

A Fővárosi Ítéltábla a Kardos, Pető és Töröcsik Ügyvédi Iroda (Szeged) által képviselt TeleMedia InteractTV Produkciós Kft. (Újlengyel) felperesnek a Gazdasági Versenyhivatal (Budapest, hivatkozási szám: Vj-154-058/2009.) alperes ellen versenyügyben hozott közigazgatási határozat bírósági felülvizsgálata iránt indult perében a Fővárosi Bíróság 2011. évi március hó 17. napján kelt 7.K.34.040/2010/4. számú ítélete ellen az alperes által 6. sorszám alatt előterjesztett fellebbezés, valamint a másodfokú eljárásban a felperes által 3. sorszám alatt előterjesztett csatlakozó fellebbezés folytán az alulírott napon - tárgyaláson kívül - meghozta a következő

ÍTÉLETET:

A Fővárosi Ítéltábla az elsőfokú bíróság ítéletét részben megváltoztatja és a felperes keresetét teljes egészében elutasítja, egyebekben helybenhagyja.

Kötelezi a felperest arra, hogy 15 napon belül fizessen meg az alperesnek 300.000 (azaz háromszázezer) forint együttes első- és másodfokú perköltséget, valamint az államnak - az illetékügyekben eljáró hatóság külön felhívására - 580.000 (azaz ötszáznyolcvanezer) forint kereseti, 600.000 (azaz hatszázezer) forint fellebbezési és 300.000 (azaz háromszázezer) forint csatlakozó fellebbezési illetéket.

Ez ellen az ítélet ellen további fellebbezésnek nincs helye.

INDOKOLÁS

Az alperes a fogyasztókkal szembeni tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat tilalmáról szóló 2008. évi XLVII. törvény (a továbbiakban: Fttv.) rendelkezéseinek vélelmezett megsértése miatt versenyfelügyeleti eljárást indított a felperessel szemben; végzésében rögzítette, hogy a versenyfelügyeleti eljárás kiterjed a felperes által készített, az ATV

televíziós csatornán 2009 második félévében megjelent interaktív televíziós műsorok teljes kereskedelmi gyakorlatára.

Az alperes a 2010. július 7. napján kelt Vj/154/056/2009. számú határozatában megállapította, hogy a felperes az ATV televíziós csatornán a 2009 második félévében sugárzott „Többet ésszel” játékkal agresszív, tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatot valósított meg. E magatartásával az Fttv. 3.§-ának (3) bekezdésére és 8.§-ára tekintettel megsértette az Fttv. 3.§-ának (1) bekezdését. Ezért a tisztességtelen piaci magatartás és a versenykorlátozás tilalmáról szóló 1996. évi LVII. törvény (a továbbiakban: Tpv.) 78.§-ának (1) és (3) bekezdése alapján a felperest 10.000.000 forint bírság megfizetésére kötelezte.

Határozata mellékletében ismertette a vizsgálók által szűrőpróbaszerűen feldolgozott adásokban a műsorvezető által előadottakat, hangeffektusokat és a képi hatásokat. Rögzítette, hogy a vizsgálattal érintett időszakban az interaktív játék összesen 339 alkalommal volt látható, adásonként a feladványok számából megállapíthatóan általában egy vagy két olyan feladvány jelent meg, amelynek helyes megfejtése esetén a műsorba bekapcsolt néző pénznyereményhez juthatott, amelynek együttes összege nem érte el a 20.000.000 forintot. Ezzel szemben a felperesnek az ebből - a játékból - származó árbevétele meghaladta a 130.000.000 forintot. A fogyasztók emeldíjas (375,-Ft) hívással kerülhettek a műsorba, azonban ez még nem garantálta a műsorba kapcsolást, mert azt számítógép végezte. A játékba beérkező hívásokat egy automata hanginformációs ügyfélszolgálati rendszer (IVR) fogadta, a gépi hang tájékoztatta a hívót, hogy sikerült-e az adásba bekerülni vagy sem. A számítógépes kiválasztás és a stúdióba kapcsolás között átlagosan több másodperc telt el, amelyről más nézők tudomással nem bírtak, így ezalatt is kezdeményezhettek hívást. A játék során a műsorvezetők közlései által és az egész műsor légkörét meghatározó hangeffektek és képi hatások, pl. a ketyegő órahangot imitáló hanghatás; „utolsó percek”; „utolsó esély” kifejezések révén a fogyasztók folyamatosan a tájékozott döntés meghozatalát kedvezőtlenül befolyásoló információkat kaptak. A felperesi kereskedelmi gyakorlat egésze, a műsor légköre azt eredményezte, hogy a fogyasztói döntési folyamat racionális oldalát szolgáló tájékoztatások szerepe háttérbe szorult, különösen (de nem kizárólagosan) azon fogyasztók vonatkozásában, akik döntéseikben a játékszenvedélytől fűtöttek, illetve a játékok iránt az átlagosnál nagyobb érdeklődésük révén befolyásoltak, azonban e hatás az e körön kívül eső fogyasztók esetében is fennállt. A jogsértés körében megállapította, hogy a műsor egésze, annak kialakítása alkalmas volt arra, hogy pszichés nyomásgyakorlással jelentősen korlátozza a fogyasztóknak az áruval kapcsolatos választási vagy magatartási szabadságát, illetve lehetőségét a tájékozott döntés meghozatalára. Ezáltal alkalmas volt arra, hogy a fogyasztót olyan üzleti döntés meghozatalára készítse, amelyet egyébként nem hozott volna meg.

A Tpv. 78.§-ának (3) bekezdése szerinti szempontok mérlegelése mellett a bírság összegének meghatározása során az alperes tekintettel volt a kereskedelmi gyakorlatból származó árbevételre. Súlyosító körülményként értékelte a jogsértő magatartás felróhatóságát és azt, hogy az időben elhúzódva valósult meg. A felperes piaci tevékenységének meghatározó eleme volt a jogsértőnek minősülő kereskedelmi gyakorlat és jelentős volt az ezzel elért fogyasztói kör. Enyhítő körülményként vette figyelembe a felperesnek a korábbi versenyfelügyeleti eljárásokkal kapcsolatos

magatartását, különösen azt, hogy az utóvizsgálat szerint teljesítette a számára előírt kötelezettségeket, bár ennek hatását csökkentette, hogy elmulasztotta figyelembe venni az Fttv. hatálybalépését, vagyis a jogszabályi környezet változásait.

A felperes keresetében jogsértés hiányában az alperesi határozat megváltoztatását és a terhére kiszabott bírság törlését kérte. Sérelmezte, hogy az alperes nem tett eleget tényállás feltárási kötelezettségének, ugyanis a 2009 második félévében sugárzott adások közül mindösszesen 5 műsort vizsgált, ebből a kereskedelmi gyakorlatára vonatkozóan nem vonhatott le megalapozott következtetést. Állította, hogy a vizsgált műsorok során nem hangoztak el valótlan információk, a műsorvezető nem is sugallt olyat, amely megtévesztő lehetne. A játékban történő részvétel feltételei, a játék teljes menete egyértelműen kommunikálásra került (a műsorvezető ismertetése, a képernyőn futó feliratok, az IVR-ben adott tájékoztatás). A hangulati elemek, így a ketyegő óra, a nyeremények változtatása, a műsorvezető sürgetése a nézők érdeklődését volt hivatott fenntartani, különösen, ha hosszabb ideig nem érkezett helyes megfejtés, ugyanakkor bármikor lehetőség volt a csatornáról elkapcsolni. Hangsúlyozta, hogy a nemzetközi gyakorlatnak megfelelően készíti műsorait, a fogyasztókkal való bánásmód és a játék tisztasága érdekében több alkalommal is vizsgálatot kezdeményezett és állásfoglalást kért az illetékes hatóságoktól; a Gazdasági Versenyhivatal korábbi eljárásai során előírt kötelezettségeit teljesítette. A játék jellege, hangulati elemei semmiben nem tértek el a más televíziós csatornákon sugárzott telefonos interaktív játékoktól. Méltánytalan, hogy ezeket a tényezőket az alperes nem vette figyelembe enyhítő körülményként és összességében úgy értékelte, hogy gyakorlata nem érte el az adott helyzetben elvárható mércét.

Az alperes a határozatában foglaltak fenntartása mellett a kereset elutasítását kérte. Kiemelte, hogy a tényállás tisztázási kötelezettségének eleget tett. Rögzítette, hogy szűrőpróbaszerűen, három naptári nap alatt sugárzott összesen 5 műsort vizsgált részleteiben, amelyek alapulvételével a „Többet ésszel” elnevezésű műsor kapcsán az agresszív és tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat megvalósulása megállapítható volt. A döntésében kifejtettekhez képest a felperes nem bizonyította a játékra vonatkozóan feltárt adatok helytelenségét. Határozata 38. pontjában megjelölte, hogy a bírság meghatározásakor mely körülményeket mérlegelte, amelynek eredményeként és amire figyelemmel a vizsgált időszakban a műsorokból elért felperesi árbevétel nagyságát is értékelve a bírság összege nem tekinthető eltúlzottnak.

Az elsőfokú bíróság ítéletével az alperesi határozatot megváltoztatta és a felperes terhére kiszabott bírság összegét 2.000.000 forintra mérsékelte, mert az alperes a 2009 második félévében sugárzott 339 műsorból ténylegesen csupán 3 napon közölt összesen 5 adást vizsgált. Álláspontja szerint ezért az alperes nem értékelhette volna súlyosító körülményként a jogsértés hosszú időtartamát; a Tpv. 83.§-ának (4) bekezdése alapján mérsékelte a kiszabott bírság összegét. Ezt meghaladóan a jogsértés körében a felperes keresetét elutasította és az alperessel egyezően a kereskedelmi gyakorlat egészének és összhatásának az értékelésénél a következőket hangsúlyozta. A vizsgálattal érintett műsorban a fogyasztók a tájékozott döntés meghozatalát kedvezőtlenül befolyásoló információkat kaptak. Ez egyben azt is eredményezte, hogy a döntési folyamat racionális oldalát szolgáló korrekt tájékoztatások a képernyőn, a honlapon stb. a háttérbe szorultak. A műsorvezetők alaptalanul közölték, sugalmazták,

hogy szinte minden betelefonáló bekerül az adásba, és bármikor be lehet kapcsolódni a játékba, vagyis a nyeres ténye csak a fogyasztón múlik. A perbeli esetben nem egy hagyományos értelemben vett tudásalapú játékról volt szó, mivel a feladványon kívül a szerencseelem (számítógépes kiválasztás) is fontos szerepet töltött be. Ugyanakkor a stúdióba kapcsolás, valamint a kiválasztás között eltelt idő alatt olyan telefonhívásokat is kezdeményezhettek a fogyasztók, ahol esélyük sem volt bekerülni az adásba. A műsorvezetői kommunikációból sokszor az derült ki, hogy nincs hívó, hogy a játék során folyamatos a kapcsolás, ami nem felelt meg a valóságnak. Kiemelkedő szerephez jutott a döntési folyamat megzavarására alkalmas módon a hang és képhatásokkal együtt a műsorvezetői sürgetés. Ezen eszközök a nézőket, de különösen a kiemelt (egy hónapban több, akár száz hívást kezdeményező, vagy akár azt is meghaladó, játékszenvedélytől fűtött, játékok iránt az átlagosnál nagyobb érdeklődést mutató) fogyasztói kört olyan üzleti döntés meghozatalára készítette, amelyet egyébként nem hoztak volna meg. Mindezzel szemben a felperes nem bizonyította az agresszív kereskedelmi gyakorlat hiányát, vagyis, hogy a műsor egészében valós és igaz tájékoztatást adott volna a fogyasztók számára.

Az alperes fellebbezésében az ítélet megváltoztatásával a felperes keresetének teljes egészében történő elutasítását kérte, mert az elsőfokú bíróság tévesen állapította meg, hogy a bíróság kiszabása során csak a részletesen elemzett öt játékot értékelhette volna. Határozati megállapításai (rendelkező rész, a határozat 8., 10., 11., 13., 28., 29., 32. pontjaiban rögzítettek) alátámasztják, hogy a döntésében általános jellegű, valamennyi érintett játékra vonatkozó megállapításokat tett. Utalt arra, hogy az elsőfokú bíróság álláspontjának elfogadása a szűrőpróbaszerű vizsgálati módszer alkalmazásának a lehetőségét zárna ki, ugyanakkor a felperes számára kedvezőtlen módon a kiszabott bírság sokszorosára emelésének a lehetőségét nyitná meg. Hangsúlyozta, hogy a perbeli esetben a költségtakarékos és hatékony eljárás törvényi alapelvét is figyelembevéve a 2009 második félévének játékai kapcsán, a felperes által ténybelileg egyáltalán nem vitatott kereskedelmi gyakorlattal kapcsolatos megállapítások megtételéhez nem kellett mind a 339 sugárzott játékot és azok adatait külön elemeznie. A felperesi csatlakozó fellebbezés elutasítását kérte, míg a felperesi ellenkérelemben foglaltakat megalapozatlannak tartotta.

A felperes csatlakozó fellebbezésében az elsőfokú bíróság ítéletének megváltoztatásával kereseti kérelme teljesítését kérte. Álláspontja szerint az elsőfokú bíróság tévesen állapította meg, hogy agresszív kereskedelmi gyakorlatot valósított meg különösen, hogy az alperesi eljárás eredményeként tett megállapítások erre alkalmatlanok, hiszen csak három napon közzétett összesen 5 műsornak a szerkezetét és az ott elhangzottakat vizsgálta. Ez a 339 adáshoz viszonyítottan mindösszesen 1,5%-os arányt tesz ki, ami statisztikailag semmiképpen nem jelent szignifikáns mennyiséget. Ezért nem áll rendelkezésre elegendő információ ahhoz, hogy a hosszabb időn keresztül fennálló azonos magatartás, így az agresszív kereskedelmi gyakorlat megállapítható legyen. A versenyhatóság nem kellő körültekintéssel tárta fel a jogi álláspontjának igazolásául szolgáló tényállást, így az abból levont következtetései sem megalapozottak. A fogyasztó nyilvánvalóan és elvárhatóan a helyes megfejtés birtokában telefonál, ezért a játék tudáselemét is a vizsgálat tárgyává kellett volna tenni. Hangsúlyozta, hogy az Fttv. 8.§-ának (1) és (2) bekezdése szerinti tényezőket sem az alperes, sem az elsőfokú bíróság nem vizsgálta meg kellőképpen, ezért

egyértelműen tévesek a következtetések. Értékelésre érdemes lett volna az a körülmény is, hogy a játékot kizárólag kábelhálózaton fogható csatornán át sugározta olyan műsorsávokban, amelyek közismerten alacsonyabb nézettségűek. A kiszabott bírság csökkentése miatt 80%-ban pernyertes lett, emiatt a polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény (a továbbiakban: Pp.) 81.§-a szerint a perköltség arányos viselésének van helye. Teljeskörűen megismételte a versenyhatóság jogértelmezését kifogásoló, korábban a keresetében már kifejtett, és az elsőfokú bíróság által is értékelt jogi érveit.

Fellebbezési ellenkérelmében utalt arra, hogy az alperes sem a határozatában, sem az elsőfokú eljárás során nem igazolta azt, hogy a tényállást teljeskörűen felderítette és így megalapozott következtetéseket vont le, amelyet a fellebbezésében sem pótol.

A Kúria a 2012. január 4. napján kelt Kpkf.II.37.565/2011/7. számú végzésével a Fővárosi Ítéltábla 2.Kf.27.231/2011/5. számú, a felperes csatlakozó fellebbezését részben, a jogsértés hiányának a megállapítására irányuló részében elutasító végzését hatályon kívül helyezte, és az ítéltáblát a csatlakozó fellebbezés érdemi elbírálására utasította.

Az alperes fellebbezése alapos, a felperes csatlakozó fellebbezése nem alapos.

A másodfokú bíróság a Pp. 340.§-ának (5) és (6) bekezdései alapján tárgyaláson kívül, a Pp. 253.§-ának (3) bekezdése alapján az alperesi fellebbezés, a felperesi csatlakozó fellebbezés és a fellebbezési és csatlakozó fellebbezési ellenkérelmek korlátai között bírálta felül az elsőfokú bíróság ítéletét. Megállapította, hogy az elsőfokú bíróság az ügy megítélése szempontjából releváns tényállást feltárta, és a rendelkezésre álló peradatoknak a Pp. 206.§-ában foglaltaknak megfelelő értékelésével okszerű jogi következtetést vont le a jogsértés körében, azonban téves következtetésre jutott a bírság mérséklése kapcsán.

Az ítéltábla a felperesi jogsértést érintően a következőket hangsúlyozza. A versenyhatóságnak a fogyasztói magatartások azon elemét kell megragadnia, amely lehetővé teszi az Fttv. szerinti fogyasztói érdekek védelmének a biztosítását. Ennek megfelelően a versenyhatóság vizsgálata során a megfelelő és szükséges mértékben feltárta az Fttv. 8.§-ának (1) és (2) bekezdése szerint a felperes kereskedelmi gyakorlatát a jelen ügyben befolyásoló releváns tényezőket, és a beszerzett adatokat, valamint a felperes részéről érdemi védekezésésként előadottakat - amelyeket lényegében a keresetében és csatlakozó fellebbezésében is megismételt - teljeskörűen értékelt. Az ítéltábla az alperesnek a felperes versenyjogi felelősségének az értékelésével, és az elsőfokú bíróságnak a felperes által kifogásolt kérdésköröket érintő megállapításaival egyetértett, ezért azok részletes megismétlését nem tartotta szükségesnek.

A fellebbezésben és csatlakozó fellebbezésben írtakra tekintettel azonban utal arra a másodfokú bíróság, hogy amint azt a versenyhatóság is helyesen emelte ki, nem hagyható figyelmen kívül, hogy az Fttv. alkalmazásában az a fogyasztó is ésszerűen jár el, aki nem kételkedik a részére nyújtott tájékoztatások szavahihetőségében, hanem azokat az üzleti tisztesség követelményének érvényesülésében bízva kezeli. A

fogyasztó által tanúsított magatartás egy olyan döntési folyamat eredménye, amely az erre hatást gyakorló tényezők sokszínűsége alapján értékelhető. A fogyasztói döntést nem lehet egy tisztán racionális megfontolás eredményének tekinteni, hiszen annak megszületésében, kialakulásában más (érzelmi, indulati stb.) tényezők is szerepet játszanak. A játékszenvedélytől fűtött, illetve a játékok iránt az átlagosnál nagyobb érdeklődést mutató, s döntéseikben ezáltal befolyásolt fogyasztók létét igazolják azok az adatok, amelyek azt mutatják, hogy számos olyan néző van, aki egy hónapban (375,-Ft/hívásdíj ellenében) több száz hívást kezdeményez. Helytálló volt az a megközelítés is, hogy nem csak az a magatartási elem jogellenes, amely kizárólagosan meghatározza a fogyasztó döntését, hanem minden olyan megnyilvánulás és felhasznált egyéb eszköz is, amely érdemben kihatással van a folyamat egészére. Az agresszív kereskedelmi gyakorlatot igazolja, hogy a játékban való részvételre ösztönző, és a nyerési esély növelését ígérő folyamatos műsorvezetői sürgetésekkel és egyéb eszközökkel a cél a játékosok intenzív módon való inspirálása volt, ami ezzel együttesen jelentős befolyást volt képes gyakorolni a fogyasztói döntésekre. A kereskedelmi gyakorlat súlyával, a sugárzás jellegével kapcsolatos felperesi előadás alaptalan, mert a 2009 júniusa és novembere közötti műsorokból elért nettó árbevétel meghaladta a 130 millió forintot. Ez cáfolja az elsőfokú bíróság bírságsökkentésre vonatkozó azon megítélését, amikor is lényegében csak a felperes részéről állított azt a körülményt értékelte, hogy a versenyhatósági határozat mellékletében 5 műsorszám részletes elemzésére tekintettel nem értékelhette volna súlyosító körülményként a jogsértés hosszú időtartamát az alperes.

Az irányadó tényállás ismeretében azonban az ítéletábra álláspontja szerint a kiemelt határozati megállapítások, valamint a versenyfelügyeleti eljárásban beszerzett adatok egyértelműen alátámasztják és igazolják, hogy az alperes a 2009 második félévében sugárzott összesen 339 műsorszámban nem megfelelően folytatott tájékoztatási gyakorlatban megnyilvánuló felperesi jogsértő magatartást értékelte, ennek megfelelően tette meg a végkövetkeztetését is, amely szerint a felperesi magatartás megtévesztő jellege, valamint az agresszív kereskedelmi gyakorlat bizonyítottan fennállt a vizsgált műsorokkal összefüggésben. A vizsgálati módszer nem volt hibás, különösen tekintettel arra, hogy nem merült fel olyan körülmény sem a versenyhatósági, sem pedig az elsőfokú eljárás során, ami azt igazolná, hogy a szűrőpróbaszerűen, három vizsgálati napon sugárzott műsorok eredményeként tett megállapítások ne tükröznék a „Többet ésszel” játékra vonatkozóan a felperesi kereskedelmi gyakorlatot.

Kiemeli a másodfokú bíróság, hogy az alperes a több műsorszám - játék - elemzésével általános jellegű megállapításokat tett, a felperes pedig ténylegesen nem cáfolta azokat. Tehette ezt, vagyis az általános megállapításokat az alperes azért is, mert a játékkal összefüggésben a felperes kereskedelmi gyakorlatát már vizsgálta, és a felperesi jogsértő - agresszív - magatartást már szankcionálta. Ezzel szemben pedig a felperes az általa hivatkozott (339 db) műsorszámból egyet sem jelölt meg olyanként, amiben az alperes által kifogásolt elemek ne jelentek volna meg. Nem jelölt meg egy olyan játékot sem, amelyre az alperesi megállapítások ne vonatkoztak volna, és a játék(ok) összhatását, erősen „buzdító” hatását sem cáfolta.

Alaptalan volt a „gyakorlat” hiányára vonatkozó érvelése is a felperesnek, tekintettel az Fttv. 2.§-ának d) pontjában írt fogalom meghatározásra. Eszerint ugyanis az áru

fogyasztók részére történő ... eladásösztönzésével közvetlen kapcsolatban álló magatartás, tevékenység ... marketingtevékenység vagy egyéb kereskedelmi kommunikáció kereskedelmi gyakorlatnak minősül, azaz minden, a fogyasztók felé irányuló magatartás - számától, gyakoriságától függetlenül. A másodfokú bíróság megtekintve a rendelkezésre álló felvételt egyetértett az elsőfokú bíróság döntésével: a felperes jogsértően agresszív kereskedelmi gyakorlatot folytatott, ezért a jogsértés hiányára alapított csatlakozó fellebbezési kérelme nem foghatott helyt.

Az elsőfokú bíróságnak a Tpv. és a Pp. előírásához képest kellett értékelnie a felperes terhére rótt jogsértés miatt alkalmazott jogkövetkezményt, és a jogszabályi rendelkezések által biztosított [Tpv. 83.§ (4) bek.; Pp. 339.§ (2) bek.] megváltoztatási jogkörével élve volt lehetősége a versenyhatóság által alkalmazott joghátrány mellőzésére, avagy mérséklésére.

A másodfokú bíróság utal a Pp. 339/B.§-ában írtakra, amely szerint a bíróság a közigazgatási szerv mérlegelését nem mérlegelheti felül. A mérlegeléssel megállapított bírság mértékének megváltoztatására csak akkor kerülhet sor, ha a hatóság a tényállást nem kellő mértékben tárta fel, ezért az részben hiányos, vagy téves, és mérlegelésének szempontjai és annak okszerűsége sem állapítható meg. Az elsőfokú bíróság nem tett olyan megállapítást, hogy az alperes a tényállást nem megfelelő módon és nem a szükséges mértékben tárta volna fel, ezért az alperesi döntés felülmérlegelésére a helyes tényállás mellett, a mérlegelés okszerűtlenségének hiányában jogszerű lehetősége nem volt.

Az ítélet tábla itt tarja szükségesnek ezzel összefüggésben kiemelni azt, hogy a felperes csatlakozó fellebbezésében az eljárásban mindvégig felsorakoztatott és megismételt érveivel ténylegesen az alperesi és az elsőfokú bírósági jogértelmezést támadva a saját álláspontjának az elfogadását kérte. A Pp. 164.§-ának (1) bekezdése alapján azonban a felperesnek kell elsősorban a szükséges körben azt igazolnia, de legalább valószínűsítene, hogy a határozati tényállás nem valós. E kötelezettsége ellenére a felperes nem bizonyította az alperesi határozat ténymegállapításainak a valótlanágát, a vizsgált interaktív játékokra vonatkozóan feltárt és rögzített határozati elemek jogsértő voltát, és nem indokolta meg azt sem, hogy 2009 második félévében konkrétan mely műsorok voltak álláspontja szerint azok, amelyeknél a sugárzott játékokban a határozatban és annak mellékletében rögzített jogsértőnek ítélt elemek ne lettek volna megtalálhatók.

Így a felperes a másodfokú eljárásban sem tárt fel a korábbi nyilatkozataihoz képest olyan adatot, vagy bizonyítékot, amely a csatlakozó fellebbezésében kifejtettek megalapozottá tételéhez szükséges és elégséges lett volna. Ténylegesen az alperesi tényállás felderíthetlensége és a jogsértés hiánya körében tett állításai elfogadását kérte, azonban a versenyhatóság által levont jogi konzekvenciát és a logikus okfejtéssel és beszerzett adatokkal alátámasztott indokokat nem tudta megdönteni.

Több iránymutató legfelsőbb bírósági döntésben is egyértelműen rögzítésre került, hogy a bírságösszeg érintése csak jogszabálysértés következménye lehet. A bíróság saját érvrendszerét nem alakíthat ki a bírságmérték alátámasztásául, mert ez sérti a felülvizsgálat jogszerűségi törvényi követelményét. Amennyiben a bírságösszeg meghatározása tekintetében a bíróság jogszabálysértést nem tud megjelölni, a hatóság

mérlegelésének felülmérlegelésére és döntésének - akár pozitív, akár negatív - megváltoztatására nincs jogszerű lehetősége. A fentiek miatt az elsőfokú bíróság által kiemelt - a felülvizsgált határozat 38. pontjából kitűnően - súlyosító körülményként figyelembe vett és értékelt elhúzódozó tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat helyesen került a versenyhatóság által mérlegelésre; ettől eltérő álláspont megalapozatlansága okán az elsőfokú bíróság részéről az alperesi határozat megváltoztatása a bírságösszeg 20%-ra való mérséklésével, nem volt indokolt. Míg ugyanis abban helyesen foglalt állást az elsőfokú bíróság, hogy a felperesi jogsértés, a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat kétségtelen, tévedett abban, hogy a bírságot arra alapítottan mérsékelte, hogy az nem volt elhúzódonak tekinthető. A felperesi nettó árbevételhez képest csekély mértékűnek tekinthető bírság az elsőfokú bíróság által is megállapított, öt műsorszámban folyamatosan megjelent magatartáshoz képest nem volt eltúlzott, annak mérséklésére ezért nem kerülhetett jogszerűen sor.

Mivel a Pp. 339/B. §-ában meghatározott feltételek nem teljesültek, a perbeli esetben az elsőfokú bíróságnak a bírság összegének a megváltoztatása körében tett egy mondatos megállapítása nem foghatott helyt, nem alapozta meg a felülvizsgált határozatban kiszabott bírság mérséklését. Ezzel szemben - a felperesi jogsértésre is figyelemmel - az ítéletábra azt állapította meg, hogy a jelen ügyben az alperes a Tpv. 78.§-ában írtaknak megfelelően járt el. Határozatában rögzítette mindazon tényezőket, amelyeket mérlegelt. Így azt, hogy az agresszív kereskedelmi gyakorlat 2009 második félévében 339 műsorszámban, időben elhúzódozó valósult meg; ezt a jogsértés súlyához mérten (amit az elkövetési magatartás jellege, körülményei határoznak meg) helyesen értékelt különös nyomatékkel. Döntésében azt is rögzítette, hogy a felperesnél milyen további enyhítő és súlyosító körülményeket vett figyelembe, és mely határozati megállapítások, egyéb tényezők összevetésével állapította meg a bírság összegét. Az alperes a Tpv. 78.§-a szerinti releváns szempontokat helyesen vette számba, és azokat a súlyuknak, nyomatékuknak megfelelően értékelt, okszerűen mérlegelte, és ennek indokairól a határozatában - a szükséges körben - számot is adott. A bírság kiszabása körében a felperes vonatkozásában értékelhető valamennyi tényezőt szem előtt tartva a másodfokú bíróság úgy ítélte meg, hogy a felperessel szemben kiszabott bírság mértéke eltúlzottnak nem tekinthető, a törvényi speciál- és generál preventív célokkal arányban áll, azok eléréséhez mindenképpen szükséges, annak mérséklése az elsőfokú bíróság részéről nem volt indokolt. Az alperes fellebbezési érveivel szemben a felperesnek a másodfokú eljárásban egyáltalán nem volt a bírság mértékével összefüggésben olyan a javára értékelhető okfejtése, ami az alperesi bírságösszeg meghatározás okszerűségét cáfolná.

Mindezekre figyelemmel a Fővárosi Ítéletábra a Pp. 253.§-ának (2) bekezdése alapján az elsőfokú bíróság ítéletét megváltoztatta és a felperes keresetét teljes egészében elutasította, egyebekben a jogsértés tekintetében helybenhagyta.

Az ítéletábra a Pp. 78.§-ának (1) bekezdése alapján kötelezte a peresztes felperest az alperes együttes első- és másodfokú perköltségének a megfizetésére, amelynek összegét a bírósági eljárásban megállapítható ügyvédi költségekről szóló 32/2003. (VIII.22.) IM rendelet 3.§-ának (5) és (6) bekezdése alapján határozta meg, figyelemmel az ügy jogi megítélésére is. A peresztes felperes továbbá az illetékekről szóló 1990. évi XCIII. törvény (a továbbiakban: Itv.) alkalmazandó 39.§-ának (1)

bekezdése és 42.§-ának (1) bekezdése szerinti mértékű kereseti, és 46.§-ának (1) bekezdése szerinti összegű fellebbezési illeték, valamint az Itv. 46.§ (4) bekezdése szerinti mértékű csatlakozó fellebbezési illeték viselésére is köteles a bírósági eljárásban alkalmazandó költségmentességről szóló 6/1986. (VI.26.) IM rendelet 13.§-ának (2) bekezdése alapján, a perindítás illetve a fellebbezés és csatlakozó fellebbezés előterjesztésének idejére tekintettel.

Budapest, 2012. évi május hó 23. napján

Borsainé dr. Tóth Erzsébet sk. a tanács elnöke, dr. Bacsa Andrea sk. előadó bíró,
Dr. Vitál-Eigner Beáta sk. bíró