsgálat során annak minősüljön.⁵⁵

Jelen ügyben a korlátozás objektív szükségességét a felperesek nem bizonyították, mivel más útja is lehetett volna a szabadalom megvédésének a bíróságok előtt vagy fordított fizetést nem tartalmazó egyezséggel.⁵⁶

A Törvényszék azt is kifejezésre juttatta, hogy a cél szerinti versenykorlátozások esetén nem szükséges „a hipotetikus alternatív forgatókönyv”⁵⁷ vizsgálata, mivel az inkább a hatás vizsgálatát jelentené, mint annak vizsgálatát, hogy a szükséges mértékű kár a versenyre nézve bekövetkezett. A hatás vizsgálata pedig nem szükséges egy cél szerinti versenykorlátozás esetén.⁵⁸

Minderre tekintettel a Törvényszék kimondta, hogy a Bizottság helyesen állapította meg, hogy a megállapodások versenytársak közti piaclezárással voltak rokon természetűek.⁵⁹

4.3. Egyéb kérdések

A „scope of the patent” teszttel kapcsolatban a Törvényszék felhívta a figyelmet, hogy a szellemi alkotásokhoz fűződő jogok által biztosított exkluzív jogot nem lehet úgy értelmezni, mint az esetleges, a szabadalom érvénytelenítése iránti aktusok elleni lépésekre kiterjedőt, mivel közérdek, hogy a gazdasági tevékenység előtti akadályokat elhárítsák abban az esetben, ha a szabadalom hibásan került megítélésre.⁶⁰ A teszt egyébiránt több ponton problé-

más versenyjogi szempontból. Egyrészt vélelmezi, hogy a generikus termék sérti az innovatív szabadalmát, másrészt vélelmezi, hogy minden szabadalom érvényes. Szubjektív értékelésen alapul, miközben az illetékes bíróságok és hatóságok más nézőpontra lehetnek.⁶¹ Az USA Legfelsőbb Bírósága is elutasította azt az Actavis-ítéletében.⁶²

Az összetett generikusellenes stratégia vonatkozásában a Törvényszék megállapította, hogy a Bizottság teljes joggal vette figyelembe a felek szándékát a cél szerinti versenykorlátozás megállapításánál.⁶³ Bár a stratégia⁶⁴ nem volt jogellenes, a Bizottság nem is találta úgy, hogy önmagában jogellenes lenne, csak kontextusként vette figyelembe, hogy a Lundbeck stratégiája a generikus piacra lépés késleltetésére irányult⁶⁵ a potenciális verseny tekintetében.⁶⁶

A Törvényszék elutasította a felperesek érveit a bíróságok, a hatékonysági előnyök, a védelemhez való jog megsértése tekintetében is.

5. Az ítélet jelentősége

A Lundbeck-ítélet – mint az első értékátruházással járó szabadalmivita-rendezési ítélet – több terület – így a versenyjog, szellemi alkotásokhoz fűződő jogok és az iparági szabályozás, egészségügyi finanszírozással kapcsolatos kérdések – szakértőinek érdeklődésére tart számot.

Versenyjogi szempontból legfontosabb elemei a potenciális verseny és a cél szerinti versenykorlátozás kérdései. A Carte Bancaire-ügyben hozott ítéletet követően elterjedt az álláspont, mely szerint az Európai Bíróság egy hosszú, a cél szerinti versenykorlátozás fogalmát tágran értelmező – és egyre inkább tágító – etap után a fogalom behatárolása, szűkítése felé orientálódik. Nevezett ítéletében az

55 Ítélet, 438. pont. Carte Bancaire-ítélet, 51. pont.

56 Ítélet, 458., 461. pontok.

57 Counterfactual scenario.

58 Ítélet, 473. pont.

59 Uo., 476. pont.

60 Uo., 487. pont.

61 Uo., 491. pont.

62 Uo., 492. pont. Actavis-ítélet.

63 Uo., 523. pont.

64 Az escitalopram fejlesztése, a szabadalmak megszerzése a citalopramra, a generikusok forgalombahozatali engedély megszerzése iránti eljárásban beavatkozás.

65 Ítélet, 524. pont.

66 Uo., 527. pont.

Európai Bíróság kimondta, hogy a cél szerinti versenykorlátozás fogalmát megszorítóan kell értelmezni, mivel az csak „bizonyos típusú vállalkozások közötti összejárásokról alkalmazható, amelyek a verseny tekintetében elegendő károssági fokot mutatnak ahhoz, hogy úgy lehessen tekinteni, hogy hatásaikat nem szükséges megvizsgálni”.⁶⁷

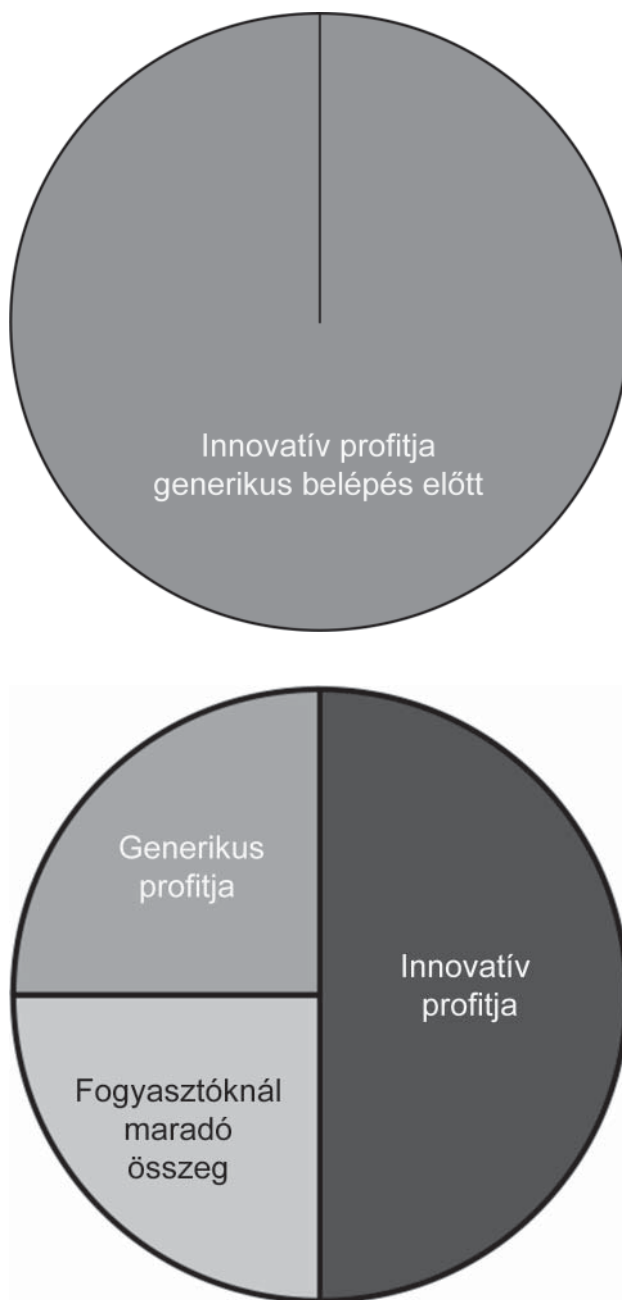
A Bizottság döntését számos kritika érte a szakma részéről, többen számítottak egy, a magatartások cél szerinti versenykorlátozásként kategorizálást elutasító ítéletre.

6. Konklúzió

A Carte Bancaire-ügyben kimondottakra tekintettel többen meglepődtek azon, hogy a magatartás cél szerinti versenykorlátozáskénti kategorizálását a Törvényszék jóváhagyta. A Carte Bancaire-ügyben kialakított standard „elegendő károssági fok”-ot a verseny tekintetében és a „bizonyos típusú vállalkozások közötti összejárások”-at kíván meg a cél szerinti versenykorlátozáskénti kategorizáláshoz. Tekintettel az értékátruházással járó szabadalmivita-rendeziések ügyek típusára, a Törvényszék kimondta, hogy a piacfelosztó és kibocsátást korlátozó kökemény versenykorlátozó megállapodásokhoz hasonlítanak.

A Carte Bancaire-ügyben azt is kimondta a Bíróság, hogy annak értékelése érdekében, hogy valamely megállapodás célja versenyellenes, különösen e megállapodás rendelkezéseinek tartalmát és objektív célkitűzését, valamint azt a gazdasági és jogi környezetet kell megvizsgálni, amelybe a megállapodás illeszkedik.⁶⁸

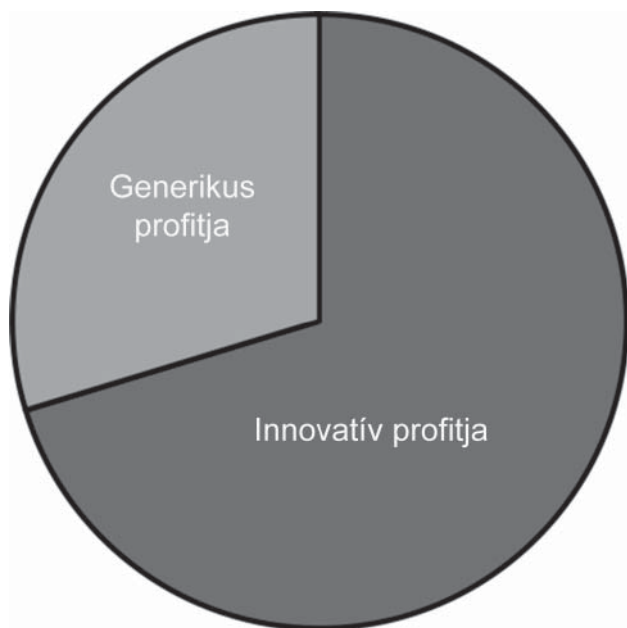
A következő három ábra az értékátruházással járó szabadalmivita-rendeziések károssági fokának szemléltetését szolgálja. Az első ábra a generikus belépés előtti, a második a generikus belépés utáni, a harmadik pedig az értékátruházással járó szabadalmivita-rendeziés következtében beálló helyzetet szemlélteti.⁶⁹



⁶⁷ Carte Bancaire-ítélet, 58. pont.

⁶⁸ Uo., 53. pont.

⁶⁹ Lundbeck-döntés, 646. pont.



Mindezek alapján látható, hogy a megállapodás esetén a fogyasztók javára az árcsökkenés elmarad,

az extraprofitot a részes vállalkozások osztják fel egymás között.

Álláspontom szerint a Lundbeck-ügy értékelésének kulcsa sokkal inkább a potenciális verseny fennálltának kérdése, ez dönti el az ügy megítélését. Amennyiben a generikusok és az innovatív gyártó között potenciális verseny létezett, az innovatív kivásárolta versenytársát a piacról, ami valóban cél szerinti versenykorlátozásként értékelhető.

Jelen ügyben a Törvényszék álláspontja szerint potenciális verseny létezett a gyártók között, mely következtetésre a Bizottság az egyedi eset összes körülményeinek értékelése által jutott.

A legutóbbi rendelkezésre álló információk szerint a Lundbeck megfontolja, fellebbez-e az ítélet ellen, amiről november első napjaiban várhatóan döntenie kell a fellebbezésre rendelkezésre álló határidőt figyelembe véve. A Törvényszék előtt fellebbezés alatt van a Servier-ügy, mely bár számos hasonlóságot mutat a Lundbeck-üggyel, viszont több jelentős eltérés is tetten érhető köztük.

Milyen körülmények között válik tisztességtelenné egy kapcsolt ajánlat?

What makes a combined offer unfair?

Abstract

A commercial practice consisting of the sale of a computer equipped with pre-installed software without any option for the consumer to purchase the same model of computer not equipped with pre-installed software does not in itself constitute an unfair commercial practice, unless such a practice is contrary to the requirements of professional diligence and materially distorts or is likely to materially distort the economic behaviour of the average consumer with regard to the product. In the context of a combined offer consisting of the sale of a computer equipped with pre-installed software, the failure to indicate the price of each of those items of pre-installed software does not constitute a misleading commercial practice.

Tárgyszavak: fogyasztóknak tett kapcsolt ajánlat, előre telepített szoftverekkel rendelkező számítógép értékesítése, 2005/29/EK irányelv, tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatok, fogyasztóvédelem

Key words: combined offer to consumers, sale of a computer equipped with pre-installed software, Directive 2005/29/EC, unfair commercial practices, consumer protection

1. Előzmények és az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdések

Egy francia lakos, Vincent Deroo-Blanquart 2008 decemberében Franciaországban vásárolt egy Sony márkájú, VAIO VGN-NR38E típusú laptopot. A megvásárolt laptop számos előre telepített szoftvert tartalmazott, mint például a Microsoft Windows Vista operációs rendszer Home Prémium kiadását, valamint többféle alkalmazási szoftvert. Az első használat során a laptop tulajdonosa elutasította az említett számítógép képernyőjén megjelenő operációs rendszer „Végfelhasználói licencszerződésére” történő feliratkozást, ami viszont a szoftverek használata érdekében nélkülözhetetlen, majd a vásárlást követő 3. napon kérte a Sonyt, hogy a számítógép vételárából térítse vissza számára az előre te-

lepített szoftverekre eső költségeit. A Sony ezt megtagadta arra hivatkozással, hogy a VAIO számítógépek az előre telepített szoftverekkel egy egységes és elválaszthatatlan ajánlatot képeznek. További levélváltásokat követően 2009 áprilisában a Sony felajánlotta az adásvétel törlesztésének lehetőségét és a teljes vételár, azaz 549 euró megtérítését, amennyiben a laptop tulajdonosa a megvásárolt eszközt visszajuttatja. Deroo-Blanquart ezt az ajánlatot elutasította, majd 2011 februárjában keresetet nyújtott be az asnière-i kerületi bírósághoz a Sony ellen, ebben kérve 450 euró összegű átalány-kártérítést az előre telepített szoftverek miatt, továbbá 2500 eurót a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat következtében elszenvedett kár miatt.

A keresetet az asnière-i kerületi bíróság elutasította; és ugyanígy járt el a versailles-i fellebbviteli bíróság is az ezen ítélettel szemben benyújtott felleb-

* Versenytanácsi vizsgáló – Döntéshozatal Támogató Csoport, Gazdasági Versenyhivatal.

bezés tekintetében, miután megállapította, hogy a kifogásolt értékesítés nem minősül kényszerített értékesítést megvalósító, minden esetben tiltott tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatnak, sem tisztességtelen árukapcsolást megvalósító kereskedelmi gyakorlatnak, sem pedig megtévesztő vagy agreszív kereskedelmi gyakorlatnak.

A laptop tulajdonosa a fellebbviteli bíróság ítéletével szemben felülvizsgálat iránti kérelmet terjesztett elő a Cour de cassation, a francia semmítőszék elé. A semmítőszék arra tekintettel, hogy az alkalmazandó nemzeti jog rendelkezései a belső piacon az üzleti vállalkozások fogyasztókkal szemben folytatott tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatairól, valamint a 84/450/EGK tanácsi irányelv, a 97/7/EK, a 98/27/EK és a 2002/65/EK európai parlamenti és tanácsi irányelvek, valamint a 2006/2004/EK európai parlamenti és tanácsi rendelet módosításáról szóló, 2005. május 11-i 2005/29/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv („Irányelv a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatokról” – „2005/29 irányelv”) hatálya alá tartoznak, felfüggesztette az eljárást, és 2015. június 17-én előzetes döntéshozatal iránti kérelemmel fordult az Európai Unió Bíróságához az alábbi kérdések vonatkozásában:

„1. *Úgy kell-e értelmezni a 2005/29/EK irányelv 5. és 7. cikkét, hogy megtévesztő tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatnak minősül az olyan kapcsolt ajánlat, amely előre telepített szoftverekkel rendelkező számítógép értékesítésére vonatkozik, ha a számítógép gyártója viszonteladója közvetítésével információt nyújtott valamennyi előre telepített szoftverről, azonban nem jelölte meg pontosan minden egyes elem árát?*

2. *Úgy kell-e értelmezni a 2005/29/EK irányelv 5. cikkét, hogy tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatnak minősül az olyan kapcsolt ajánlat, amely előre telepített szoftverekkel rendelkező számítógép értékesítésére vonatkozik, amennyiben a gyártó csak e szoftverek elfogadására, vagy ennek hiányában az adásvételtől való elállásra biztosít a fogyasztónak lehetőséget?*

3. *Úgy kell-e értelmezni a 2005/29/EK irányelv 5. cikkét, hogy tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatnak minősül az olyan kapcsolt ajánlat, amely előre telepített szoftverekkel rendelkező számítógép értékesítésére vonatkozik, amennyiben a fogyasztó számára lehetetlen ugyanattól a gyártótól szoftverek nélküli számítógép beszerzése?”*

Az Európai Unió Bírósága („Bíróság”) a főtanácsnok meghallgatását követően úgy határozott, hogy jelen ügy elbírálására a főtanácsnok indítványa nélkül kerül sor.

2. Az Európai Unió Bíróságának eljárása¹

2.1. Tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatnak minősül-e egy kapcsolt ajánlat, ha a fogyasztó számára nem áll fenn annak lehetősége, hogy az így kínált áruk és/vagy szolgáltatások közül csak az egyiket szerezzék be?

Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdések közül a másodikat és harmadikat együttesen és elsőként vizsgálta a Bíróság, és az alábbi megállapításokra jutott.

A Bíróság mindenekelőtt emlékeztetett a VTB-VAB és Galatea ítéletre², amelynek 50. pontja leszögezte, hogy a kapcsolt ajánlatok olyan kereskedelmi tevékenységnek minősülnek, amelyek nyilvánvalóan a piaci szereplő kereskedelmi stratégiájába illeszkednek, és közvetlenül a piaci szereplő részéről történő eladásösztönzést és eladásainak növelését célozzák. Következésképpen megfelelnek a 2005/29/EK irányelv 2. cikkének d) pontjában meg lehetőségen tágran definiált kereskedelmi gyakorlatnak, így az irányelv hatálya alá tartoznak.

A kapcsolt ajánlatokat az említett irányelv az I. mellékletében kimerítően felsorolt kereskedelmi gyakorlatok között nem említi, így azok nem minősülnek minden körülmény között – ezért eseti vizsgálat nélkül megállapíthatóan – tisztességtelennek. Ezért az előterjesztő bíróság által feltett kérdéseket az irányelv 5–9. cikk rendelkezéseinek tartalma és általános szerkezete alapján kell megvizsgálni.

A 2005/29/EK irányelv 5. cikke előírja a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatok tilalmát, és felsorolja azokat a kritériumokat, amelyek alapján e tisztességtelen jelleg megállapítható.

1 C-310/15 – Vincent Deroo-Blanquart v Sony Europe Limited, ECLI:EU:C:2016:633.

2 C-261/07 és C-299/07 egyesített ügyek – VTB-VAB NV v Total Belgium NV, Galatea BVBA v Sanoma Magazines Belgium NV, ECLI:EU:C:2008:581.

A 2005/29/EK irányelv 5. cikkének (2) bekezdése értelmében valamely kereskedelmi gyakorlat csakis azzal a kettős feltétellel minősülhet tisztességtelennek, amennyiben „ellentétben a szakmai gondosság követelményeivel, és a termékkel kapcsolatban jelentősen torzítja vagy torzíthatja azon átlagfogyasztó gazdasági magatartását, akihez eljut vagy aki a címzettje, illetve – amennyiben a kereskedelmi gyakorlat egy bizonyos fogyasztói csoportra irányul – a csoport átlagtagjának a gazdasági magatartását”. Az első feltétel vizsgálatához a 2005/29/EK irányelv 2. cikkének h) pontja nyújt segítséget, amely szerint a szakmai gondosság a szakismeret és a gondosság azon szintje, amelynek gyakorlása észszerűen elvárható a kereskedőtől a fogyasztóval szemben, a becsületes piaci gyakorlatnak és/vagy a jóhiszeműség általános alapelveinek megfelelően, a kereskedő tevékenységi körében. A második feltétel a 2. cikk e) pontja szerint akkor teljesül, ha a kereskedelmi gyakorlat érzékelhető módon rontja a fogyasztó tájékozott döntés meghozatalára való képességét, és amely ezáltal olyan ügyleti döntés meghozatalára ösztönzi a fogyasztót, amelyet egyébként nem hozott volna meg.

2.1.1. A szakmai gondosság követelménye

A Bíróság szerint e körben arra a kérdésre szükséges választ adni, hogy eleget tesz-e a szakmai gondosság követelményének az a kereskedő, amely jelen esetben lakossági felhasználásra szánt számítógépes eszközök gyártásával foglalkozik, és amely csak előre telepített szoftverekkel rendelkező számítógépeket kínál értékesítésre.

Az alapügyben begyűjtött bizonyítékok alapján az látszik, hogy a Sony által gyártott előre telepített szoftverekkel rendelkező számítógépek értékesítése megfelel egy átlagfogyasztó jogos elvárásainak, aki általában a számítógép és a szoftverek külön történő vásárlásához képest a szoftverekkel rendelkező és azonnal használható számítógép vásárlását részesíti előnyben.

Mindemellett az is megállapítható, hogy a Sony viszonteladójától a fogyasztó megfelelő tájékoztatást kapott a laptop megvásárlását megelőzően arról, hogy ez a számítógép előre telepített szoftvert tartalmaz, továbbá arról, hogy a szóban forgó számítógéptípust előre telepített szoftverek nélkül nem forgalmazzák. E tekintetben a Bíróság a korábban citált

VTB-VAB és Galatea ítélet 66. pontjában már megállapította, hogy különösen a fogyasztó megfelelő tájékoztatása útján különböző termékek vagy szolgáltatások kapcsolt ajánlata megfelelhet a 2005/29/EK irányelv által előírt tisztességességre vonatkozó követelményeknek.

Végezetül ténykérdés az is, hogy a Sony felajánlotta az adásvételtől való elállás lehetőségét.

A Bíróság álláspontja szerint ezek a körülmények – így különösen a fogyasztó megfelelő tájékoztatása, a kapcsolt ajánlatoknak a fogyasztók jelentős része elvárásainak megfelelő megfelelése, valamint a fogyasztó számára felajánlott azon lehetőség, hogy ezen ajánlatnak az összes elemét elfogadhatja, vagy hogy az adásvételtől elállhat – megfelelnek a becsületes piaci gyakorlat követelményeinek vagy a jóhiszeműség általános alapelveinek, azaz a kereskedő így eleget tesz a fogyasztóval szembeni gondosságának. Ezen körülmények figyelembevétele a nemzeti bíróság feladata az alapügy összes körülményének a szakmai gondosság követelményeinek tiszteletben tartása szempontjából való átfogó értékelésekor.

2.1.2. Fogyasztók gazdasági magatartásának jelentős torzítása

A második feltétel vizsgálatának keretében azt szükséges megállapítani, hogy előre telepített szoftverekkel rendelkező számítógép értékesítése érzékelhető módon rontja-e az átlagfogyasztó tájékozott döntés meghozatalára való képességét, amennyiben nincs lehetősége előre telepített szoftverek nélküli ugyanolyan számítógéptípust beszerezni, tehát ösztönözheti-e ez a fogyasztót olyan ügyleti döntés meghozatalára, amelyet különben nem hozott volna meg.

Az ügy irataiból megállapítható volt, hogy fogyasztó a vásárlást megelőzően megfelelő felvilágosítást kapott arról, hogy az általa megvásárolni kívánt számítógéptípust előre telepített szoftverek nélkül nem forgalmazzák.

A szerződéskötést megelőzően adott tájékoztatás lehetőséget ad a fogyasztónak arra, hogy a szerződési feltételeket és a szerződéskötés következményeit megismerhesse. Egyebek mellett ezen információk alapján dönt arról, hogy az ajánlatot elfogadva a kereskedővel szerződéses kapcsolatba lépjen-e. Ezzel összefüggésben emlékeztetni kell arra, hogy az íté-

kezési gyakorlat az irányelv (18) preambulumbekzdésének megfelelően azt az átlagfogyasztót veszi vizsnyítási alapul, aki megfelelően tájékozott, figyelmes és körültekintő, figyelembe véve a társadalmi, kulturális és nyelvi tényezőket is.

A Bíróság szerint a második feltétel vizsgálata során azt kell megállapítania a nemzeti bíróságnak, hogy a termékkel kapcsolatban az átlagfogyasztó gazdasági magatartásának jelentős torzításához vezet-e vagy vezethet-e az, hogy az értékesítés tárgyát képező számítógéptípust előre telepített szoftverek nélkül nem forgalmazzák, erről a vásárlást megelőzően tájékoztatást is kapott, így módjában állt megfontolni azt, hogy eltérő márkájú, hasonló műszaki jellemzőkkel rendelkező, szoftverek nélkül vagy más szoftverekkel értékesített másik számítógéptípust válasszon.

2.2. Tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatnak minősül-e a kapcsolt ajánlat, ha a kínált áruk és/vagy szolgáltatások ára nincs külön-külön feltüntetve?

A 2005/29/EK irányelv 5. cikke (4) bekezdésének a) pontja és 7. cikke értelmében vett megtévesztő kereskedelmi gyakorlat jellemzője, hogy a ténybeli körülmények alapján – figyelembe véve annak valamennyi jellemzőjét és feltételét, valamint kommunikációs eszközeinek korlátait is – az átlagfogyasztó tájékozott ügyleti döntéséhez szükséges jelentős információkat hagy ki, és ezáltal – ismét hangsúlyozandó, hogy a körülményektől függően – ténylegesen vagy valószínűsíthetően ahhoz vezet, hogy az átlagfogyasztó olyan ügyleti döntést hoz, amelyet egyébként nem hozott volna. A 7. cikk (4) bekezdésének c) pontja szerint az adóval növelt árra vonatkozó információ jelentős. Továbbá az irányelv (14) preambulumbekzdésének megfelelően jelentős lehet minden információ, amelyek szükségesek a fogyasztó számára a tájékozott és ezáltal eredményes választás meghozatalához. Mindezekből az következik, hogy az információ lényeges voltát azon körülmények fényében kell értékelni, amelyek közé egy kereskedelmi gyakorlat illeszkedik, és figyelembe kell venni annak valamennyi jellemzőjét.

Ha a kereskedő vásárlásra tesz felhívást, köteles az érintett termék teljes árát a fogyasztó tudomására hozni. Ugyanakkor a termék teljes ára minősül ab ovo jelentős információnak; nem a termék egyes elemeinek, illetve kapcsolt ajánlat esetén a csomagot alkotó különböző elemek ára.

Az alapügyben feltárt bizonyítékokból kitűnik, hogy a fogyasztó az értékesítéskor az előre telepített szoftverekkel rendelkező számítógépet tartalmazó csomag teljes áráról tájékoztatást kapott. A Bíróság álláspontja szerint mivel a számítógépet az előre telepített szoftverek nélkül nem lehetett megvásárolni, az egyes szoftverek ára feltüntetésének elmulasztása nem akadályozza meg a fogyasztót a tájékozott ügyleti döntés meghozatalában, márpedig akkor az egyes szoftverek ára nem is minősül a 2005/29/EK irányelv 7. cikkének (4) bekezdése értelmében vett lényeges információnak, ezen ár feltüntetésének elmulasztása pedig nem minősül megtévesztő mulasztásnak.

2.3. Az előzetes döntéshozatalra felterjesztett kérdésekre adott válasz

A Bíróság véleménye szerint tehát nem minősül a 2005/29/EK irányelv 5. cikke (2) bekezdésének értelmében vett tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatnak egy olyan kereskedelmi gyakorlat, amely előre telepített szoftverekkel rendelkező számítógép értékesítésére vonatkozik a fogyasztó számára fennálló azon lehetőség nélkül, hogy előre telepített szoftverek nélküli ugyanolyan számítógéptípust szerezzen be; kivéve, ha egy ilyen gyakorlat ellentétes a szakmai gondosság követelményeivel, és ha a termékkel kapcsolatban jelentősen torzítja vagy torzíthatja az átlagfogyasztó gazdasági magatartását. Ennek – az alapügy sajátos körülményeinek figyelembevételével történő – vizsgálata a nemzeti bíróság feladata.

A Bíróság álláspontja szerint előre telepített szoftverekkel rendelkező számítógép értékesítésére vonatkozó kapcsolt ajánlat esetén az egyes szoftverek ára feltüntetésének elmulasztása nem minősül a 2005/29/EK irányelv 5. cikke (4) bekezdésének a) pontja és 7. cikke értelmében vett megtévesztő kereskedelmi gyakorlatnak.

3. A döntés értékelése

Kapcsolt ajánlatokkal gyakrabban találkozunk a piaci erőfölényt vizsgáló versenyfelügyeleti eljárások és a versenypártolási kérdések kapcsán, mint a fogyasztóvédelem területén. A fogyasztóknak tett kapcsolt ajánlat – tehát az olyan ajánlat, amelyben a termék, a szolgáltatás vagy egyéb előny, vagy az ezekhez való hozzájárulás jogának ingyenes vagy ellenérték fejében történő megszerzése más, akár azonos áruk vagy szolgáltatások megszerzéséhez kötődik; így legalább két különböző árunak vagy szolgáltatásnak az egy eladási egységként való összekapcsolásán alapul – megítélése sokáig nem volt egységes az Európai Unióban, egyes tagállamokban kifejezetten tiltották azt. Az Európai Unió Bírósága a VTB-VAB és Galatea egyesített ügyekben meghozott 2009. április 23-i ítéletében mondta ki, hogy a 2005/29/EK irányelvvel ellentétes az olyan nemzeti szabályozás, amely – még ha meg is nevez néhány kivételt a szabály alól – az adott ügy különleges körülményeinek a figyelembevételével, általánosságban és preventív módon tiltja a kapcsolt ajánlatokat.³

Tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatok vizsgálata során a kapcsolt ajánlatok kérdése leggyakrabban a 2005/29/EK irányelv mellékletének 20. pontját megvalósító kereskedő magatartásokkal kapcsolatosan merül fel. E pont értelmében minden körülmény között tisztességtelennek minősül az a kereskedelmi gyakorlat, amely során a terméket „ingyenes”, „díjtalan”, „térítésmentes” vagy hasonló jelzőkkel illetik, ha a fogyasztónak a kereskedelmi gyakorlat elfogadásának és a termék szállításának, illetve szállíttatásának elkerülhetetlen költségén felül bármit is fizetnie kell. Az Európai Bizottság a 2005/29/EK irányelv végrehajtásáról/alkalmazásáról szóló irányelmutatásában⁴ ismerteti azokat a fontosabb elveket, amelyeket a kapcsolt ajánlatok vizsgálatakor figyelembe kell venni, és amelyek nagy része már visszaköszön egyes reklámozási szabályzatokban, mint például:

- a kereskedők nem próbálják azzal fedezni a költségeiket, hogy csökkentik a termék minőségét vagy összetételét; vagy felemelik azon termék árát, amelyet a fogyasztónak előzetesen meg kell vennie ahhoz, hogy megkapja az ingyenes cikket;
- a kereskedők nem állíthatják a csomag egyes eleméről, hogy az „ingyenes”, ha annak költsége benne van a csomagárban.

A bizottsági iránymutatás ugyancsak a 2005/29/EK irányelv I. mellékletének 20. pontja vonatkozásában figyelmeztet arra, a vállalkozások akkor alkalmazhatják az „ingyenes” szót olyan esetben, amikor a fogyasztókat egyéb termékek megvásárlására szólítják fel (mint például az „egyet vesz, kettőt kap” típusú ajánlatok esetében), ha

- egyértelmű, hogy ezért a fogyasztóknak nyitni kell fizetniük;
- az így kínált termékek minőségét és összetételét nem csökkentették, és
- az így kínált termékek árát sem emelték fel, hogy ezzel fedezzék az ingyenesen nyújtott cikk költségét.

A magyar joggyakorlatban nem mondhatók jellemzőnek az ilyen irányú vizsgálatok, a szerző előtt két – az irányelv harmonizációja előtt született – versenytanácsi döntés ismert, amelyben azért marasztalta el az eljárás alá vont vállalkozásokat, mert azok megtévesztő tájékoztatást adtak kapcsolt ajánlatnak tekinthető akció keretében.

A Vj-157/1998. számú versenyfelügyeleti eljárásban vizsgált kereskedelmi gyakorlat abban állt, hogy az eljárás alá vont vállalkozás Europark területén működő játéktermében a kifüggesztett reklámok szövegével ellentétben nem alkalmazták a hétfői napra meghirdetett „Egyet fizet – kettőt kap” kedvezményes akciót. Az akció lebonyolításához a játékgépek pénzszámláló berendezését hétfői napon a nyitás előtt a műszerészeknek át kellett állítani annak érdekében, hogy egy egységért kétszeres időt lehessen azokon játszani. A gépek közül kisszámú gép nem volt alkalmas – a számolóberendezés kialakítá-

³ A képet némiképp árnyalja a C-265/12. sz. ügyben (Citroën Belux NV v Federatie voor Verzekerings- en Financiële Tussenpersonen (FvF), ECLI:EU:C:2013:498), amely kimondta, hogy a 2005/29/EK irányelvvel nem ellentétes az olyan tagállami rendelkezés, amelynek értelmében – a jogszabályban taxatív jelleggel felsorolt esetek kivételével – általánosan tilos a fogyasztóknak tett valamennyi kapcsolt ajánlat, *amennyiben azoknak legalább egy része pénzügyi szolgáltatás*, mivel ez a korlátozás nem megy túl azon, ami a 2005/29 irányelvben említett magas szintű fogyasztóvédelem eléréséhez és különösen a fogyasztók gazdasági érdekeinek a pénzügyi szolgáltatások területén való védelméhez szükséges.

⁴ http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucp_guidance_en.pdf.

sa miatt – az akció feltételeinek teljesítésére, így ezekre nézve a reklám ígérete nem valósulhatott meg.

A Vj-22/2007. számú versenyfelügyeleti eljárás feltárta, hogy az egyik kiskereskedelmi áruházlánc „3-at kap, 2-t fizet” akciója során fogyasztók megtévesztésére alkalmas magatartást tanúsított. Az eljáró versenytanács szerint a vizsgált szlogen alkalmas volt arra, hogy a fogyasztót több termék vásárlására ösztönözze azt sugallva, hogy nagyobb mennyiség vásárlása esetén jobban jár, holott egyetlen darab termék megvásárlása esetén is ugyanazt a csökkentett árat fizette volna meg. A valóságban a kedvez-

mény kizárólag az akcióban résztvevő termék régi árát alapul véve teljesülhetett oly módon, hogy amennyiben a fogyasztó a csökkentett, új árral rendelkező akciós termékből három darabot vásárolt, akkor került olyan helyzetbe, mintha az akció előtt a régi áron csak két darab terméket vásárolt volna.

A jelen cikkben ismertetett, Vincent Deroo-Blanquart kontra Sony Europe Limited ügyben meghozott bírósági ítélet a kapcsolt ajánlatokat érintő jogalkalmazási gyakorlat fejlődéséhez járul hozzá egy ajánlat tisztességes vagy tisztességtelen voltának megállapítását segítő értékelési szempontok nyújtásával.

A szolgáltatást nyújtó vállalkozás versenyellenes magatartásáért való felelősség

Liability for a third-party contractor's anti-competitive behaviour

Abstract

In a recent decision, the Court of Justice expressed under what circumstances an undertaking may be found liable for its independent, third-party service provider's anti-competitive actions. The Court made it clear, that the liability might be attributed to a company even if it is not aware of its contractor's behaviour, but could reasonably have foreseen it, and was prepared to accept the risk. The Court formulated this strict approach, however did not follow the Advocate General's opinion, that recommended the introduction of a new rebuttable presumption, under which the liability for the outside service provider's behaviour would have been presumed, and the burden would have been on the undertaking to rebut it.

Keywords: liability for an independent service provider's behaviour, attributing liability, foreseeability, rebuttable presumption

Tárgyszavak: független szolgáltató magatartásáért való felelősség, felelősség betudása, előreláthatóság, megdönthető vélelem

Bevezető

Az Európai Bíróság előzetes döntéshozatali eljárás során 2016. július 21-én meghozott ítéletében¹ a vállalkozásoknak a szolgáltató magatartása miatt fennálló felelősségével foglalkozott. A kérdést előterjesztő lett legfelsőbb bíróság arra kereste a választ, hogy betudható-e a vállalkozástól független szolgáltató által elkövetett, az Európai Unió működéséről szóló szerződése („EUMSZ”) 101. cikk (1) bekezdésébe ütköző versenyjogsértő magatartásért való felelősség a szolgáltatást igénybe vevő vállalkozásnak.

A Bíróság ítéletében megadja a választ a feltett kérdésre, jelentős, joggyakorlatot formáló megállapítást téve a döntésében, a meglehetősen rövid ítélet

azonban nem ismerteti az újonnan alkalmazott – lent ismertetett – teszt szempontjait, így nem sok kapaszkodót ad a jogalkalmazóknak. A Bíróság döntését a főtanácsnoki indítvánnyal együtt érdemes olvasni, mely indítványt a Bíróság nem fogadott el, az ítéletben nem is hivatkozta azt, holott az indítványban a versenyjog iránt érdeklődők számára nagyon érdekes megközelítést indítványozott Melchior Wathelet főtanácsnok.

1. Az alapeljárás rövid ismertetése

Lettorságban egy önkormányzat közbeszerzést írt ki az oktatási intézmények élelmiszertermékekkel történő ellátása céljából, mely eljárásban három

* A Kartell Iroda vezetője, Gazdasági Versenyhivatal.

¹ A Bíróság 2016. július 21-i ítélete a SIA „VM Remonts” (anciennement SIA „DIV un KO”) és társai kontra Konkurences padome ügyben, C-524/14., ECLI:EU:C:2016:578.

vállalkozás, a SIA VM Remonts², az Ausma grupa és a Pärtikas kompánija nyújtott be ajánlatot.

A Pärtikas kompánija megbízott egy céget azal, hogy jogi segítséget nyújtson számára az ajánlat kidolgozásában és benyújtásában. Ez a megbízott vállalkozás alvállalkozót, a SIA „MMD lietas” céget, vett igénybe a szolgáltatás teljesítésére. A Pärtikas kompánija saját maga elkészítette a benyújtandó ajánlattervezetet, amelyet az MMD lietas megkapott.

Az MMD lietas azonban, a Pärtikas kompánija tájékoztatása nélkül, ezzel egy időben a közbeszerzési eljáráson induló két másik vállalkozás ajánlatának elkészítésére is megbízást fogadott el. Az MMD lietas egyik munkavállalója a Pärtikas kompánija tudta és engedélye nélkül a vállalkozás ajánlata, az ajánlatban szereplő árak alapján dolgozta ki a két másik vállalkozás ajánlatát úgy, hogy az egyik vállalkozás ajánlati ára 5%-kal volt alacsonyabb a Pärtikas kompánija áránál, míg a harmadik vállalkozás ára ennél az árnál volt alacsonyabb 5%-kal. A három ajánlatban szereplő árak így egymással számtani arányban álltak, a lett versenyhatóság pedig a versenyfelügyeleti eljárásban hozott határozatában azt állapította meg, hogy a közbeszerzési eljárásban résztvevő három vállalkozás összehangolt magatartást tanúsított, amikor ajánlataikat együtt készítették el.

Mindhárom elmarasztalt vállalkozás kérte a határozat bírósági felülvizsgálatát, aminek során a közigazgatási bíróság ítéletében megsemmisítette a támadott határozat azon pontját, ami a Pärtikas kompánija felelősségét megállapította, míg a két másik vállalkozás keresetét elutasította. A közigazgatási bíróság ugyan megállapította, hogy az ajánlati árak számtani aránya az összehangolt magatartást bizonyítja, nem látta bizonyítottnak a Pärtikas kompánija részvételét a jogsértésben.

Az ítélet ellen felülvizsgálati kérelmet terjesztett elő a VM Remonts és az Ausma grupa, valamint a versenyhatóság is a lett legfelsőbb bíróság elé.

A két vállalkozás a keresetük elutasításával szemben nyújtott be fellebbezést, míg a versenyhatóság a bíróság azon döntésével szemben, amely a Pärtikas kompánija keresetének adott helyet.

2. A kérdés előterjesztése

Az ügy érdemi elbírálása előtt a legfelsőbb bíróság előzetes döntéshozatali eljárást kezdeményezett. Tette ezt annak ellenére, hogy az alapeljárás felei között sem volt vitás, hogy az ügy nemzeti joghatóság alá tartozik, az összehangolt magatartás nincs hatással a tagállamok közötti kereskedelemre. A legfelsőbb bíróság mégis a kérdés előterjesztése mellett döntött, mivel a lett verseny törvény a nemzeti és az uniós versenyjog harmonizációja szükségességének figyelembevételével készült, a lett verseny törvény 11. cikkének (1) bekezdése pedig az EUMSZ 101. cikk (1) bekezdésével azonos jogi kereteket tartalmaz. Előadta a kérdést megfogalmazó bíróság, hogy a közigazgatási bíróság nem állapította meg, hogy a megbízó vezetői engedélyezték volna az alvállalkozó tevékenységét vagy arról tudomással bírtak volna. A kérdést feltevő bíróság utalt a korábbi európai uniós joggyakorlatra³, ami szerint a betudhatóság akkor is megállapítható, ha a vállalkozás vezetősége nem vesz részt a jogsértésben vagy arról nem is tud, azonban a vállalkozás részéről a vállalkozás nevében eljárni jogosult személy részt vesz abban.

A legfelsőbb bíróság így a következő kérdéssel fordult az Európai Bírósághoz: *„Úgy kell-e értelmezni az EUMSZ 101. cikk (1) bekezdését, hogy annak megállapításához, hogy valamely vállalkozás versenykorlátozó megállapodásban vett részt, szükséges a vállalkozás valamely vezető tisztségviselője személyes magatartásának, illetve azon körülménynek a bizonyítása, hogy e tisztségviselő tudott a vállalkozás számára kiszervezett szolgáltatásokat nyújtó, ugyanakkor egy esetleges tiltott megállapodás más résztvevői számára tevékenységet végző személy magatartásáról, illetve jóváhagyta azt?”*

2 A vállalkozás korábbi elnevezése: SIA DIV un Ko.

3 A Bíróság 1983. június 7-i ítélete a Musique Diffusion française és társai kontra Bizottság ügyben 100/80–103/80, EBHT, EU:C:1983:158), a Bíróság 2013. február 7-i ítélete a Protimonopolný úrad Slovenskej republiky kontra Slovenská sporite ügyben (C-68/12, EU:C:2013:71).

3. A Bíróság válasza a feltett kérdésre

3.1. A Bíróság hatásköre

A Bíróság először is kifejtette, hogy miért rendelkezik hatáskörrel a feltett kérdés megválaszolására egy olyan ügyben, amely tisztán nemzeti hatáskörbe tartozik, és a tagállamok közötti kereskedelem érintettsége fel sem merül. A Bíróság érvelése szerint – ahogy azt már több alkalommal kifejtette⁴ – azokban a helyzetekben, amikor a nemzeti jog az uniós joghoz igazodott, európai uniós érdek, hogy a jövőbeli eltérő értelmezések elkerülése érdekében egységesen értelmezzék az uniós jogból vett rendelkezéseket vagy fogalmakat, az alkalmazásuk körülményeitől függetlenül.

3.2. Az ügy érdemére vonatkozó megállapítások

Az ítéletben a kérdés megválaszolása során a Bíróság több esetkört is értékelt. Először felvázolta azt a helyzetet, amikor a függetlenség fel sem merül (munkavállaló által okozott jogsértés), valamint amikor a függetlenség csak látszólagos, a végén pedig rátér a tényleges függetlenség kérdésére, amire az előzetes döntéshozatali eljárás tárgya is vonatkozik.

3.2.1. A munkavállalóért való felelősség

A Bíróság kiemelte, hogy a lett legfelsőbb bíróság által hivatkozott esetekben a vállalkozások felelősségének kérdése a vállalkozás munkavállalóinak tevékenysége alapján merült fel. E körben egyértelmű, hogy a munkavállalók beletartoznak a vállalkozás által alkotott gazdasági egységbe, tehát a vállalkozás felelőssége egyértelműen megállapítható az alkalmazottai által elkövetett jogsértésekért.

3.2.2. A látszólagos függetlenség esete

A Bíróság az ítéletének 27. pontjában olyan esetet elemzett, amikor a függetlenség csak látszólagos. Ez az eset állhat fenn akkor, ha a szolgáltató a megbízó irányítása vagy ellenőrzése alatt tevékenykedik, önállósággal és rugalmassággal nem vagy csak nagyon szűk körben rendelkezik a feladat elvégzése során, így a látszólagos függetlensége valójában egy munkaviszonyt fed⁵. Erre a kvázi független helyzetre a két fél között szervezeti, gazdasági vagy jogi kapcsolatból lehet következtetni és ezen esetekben a vállalkozás felelőssége megállapítható lehet a szolgáltatója által elkövetett jogsértésért.

A fenti helyzetek (nem független, illetve csak látszólag független felek közötti viszony) értékelése után a Bíróság rátért a valóban független szereplők közötti viszony értékelésére.

3.2.3. Betudhatóság a felek közti tényleges függetlenség esetén

E körben az ítélet utal korábbi döntésére⁶, amiben kimondta, hogy megállapítható adott vállalkozás felelőssége a versenyellenes célú megállapodások vagy összehangolt magatartás tekintetében, amennyiben saját magatartásával hozzá kívánt járulni a valamennyi résztvevő által követett közös célokhoz, és tudomása volt a más vállalkozások által ugyanezen célok elérése végett tervezett vagy ténylegesen megvalósított magatartásokról, illetve azt, hogy e magatartásokat észszerűen előre láthatta, és kész volt azok kockázatát elfogadni.

A független szolgáltató által elkövetett jogsértés megbízónak való betudhatósága kapcsán a fentiekből kiindulva a Bíróság két helyzetet különböztet meg.

Az egyik, amikor a megbízónak tudomása volt a versenytársai és a szolgáltató által követett versenyellenes célokról, és ezekhez saját magatartásával

4 A Bíróság 2013. március 14-i ítélete az Allianz Hungária Biztosító és társai ügyben, C-32/11, EU:C:2013:160, 20. pont; a Bíróság 2014. december 4-i ítélete az FNV Kunsten Informatie en Media ügyben, C-413/13, EU:C:2014:2411, 18. pont; a Bíróság 2015. november 26-i ítélete a Maxima Latvija ügyben, C-345/14, EU:C:2015:784 12. pont.

5 A Bíróság 2014. december 4-i ítélete az FNV Kunsten Informatie en Media ügyben, C-413/13, EU:C:2014:2411.

6 A Bíróság 1999. július 8-i ítélete a Bizottság kontra Anic Partecipazioni ügyben, C-49/92 P, EU:C:1999:356.

hozzá kívánt járulni. A Bíróság analógiaként utal két korábbi döntésére⁷, kiemelve, hogy e feltétel kétségtelenül fennáll, amennyiben e vállalkozásnak célja volt, hogy a szolgáltatóján keresztül érzékeny kereskedelmi információit megossza a versenytársaival, illetve amikor kifejezetten vagy hallgatólagosan jóváhagyta, hogy a szolgáltató megossza a versenytársakkal ezeket az érzékeny kereskedelmi információkat.

Az ítélet utolsó oldalán jut el a Bíróság az alapügygel érintett esethez, azaz amikor a megbízó nem tud a megbízott tevékenységéről, a megbízott nem tájékoztatta őt arról, hogy a megbízó érzékeny információit felhasználja a megbízó versenytársai ajánlatának kidolgozása során.

Az ítélet a fenti helyzetet elemezve a 31. pontban annyit mond, hogy a felelősség ebben az esetben is betudható, ha a szolgáltatást igénybe vevő vállalkozás (i) *ésszerűen előre láthatta*, hogy a szolgáltató, melynek szolgáltatásait igénybe veszi, megosztja majd a kereskedelmi információit a versenytársaival, és (ii) kész volt ennek *kockázatát elfogadni*.

A Bíróság a válasza megfogalmazása során végigveszi az ismertetett esetköröket, és a független szolgáltatónak történő betudhatóságot három esetben (amiből az utolsó vonatkozatható a lett alapügyre a rendelkezésre álló adatok alapján) látja megállapíthatónak, azaz ha (i) a megbízott a megbízó irányítása vagy ellenőrzése alatt tevékenykedett, (ii) a szolgáltató tudomással bírt a versenyellenes célokról és azokhoz saját magatartásával hozzá kívánt járulni, illetve ha (iii) a megbízó ésszerűen előre láthatta a versenytársai és a szolgáltató versenyellenes tevékenységét, és kész volt ennek kockázatát elfogadni.

A Bíróság ezen teszt újdonsága ellenére nem ad szempontokat a jogalkalmazónak, amelyek alapján megítélhető, hogy a szolgáltatást igénybe vevő ésszerűen előre láthatta a szolgáltató versenyellenes tevékenységét, illetve hogy mikor állapítható meg ezen esetekben, hogy kész volt a kockázatok viselésére. A Bíróság ehelyett ítéletben leszögezi, hogy a nemzeti bíróság feladata a bizonyítékok mérlegelésének és a bizonyítás megkövetelt szintjének nemze-

ti szabályai szerint megvizsgálni, hogy az alapeljárás körülményei között ezen feltételek valamelyike teljesült-e.

4. A főtanácsnoki indítvány megállapításai

Az ítéletben viszonylag szűkszavúan ismertetett teszt értékelését, megértését a Bíróság által el nem fogadott főtanácsnoki indítvány megállapításai értékesebbé teszik, erre tekintettel Melchior Wathelet főtanácsnok indítványából a szerző a Bizottság megközelítésére, illetve a főtanácsnok által bevezetni javasolt vélelem ismertetésére tér ki.

4.1. A Bizottság álláspontja

A főtanácsnoki indítványban ismertetett bizottsági álláspont szerint a nem munkavállaló által elkövetett jogsértésért a felelősség betudható a vállalkozásnak, ha (i) a jogsértő magatartás a vállalkozás által az ügynökre⁸ ruházott feladatok körébe tartozik vagy (ii) a vállalkozás tudomással bírt az ügynök jogsértő magatartásáról, és nem határolódott el attól nyilvánosan.

A konkrét ügyre vetítve a Bizottság szerint az a tény, miszerint az MMD lietas nem volt a Pärtikas kompánija kizárólagos megbízottja, nem elegendő önmagában ahhoz, hogy mentesítse a vállalkozást az MMD lietas magatartása tekintetében őt terhelő felelősség alól. Ezzel szemben az MMD lietas eljárása nem tudható be a Pärtikas kompánijának abban az esetben, ha az nem tartozik azon feladatkörbe, amellyel a Pärtikas kompánija megbízta őt, kivéve, ha a Pärtikas kompánija tudott erről a magatartásról és nem határolódott el attól nyilvánosan. A Bizottság a benyújtott iratokból azt látta megállapíthatónak, hogy az alvállalkozóként eljáró szolgáltató nem a feladatkörében járt el (hiszen megbízása a vállalkozás képviselőjére és az ajánlattételre terjedt csupán ki), így az általa elkövetett jogsértés – a szolgáltatást igénybe vevő általi tudomás hiányában – nem tudható be a megbízónak.⁹

7 A Bíróság 2004. január 7-i ítélete az Aalborg Portland és társai kontra Bizottság ügyben, C-204/00–205/00 P, C-211/00–213/00 P, C-217/00 P és C-219/00 P, EU:C:2004:6; valamint a Bíróság 2016. január 21-i ítélete az Eturas és társai ügyben, C-74/14, EU:C:2016:42.

8 A Bizottság érvelésében kitér az ügynök és munkavállaló fogalmának elhatárolására, alapvetően (de nem kizárólag) a személyek szervezetbe integráltságára vagy annak hiányára alapítva.

9 Főtanácsnoki indítvány, 38. pont.

4.2. A főtanácsnok által bevezetni javasolt megdönthető vélelem

A főtanácsnok az álláspontjában a jelen alapügytől eltérő esetkörökre (munkavállaló által, illetve vállalkozás leányvállalata által elkövetett jogsértés) vonatkozó esetjogi ismertetése után foglalkozik a vállalkozás szervezetébe nem integrált személyek által elkövetett jogsértésekért való felelősség betudhatóságával.

A lenti bemutatott álláspontjával kifejezetten két szélsőséges megoldást kíván elkerülni¹⁰, azaz (i) a harmadik személy cselekményéért való felelősség társaságnak való automatikus betudását, illetve (ii) a versenyjogi szabályok hatékonyságának sérelméhez vezető azon megközelítést, hogy a versenyhatóságnak meggyőzően kelljen bizonyítani, hogy a szolgáltatást igénybe vevő társaság tudott a harmadik fél jogellenes magatartásáról vagy azt jóváhagyta.

A főtanácsnok ezt követően jutott arra, hogy érdemes lenne bevezetni egy új megdönthető vélelmet, ami *„alkalmazandó lenne akkor is, ha a harmadik személy cselekményei eltérnek a rábízott feladatoktól, és akkor is, ha nem áll rendelkezésre bizonyíték arra vonatkozóan, hogy a szolgáltatást igénybe vevő társaság tudott volna ezekről a cselekményekről, vagy azokat jóváhagyta volna”*.¹¹

A főtanácsnok széles körben alkalmazandónak tartja ezt a megoldást, így azt alkalmazni kellene *„attól kezdve, hogy a versenyhatóság bebizonyította egy, a versenyjoggal ellentétes cselekmény fennállását, amelyet a vállalkozásnak dolgozó személy követett el, függetlenül attól, hogy e személy közvetlenül vagy közvetetten a vállalkozás szervezetébe tartozik-e”*.¹²

4.3. A vélelem megdöntése

A főtanácsnok az indítványában felvázolja, hogy egy vállalkozás hogyan tudja megdönteni ezt a vélelmet. Ehhez a vállalkozásnak bizonyítania kell, hogy (i) nem tudott a harmadik fél jogsértő tevékenységéről és (ii) minden szükséges óvintézkedést

megtett a versenyjogsértés megakadályozásáért. Ez utóbbi szempont a főtanácsnok szerint három elkülnövelt időállapotban is vizsgálendő, azaz a vállalkozásnak bizonyítania kell tudni, hogy minden óvintézkedést megtett.

Először a szolgáltató megbízásakor, aminek keretében vizsgálendő, hogy hogyan járt el a feladatkör, az alvállalkozók igénybevételi feltételeinek, a szankciók meghatározásakor, valamint a nem szabályozott feladatok hozzájáruláshoz kötések. A második releváns időállapot a szolgáltató feladatteljesítése, aminek során azt kell bizonyítani, hogy a megbízó ellenőrizte a szerződésben foglaltak teljesülését. A harmadik időpont, amivel kapcsolatban a megbízót bizonyítási kötelezettség terheli, az az, amikor a harmadik független fél elköveti a versenyjogsértést. Ekkor a vállalkozásnak nyilvánosan el kell határolódnia, meg kell akadályoznia a jogsértés megismétlődését és fel kell tárnia a jogsértést a hatóságok előtt.

A főtanácsnok szerint tehát a jelen ügyben a Pártikas kompániájának kellene tudni bizonyítani, hogy *„a harmadik személy a rábízott feladatkört túllépve járt el, továbbá a vállalkozás által a harmadik személy kijelölése során és a szóban forgó feladatok teljesítésének figyelemmel kísérése során hozott óvintézkedéseket illetően, valamint a vállalkozás azt követően tanúsított saját magatartását illetően, hogy tudomást szerzett a tiltott magatartásról”*.¹³

5. Az ítélet értékelése

A versenyjoggal foglalkozók, a jogterület iránt érdeklődők számára jól látható, hogy sokat fejlődött mára a versenyjog abban az értelemben, hogy napjainkban már nem csak azt kell megítélni, hogy a versenyjogsértésben konkrétan részt vevő, abban érdekelt felek versenyjogsértő magatartása megállapítható-e, hanem a felelősség szélesebb körben történő megállapítása valósul meg a jogalkalmazók részéről. E körben elég utalni például a Treuhand II.-ítéletre¹⁴, amikor a kartellel érintett piacon jelen

¹⁰ Főtanácsnoki indítvány, 60. pont.

¹¹ Főtanácsnoki indítvány, 63. pont.

¹² Főtanácsnoki indítvány, 64. pont.

¹³ Főtanácsnoki indítvány, 74. pont.

¹⁴ A Bíróság 2015. október 22-ei ítélete az AC-Treuhand kontra Bizottság ügyben, C-194/14., ECLI:EU:C:2015:717. Az ítélet ismertetését a Versenytükök 2015. évi 2. száma tartalmazza.

nem lévő tanácsadó vállalkozás felelőssége került megállapításra, mivel az a kartelltalálkozókat szervezte, az érintett piacokra vonatkozóan adatokat gyűjtött, valamint a felek között moderátorként járt el. Szintén nem klasszikus felelősségi alakzatnak minősül az Eturas-ügyben¹⁵ a Bíróság szerint elfogadott azon megközelítés, ami szerint az utazási irodák számára az egységes foglalási módot lehetővé tevő információs rendszer fenntartója által elküldött elektronikus üzenet címzettjei bizonyos feltételek megléte esetén vélelmezhetően a jogellenes összehangolt magatartás részeseivé válnak.

Szintén említendő a Törvényszék ítélete a voestalpine ügyben¹⁶, amiben a Törvényszék az ügynökért való felelősséggel kapcsolatban foglalta össze az irányadó joggyakorlatot, és jutott arra a következtetésre, hogy az ügynök megbízója felelősséggel tartozik az ügynök tevékenységéért akkor is, ha az ügynök jogellenes magatartásáról nem tudott, azt nem engedélyezte, az ügynök azonban a feladatkörében járt el.

A Bíróság ítélete így nem okoz meglepetést a joggyakorlatot követő érdeklődő számára, azt azonban meglátásom szerint érdemes lett volna látni, hogy a Bíróság milyen megfontolásokat követett, amikor úgy döntött, hogy nem vezeti be a főtanácsnok által indítványozott vélelmet, hanem az észszerűen előreláthatóság tesztjét rendeli alkalmazni, hiszen ez az eset egyedi, mivel (i) harmadik fél szolgáltató által elkövetett jogsértésről van szó, (ii) aki nem a feladatkörébe tartozó tevékenységet végzett, és (iii) erről a megbízó igazoltan nem tudott.

A Bíróság sajnos nem adott támpontot, hogy melyek a vizsgálendő szempontok az előreláthatóság megállapíthatósága tekintetében. Az ítélet ugyan e körben utal a korábban hivatkozott Anic Partecipazioni-ügyre, azonban az eset ismertetése nélkül szükséges rávilágítani arra a lényegi külön-

ségre, hogy abban az ügyben az Anic vállalkozás saját jogán résztvevője volt olyan találkozóknak, amelyekben a kartelltagok is részt vettek. Jelen ügyben azonban a szolgáltatást igénybe vevő fél semmilyen információval, saját tapasztalattal nem rendelkezett a jogsértést ténylegesen elkövető vállalkozás – aki ráadásul nem a saját megbízottja, hanem a számára szolgáltatást nyújtó vállalkozás alvállalkozója – tevékenységével kapcsolatban, a felelőssége mégis megállapítható lehet.

Álláspontom szerint a főtanácsnok által a vélelem megdöntése során említett óvintézkedések megtételének vizsgálata jó kiindulási pont lehet. Így a vállalkozásoknak a jövőben érdemes lehet a szolgáltatók kiválasztásakor, a szerződések megírásakor, a szolgáltató feladatteljesítésének ellenőrzése során különös figyelemmel eljárni, illetve az esetlegesen mégis bekövetkezett versenyjogsértés esetén attól nyilvánosan elhatárolódni és a jogsértést feltárni.

A fentiekből kiindulva az látszik megállapíthatónak, hogy a versenyhatóságoknak a bizonyítás során az eset összes körülményére tekintettel kell kialakítaniuk azt az álláspontjukat, hogy a vállalkozás előre láthatta a számára szolgáltatást nyújtó jogellenes magatartását, és kész volt annak kockázatát elfogadni. Nagy érdeklődésre tarthat számot álláspontom szerint az az ügy, ahol a jogalkalmazó először alkalmazza ezt az új előreláthatósági tesztet. Ehhez persze kell, hogy az ügy körülményei megegyezzenek a jelen alapügy körülményeivel, hiszen ha bizonyítható, hogy a megbízó és megbízott között csak kvázi függetlenség áll fenn vagy a megbízó tudott a harmadik fél tevékenységéről, esetleg ez a harmadik fél a megbízó által rábízott feladatkörében járt el, akkor nem a most bevezetett észszerűen előreláthatóság alapján kerül a felelősség megállapításra, hanem az ítéletben ismertetett, kiforrott jogeseti megközelítések alapján.

15 A Bíróság 2016. január 21-i ítélete az Eturas-ügyben, C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42. Az ítélet ismertetését a Versenytükör 2016. évi 1. száma tartalmazza.

16 A Törvényszék 2015. július 21-i ítélete a voestalpine és voestalpine Wire Rod Austria GmbH kontra Bizottság ügyben, T-418/10, EU:T:2015:516. Az ítélet ismertetését a Versenytükör 2015. évi 2. száma tartalmazza.

Hol a teljes bírói felülvizsgálat határa? A C-523/15. P. számú ügyről

Is there any limit to full judicial review? About the case C-523/15. P.

Abstract

Westfälische Drahtindustrie GmbH, Westfälische Drahtindustrie Verwaltungsgesellschaft mbH&Co. KG and Pampus Industriebeteiligungen GmbH&Co. KG challenged the Commission Decision delivered concerning the cartel of the prestressing steel sector, running for several decades. As part of their launch of claims, they also applied for the suspension of the operation of Commission Decision that request was granted by the president of the General Court thereby the undertakings did not have to provide the constitution of a bank guarantee. Though at first sight the undertakings managed to argue with their lack of the ability to pay the fines set up by the Commission, by the end of the proceedings before the Court, they became obliged to pay the exact and origin sum of fines just on different legal grounds.

Key words: lack of the ability to pay, suspension of operation of Commission Decision, unlimited jurisdiction to review, amount of the fine, bank guarantee

Tárgyszavak: fizetési képesség hiánya, végrehajtás felfüggesztése, teljes bírói felülvizsgálat, bírság összeváltása, bankgarancia

1. Tények

A Bizottság „acélos döntésének” eredményeként a több évtizedet felölelő, feszítettacél-gyártók által megvalósított kartellezés megközelítőleg 460 millió eurónyi bírságot eredményezett a jogsértő vállalkozásoknak.¹ Az ügy érdekessége, hogy a Bizottság határozatának kiadását követően többször kényszerült az egyes bírságösszegek csökkentésére, majd a bírósági jogorvoslati eljárásokban született döntések

több ponton felülírták az eredeti, hatósági tény- és jogértelmezést. A jogsértésben résztvevő Westfälische Drahtindustrie GmbH,² a Westfälische Drahtindustrie Verwaltungsgesellschaft mbH&Co. KG³ és a Pampus Industriebeteiligungen GmbH&Co. KG⁴ számára⁵ a bírósági eljárás bőven tartogatott meglepetéseket: először a Törvényszék elnöke helyt adott az ideiglenes intézkedés iránti kérelmüknek, tehát nem kellett bankgaranciát nyújtaniuk a bírság megfizetése helyett,⁶ majd ezt követően az ügy érdem-

* Vizsgáló, Bírósági Képviselői Iroda, Gazdasági Versenyhivatal.

1 2010. szeptember 30-án hozott C(2010)6676 végleges határozattal módosított, az EUMSZ 101. cikk és az EGT-megállapodás 53. cikke alkalmazására vonatkozó eljárásban (COMP/38.344 – „feszített acél”-ügy) 2010. június 30-án hozott C(2010)4387 végleges bizottsági határozat, „Bizottsági határozat”.

2 „WDI”.

3 „WDV”.

4 „Pampus”.

5 Együttesen „fellebbezők” vagy „Pampus-csoport”.

6 A Törvényszék elnökének 2011. április 13. napján kelt, T-393/10.R. számú ügyben született végzése, ECLI:EU:T:2011:178, „Törvényszék elnökének végzése”.

ében a Törvényszék ítéletében,⁷ a Bíróság pedig végzésében⁸ ugyan eltérő indokolás mellett, de a Bizottság határozatában kiszabott szankcióval euro-centre egyező összegű bírsággal sújtotta őket. Tették mindezt a bíróságok a teljes felülvizsgálat elvének alkalmazásával eljárva.

A jelen jogeset-ismertetés két jogintézmény körüljárásával végzi el a C-523/15. P számú ügy ismeretét: egyrészt a Törvényszék elnökének végzésével kapcsolatban a végrehajtás felfüggesztésének egyes, uniós jogban alkalmazandó elveit emeli ki, másrészt az ügy érdemében született első- és másodfokú döntések elemzésével a teljes bírói felülvizsgálat tartalmát mutatja be egy meghatározott szempont, a vállalkozás fizetési képességének értékelése tekintetében.

2. Pertörténet

2.1. A Bizottság határozata

A Bizottság által feltárt tények szerint számos feszítettacél-gyártó a feszítettacél/előfeszítettacél ágazatban szállítási kvótákat állapított meg, árakat rögzített, az ügyfeleket egymás között felosztotta, valamint érzékeny üzleti információkat cseréltek, és e folyamatos jogsértéssel az egész európai építőiparnak kárt okoztak 1984. január 1. és 2002. szeptember 19. között időszakban. A Bizottság ezért összesen 460 millió euró összegben bírságokat szabott ki. Ennek során a Bizottság konkrétan összesen 46,55 millió euró bírságot szabott ki a WDI, WDV és Pampus triászára, és pedig 15,485 millió euró összegben egyetemlegesen mindhármukra, 23,37 millió euró összegben egyetemlegesen a WDI-re és a WDV-re, valamint 7,695 millió euró összegben egyedül a WDI-re.⁹

2010 szeptemberében a fellebbezők jogorvoslati kérelemmel éltek a Törvényszék előtt, amelyben elsődlegesen a Bizottság által kiszabott bírság megsemmisítését, másodlagosan a bírság csökkentését kérték. A keresetek előterjesztésével egy időben a

Bizottság módosította eredeti döntését és csökkentette a bírságok összecszerűségét valamennyi, a kartellben részes vállalkozás vonatkozásában, ugyanakkor ez a fellebbezők kérelmére érdemi kihatással nem volt. Mi több, ugyanennek az évnek a végén végrehajtás felfüggesztése iránti kérelemmel éltek a Törvényszék elnökéhez, amelyben azt kérték, hogy (i) ne kelljen bankgaranciát nyújtaniuk a bírság megfizetése vonatkozásában, (ii) méltányos és szakszerűen kidolgozott fizetési ütemterv alapján könnyítsen fizetési terhükön.¹⁰ A Bizottság mindeközben lefolytatta a fellebbezőkkel szemben az ún. ITP-eljárást,¹¹ amely kifejezetten a bírsággal sújtott vállalkozások fizetőképességének vizsgálatára irányult.¹²

2.2. A Törvényszék elnökének ideiglenes intézkedésről szóló végzése

A Törvényszék elnökének ideiglenes intézkedésről született végzése értelmében világosan kirajzolódik az uniós gyakorlat a végrehajtás felfüggesztése körében, ezek szerint: (i) széles bírói mérlegelés mentén, (ii) a konkrét ügy sajátosságai alapján, (iii) szabadon meghatározva a különböző feltételek vizsgálatának a módját, (iv) de előre meg nem határozott vizsgálati módszerrel dönthet arról, hogy helyt ad-e a kérelemnek.¹³ Az eljárási szabályokból fakadó sajátosság miatt – amennyiben egy vállalkozás keresetében a bizottsági döntés megsemmisítése iránt terjeszt elő jogorvoslati kérelmet – a vállalkozás választhat, hogy megfizeti ideiglenesen a bírságot vagy bankgaranciát nyújt a Bizottságnak. A fellebbezők ügyében csak azt vizsgálta a végrehajtás felfüggesztése körében a Törvényszék elnöke, hogy a sürgősségre tekintettel valóban, objektíve lehetetlen volt-e számukra a bankgarancia nyújtása.¹⁴ Az uniós rezsimben is létező végrehajtás felfüggesztése körében az ideiglenes intézkedés alkalmazásának döntő kritériuma a beavatkozás sürgőssége, tehát az, hogy nem lehet bevárni az érdemi döntést. Akkor lehet

7 A Törvényszék 2015. július 15. napján kelt, Westfalische Drahtindustrie és társai kontra Bizottság ítétele, EU:T:2015:515, „Törvényszéki ítélet”.

8 A Bíróság 2016. július 7. napján kelt, C-523/15. P. számú ügyben született végzése, ECLI:EU:C:2016:541, „Bírói végzés”.

9 Törvényszék elnökének végzése, 4. pont.

10 Törvényszék elnökének végzése, 6. pont.

11 Inability to pay procedure.

12 Törvényszék elnökének végzése, 8. pont.

13 Törvényszék elnökének végzése, 13. pont.

14 Törvényszék elnökének végzése, 18., 20., 23. pontok.

helye a vállalkozás ilyen irányú kérelmének, ha így súlyos és helyrehozhatatlan kárt akadályoz meg, különleges körülmények fennállása esetén.

A jelen konkrét ügyben a vállalkozásoknak azt kellett bizonyítaniuk, hogy objektíve lehetetlen volt az, hogy bankgaranciát kapjanak vagy ennek a megszerzésével fennmaradásuk veszélybe került volna. Fontos, hogy vagylagos és nem konjunktív feltételekről van szó. Eredetileg a három vállalkozásnak mindösszesen 56,5 millió, majd a Bizottság által módosított döntés értelmében 46,55 millió euró bírságot kellett volna megfizetnie vagy ennek erejéig bankgaranciát nyújtania. Ugyanakkor a velük korábban már hosszú távú hitelezési és egyéb pénzügyi jogviszonyban álló hitelintézetek és áruhitel-biztosítók egyike sem adott pozitív választ a megkereséseikre. Ebben a körben 14 hitelintézet elutasító levelét csatolták a vállalkozások.¹⁵ A Bizottság alapvetően úgy értékelte a történeteket, hogy sem a vállalkozásoknak, sem a hitelintézeteknek nem állt valójában érdekében a bankgarancia nyújtása, mivel ezzel akarták elérni a bírság csökkentését.¹⁶ Utóbb a Bizottság azzal egészítette ki érvelését, hogy a hitelintézetek azért sem lehettek érdekelték a bankgarancia nyújtásában, mert egy esetleges reorganizáció keretében akár a fizetésektelen vállalkozások rész tulajdonosai is válhattak volna.

A hitelintézeteket utóbb a bizottsági bírságcsökkentés, vagyis a határozat módosítása és az ITP-eljárásban kimunkált érvelés sem hatotta meg annak ellenére, hogy az új, csökkentett összegre is megpróbálták garanciát nyerni a vállalkozások.

A Törvényszék elnöke úgy ítélte meg, hogy a vállalkozások „*időben és ismételten komoly erőfeszítéseket tettek*”,¹⁷ a hitelintézetek „*alaposan és érdemben megvizsgálták*” a vállalkozások kérelmeit. Érdekessége az érvelésnek, hogy az ítélkezési gyakorlat már két vagy három elutasítást elegendőnek tart arra, hogy megállapítható legyen a vállalkozások alapos

erőfeszítésének a bizonyítása.¹⁸ Az alapos banki vizsgálat körében pedig jelentősége van a konkrét vállalkozás mögötti, azt irányító személyek pénzügyi helyzetének is.¹⁹ A Törvényszék nem talált az ügy irataiban arra nézve bizonyítékot, hogy a Bizottság által vizionált tulajdonossá válás motiválta volna a bankokat.²⁰ A Törvényszék elnöke – széles mérlegelési jogkörében eljárva – azt is világossá tette, hogy a Bizottság érvelése meddig terjedhet a végrehajtás felfüggesztése körében. Míg a hitelintézetek következetesen úgy találták a három vállalkozás vonatkozásában, hogy nem alkalmasak arra, hogy bankgaranciát nyújtsanak nekik, addig a Bizottság egészen merész módon úgy nyilatkozott részben az ITP-eljárás tapasztalatai nyomán, hogy meg tudja ítélni egy „*ésszerűen eljáró, gazdasági számítások alapján racionálisan mérlegelő bank*” magatartását.²¹ A Törvényszék elnökének a végzése a jelen konkrét ügyben egyébként is egyes esetekben 80%-ot elérő módon bírságcsökkentésre kényszerülő és határozatát többször módosító Bizottságról²² rögzítette: „*a Bizottság nem bank, és nem rendelkezik sem banki infrastruktúrával, sem pedig banki szakszolgáltatásokkal.*”

Relevanciája van továbbá a jelen ügyben annak is, hogy a WDI a kifogásközlés után bizonyos pénzügyi tranzakciókat hajtott végre: egyrészt tőkeátutalásra került sor más vállalkozások számára, másrészt minimális tartalékot képzett a kifogásközlés szerinti, 18 éven át tartó, kartellben való részvétele miatt esetlegesen kiszabásra kerülő bírság miatt. A Törvényszék elnöke úgy találta, hogy ezek a pénzügyi tranzakciók nem róhatók fel egyik vállalkozásnak sem pénzügyi helyzetüket elnehezítő magatartásként.²³

A *fomus boni iuris* elve alapján a Törvényszék elnöke a végrehajtás felfüggesztése körében úgy találta, hogy a három vállalkozás kereseti kérelmének azon része első látásra releváns módon nem volt alaptalannak tekinthető, amelyben a vállalkozások

15 Törvényszék elnökének végzése, 29. pont.

16 Törvényszék elnökének végzése, 27. pont.

17 Törvényszék elnökének végzése, 34. pont.

18 Törvényszék elnökének végzése, 35. pont.

19 Törvényszék elnökének végzése, 38. pont.

20 Törvényszék elnökének végzése, 44. pont.

21 Törvényszék elnökének végzése, 48. pont.

22 Törvényszék elnökének végzése, 52. pont: „[...] Bizottság ugyanis már kétszer indítatva értezte magát arra, hogy a kartellben részt vevő egyes vállalkozásokkal szemben kiigazított bírságokat kiigazítással csökkentse [...] az ArcelorMittal, a világ legnagyobb acéltermelő vállalatcsoportjával szemben kiszabott bírságot a vállalatcsoport egyes vállalkozásainak fizetésektelensége miatt legutóbb kereken 80%-kal csökkentette.”

23 Törvényszék elnökének végzése, 51. pont.

támadták a Bizottság egységes és folyamatos jogsértésének a kimondását. A WDI és WDV értelmezésében a jogsértésben kizárólag – a Bizottsági határozat szerinti 1984. január 1. és 1987. szeptember 3. napjával ellentétben – 1997. május 12. napjától vettek részt. A Törvényszék elnöke szerint a Bizottság elmulasztotta figyelembe venni, hogy a megállapodások végrehajtásában másfél évig tartó megszakadás következett be, továbbá azt is, hogy a megszakadás előtti és utáni állapotok nem tekinthetők egy és ugyanazon jogsértéshez tartozónak, végül az is feltárássra került, hogy az 1996. január 9. napján megtartott találkozón a három vállalkozás jegyzőkönyvben rögzített módon elhatárolódott a jogsértéstől. A Törvényszék elnöke szerint „*az érintett jogalap első látásra nem tűnik teljesen alaptalannak, és mindenesetre alapos vizsgálat nélkül nem utasítható el, amely vizsgálat az alapügyben hatáskörrel rendelkező ítélkező testületnek van fenntartva.*”²⁴

Ugyancsak egyértelműnek találta a Törvényszék elnöke azt a jogalapot, amely szerint a Bizottság a bírság kiszabásakor figyelmen kívül hagyta a Pampus-csoport fizetésképtelenségét.²⁵ Ezt követően némi prejudikációval a Törvényszék elnökének a végzése az EUMSZ 261. cikkében foglalt teljes felülvizsgálati jogkörére utalva mondja ki, hogy „*jelen ügyben semmiképpen nem zárható ki, hogy a Törvényszék az alapügyben e jogkörével élni fog, és csökkentti a kérelmezőkkel szemben kiszabott bírságokat.*”²⁶

Végül az érdekek mérlegelése körében megvizsgálta a Törvényszék elnöke, hogy a vállalkozások végrehajtás felfüggesztéséhez fűződő érdeke nagyobb súllyal esik-e a latba, mint a bizottsági határozat azonnali végrehajtásához fűződő érdek. Ebben a körben úgy találta, hogy a Pampus-csoport bizonyította (i) az ideiglenes intézkedés sürgősségét, (ii) a bankgarancia megszerzésének objektív lehetetlenségét, (iii) hogy első ránézésre is alapos lehet a bír-

ságsökkentés körében az ügy érdemében előadott érvelésük, tehát van olyan érdeke a vállalkozásoknak, amely megelőzi a Bizottság értelmezése szerint a bírság azonnali végrehajtásához fűződő, az uniós költségvetését gyarapító közérdeket. Ebben a körben a bizottsági érvelés megalapozatlanságára is felhívta a figyelmet, amennyiben a más vállalkozáscsoporttal szemben eszközölt, 80%-os bírságsökkentést úgy értékelte, mint a Bizottság hallgatolagos beletörődését a bírság behajthatatlanságába.²⁷

Ezt követően a Törvényszék elnöke az uniós pénzügyi érdekekkel is összhangban állónak tartotta, ha a Pampus-csoport elsöre egy összegben teljesíti a bírság egy részét, majd „*az alapügyben meghozandó ítélet kihirdetéséig*” részletfizetéssel teljesít.²⁸ Annyi mozgásteret mindenesetre hagyott a Bizottságnak, hogy a körülmények változása okán ismét a Törvényszékhez fordulhasson a végzés módosítása végett.

2.3. A Törvényszék ügy érdemében hozott ítélete

A Törvényszék hatodik tanácsa 2015. július 15. napján született ítéletben végül nem látta helytállónak a Pampus-csoport egységes és folyamatos jogsértéssel szemben előadott kifogásait és jogszerűnek találta a Bizottsági határozatot.²⁹ A bírságkiszabás körében úgy találta, hogy a Bizottság tévesen értelmezte és alkalmazta a Pampus-csoport gazdálkodási körülményei alapján saját Iránymutatásának³⁰ 35. pontját, amely a vállalkozások fizetési képességének hiánya esetén lehetőséget ad a jogalkalmazó Bizottságnak arra, hogy csökkentse a bírságot.³¹ Végül hibás jogalkalmazásnak minősítette a Bizottság Versenyjogi Főigazgatójának 2011. február 14. napján kelt levelét is, amelyben elutasította a vállalkozások által a fizetési képesség újraértékelése érdekében

²⁴ Törvényszék elnökének végzése, 58. pont.

²⁵ Törvényszék elnökének végzése, 59. pont.

²⁶ Törvényszék elnökének végzése, 60. pont.

²⁷ Törvényszék elnökének végzése, 63., 66. pontok.

²⁸ Törvényszék elnökének végzése, 69. pont.

²⁹ Törvényszéki ítélet, 202–205. pontok.

³⁰ Iránymutatás az 1/2003/EK rendelet 23. cikke (2) bekezdésének a) pontja alapján kiszabott bírságok megállapításáról, 2006/C 210/02, HL C 210, 1.9.2006, 2–5., „Iránymutatás”.

³¹ „*Különleges körülmények fennállása esetén a Bizottság, kérelemre, figyelembe veheti a vállalkozás adott szociális és gazdasági környezetben fennálló fizetési képességének hiányát. Ezen a címen a Bizottság nem csökkentheti a bírságot csupán a vállalkozás kedvezőtlen vagy veszteséges pénzügyi helyzetének megállapítása miatt. A bírság csak abban az esetben csökkenthető, ha objektív bizonyíték szolgál arra, hogy a bírság kiszabása – a jelen Iránymutatásban meghatározott feltételek mellett – visszavonhatatlanul veszélybe sodorná a vállalkozás gazdasági életképességét, és aktív eszközeit értéküktől megfosztaná.*”

benyújtott kérelmet,³² amely így a bírság csökkentésére irányult.³³ Ugyanakkor a Törvényszék úgy találta, hogy nem sérti az egyenlő bánásmód elvét, ha a Pampus-csoport vonatkozásában teljes felülvizsgálati jogkörét gyakorolva *a saját ítélete meghozatalának idején* fennálló állapotok alapján értékeli a vállalkozások teljesítőképességét, szemben azon vállalkozásokkal, amelyek a Bizottság határozatával szemben nem éltek keresettel. Ezért lehetséges, hogy a törvényszéki ítélet meghozatalakor fennálló gazdasági körülmények alapján ugyanakkora összegű, de figyelemmel a Bizottsági határozat megsemmisített részére, eltérő jogalapon álló bírságot szabott ki a Pampus-csoportra.³⁴

3. A Bírság előtti jogi érvelés lényege

A fellebbezők három jogalapon terjesztették elő kérelmüket, amelyek lényegében megisméltései voltak a korábban már a Törvényszék előtt előadott szempontoknak. Fellebbezésükben elsődlegesen a törvényszéki ítélet hatályon kívül helyezését és az ismételten kiszabott bírságra vonatkozó részében megsemmisítését, másodlagosan a kiszabott bírság csökkentését kérték.³⁵ A Bírság valamennyi, a fellebbezők által előadott érvet mint megalapozatlan utasította el, következésképpen a Törvényszéki ítélet másodfokon megerősítést nyert.

Első jogalapjuk kifejezetten azt az eljárást kifogásolta a Törvényszéknek, amelyben a saját döntésének meghozatalakor fennálló tényeket vette figyelembe a bírság kiszabása körében. Ezzel kapcsolatban a Bírság világosan foglalt állást, amikor kimondta az EUMSZ 261. cikkének alkalmazásával kapcsolatban, hogy *„az uniós bíróság korlátlan felülvizsgálati jogkörét gyakorolja, a szankció jogszerűségének egyszerű vizsgálatán túl felhatalmazással rendelkezik arra, hogy e szankció összegének meghatározása tekintetében a Bizottság – az ezen összeget ere-*

*detileg meghatározó jogi aktus kibocsátója – értékelését a saját értékelésével helyettesítse.”*³⁶ Kimunkálta, hogy a teljes felülvizsgálat körében az összes ténybeli körülményt kell figyelembe vennie az uniós bíróságok(nak), a felülvizsgálati jogkör természetéből pedig az fakad, hogy a bíróság szankciók kiszabására vonatkozó jogköre végleges jogkörátszállás-ként értelmezendő.³⁷ Világossá tette az újonnan kiszabott bírság azonos összegszerűsége körében a Bírság, hogy (i) a Törvényszék azok alapján a bizonyítékok alapján értékelte teljes körben felül a Bizottság döntését, amelyet a fellebbezők terjesztettek elé és ezek közül *„jogosult figyelembe venni minden olyan ténybeli körülményt, amelyet relevánsnak ítélt, függetlenül attól, hogy e körülmények a meghozott határozatnál korábbiak vagy későbbiek”*,³⁸ (ii) továbbá elvi élel rögzítette, hogy *„az a körülmény, hogy végül a bírságnak a vitatott határozatban meghatározottal azonos összegét ítélte meg megfelelőnek, nincs hatással a szankcionálási jogkör e gyakorlásának jogszerűségére.”*³⁹ A tények és körülmények időszerűségének körében rávilágított arra is a Bírság, hogy ha nem értékelhetné az akár utóbb előálló körülményeket az uniós bíróság, akkor adott esetben az eredeti döntésből fakadóan – az utóbb megváltozott körülmények miatt – indokolatlan versenyelőnyhöz juthatnának a megbírságolt vállalkozások.

A második jogalapjuk vonatkozásában sérelmesnek tartották a fellebbezők, hogy a Törvényszék a Bizottság 2010. június 12. napján közreadott, saját Iránymutatását értelmező tájékoztató feljegyzésével szemben értelmezte a fennálló állapotokat. E szerint az értelmező feljegyzés szerint – amely egyébként is már egy soft-law-nak tekinthető Iránymutatás további pontosítását volt hivatott szolgálni akkor, amikor egy vállalkozás fizetésektelen, akkor – ez eredményezheti a bírság csökkentését vagy 3-5 év alatt, részletekben történő megfizetésének engedését. Ehhez képest értelmezésükben a Törvényszéki ítélet alapján megszabott részletfizetési terv alapján 15-20 év alatt kellett volna teljesíteniük. Ezzel kapcsolat-

32 Bírósági végzés, 12. pont.

33 Törvényszéki ítélet, 324. pont.

34 Törvényszéki ítélet, 356–358. pontok, Bírósági végzés, 17. pont.

35 Bírósági végzés, 18. pont.

36 Bírósági végzés, 31. pont.

37 Bírósági végzés, 33–34. pontok.

38 Bírósági végzés, 43. pont.

39 Bírósági végzés, 40. pont.

ban világossá tette a Bíróság, hogy nem a Törvényszéki ítélet, hanem a Törvényszék elnökének végzése, azaz a fentebb tárgyalt végzés engedett a fellebbezők számára részletfizetést.⁴⁰ A következetesség jelentőségét emelendő emlékeztetett arra is a Bíróság, hogy a részletfizetés mikéntjét végül a Bizottsággal, a Törvényszék elnökének végzése után, a fellebbezők tárgyalták le. Egyúttal azt is rögzítette, hogy a részletfizetés engedése a Törvényszéki ítélet kihirdetésének időpontjában járt le. Egyúttal azt is elvi élel rögzítette a Bíróság fellebbezési eljárásának terjedelmét tisztázandó, hogy *„érvelésük célja az, hogy a Bíróság fizetési képességüket illetően értékelje újra a tényeket, amely e tények elferdítésének esetét kivéve – amelyre a jelen esetben nem hivatkoztak – nem tartozik a Bíróság fellebbezési eljárásban gyakorolt hatáskörébe.”*⁴¹ A bírósági jogorvoslatok érvelése körében ugyancsak elvi élel mondta ki, hogy *„[a] Bizottság korábbi határozathozatali gyakorlatát illetően emlékeztetni kell arra, hogy az nem szolgál a versenyjogi bírságok jogi háttereként, és hogy a más ügyekre vonatkozó határozatok csak jelzésértékűek a hátrányos megkülönböztetés fennállását illetően.”*⁴² Végül a második jogalap tekintetében részben anyagi jogi, részben perjogi alapokon úgy foglalt állást, hogy nem minősül hátrányos megkülönböztetésnek, ha a Törvényszék a keresettel élő vállalkozások vonatkozásában a bizottsági határozatmeghozatal után bekövetkező tényeket, körülményeket is figyelembe vesz, míg a jogorvoslati kérelemmel *nem* élő vállalkozások vonatkozásában ez értelemszerűen fel sem merülhet.⁴³

A harmadik jogalap vonatkozásában kifejezetten a Törvényszéki ítéletnek azt a fordulatát támadták, amely szerint *„a fellebbezők fizetési képessége értékelésének a vitatott határozatban kiszabott bírság összegére tekintettel kell történnie.”*⁴⁴ Ebben a körben a Bíróság úgy találta, hogy a fellebbezők azon érvelése, amely szerint a teljes felülvizsgálat elvéből fakadóan a Törvényszéknek a jogsértés súlyát és időtartamát is figyelembe kellett volna vennie, (i) nem a tények újraértékelése, hanem a jog értelmezésére irányult, (ii)

továbbá világossá tette, hogy a Törvényszék a jogsértés megállapíthatósága körében előadott érveket teljes egészében elutasította, míg a Bíróság előtti eljárásban ugyanezek vonatkozásában (tehát a jogsértés megállapíthatósága és a szankció alkalmazása) *„semmilyen érvet nem adtak elő a megtámadott ítélet ezen részének vitatása érdekében.”*⁴⁵ Ezekre a perjogi körülményekre figyelemmel végül úgy találta a Törvényszéki ítélet vonatkozó értelmezését a Bíróság, hogy *„nem róható fel a Törvényszéknek az, ha tévesen alkalmazta a jogot [...]”*⁴⁶

4. Az eljárás elemzése

A Pampus-csoport végrehajtás felfüggesztése iránti kérelmének értékelése körében a Törvényszék elnöke az ügy érdeméhez tartozó, így konkrétan a vállalkozások kereseteinek a jogsértés megállapíthatósága körében előadott érveit is figyelembe vette akkor, amikor bankgarancia nyújtása helyett részletfizetésről rendelkezett. A felfüggesztés elrendelhetősége körében a sürgősség, az objektív lehetlenség bizonyítása, valamint a *fomus boni iuris* elv alkalmazása mentén széles mérlegelési jogkörben hozta meg a végzését a Törvényszék elnöke, amely egyúttal az uniós pénzügyi érdekek és a vállalkozások működéséhez fűződő magánérdek közötti értékelést is elvégezte. A vállalkozások gazdálkodásának és működésének folyamatosan változó jellege az, ami miatt ugyanakkor nyitva hagyta a lehetőséget a Bizottság számára, hogy bármikor kérje a végzés megváltoztatását.

A Bizottság eljárását tekintve ugyanakkor az kérdéses, hogy mennyiben lehet a bíróságok részéről is megalapozottnak tekinteni a hatósági jogalkalmazást (a bírságkiszabás körében), ha azzal szembeülnek, hogy a Bizottság a vállalkozások folyamatosan változó fizetési képessége miatt jelentősen megváltoztatja, csökkenteni a bírságok összegét az alaphatározat kiadását követően is. A Törvényszék

40 Bírósági végzés, 53. pont.

41 Bírósági végzés, 55. pont.

42 Bírósági végzés, 56. pont.

43 Bírósági végzés, 66. pont.

44 Bírósági végzés, 69. pont.

45 Bírósági végzés, 73. pont.

46 Bírósági végzés, 74. pont.

végzése egyúttal azt is jól kijelölte a Bizottság számára, hogy az ún. ITP-eljárások lefolytatása nem eredményezheti számára, hogy a vállalkozások által hitelintézetektől származó és csatolt bizonyítékokkal szemben olyan irányú érvelést terjesszen elő, amely túlmutat az alapeljárás és a kapcsolódó jogorvoslati eljárásokban őt megillető szerepén, ti. a Bizottság nem bank.

A Törvényszék ítélete és a Bíróság végzése pedig világossá tette az EUMSZ 261. cikkének alkalmazhatósága körében, hogy a teljes felülvizsgálati jogköre gyakorlásával a Törvényszék a bírság összegét a Bizottsági Iránymutatás alkalmazásával is meghatározhatja, míg tényalapon jogosult mindazon bizonyítékot figyelembe venni, amelyet a vállalkozások elé terjesztenek. Ezek a bizonyítékok adott esetben a Bizottsági határozat meghozatalát követően olyan tényekre, körülményekre vonatkozhatnak, amelyek a bírság összegszerűségének meghatározása körében relevanciával bírnak. Tehát a Törvényszék a bírság összegét megváltoztathatja a Bizottsági határozat közlését követően keletkezett bizonyítékok alapján is. A Bíróság iránymutatással szolgált a Bizottság korábbi gyakorlata vonatkozásában is, amennyiben kimondta, hogy a korábbi bizottsági gyakorlat semmiféle kötőerővel nem rendelkezik a konkrét ügy konkrét bírságkiszámítása körében.

Végül a vállalkozások jogorvoslati eljárásban kialakítandó stratégiája körében a Bíróság ítélete felveti annak a szükségességét is, hogy adott esetben függetlenül a fizetőképességükre alapított érvelésüktől, okszerűen bizonyítsák a jogsértés terhükre

történt kimondásával is összefüggésben, hogy miként van helye a bírság csökkentésének.

5. Az eljárás jelentősége

5.1. A végrehajtás felfüggesztéséről

Mindenképpen előremutató kell hogy legyen a Törvényszék elnökének jogértelmezése, amennyiben világosan kijelölte az ideiglenes intézkedés körében, azon belül is a végrehajtás felfüggesztése körében az objektív lehetetlenség bizonyításának rendjét, megszilárdítva a korábban kialakult gyakorlatot.⁴⁷ Ebben a körben az uniós rezsimben is létező végrehajtás felfüggesztése némileg eltérő szempontok mentén alkalmazandó, amennyiben a vállalkozások az ügy érdemére tartozó érvelésükkel is sikerrel kérhetik a Törvényszék elnökétől a Bizottsági döntés végrehajtásának felfüggesztését. A hazai joggyakorlatban azonban az ügy érdeméhez tartozó szempontokra alapított érvelés *általában*⁴⁸ nem lehet megalapozott a végrehajtás felfüggesztése iránti kérelem⁴⁹ előterjesztésekor.⁵⁰ A bankgarancia nyújtása a hazai joggyakorlatban ismeretlen a végrehajtás felfüggesztése körében, ahogyan arra sincs igazán példa, hogy a végrehajtás felfüggesztése iránti kérelmet előterjesztő vállalkozások utóbb a kérelmüknek helyt adó bírósági végzésben részletfizetést kapjanak. Alapvetően ebben a körben a GVH még a versenyfelügyeleti eljárás során, érdemi döntésében méltányossági jogkörben rendelkezhet részletfize-

47 A Bíróság C-180/96. R. számú végzése a Bizottság kontra Atlantic Container Line és társai ügyben, ECLI:EU:C:1996:308, továbbá a Bíróság C-182/03. R. és C-217/03. R. számú végzése a Belgium és Forum 187 kontra Bizottság egyesített ügyekben, ECLI:EU:C:2003:385.

48 A Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság 5.K.30.278/2014/25. számú végzése a VJ/74/2011. számú versenyfelügyeleti eljárást követően az alábbiak szerint értelmezte a végrehajtás felfüggesztése iránti kérelem és az ügy érdeméhez tartozó érvelés kapcsolatát: „Ezért az ügy érdemét – a közigazgatási határozat jogszerűségét – érintő kérdések a végrehajtás felfüggesztésének általában nem képezhetik alapját. Abban az esetben azonban, ha a keresetben és az ellenkérelemben foglaltak alapján – érdemi vizsgálat nélkül – egyértelműen megállapítható, hogy a támadott határozatot a közigazgatási hatóság az irányadó anyagi vagy eljárási jogszabályok nyilvánvaló megsértésével hozta meg, erre irányuló kérelemre – kizárólag a kérelem keretein belül – kivételes esetben elrendelhető a döntés vagy annak egy része végrehajtásának a felfüggesztése. Ilyen nyilvánvaló jogsértést a felperes nem jelölt meg.”

49 A polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény („Pp.”) 332. § (2a) és (3) bekezdései szerint a keresetlevél benyújtásának a végrehajtásra nincs halasztó hatálya, a felperes azonban a keresetlevélben a végrehajtás felfüggesztését kérheti. A kérelemben valószínűsíteni kell a (3) bekezdés utolsó mondata szerinti feltételeket, és az ezt alátámasztó bizonyítékokat a keresetlevélhez csatolni kell. E kötelezettség elmulasztása esetén a bíróság a végrehajtás felfüggesztése iránti kérelmet – hiánypótlási felhívás kiadását mellőzve – hivatalból elutasítja. A végrehajtás a kérelemnek a végrehajtást foganatosító szerv tudomására jutásától annak elbírálásáig, de legkésőbb az elbírálásra nyitva álló határidő elteltéig nem foganatosítható, kivéve, ha a hatóság a határozatot végrehajtás felfüggesztése iránti kérelemre tekintet nélkül végrehajthatónak nyilvánította. A Pp. 332. § (3) bekezdése szerint pedig a végrehajtás felfüggesztéséről szóló végzés meghozatala során a bíróságnak figyelemmel kell lennie arra, hogy a végrehajtást követően az eredeti állapot helyreállítható-e, vagy hogy a végrehajtás elmaradása nem okoz-e súlyosabb károsodást, mint amilyennel a végrehajtás felfüggesztésének elmaradása járna.

50 Ebben a körben pl. a Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság 32.K.30.629/2015/2-I. számú végzése a VJ/9/2014. számú versenyfelügyeleti eljárást követően, továbbá a Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság 13.K.30.668/2015/2-I. számú végzése a VJ/16/2014. számú versenyfelügyeleti eljárást követően.

tésről, amely döntésnek utóbb bár kérhető a végrehajtása felfüggesztése, ugyanakkor a bírói gyakorlat azt mutatja, hogy ilyen szélesre már nem tárható a magánérdek előtt a bírói jogvédelem kapuja.⁵¹ Míg az uniós és a hazai gyakorlat egyezőséget mutat a vállalkozás magánérdekének és a költségvetés felé teljesítendő bírság megfizetésével jelentkező közérdek közötti értékelés körében.

5.2. A teljes bírói felülvizsgálat követelményéről és a kapcsolódó bizonyításról

Az ügy érdemében született első- és másodfokú bírói döntések a Bizottság Iránymutatásának a vállalkozások fizetési képességére alapított, adott esetben bírságot csökkentő rendelkezése vonatkozásában adtak jogértelmezést, ti. mennyiben és mikor eredményezhetné ténylegesen a megállapított bírság mérséklését a fizetési képesség hiánya. Főszabályként a Törvényszék az Iránymutatás 35. cikke alapján egyébként valóban csökkentheti és csökkentti a Bizottság által kiszabott bírságot.⁵² A jelen ügyben ugyanakkor nem ez történt, holott ugyanannak a jogforrásnak az alkalmazása körében járt el teljes felülvizsgálati jogosítványát gyakorolva. Ennek a jogkörnek a gyakorlása szélesebb értelemben a teljes felülvizsgálat követelményét töltötte ki tartalommal, amennyiben a törvényszéki, ügy érdemében született ítélet gyakorlatilag saját értékelését helyettesítette a Bizottságéval akkor, amikor ugyanakkora összegű bírságot eltérő indoklás mentén szabott ki a vállalkozásokra. A Törvényszék tehát valójában a vállalkozások kérelmének tartalmával ellentétes módon nyúlt hozzá a Bizottság bírságkiszabásához.

Ennek a teljes felülvizsgálatnak a tartalma a jogirodalmi álláspont szerint alapvető kérdéseket vet fel pl. a kérelemhez kötöttség elvének értelmezésével összefüggésben.⁵³ Azt ugyanis érdemes látni, hogy az uniós bíróságok a teljes felülvizsgálat jogkörét gyakorolva immáron több alkalommal emelték meg a bírság összegét a Bizottság határozatában foglalt-hoz képest úgy, hogy erre irányuló kérelem nem érkezett a perben a felektől.⁵⁴ A teljes felülvizsgálat követelményével összefüggésben a jogirodalom szerint a bíróságoknak azt kell döntéseikben bemutatniuk, hogy a Bizottság következtetései megalapozatlanok. Ebben a körben a bírósági értelmezés szerint a Bizottság nem csak a bírság kiszabása körében, de a releváns tények feltárása körében is jogalkalmazói hibát vét.⁵⁵ A jelen ügyben a Törvényszék az alkalmazott bírság arányosságának követelményét is értelmezte⁵⁶ ítéletében akkor, amikor a Pampus-csoport által elé tárt bizonyítékok alapján úgy ítélte meg, hogy összegszerűségében egyező, de eltérő indoklás mentén kiszabott bírságnak van helye a versenyjogsértés elkövetése miatt. Kifejezetten érdekes a jelen ügyben, hogy a Törvényszék úgy értelmezte saját teljes bírói felülvizsgálata során a bizottsági bírságkiszabást és ekként a Bizottság Iránymutatásának alkalmazását, hogy az Iránymutatáshoz ő maga egyébként semmiféle tételes jog szerint nincs kötve.

A hazai joggyakorlatban mérőföldkőnek tekinthető ítéletében a Kúria értelmezte a teljes bírói felülvizsgálat követelményét és arra a következtetésre jutott, hogy ebben a körben a GVH határozatainak felülvizsgálatában teljes körű felülvizsgálatot kell végezniük a bíróságoknak, tehát tény- és jogkérdésekben is úgy, hogy a bíróság saját ténybeli és jogi

51 Ebben a körben pl. a Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság 5.K.30.655/2016/2. számú végzése a VJ/8/2012. számú versenyfelügyeleti eljárást követően, ahol a részletfizetést engedő GVH-döntést követően előterjesztett, erre is kiterjedő végrehajtás felfüggesztése iránti kérelemmel összefüggésben akként foglalt állást a bíróság, hogy „Így arra is feltétlenül figyelemmel kellett lennie, hogy a felperes részére az alperes részletfizetést engedélyezett, tehát a fizetési kötelezettség a felperest nem egy összegben terheli. [...] Az alperes helyesen utalt arra, miszerint a felperes éppen azért kapott részletfizetési kedvezményt, hogy a bírság megfizetése a folyamatos, operatív működését ne veszélyeztesse, azonban a felperes tagjai tőkeeros, jelentős árbevételrel rendelkező pénzintézetek, a felperes pedig [...] tagjai számára pótbefizetést írhat elő, illetve a tagdíj mértékét felemelheti, a bírság részletekben történő teljesítése így nem okozna fennakadást sem a felperes, sem a tagbankok működésében.”

52 A Törvényszék T-11/06., Romana Tabacchi Srl kontra Bizottság ügyben született ítélete, ECLI:EU:T:2011:560, 281–284. pontok.

53 Anthony COLLINS: Some Reflections on the Unlimited Jurisdiction of the EU Courts to Review Penalties in Competition Cases, Ünnepi kötet Dr. Czucz Ottó egyetemi tanár 70. születésnapjára, Acta Universitatis Szegediensis, Acta Juridica et Politica Tomus LXXVX, 125–141.

54 A Törvényszék T-101/05 és T-111/05, BASF és UCB SA kontra Bizottság egyesített ügyekben született ítélete, EU:T:2007:380, ebben a körben Collins az alábbi kritikának adott hangot: „Since the EU Courts appear bound to exercise unlimited jurisdiction within the framework of the case advanced on the parties' behalf it is difficult to understand how they could increase the amount of a fine absent an application duly made before them for that purpose.”

55 COLLINS, 134.

56 COLLINS, 135.

értékelését előtérbe helyezve megváltoztathatja a hatóság eredeti álláspontját.⁵⁷ A tekintetben világos a gyakorlat, hogy nincsenek kötve a GVH Bíróságközleményeihez az eljáró bíróságok,⁵⁸ ugyanakkor azok értelmezése adott esetben elkerülhetetlen a felülvizsgálat során.

Ami a bizottsági döntés megszületését követően előkerülő bizonyítékok értékelését illeti, ebben a körben meg kell jegyezni, hogy a Törvényszék nem végzett nyomozást, tehát az alapján ítélte, amit a Pampus-csoport és a Bizottság a perben elé vitt. Ezért a pervitel körében különös odafigyelést igényel a felek részéről, hogy a kérelmüket megtámogató és azt nem gyengítő bizonyítékokat tárjanak a bíróságok elé. Ez áll a fizetési képesség körében előtárt bizonyítékokra is, hiszen a jelen ügyben ezek a bizonyítékok képezték a jogorvoslati kérelem központi részét.

A hazai joggyakorlatban a Pp. alapján elvileg nem kizárt, hogy a GVH döntését követően születő, a hatóság részéről nem értékelt bizonyítékot vegyen figyelembe a bíróság a jogszerűségi felülvizsgálat körében,⁵⁹ ugyanakkor ilyen esetre nem igazán akad jogerős példa.⁶⁰ Ami inkább jellemző, hogy a versenyfelügyeleti eljárás idején is már meglévő, ám a hatósági eljárásban fel nem használt bizonyíték kerül elő a közigazgatási határozat bírósági felülvizsgálatára meginduló perben. Erre az esetkörre azonban – ellentétes, versenyjogi ügyszakban született jogerős kúriai döntés hiányában – világosan látható a felsőbírósági iránymutatás, amely szerint „[a] közigazgatási eljárás befejezését követően, a határozat jogszerűségét vitató perben, csak akkor fogadható el a közigazgatási eljárásban nem hivatkozott, nem csatolt bizonyíték, ha az ügyfelet a saját magatartásán kívüli ok, körülmény akadályozott abban, hogy a hatóság részére átadja a bizonyítékát.”⁶¹

57 A Kúria Kfv.III.37.690/2013/29. számú ítélete a VJ/174/2007. számú versenyfelügyeleti eljárást követően.

58 A Kúria joggyakorlat-elemző csoportjának 2013.El.II.JGY.1/1/1. számú összefoglaló jelentése a közigazgatási bírságokról, A versenyjogi bírságról, 225–226.

59 Erre a keresetváltoztatás tilalmába nem ütköző módon elvileg a Pp. 235. §-a biztosít a közigazgatási perekben is lehetőséget.

60 A Kúria Kfv. II.37.672/2015/28. számú ítélete a VJ/69/2008. számú versenyfelügyeleti eljárást követően, [105], [108] bekezdései.

61 A Kúria Kfv.II.37.101/2015/5. számú döntése.

Genentech-ügy (C-567/14): aki fizet, azt nem perlik, avagy a szabadalmas díjfizetési kötelezettségéről¹

Genentech-case (C-567/14): who pays cannot be sued, i. e. the payment obligation of the licensee

Abstract

Given that competition law is based on the prohibition of agreements that run counter to public policy, an arbitral award that is contrary to competition law will constitute as grounds for its annulment. Article 101 TFEU is to be interpreted so that it does not prohibit the imposition of a licence agreement requirement which provides for the payment of a royalty fee by the licensee even if the technology is no longer covered by the patent in question or if it has been subsequently revoked with retroactive effect, and the licensee was free to terminate the contract at any time.

Tárgyszavak: közrend, választott bírósági döntés, hasznosítási díj, szabadalom megsemmisítése vagy szabadalom-bitorlás hiánya, New York-i Konvenció

Key words: public policy, arbitral award, royalty fee, revocation or non-infringement of a licenced patent, New York Convention

2016. július 7-én az Európai Unió Bíróságának (EUB) döntésével végre pont került egy hosszú és rögzös, ám a kimenetel szempontjából nem meglepő, a versenyjog és a szabadalmi jog határmezsgyéjét érintő történetre. Az EUB arra kereste a választ, hogy a hasznosító pontosan miért is fizet egy szabadalommal ellátott technológia igénybevétele esetén: A szabadalom használatáért? A jogért, hogy a technológiát mint olyat használhassa? Vagy csak azért a biztosítékért, hogy ne legyen perelhető abban az esetben, ha oltalmi jogot sértene?² Az EUB döntését az egyik oldalon a versenyjogi, szabadalmi jogi, a

másik oldalon a választott bírósági eljárásokban jártas gyakorló jogászok várták nagy érdeklődéssel. Versenyjogi, szabadalmi jogi szempontból az ítélet arra adott választ, hogy az Európai Unió Működéséről szóló Szerződés (EUMSZ)³ 101. cikkével ellentétes-e az a hasznosítási szerződés, amely akkor is díjfizetésre kötelezi a szerződés teljes időtartama alatt a hasznosítót, ha a szabadalom visszaható hatállyal megsemmisítésre kerül.⁴ Választott bírósági eljárásokban jártas szakemberek számára pedig azért volt kiemelt jelentőségű, mert az előzetes döntéshozatal iránti kérelem arra irányult, hogy helyezzenek hatá-

* Vizsgáló, Nemzetközi Iroda, Gazdasági Versenyhivatal.

1 Niklas KINTING: Man bezahlt dafür, nicht verklagt zu werden (Legal Tribune Online) <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/eugh-c56714-lizenzgebuehr-patent-technologie-nutzung/>, (letöltés: 2016. 10. 14.).

2 Lásd 1. lj.

3 Az Európai Unióról szóló szerződés és az Európai Unió működéséről szóló szerződés egységes szerkezetbe foglalt változata (OJ C 326, 26.10.2012, 1-390.); EUMSZ 101. cikk, korábban EKSZ 81. cikk.

4 Steffen STEININGER: Neue EuGH Entscheidung: Lizenzgebühren und Kartellrecht (Hogen Lovells Blog) <http://hoganlovells-blog.de/2016/07/08/neue-eugh-entscheidung-lizenzgebuehren-und-kartellrecht/#> (letöltés: 2016. 10. 14.).

lyon kívül egy választott bírósági ítéletet annak az EU-joggal való összeegyeztethetlensége miatt. Az EUB ezen döntésével megerősítette a már eddig is létező joggyakorlatát, és pontosította, hogy mely kritériumok mentén állapítható meg, hogy egy szerződésben lefektetett hasznosítási díj fizetésének kötelezettsége mikor jogsértő, ha a szabadalmaztatott technológiát nem is alkalmazzák. Wathélet főtanácsnok megállapításaival összhangban jutott az EUB is arra a következtetésre, hogy a szabadalom megsemmisítése esetén vagy e szabadalmat érintő szabadalombitorlás hiányában a hasznosítási díj fizetésének kötelezettsége az EUMSZ 101. cikkével nem ellentétes, ha a hasznosító a megállapodást észszerű felmondási idővel felmondhatja. A hasznosító ezen felmondási lehetősége azt jelenti, hogy a cselekvési szabadsága nem korlátozott és nem állnak fenn piackizáró, vagyis versenykorlátozó hatások.

1. Előzmények

1992-ben a német Behringwerke nevű vállalkozás (amelyet később a német Hoechst AG vett át) adott a Genentechnek egy nem kizárólagos, az egész világra kiterjedő hasznosítási engedélyt a humán citomegalovírus (CMVH) aktivátorának tekintetében.⁵ A Genentech egy a gyógyszerpiacon jelen lévő vállalkozás, amely életmentő és súlyos betegségben szenvedő emberek gyógyítására szolgáló gyógyszerek felfedezésével, fejlesztésével, gyártásával és kereskedelmével foglalkozik. A vállalkozást 1976-ban alapították az Amerikai Egyesült Államokban (United States of America – USA). 1990-ben a Genentech részvényei nagy részét megvásárolta a svájci Hoffmann La-Roche AG, majd 2006-ban az egész céget felvásárolta.

2. A versenyjog és a választott bírászkodás kapcsolatáról

Az Európai Unióban jellemzően a közjogi jogérvényesítés preferált a magánjogi jogérvényesítéshez képest, hiszen a például ugyanabban az ügyben született versenyhatósági döntés köti a magánjogi jogérvényesítés során eljáró bíróságot.⁶ Hangsúlyozandó, hogy az ezzel ellentétes gyakorlat bevezetése igen hasznos lehetne, hiszen „elősegíthetné a trösztellenes szabályoknak való nagyobb fokú megfelelést és fokozná a jövőbeni jogsértésektől való tartózkodást”⁷. Ahhoz, hogy ez a két jogérvényesítési rendszer megférjen egymás mellett és hatékonyan működjön, szükséges az egységes jogalkalmazás biztosítása mind közjogi, mind magánjogi vonalon. Ennek egyik alapja a versenyhatóságok – beleértve a Bizottságot is – és a nemzeti bíróságok tevékenységének összehangolása, amelynek egyik pillére a Tanács 1/2003/EK Rendelete a Szerződés 81. és 82. cikkében meghatározott versenyszabályok végrehajtásáról (1/2003-as Rendelet) szóló szabályozásnak a 15. cikke, valamint az Együttműködési Közlemény⁸, amelyek azonban a választott bíróságokra vonatkozó joganyagot nem tartalmazzák. A közlemény 2. cikke⁹ kimondja, hogy nem csak a versenyhatóságok, hanem a bíróságok is ugyanúgy alkalmazhatják az uniós versenyjogi szabályokat, azonban fontos megjegyezni, hogy a magánjogi jogérvényesítést képviselő választott bíróságokra ugyanezek a szabályok analógia útján nem alkalmazhatók.¹⁰

A versenyjogi jogviták választott bírászkodási eljárás alkalmazásával való eldöntése az 1990-es évek eleje óta nem volt vitatott az EU-ban, számos tagállami bíróság mondta ki már az Eco Swiss-döntés¹¹ előtt is. Különösen az amerikai szövetségi bíróság nagy horderejű Mitsubishi¹²-döntését követően erő-

5 Miranda COLE and Anne ROBERT: Court of Justice Rules That Genentech Must Pay Royalties to Sanofi (Covington & Burling LLP), <https://www.insideeulifesciences.com/2016/07/11/court-of-justice-rules-that-genentech-must-pay-royalties-to-sanofi/> (letöltés: 2016. 10. 24.).

6 Tóth András: Versenyjog és határterületei, A versenyszabályozás jogági kapcsolatai, HVG-Orac Kiadó, Budapest 2017.

7 BOYTHA Györgyné: Előszó (szerk: Boytha Györgyné: Versenyjogi jogsértések esetén érvényesíthető magánjogi igények), HVG-Orac Lap- és Könyvkiadó Kft., Budapest, 2008, 11.

8 Commission Notice on the co-operation between the Commission and the courts of the EU Member States in the application of Articles 81 and 82 EC, Official Journal C 101, 27/04/2004 P. 0054–0064.

9 Az Együttműködési Közlemény 2. cikke: „The national courts may be called upon to apply Articles 81 or 82 EC in lawsuits between private parties, such as actions relating to contracts or actions for damages. They may also act as public enforcer or as review court. A national court may indeed be designated as a competition authority of a Member State [...]”

10 DÖMÖTÖRFY Borbála Tünde: Versenyjog és választottbíráskodás az Európai Unióban (IAS, 2012/1., 138–139.).

11 1999. június 1-i C-126/97. sz. ügy, Eco Swiss China Time Ltd. kontra Benetton („Eco Swiss-ítélet”) (ECLI:EU:C:1999:269., 39. pont).

12 U. S. Supreme Court, 1985. július 2., Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth.

sította meg számos tagállami bíróság újra és újra, hogy a versenyjogi vitákat választott bíraskodási eljárás igénybevételével is el lehet dönteni. A US Supreme Court ítéletében kimondta, hogy a választott bíraskodási út alkalmazása nem jelenti azt, hogy kartelljogi szabályok esetleg nem megfelelő szakmai színvonalon érvényesülnek, hanem inkább azt, hogy a vitában egymással szemben álló felek maguk választhatják meg az ügyük eldöntéséhez szükséges bíróság összetételét és az eljárás során bevonható szakértőket.¹³ Közvetetten ezt a megközelítést képviselte az EUB is az Eco Swiss-döntésében, amikor is kifejtette, hogy „ha egy nemzeti bíróság a közrendbe ütközés okán, a nemzeti előírások megsértése miatt helyt ad a választott bírósági ítélettel szemben kezdeményezett érvénytelenítési kérelemnek, akkor ugyanúgy helyt kell adnia a kérelemnek, ha az a 81. cikk (1) bekezdésében megfogalmazott tilalomba ütközik. Ezen rendelkezések egy olyan elengedhetetlen alapvető szabályt alkotnak, amely szükséges ahhoz, hogy a Közösség megfelelően el láthassa a ráruházott feladatokat és biztosítsa a belső piac működését”.^{14, 15}

3. Pertörténet

3.1. Jogi háttér

Az Európai Unió, mint köztudott, nem rendelkezik általános jogalkotási hatáskörrel a polgári peres vagy a választott bíraskodási eljárásokra vonatkozó jogalkotás területén. Az európai szerződések mindig is tartalmaztak előírásokat a verseny védelméről, azonban a választott bírósági rendelkezések nem tartalmazznak versenyjogra vonatkozó joganyagot. Éppen ezért volt szükség az EUB döntésére a versenyjoggal kapcsolatos előzetes kérdések és jogviták választott bírósági eljárásba való bevonhatósága kérdésében.¹⁶

Az uniós jog köréből az EUMSZ 101. cikkének rendelkezéseit fontos megemlíteni, amely alapján:

„(1) [...] tilos minden olyan vállalkozások közötti megállapodás, vállalkozások társulásai által hozott dön-

tés és összehangolt magatartás, amely hatással lehet a tagállamok közötti kereskedelemre, és amelynek célja vagy hatása a belső piacon belüli verseny megakadályozása, korlátozása vagy torzítása [...]”

Az ügy választott bírósági vonulata szempontjából a francia jog alábbi vonatkozó releváns pontjai kerülnek megemlítésre:

A francia polgári perrendtartás 1518. cikke a következőket tartalmazza:

„A Franciaországban meghozott nemzetközi választott bírósági ítélettel szemben csak megsemmisítés iránti kereset nyújtható be.”

A polgári perrendtartás 1520. cikke a következőképpen rendelkezik:

„Megsemmisítés iránti kereset kizárólag akkor nyújtható be, ha

[...]

5) az ítélet elismerése vagy végrehajtása a nemzetközi közrendbe ütközne.”¹⁷

3.2. Az alapeljárásról

Az alapeljárás ismertetésénél fontos az előzmények részletes rövid felvázolása. A fentiekben hivatkozott, az egész világra kiterjedő szabadalom és hasznosítási jog, és az ezt magában foglaló technológia az 1992. április 22-én kiadott EP 0173 177 53 sz. európai szabadalom tárgya volt, és két az USA-ban 1998. december 15-én, illetve 2001. április 17-én kiadott szabadalomé. 1999-ben az Európai Szabadalmi Hivatal újdonság hiánya miatt megszüntette az európai szabadalmat.

A hasznosítási szerződésben foglaltak szerint a Genentech arra vállalt kötelezettséget, hogy fizet egy egyszeri díjat magáért az engedély megadásáért, egy éves fix összeget a kutatások finanszírozásért, és az összes e technológia révén előállított és eladott termék bevételeiből származó díj 0,5%-át. A Genentech megfizette az egyszeri és az éves díjat, azonban a végtermékek bevételeiből származó díjat soha nem fizette meg. Ennek következtében a Sanofi Aventis Deutschland (a Hoechst AG leányvállalata) kérte a

13 VARGA István: A választottbírói út versenyjogi kiterjesztésének és a versenyjog magánjogi érvényesítésének összefüggései (MJ 2014/7-8., 398-399.).

14 Stefania BARIATTI: Arbitration and Antitrust: An overview of EU and national case law (E-Competitions, N°67666), <https://www.concurrences.com/bulletin/special-issues/Arbitration-Antitrust/?lang=en> (letöltés: 2016. 10. 11.).

15 Vö. BELLAMY&CHILD: European Union Law of Competition, edited by Vivien Rose-David BAILEY, Oxford University Press, 2013.

16 Gerhard WAGNER: Schiedsgerichtsbarkeit in Kartellsachen (Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft, November 2015, 494-515.).

17 2016. július 7-i C-567/14. sz. ügy, Genentech Inc. kontra Hoechst GmbH, korábban Hoechst AG, Sanofi-Aventis Deutschland GmbH („Genentech-ügy főtanácsnoki indítványa”) (ECLI:EU:C:2016:177., 3. pont).

Genentechet, hogy szolgáltatson adatokat, hogy milyen mennyiségű olyan végterméket adott el, amelyeket a szabadalmi szerződésben szereplő technológia útján állítottak elő¹⁸. A Genentech nem adott választ a kérdésre, és 2 hónappal később felmondta a hasznosítási szerződést. A Genentech lépésére reagálva a Hoechst és a Sanofi-Aventis választott bírósági eljárást indított a cég ellen, amelyben a választott bíró úgy ítélte meg, hogy a Genentech a Rituxant¹⁹ „bizonyos ideig tévesen vagy helyesen az [EP 177 szabadalom], valamint később az [US 522 és 140 szabadalmak] alá tartozó [...]” aktivátor felhasználásával állította elő.²⁰ Ez volt az alapja annak, hogy a bíróság a Genentechet minden olyan termék eladásából a forgalmi díj megfizetésére kötelezte, mint a Rituxan, illetve a hasonló módon készült termékek.

A Genentech azt állította, hogy a végtermékek eladásából származó folyamatos jogdíjak fizetésére vonatkozó hasznosítási szerződésben lévő kötelezettség semmis és érvénytelen az EUMSZ 101. (2) bekezdése alapján, mivel az arra kötelezi a hasznosítót, hogy akkor is fizesse azt, ha a szabadalmat már visszavonták visszamenőleges hatállyal. Továbbá azzal érvelt, hogy azon kötelezettsége, hogy egy olyan szabadalomért fizet jogdíjakat, amely érvénytelen és semmis, ahol a versenytársak szabadon használhatják a technológiát, egyébként is a versenykorlátozó megállapodások tilalmát szabályozó EUMSZ 101. cikkével ellentétes. A választott bírósági ítélet hatályaon kívül helyezése érdekében a Genentech keresetet nyújtott be a Párizsi Fellebbviteli Bíróságon (Court of Appeal of Paris/Cour d'appel de Paris), fenntartva az előzőkben már ismertetett érvelését, részben támaszkodva a választott bírósági döntések felülvizsgálati lehetőségeit elemző ECO Swiss-ítéletre²¹, amelyben megállapításra került, hogy a versenyjogi szabályok, vagyis az EUMSZ 101. cikke is

része a közrendnek a New York-i Konvenció²² értelmében.²³ Az ítélet kimondta továbbá, hogy amennyiben egy nemzeti bíróságnak a saját nemzeti jogszabályai alapján egy közrendbe ütköző választott bírósági ítélet megsemmisítésére irányuló keresetet biztosítani kell, akkor egy ilyen kereset indítását akkor is biztosítani kell, ha úgy ítélik meg, hogy a választott bírósági ítélet az EUMSZ 101. cikkével (a jelenleg alkalmazandó számozás szerint, korábban 81. cikk) ellentétes.^{24, 25} Ebből következően az EUMSZ 101. cikkének megsértése esetén az eljárás lefolytatása lehetséges.²⁶

4. Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdésekről

4.1. Az EUB elé terjesztett kérdés

Figyelembe véve a fenti tényeket a bíróság a következő kérdéseket terjesztette a Bíróság elé:

„Az EUMSZ 101. cikk rendelkezéseit úgy kell-e értelmezni, hogy azok kizárják az olyan hasznosítási szerződésnek a szabadalmak megsemmisítése esetén történő teljesítését, amely díjfizetési kötelezettséget ír elő a hasznosító számára pusztán az engedély alá eső szabadalmak oltalmából eredő jogok hasznosítása alapján?”²⁷

4.2. A kérdések elfogadhatósága

A kérdés elfogadhatósága tekintetében Wathel főtanácsnok minden részletre kiterjedően elemzte, hogy a tagállami bíróságok az előterjesztendő kérdés mely elemeit és milyen módon kell hogy vizsgálják, amikor a választott bírósági ítéletek összeegyeztethetőségét vetik össze az EU versenyjogi rendszerével.

18 Lukas SOLEK, Stefan WARTINGER: Der Lizenznehmer eines Patents muss die vereinbarte Gebühr auch dann zahlen, wenn er die patentierte Technologie nicht verletzt (Kartellrechtsblog), <http://www.kartellrechtsblog.at/2016/07/13/der-lizenznehmer-eines-patents-muss-die-vereinbarte-gebuehr-auch-dann-zahlen-wenn-er-die-patentierte-technologie-nicht-verletzt/> (letöltés: 2016. 10. 14.).

19 A Rituxan® aktív hatóanyaga a rituximab. Ez a gyógyszer az Egyesült Államokban 1998 óta kereskedelmi forgalomban Rituxan® kereskedelmi néven, az Európai Unióban pedig MabThera® néven kapható.

20 Genentech-ügy főtanácsnoki indítványa, 16. pont.

21 ECO Swiss-ítélet, 39. pont.

22 A külföldi választott bírósági határozatok elismeréséről és végrehajtásáról szóló, New Yorkban 1958. június 10-én kelt Egyezmény. V. cikk, (2) bek. (b) pont.

23 Vö. lásd (15. lj.), 1265–1266.

24 ECO Swiss-ítélet összefoglalója.

25 Vö. Richard WHISH–David BAILEY: Competition Law, Oxford University Press, Oxford, 2015, 344.

26 Lásd DÖMÖTÖRFY (10. lj.), 133–145.

27 Genentech-ügy főtanácsnoki indítványa, 29. pont.

A kérdések elfogadhatóságát illetően mind a francia kormány, mind a Hoechst és az Aventis úgy vélik, hogy az előterjesztett kérdés téves ténybeli előfeltevésen alapul, mivel az a szabadalmak megsemmisítésének esetére fekteti a hangsúlyt, jelen esetben azonban csak egyet, az európai szabadalmat (EPI77 szabadalom) semmisítették meg. Véleményük szerint a kérdés ebből következően nem értelmezhető. A főtanácsnoki indítvány ezzel szemben cáfolja a fenti véleményt, mivel a kérdést előterjesztő bíróság előkészítő irataiból világosan kiderül, hogy a másik két amerikai szabadalom nem került megsemmisítésre. Ennek alátámasztására hozza fel Wathelet főtanácsnok a bíróság iratai közt szereplő, az USA észak-kaliforniai kerületi szövetségi bíróságának 2011. március 11-i ítéletét, amely szerint a Rituxan[®] nem valósítja meg a jelen ügy tárgyát képező szabadalom bitorlását.²⁸

A Hoechst és a Sanofi-Aventis azon állítására, hogy az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdést nem lehet a francia jog megsértése nélkül megválaszolni, mivel az a nemzetközi közrend súlyos megsértésének esetét kivéve (lásd *Jogi háttér*: 1518; 1520 (5)) megtiltja a nemzetközi választott bírósági ítéletek érdemi felülvizsgálatát, vagyis a nemzeti bíróság azon jogosultságáról, hogy az EUB-hoz kérdést terjesszen elő, a főtanácsnok a következőképpen reagált. Véleménye szerint az EUMSZ 267. cikke szerint történő az EUB és a nemzeti bíróságok közötti együttműködés alapján egyedül az alapügyben eljáró és a meghozandó bírósági döntésért felelős nemzeti bíróságnak van joga azon kérdés eldöntésére, hogy szükséges-e az előzetes döntéshozatal, és hogy a feltett kérdések relevánsak-e. Vagyis ha ez a kérdés egy uniós jogi rendelkezést értelmez, főszabály szerint az EUB-nak határozni kell a kérelemről. A főtanácsnok a rendelkezés főszabálya alóli kivételeket (példaként említve a kérdés hipotetikus jellegét, az uniós jognak az alapüggyel való össze nem függését, illetve azt, ha az EUB nem rendelkezik azon ténybeli és jogi elemek ismeretével, amely szükséges ahhoz, hogy a feltett kérdéseket hatékonyan megválaszolja)

elemelve jutott arra a következtetésre, hogy jelen üggyel kapcsolatban egyik sem áll fenn, vagyis a fenti érveléseket is figyelembe véve a kérdés elfogadható és megválaszolható.

4.3. A kérdésre adott válaszról, avagy „egy olyan megállapodásban részes felek, amelyek versenyellenesnek minősülhetnek, választott bírósági eljárás útján nem vonhatják ki e megállapodásukat az EUMSZ 101. cikk szerinti felülvizsgálat alól”²⁹

A legtöbb ország csak szűk körben ad helyet bírósági felülvizsgálatnak választott bírósági ítéletek esetén, mint Franciaország is, ahol a nemzetközi közrend súlyos megsértésére kell hogy korlátozzák tevékenységüket a bíróságok, ha egy nemzetközi választott bírósági ítélet megsemmisítése iránt indítanak keresetet. Ezen nemzetközi választott bírósági ítéleteknek az uniós joggal – közrendi szemüvegen keresztül – való összeegyeztethetősége kapcsán fontos megjegyezni, hogy az EUB először 1982-ben a Nordsee-ügyben³⁰ fejtette ki, hogy az EUMSZ 267. cikke értelmében a szerződésen alapuló választott bíróságok nem minősülnek tagállami bíróságnak, vagyis nem fordulhatnak az EUB-hoz előzetes döntéshozatalért. Később ezt az ECO Swiss-ítéletében is megerősítette.³¹

Ugyanakkor mintegy nyílt titokként kezelik az érintettek azt a gyakran előforduló problémát, hogy a választott bírósági eljárások során gyakran merülnek fel EU-joggal kapcsolatos kérdések, és fennáll a veszélye annak, hogy a választott bíróságok tévednek és helytelenül alkalmazzák azokat. A kereskedelmi választott bíraskodásban ezen hiányosságok a tagállami bíróság és az EUB közvetett szerepvállalásával küszöbölhetők ki a határozatok elismerési és a végrehajtási szakában.³²

²⁸ Genentech-ügy főtanácsnoki indítványa, 15. pont.

²⁹ Genentech-ügy főtanácsnoki indítványa, 72. pont.

³⁰ C-102/81. sz. ügy Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co KG (ECLI:EU:C:1982:107).

³¹ ECO Swiss-ítélet, 32. pont.

³² Hannes LENK: Preliminary references and investment tribunals: is the Luxembourg Court extending a helping hand? (EU Law Analysis) <http://eu-lawanalysis.blogspot.hu/2016/03/preliminary-references-and-investment.html> (letöltés: 2016. 10. 17.).

A fentiek fényében fontos kitérni arra, hogy komoly visszásságokat okozhatna, ha „*a nemzetközi választott bírósági ítéleteknek csak az európai közrendi normákra tekintettel történő felülvizsgálata az EUMSZ 101. cikk nyilvánvaló és súlyos megsértése eseteire korlátozódna*”³³, hiszen a vállalkozások közötti megállapodások és összjátékszások gyakran láthatatlanok és nem egyértelműek, ami nagyban megnehezítené, illetve ellehetetlenítené, hogy az érintett jogalanyok hivatkozzanak rá. Különösen hangsúlyos lehetne ez egy hatás általi korlátozás (by effect) esetén, amikor is a választott bírósági ítéletnek sokkal részletesebb vizsgálatára lenne szükség, amelyre viszont a francia bíróságoknak nincs hatásköre. Az EUMSZ 101. cikke sem tesz különbséget, hanem egységesen tiltja a vállalkozások közötti olyan megállapodást, amelynek célja vagy hatása a verseny korlátozása (lásd Jogi Háttér, EUMSZ 101. cikk (1) bek.).

4.4. Az Európai Unió Bíróságának ítélete, válasz a kérdésre

Az EUB ítéletével a szabadalmat biztosító Hoechst GmbH-nak és a Sanofi-Aventis Deutschland GbmH-nak adott igazat. Véleménye szerint a versenyjogi normákkal nem ellentétes az olyan hasznosítási szerződés, amely a szabadalmaztatott technológia használatáért fizetendő díjat akkor is előírja, ha a használat nem valósít meg szabadalombitorlást és az alapul szolgáló szabadalmat semmisnek nyilvánítják. A hasznosításért fizetett díj azt az árat jelenti, amelyet a hasznosítónak kell fizetnie a szabadalmaztatott technológia kereskedelmi használatáért, és biztosítékul azért, hogy a licenciat biztosító szabadalombitorlás miatt ne támadhassa meg („freedom to operate”).³⁴ Aki üzleti megfontolásból köt hasznosítási megállapodást azért, hogy a szabadalmaztatott technológiát mint olyat bitorlás miatt indított kereset kockázata nélkül használhassa, akkor is kell hogy fizesse a hasznosítási díjakat, ha a szabadalmat magát meg sem sértik.

Az EUB szerint jelen ügyben azért nincsen szó versenyjogsértésről, mivel a Genentechnek megvolt a lehetősége arra, hogy a szerződést bármikor felmondja. A használatba vevőnek ebből következően két lehetősége áll fenn. Az egyik alapján folyamatosan fizeti továbbra is a hasznosítási díjat, anélkül hogy folyamatosan ellenőriznie kellene, hogy megsérti-e a szabadalmaztatott technológiát, vagy felmondja a megállapodást és viseli ezáltal annak a kockázatát, hogy a szabadalom megsértése miatt adott esetben egy hosszadalmas és költséges eljárásnak tegye ki magát.

A Bíróság döntésében utal az Ottung-ítéletre³⁵, amelyben megállapította, hogy a díjfizetési kötelezettség a szabadalmi idő lejártá után is kell hogy tükrözze a lehetséges használat kereskedelmi értékét.³⁶ Ez különösen akkor érvényes, ha ezt a kötelezettséget egy olyan szabadalmi megállapodás is tartalmazza, amelyet a szabadalom megadása előtt kötöttek. Ilyen körülmények között viszont, ha a szabadalmas a szerződést egy meghatározott határidővel felmondhatja, akkor a szerződés érvényességének egész határideje alatt kizárt, hogy az az EUMSZ 101. cikk alkalmazási körébe essen.³⁷ Ebből az is következik, hogy az EUMSZ 101. cikke nem tiltja azt, hogy egy szabadalmi oltalom alatt már nem álló technológiáért kizárólagossági hasznosítási díjat kössenek ki azzal a kikötéssel, hogy azt a hasznosító bármikor felmondhatja. Továbbá a díjkövetelést az sem zárja ki, ha a Genentech által alkalmazott technológia egyáltalán nem sérti a szabadalmi oltalomból eredő jogokat.³⁸ Az EUB ezen érvelésével a szerződésben részes feleknek a hasznosítási szerződés alapjául szolgáló érdekeinek gazdasági megközelítését helyezi előtérbe, és nem a megegyezés szó szerinti szövegét nézi, vagyis teljes joggal utasítja el alapjaiban az EUMSZ 101. cikkének megsértését felhozó vádakot, hiszen a Genentechnek megvolt a lehetősége, hogy felmondja a hasznosítási szerződést.³⁹

Az EUB döntése melletti érvként hozható fel az is, ha biztosítanánk a hasznosítónak megtérítési

33 Genentech-ügy főtanácsnoki indítványa, 64. pont.

34 Genentech-ítélet, 40. pont.

35 1989. május 12-i C-320/87. sz. ügy, Kai Ottung kontra Klee & Weilbach A/S and Thomas Schmidt A/S. („Ottung-ítélet”) (ECLI:EU:C:1989:195., II. pont).

36 Ottung-ítélet, II. pont.

37 Ottung-ítélet, 13. pont.

38 Genentech-ítélet, 40., 42. pont.

39 Kather-Augenstein RechtsanwAlte: EuGH bestätigt deutsche Rechtsprechung zur Rückzahlung von Lizenzgebühren, <http://www.katheraugenstein.com/eugh-bestaetigt-deutsche-rechtsprechung-zur-rueckzahlung-von-lizenzgebuehren/> (letöltés: 2016. 10. 23.).

igényt a szabadalmaztatott technológia megsemmisítése esetén, illetve akkor, ha azt nem használta, akkor a hasznosítónak jelentős érdeke fűződne ahhoz, hogy a védelmi jog lejártá után az alapul szolgáló szabadalmat megsemmisítse. A szabadalmi jog idő alatti más versenytársakkal szemben fennálló lényege veszne el.

A fentiek figyelembevételével az EUB a következő döntést hozta:

„Az EUMSZ 101. cikket úgy kell értelmezni, hogy azal nem ellentétes az, hogy egy olyan hasznosítási szerződés alapján, mint amelyről az alapügyben szó van, a hasznosítót a szabadalmak megsemmisítése vagy szabadalombitorlás hiánya esetén a szabadalmazott technológia hasznosításáért díjfizetési kötelezettség terheli e szerződés teljes időtartama alatt, amennyiben a hasznosító a hasznosítási szerződést ésszerű felmondási idővel felmondhatja.”⁴⁰

Azzal kapcsolatban pedig, hogy hatályon kívül helyezhető-e egy választott bírósági ítélet annak versenyjoggal való összeegyeztethetlensége miatt, az EUB továbbra sem nyilvánított véleményt, mivel egyrészt a választott bírósági ítéletek bírósági felülvizsgálata nem is tartozott szorosan az előzetes döntéshozatal során előterjesztett kérdéshez, az EUB pedig nem követte szorosan a főtanácsnok érvelését és ebben a kérdésben hallgatott.⁴¹

5. Összegzés

Az EUB a Párizsi Fellebbviteli Bíróság előzetes döntéshozatali kérelme folytán meghozott ítélete részben egy korábbi ítéletében („Ottung-ítélet”) kifejtetteket ismételte meg, amely szerint egy hasznosító fizetési kötelezettsége akkor sem valósít meg EUMSZ 101. cikk szerinti versenykorlátozást, ha a megállapodás alapjául szolgáló iparjogvédelmi jogszolgáltatást semmisnek nyilvánítják, másrészt arra az

esetre is kiterjed, ha a hasznosító által elkészített termékek nem esnek a szabadalom által védett termékek körébe. Annak ellenére, hogy az EUMSZ 101. cikkének az ítéletben megfogalmazott kiterjesztő értelmezése nagyjából a tagállami álláspontot képviseli, azonban ha a sorok között olvasunk, két lényeges kérdés vetődik fel, amelyekre jól kialakított ítélkezési gyakorlat még nincsen. Az egyik a kartellekre vonatkozó joganyag, a szabadalmi jog és a szerződésekre vonatkozó rendelkezések elhatárolását érinti, amely jelen esetben az alkalmazandó jog meghatározása miatt fontos, a másik kérdés pedig azt, hogy az EU-jog alkalmazásának milyen mértékű kötelező ereje van a választott bírósági eljárásban.⁴²

Lényegében az előzetes döntéshozatalra utalt kérdés azt próbálja behatárolni, hogy a szabadalmi megállapodásokra milyen mértékben alkalmazható a kartellekre vonatkozó joganyag, hiszen az iparjogvédelmi jog egy mesterséges monopóliumot alkot, és ezzel egy lehetséges versenyjogi akadályt is képez. Az iparjogvédelmi jog célja maga indokolja ezt a monopóliumot, azonban az így megvalósított korlátozás a céleléshez szükséges mértéket nem lépheti túl. A szabadalmi jognak ezt a sajátos tartalmát a Centrafarm-ügyben⁴³ határozta meg az EUB 1974-ben, amely szerint a szabadalmas, hogy jutalmazva legyen feltalálói erőfeszítése és munkája, a részére – vagy általa harmadik személy részére – biztosított kizárólagos jog formájában a találmány ipari termékként való gyártása és első forgalomba helyezése, továbbá azon joga, hogy szabadalmi jogsértések esetén fellépjen.^{44, 45} Ugyanebben az ügyben azonban azt is kimondta az EUB, hogy összeegyeztethetetlen a Közös Piacca és az áruk szabad mozgásának biztosításával, ha bárki arra hivatkozva, hogy neki iparjogvédelmi joga áll fenn, megakadályozza az áruknek a közösség egész területén való szabad áramlását.⁴⁶

40 Genentech-ítélet, 44. pont.

41 The Genentech case: A missed opportunity? <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/07/18/genentech-decision-reserved-for-18-july-2016/?print=pdf> (letöltés: 2016. 11. 13.).

42 GRURInt., Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht. In Zusammenarbeit mit dem Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb (EuGH 7.7.2016 – C-567/14) Pflicht zur Zahlung einer Lizenzgebühr trotz Nichtigkeit oder Nichtverletzung des lizenzierten Patents – Genentech (955–958.).

43 1974. október 31-i C-15/74. sz. ügy, Centrafarm BV and Adriaan de Peijper kontra Sterling Drug Inc., („Centrafarm-ítélet”) (ECLI:EU:C:1974:114).

44 Centrafarm-ítélet, 8–9. pont.

45 Lásd (15. lj.) 679–680.

46 Centrafarm-ítélet, 20. pont.

Az uniós jogalkotó olyan mértékben fogadja el, ha a szabadalmi megállapodások versenykorlátozó elemeket tartalmaznak, amennyiben annak pozitív hatásai túlsúlyban vannak, különös tekintettel abban az esetben, ha a technológiai fejlődés sokkal jelentősebb az államilag biztosított monopólium ellenére.

És hogy mi a tanulsága az ügynek? Mint már az elején is említettem, ezen döntésével az EUB egy korábbi határozatában kialakított joggyakorlatát erősítette meg, amely szerint a versenyjog is a közrend

(public policy) részét képezi⁴⁷, amely alapot teremt arra, hogy egy olyan választott bírósági ítéletet helyezzen hatályon kívül a nemzeti bíróság, amely versenyjogsértő⁴⁸, jelen esetben az EUMSZ 101. cikkébe ütközik, továbbá fenntartotta azt a véleményét, amely szerint „*egy szabadalom alá eső találmányra vonatkozó engedély jogosultjának időkorlátozás nélkül, tehát a szabadalom lejártát (és a szabadalom semmissé nyilvánítása esetén is) követően is díjat kellett fizetnie*”.⁴⁹

47 Lásd (15. lj.), 1221.

48 Vö. Jonathan FAULL–Ali НИКРАУ: The EC Law of Competition, Oxford University Press, Oxford, 2007, 168.

49 Genentech-ügy főtanácsnoki indítványa, 86. pont.

Minimumtarifák meghatározása az EUMSZ 101. cikkének sérelme nélkül – közhatalmi jogosítványok állam általi delegálhatósága

Fixing of minimum tariffs without infringing Article 101 TFEU – how can the state delegate its power to undertakings

Abstract

The European Court established – firstly – in API that Article 101 TFEU, read in conjunction with Article 4(3) TEU, must be interpreted as precluding national legislation, pursuant to which the price of road haulage services for hire or reward may not be lower than minimum operating costs, which are fixed by a body composed mainly of representatives of the economic operators concerned. Secondly, in Salumificio Murru SpA, where the body of fixing the minimum operating costs was the public administration itself, the European Court came to a different conclusion.

Key words: fixing of costs by national administration, road haulage services, delegation of powers by public authorities to private economic agents, competition, agreements between undertakings

Tárgyszavak: hatósági árrögzítés, közúti fuvarozási szolgáltatások, közhatalmi jogosítványok átruházása piaci szereplőkre, verseny, vállalkozások közötti megállapodások

1. A közúti fuvarozás díjának olasz szabályozása

A közúti fuvarozás 2005-től kezdődő liberalizációja kapcsán az olasz törvényhozás két esetben fordult az Európai Bírósághoz egyazon jogszabályi rendelkezés miatt, amelynek egyes bekezdései két merőben különböző helyzetet vázoltak fel a közhatalmi feladatok ármeghatározó szerepével kapcsolatban. Mindkét ügy tárgya a minimális üzemeltetési költségek kötelező érvényű meghatározása volt, mely nyilvánvalóan korlátozza a szabad versenyt, a

fő különbség azonban abban volt megfogható, hogy ki jogosult ezen költségekről dönteni. A kérdés nem új az Európai Bíróság gyakorlatában, minden bizonynyal emiatt is választotta a Bíróság a második ügyben, hogy „csak” indokolt végzést hoz¹. Mégis érdekessé teszi, ahogy egyetlen jogszabály áttekintésével érthetjük meg az Európai Bíróság e téren következetesen alkalmazott logikáját. Ennek bemutatását egyrészt a 2014. szeptember 4-én hozott API és társai ítéleten², másrészt a 2016. június 21-én hozott Salumificio Murru SpA végzésen³ keresztül teszi a szerző.

* Versenytanácsi vizsgáló, Döntéshozatali Támogató Csoport, Gazdasági Versenyhivatal.

1 Ilyen végzésre akkor van lehetőség az eljárási szabályzat 99. cikke értelmében, ha a Bíróság elé tárt előzetes döntéshozatali kérdés azonos egy olyan kérdéssel, amelyről a Bíróság már határozatot hozott, vagy ha a válasz egyértelműen levezethető az ítélkezési gyakorlatból, vagy nem enged teret semmilyen észszerű kétségnek.

2 C-184/13-C-187/13, C-194/13, C-195/13, C-208/13, EU:C:2014:2147.

3 4 C-121/16, EU:C:2016:543.

De lássuk először a megkérdőjelezett olasz szabályozást. 2005 tavaszán az olasz parlament úgy döntött, hogy szabályozott liberalizációt vezet be a közúti személy- és áru fuvarozás piacán, felváltva a korábbi kötelező díjrendszert. A kormány felállította a közúti fuvarozás és logisztika területén illetékes Consultát⁴ (tanácsot), melynek 102 tagja közül 60 tag a közúti fuvarozók és megrendelők ágazati szervezeteit, 36 tagja állami szervek, 6 tag egyéb vállalkozások szervezeteit és/vagy állami többséggel működő vállalkozások szervezeteit képviselte. A Consulta részét képezte a 10 tagból álló Osservatorio⁵, amely többek között a közúti közlekedés biztonságára és a szociális biztonságra vonatkozó rendelkezések betartásának ellenőrzését látta el, és naprakésszé tette a közúti áru fuvarozás során szóban megkötött szerződésekre alkalmazandó szokásjogot. Az Osservatorio 10 tagjából 8 a közúti áru fuvarozók szervezeteit, kettő pedig állami szerveket képviselt.

Egy 2008-ban hozott jogszabály leszűkítette a díj szabási liberalizáció hatályát, és a szóban kötött szerződésekre előírta, hogy a megrendelő által fizetendő díj nem lehet kevesebb, mint az Osservatorio által meghatározott minimális üzemeltetési költségek, melyek a következőkből tevődnek össze: a megtett kilométerenkénti üzemanyag-átlagköltség járműtípusonként (havi rendszerességgel megállapítva), valamint a harmadik személyek számára közúti fuvarozást végző vállalkozás üzemeltetési költségének az üzemanyagköltséghez viszonyított százalékos aránya (hat hónaponként megállapítva). Más szóval az Osservatorio által meghatározott minimális üzemeltetési költségek gyakorlatilag minimum szolgáltatási díjként működtek.

Az Osservatorio tevékenységének szabályozásáig az infrastrukturális és közlekedési miniszter hatáskörébe került, hogy havonta kidolgozza az üzemanyagnak a megtett távolság szerinti átlagköltségét a különböző gépjármű-kategóriákra és a vonatkozó hatásokra figyelemmel, és a gazdasági fejlesztési minisztérium által a gázolaj átlagárára vonatkozóan havonta lefolytatott felmérése alapján, miután meghallgatta a közúti fuvarozók és megrendelők legrepresentatívabb ágazati szervezeteit.

Az átmeneti időszakban tehát – 2009 júniusától 2011. november 2-ig – az infrastrukturális és közlekedési minisztérium havonta közzétette az üzemanyag átlagköltségére vonatkozó adatokat. 2011 novemberétől az Osservatorio döntött a közúti fuvarozás tarifáiról.

Később az Osservatorio hatáskörét kibővítették, így az nemcsak a szóban, hanem az írásban kötött fuvarozási szerződésekre nézve is meghatározhatta a díjakat, hivatkozva arra, hogy ez a biztonsági előírások tiszteletben tartásának biztosításához szükséges. A vitatott jogszabály szerint elsősorban a Consultában képvisellel rendelkező fuvarozók és a megrendelők szervezetei által kötött önkéntes ágazati megállapodásokban rögzítik a minimális üzemeltetési költséget, de ha 9 hónapon belül nem kerül sor az önkéntes megállapodások megkötésére, az Osservatorio dönt a költségekről.

2015. január 1-jétől egy törvénymódosítás ismét liberalizálta a díjak, költségek meghatározását, ez azonban időbeli hatályánál fogva nem alkalmazható az alapügyekben.

2. Az EU Bíróság ítélete

Az olasz bíróság az API és társai ügyben hét olyan folyamatban lévő per kapcsán fordult az Európai Bírósághoz 2013-ban, amelyekben a harmadik személyek részére történő áru fuvarozási piacon a minimális üzemeltetési költségek Osservatorio általi rögzítése képezte a jogvita tárgyát a felperesek (többek között az Anonima Petroli Italiana SpA és társai) és az alperes minisztériumok között.

A Salumificio Murro Spa-ügy pedig egy olyan jogvitán alapult, ahol a peres felek a ténylegesen kifizetett szolgáltatási díj és egy nemzeti szabályozáson alapuló szolgáltatási díj szerinti összeg közötti díjkülönbözetet vitatták. Az olasz bíróság 2016-ban e jogvitával kapcsolatban a miniszter árszabályozó szerepének megítélését kérte az Európai Bíróságtól. Ez utóbbi esetben az olasz bíróság megjegyezte, hogy érzékeli, hogy más a helyzet, mint az API és társai ügyben, azonban az Európai Bíróságtól várta (és kapta) álláspontja megerősítését. Emiatt is olvas-

⁴ Consulta generale per l'autotrasporto e la logistica.

⁵ Osservatorio sulle attività di autotrasporto: közúti fuvarozási obszervatórium.

ható e második ügyben több helyen az API és társai ítéletre történő hivatkozás.

Az API és társai ügyben a következő kérdést kellett az Európai Bíróságnak megválaszolnia: az EUMSZ 101. cikkét az EUSZ 4. cikk (3) bekezdésével, valamint az EUMSZ 49. cikkel, EUMSZ 56. cikkel, EUMSZ 96. cikkel összefüggésben úgy kell-e értelmezni, hogy azokkal ellentétes az olyan nemzeti szabályozás, amelynek értelmében a harmadik személyek számára végzett közúti áru fuvarozási szolgáltatások ára nem lehet alacsonyabb azon minimális üzemeltetési költségeknél, amelyeket egy elsősorban az érintett gazdasági szereplők képviselőiből álló szervezet állapít meg?

Az Európai Bíróság API és társai ügyben hozott ítéletének azt a – Salumificio Murro SpA-üggyel is összefüggő – vonatkozását mutatja be a jelen cikk, amelyben a Bíróság azt vizsgálta, hogy az Osservatorio döntése (ármeghatározása) piaci szereplők közötti megállapodásnak vagy közjogi intézkedésnek minősül-e. Ennek során a Bíróság megállapította, hogy az Osservatorio tagjainak túlnyomó részét a fuvarozók és megrendelők szakmai szervezeteinek képviselői tették ki (10-ből 8 fő). Másodszor, az Osservatorio döntéseit tagjainak többsége hagyta jóvá, anélkül hogy az állam képviselője vétőjoggal vagy olyan többségi szavazattal rendelkezett volna, amely ellensúlyozhatná a közigazgatás és a magánszektor közötti erőviszonyokat. E helyütt a Bíróság az alábbi ítéleteire hivatkozott.

A Centro Servizi Spediporto-ügyben⁶ szintén az olasz közúti áru fuvarozási piacot érintően az Európai Bíróság egy alsó és felső határértéket tartalmazó kötelező sávós tarifarendszert értékelt. Megállapította, hogy ha a tagállami szabályozás előírja, hogy a tarifákat egy hatóságnak kell jóváhagynia és végrehajthatóvá tennie egy olyan bizottsági javaslat alapján, ahol a bizottság többsége a hatóság, kisebb részében az érdekelt gazdasági szereplők képviselőiből áll, és a bizottságnak bizonyos közérdekű kritériumokat tiszteletben kell tartania, akkor a tarifarögzítés nem minősíthető gazdasági szereplők közötti, a hatóságok által előírt vagy

előnyben részesített megállapodásnak, vagy olyanak, amelynek a hatását e hatóságok erősítenék. Másfelől a hatóságok nem ruházták át hatáskörüket a gazdasági szereplőkre, mert a bizottsági javaslatot a miniszter elfogadhatta, jóváhagyhatta vagy elutasíthatta, továbbá a javaslatok elfogadása előtt figyelembe kellett vennie más közjogi és gazdasági szereplők észrevételeit is.

A Librandi-ítéletben⁷ a Bíróság kimondta, hogy e megállapításokat az sem teszi vitathatóvá, hogy a gazdasági szereplők képviselői már nincsenek kisebbségben a bizottságban, feltéve ha a tarifák rögzítése során tiszteletben tartották a törvényileg előírt közérdekű kritériumokat, és a hatóság (mivel a miniszter a bizottsági javaslatot módosíthatja vagy elutasíthatja) nem ruházta át hatáskörét a gazdasági szereplőkre. Továbbá a bizottságnak a tarifák hivatalbóli rögzítése előtt figyelembe kellett vennie a régiók és az érintett gazdasági szektor képviselőinek az észrevételeit is.

A Bíróság megemlítette még a Reiff-ítéletet⁸, amelyben a vizsgált szabályozás szerint a miniszter állította fel az érintett tanácsokat, egyben részt vehetett az árak megállapításáért felelős tanács ülésein, és ha a közérdekkel ellentétesnek tartotta a tanács díjmeghatározását, akkor a tanács helyett egy másik miniszter egyetértésével maga dönthetett a díjakról.

A Delta Schifffahrts- und Speditionsgesellschaft ügyben⁹ a jogszabályok szerint a miniszter nem lehetett ugyan tagja a díjakat megállapító bizottságoknak, ha azonban a bizottságok döntése a közérdekbe ütközött, a miniszter a bizottságok helyett maga határozhatta meg a tarifákat.

Az API és társai ügyben a fenti ügyekhez hasonló állami korlátozásokat azonban nem tudott beazonosítani a Bíróság az Osservatorióra nézve. Ennek ellenére is elképzelhetőnek tartotta, hogy az így megállapított tarifa állami jelleget öltson magára, ha az Osservatorio tagjai az érintett gazdasági szereplőktől független szakértők lennének, akiket törvény kötelez arra, hogy ne csak az őket delegáló vállalkozások érdekeit, hanem a közérdeket, illetve

6 C-96/94, EU:C:1995:308, 27-28. pontok.

7 C-38/97, EU:C:1998:454, 34-35. pontok.

8 C-185/91, EU:C:1993:886, 22. pont.

9 C-153/93, EU:C:1994:240, 21. pont.

más ágazatok vállalkozásainak és az érintett szolgáltatás felhasználóinak érdekeit is figyelembe vevők. A Reiff-ügyben például a jogszabály külön kimondta, hogy a tagokat nem kötelezhetik, nem utasíthatják az őket delegáló vállalkozások, szervezetek. Az Osservatoriót és a Consultát felállító olasz szabályozás azonban nem tartalmazott olyan irányelveket, amelyeknek e szervezeteknek meg kellett volna felelniük, és amelyek megakadályozhatták volna a szakmai szervezetek képviselőit abban, hogy kizárólag a delegálójuk érdekében cselekedjenek.

Habár a jogszabály utalt arra, hogy a minimális üzemeltetési költségek megállapítása a közlekedés biztonságának védelme és a közúti árufuvarozási piac szabályos működése miatt szükséges, ezt igen csak érintőlegesen tette, így az Osservatorio tagjai széles mérlegelési mozgásteret és autonómiát kaptak a delegáló szervezetek érdekében.

E körülményekre figyelemmel tehát hiányoztak mind az eljárási szabályok, mind az érdemi előírások annak biztosítására, hogy az Osservatorio a közhatalom jogosultjaként lépjen fel a minimális üzemeltetési költségek megállapítása során. A hatóságok semmiféle ellenőrzést sem gyakoroltak felette, más közjogi vagy egyéb szervekkel történő konzultáció nem volt előírva, mielőtt a költségek rendeleti úton átültetésre kerültek és végrehajthatóvá váltak.

A Bíróság összességében azt a következtetést vonta le, hogy az Osservatorio az EUMSZ 101. cikke szerinti vállalkozások társulásának minősült, mert egyrészt hiányoztak a törvény által kellő pontossággal megállapított közérdekű kritériumok, melyek biztosíthaták volna, hogy a fuvarozók és megrendelők valóban a törvény által célul kitűzött közérdeket tiszteletben tartva cselekedjenek, másrészt hiányzott az állam tényleges ellenőrzése a szervezet döntéshozatala felett. Ezt követően a további versenyjogi értékelést elvégezve meghozta válaszáat az olasz bíróság kérdésére, kimondva, hogy az EUMSZ 101. cikkét az EUSZ 4. cikk (3) bekezdésével összefüggésben úgy kell értelmezni, hogy azokkal ellentétes az olyan nemzeti szabályozás, amely alapján a harmadik személyek számára végzett közúti árufuvarozási szolgáltatások ára nem lehet alacsonyabb azoknál a minimális üzemeltetési költségeknél, amelyeket egy

elsősorban az érintett gazdasági szereplők képviselőiből álló szervezet állapít meg.

3. Az EU Bíróság végzése

A Salumicio Murru SpA ügyben az Osservatorio után az Európai Bíróságnak a miniszter ugyanazon minimális költségekre vonatkozó ármegállapítási jogkörét kellett értékelnie, melyre a miniszter az Osservatorio felállítását megelőző átmeneti időszakban volt jogosult. Az olasz bíróság a következő kérdéseket tette fel az Európai Bíróságnak: az EUMSZ 101. cikkét úgy kell-e értelmezni az EUSZ 4. cikk (3) bekezdésével együtt, hogy azokkal ellentétes az olyan nemzeti szabályozás, amely szerint a harmadik személyek részére végzett közúti árufuvarozási szolgáltatások ára nem lehet alacsonyabb azon minimális üzemeltetési költségeknél, amelyeket a minisztérium dolgoz ki, és amely ezen árat nem a szerződő felek szabad megállapodásának körébe utalja; továbbá, tekintettel a minisztérium hatóság jellegére, a nemzeti szabályozás korlátozhatja-e a belső piac versenyjogi szabályait a közúti közlekedés biztonságának védelmére irányuló célkitűzés elérése érdekében?

Az Európai Bíróság végzésében előadta, hogy a vizsgált rendelkezést egy nemzeti kormányzati szerv, a minisztérium állapította meg. Az EUMSZ 101. cikke ezzel szemben vállalkozások magatartására, nem pedig a tagállamoktól származó törvényi vagy rendeleti intézkedésekre vonatkozik. Az EUSZ 4. cikk (3) bekezdése viszont azt a kötelezettséget rója a tagállamokra, hogy ne hozzanak létre vagy tartsanak hatályban olyan jogszabályi intézkedéseket, amelyek alkalmasak arra, hogy a vállalkozásokra vonatkozó versenyszabályok hatékony érvényesülését gátolják¹⁰. Ennek megfelelően az EUSZ 4. cikk (3) bekezdésével összefüggésben az EUMSZ 101. cikkét sérti, ha valamely tagállam előírja vagy előnyben részesíti az EUMSZ 101. cikkével ellentétes megállapodások kötését, vagy az ilyen megállapodások hatását erősíti, illetve ha a saját szabályozásának állami jellegét megszüntetve a gazdasági jellegű döntések – jelen ügyben ez a közúti fuvarozás szol-

¹⁰ Lásd még: API és társai ítélet 28. pont és az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlat.

gáltatásának díja – meghozatalának felelősségét piaci magánszereplőkre hárítja¹¹.

A jelen ügyben a minimális költségeket maga a miniszter határozta meg, tehát a tagállam egyáltalán nem szüntette meg a szabályozás állami jellegét. Ezen az sem változtatott, hogy a miniszter a döntése előtt meghallgatta a fuvarozók és megrendelők képviselőit.

Ebből kifolyólag, amíg az API és társai ügyben az Osservatoriót az EUMSZ 101. cikk értelmében vett vállalkozások társulásának kellett tekinteni, amikor pl. a közúti áru fuvarozással kapcsolatos minimális üzemeltetési költségeket határozott meg, és amely döntést a vállalkozások olyan megállapodásának, döntésének vagy összehangolt magatartásának kellett tekinteni, amelyet állami szervek idéztek elő vagy bátorítanak, vagy amelynek hatásait az állami szervek megerősítik, addig ez utóbbi ügyben ez nem állt fenn. Így azt sem kellett megvizsgálni, hogy az érintett jogszabályi rendelkezés olyan versenykorlátozásokkal jár-e, amelyek a jogszerű célok megvalósításához szükségesek.

Az Európai Bíróság ezzel kimondta, hogy az EUMSZ 101. cikket az EUSZ 4. cikk (3) bekezdésével összefüggésben úgy kell értelmezni, hogy azzal nem ellentétes az olyan nemzeti szabályozás (mint az alapügyben vizsgált), amely kimondja, hogy a harmadik személyek részére végzett közúti áru fuvarozási szolgáltatások ára nem lehet alacsonyabb azon minimális üzemeltetési költségeknél, amelyeket egy nemzeti kormányzati szerv állapít meg.

4. A Bíróság döntéseinek tanulsága

Összegezve a fentieket, nyilvánvaló, hogy a tagállamok által elfogadott intézkedések néha torzítják

a versenyt pl. egy árszabályozással vagy egyéb módon (vállalkozások piacra lépését nehezítő szabályozással, engedélyezési rendszerek felállításával), azonban ezek az intézkedések csak korlátozottan támadhatók meg az uniós jog (így az EUMSZ 101. cikk és az EUSZ 4. cikk (3) bekezdése) alapján. E támadhatóság korlátai olvashatók az említett jogesetekben. Az is világos, hogy az állam bevonhatja a döntéshozatalba a vállalkozásokat is, viszont nem kaphatják meg a jogot, hogy az állam szerepét átvéve, saját érdekeik szerint szabályozzák üzleti magatartásaikat.¹²

Némi hiányérzetet hagyhat a bírósági döntések olvasóiban, hogy – talán az olasz bíróságok erre irányuló kérdéseinek hiánya miatt – nem kapnak arra vonatkozó iránymutatást, hogy vajon legitimnek tekinthető-e egy olyan állami intézkedés, mely a minimum árszabással a versenyjogi szabályokat ugyan nem sérti, de a szolgáltatások szabad nyújtásának akadályozásával a belső piac jogába ütközhet. Így nem tudjuk meg azt sem, hogy egyáltalán egy ilyenfajta állami árszabályozás mennyiben állhat kapcsolatban a védendő célokkal (pl. közúti fuvarozás biztonsága), és ha van közöttük kapcsolat, akkor az állami intézkedés mennyiben szükségszerű, illetve arányos a kitűzött célok megvalósítására. Egyik döntéshez sem készült főtanácsnoki vélemény, amely talán kitért volna ezekre a kérdésekre is. Ezzel szemben végezetül megemlíthető egy szintén nemrégiben született európai bírósági ítélet¹³, melyben a skót szeszes italok minimumáraitra vonatkozó állami szabályozás volt az előzetes döntéshozatali eljárás tárgya, és amelyben a Bíróság részletesebben fejtegeti a szükségesség és arányosság mércéjét, ráirányítva az állam figyelmét arra, hogy a jogalkotás során kellően megalapozott, indokolt, hatásvizsgálattal alátámasztott jogszabályokat hozzon.

11 Lásd még API és társai 29. pont, Centro Servizi Spediporto-ítélet, C-96/9, EU:C:1995:308, 21. pont; Arduino-ítélet C-35/99, EU:C:2002:97, 35. pont.

12 Tóth András: Versenyjog és határterületei. A versenyszabályozás jogági kapcsolatai, HVG-Orac Kiadó, Budapest 2017.

13 Lásd The Scotch Whisky Association ítélet, C-333/14, EU:C:2015:845, ismertetése olvasható a Versenytükör 2016. évi I. számában.

Doris Hildebrand: The Role of Economic Analysis in EU Competition Law

A versenyjog lakonikus szabályai nehezen értelmezhetők, illetve tölthetők meg tartalommal, ha nincs az alkalmazás mögött egy keretrendszer. E keretrendszert a versenyjog fejlődése során más-más gondolati tartalom töltötte ki. Ahogy az amerikai elnökválasztás is emlékeztet rá, a versenypolitika szakpolitikai értelemben is politika, de van jelentős politikai arculata is. Az Egyesült Államokban a versenyjog állami kikényszerítésének szigora jelentős mértékben múlik az aktuális elnök személyén. Az amerikai rendszerrel ellentétben az Európai Unióban egy politikai testület dönt versenyjogi ügyekben – az Európai Bizottság –, valamint egy független, de politikai agendával rendelkező bíróság – az Európai Bíróság – őrködik az uniós jog alkalmazása felett. A jelzettekén túlmenően számos egyéb érv jelzi annak jelentőségét, hogy milyen keretet adunk a versenyjogi szabályoknak.

A szerző minden jelentős szempontot beépít a könyvébe, így a történeti és elméleti áttekintés mellett folyamatos az Egyesült Államok jogával és jogalkalmazásával való összehasonlítás, valamint a szerző a központi gondolatot – a közgazdaságtan szerepe a versenyjogi jogalkalmazásban – végigvezeti az egyes jogsértéstípusokon vagy tényállásokon, ide értve nem csak a klasszikus antitrösztjogot, hanem a fúziókontrollt és az állami támogatások jogát is.

A könyv emlékezteti az olvasót arra, hogy egyes szabályok mögötti jogalkalmazás miatt éppen adott formába forrta ki magát az 1990-es évek végére, 2000-es évek elejére. Ezt követően egy jelentősebb meglepetésektől mentes jogalkalmazási időszakot követően elkezdtek azonban szaporodni az ún. cél szerint versenykorlátozó és *per se* ügyek a gyakorlatban. Végigtekintve az elmúlt időszak magyar és uniós versenyhatóságok döntésein, mint pl. bankadat¹, banánkartell², Intel-ügy³, a végkifejlethez közeledő Google-vizsgálat⁴, vagy éppen a gyógyszeriparhoz köthető ítéletek, el kell gondolkodni azon, hogy az elmúlt évtized jogalkalmazása mögött húzódó megfontolások mennyiben szorulnak felülvizsgálatra. A szerző szerint a nevezett ügyekben megjelenő, látható repedések vannak a hatás alapú jogalkalmazás sokszor hangoztatott elvén. Valójában a könyv egy felkészült szakember számára jelentős újdonságokat nem tartalmaz. Jelentős azonban a hatása az olvasóra a koherens rendszerben bemutatott elméleti és gyakorlati keret kifejtése miatt. A könyvet akár részleteiben olvasva, akár egészében átolvasva is azonos hatást ér el. A szisztematikusan megalapozott keretrendszerhez képest elgondolkodtat alternatív megoldásokon, és azok összevetése útján segít megalapozottabb képet adni a jogalkalmazás számára.

1 Vj/8/2012.

2 C-286/13. P. sz. ügy. Dole Food Company, Inc. és Dole Fresh Fruit Europe, anciennement Dole Germany OHG kontra Európai Bizottság. ECLI:EU:C:2015:184.

3 T-286/09. sz. ügy. Intel Corp. kontra Európai Bizottság. ECLI:EU:T:2014:547 és C-413/14 P. sz. ügy. Wahl főtanácsnok indítványa: Intel Corporation kontra Bizottság. 2016. október 20.

4 Lásd IP/15/4780.

A szerző által európai iskolának hívott versenyjog-alkalmazási gyakorlat összevetésére pl. a chicagói iskolával az alábbi táblázatot adja a szerző:

	Európai iskola	Chicagói iskola
1	Társadalmi-szociális (social) célok is szerepet játszanak	Társadalmi-szociális célok nem játszanak szerepet
2	A jogalkalmazás mögötti elveket a jog mint alkotmányos gazdasági rend adja	A jogalkalmazás mögötti elvek rugalmasak és nincsen jogi meghatározottságuk
3	A gazdasági hatalommal rendelkező társaságoknak az ilyenek nem rendelkezőkkel azonos módon kell viselkedniük: fókusz az érdemi versenyen, különleges felelősség mellett	„A nagy csodálatos”: Az innovatív domináns társaságokat jutalmazni kell ezen törekvésükért; új piacra lépés lehetősége ellensúlyoz bármilyen gazdasági hatalmat hosszú távon; nem szükséges beavatkozni
4	A vertikális megállapodások piaci erőt eredményezhetnek, a fogyasztók kárára	A vertikális korlátozások jogszerűek, mivel nem ártanak a versenynek; ezzel szemben szükségesek az innováció és a kapcsolódó szolgáltatások fenntartásához
5	Fúziókontroll: az összefonódásokat követő piaci hatalom aggodalomra adnak okot; a fogyasztói érdek a döntő	Fúziókontroll: az összefonódást követő piaci hatalom kevésbé ad okot aggodalomra; a hatékonyságjavulás általában ellensúlyozza a piaci erő növekedését
6	Az árrögzítő megállapodások jogszerűek, amennyiben a fogyasztók az előnyök egy jelentős hányadából részesülnek	Az árrögzítő megállapodások <i>per se</i> jogellenesek
7	A fókusz a fogyasztói hasznosságon van, különös tekintettel az árra, választékra, minőségre, innovációra stb.	A fókusz az árelméleten van
8	A marshalli értelemben vett jóléti közgazdaságtan nem túl hasznos; a fókusz azon van, hogy hogyan jön létre a jólétnövekedés és ezen előnyök egyenlő és igazságos elosztása a társadalomban	Társadalmi jólét a mérce: fogyasztói többlet+termelői többlet; a termelői jólétnövekedés elegendő lehet egy összefonódás engedélyezéséhez, még akkor is, ha a fogyasztói árak növekednek
9	A versenyhatóságoknak függetlennek kell lenniük	A politikai változás a jogalkalmazásban lehetséges
10	Állami támogatások ellenőrzése: piaci erő magán- és állami szervezetektől is származhat	Nincs kontroll az állami támogatások felett

A szerző hasonló feldolgozásban bemutatja az elméleti jogi és közgazdaságtani háttérrel, majd elemzi az egyes intézmények szerepét, a 101. és 102. cikkeket, a fúziókontroll szabályait, az érintett piac meghatározását, a piacelemzéseket, és még sorolhatnánk. Lényegében a teljes versenyjogról, jogsértés-, illetve eljárástípusokra lebontva ad adott koncepciójú áttekintést. A szisztematikus feldolgozásra a fenti táblázathoz hasonlatosan jó példa, a közös gazdasági erőfölény fennállásának megállapíthatósága kapcsán összegyűjtött checklistája:

- kevés szereplő a piacon;
- érett piacok;
- stagnáló vagy enyhén növekvő keresleti oldal;
- alacsony keresleti rugalmasság;
- homogén termékek;
- hasonló költségstruktúra;
- hasonló piaci részesedések;

- átlátható piac;
- a technológiai innováció hiánya és kiérlelt technológia;
- feles kapacitások hiánya;
- magas belépési korlátok;
- ellensúlyozni képes vevői erő hiánya;
- a potenciális verseny hiánya;
- különböző informális és egyéb kapcsolatok az érintett vállalkozások között;
- büntető mechanizmusok; valamint
- árverseny hiánya vagy korlátozottsága.

Még ha a szerző egyes megállapításaival nem is ért mindenki egyet, azok akár vitathatók is, a módszertan kétségtelen előnye az elgondolkodtatásra kényszerítés és vita generálása. A versenyjog iránt érdeklődőknek, ha nem egy jogalkalmazási kommentárt keresnek, hanem egy koherens érvrendszerre kíváncsiak, bátran tudom ajánlani a könyvet.

Felhívás publikációk benyújtására

A Gazdasági Versenyhivatal (GVH) Versenytükör című szakmai lapjának szerkesztőbizottsága folyamatosan várja a versennyel foglalkozó jogi és közgazdasági tárgyú írásokat a tanulmányok, esetismertetések és szemle állandó rovataiba.

A Versenytükör a GVH kifejezetten szakmai közönségnek szóló jogi és közgazdasági folyóirata, amely évente két alkalommal, a nyári hónapokban, illetve év végén jelenik meg. A publikálásra szánt írások szerkesztőbizottságnak való megküldési határideje nyári szám esetében **2017. május 15.**, téli szám esetében **2017. október 15.**

A szerkesztőbizottság különösen is várja a versenyjog aktuális vagy újszerű kérdéseivel foglalkozó tanulmányokat, recenziókat, illetve esetismertetéseket.

A formai követelmények betartásával elkészített írásokat a versenytukor@gvh.hu e-mail címre küldhetik.

Bővebb információk, valamint a formai követelmények és a szerkesztési elvek elérhetők a Versenytükör www.gvh.hu GVH/kiadványok/Versenytükör menüpont alatt megtalálható honlapján, a szerzőknek szóló részben.

A Versenytükör Szerkesztőbizottsága

