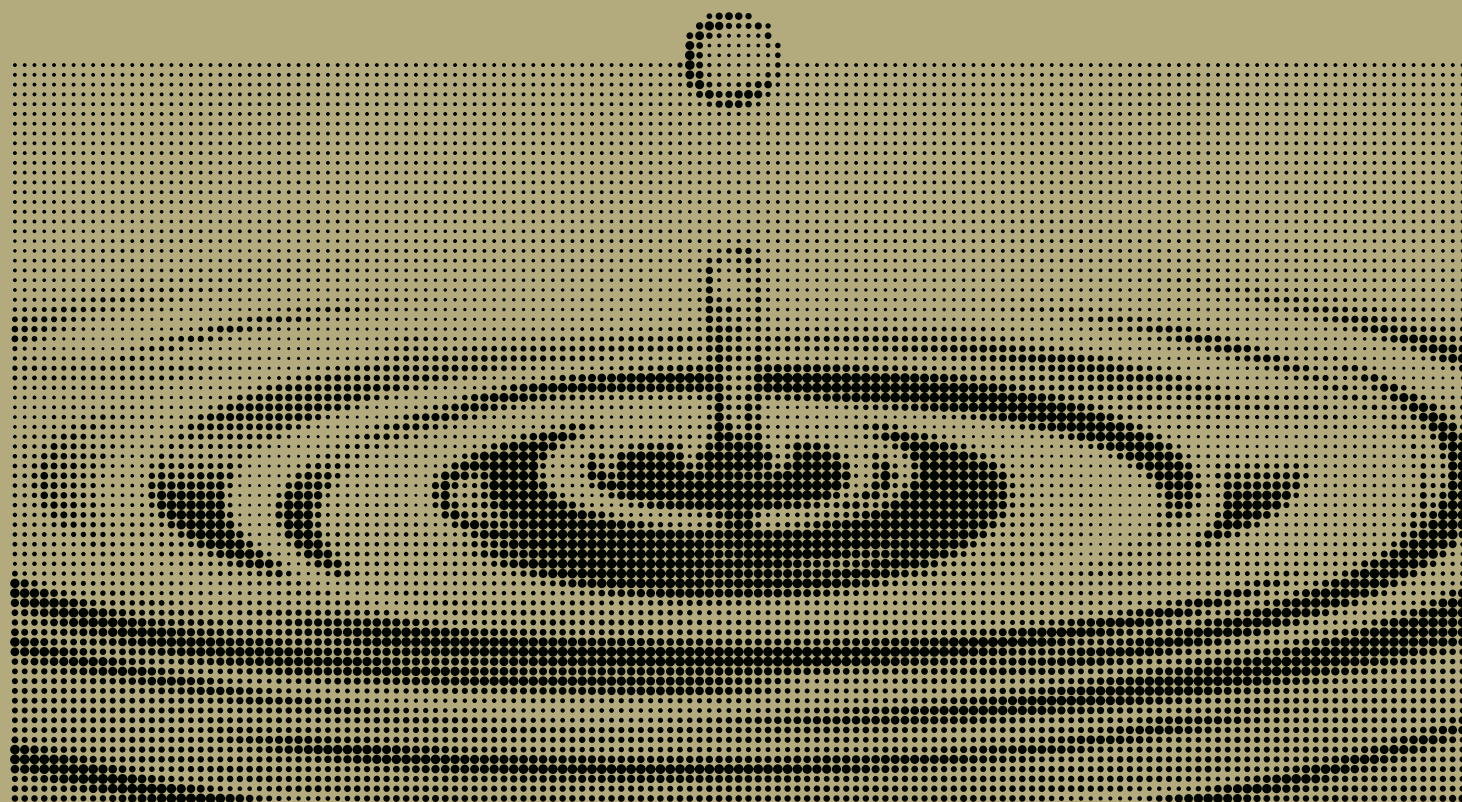


VERSENY- TÜKÖR

XIV. évfolyam
2018/2. szám



- *Algoritmusok és versenyjog*
- *Bizonyítékok felhasználhatósága versenyfelügyeleti eljárásban*
- *Az innováció szerepe az uniós fúziókontrollban*
- *Intézményi befektetők mint versenytársak közös tulajdonosai*
- *Az EU Bíróság gun-jumping vonatkozású iránymutatása az Ernst & Young/KPMG ügyben*
- *Bolgár ügyvédi minimumdíjak az Európai Bíróság mérlegén*
- *Szemle: Fumagalli, Motta, Calcagno: Exclusionary Practices*

Tartalom

Előszó	3
<i>Erdei Gabriella</i> Az innováció szerepe az uniós fúziókontrollban, a Dow/DuPont ügy	4
<i>Dávid Barbara</i> Strafbare Werbung, a megtévesztő reklám büntetőjogi kategóriája a Strafrecht és a Lauterkeitsrecht találkozásánál	12
<i>Kopácsi István</i> Bizonyítékok felhasználhatósága versenyfelügyeleti eljárásban	21
<i>Nyeső Anita</i> Intézményi befektetők mint versenytársak közös tulajdonosai – avagy kell-e aggódnunk a kisebbségi részvényesek miatt	31
<i>Tóth András</i> Algoritmusok és versenyjog	40
<i>Veress Bernadett Ildikó–Horváth–Keömley Boglárka</i> Az online társkeresés fogyasztóvédelmi kockázatai	51
<i>Hantos István</i> Az Európai Unió Törvényszékének ítélete a České dráhy kontra Bizottság ügyben	63
<i>Nagy Zsófia</i> Az Európai Unió Bíróságának ítélete az Ernst & Young/KPMG ügyben – iránymutatás gun-jumping vonatkozásában	69
<i>Szalatkay Judit</i> Bolgár ügyvédi minimumdíjak az Európai Bíróság mérlegén – a CHEZ-ügy	75
<i>Réger Ákos</i> Chiara Fumagalli, Massimo Motta, Claudio Calcagno: Exclusionary Practices, The Economics of Monopolisation and Abuse of Dominance	80

VERSENYTÜKÖR 2018/2. (XIV. évfolyam, 2. szám)

A Versenytükör 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, Miskolczi Bodnár Péter, Szilágyi Pál, Tóth Tihamér.
Szerkesztőasszisztens: Józsa Eszter.

A folyóirat ingyenes.

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

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

A www.gvh.hu Kiadványok/Versenytükör/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: Kézdi Katalin, a Wolters Kluwer Kft. ügyvezetője

Nyomdai munkálatok: Érdi Rózsa Nyomda

ISSN: 1787-5196

Tisztelt Olvasó!

Az egyik legaktuálisabb és manapság legtöbbet kutatott versenyjogi kihívás a digitális gazdaság jelenségeivel kapcsolatos. A Versenytükörről jelen száma is több tanulmányban foglalkozik e kérdéskörrel. Különösen a fogyasztók profilozását biztosító algoritmusok kapcsán merül fel, hogy a jelentős online platformok által az „ingyenesség” ígéretével előállított óriási strukturálatlan adattömeg (big data) mennyiben helyettesíthető más algoritmusfejlesztők számára egyéb forrásból származó adatokkal. A GDPR technológia szabályozási megközelítéséből egyébként a versenyjog is profitálhat: az önfejlesztő algoritmusokba ugyanis felül nem írható parancsként a verseny szabályait is be lehet építeni (by design), így nem a versenyjog szabályait kell tágítani.

A kartellek egyre bonyolultabb megvalósulási formái és a vállalkozásoknak a digitális környezet nyújtotta lehetőségeket kreatívan felhasználó erőfeszítései következtében kulcsfontosságú a nemzeti hatóságok és a Bizottság számára is a bizonyítékok beszerzése, illetve a bíróságok világos iránymutatása a bizonyítékok felhasználhatóságáról. Tanulmány mutatja be az európai bírósági gyakorlatot a helyes, jogszerű bizonyítás fontosságáról, kritériumairól, a bizonyítékok szabad mérlegelésének elve terjedelméről.

Európai szinten a közelmúlt eseményei közül mindenképpen ki kell emelni az Európai Bíróságnak a bolgár ügyvédi minimumdíjaknak a közösségi versenyjoggal való összeegyeztethetőségével, valamint a Törvényszéknek a bizottsági helyszíni kutatásra vonatkozó jogkörével kapcsolatban hozott döntéseit. Mind a CHEZ Elektro Bulgaria- és FrontEx International-, mind pedig a České dráhy-ügy ismertetését megtalálják az idei második számunkban.

A közelmúltban az Európai Bizottság és a tagállami versenyhatóságok, így a Gazdasági Versenyhivatal is több esetben vizsgálta az összefonódások előzetes végrehajtásának kérdéskörét. A Versenytükörről bemutatjuk az Ernst & Young/KPMG ügyet, melyben az Európai Unió Bírósága iránymutatást adott a gun jumping helyzetekben felmerülő számos korábban nehezen megválaszolható kérdés tekintetében, és többek között a GVH korábbi gyakorlatát is megerősíti a tranzakciók részleges végrehajtásának tilalmáról.

Végül fel kell hívni a figyelmet a Kúriának a potenciális versenykorlátozó hatás megállapíthatóságának kérdésében nemrégiben meghozott döntésére, melyről szintén találunk esetismertetést az idei utolsó lapszámunkban más érdekes ügyek és témák mellett.



Dr. Tóth András
főszerkesztő

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

Az innováció szerepe az uniós fúziókontrollban, a Dow/DuPont ügy

Innovation in EU merger control, the Dow/DuPont case

Abstract

The positive effects of innovation occur on many levels, but perhaps most importantly are the contributions to consumer welfare. The intensity of innovation, however, depends on (among several other factors) the competition in the relevant market. In the light of that, the growing importance of innovation cannot be ignored in competition assessments, including those related merger control. This study aims to introduce the relationship between innovation and competition, and develop insight into competition assessment and merger control with regards to innovation.

Tárgyszavak: fúziókontroll, innováció, Dow/DuPont ügy, innováció a versenyjogban, összefonódások innovációra gyakorolt hatása

Keywords: merger control, innovation, Dow/DuPont case, innovation in competition law, the effect of mergers on innovation

1. Innováció az uniós versenyjogban

Az uniós fúziókontroll keretében az összefonódások statikus hatásain túlmenően további dimenziók, hosszú távú, dinamikus hatások elemzésére is kiterjed a vizsgálat úgy, mint a termékek minőségére gyakorolt hatás, a választási lehetőségek korlátozása, új termékek kereskedelmi forgalomba hozatala, illetve a meglévő termékek/szolgáltatások fejlesztése. Az Európai Unió Bizottsága („Bizottság”) joggyakorlatában nem új keletű az innováció számbavétele a tranzakció piacra gyakorolt hatásai körében. Már 1992-ben a DuPont/ICI ügyben született

döntésében kitér a Bizottság a termékek fejlesztésére és az innovációra mint az adott piacot meghatározó tényezőkre¹. Az utóbbi évek gyakorlatában pedig egyre inkább erősödő tendencia az innováció szerepének térnyerése.

A 2015 és 2017 közötti időszakban a Bizottsághoz több mint 1070 tranzakció érkezett, amelyek közül 73 ügyben került sor beavatkozásra² (hozzávetőlegesen az ügyek 7%-ában), amelyből tíz ügyben kerültek megfogalmazásra innovációs aggályok a vizsgálat által (a tranzakciók árra gyakorolt negatív hatásai mellett)³.

A döntések fényében körvonalazódik, hogy mely területeken van kiemelt jelentősége az innová-

* GVH-vizsgáló on secondment of OECD, Competition Division, Directorate for Directorate for Financial and Enterprise Affairs.

1 M.214 Du Pont/ICI ügyben 1992. szeptember 30-án meghozott döntése, amellyel engedélyezte a vállalkozások összefonódását. A döntés elérhető: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m214_en.pdf.

2 Beavatkozás alatt azon döntés értendő, amely kötelezettségvállalással zárult, továbbá a Bizottság tiltó és megszüntető határozatai.

3 Carles Esteve Mosso Deputy Director General for Mergers. Directorate General for Competition. European Commission- Innovation in EU Merger Control, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2018_05_en.pdf (letöltés: 2018. 09. 20.).

ciónak. Tízből hat ügy a gyógyszeriparhoz⁴, kettő a villamosenergia-termelési/olaj- és gázkitermelési és -előállítási piachoz⁵, egy a növényvédő szerek piacához⁶, illetve egy a járműalkatrész-beszállítók piacához⁷ kapcsolódik. Ezeken a területeken az innováció a piaci versenyt nagyban befolyásoló tényező, és vice versa, azaz a piaci verseny intenzitása jelentősen meghatározza az adott piacon aktív vállalkozások innovációs tevékenységét, így a vizsgálat során különös figyelmet érdemel a tranzakció innovációra gyakorolt hatása.

Az innováció kiemelt fontosságát igazolta az Európai Unió Bíróságának (EUB) 2015-ben hozott döntése a Deutsche Börse AG/Commission ügyben, amelyben az EUB egyetértett a Bizottság döntésével. A Bizottság határozatában megtiltotta a két legnagyobb európai tőzsdepiaci szereplő, a Deutsche Börse és a London Stock Exchange⁸ összefonódását. A döntésben többek között innovációs aggályok is megfogalmazásra kerültek, mivel az egyes piacokon az összefonódás következtében kialakuló kvázi-monopol helyzet korlátozta volna az új termékek bevezetését a piacra. Az innovációs aggályok nem konkrét termék vonatkozásában kerültek megfogalmazásra – azaz nem a fejlesztés alatt álló (úgynevezett „pipeline”) termékek vonatkozásában –, hanem egy tágabb értelemben vett generális kontextusban.⁹

2. A piaci verseny és az innováció kapcsolata

A Bizottság iránymutatása a vállalkozások közötti összefonódások ellenőrzéséről szóló tanácsi rendelet szerint a horizontális összefonódások értékeléséről (2004/C 31/03) („Horizontális összefonódásokról szóló iránymutatás”) több helyen kifejezetten utal az innovációra mint a hatékony verseny előnyeinek egyikére¹⁰, a verseny egyik fontos hajtóerejére és ösztönzőjére¹¹, a vállalkozások egyik jelentős előnyére¹², illetve a fogyasztók javát szolgáló hatékonyságjavulás egyik formájára.¹³

Éles verseny esetén a felek nyomást gyakorolnak egymásra az innováció területén is, versenybe szállnak a fogyasztók kegyeiért akár egy új innovatív termék létrehozásával az újabb fogyasztók megnyerése, akár a meglévő termékek továbbfejlesztésével a fogyasztók megtartása céljából. Az innovációs szempontból ideális versenyben tehát a vállalkozások versenynyomást gyakorolnak egymásra, amely révén ösztönöztek lesznek fejlesztések és kutatások elvégzésére.

Általában a tranzakciók vizsgálata során igen sok tényezőt számításba kell venni annak érdekében, hogy helytálló következtetéseket lehessen levonni az innovációra gyakorolt hatások vonatkozásában. Nem

-
- 4 M.8523 számú BD/Bard ügy. Az ügyről szóló sajtóközlemény elérhető: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-4024_en.htm;
M.8401 számú J&J/ Actelion ügy. Az ügyről szóló sajtótájékoztató elérhető: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1582_en.htm;
M.7917 számú Boehringer Ingelheim/Sanofi Animal Health Business ügy. Az ügyről szóló sajtótájékoztató elérhető http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3641_en.htm;
M.7275 számú Novartis/ GLAXOSMITHKLINE Oncology Business. Az ügyről szóló sajtóközlemény elérhető: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-3842_en.htm;
M.7559 számú Pfizer/Hospira ügy. Az ügyről szóló sajtóközlemény elérhető http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5470_en.htm;
M.7326 számú Medtronic/Covidien ügy. Az ügyről szóló sajtóközlemény elérhető: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-2246_en.htm;
- 5 M.1404 számú General Electric/Alstom ügy. Az ügyben született döntés elérhető: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/ml1404_en.pdf és
M.7477 számú Halliburton/Baker Hughes ügy. Az ügyről szóló sajtóközlemény elérhető: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-48_en.htm.
- 6 M.7932 ügy, Dow/Dupont ügy. Az ügyről szóló sajtóközlemény elérhető: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-772_en.htm.
- 7 M.8222 számú Knorr-Bremse/Haldex. Az ügyről szóló sajtóközlemény elérhető: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-2126_en.htm.
- 8 Az ügyről szóló sajtóközlemény: European Commission – Press release: Mergers: Commission blocks proposed merger between Deutsche Börse and London Stock Exchange Brussels, 29 March 2017, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-789_en.htm (letöltés ideje 2018. 09. 26.).
- 9 Carles Esteva Mosso Deputy Director General for Mergers. Directorate General for Competition. European Commission-Innovation in EU Merger Control, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2018_05_en.pdf (letöltés: 2018. 09. 20.).
- 10 Horizontális összefonódásokról szóló iránymutatás 8. pontja.
- 11 Horizontális összefonódásokról szóló iránymutatás 38. pontja.
- 12 Horizontális összefonódásokról szóló iránymutatás 45. pontja.
- 13 Horizontális összefonódásokról szóló iránymutatás 81. pontja.

hagyhatók figyelmen kívül a versenytársak és a felek innovatív törekvései, önmagában azonban az, hogy hány versenytárs aktív a piacon, nem feltétlenül releváns, sokkal inkább az a meghatározó, hogy hány vállalkozás végez azonos területen K+F tevékenységet. Jelentős faktor a K+F tevékenység folytatásának költsége is, valamint ezeken túlmenően a versenyhatóságok által nehezen kiszámítható további tényezők is befolyásolhatják a piacot, mint például a diszruptív innováció.¹⁴

Az innovációra való ösztönöztség tekintetében nem hagyható figyelmen kívül a profitkannibalizáció sem. A kannibalizációs hatás azt jelenti, hogy egy új termék fogyasztókat von el a már piacon lévő termékektől. Rivális vállalkozások fúziójával ezen hatás internalizálódik, az összefonódás révén létrejött vállalkozás saját magától is von el – azaz csoportosít át – fogyasztókat az új termék bevezetésével. Ezért a vállalkozás nem lesz ösztönzött az innovációra és K+F tevékenység indítására a tranzakciót követően.¹⁵

3. Az innováció vizsgálata

„A hatékony versenyt jelentősen akadályozhatja, ha két fontos innovatív vállalkozás, például egy meghatározott termékpiachoz kapcsolódó, fejlesztés alatt álló terméket előállító két vállalkozás összefonódik. Ehhez hasonlóan valamely viszonylag kis piaci részesedéssel rendelkező vállalkozás is a verseny komoly hajtóereje lehet, ha fejlesztés alatt álló termékei ígéretesek.”¹⁶

A joggyakorlat alapján az innovációs kárelméletek két csoportba sorolhatók az innováció stádiumától függően.

A) Az egyik – és sokkal inkább kézzelfogható – esetben a fuzionáló felek között átfedés (i) a pipeline

termékek vagy (ii) a pipeline és már a forgalomban lévő termékek között azonosítható. Az egyik vállalkozáscsoport ebben az esetben egy végső stádiumban lévő pipeline termékkel rendelkezik, amelyet csak néhány lépés választ el a kereskedelmi forgalomba hozataltól, míg a másik vállalkozáscsoport (i) már jelen van az érintett termékpiacon vagy (ii) pipeline termékével a piacra lépés lehetősége adott. A hatáselemzés ilyen esetben nem tér el lényegesen egy hagyományos hatáselemzéstől. A felmerülő aggályok fő iránya a tranzakció jövőbeli árakra gyakorolt hatásának vizsgálata, karöltve esetlegesen a termékek választékának csökkenésével, ami a pipeline termék visszatartására való ösztönöztséget eredményezi (ami végső soron szintén az árak növekedéséhez vezethet).

Konkrét pipeline termékek átfedéséből eredő innovációt érintő aggályok azonban feloldásra kerülhetnek az érintett vállalkozás pipeline termékek fejlesztésével foglalkozó ágának a leválasztásával. Így az adott pipeline termék egy harmadik fél versenytárs irányítása alá kerül, amely révén a termék kereskedelmi forgalomba hozatala valószínűsíthető. Tökéletesen példázza ezen megoldást a Bizottság 2014-ben hozott döntése a Medtronic/Covidien ügyben¹⁸. Az ügy kötelezettségvállalással zárult, amely alapján a versenyjogi szempontból problematikus terület leválasztásra került. Ezáltal az új kézbe került pipeline termék 2015. januárban Európában, majd 2017. júliusban Amerikában került a piacra bevezetésre.¹⁹

B) A másik esetben a fúziókontroll során az innovációra gyakorolt hatás vizsgálatára nem konkrét termékpiacon vonatkozásában kerül sor. Fennállhat olyan szituáció, amikor a felek között nem azonosítható horizontális átfedés konkrét fejlesztés alatt lévő

14 Frédéric de Bure, Laurence Bary: Disruptive Innovation and Merger Remedies: How to Predict the Unpredictable? <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-3-2017/articles/disruptive-innovation-and-merger-remedies-how-to-predict-the-unpredictable> (letöltés: 2018. 09. 23.).

15 Organisation for Economic Co-operation and Development – James Mancini – Considering non-price effects in merger control – Background note by the Secretariat – DAF/COMP (2018. május 4.). [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)2/en/pdf) (letöltés: 2018. 06. 10.).

16 A tisztességtelen piaci magatartás és a versenykorlátozás tilalmáról szóló 1996. évi LVII. számú törvény (Tpv.) 24. § (4) bekezdése az alacsony piaci részesedésű, általános bejelentési küszöbszámot el nem érő vállalkozások megszerzése esetére ír elő bejelentési kötelezettséget, ha nem nyilvánvaló, hogy a tranzakció nem csökkenti jelentős mértékben a versenyt az érintett piacon: A Tpv. 24. § (4) szerint „az (1)–(3) bekezdés alapján bejelentési kötelezettség alá nem tartozó összefonódást is be kell jelenteni a Gazdasági Versenyhivatalnál, ha nem nyilvánvaló, hogy az nem csökkenti jelentős mértékben a versenyt az érintett piacon (14. §), különösen gazdasági erőfölény létrehozása vagy megerősítése következményeként, és ha valamennyi érintett vállalkozáscsoport, valamint az érintett vállalkozáscsoportok tagjai és más vállalkozások által közösen irányított vállalkozások előző üzleti évben elért nettó árbevétele együttesen az ötmilliárd forintot meghaladja.”

17 A Horizontális összefonódásokról szóló iránymutatás 38. pontja.

18 Medtronic/Covidien – M.7326 – A döntésről szóló sajtóközlemény elérhető: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-2246_en.htm (letöltés: 2018. 09. 22.).

19 Carles Esteva Mosso Deputy Director General for Mergers, Directorate General for Competition, European Commission- Innovation in EU Merger Control, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2018_05_en.pdf (letöltés: 2018. 09. 20.).

termékek kapcsán. Ebben az esetben a felek kutatási tevékenysége áll a középpontban, anélkül hogy látható lenne, hogy a jövőben pontosan milyen termék kerül innováció révén kereskedelmi forgalomba. Ez általában akkor merül fel, ha az érintett vállalkozások egy korai stádiumban levő termék fejlesztésén dolgoznak vagy rendszerint kutatási fázisban levő tevékenységet végeznek. A vizsgálatot ebben az esetben nehezítő tényező az, hogy a pontos érintett termékpiac nem határozható meg.

Versenyjogi aggályok ennek mentén a kutatás megrekesztésében, időbeli elhúzásában vagy teljes felszámolásában keresendők, de az is előfordulhat, hogy a tervezett kutatás új irányt vesz a profitmaximalizálás érdekében, a kannibalizációs hatás elkerülésével.²⁰ A vállalkozások a tranzakciót követően természetesen nem lesznek érdekeltek duplikált K+F tevékenységek végzésében,²¹ ami negatívan befolyásolja a jövőbeli termékek piacra kerülésének lehetőségét, mivel a párhuzamosan végzett kutatások nagyobb valószínűséggel végződnek eredményesen. Továbbá a vállalkozások elvesztik ösztönzöttségüket arra vonatkozóan, hogy minél hamarabb minél jobb és versenyképesebb terméket hozzanak be a piacra, mivel a tranzakció a versenynyomás csökkenésével jár. Ennek lehetséges hosszú távú következménye a jövőbeli termékpiacot érinti, ahol a fogyasztók számára jellemzően kevesebb választék lesz elérhető, gyengébb minőségben, magasabb áron.²²

4. Az érem másik oldala: az innovációra gyakorolt előnyös hatások

A fúziókontroll és az innováció kapcsolatáról eltérő nézőpontok vannak, és viták²³ alakultak ki. Olyan vélemény is előfordul, amely megkérdőjelezi a versenyjogi elemzések helyénvalóságát az innováció

terén bizonyos esetekben,²⁴ az azzal járó előnyökre tekintettel. A közéletet képviselve az összefonódások innovációra gyakorolt hatásának a Bizottság általi – a versenyjogi keretek között megvalósuló – vizsgálata során a tranzakciók kedvező innovációs hatásainak számbavétele is az elemzés részét képezi.

A Horizontális összefonódásokról szóló iránymutatás már hivatkozott 38. pontja szerint egyes esetekben az összefonódás az innovációra kedvező hatással is lehet a hatékonyságjavulás révén. Az innováció speciális velejárója, hogy a legtöbb esetben a K+F nagyobb összegű befektetést követel meg, amely csak hosszú távon térül meg, ha egyáltalán megtérül. Az innovációhoz sok esetben szükséges pénzügyi háttérrel csak nagyobb vállalkozások rendelkeznek, így – meghatározott piaci struktúra mellett – egyes vállalkozások fúziója esetén a tranzakció nemhogy csökkenti az innovációt, hanem épp ellenkezőleg, előmozdítja azt a vállalkozás innovációs képességének növelésével.

Az innovációs tevékenység serkentése valószínűsíthető, amennyiben az érintett vállalkozások egymást kiegészítő kutatási projekteket folytatnak. Az ilyen jellegű, az innovációra gyakorolt pozitív hatás a gyógyszeriparban jellemző, a kiegészítő – és egymást feltételező – terápiás kezelések, termékek tekintetében. Bár a különálló gyógyszerek, pipeline termékek és K+F tevékenységek tulajdonosai együttműködhetnek az egymást kiegészítő kezelések kifejlesztése érdekében, az ilyen programok menedzselése valószínűleg könnyebb és hatékonyabb egy vállalkozáscsoporton belül, tranzakciós költségek, kapcsolattól függő befektetések és bizonytalanság hiányában.²⁵

Az innovációra való ösztönzöttség nagyban függ az érintett piac szerkezetétől. Egyrészt amennyiben az adott piacot igen agresszív verseny jellemzi, a piacon aktív vállalkozások kevésbé ösztönzöt-

20 Carles Esteva Mosso Deputy Director General for Mergers. Directorate General for Competition. European Commission- Innovation in EU Merger Control, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2018_05_en.pdf (letöltés: 2018. 09. 20.).

21 A duplikáció elkerülésének azonban pozitív hatása is lehet abban az esetben, ha az erőforrásokat másfajta kutatások (jellemzően termelési/előállítási fejlesztések) elvégzésére allokálja az érintett vállalkozás, így összességében a tranzakció nyomán pozitív innovációs kimenetel várható.

22 Organisation for Economic Co-operation and Development – James Mancini – Considering non-price effects in merger control – Background note by the Secretariat – DAF/COMP (2018. május 4.) [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)2/en/pdf) (letöltés: 2018. 06. 10.).

23 Például a Mergers and innovation: fewer players, more ideas?, OXERA Agenda, 2017 <https://www.oxera.com/agenda/mergers-and-innovation-fewer-players-more-ideas/>.

24 Dennis W. Carlton, and Robert H. Gertner – Intellectual Property, Antitrust, and Strategic Behavior <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/ipe.3.25056152> (letöltés ideje: 2018. 09. 25.).

25 Raphaël De Coninck – Innovation in EU mergercontrol: in need of consistent framework https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/innovation_in_eu.pdf (letöltés: 2018. szeptember 23.).

tek az innovációra, az abból származó, várhatóan alacsonyabb profitra tekintettel²⁶. Másik oldalról²⁷ jelentősebb piaci erővel rendelkező vállalkozások, amelyek képesek magasabb piaci árakat meghatározni, jellemzően ezen domináns pozíciójuk konserválását célozzak meg, és kevésbé vágnak bele kockázatos K+F tevékenységbe.²⁸

Egyes tranzakciók viszont éppen hogy innovációra ösztönzik a vállalkozásokat. A fúzió révén megváltozhat ugyanis az olyan – a fúziót megelőző – piaci helyzet, amikor az egyes vállalkozások – K+F nélkül – a versenytárs vállalkozások sikeres innovációs törekvéseiből előnyt kovácsolva aratják le a babérokat. A költséges K+F tevékenységbe befektetett erőforrás megtérülése, valamint abból profit szerzése csak akkor reális egy vállalkozás számára, ha az innovatív vállalkozások profitját a – nem innovatív – versenytárs vállalkozások kevésbé képesek saját előnyükre kovácsolni. Ebben a tekintetben jelentős faktor lehet a szabadalmi mintaoltalom, amely a termék gyártására és forgalmazására vonatkozó kizárólagos jogokat biztosít meghatározott időtartamra.

A pozitív hatások számbavétele során nem hagyható figyelmen kívül a termelési/előállítási fejlesztések értékelése sem, amely befektetések csak bizonyos szint feletti értékesítésből származó profit esetén térülnek meg, tehát a termelési/előállítási fejlesztésekbe rendszerint nagyobb vállalkozásoknak éri meg befektetni.²⁹

5. A Dow/DuPont ügy³⁰

Az innováció fúziókontrollban való térnyerésének egyik példája a Bizottság M.7932 számú Dow/DuPont ügyben 2017. március 27-én kelt döntése³¹, amelyben a Bizottság kötelezettségvállalással engedélyezte a tranzakciót.

5.1. A tranzakció

A Bizottsághoz 2017. június 22-én került benyújtásra a 2015. december 15-én kelt, a du Pont de Nemours and Company („DuPont”) és Dow Chemical Company (Dow) („Felek”) összefonódásáról szóló megállapodás („Tranzakció”). A Felek székhelye az Egyesült Államokban található, a DuPont irányítása alá tartozó csoport a különböző műanyagok és vegyi anyagok, agro-vegyi anyagok, festékek mezőgazdasági magok piacán folytat tevékenységet. A Dow-csoport műanyag és vegyi anyagok, agrokémiai anyagok és szénhidrogének, valamint energiatermékek és szolgáltatások piacán aktív.

5.2. A vizsgálat

A Bizottság vizsgálata során megállapította, hogy a Tranzakció az innovációs aggályokon kívül jelentősen csökkentené a versenyt a növényvédő szerek és a petrokémiai termékek piacán, illetve negatív hatással lenne az árak alakulására és a termékválasztékra.

A Felek tevékenységére tekintettel a Bizottság három vezérfonal mentén azonosított versenyjogi aggályokat. Egyrészt a Felek között horizontális átfedés a növényvédő szerek és a petrokémiai termékek piacán van. A növényvédő szereken belül három piaci szegmens van: a gyomirtó szerek, a rovarirtók és a gombaölő szerek. A Tranzakcióval érintett vállalkozások mindhárom növényvédőszer-szegmens esetében nagyon magas együttes piaci részesedéssel rendelkeztek, továbbá a Felek összefonódását követően viszonylag kevés további versenytárs maradt az érintett piacon. A Bizottság úgy találta, hogy a Tranzakció jelentősen csökkentené a hatékony versenyt, amely a termékválasztékra negatív hatással járna, illetve magasabb árat eredményezne.

26 SCHUMPETER, J. (1942), „Capitalism, Socialism and Democracy” Harper & Brothers, New York.

27 ARROW, K. (1962), „Economic Welfare and the Allocation of Resources to Invention.” In The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors, Princeton University Press.

28 Organisation for Economic Co-operation and Development – James Mancini – Considering non-price effects in merger control – Background note by the Secretariat – DAF/COMP (2018. május 4.). [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)2/en/pdf) (letöltés: 2018. június.10.).

29 Organisation for Economic Co-operation and Development – James Mancini – Considering non-price effects in merger control – Background note by the Secretariat – DAF/COMP (2018. május 4.). [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)2/en/pdf) (letöltés: 2018. június.10.).

30 European Commission – Press release – Mergers: Commission clears merger between Dow and DuPont, subject to conditions, Brussels, 27 March 2017 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-772_en.htm (letöltés: 2017. május 7.).

31 http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7932_13668_3.pdf.

Másrészt a Bizottság álláspontja szerint a petrokémiai termékek átfedő piaca is versenyjogi agályokat vet fel. A Bizottság aggodalmát fejezte ki a savas kopolimerek piacán a Felek magas együttes piaci részesedése miatt, ahol a Tranzakció révén a versenytársak száma négyről háromra csökkent volna, valamint az ionomerek piacán, amelyen a Tranzakció a DuPont domináns szerepének megerősödésével járt volna.

Harmadrészt a Bizottság az innovációval kapcsolatban azt a megállapítást tette, hogy az érintett növényvédőszer-piacokon az innováció szerepe kiemelkedő jelentőséggel bír a vállalkozások számára, mivel az elengedhetetlen a vevőkör megtartása szempontjából, valamint lehetőséget teremt a versenytárs vállalkozások vevőkörének megszerzésére, és így a vállalkozás növekedésére. Az eladási lánc végén lévő növénytermesztő vállalkozások számára fontos az olyan új termékek alkalmazása, amelyek kevésbé ártalmasak a fogyasztók számára, továbbá hatékonyabbak a kártevők ellen, amelyek idővel ellenállóvá válhatnak a már meglévő hatóanyagokkal szemben.

Az innováció – mind a meglévő termékek fejlesztése, mind pedig az új hatóanyagok kifejlesztése érdekében – kulcsfontosságú eleme a növényvédő szerek piacán folytatott versenynek, amely globális piacon csupán öt piaci szereplő folytat kutatási és fejlesztési tevékenységet. Az innovációs vizsgálatok tekintetében a Bizottság nem alkalmazott – a horizontálisan átfedő termékpiacoktól – elkülönített innovációs érintett piacmeghatározást. Az innováció az érdemi piacdefinícióknak – mind az upstream, technológia piacának, mind a downstream termékpiacnak – szükséges input tevékenységeként került definiálásra.³²

Az innováció vonatkozásában a fókuszpont egyrészt annak vizsgálatára terjedt ki, hogy a piacon mely vállalkozások képesek felvenni a versenyt a K+F tekintetében, és annak révén a hatékony új termékek kifejlesztésében. Az innováció vizsgálatának másik súlypontja keretében – a piaci szereplők kizárólagos licencei alapján meghatározott – innovációs tér került azonosításra, ahol a Feleken kívül csupán három másik vállalkozás folytat hasonló volumenű tevékenységet globális szinten: a BASF, a Bayer és a

Syngenta (a növényvédő szerek piacán ugyan jelen vannak további vállalkozások is, amelyek azonban innovációs szempontból nem tekinthetők a Felek releváns versenytársainak).

A Bizottság megállapításai szerint a Tranzakció két irányból lenne hatással a piacon folytatott innovációs törekvésekre. Egyrészt a Bizottság vizsgálata során azt állapította meg, hogy a Felek egymásnak igen közeli versenytársai és fej fej mellett versengenek egymással a fejlesztés alatt lévő pipeline termékeikre tekintettel a gyomirtó szerek, a rovarirtók és a gombaölő szerek piacán. A Bizottság arra a következtetésre jutott a vizsgálat során, hogy a Felek a Tranzakciót követően nem lennének ösztönzöttek a folyamatban lévő, párhuzamosan végzett innovációs tevékenységeik folytatására, költséges fejlesztési erőfeszítésekre.

Másrészt a Bizottság álláspontja szerint a Tranzakció negatív hatással lenne a Felek növényvédő szerek piacán végzett általános innovációs törekvéseire, mivel a versenynyomás csökkenésével kevésbé lennének érdekeltek intenzív K+F tevékenység folytatására. A Bizottság konkrét bizonyítékkal támasztotta alá azon megállapítását, mely szerint az összefonódással létrejött vállalkozáson csökkenne a nyomás az eredményes innovációs tevékenység folytatására, mivel a Tranzakció éppen az egyik közeli versenytársát iktatná ki. Továbbá a vizsgálat konkrét bizonyítékot talált arra vonatkozóan is, hogy az összefonódással létrejött vállalkozás csökkentette volna az innovatív termékek fejlesztésére fordított összegeket. A Bizottság megállapításai alapjául a Felek párhuzamos kutatási tevékenységei megszüntetéséről szóló belső dokumentumai és elemzései szolgáltak.

Az érintett piacon világszerte csupán három versenytárs vállalkozás – az érintett vállalkozások mellett – rendelkezik erőforrásokkal ilyen jellegű K+F tevékenység folytatására, új termék, új hatóanyagok (a kívánt biológiai hatásokat előállító molekulák) felfedezésére, illetve fejlesztésére. Ezen további versenytárs vállalkozásoknak azonban korlátozottabb a képessége K+F tevékenység folytatására (például a földrajzi kiterjedés vagy a termékválaszték tekintetében). Az összefonódást követően csupán három globálisan integrált szereplő maradna versenyben az in-

32 CASE M.7932 – Dow/DuPont Bizottság 2017. március 27-én kelt döntésének 348. pontja, http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7932_13668_3.pdf.

novációs tevékenységgel érintett piacon, ahol a belépési korlátok jellemzően igen magasak. Így a növényvédő szerek piacának egyes fókuszált innovációs területein aktív piaci szereplők száma még alacsonyabb lenne, mint a tágabb értelemben vett növényvédő szerek általános szintjén.

5.3. A Felek kötelezettségvállalása

A Bizottság által megfogalmazott, előző pontokban bemutatott versenyjogi aggályai feloldására a Felek egy olyan kötelezettségvállalási csomagot ajánlottak fel, amely ezen aggályokat teljes mértékben lefedi, így a Bizottság ezen kötelezettségek vállalásával hagyta jóvá a Tranzakciót.

A növényvédő szerek piacán fennálló árverseny és innovációs verseny fenntartása érdekében a DuPont meglévő növényvédőszer-üzletága jelentős része leválasztásra került, beleértve a K+F tevékenységet végző szervezetét. Ennek keretében leválasztásra kerültek a DuPont gyomirtó és rovarirtó szerek egyes specializált, globális földrajzi piacát érintő vállalkozásrészei. Ezen túlmenően lemondtak a DuPont rizstermesztéshez kapcsolódó gombaölő szerek vonatkozásában fennálló kizárólagos licencéről az Európai Gazdasági Térséget érintően.

Az innovációs törekvések védelme érdekében a kötelezettségvállalási csomag keretében leválasztották a DuPont globális kutatási és fejlesztési szervezetét, a vállalkozás megtarthatott azonban néhány olyan korlátozott eszközt, amely a DuPont növényvédő szerek kapcsán folytatott tevékenységét támogatják.

Ezen túlmenően a petrokémiai termékek vonatkozásában a Felek által tett kötelezettségvállalás szerint leválasztásra kerültek a Dow Spanyolországban és az Egyesült Államokban levő gyártóüzemei.

A Bizottság sajtóközleménye szerint a Dow és DuPont által benyújtott kötelezettségvállalási csomag teljes mértékben lefedi a Bizottság által megfogalmazott versenyjogi szempontból problémás pontokat. A Dupont egyes vállalkozásrészeinek leválasztása révén feloldódnak a Bizottság által meg-

fogalmazott versenyjogi aggályok az átfedő piacokon, illetve a DuPont K+F részének leválasztásával az innováció terén azonosított negatív hatások is megoldásra kerülnek. A Bizottság arra a következtetésre jutott, hogy a vevő versenyjogi szempontból megfelelő, illetve hogy a vevő, a leválasztott ágazat képes arra, hogy fenntartható módon helyettesítse a DuPont versenyben betöltött szerepét az érintett piacokon. A leválasztott K+F tevékenységet folytató vállalkozásrész és pipeline termék értékesítése tartósan biztosítja azok életképességét és versenyképességét, és lehetővé teszi a vevő számára, hogy globális integrált K+F versenyzővé váljon, és hogy folytassa az innovációt az európai mezőgazdasági termelők és fogyasztók javára.³³

Margrethe Vestager nyilatkozata szerint: „A növényvédő szerek jelentős termékek a farmerek, a fogyasztók és a környezet számára. A hatékony verseny azért kiemelt jelentőségű ebben a szektorban, mert az a vállalatokat arra sarkallja, hogy olyan termékeket fejlesszenek ki, amelyek biztonságosak a fogyasztók egészségére és kedvezők a környezetre nézve. A Bizottság mai napon hozott döntése a növényvédő szerek piacán folytatott árverseny fenntartását és a jövőbeli biztonságosabb és jobb termékek fejlesztésére irányuló innovációt szolgálja.”³⁴

5.4. A vita tárgya: a Dow/DuPont döntés

A döntés közgazdasági elemzését kritizálta³⁵ az OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development/Gazdasági Együttműködési és Fejlesztési Szervezet) Versenybizottságának elnöke, Frederic Jenny. Szerinte a Bizottság innováció területén végzett elemzése nem megfelelő alapokon nyugszik azáltal, hogy a Bizottság az unilaterális hatáselemzés logikát alkalmazta a K+F-re vonatkozóan, amely szerint a kibocsátás csökkentésére való ösztönzőtség egyben a K+F-hez kapcsolódó befektetések csökkentésére való ösztönzőtséggel jár együtt. Álláspontja szerint a Bizottság döntése egy olyan új elméletre alapozza az innovációs megállapításait,

33 European Commission – Press release – Mergers: Commission clears merger between Dow and DuPont, subject to conditions, Brussels, 27 March 2017, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-772_en.htm (letöltés: 2017. május 7.).

34 European Commission – Press release – Mergers: Commission clears merger between Dow and DuPont, subject to conditions, Brussels, 27 March 2017, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-772_en.htm (letöltés: 2017. május 7.).

35 <https://globalcompetitionreview.com/article/1174409/dg-comp-and-cma-economists-counter-jenny-on-dow-dupont> (letöltés ideje: 2018. szeptember 21.), DG Comp and CMA economists counter Jenny on Dow/Dupont – Pallavi Guniganti 17 September 2018.

amely a döntés meghozatalakor még nem állt biztos talajon a szükséges tesztek elvégzése hiányában. Véleménye szerint e terület nem volt megfelelően feltérképezve ahhoz, hogy biztosan azt lehessen állítani, hogy a Tranzakció pontosan milyen hatással lehetett volna az innovációra.

Bár Frederic Jenny szakmai véleménye kapcsán ritkán alakul ki heves vita, fenti álláspontjával szemben Svend Albaek³⁶ és Mike Walker³⁷ is ellentétes nézőpontra helyezkedve védtek a Bizottság által alkalmazott elméletet, mondván, hogy az szerintük megfelelő alapokon nyugszik, és nem vet fel aggályokat.

6. Konklúzió

A megfelelő innovációs körülmények biztosítása kiemelt jelentőségű a fogyasztói jólét megteremtésében. A kutatási tevékenységek folytatása, az új termékek kifejlesztése vagy a meglévő termékek továbbfejlesztése elengedhetetlen feltételei a hatékony piaci verseny fenntartásának, amely végeredményeként a fogyasztók számára jó minőségű termékek, nagy választékban, megfelelő áron lesznek elérhetők.

Ahogy azt az ügyek növekvő száma, a Bizottság gyakorlata és Margrethe Vestager³⁸, a Bizottság Versenypolitikai Főigazgatóság biztosa is alátámaszt-

ják, a piaci versenynek kiemelt jelentősége van az innováció terén, azt jelentősen befolyásoló tényező, így az innováció fúziókontroll keretében történő vizsgálata is indokolt. Az innováció és a verseny kapcsolata azonban igen komplex, rendkívül sok tényezőt és azok egymásra gyakorolt hatásán múlik, nem lehet általánosan érvényesülő generálklauzulákat alkalmazni, mindig az adott érintett piac sajátosságainak, struktúrájának figyelembevételével, esetről esetre szükséges versenyjogi vizsgálatot végezni, és ez alapján levonni konklúziót.

Az innovációra gyakorolt hatások elemzésének kulcsfontosságú pontjai többek között kiterjednek az érintett vállalkozások innovációs tevékenységének jelentőségére és közelségére, a piacon a K+F területén aktív vállalkozások számára és innovációs képességére, az innovációs piacra lépési korlátokra és nehézségekre, úgymint az innovációs tevékenység költségei, és engedélyek szükségessége, valamint nem hagyható figyelmen kívül a tranzakció innovációs versenyre gyakorolt élénkítő hatása sem.

Ezen tényezők vizsgálatának esetleges nehézségei ellenére – tekintettel az innovációnak a gazdasági növekedés, a hatékony verseny és a hosszú távú jólét biztosításában betöltött központi szerepére – az összefonódások dinamikus versenyre gyakorolt hatásának vizsgálata teljes joggal képezi az uniós fúziókontroll részét.

36 Deputy Chief Economist in the European Commission's Competition Directorate-General.

37 British Competition Authority – CMA (London) Chief Economic Adviser.

38 European Union competition commissioner Margrethe Vestager on Recode Decode 2017. December 9. <https://www.recode.net/2017/12/9/16752750/european-union-eu-competition-commissioner-margrethe-vestager-recode-decode-lisbon-web-summit> (letöltés: 2018. szeptember 23.).

Strafbare Werbung, a megtévesztő reklám büntetőjogi kategóriája a Strafrecht és a Lauterkeitsrecht találkozásánál

**Strafbare Werbung, the criminal category of misleading advertising
at the intersection of the German criminal law and fair competition
law**

Abstract

This paper presents an analysis of Paragraph 16. § (1) of the German Act Against Unfair Competition, which deals with the particularly dangerous cases of misleading advertising. In this paper the author focuses on the objective and subjective elements of this criminal offence and presents the conclusions of the available jurisprudence and points out the controversial issues in this field.

Tárgyszavak: tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatok, különösen kedvező ajánlat látszata, szándékos elkövetési magatartás, büntetőjogi felelősség, német jogi szabályozás

Keywords: unfair commercial practices, appearance of a particularly favorable offer, intentional infringing conduct, criminal liability, German law

1. Bevezetés

1.1. A tanulmány témája

Jelen tanulmány a német tisztességtelen verseny tilalmáról szóló törvény (Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb, „UWG”) 16. § (1) bekezdésében található, a megtévesztő reklám különösen veszélyes eseteit szankcionálni rendelő tényállás („strafbare Werbung”) bemutatására, a norma objektív és szubjektív tényállási elemeinek ismertetésére fókuszál. A szerző bemutatja a német jogirodalomban a tanulmány témája tekintetében kikristályosodott megállapításokat, illetve egyben rámutat a vitás pontokra is, amelyek a szakma számára mindenkor aktuális kérdéseket boncolgatnak (reklám fogalma, valótlan-ság és megtévesztés egymáshoz való viszonya, átlag-

fogyasztó jellemzői stb.), így azok a hazai joggyakorlat számára is relevánsak.

A tanulmány egy német büntetőjogi tényállást, nevezetesen a strafbare Werbungot mutatja be. A szerző a téma feldolgozása során mellőzi a jog-összehasonlítást, kizárólag a vizsgált normát érintő megállapításokat tesz.

1.2. Alapvetés

A vállalkozások gazdasági növekedése mögött álló folyamatos piaci versengés állandó mozgatórugója a fogyasztói érdekek leghatékonyabb módon történő kielégítésére való törekvés. A Német Központi Reklámipari Szövetség (Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft e.V.) statisztikai adatai

* Vizsgáló, Fogyasztóvédelmi Iroda, Gazdasági Versenyhivatal. Jelen cikk a szerző által a Szegedi Tudományegyetem és a Potsdami Egyetem közös képzésén folytatott német jogi és német szakfordítói posztgraduális tanulmányok befejezéseként megírt német nyelvű diplomamunkáján alapul.

szerint a német reklámpiar permanensen növekszik, az elmúlt évben 26,12 milliárd eurónyi befektetés realizálódott az érintett piaci szektorban.¹

A német versenyjogi előírásokat több külön törvény tartalmazza. A versenykorlátozások tilalmáról szóló törvény (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) rendelkezik az erőfölénnyel való visszaélések eseteiről, illetve a kartellekről és a fúziókról. A német jogalkotó a tisztességes piaci verseny megőrzése érdekében különböző polgári jogi, illetve büntetőjogi rendelkezéseket rendel alkalmazni az UWG-n keresztül, amely törvényt érintő jogviták elbírálása a német bíróságok hatáskörébe tartozik.

2. A norma történeti kialakulása

Az UWG más elnevezéssel – csalárd reklám (Betrügerische Werbung) – és eltérő normaszöveggel ugyan, de már 1896 óta tartalmazza a strafbare Werbung tényállását, amely több korábbi módosítást megélve végül a 2004-ben végbement törvény-módosítással nyerte el jelenlegi tartalmát:

„Aki abból a célból, hogy egy különösen kedvező ajánlat látszatát keltse, nyilvános közzététellel vagy személyek egy szélesebb köre tekintetében történő közlés útján valótlan állítások alkalmazásával megtévesztő módon reklámozik, két évig tartó szabadságvesztéssel vagy pénzbüntetéssel büntethető.”²

A strafbare Werbung a német büntetőtörvénykönyv (Strafgesetzbuch, „StGB”) rendelkezése alapján³ vétségnek minősül, amely büntetni rendeli a reklám különösen veszélyes (besonders gefährlich) formáit, amely tényállás esetében a „különös veszélyesség” az arra való alkalmasságból ered, hogy képes nagy számban elérni a fogyasztókat.⁴

3. A reklám fogalma

A strafbare Werbung szerinti büntetőjogi felelősség megállapításához tisztázni szükséges, hogy a reklám mely típusai valósíthatják meg a tényállást.

A reklám magában foglal minden olyan állítást, amelyet bármilyen formában, az árucikkek vagy szolgáltatások értékesítésének előmozdítása érdekében fogalmaztak meg.⁵ Mindezek alapján reklámként minősülnek a közvetett értékesítési gyakorlatok során megfogalmazott állítások is, mint például a szponzoráció útján megjelenő reklám vagy az imázshirdetés.⁶

A német szakirodalom különbséget tesz pszichotechnikai és informatív reklám között, mivel kizárólag az informatív reklámnak tulajdonít relevanciát büntetőjogi szempontból. Mindennek oka abban rejlik, hogy a pszichotechnikai reklám – mint amilyen például egy óriásplakáton megjelenő, a fogyasztóban valamiféle asszociációt ébresztő különösen szép vagy jól ismert személy – által történő tudatalatti befolyásolás valójában nem kézzelfogható.⁷ Ezzel szemben az informatív reklám a vállalkozás nagyságára, a termék vagy szolgáltatás minőségére, keresettségére vonatkozó állításokkal kelti fel a fogyasztó figyelmét, gyakorta olyan szuperlatívuszokon keresztül, mint például „Európa legnagyobb online szolgáltatója”⁸ vagy „a legkeresettebb borotvamárká Európában”⁹.

4. A tényállás elhatárolása a civiljogi rendelkezésektől

A tisztességes piaci magatartás joga (Lauterkeitsrecht) alapvetően a deliktualis felelősség elvére

1 <http://www.zaw.de/zaw/branchendaten/wirtschaft-und-werbung/?navid=986495986495> (letöltés: 2018. 09. 15.).

2 „Wer in der Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, durch unwahre Angaben irreführend wirkt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.”

3 StGB 12. § Abs. 2.

4 Peter HAHN: Wettbewerbsrecht: für die Brot- und Backwarenwirtschaft, Behr's Verlag, Hamburg, 2013, 83.; Deutscher Bundestag: Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) BT-Drucks. 15/1487, (2003. 08. 22.) 26.

5 Az Európai Parlament és a Tanács 2006/114/EK irányelve (2006. december 12.) a megtévesztő és összehasonlító reklámról, HL L 376/21, 2. cikk a) pont.

6 BGH, Urt. v. 15. Dezember 2015. – VI ZR 134/15, Tz. 16.

7 Raphael VERGHO: Der Maßstab der Verbrauchererwartung im Verbraucherschutzstrafrecht, in: Klaus TIEDEMANN/Bernd SCHÜNEMANN: Studien zum Wirtschaftsstrafrecht, Centaurus Verlag & Media, Freiburg, 2009, 163.

8 BGH, Urt. v. 17. Juni 2004 – I ZR 284/01 (Größter Online-Dienst).

9 BGH, Urt. v. 15. Februar 1996 – I ZR 9/94 (Der meistverkaufte Europas).

épül, így az UWG-ban szereplő büntetőjogi rendelkezések kivételt képeznek a törvényben. A tapasztalat szerint hatékonyak bizonyul a német versenyjogi jogsértések polgári jogi úton történő kezelése, azonban olykor megvalósulnak olyan, a versenyre, illetve a fogyasztóra nézve különösen veszélyes magatartásformák is, amelyek – nem utolsósorban az általános és speciális prevenció céljából – büntetőjogi felelősségre vonást igényelnek. A jogi lehetősége továbbá annak is fennáll, hogy a polgári jogi és a büntetőjogi eljárások egymás mellett párhuzamosan fussanak, amennyiben a vizsgált magatartás több UWG-tényállást is megvalósít egyszerre.¹⁰

Felmerül a kérdés, hogy hogyan lehet elhatárolni a büntetőjogilag szankcionálni rendelt megtévesztés eseteit a polgári jog szabályai szerinti megtévesztés eseteiről. A büntetőjogi tényállás megvalósulása feltételezi az UWG 5. §-a szerinti – polgári jogi értelemben vett – megtévesztő reklám (irreführende Werbung) meglétét, így az valamely magatartás strafbare Werbung szerinti minősülésének előfeltétele.¹¹

A strafbare Werbung tényállása azonban három pontban szűkebb, mint az irreführende Werbung:

a) *Valótlanosság*: csak a valótlan információt tartalmazó megtévesztő állítások valósítják meg a büntetőjogi tényállást. Mindebből az következik, hogy sem a jelentős információ elhallgatása vagy elrejtése, sem pedig a hamis látszatok keltése esete nem von maga után büntetőjogi szankciót.

b) *Széles körű megvalósulás*: az UWG 5. §-a szerinti megtévesztés esetével ellentétben – amely magában foglalja az egyes individuumoknak szóló reklámok (Einzelwerbung) eseteit is –, strafbare Werbegról csak akkor lehet szó, amennyiben a reklám a címzettek egy szélesebb köre felé irányul.¹²

c) *Szándékosság*: a strafbare Werbung szubjektív tényállási oldala megköveteli a különösen kedvező ajánlat látszatának keltésére irányuló szándékot is.¹³

A strafbare Werbung absztrakt veszélyeztetési deliktum, tehát az eredmény – vagyis a fogyasztó tényleges megtévesztésének – beálltára való tekintet nélkül megvalósul a tényállás.

5. Védendő jogi tárgy

Az UWG által védendő jogi tárgyak triásza (Schutzzwecktrias) magában foglalja a versenytársak, a fogyasztók érdekeinek, valamint a gazdasági verseny tisztaságához fűződő közérdeknek a védelmét.¹⁴ A strafbare Werbung által védendő érdek mindekenélőtt a fogyasztó vagyonának¹⁵ védelme.

6. Objektív tényállási elemek

6.1. Valótlan állítás

A strafbare Werbung elkövetési magatartása a valótlan állítások alkalmazásával való megtévesztő reklámozás. Állítás az a kijelentés, amely konkrét és ellenőrizhető,¹⁶ így becslések, értékítéletek, prognózisok nem tartoznak ebbe a körbe. Az állítás történhet szóban vagy írásban, megvalósulhat ábrák, képek, hangok által, illetve ezek összehatása révén.

Kétfajta nézet létezik a jogirodalomban annak kapcsán, hogy mikor minősül egy állítás valótlannak.¹⁷ Az objektív felfogás szerint akkor, amikor az állítás tényleges tartalma nem egyezik meg az objektív valósággal. Ez a fajta megközelítés nem tulajdonít relevanciát a valótlanosság vizsgálata során a fogyasztói értelmezésnek.¹⁸ Ezzel szemben a szubjektív felfogás a valótlanosság megállapításakor a fo-

¹⁰ BT-Drucks, 15/1487 (5. lj.) 26.

¹¹ BT-Drucks, 15/1487 (5. lj.) 26.

¹² Fritz RITTNER/Meinrad DREHER/Michael KULKA: Wettbewerbs- und Kartellrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts (Schwerpunktbereich), C.F. Müller, Heidelberg, 2016 Rdnr. 377.

¹³ Joachim BORNKAMM, in: Helmut KÖHLER/Joachim BORNKAMM/Jörn FEDDERSEN: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, C.H. Beck, München, 2018, UWG § 16 Rdnr. 7.

¹⁴ UWG I. §

¹⁵ Henning PIPER/Ansgar OHLY: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, C.H. Beck, München, 2006, § 16 UWG Rdnr. 4.

¹⁶ Gunda DREYER, in: Henning HARTE-BAVENDAMM/Frauke HENNING-BODEWIG: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, C. H. Beck, München, 2016, § 5 Rdnr. 119.; BGH, Urt. v. 20. April 1989 – I ZR 125/87 Rn. 11.

¹⁷ Claudia LOCH: Der Adressbuch- und Anzeigenschwindel, Eine Erscheinungsform wirtschaftskrimineller Kundenwerbung, Dr. Kovac, Hamburg, 2008, 511.

¹⁸ VERGHO (8. lj.) 171.

gyasztó szemszögéből indul ki, és abban az esetben tekint egy állítást valótlannak, amikor azt az átlagfogyasztó a valóságnak meg nem feleltethető módon értelmezi.¹⁹ Ezen felfogás mentén nem zárható ki tehát a strafbare Werbung megvalósulása formálisan valós állítás alkalmazása mellett sem. A szubjektív felfogás szerint a „valótlan” és a „megtévesztésre alkalmas” tényállási elemek azonos jelentéssel bírnak,²⁰ tekintve, hogy ezen elmélet szerint a valótlan-ság maga adja az állítás megtévesztő jellegét.²¹

A megtévesztő, azonban az absztrakt valóságnak megfelelő állítások használata a reklámokban tisztességtelenek, azonban nem igényelnek büntetőjogi szankciót, így azokat az UWG 5. §-a alapján lehet megítélni.²² Ilyen lehet az az eset, amikor egy vállalkozás valamely zsírtmentes élelmiszertermékével kapcsolatos kereskedelmi kommunikációjában kiemeli, hogy az adott termék nem tartalmaz zsírt, amellyel azt a látszatot kívánja kelteni a fogyasztó számára, hogy a termék egészséges, vagy az adott termékkinálaton belül egészségesebb más termékekhez képest, azonban az valójában számos más, az egészségre kedvezőtlen hatással bíró összetevővel rendelkezik.

6.2. Megtévesztés

A strafbare Werbung megvalósulásához nem elegendő pusztán a valótlan állítás alkalmazása, a jogalkotó megkívánja a megtévesztésre való alkalmasság elemét is. A reklám alkalmas kell legyen arra, hogy a reklámban szereplő ajánlat tekintetében megtéveszse a reklám címzettjeinek egy jelentős részét, akiket ezáltal olyan ügyleti döntés meghozatalára készítenek, amelyet egyébként nem hoztak volna meg.²³

A tényállás megvalósulásához nem szükséges az, hogy a fogyasztó ténylegesen tévedésbe essen, elegendő pusztán a reklám megtévesztésre való alkalmasságának megléte.²⁴ A megtévesztés kérdése

kapcsán minden esetben abból szükséges kiindulni, hogy az üzenettel érintett fogyasztók miként értelmezik azt.²⁵

A német jogirodalom a megtévesztés fennálltát, illetve a beavatkozás szükségességét egy négy-, illetve ötlépcsős modell²⁶ alapján vizsgálja, amelynek szakaszai a következők:

1. Mely fogyasztói körnek szólt a reklám?
 2. A fogyasztók ezen köre miként értelmezi a reklámot?
 3. A reklám által a fogyasztókban kiváltott képzet megfelel-e az objektív valóságnak?
 4. A fogyasztókban kialakult tévképzet szerepet játszott-e egyáltalán az ügyleti döntés folyamatában?
 5. (Szükség esetén arányossági vizsgálat lefolytatása annak megállapítására, hogy a megtévesztés foka indokolja-e a külső beavatkozást.)
- Azok a reklámok, amelyek valótlan állításokat tartalmaznak ugyan, azonban ezeknek nem tulajdonítható a fogyasztó ügyleti döntési folyamata során jelentőség, kiesnek azon állítások köréből, amelyek megvalósíthatják a strafbare Werbung tényállását (Wesentlichkeitsschwelle).²⁷

6.2.1. Fogyasztói célcsoport

A reklám valódi üzenete a reklám címzettjei által a reklámban elhangzottakból észlelt tartalom.²⁸ A fogyasztói értelmezést minden esetben szükséges tehát górcső alá venni, amelynek – a német joggyakorlatban kialakult – folyamata megegyezik a hazai joggyakorlatban kikristályosodott lépésekkel.

Amennyiben ugyanis a reklám nem speciális célközönség felé irányul, hanem az „mindenkinek” szól, úgy az átlagfogyasztói értelmezést kell figyelembe venni a reklám üzenetének meghatározása során. Ha a reklám célközönsége egy speciális szakértelemmel rendelkező csoport, úgy ezen szakemberek értelmezése alapján szükséges a reklám tartalmát

19 Robert KILIAN: Strafbare Werbung (§ 16 UWG), Nomos, Baden-Baden, 2011, 47.

20 Volker SCHWARZ: Die strafrechtliche Erfassung irreführender Werbung, Köhler-Druck, 2001, 66.

21 Hans KUDLICH/Mustafa Temmuz OGLAKCIOGLU: Wirtschaftsstrafrecht, C. F. Müller, München, 2014 Rdnr. 410.

22 LOCH (18. lj.) 232-233.

23 BT-Drucks, 15/1487 (5. lj.) 19.

24 LOCH (18. lj.) 238.

25 BORNKAMM (14. lj.) UWG § 16 Rdnr. 9.

26 BORNKAMM (14. lj.) UWG § 5 Rdnr. 2.74.; KILIAN (20. lj.) 56.

27 VERGHO (8. lj.) 175.

28 Resit KARAASLAN: Strafbare Werbung bei Online-Auktionen, Dr. Kovac, Hamburg, 2016, 141.

vizsgálni, tekintettel arra, hogy a szakértelemmel bíró célcsoporttal szemben magasabb elvárhatósági mércét, alaposabb körütekintést vár el a joggyakorlat. Amennyiben a reklám egy különösen sérülékeny fogyasztói kör felé irányul (besonders schutzwürdiger Verkehrskreis), úgy ezen címzetti kör értelmezése alapján kell a reklám tartalmát figyelembe venni.²⁹

Az átlagfogyasztókra vonatkozó vizsgálat nem statisztikai alapú vizsgálat. A nemzeti bíróságok és hatóságok – az Európai Bíróság esetjogának figyelembevételével – saját mérlegelési jogkörükben határozzák meg az átlagfogyasztó adott esetben tanúsított jellegzetes viselkedését.³⁰

6.2.2. Fogyasztói modell alkotóelemei

Miután a reklámmal érintett fogyasztói kört behatároltuk, a következő lépésben azt szükséges megvizsgálnunk, miként értelmezi e csoport a szóban forgó reklám üzenetét.

A fogyasztói modell kérdése kapcsán korábban ellentmondás állt fenn a Német Szövetségi Legfelsőbb Bíróság (Bundesgerichtshof, „BGH”) esetjoga és az Európai Unió Bíróságának („EUB”) ítélkezési gyakorlata között.³¹ A BGH egy tag értelmű, fogyasztóbarát fogyasztói modellt dolgozott ki,³² ezzel szemben az EUB azt az átlagfogyasztót vette eljárásai során viszonyítási alapul, aki figyelmes, megfelelően tájékozott és körültekintő módon jár el.³³ A BGH 1999-ben vette át az EUB által kidolgozott fogyasztókép fogalmát, mely időponttól az átlagosan tájékozott, figyelmes és körültekintő fogyasztóképet alkalmazza jogalkalmazó tevékenysége során.³⁴

Az átlagos tájékozottság arra a fogyasztói ismeretre utal, amellyel a fogyasztó a reklám üzenetét

feldolgozza. Mindezen ismeret szintjét számos tényező befolyásolhatja, úgymint az iskolázottság szintje, családi háttér, egyéni érdeklődési terület.³⁵ A tájékozottság szintjét befolyásolhatja továbbá a reklámozott termék fajtája is, mivel a rendszeresen vásárolt FMCG³⁶ termékek kapcsán magasabb szintű fogyasztói tájékozottságra lehet számítani, mint a ritkábban vásárolt, nagy értékű árukkal kapcsolatosan.³⁷ A német jogirodalom nem ad az átlagfogyasztó tájékozottságára vonatkozó pontos, kidolgozott definíciót arra az indokra tekintettel, hogy a népesség tájékozottságának szintje rendkívül egyenlőtlenül oszlik meg.³⁸

Az átlagfogyasztó tájékozottságával és értelmezési készségével szemben támasztott viszonylag magas szintű elvárásokat az alábbi ügyek jól tükrözik.

Az EUB ítéletében kimondja, hogy az átlagfogyasztó egy eperdzsemmel kapcsolatban alkalmazott „természetesen tiszta” („naturrein”) állítás kapcsán tisztában van azzal, hogy az nem jelentheti a termék kadmium- és ólommaradékoktól való 100%-os mentességét, tekintve, hogy ezek az anyagok a levegő- és vízszennyezettség következtében jelen vannak a természetes élővilágban.³⁹

Berlin tartomány Legfelsőbb Bírósága (Kammergericht, „KG Berlin”) szerint a német átlagfogyasztó tisztában van azzal, hogy amennyiben egy külföldi légitársaság nemzetközi weboldalán külföldre szóló repülőutat német nyelven foglal le, úgy a szolgáltató az ÁSZF rendelkezései között külföldi jog alkalmazását írhatja elő az igénybe vett szolgáltatásra vonatkozóan.⁴⁰

Az átlagfogyasztó modelljéhez nem csak az átlagos tájékozottság, hanem az átlagos figyelem tanúsítása is hozzátartozik. Az átlagos figyelem kritériuma

29 KARAASLAN (29. lj.) 142.

30 Az Európai Parlament és a Tanács 2005/29/EK irányelve 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. HL L 149/22 (2005. 06. 11.) Preambulum (18) pont.

31 KILIAN (20. lj.) 58.

32 OGH Urt. v. 01. Februar 1972, 4 Ob 380/71; OGH Urt. v. 20 Dezember 1988, 4 Ob 123/88.

33 Európai Bíróság: 1998. július 16-ai Gut Springenheide GmbH vs. Rudolf Tusky ítélet, C-210/96. számú ügy.

34 KILIAN (20. lj.) 59.

35 Marina KOPP: Irreführung durch Personenmarken und Personenfirmen, Peter Lang GmbH, Bern, 2010, 19.

36 Fast Moving Consumer Goods („Gyorsan Forgó Fogyasztási Cikkek”).

37 KARAASLAN (29. lj.) 143.

38 Alexander METZ: Verbraucherschützende Informationspflichten in der Werbung: Eine Analyse rechtlicher und ökonomischer Rahmenbedingungen, Herbert Utz, München, 2008, 131.

39 Európai Bíróság: 2000. április 4-ei Darbo-ítélet, C-465/98; Helmut KÖHLER, in: Helmut KÖHLER/Joachim BORNKAMM/Jörn FEDDERSEN: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, C. H. Beck, München, 2018, UWG § 1 Rdnr. 26.

40 KG Berlin, Urt. v. 07. Mai 2013, 5 U 32/12 (Online-Kontaktformular).

az információk észlelésének és befogadásának intenzitását jelöli.⁴¹ E tekintetben arról van szó, hogy az átlagfogyasztó a feléje közvetített információkat ténylegesen észleli, illetve azokat az üzleti döntési folyamata során figyelembe veszi.⁴² Az átlagos figyelem mértéke számos tényezőtől függ, mint például az alkalmazott kommunikációs eszköz információát-eresztő képességétől, a reklámmal megcélzott fogyasztói kör képességeitől, de mindenekelőtt a reklámozott termék vagy szolgáltatás értékétől, illetve a fogyasztóra gyakorolt jelentőségétől.⁴³

A német jogirodalom az átlagos figyelem fogalmának meghatározásához segítségül hívja a termékek tapasztalati/keresési/bizalmi kategóriákba való besorolását.⁴⁴ Amikor ugyanis tapasztalati termékek reklámjáról van szó, a figyelem foka alacsony, ezzel szemben keresési és bizalmi termékek esetében a német fogyasztó figyelmének szintje megnő. A jogirodalomban gyakorta hivatkozott „Orient-Teppichmuster” ügyben hozott döntésből az következik, hogy a fogyasztótól elvárt figyelem mércéje magasabb azokban az esetekben, amikor nagy értékű, tartós fogyasztási cikkekkel, illetve bizalmi termékkel vagy szolgáltatással kapcsolatban hoznak üzleti döntést.⁴⁵ A bíróság döntése alapján ezekben az esetekben különösen elvárt a fogyasztóktól, hogy a számukra rendelkezésre bocsátott információkat kellően átfogóan és alaposan áttanulmányozzák.⁴⁶ Ezt az elvet a szakirodalom gyakran az ún. „szituációadekvát figyelem” (situationsadäquaten Aufmerksamkeiten) kifejezéssel illeti.

A fogyasztó akkor tekinthető átlagosan körültekintőnek, amikor képes az őt ért információkat megfelelően osztályozni, azokra kritikus szemlélettel tekinteni, illetve ha számba veszi az ajánlattal járó előnyöket és hátrányokat egyaránt.⁴⁷ Ezeken túl elvárt a német körültekintően eljáró átlagfogyasztótól

az is, hogy a piacon végbemenő változásokra képes legyen reagálni,⁴⁸ ismerje a gazdasági összefüggéseket⁴⁹ és el tudja végezni az alapvető matematikai számításokat⁵⁰.

A fentiek fényében nem meglepő tehát, hogy a KG Berlin ítéletében kimondta, hogy a „Hitel bárki számára” („Kredit für jedermann”) állítás ugyan valószínű, azonban nem megtévesztő, mivel egy észszerűen eljáró átlagfogyasztó számára nyilvánvaló, hogy egy kölcsönszerződést csak bizonyos feltételek (hitelképesség igazolása, fedezet biztosítása) megléte esetén lehetséges kötni, így a bíróság által vizsgált állítás nem minősült megtévesztőnek.⁵¹

6.3. Nyilvános közzététel vagy személyek egy szélesebb köre előtt történő közlés

A strafbare Werbung miatt történő felelősségre vonás csak abban az esetben lehetséges, ha az elkövetési magatartás nyilvános közzététellel vagy személyek egy szélesebb köre előtt történő közléssel valósul meg.

Nyilvános közzétételnek azon írásbeli vagy szóbeli közlések minősülnek, amelyek egy behatárolhatatlan körbe tartozó, meghatározhatatlan számú taggal rendelkező embercsoport felé irányulnak, függetlenül attól, hogy azt a címzettek észlelik-e valójában.⁵² Ide tartoznak a televízió- és rádiócsatornákon sugárzott reklámok, újságokban, broszúrákban, interneten közzétett hirdetések.⁵³

Amennyiben azonban a reklám a nyilvánosság egy konkrétan meghatározható részének szól – amely nem korlátozódhat egy jól körülhatárolható, megszámlálható tagokkal rendelkező csoportra –, abban az esetben beszélhetünk a személyek egy szélesebb köre tekintetében történő közlés esetéről.⁵⁴

41 Tobias LETTL: Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa, C. H. Beck, München, 2004, 93.; DREYER (17. lj.) § 5 B Rdnr. 31.

42 Otto TEPLITZKY/Karl-Nikolaus PEIFER/Matthias LEISTNER: Großkommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, De Gruyter, 2014, Rdnr. 805.

43 LETTL (41. lj.) 85–86; KARAASLAN (29. lj.) 145.

44 KÖHLER (39. lj.) UWG § 1 Rdnr. 34; KILIAN (20. lj.) 63.

45 BGH Urt. v. 20. Oktober 1999 – I ZR 167/97 (Orient-Teppichmuster); KARAASLAN (29. lj.) 147.

46 KOPP (36. lj.) 20.

47 VERGHO (8. lj.) 84.

48 KILIAN (20. lj.) 62.

49 BGH Urt. v. 08. Oktober 1998 – I ZR 7/79 (Handy-Endpreis).

50 BGH Urt. v. 03. April 2003 – I ZR 222/00 (Internet-Reservierungssystem).

51 VERGHO (8. lj.) 189.

52 BORNKAMM (14. lj.) UWG § 16 Rdnr. 14; KILIAN (20. lj.) 77.

53 Helmut BRANDAU/Constantin REHAAG: IP-Strafrecht, De Gruyter, 2017, 83.

54 LOCH (18. lj.) 239.; BORNKAMM (14. lj.) UWG § 16 Rdnr. 15.

A címzettek száma azonban nem lehet olyan csekély, hogy a csoportba tartozó egyes egyéneket különösebb erőfeszítés nélkül azonosítani lehessen.⁵⁵ E körbe sorolhatók például a jelentős számú háztartásnak kiküldött DM vagy e-DM levelek, az árlisták, prospektusok. Ha az üzenet csak egy zárt körhöz jut el, azonban egy nagyobb csoportba történő továbbküldés várható, abban az esetben teljesül a „szélesebb kör” tekintetében való közzététel.⁵⁶

7. A tényállás szubjektív oldala – a szándék

A strafbare Werbung tényállását csak szándékos elkövetéssel lehet megvalósítani.⁵⁷ A magatartás mindaddig csak tisztességtelen, de nem büntetőjogi kategória, ameddig a reklám közléte nem szándékosan befolyásolta a fogyasztók üzleti döntését a reklámban alkalmazott valótlan állításokkal.

Az elkövető azzal a szándékkal kell, hogy elkövesse magatartását, hogy egy különösen kedvező ajánlat látszatát keltse. A jogirodalom álláspontja szerint a bűnösség ezen szintje az egyenes szándék „első fokát” jelenti (dolus directus 1. Grades.), amely a szándékos elkövetés legsúlyosabb alakzata a német büntetőjogban.⁵⁸

A különösen kedvező ajánlat látszatát többféle módon lehetséges előidézni, ilyen például a kiváló ár-érték arány látszatának keltése azzal, hogy vagy rendkívül alacsony árat tüntetnek fel, vagy pedig a termék magas színvonalát emelik ki. A német ítélkezési gyakorlat a „különösen kedvező ajánlat látszatának keltése” esetét állapítja meg azon esetekben is, amikor azt ígéri a fogyasztó számára, hogy vásárlásával valamely jótékonyági célt támogat.⁵⁹ Így nem csupán az anyagi előny meglétének látszata, hanem bármilyen hozzáadott eszmei, immateriális érték látszatának keltése alkalmas a különösen ked-

vező ajánlat látszatának keltésére.⁶⁰ Ide tartoznak például a fogyasztókat vásárlásra ösztönző nyermény-, illetve ajándékígéretetek, valamint a nyugdíjasoknak szervezett különböző „buszos kirándulások” (Kaffeefahrten) keretében nyújtott szolgáltatásokra vonatkozó ígéretetek is.⁶¹

A fentiekben ismertetett szakirodalmi nézettől eltérő álláspontot képvisel a joggyakorlat a bűnösség fokának kérdése kapcsán. Az ítélkezési gyakorlatban képviselt álláspont szerint ugyanis minden megtévesztő állítást azzal a szándékkal tesznek, hogy egy vélt vagy valós előny látszatát keltsék a reklámozott áruval kapcsolatban. Az elkövető azonban az állítás közzétételekor még csak lehetségesnek tartja, hogy az állítás alkalmas lehet a különösen kedvező ajánlat látszatának keltésére, ezért a bírói gyakorlat az eshetőleges szándékkal (dolus eventualis) történő elkövetést is bünteti.⁶²

8. A reklám üzenete és a reklámozott áru közötti kapcsolat

A szándék a valótlan és megtévesztő állítás, valamint a különösen kedvező ajánlat látszata között kell hogy létrehozza a kapcsolatot. A joggyakorlatban korábban képviselt álláspont szerint azok a valótlan állítások, amelyek nem szigorúan magára az áruval vonatkoztak, nem valósították meg a strafbare Werbung tényállását. Emiatt utasította el az ítélkezési gyakorlat a büntetőjogi felelősségre vonást azokban az esetekben, amikor a fogyasztókat a vásárlással egybekötött rendezvényekre való becsalogató reklámok révén érték valótlan információk, mivel a reklám és értékesített termék között kimutatható közvetlen kapcsolat hiányzott.⁶³

Ez a nézőpont a BGH 2008. május 3-án hozott határozatával⁶⁴ gyökeresen megváltozott, mivel a bí-

55 KILIAN (20. lj.) 78.

56 BORNKAMM (14. lj.) UWG § 16 Rdnr. 15.; OLG Oldenburg GRUR 1967, 107 (Wäschefabrik).

57 DREYER (17. lj.) UWG § 16, Rdnr. 29.

58 A német jogirodalom különbséget tesz a szándékos elkövetés kapcsán az egyenes szándékkal, illetve az eshetőleges szándékkal való elkövetés között. Az egyenes szándékkal való elkövetés két alakzatát ismeri: egyenes szándék „első foka” („Absicht” – *dolus directus 1. Grades*), illetve „második foka” („direkter Vorsatz” – *dolus directus 2. Grades*), amely fokozatok közötti differenciálás alapja az elkövető akarat-érzelmi oldalának erősségi foka.

59 Uwe HELLMANN/Katharina BECKEMPER: Wirtschaftsstrafrecht Studienbuch, W. Kohlhammer, Stuttgart, 2008, Rdnr. 459.

60 KILIAN (20. lj.) 86.

61 BHG Urt. v. 30. Mai 2008 – 1 StR 166/07 (Strafbare Werbung im Versandhandel); BGH Urt. v. 15. August 2002 – 3 StR 11/02 (Strafbare Werbung für Kaffeefahrten).

62 KARAASLAN (29. lj.) 320.

63 KILIAN (20. lj.) 87.

64 Thomas TREPPER, in: Horst-Peter GÖTTING/Axel NORDEMAN: UWG Handkommentar, Nomos, Baden-Baden, 2016, § 16 Rdnr. 11; BHG Urt. v. 30. Mai 2008 – 1 StR 166/07 (Strafbare Werbung im Versandhandel).

róság kimondta, hogy elegendő valamiféle gazdasági összefüggés megléte az adott reklámállítás és az áru között. Nem szükségképpen feltétel tehát a valótlan állítás és a kedvező ajánlat látszata közötti jogi összefüggés megléte, hanem elegendő minden – akár vélt – előny megjelenítése is, amely az ajánlatot különösen vonzóvá teszi.⁶⁵

A kapcsolat megléte kérdéses akkor, amikor egy áru kapcsán a fogyasztó számára különböző előnyök meglétét ígérik, és a megtévesztés nem a kínált termékre, hanem az ígért előnyökre vonatkozik. Ilyen esetekben abból kell kiindulni, hogy az áru és az ígért előny az átlagfogyasztó értelmezésében egy egységes ajánlatként jelenik meg.⁶⁶

9. Büntethetőséget kizáró ok

A jogirodalom nehezen tartja elképzelhetőnek a strafbare Werbung kapcsán büntethetőséget kizáró ok fennállását.⁶⁷ A bűnösséget egyedül a cselekmény jogellenessége tekintetében való tévedés (Verbotssirrtum) zárhatná ki akkor, amikor az elkövető tévesen feltételezi azt, hogy az általa alkalmazott állítás valós vagy megtévesztésre alkalmatlan, ekkor ugyanis hiányzik a tényállás szubjektív eleme, a szándék az elkövetési magatartás vonatkozásában.⁶⁸

A cselekmény jogellenessége tekintetében való tévedés a gyakorlatban azonban azért nem minősül büntethetőséget kizáró okként, mivel ezen tévedés elkerülhető volna a témában jártas szakemberektől kikért véleménnyel (jogi tanácsadással). Mindez azt jelenti, hogy a cselekmény jogellenessége tekintetében való tévedés csak akkor zárja ki a büntethetőséget, amennyiben a külső fél által adott iránymutatás téves volna, illetve ha olyan tisztázatlan jogi helyzet állna fenn, amelyet a különböző illetékes hatóságok egymásnak ellentmondó módon értékelnének.⁶⁹

10. A felelős személye

Elkövető lehet bárki, aki a tényállást a szándékoság tudati és akaratlan oldalának elemeivel valósítja meg, illetve valósíttatja meg valakin keresztül (StGB 25. § Abs. 1). Jogi személyek esetén a jogi személy felelős szervei felelnek az elkövetésért (StGB 14. § Abs. 1 Nr. 1).

Amennyiben a strafbare Werbung elkövetésében nyomda is részt vett, úgy a sajtó (főszerkesztő és kiadó) büntetőjogi felelőssége is fennállhat, amely kapcsán tartományi szintű ágazati szabályok rendelkeznek. A kiadványok esetén a felelős szerkesztő akkor vonható felelősségre, amikor szándékosan vagy gondatlanul megszegi munkaköri kötelezettségét, azáltal például, hogy valamely kiadvány büntetendő tartalomtól való mentességét nem biztosítja megfelelően.⁷⁰

11. Befejezettség

A bűncselekmény akkor befejezett, amikor a valótlan, megtévesztő állítások elérhetővé válnak a címzettek számára, tehát abban a pillanatban, amikor azokat közzéteszik. Egy újsághirdetés feladása vagy a rádióreklám közzétételére való szerződés még nem valósítja meg a bűncselekmény törvényi tényállását.⁷¹ A strafbare Werbung elkövetésére irányuló kísérlet nem büntetendő (StGB 23. § Abs. 1).

12. A megtévesztő reklám szankcionálására hivatott egyéb büntetőjogi tényállások

A strafbare Werbung az általános alkalmazási jellege miatt a legfontosabb, de nem az egyetlen büntetőjogi tényállás, amely a megtévesztő reklá-

65 Andreas EBERT-WEIDENFELLER, in: Hans ACHENBACH/Andreas RANSIEK/Thomas RÖNNAU, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, C. F. Müller, München, 2015, 3.3.B Rdnr. 28; KÖHLER (39. lj.) UWG § 16 Rdnr. 21.

66 BORNKAMM (14. lj.) UWG § 16 Rdnr. 21.

67 EBERT-WEIDENFELLER (64. lj.) 3.3.B Rdnr. 30.

68 BORNKAMM (14. lj.) UWG § 16 Rdnr. 22.

69 EBERT-WEIDENFELLER (64. lj.) 3.3.B Rdnr. 31.

70 BORNKAMM (14. lj.) UWG § 16 Rdnr. 25.

71 BORNKAMM (14. lj.) UWG § 16 Rdnr. 26.

mokkal szembeni védelemre hivatott. A német jogalkotó számos ágazati törvényben elhelyezett olyan büntetőjogi tényállásokat, amelyek az érintett termékek kapcsán alkalmazott megtévesztő tájékoztatásokkal szemben kívánják védeni a fogyasztókat. Ilyen tényállások például az élelmiszer⁷², gyógyszer⁷³, kozmetikum- és bortörvényben⁷⁴ található büntetőjogi normák, amelyek termékspecifikus szabályai különös védelmet nyújtanak a megtévesztő reklámmal szemben.⁷⁵

13. Összegzés

A strafbare Werbung mint klasszikus UWG-tényállás jelentős hagyománnyal bír a német büntetőjogban. Abban tér el a többi UWG-ben szabályozott büntetőjogi tényállástól, hogy a fogyasztó védelmére törekszik, elsősorban a fogyasztó vagyontát célzó jogellenes, károkozó behatások szankcionálásával.

A bíróságok által strafbare Werbung tárgyban meghozott ítéletek száma csekély, melynek elsődleges indoka, hogy a megtévesztő reklámok túlnyomó része kapcsán nem büntetőjogi, hanem civiljogi szabályok szerinti eljárást folytatnak le.

A strafbare Werbung, mint absztrakt veszélyeztetési bűncselekmény, nem kíván meg eredményt, így lehetővé teszi a büntetőjogi felelősségre vonást azokban az esetekben is, amikor a csalás (StGB 263. §) tényállása nem valósul meg maradéktalanul. Így például amikor bizonyítási nehézségek merülnek fel, mert nem vagy csak jelentős erőfeszítés ellenére lehet meghatározni a vizsgált reklám címzettjeinek körét vagy az okozott kár mértékét. A strafbare Wer-

bung tehát a csalás tényállását megelőzve nyújt védelmet (Vorfeldtatbestand des Betruges).

A fentiek is szerepet játszanak a strafbare Werbung miatt történő felelősségre vonás eseteinek csekély számában, tekintve, hogy amennyiben az elkövetés bizonyítottan eredményt (vagyonban történő károsodás) is megvalósít, úgy a csalás tényállása alapján történő szankcionálással kell számolni.

A magatartás megtévesztésre való alkalmassága kapcsán a német joggyakorlat az általános, UWG 5. § szerinti megtévesztés fogalmából indul ki, amelynek mércéje az átlagosan tájékozott, figyelmes és körültekintő átlagfogyasztó. A strafbare Werbung megvalósításához szükséges azonban a valóltan tényállítás is, amely alkalmas kell hogy legyen a fogyasztók félrevezetésére.

Ahogy arra a szerző a tanulmány során rámutatott, a jogirodalom egy része elképzelhetőnek tartja, hogy amennyiben a jogalkotó kivenné az egyenes szándék első fokára utaló „*abból a célból*” („*in der Absicht*”) megfogalmazást a normaszövegből, akkor eshetőleg szándékkal is meg lehetne valósítani a strafbare Werbung bűncselekményét. Megjegyzendő azonban, hogy a bírói ítélkezési gyakorlat a norma megfogalmazásától függetlenül elmozdult ebbe az irányba.

A szerző álláspontja szerint annak ellenére, hogy számos ágazati jogszabály tartalmaz a megtévesztő állításokkal kapcsolatos speciális büntetőjogi tényállásokat, fenn szükséges tartani a strafbare Werbung tényállását is az UWG-ben mint általános tiltó szabályt a fogyasztókra nézve különös veszélyt jelentő, büntetőjogi szankciót igénylő megtévesztő tájékoztatások szankcionálása céljából.

72 Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch 59. § Abs. 1 Nr. 7, 11, 13, 18.

73 Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln 96. § Nr. 3; Gesetz über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens 14. §.

74 Weingesetz 49. § Nr. 4.

75 Clemens KAESLER: Recht für Medienberufe, Kompaktes Wissen zu allen rechtstypischen Fragen, Springer Vieweg, 2013, 48.

Bizonyítékok felhasználhatósága versenyfelügyeleti eljárásban

The admissibility of evidences in competition proceedings

Abstract

This article focuses on the questions of the proof of infringements of competition law, especially the admissibility of evidences. The paper shows shortly the case law of the courts of the European Union regarding the burden of proof and the requisite legal standard of proof. After that, the author presents the relevant parts of three decisions of the courts of the European Union in connection with the subject of the article.

Tárgyszavak: versenyfelügyeleti eljárás, bizonyítékok felhasználhatósága, kartellek, bizonyítás

Keywords: competition proceedings, admissibility of evidences, cartels, proof

1. Bevezetés

A kartellek egyre bonyolultabb megvalósulási formái és a jogsértésben részt vevő vállalkozások által a felderítés elkerülése érdekében tett egyre nagyobb erőfeszítések azt eredményezik, hogy az Európai Bizottságnak („Bizottság”) egyre nehezebb összegyűjtenie azokat a bizonyítékokat, amik a jogsértés megállapításához szükségesek,¹ de ez a megállapítás természetesen nem csak a Bizottságra igaz, minden versenyhatóság küzd a leleményes kartellezők újabbnál újabb, a jogsértés felderítését, bizonyítását nehezítő megoldásaival. Mivel manapság szinte kizárt írásos, a jogsértéssel egy időben keletkezett egyértelmű bizonyítékot találni, ezért kérdéses, hogy mit lehet bizonyítékként felhasználni, és az milyen bizonyító erővel bír. A kérdés fontosságát jól

szemlélteti, hogy a közösségi versenyjog szabályozását célzó, jogalkotási fázisban levő ECN+ irányelvben² az uniós jogalkotó is figyelmet szentel annak, hogy a versenyhatóságok számára biztosított legyen minden eszköz a releváns bizonyítékok összegyűjtésére.³

A versenyfelügyeleti eljárás lezárásaként a Bizottság vagy a nemzeti hatóság döntésében bemutatja a megállapított magatartást, az alapjául szolgáló bizonyítékokat, és következtetéseket von le ezekből a vizsgálattal érintett vállalkozásokra nézve. Annak érdekében tehát, hogy egy hatóság dönteni tudjon arról, hogy egyes vállalkozások magatartása jogsértő volt-e vagy sem, alapvetés, hogy bizonyítékokra van szüksége: a bizonyítékok szolgálnak az ügy alapjául.

* A Döntéshozatal Támogató Csoport megbízott vezetője. Gazdasági Versenyhivatal.

1 FAULL Jonathan, НИКАЙ Ali, TAYLOR Deirdre: The EU Law of Competition (3rd Edition). Oxford Competition Law, 2014, 1223.

2 Az Európai Parlament és a Tanács irányelve a tagállami versenyhatóságok helyzetének a hatékonyabb jogalkalmazás és a belső piac megfelelő működésének biztosítása céljából történő megerősítéséről.

3 Тóth András: Recent developments of the national enforcement of EU competition law. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3278544 (letöltés: 2018. november 6-án).

2. Bizonyítékok a versenyfelügyeleti eljárásban

Mielőtt a bizonyítékok felhasználhatósága kérdéskörére térnék közvetlenül, egy kisebb kitérőt teszek annak érdekében, hogy alátámasszam a téma fontosságát. Ezt azzal kívánom elérni, hogy bemutatom az Európai Unió („EU”) bíróságainak azzal kapcsolatos állásfoglalásait, hogy mekkora jelentőséget tulajdonítanak a helyes, jogszerű bizonyításnak.

2.1. Bizonyítási teher

Hogy miért van olyan fontos szerepe a bizonyítékoknak, azt azzal a körülménnyel lehet legegyszerűbben magyarázni, hogy a bizonyítási teher – főszabály szerint – a versenyhatóságokon van. Erről a Törvényszék úgy foglalt állást,⁴ hogy a Bizottságnak kell bizonyítania az általa talált jogsértést, és olyan bizonyítékokat kell felhoznia, amik képesek arra, hogy bizonyítsák a jogsértést képező körülményeket,⁵ és egészen addig, míg ezt a kötelezettségét a Bizottság nem teljesíti, a vállalkozásokat az ártatlanság vélelme illeti meg.⁶

Ahogy említettem, a bizonyítás főszabály szerint a Bizottságot terheli, de vannak olyan esetek, hogy az megfordul, mert „az egyik fél által hivatkozott tényállási elemek olyan jellegűek lehetnek, hogy a másik felet magyarázatra vagy igazolásra kötelezhetik [...]”.⁷

2.2. A bizonyítás megkövetelt szintje

Az EU bíróságai gyakorlatuk során kerülnek a „bizonyítás szintje” (*standard of proof*) kifejezés használatát, ezt inkább a Bizottság döntéseit megtámadó vállalkozások használják, amikor arra hivatkoznak, hogy a hatóság bizonyítása nem tett eleget az elvárt mércének, ehelyett az állítólagos jogsértés fennállásának „*jog által megkívánt módon*” (*requisite legal stan-*

dard) való bizonyítása fordulat tűnik fel a bíróságok döntéseiben. Ez a követelmény azt eredményezi, hogy a Bizottságnak „*pontos és ellentmondásmentes bizonyítékot kell szolgáltatnia azon szilárd meggyőződésének alátámasztására, hogy az állítólagos jogsértés megtörtént*”, „*[k]övetkezésképpen, ha kétség áll fenn, azt a jogsértéssel vádolt vállalkozások javára kell értelmezni*”,⁸ mely megfogalmazás tulajdonképpen bizonyítékokkal szemben a Törvényszék által megfogalmazott „*minden kétséget kizáró*” (*beyond reasonable doubt*)⁹ jellegű követeli meg. Érdemes megjegyezni továbbá, hogy a Törvényszék nem követeli meg a fentiek teljesülését minden egyes, a Bizottság által előterjesztett bizonyítékra nézve, mert elegendő, ha a felhozott bizonyítékok összességükben értékelve teljesítik e követelményeket.¹⁰

3. Közösségi joggyakorlat a bizonyítékok felhasználhatóságáról

Miután az előző fejezetben röviden bemutattam a témám tág értelmezésével idesorolható kérdéskört a bizonyítékok, illetve a bizonyítás rendkívüli fontosságát a versenyfelügyeleti ügyeket illetően, rátérve a tanulmány szűken vett témájához, a bizonyítékok felhasználhatóságát, illetve az ezzel a kérdéssel kapcsolatban kialakult joggyakorlatot ismertetem, tekintettel az elmúlt néhány évben született közösségi bírósági döntésre.

Ebben a fejezetben három uniós bírósági döntést fogok bemutatni, melyek közül az egyik – tekintettel arra, hogy kronologikus sorrendben kívánom bemutatni az ügyeket, az első – nem versenyfelügyeleti eljárásban született.

Tehát jöllehet a WebMindLicenses Kft. („WML”) EU Bírósága („Bíróság”) által vizsgált ügye nem a versenyfelügyeleti eljárások közé tartozik, azért mutatom be az ítélet releváns részeit, mert a büntetőjogi jellegűnek tekintett adóhatósági és verseny-

4 FAULL, NIKPAY, TAYLOR (l. lj.) 1234.

5 C-49/92. P sz. ügy, Anic Partecipazioni kontra Bizottság [ECLI:EU:C:1999:356].

6 T-141/07. sz. ügy, General Technic-Otis és társai kontra Bizottság [ECLI:EU:T:2011:363].

7 C-413/08. P sz. ügy, Lafarge kontra Bizottság [ECLI:EU:C:2010:346].

8 T-67/00., T-68/00., T-71/00. és T-78/00. sz. egyesített ügyek – JFE Engineering Corp és társai kontra Bizottság [ECLI:EU:T:2004:221]

9 T-38/02. sz. ügy, Groupe Danone kontra Bizottság [ECLI:EU:T:2005:367].

10 T-67/00., T-68/00., T-71/00. és T-78/00. sz. egyesített ügyek – JFE Engineering Corp és társai kontra Bizottság [ECLI:EU:T:2004:221].

felügyeleti eljárásokkal szemben megkövetelt garanciák hasonlóak,¹¹ és az eljárásban a Bíróság bizonyítékok felhasználhatóságáról döntött.

3.1. A Bíróság ítélete a WML kontra Nemzeti Adó- és Vámhivatal Kiemelt Adó- és Vám Főigazgatóság ügyben¹²

3.1.1. Az ügy tényállása

Az alapügy tényállása szerint a WML-nél a Nemzeti Adó- és Vámhivatal („NAV”) végzett ellenőrzést, és annak eredményeképpen a vállalkozásra nézve adókülönbötet állapított meg. A WML fellebbezése folytán a másodfokú adóhatóság az elsőfokú határozatot részben megváltoztatta, de a döntéssel szemben a WML a Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bírósághoz („FKMB”) fordult, mely bíróság három fő kérdéskört érintően előzetes döntéshozatali eljárás keretében a Bírósághoz fordult.¹³

3.1.2. A bírósági eljárás

A tanulmány szempontjából releváns, harmadik kérdésével az FKMB arra várt választ, hogy a NAV közigazgatási eljárás keretében átvehet-e és felhasználhat-e olyan bizonyítékokat, melyeket „büntetőeljárás lefolytatása céljából a büntetőeljárásnak megfelelő bizonyítási eszközök útján szereztek be, amely eljárás egyébként olyan garanciákat nyújt az érintettek számára, amelyben azok a közigazgatási eljárás keretében nem részesülhetnek.”¹⁴

A Bíróság a bizonyítékok jogszerű felhasználását három fő szemponthoz kötötte:

- a felhasználás jogszerűségét a nemzeti jog alapján lehet eldönteni, azonban e szabályok nem sérthetik az uniós jog hatékony érvényesülését;

- az uniós jogszabályokban biztosított alapvető jogokat az uniós jogban szabályozott valamennyi tényállásra alkalmazni kell;
- a jogsértés megállapítása és emiatt szankció alkalmazása az EU Alapjogi Chartája („Charta”) 51. cikkének (1) bekezdése értelmében az uniós jog végrehajtásának minősül-e.¹⁵

A Bíróság nem zárta ki ezek alapján, hogy egy hatóság közigazgatási eljárásban egy párhuzamosan folyó büntetőeljárásból beszerzett bizonyítékokat jogszerűen felhasználhasson, de ehhez az uniós jog által biztosított jogokat is tiszteletben kell tartani.¹⁶ az alapvető jogokat az arányosság elvére figyelemmel akkor és annyiban lehet korlátozni, „ha és amennyiben az elengedhetetlen és ténylegesen az Unió által elismert általános érdekű célkitűzéseket vagy mások jogainak és szabadságainak védelmét szolgálja.”¹⁷

A Bíróság megállapította, hogy a Charta magán- és családi élet tiszteletben tartásához való jogról szóló 7. cikke az Emberi Jogok Európai Egyezménye („EJEE”) 8. cikke (1) bekezdésében biztosított jogoknak megfelelő jogokat tartalmaz, ezért azokat tartalmukban és terjedelmükben azonosnak kell tekinteni.¹⁸ és kimondta, hogy korlátozásukra „csak akkor kerülhet sor, ha azt jogszabály írja elő, továbbá ha az az arányosság elvére figyelemmel szükséges, és ténylegesen az Unió által elismert általános érdekű célkitűzéseket szolgálja.”¹⁹ Emellett a Bíróság azt is kimondta, hogy adott esetben a bizonyítékok beszerzése során alkalmazott titkos eszközök célját és szükségességét arra az eljárásra – a WML esetében a büntetőeljárásra – tekintettel kell értékelni, amelyben ezt az eszközt alkalmazták.²⁰

A Bíróság megjegyezte, hogy az adócsalás, adóelkerülés és egyéb visszaélések elleni küzdelem az EU által elismert célkitűzés,²¹ melyhez érdemes hozzáfűzni, hogy a gazdasági verseny védelme is ilyen

11 Az adóügyeket az Emberi Jogok Európai Bírósága a Jussila kontra Finnország 73053/01, ügyben – a versenyfelügyeleti eljárásokhoz hasonlóan – büntetőjogi jellegűnek nyilvánította.

12 C-419/14. sz. ügy [ECLI:EU:C:2015:832].

13 Szabó Ildikó: Az Európai Bíróság ítélete a WebMindLicenses Kft. ügyében: http://eljarasjog.hu/2016-evfolyam/az-europai-birosag-itelete-a-webmindlicenses-kft-ugyeben/#_ftn41 (letöltés: 2016. május 15.).

14 WML-ítélet, 62. bekezdés.

15 Uo., 65–67. bekezdés.

16 Uo., 68. bekezdés.

17 Charta 52. cikk, (1) bekezdés.

18 WML-ítélet, 70. bekezdés.

19 Uo., 73. bekezdés.

20 Uo., 75. bekezdés.

21 Uo., 76. bekezdés.

célkitűzésnek minősül a közös versenypolitika fényében.²²

A Bíróság az elektronikus levelek bírói engedély nélküli lefoglalásával kapcsolatban arra jutott, hogy az nem alapvetően jogsértő, a bíróságok feladata vizsgálni, hogy biztosított-e hatékony felülvizsgálati lehetőség a lefoglalás jogszerűségének és szükségességének megállapításához.²³ Ehhez az kell, hogy a felülvizsgálatot folytató bíróság jogosult legyen annak ellenőrzésére, hogy „*valamely párhuzamosan folyó, le nem zárt büntetőeljárásból származó bizonyítékokat, amelyeken e határozat alapul, e büntetőeljárásban az uniós jog által biztosított jogokkal összhangban szerezték-e be, vagy valamely büntetőbíróság által kontradiktórius eljárás keretében már lefolytatott vizsgálat alapján legalább meggyőződhet arról, hogy az említett bizonyítékokat e joggal összhangban szerezték be.*”²⁴

A lehallgatás és elektronikus levelezések lefoglalása egyértelműen a Charta – magán- és a családi élet tiszteletben tartására vonatkozó – 7. cikkében biztosított jog korlátozásának minősül, ami csak törvény által korlátozható, de ehhez az is kell, hogy a bizonyítékok közigazgatási hatóság általi felhasználását lehetővé tévő jogalap kellően egyértelmű és pontos legyen, ne hagyjon teret a hatósági visszaélésnek. Minden esetben mérlegelni kell, hogy a Charta 7. cikkében biztosított jog kisebb mértékű sérelmével nem lettek volna-e beszerezhetőek a szükséges információk.²⁵ A nemzeti bíróságnak tehát ellenőriznie kell, hogy a nyomozás során igénybe vett titkos eszközök használatát törvény írta-e elő, az a büntetőeljárásban szükséges volt-e, és ugyanez a két kérdés a közigazgatási eljárásban felhasznált bizonyítékokkal kapcsolatban vizsgálatra szorul.²⁶

A bizonyítás jogszerűsége tekintetében elemezni kell a bírósági felülvizsgálat alatt azt is, hogy az alapeljárás során a védelemhez való jog elve érvényesült-e, az érintett hozzáférhetett-e a közigazgató-

si eljárás során e bizonyítékokhoz, és jogosult volt-e arra, hogy meghallgassák a bizonyítékokkal kapcsolatban. Ha e feltételek nem teljesülnek, vagy a „*bizonyítékokat a Charta 7. cikkének megsértésével szerezték be a büntetőeljárás keretében vagy használták fel a közigazgatási eljárásban, az említett nemzeti bíróságnak ki kell zárnia e bizonyítékokat [...]. Ugyancsak ki kell zárni e bizonyítékokat, ha e bíróság nem jogosult annak ellenőrzésére, hogy e bizonyítékokat a büntetőeljárás keretében az uniós joggal összhangban szerezték-e be, vagy valamely büntetőbíróság által kontradiktórius eljárás keretében már lefolytatott vizsgálat alapján legalább nem győződhet meg arról, hogy azokat e joggal összhangban szerezték be.*”²⁷

3.2. A Törvényszék ítélete a Goldfish BV és társainak²⁸ Bizottsággal szembeni ügyében²⁹

3.2.1. Az ügy tényállása

A Bizottság megtámadott határozatával érintett kartell az EU működéséről szóló szerződés („EUMSZ”) 101. cikkébe ütköző, versenytársak közti egységes, folyamatos, összetett versenykorlátozó jogsértésre vonatkozott. A Bizottság megállapította, hogy a kartell az északi-tengeri garnélarák-szállítók közötti komplex jogsértés volt, ami az árakra vonatkozó megállapodásokban, összehangolt magatartásokban és információcserében állt. A kartell célzatos volt, az északi-tengeri garnélarák árszintjeinek közös befolyásolására vonatkozott, és a társaságok közötti kétoldalú kapcsolatok alapján működött. Az érintett vállalkozások gyakran felvették a kapcsolatot egymással az üzleti ügyeik megvitatására, összeegyeztették piaci magatartásukat, érzékeny kereskedelmi információkat osztottak meg egymással,

22 Ezzel kapcsolatban az EU Versenypolitika című kiadványa 3. oldalán a következőket mondja: „Az Európai Unió versenypolitikája a Római Szerződés 1957-es aláírása óta fontos eleme az Európai Unió tevékenységének. A Római Szerződés olyan rendszert hoz létre, amely biztosítja, hogy a közös piacon a verseny ne torzuljon. Az EU célja ezzel az volt, hogy gondosan kidolgozott és hatékony versenyszabályokat hozzon létre, s ezáltal elősegítse, hogy az európai piac megfelelően működjön, és hogy a fogyasztók részesüljenek a szabadpiaci rendszer előnyeiből.” http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/hu/competition_hu.pdf, letöltve: 2016. május 22.

23 WML-ítélet, 77–78 bekezdés.

24 Uo., 88. bekezdés.

25 Uo., 80–82. bekezdés.

26 Uo., 91. bekezdés.

27 Uo.

28 A Heiploeg BV, a Heiploeg Beheer BV és a Heiploeg Holding BV vállalkozások.

29 T-54/14. sz. ügy. [ECLI:EU:T:2016:455].

árrögzítő megállapodásokat kötöttek és kerültek egymással a versenyt.³⁰

A Bizottság által felhasznált bizonyítékok körét az engedékenységi kérelmező által az engedékenységi kérelme keretében tett nyilatkozatai és a hozzájuk csatolt iratok, a Bizottság által foganatosított rajtaütések során a vállalkozásoknál lefoglalt dokumentumok, többek között – a tanulmány szempontjából leglényegesebb – telefonbeszélgetésekről készült hangfelvételek és a telefonbeszélgetésekről készített írásbeli feljegyzések, valamint egyéb, vállalkozások közti kommunikációk képezték.³¹

3.2.2. A bírósági eljárás

Keresetükben a felperesek három joglapot hoztak fel, amelyek közül az első kettő releváns a tanulmány szempontjából, és mivel ezek egymással összefüggő kérdéseket tartalmaztak, e jogalapokat a Törvényszék végül együttesen vizsgálta:

1. a Bizottság az EUMSZ 101. cikkbe ütköző jogsértés bizonyítékaként jogellenesen használt fel titokban készített hangfelvételeket: előadták, hogy a telefonbeszélgetések titokban készített felvételei a jogsértés megállapításához felhasznált jogellenes bizonyítéknak minősülnek, amiből következően a Bizottság nem használhatta volna fel bizonyítékként az említett felvételeket;

2. a második, hogy a Bizottság az EUMSZ 101. cikkbe ütköző jogsértés bizonyítékaként jogellenesen használt fel titokban készített hangfelvételekkel kapcsolatos feljegyzéseket: felperesek azzal – a lényegét tekintve a bizonyítási teherrel összefüggő észrevétellel – érveltek, hogy a fent említett telefonbeszélgetések titokban készített felvételeit kísérő feljegyzések, amelyekre a Bizottság a megtámadott határozatban támaszkodott, „nagyon kevésbé” megbízhatók, így módon a megtámadott határozatban bizonyítékként való felhasználásuk szintén jogsértő.³²

A Törvényszék először a kifogásokra tekintettel azt vizsgálta, hogy a telefonbeszélgetésekről titokban készített felvételek és a velük kapcsolatos feljegyzések milyen feltételek mellett fogadhatók el bizonyítékként valamely jogsértés megállapításához, és megállapította, hogy csak abban az esetben kell második lépésben a felpereseknek a telefonbeszélgetésekkel kapcsolatos feljegyzések hitelességére vonatkozó kifogásait vizsgálni, ha a Bizottság az ügyben felhasználhatott ilyen bizonyítékokat.³³

A Bizottság a felvételek elfogadhatósága mellett azzal érvelt, hogy Hollandiában – ahol a felvételeket készítették – ez a magatartás nem minősül bűncselekménynek, tehát a felvételt készítő vállalkozás nem jogellenesen rögzítette a beszélgetést. Emellett kiemelte a Bizottság, hogy még ha a vállalkozás jogellenesen is szerezte volna be a Bizottság által felhasznált bizonyítékokat, az uniós bíróságok és az Emberi Jogok Európai Bíróságának („EJEB”) ítélkezési gyakorlatára tekintettel ez nem akadályozta volna meg a Bizottságot abban, hogy azokat felhasználja a bizonyításhoz.³⁴

A Törvényszék kiemelte, „*hogy az uniós jogban a bizonyítékok szabad mérlegelésének elve érvényesül,*³⁵ *amelyből egyrészt az következik, hogy amennyiben valamely bizonyítékhoz jogszerűen jutottak, a bizonyíték elfogadhatósága a Törvényszék előtt nem vitatható, másrészt pedig az egyetlen releváns tényező, amelyet a szabályszerűen benyújtott bizonyítékok bizonyító erejének értékelésekor meg kell vizsgálni, a bizonyítékok hitelessége*”, és a *Met-Trans és Sagpol* ítélet nyomán³⁶ kiemelte, hogy a „*bizonyíték fogalmára vonatkozó uniós szabályozás hiányában főszabály szerint minden olyan bizonyíték elfogadható, amelynek felhasználását a tagállamok eljárási joga hasonló eljárásokban megengedi.*”³⁷

Az uniós joggyakorlat szerint az aktában foglalt bizonyítékok figyelmen kívül hagyhatók olyan esetben, ha kétség áll fenn³⁸ „*mind magának a vitatott dokumentumnak a jellegével, mind pedig azzal kapcsolatban, hogy a bizonyítékot az arra hivatkozó fél jogszerű*

30 Goldfish-ítélet, 14–16. bekezdések.

31 Uo., 17. bekezdés.

32 Uo., 34–37. bekezdések.

33 Uo., 38–39. bekezdések.

34 Uo., 40. bekezdés.

35 C-239/11 P, C-489/11 P és C-498/11 P. sz. ügy, Siemens kontra Bizottság [ECLI:EU:C:2013:866].

36 C-310/98 és C-406/98. sz. ügyek [ECLI:EU:C:2000:154].

37 Goldfish-ítélet, 42–43. bekezdések.

38 197/80–200/80, 243/80, 245/80 és 247/80. sz. ügyek, Ludwigshafener Walzmühle Erling és társai kontra Tanács és Bizottság [ECLI:EU:C:1981:311].

eszközökkel szerezte-e.” Nagyon fontosnak tartom azonban kiemelni, hogy az ilyen kizárás a Törvényszék véleménye szerint nem automatikus, az uniós bíróságok többször vettek már figyelembe olyan iratokat, amelyekkel kapcsolatban nem volt bizonyított a jogszerű eszközökkel való megszerzés,³⁹ ugyanakkor az uniós jog nem fogadhat el lényeges eljárási szabályba ütköző, a bizonyítékok beszerzésére lefektetett és az érintettek alapvető jogainak védelmére szolgáló eljárás teljes megsértésével megszerzett bizonyítékokat.⁴⁰

A Törvényszék emlékeztetett rá, hogy a Charta 52. cikkének (3) bekezdése szerint, amennyiben „*e* Charta olyan jogokat tartalmaz, amelyek megfelelnek az emberi jogok és alapvető szabadságok védelméről szóló európai egyezményben biztosított jogoknak, akkor *e* jogok tartalmát és terjedelmét azonosnak kell tekinteni azokéval, amelyek az említett egyezményben szerepelnek. Ez a rendelkezés nem akadályozza meg azt, hogy az Unió joga kiterjedtebb védelmet nyújtson.” A vitatott bizonyítékokkal kapcsolatban a Törvényszék emlékeztetett arra, hogy a Charta magán- és a családi élet tisztetben tartására vonatkozó 7. cikke által tartalmazott jogok megfelelnek az EJEE 8. cikkének (1) bekezdésében biztosított jogoknak, így a Charta fenti cikkében biztosított jogok tartalmát és terjedelmét az EJEE szövege mellett az annak értelmezését tartalmazó ítéletek, vagyis az EJEB ítélkezési gyakorlata is meghatározza. Tekintettel ezért arra, hogy „*a távközlési rendszerek útján való kommunikáció lehallgatása az EJEE 8. cikkének (1) bekezdésében biztosított jog gyakorlásába való beavatkozásnak minősül, az ilyen lehallgatás az Charta 7. cikkében biztosított hasonló jog gyakorlása korlátozásának is minősül.*”⁴¹

Ezenkívül a Törvényszék felhívta a figyelmet arra, hogy a Charta 47. cikke tartalmazza a bíróság előtti hatékony jogorvoslathoz és a tisztességes eljáráshoz való jogot, mely cikk megfelel az EJEE 6. cikke (1) bekezdésének.⁴²

Az EJEE 6. cikkének megsértésével kapcsolatban az EJEB a *Popescu kontra Románia* ítéletben⁴³ a következőket állapította meg:⁴⁴

„*Noha az [EJEE] a 6. cikkében biztosítja a tisztességes eljáráshoz való jogot, nem szabályozza a bizonyítékok mint olyanok elfogadhatóságának kérdését, amely terület elsősorban a belső jog hatálya alá tartozik. A Bíróság tehát nem zárhatja ki a nemzeti jog rendelkezéseinek megsértésével szerzett bizonyítékok elfogadhatóságát [...]. A Bíróság egyébiránt emlékeztet arra, hogy a múltban már volt alkalma kimondani, hogy egy jogellenes felvétel – ráadásul egyetlen bizonyítékként való – felhasználása önmagában nem sérti a tisztességes eljárásnak [az EJEE] 6. cikk[ének] [(1) bekezdésében] rögzített elveit, ideértve azt az esetet is, amikor e bizonyítékot az [EJEE-ben] és különösen [annak 8. cikkében] foglalt követelmények megsértésével szerezték.*”

Az EJEB a *Schenk kontra Svájc* ítéletben⁴⁵ továbbá kimondta a tisztességes eljárás követelményével kapcsolatban, hogy vizsgálandó, hogy a jogellenesen készített felvétel bizonyítékként való felhasználásával nem fosztották-e meg a felperest a tisztességes eljáráshoz való jogától, ezenfelül a védelemhez való jogot biztosították-e részére, lehetősége volt-e vitatni a bizonyíték hitelességét és felhasználását.⁴⁶

A Bizottság véleményét osztva hangsúlyozta a Törvényszék, hogy a bizonyítékként felhasznált felvételeket nem hatóság, hanem egy magánfél készítette – aki az említett beszélgetésekben mellesleg részt vett –, a bizonyítékokat pedig a Bizottság jogszerűen szerezte, rajtaütés során. Érdemes megjegyezni, hogy a bizonyítékok lefoglalását lehetővé tevő kutatás jogszerűségét egyébként a felperesek nem vitatták, és kétségtelen, hogy a Bizottság által szabályszerűen szerzett bizonyítékokat főszabály szerint elfogadhatónak kell tekinteni, viszont az ismertetett ügyben az a kérdés, hogy a szabályszerűen szerzett bizonyítékok Bizottság általi felhasználása akkor is jogszerű-e, ha azokat eredetileg egy harma-

39 T-48/05. sz. ügy, *Franchet és Byk kontra Bizottság* [ECLI:EU:T:2008:257].

40 *Goldfish*-ítélet, 44. 47. bekezdések.

41 *Goldfish*-ítélet, 49–51. bekezdések.

42 Uo., 52. bekezdés.

43 CE:ECHR:2007:0426JUD007152501.

44 *Goldfish*-ítélet, 54. bekezdés.

45 CE:ECHR:1988:0712JUD001086284.

46 *Goldfish*-ítélet, 55. bekezdés.

dik személy jogellenesen szerezte. Ennek kizártságát az a tény alapoZHhatja meg, hogy a felvétel elkészítése az EJEE 8. cikkében biztosított, a magánélet tiszteletben tartásához való jogot sérthette.⁴⁷

A Törvényszék az EJEB ítélezési gyakorlata alapján arra a megállapításra jutott, hogy „valamely jogellenes felvétel bizonyítékként való felhasználása önmagában nem sérti a tisztességes eljárásnak az EJEE 6. cikkének (1) bekezdésében biztosított elveit, akkor sem, ha e bizonyítékot az EJEE 8. cikkében foglalt követelmények megsértésével szereztek, amennyiben egyrészt az érintett felperest nem fosztották meg a tisztességes eljárástól, sem a védelemhez való jogától, másrészt pedig e bizonyíték nem minősül az elítélés indokolásaként figyelembe vett egyetlen bizonyítéknak”. E megállapítás tekintetében fontos megjegyezni, hogy a felperesek a beadványaikban nem keltettek kétséget a közigazgatási eljárás tisztességes lefolyásával kapcsolatban, továbbá a vitatott felvételek nem minősültek a Bizottság által felhasznált egyetlen bizonyítéknak, mivel a Bizottság döntése számos más bizonyítékon alapul.⁴⁸

A bizonyítékok hitelessége kapcsán a Törvényszék megállapította, hogy a felperesek „csak szűkszavúan” vitatják ezt, és kiemelte az alábbi szempontokat:

- a felperesek nem tagadták a vitatott felvételek tartalmát, és azok hitelességét sem,
- a Bizottság megvizsgálta, hogy a szóban forgó felvételek egyeznek-e az aktában szereplő többi bizonyítékkal,
- „különösen érvényes” bizonyítékokról van szó, tekintettel arra, hogy szoros és közvetlen kapcsolatban vannak a szóban forgó vizsgálat tárgyával,
- az említett felvételek sérelmet okoztak az azokat készítő vállalkozásnak is, amely tiltakozott is a felvételek bizonyítékként való felhasználása ellen.⁴⁹

A fent bemutatott körülményeket értékelve a Törvényszék megállapította, hogy „még ha úgy is kellene tekinteni, hogy a szóban forgó felvételeket a felpere-

sekkel versenytárs vállalkozások egyike jogellenesen készítette, a felperesek állításával ellentétben a Bizottság a megtámadott határozatban jogosan használta fel azokat bizonyítékként az EUMSZ 101. cikkbe ütköző jogsértés megállapítása érdekében”, egyebekben pedig „nincs olyan uniós jogi rendelkezés, amely kifejezetten megtiltana, hogy bírósági eljárásban figyelembe vegyenek jogellenesen, például az alapvető jogok megsértésével szerzett bizonyítékokat,” és a „felperesek állításával ellentétben nem létezik olyan elv, amely értelmében a jogellenesen szerzett bizonyítékokat nem lehetne felhasználni vizsgálat vagy bírósági eljárás keretében.”⁵⁰

3.3. A Bíróság ítélete az FSL Holdings NV és társainak⁵¹ a Bizottsággal szembeni ügyében⁵²

3.3.1. Az ügy tényállása

A harmadik jogeset, melynek témám szempontjából releváns részeit bemutatom, az észak- és dél-európai banánkereskedőkkel kapcsolatos bizottsági eljáráson alapul, és mivel a bizonyítékok felhasználásával kapcsolatos kifogások a Dél-Európában elkövetett jogsértéssel álltak összefüggésben, ezért csak erre térek ki.

Az eset kiindulópontja, hogy az olasz vám- és pénzügyőrség olyan dokumentumokat adott át a Bizottságnak, amelyek egy – később a versenyfelügyeleti eljárásban eljárás alá vont – vállalkozás alkalmazottjának otthonában és irodájában, nemzeti adóvizsgálat keretében foganatosított eljárási cselekmény útján kerültek a birtokába. Ezt követően maga a Bizottság folytatott le helyszíni vizsgálatokat dél-európai banánimportőr vállalkozásoknál, melynek folyamán az olaszországi adóvizsgálattal érintett vállalkozás helyiségében megtalált két oldal olyan feljegyzést, amelyet az olasz vám- és pénzügyőrség korábban átadott a részére.⁵³

A Bizottság a versenyfelügyeleti eljárás végén elfogadott határozatában megállapította, hogy a

47 Uo., 58–61. bekezdések.

48 Uo., 62, 64–65. bekezdések.

49 Uo., 68–72. bekezdések.

50 Uo., 73, 76. bekezdések.

51 Firma Léon Van Parys NV és a Pacific Fruit Company Italy SpA vállalkozások.

52 C-469/15. P. sz. ügy [ECLI:EU:C:2017:308].

53 FSL-ítélet, 8–9. bekezdések.

vizsgálat alá vont vállalkozások „megsértették az EUMSZ 101. cikket azáltal, hogy a banán görögországi, olaszországi és portugáliai importja, forgalmazása és értékesítése terén fennállt kartellben vettek részt [...], amelynek során e vállalkozások összehangolták árstratégiájukat e három tagállamban, és bírságokat szabott ki velük szemben [...]”^{54, 55}

3.3.2. A bírósági eljárás

A bizottsági határozatot megtámadó vállalkozások kérelmükben négy jogalapra hivatkoztak, azonban a tanulmány szempontjából az első jogalap releváns, ezért csak ezzel foglalkozom.

A jogorvoslat első jogalapjában a vállalkozások lényeges eljárási szabályok és a védelemhez való jog megsértésére hivatkoztak, mely előadásukat arra alapozták, hogy a Törvényszék felülvizsgálata során nem állapította meg az olasz vám- és pénzügyőrség által a Bizottság részére átadott bizonyítékok felhasználásának jogellenességét. Kifejtették, hogy a Törvényszék hibát követett el akkor, amikor ítéletében arra hivatkozott, hogy a vállalkozások által jogellenesen felhasználtak tekintett „bizonyítékok Bizottság részére történő átadásának jogszerűsége kizárólag az olasz jogrendszer hatálya alá tartozik, miközben ezen átadás során az uniós jogot is tiszteletben kell tartani.”⁵⁶

A fellebbező vállalkozások véleménye szerint a Bizottságnak el kell kerülnie, hogy a védelemhez való jog jóvátehetetlen módon sérüljön a bizonyítékok átadása által, ami akkor biztosítható, ha a Bizottság megvizsgálja, hogy a kapott bizonyítékokat kizárólag olyan tárgyban használják-e fel, mint amire nézve a nemzeti hatóság gyűjtötte, ahogyan azt a 2002. december 16-i 1/2003/EK tanácsi rendelet („1/2003 rendelet”) 12. cikkének (2) bekezdése⁵⁷ a versenyhatóságok közötti információcsere során előírja.⁵⁸

A fellebbezők az első jogalap keretében továbbá azt is állítják, hogy a Bizottság megsértette a véde-

lemhez való jogukat, mert a kérdéses bizonyítékoknak az olasz nemzeti adóhatóság által a részére történő átadása és a vállalkozások erről való értesítése között közel két év telt el. A Törvényszék a vállalkozások szerint elferdítette a bizonyítékokat, amikor ítéletében arra hivatkozott, hogy a kérdéses bizonyítékok olasz hatóság általi esetleges jogellenes átadása nem befolyásolja jogszerű felhasználásukat, mivel ugyanezeket a dokumentumokat később a Bizottság is megtalálta helyszíni vizsgálata során. Előadták a fellebbezők, hogy egyrészt ők – a Törvényszék ítéletében foglaltakkal ellentétben – vitatták a Bizottság által végzett helyszíni vizsgálatok jogszerűségét, másrészt a Bizottság helyszíni vizsgálata során talált dokumentumokat nem is lehetett volna jogszerűen felhasználni bizonyítékként. Utóbbi érveket arra alapozták, hogy eleve a helyszíni vizsgálat alapjául szolgáló dokumentumok átadása jogellenes volt.⁵⁹

A Bíróság ítéletében – egyetértve a Törvényszékkel – kimondta, hogy a nemzeti jog alapján kell megítélni annak a kérdésnek a jogszerűségét, hogy az ügyész vagy a versenyhatóságok a nemzeti büntetőjog alkalmazásával megszerzett információkat adhatnak-e át a Bizottságnak, másrészt az uniós bíróságnak nincs hatásköre megvizsgálni a nemzeti hatóság által elfogadott jogi aktusnak a nemzeti jogra tekintettel való jogszerűségét.⁶⁰

Azzal kapcsolatban, hogy a Törvényszék szorítkozhatott-e annak megállapítására, hogy nemzeti bíróság nem mondta ki azok átadásának jogellenességét, a Bíróság hangsúlyozta, hogy a Törvényszék egyrészt megvizsgálta azokat a feltételeket, amelyek mellett ezen átadás történt, másrészt pedig említett ítéletében – helyesen – el is utasította a vállalkozások azon érvelését, amely szerint az olasz vám- és pénzügyőrség által a Bizottság részére átadott dokumentumokat az 1/2003 rendelet 12. cikke szerint csak abban az eredeti tárgyban szabadott volna jog-

⁵⁴ Uo., 14. bekezdés.

⁵⁵ Bár nem tartozik a tanulmány témájához, érdemes megjegyezni a Bizottság határozatával szembeni bírósági eljárások ismertetésével kapcsolatban, hogy a Törvényszék a határozatnak a jogsértés időszakát meghatározó részét megváltoztatta, aminek hatására a kiszabott bírságokat is csökkentette.

⁵⁶ FSL-ítélet, 26–27. bekezdések.

⁵⁷ „Az átadott információ bizonyítékként kizárólag a Szerződés 81. vagy 82. cikkének alkalmazása céljából, és csak olyan tárgyban használható fel, amellyel kapcsolatban az átadó hatóság azt gyűjtötte. Ha azonban ugyanazon ügyben a nemzeti versenyjog a közösségi versenyjoggal párhuzamosan kerül alkalmazásra, és ez nem vezet különböző eredményre, úgy az e cikk alapján átadott információ a nemzeti versenyjog alkalmazása céljából is felhasználható.”

⁵⁸ FSL-ítélet, 28. bekezdés.

⁵⁹ C-583/13 P. sz. ügy, Deutsche Bahn és társai kontra Bizottság [ECLI:EU:C:2015:404] alapján, FSL-ítélet, 29–30. bekezdések.

⁶⁰ C-407/04 P. sz. ügy, Dalmine kontra Bizottság [ECLI:EU:C:2007:53] alapján, FSL-ítélet, 32. bekezdés.

szerűen bizonyítékként felhasználni, amellyel kapcsolatban azokat e nemzeti hatóság gyűjtötte.⁶¹

A Bíróság a Juliane Kokott főtanácsnok indítványában foglaltakra alapozva megállapította, hogy a fellebbező vállalkozások által hivatkozott „1/2003 rendelet 12. cikke a hatóságoknak az európai versenyhálozáton belüli együttműködésének megkönnyítésére és előmozdítására irányuló különös célt követ az információcseré elősegítésével. Ebből a célból az (1) bekezdésében kimondja, hogy az EUMSZ 101. és EUMSZ 102. cikk alkalmazásában a Bizottság és a tagállamok versenyhatóságai jogosultak egymásnak bármely ténybeli vagy jogi tájékoztatást megadni, és azokat bizonyítékként felhasználni, ideértve a bizalmas jellegű információt is, pontosan meghatározva a (2) bekezdésében azokat a feltételeket, amelyek mellett ezen információk felhasználhatók”, továbbá „[e]zért e rendelkezésekből nem lehet arra következtetni, hogy azokban egy olyan általánosabb szabály jut kifejeződésre, amely a tagállami versenyhatóságoktól eltérő nemzeti hatóságok által átadott információk felhasználását megtiltana a Bizottság számára csak azért, mert ezen információkat más célból szerezték be.” A Bíróság hangsúlyozta, hogy a Törvényszék is kiemelte ítéletében, hogy az ettől eltérő szabályértelmezés túlzottan megnehezítené a Bizottság feladatának ellátását az uniós versenyjog alkalmazása terén.⁶²

A Bíróság nem emelte át a főtanácsnok érvelésének véleményem szerint nagyon fontos megállapítását, miszerint a fenti értelmezést azért kell elfogadni, mert a fellebbezők által felvázolt „[...] megszorító megközelítés ellentétes lenne a tagállamok eljárási autonómiájának elvével. Együttal túlzottan megnehezítené a Bizottság és a nemzeti versenyhatóságok számára kartelljogi eljárásokban rendelkezésre álló bizonyítás lehetőségeit. Végso soron ezáltal megghiúsulna az uniós jog egyik alapvető célja, nevezetesen az európai belső piac versenyszabályainak hatékony érvényesítése.”⁶³ Az érvelés fontosságát abban látom, hogy bár maga a jogeset a Bizottság és egy nemzeti hatóság relációjában megvalósult bizonyítékátadásról szól, a főtanácsnok kitér a nemzeti versenyhatóságok kartelljogi eljárásaira is. Ezzel véleményem szerint azt az álláspontot

képviseli, hogy a Bíróság döntése az ügyben generális, vagyis az összes uniós versenyhatóság bizonyítás, bizonyítékfelhasználási lehetőségeiről dönt.

A fellebbezők azon érvét illetően, miszerint e dokumentumoknak attól a céltól eltérő felhasználása, amelyre eredetileg gyűjtötték azokat, jövátelhetetlen módon sértheti a védelemhez való jogot, emlékeztetni kell, hogy az uniós jogban érvényesülő elv a bizonyítékok szabad értékelésének elve, és az egyetlen olyan releváns tényező, amelyet meg kell vizsgálni, az előterjesztett bizonyítékok hitelessége.⁶⁴

A fellebbező vállalkozások kérelme első jogalapjának második hivatkozása szerint sérült a védelemhez való joguk azzal, hogy a Bizottság majdnem két évet várt az arra vonatkozó tájékoztatással, hogy a vitatott bizonyítékok a birtokában vannak, aminek következtében nem volt lehetőségük megfelelően kifejteni álláspontjukat a Bizottság által megállapított tényállásról és körülményekről, valamint a Bizottság által a jogsértés fennállására vonatkozó állításának alátámasztására felhasznált dokumentumokról.⁶⁵

A Bíróság úgy vélekedett, hogy a Bizottság nem köteles a kifogásközlés megküldését megelőzően az érintett vállalkozást a bizonyítékok rendelkezésre állásáról tájékoztatni, mivel a védelemhez való jogot egyrészt éppen a kifogásközlés megküldése, másrészt az iratbetekintés biztosítja, amely e kifogásközlés címzettjének lehetővé teszi, hogy megismerhesse a Bizottság aktájában szereplő bizonyítékokat, és az érintett vállalkozás az említett kifogásközlés megküldése után élhet teljes mértékben a védelemhez való jogával.⁶⁶

A Bíróság elfogadta a Törvényszék döntését, amivel elutasította azt az érvet, hogy a Bizottságnak jóval a kifogásközlés megküldése előtt birtokában voltak bizonyos dokumentumok, mivel a Bizottság kifejezetten megemlítette, hogy kifogásközlésében az olasz hatóságok által átadott dokumentumokra támaszkodott, és hogy a Bizottság e dokumentumokat az említett kifogásközlés megküldése előtt pár hónappal megküldte a fellebbezők részére. Másrészt a fellebbezők nem mutatták be, hogy a kérdéses bi-

61 FSL-ítélet, 33. bekezdés.

62 Uo., 34–36. bekezdések.

63 Juliane Kokott főtanácsnok indítványa a C-469/15. P. sz. ügyben, 46. pont.

64 FSL-ítélet, 38. bekezdés.

65 Uo., 39–40. bekezdések.

66 Uo., 42. bekezdés.

zonyítékokról való késői tudomásszerzés milyen háttérrel lett volna későbbi védekezési lehetőségeikre a kifogásközlés megküldését követően.⁶⁷

A bizonyítékok Törvényszék általi állítólagos elferdítésével kapcsolatban kitért rá a *Lafarge kontra Bizottság*⁶⁸ ítéletre hivatkozással a Bíróság, hogy jogsértés akkor valósul meg, ha a meglévő bizonyítékok értékelése nyilvánvalóan tévesnek tűnik, anélkül hogy új bizonyítékok kerülnének felhasználásra. E jogellenesség alátámasztásához azonban pontosan meg kell jelölni az elferdített bizonyítékokat, és be kell tudni mutatni az értékelési hibákat is, melyek tekintetben tehát a bizonyítási teher megfordulásához vezet. A fellebbezők az elferdítéssel kapcsolatban azonban nem a kérdéses bizonyítékok értékelését vitatják, hanem az olasz vám- és pénzügyőrség által történt átadásuk jogszerűtlenségét, és emiatt elfogadhatóságukat állítják, amit azonban nem sikerült bizonyítaniuk.⁶⁹

4. Befejezés, konklúzió

Az uniós bíróságoknak a hatóságok bizonyítási kötelezettségével szemben támasztott, a tanulmány elején összefoglaló jelleggel bemutatott elvárások miatt kijelenthető, hogy a hatóságok számára rendkívül fontos a bíróságok világos iránymutatása ezen a téren (is).

Mindenekelőtt meg lehet állapítani, hogy bár az EU bíróságai több esetben is kimondták, hogy „a közösségi jogban érvényesülő elv a bizonyítékok szabad mérlegelésének elve”,⁷⁰ ez úgy tűnik, hogy nem jelent minden bizonyítékra kiterjedő abszolút felhasználhatóságot.⁷¹

Az a bemutatott jogesetekből jól látszik, hogy a bizonyítással, bizonyítékok felhasználhatóságával kapcsolatos kérdéskör az alapjogokkal kapcsolatban merült fel, a Charta és EJEE előírásai, valamint ez utóbbi miatt az EJEB joggyakorlata szabják meg az ítélezés alapját.

A releváns részeit tekintve részletesen bemutatott három jogeset közül az első – nem versenyfelügyeleti, de büntető jellegű közigazgatási eljárásban megvalósult – nemzeti büntető- és közigazgatási ha-

tóság közti, titkos eljárással gyűjtött bizonyítékok átadásáról, a második egy magánfél által titokban készített felvétel Bizottság által foganatosított rajtaütés során való megszerzéséről, míg a harmadik egy nemzeti adóhatóság és a Bizottság közti bizonyítékátadásról szólt, melyben az adóhatóság helyszíni kutatása során lefoglalt bizonyítékok álltak a középpontban.

Az ítéletek alapján levonható az a következtetés, hogy a bizonyítási eljárás jogszerűsége, a bizonyítékok beszerzése és átadása elsősorban a nemzeti jog alapján ítéltető meg, de az a szabály közösségi hatókörű, hogy jogellenesen beszerzett bizonyíték is felhasználható közigazgatási, így versenyfelügyeleti eljárásban is, ha egyébként más, a tisztességes eljáráshoz kapcsolódó jogok nem sérülnek, és az eljárással érintett vállalkozásoknak lehetőségük van védekezni e bizonyítékokkal szemben. Ezt jól szemlélteti a Goldfish-ítélet, mikor az alapvető jogok védelmére szolgáló eljárás „teljes megsértésével” megszerzett bizonyítékok el nem fogadhatóságáról beszél.

A WML-ügy ítéletéből világosan látszik, hogy azzal, hogy „*párhuzamosan folyó, le nem zárt büntetőeljárásból származó bizonyítékok*” felhasználását is elfogadhatónak tartja, nem támasztja alá továbbá azt az elvárást sem a közigazgatási eljárással szemben, hogy csak akkor használhasson fel bizonyítékot, ha azok beszerzésének – és jogszerű voltának – tekintetében már jogerős döntés született.

Végül megjegyzem, hogy bár a bemutatott, versenyfelügyeleti eljárással kapcsolatos ítéletek a Bizottság eljárásaival kapcsolatban születtek, az azokban lefektetett elveket, a hatóság eljárásával szemben támasztott követelményeket irányadónak tekintem a nemzeti versenyhatóságokra is. Ezt a véleményemet a Kokott főtanácsnok által az FSL-ügyben írt indítványra alapozom, melyben a nemzeti versenyhatóságok és a Bizottság bizonyítás terén rendelkezésre álló lehetőségeit hasonlóan kezeli, mert az uniós versenyhatóságok célja megegyezik tekintettel arra, hogy „*az uniós jog egyik alapvető célja [...] az európai belső piac versenyszabályainak hatékony érvényesítése.*”

67 Uo., 44–45. bekezdések.

68 C-413/08 P. sz. ügy [ECLI:EU:C:2010:346].

69 FSL-ítélet, 47–49. bekezdések.

70 Lásd pl. T-133/07. sz. ügy – Mitsubishi Electric Corp. kontra Bizottság [ECLI:EU:T:2011:345].

71 FAULL, NIKPAY, TAYLOR (1. lj.) 1236.

Intézményi befektetők mint versenytársak közös tulajdonosai – avagy kell-e aggódnunk a kisebbségi részvényesek miatt¹

Institutional investors as common shareholders of competing firms – do we have to worry about minority shareholders

Abstract

Recent studies have found that diversified investment funds may raise competition concerns in certain concentrated sectors, such as airlines and retail banking. The authors emphasize that in oligopolistic markets the presence of institutional investors as minority shareholders in competing firms – known as common ownership – may incentivize to dampen competition. Direct as well as indirect mechanisms provide institutional investors with the ability to influence firm's management to act in accordance with these incentives. In addition to the theories, the authors have put forward numerous proposals to control or limit common ownership. At the same time, these theories and related proposals have been subject to vigorous debate. Given the developing and sometimes controversial nature of the issue, the OECD hearing on common ownership highlighted that competition agencies might as well engage in conducting further analyses to get an idea of the level and the likely effects of common ownership in their jurisdiction.

Tárgyszavak: intézményi befektetők, közös tulajdonlás, kisebbségi részesedés, irányítási jogot nem biztosító kisebbségi részesedés

Keywords: institutional investors, common ownership, minority shareholding, non-controlling minority shareholding

1. Bevezetés

A közelmúltban számos tanulmány látott napvilágot, amely az intézményi befektetők jelenlétéből fakadó versenyaggályokat és az azokkal kapcsolatos megoldási javaslatokat vette górcső alá. A szerzők arra az egyre gyakrabban előforduló jelenségre hívják fel a figyelmet, mely szerint intézményi befektetők bizonyos piacokon egyidejűleg számos versenytárs vállalatban rendelkeznek kisebbségi részesedéssel. Ez különösen koncentrált piacok esetében vethet fel versenyaggályokat, tekintettel arra, hogy a piaci szereplők szűk köre

folytán előfordulhat, hogy a piaci szereplők mind-egyikének tulajdonosi, illetve részvényesi struktúrájában ugyanazok az intézményi befektetők rendelkeznek kisebbségi részesedéssel.

Jóllehet az olyan kisebbségi részesedésszerzést megvalósító tranzakciók, amelyek nem biztosítanak közvetlen vagy közvetett irányításszerzést és egyebekben a vonatkozó árbevételi küszöbértéket sem érik el, a legtöbb országban jellemzően nem tartoznak az összefonódás-ellenőrzési szabályok hatálya alá, időről időre felmerül, hogy az irányítási jogot nem eredményező kisebbségi részesedésszerzés is okozhat versenyproblémákat, különösen kon-

* Vizsgáló, Gazdasági Versenyhivatal – Nemzetközi Iroda.

1 A tanulmányban foglaltak a szerző saját véleményét tükrözik, azok nem tekinthetők a Gazdasági Versenyhivatal hivatalos álláspontjának.

centrált piacok esetében.² Intézményi befektetők, befektetési alapok által történő kisebbségi részesedés szerzés számos módon, akár egyszerű részvényvásárlás útján is megvalósulhat, amely a célvállalat irányításában nem hoz létre változást, ugyanis 50% alatti tulajdonosi részesedés esetén a tulajdonosnak – ha az irányítás más eszközeivel nem rendelkezik – általában nincs meghatározó befolyása a célvállalat által követett piaci magatartás kialakítására.³ Ennek ellenére számos újszerű és esetenként ellentmondásos kárelmélet és megoldási javaslat látott napvilágot, mely azt vetíti elő, hogy különböző közvetlen, illetve közvetett mechanizmusok segítségével azon intézményi befektetők, akik ugyanazon piacon egyidejűleg több piaci szereplő kisebbségi részvényesei, képesek befolyásolni a vállalatok piaci magatartását, ezáltal csökkenteni a versenyt. Ez vezetett ahhoz, hogy 2017 decemberében az OECD Versenybizottsága napirendjére tűzte az intézményi befektetők kérdését és a téma főbb szakértőinek részvételével az OECD-tagországok, megfigyelő tagok és partner országok versenyhatóságai számára meghallgatást tartott. Jelen tanulmány a meghallgatásra készült háttérelmzés⁴ alapján készült.

2. Intézményi befektetők – kik is ők valójában?

Az intézményi befektető gyűjtőfogalom a pénzügyi intézmények széles skáláját magába foglalja. Nincs általánosan elfogadott gyakorlat arra vonatkozóan, hogy pontosan mely intézmények tartoznak ebbe a kategóriába. A szűk értelmezés szerint alapvetően a befektetési alapkezelők, kockázati tőkeala-

pok, nyugdíjalapok és az életbiztosítók tekinthetők intézményi befektetőknek, de bizonyos esetekben ebbe a kategóriába tartozhatnak a hitelintézetek, bankok, illetve a biztosítási szektor szereplői is. Közös jellemzőjük ugyanis, hogy viszonylag nagy volumenű lakossági és vállalati megtakarítást kezelnek és fektetnek be.

Az intézményi befektetőkkel kapcsolatos versenyaggályokra rámutató tanulmányok főként azokat az intézményi befektetőket vizsgálják, akik a megtakarítók számára különböző eszközcsoportokat tartalmazó befektetéseket, például befektetési alapjegyeket, tőzsdén kereskedett alapokat (*exchange-traded funds, ETF*), indexkövető befektetési alapokat, *hedge fund*okat⁵, vagy akár nyugdíjpénztári megtakarításokat kínálnak. A diverzifikált portfólióik révén a különféle befektetésekből eredő kockázatot hatékonyan képesek csökkenteni, így a megtakarítók viszonylag magas hozamot érhetnek el túlzott kockázatvállalás nélkül.

Az utóbbi évtizedben az intézményi befektetők által kezelt vagyon világszerte ugrásszerű növekedést mutatott, tekintettel többek között arra, hogy a lakosság körében igen népszerűvé váltak a befektetési alapok, valamint előtérbe került a nyugdíjkorra való takarékoság kérdése. Ezzel párhuzamosan az alapkezelők körében a piac koncentrációját figyelhetjük meg, így az egyre növekvő vagyontömeget egy viszonylag szűkebb kör kezeli. A jelentősebb szereplők közé a BlackRock, Vanguard Asset Management, State Street Global Advisors, Fidelity Investments, BNY Mellon Investment Management, Capital Group, J. P. Morgan Asset Management tartozik.⁶

2 Lásd például a téma kapcsán a Versenytükörről korábbi számaiban megjelenő cikkeket:

RÓNAI Orsolya: A kisebbségi részesedésszerzések előzetes versenyjogi kontrolljának hiánya az Európai Unióban, Versenytükörről, XIII. évfolyam, 2017/1. szám, 32–42.

DUDRA Attila, NAGY Aranka: Az Európai Bizottság hatékonyabb fúzióellenőrzést célzó reformjavaslata, Versenytükörről, X. évfolyam, 2014/2. szám, 4–21.

3 A Gazdasági Versenyhivatal elnökének és a Gazdasági Versenyhivatal Versenytanácsa elnökének 6/2017. közleménye az összefonódások vizsgálatára irányuló eljárással kapcsolatos egyes jogalkalmazási kérdésekről, 25. pont, 9–10., http://gvh.hu/data/cms1037532/6_2107_UJ_egyseges_kozlemeny_tiszta.pdf.

4 OECD (2017) Common Ownership by Institutional Investors and its Impact on Competition – Background Note by the Secretariat (Prepared by James Mancini and Anita Nyeső), [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2017\)10/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2017)10/en/pdf) (letöltve: 2018. 09. 21.).

5 A *hedge fund* magyar fordítására nincs egységesen elfogadott kifejezés. Gyakran fordítják fedezeti vagy árfolyam-kockázati alapként, de egyik sem fedti a *hedge fund* termékek lényegét – a kevésbé szabályozott, származtatott ügyletekbe történő befektetési lehetőséget –, így leginkább a *hedge fund* kifejezés terjedt el.

6 Lásd továbbá Portfolio.hu, Országnyi vagyonokat mozgat a színpadok mögött a világ 10 legnagyobb befektetője (2017. június 3.), <https://www.portfolio.hu/befektetes/alapkezelok/orszagnyi-vagyonokat-mozgat-a-szinpadok-mogott-a-vilag-10-legnagyobb-befektetoje.252249.html> (letöltve: 2018. 09. 21.).

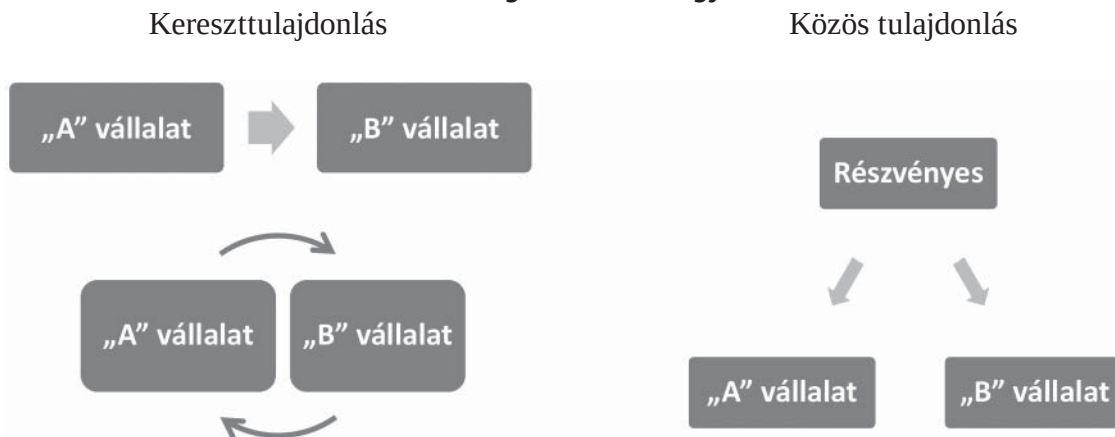
2.1. Intézményi befektetők mint versenytársak kisebbségi részvényesei

A piacgazdaságban igen elterjedt a kisebbségi részesedésszerzés. A piaci szereplők általában ugyanazon okoknál fogva fektetnek be, illetve szereznek kisebbségi részesedést egy másik vállalkozásba, mint ami miatt belföldön vagy külföldön terjeszkednek. Ilyen okok közé tartozik például a költség- és kockázatmegosztás, új technológiákhoz való hozzáférés, piacszerzés, valamint közös, például K+F tevékenységekben rejlő lehetőségek kiaknázá-

sa. Ezzel egyidejűleg jelenlegi vagy jövőbeli versenytársak közötti tulajdonosi kapcsolat (*ownership link*) létrehozása hatással lehet a vállalkozások versenyben való ösztönzöttségében, ezért az ilyen jellegű részesedésszerzésből fakadó káros versenyhatásoknak arányosaknak kell lenniük az abból fakadó előnyökkel. Ezek megfelelő kezelését alapvetően az összefonódás-ellenőrzési szabályok biztosítják.

Tekintettel azonban arra, hogy a kisebbségi részesedésszerzés önmagában nem jelzi, hogy a kisebbségi részvényes jogosult-e irányítást gyakorolni a célvállalkozás felett, a nemzetközi szakirodalom különbséget tesz *irányítási jogot biztosító* kisebbségi

1. ábra. Kisebbségi részesedés egyes formái



részesedésszerzés (*controlling minority shareholdings*) és *irányítási jogot nem biztosító* kisebbségi részesedésszerzés (*non-controlling minority shareholdings*) között. Míg az előbbi esetben a kisebbségi részvényes önállóan vagy együttesen, közvetlen vagy közvetett módon befolyással rendelkezik a célvállalkozás felett, az utóbbi esetben a részesedésszerzés pusztán pénzügyi befektetést valósít meg, ezáltal jogi értelemben nem biztosít irányítást a célvállalkozás felett. Ahogy az a későbbiekben bemutatásra kerül, az Egyesült Államok összefonódás-ellenőrzési szabályai alól például kifejezetten mentesülnek a kizárólag befektetési célú, 10% alatti részesedésszerzést megvalósító tranzakciók.

Kisebbségi részesedésszerzés számos módon létrejöhet; például versenytársak közvetlenül kisebbségi részesedést szerezhetnek egymásban (kereszttulajdonlás, *cross-ownership*), ami lehet egyirányú vagy kölcsönös (lásd 1. sz. ábra – bal oldal), de példá-

ul harmadik felek, befektetők is szerezhetnek részesedést versenytársakban, amit a szakirodalom jellemzően *common ownership*, azaz közös tulajdonlás kifejezéssel illet (lásd 1. sz. ábra – jobb oldal). Esetenként találkozhatunk például a tulajdonosi átfedés (*overlapping ownership/owners*), illetve az intézményi tulajdonos (*institutional ownership*) kifejezésekkel is.

A *common ownership* jelenség mérésére a témával foglalkozó szakértők különféle módszertani megoldásokat dolgoztak ki. Az alkalmazott módszertantól függetlenül egyetértés rajzolódik a tekintetben, hogy az utóbbi években az Egyesült Államokban több gazdasági ágazatban szignifikánsan nőtt azon vállalkozások aránya, akiknek közös kisebbségi tulajdonosaik vannak. Míg 1980-ban a tőzsdén jegyzett vállalkozások kevesebb, mint 10%-ának voltak olyan részvényesei, akik legalább 5%-os részesedéssel rendelkeztek egy versenytárs vállalkozásban, 2014-re ez az arány 60%-ra emelkedett.⁷

7 HE Jie (Jack), HUANG Jiekun; Product Market Competition in a World of Cross-Ownership: Evidence from Institutional Blockholdings, *The Review of Financial Studies*, Volume 30, Issue 8, 1 August 2017, Pages 2674–2718, <https://doi.org/10.1093/rfs/hhx028>.

Az intézményi befektetők különösen nagy arányban vannak jelen az amerikai légi közlekedési, banki, gyógyszeripari, kiskereskedelmi, üdítőital-, valamint távközlési piacokon. Ezen piacokon a legnagyobb piaci szereplők tulajdonosi struktúrájában

gyakran találunk olyan kisebbségi részesedéssel rendelkező intézményi befektetőket, akik egyben a versenytársak kisebbségi részvényesei is.

Az Egyesült Államok mellett Európában is megfigyelhető egyes szektorokban, például a bankszek-

1. táblázat. Európában jelen lévő bankok főbb kisebbségi részvényesei (2016. IV. negyedév végén)

HSBC	%	Deutsche Bank	%	Banco Popolare	%
BlackRock	5,9	BlackRock	6,2	BlackRock	5,1
Legal & General	3,0	Paramount	3,1	Norges Bank	3,7
Vanguard	2,3	Supreme Universal	3,1	Fond CdRdL	2,9
State Street	2,2	DB, PB&I	2,6	Dimensional Fund	2,5
Norges Bank	2,0	Merrill Lynch	2,5	Vanguard	2,0
BPM	%	Banco Bilbao	%	Banco Santander	%
BlackRock	5,2	BlackRock	4,9	State Street	12,7
Time & Life	4,0	JP Morgan	3,6	Vanguard	9,9
Dimensional Fund	3,4	Lyxor	2,9	BNY Mellon	6,1
Norges Bank	3,0	Vanguard	2,0	BlackRock	5,2
Standard Life	2,0	Amundi	1,9	Societe General	4,0

Forrás: Schmalz (2016)⁸

torban, hogy a szereplők kisebbségi részvényesei között ugyanazon intézményi befektetők vannak jelen. Az alábbi táblázat néhány Európában jelen lévő bank főbb kisebbségi részvényesét mutatja. Látható, hogy például a BlackRock mind a hat bank kisebbségi részvényesei között megjelenik, a Vanguard a hatból négy bank esetében van jelen.

Ezzel egyidejűleg fontos kiemelni, hogy az intézményi befektetők jelenléte, elterjedtsége országoként igen eltérő mintát mutat, ahogy országonként igen eltérő a vállalkozások tulajdonosi struktúrája is. Amerikában például a tőzsdén jelen lévő vállalkozások tulajdonosi köre jellemzően szétszóródott (szórt), míg Európában jóval koncentráltabb.

Az intézményi befektetőkkel kapcsolatban megfogalmazott versenyaggályok bemutatását megelőzően, a téma jobb megértése érdekében, az összefonódás-ellenőrzési szabályok hatálya alá tartozó tranzakciók körének meghatározása, valamint a ki-

sebbségi részesedésszerzés vizsgálatának lehetősége kerül bemutatásra egyes versenyhatóságok gyakorlata alapján.

3. Engedélyköteles tranzakciók körének meghatározása, kisebbségi részesedésszerzés vizsgálatának lehetősége

Az engedélyköteles tranzakciók körének meghatározásakor a legtöbb versenyhatóság gyakorlatában az irányítás (*control*), illetve az abban bekövetkezett tartós változás szolgál kiindulási alapként, amennyiben az érintett vállalkozások árbevételei adatai teljesítik a vonatkozó küszöbszámokat. A különböző jogrendszerek általában különbözőképpen definiálják az irányítás fogalmát, valamint ezzel összefüggésben az engedélyköteles tranzakciók körét. Számos jogrendszerben például csak akkor van lehe-

⁸ SCHMALZ, Martin, C.: Presentation to Charles River Associates Annual Brussels Conference Panel Discussion. Mergers & common ownership: Are we allowing markets to become too concentrated? (2016), <https://www.youtube.com/watch?v=HPmve4h7--Q&feature=youtu.be>.

tőség az összefonódás vizsgálatára, ha az összefonódás során a vállalat irányításában változás következik be, azaz egy vállalkozás egy másik, tőle független, vállalkozásban irányítást megalapozó befolyást szerez. Ugyanakkor arra is láthatunk példát, hogy egyes jogrendszerekben olyan tranzakciók is engedélykötelesek, amelyek során egy vállalkozás egy másik vállalkozásban befolyást szerez, a befolyásszerzés viszont nem eredményez irányításszerzést.

- *Meghatározó befolyás (decisive influence).* Az uniós összefonódás-ellenőrzési szabályok és az uniós szabályozást alapul vevő jogrendszerek, az irányítás (irányítási jog) megszerzését a meghatározó befolyás gyakorlásának lehetőségével azonosítják. Meghatározó befolyást jogok, szerződések vagy más egyéb eszközök alapozhatják meg, akár külön-külön, akár együttesen, figyelemmel a kapcsolódó jogi és ténybeli megfontolásokra.⁹ Kizárólag azon tranzakciók engedélykötelesek, amelyek irányításszerzést eredményeznek vagy a vállalkozás irányítási viszonyait tartósan változtatják meg.
- *Jelentős befolyás (material influence).* Más jogrendszerekben az összefonódás-ellenőrzési szabályok hatálya alá a tranzakciók széles köre tartozik, ideértve azokat a tranzakciókat is, amelyek nem eredményeznek meghatározó befolyásszerzést. A brit összefonódás-ellenőrzési szabályok lehetővé teszik az irányítási jogot nem eredményező kisebbségi részesedésszerzés értékelését is, amennyiben a tranzakció következtében egy vállalkozás képessé válik arra, hogy egy másik vállalkozás felett jelentős befolyást gyakoroljon. Jelentős befolyás akkor jön létre, ha a célvállalatban 25%-ot meghaladó részesedésszerzésre kerül sor.¹⁰ Ugyanakkor 25% alatti részesedésszerzés esetében is lehet helye vizsgálatnak, ha egyéb olyan ténye-

zők azonosíthatók, amelyek jelentős befolyás fennálltát valószínűsítik.¹¹ Németországban és Ausztriában például a 25%-ot meghaladó részesedésszerzés, a küszöbszámok teljesülése esetén, engedélyköteles.¹² Továbbá Ausztriában lehetőség van 25% alatti részesedésszerzés vizsgálatára is, amennyiben a megszerzett részvények révén a részvények tulajdonosát olyan jogok illetik meg, amelyekkel a részvények több mint 25%-ával rendelkező részvényesek rendelkeznek.¹³ A német jog szerint 25% alatt részesedésszerzés abban az esetben engedélyköteles, ha egy vagy több vállalkozás képessé válik arra, hogy közvetlenül vagy közvetetten versenyszempontból jelentős befolyást gyakoroljon egy másik vállalkozás felett.¹⁴ Ugyanakkor a német összefonódás-ellenőrzési szabályok nem definiálják a jelentős befolyás fogalmát, ezzel kapcsolatos iránymutatást az uniós esetjog ad. Ennek alapján a fogalom bármely befolyás-, illetve részesedésszerzésre alkalmazható, amelynek következtében olyan tényleges befolyás keletkezik, mint amilyen 25%-os részesedéssel rendelkező részvényes rendelkezik. Mind a német, mind az osztrák jogrendben a küszöbszámok a joghatóságot (hatáskört) jelölik ki, a versenyszempontú értékelésre ezt követően kerül sor.

- *Irányítás, illetve befolyás nélküli megközelítés, viszontbefektetési célú tranzakciók automatikus mentesülése.* Az amerikai összefonódás-ellenőrzési szabályok a tranzakciók széles körére kiterjednek. A fő kérdés az, hogy az adott tranzakció a verseny jelentős mértékű csökkenésével jár-e vagy sem. A joghatóság fennálltának nem feltétele, hogy a vállalkozás irányításában változás következzen be, viszont tilos minden olyan részesedésszerzés (szavazati jogok vagy eszközök), amely a verseny jelentős mértékű csökkenését eredményezheti.¹⁵ E szabály

9 A Tanács 139/2004/EK rendelete a vállalkozások közötti összefonódások ellenőrzéséről [2004], HL L 024, 2004. 01. 29. 1 – 22., 3. cikk (2) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HU/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139&from=EN>.

10 A CMA 2014 januárjában kiadott iránymutatása. (CMA Mergers: Guidance on the CMA's jurisdiction and procedure, January 2014.) (4.19. „[...] a share of voting rights of over 25% is likely to be seen as conferring the ability materially to influence policy – even when all the remaining shares are held by only one person.”), https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/384055/CMA2_Mergers_Guidance.pdf (letöltve: 2018. szeptember 20.).

11 Uo., 4.20. pont.

12 Német versenytörvény (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 'GWB'), 37 § (1) 3. <http://www.gesetze-im-internet.de/gwb/BJNR252110998.html>. Osztrák versenytörvény (Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kartellgesetz, 'KartG'), 7 § (1), <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20004174>.

13 KartG 7 § (1) 5.

14 GWB 37 § (1) 4.

15 1914. évi Clayton-törvény 7 § (15 U.S.C. § 18).

alól mentesülnek a kizárólag beruházási célú tranzakciók (*solely for the purpose of investment*), melyek a részvények (szavazati jogok) kevesebb, mint 10%-ának megszerzésére irányulnak, és egyebekben nem képesek, illetve nem alkalmasak a verseny jelentős mértékű csökkentésére.¹⁶ Ennek megfelelően minden 10%-os vagy afölötti részesedés szerzés engedélyköteles, kivéve, ha a tranzakció befektetési célú.

A fentiek alapján azon jogrendszerek esetében, amelyek az engedélyköteles tranzakciók körének meghatározása során az irányítás fogalmából indulnak ki, az irányítási jogot nem eredményező kisebbségi részesedés szerzés vizsgálatára hatáskör hiányában nincs lehetőség. Más jogrendszerekben, akik nem az irányítás jogi fogalmát veszik alapul, hanem helyette a vállalkozás arra való képességét, hogy a célvállalat döntéshozatali folyamatát befolyásolja, lehetőség van az irányítási jogot nem eredményező kisebbségi részesedés szerzés vizsgálatára. Ennek következtében viszonylag kevés a vonatkozó jogesetek száma is, és még kevesebb azon esetek száma, melynek során az ilyen tranzakciók egyáltalán versenyjogi aggályt vetettek fel.¹⁷

Az alábbiakban az intézményi befektetőkkel – értve ezalatt versenytársak közös kisebbségi részvényeseit – kapcsolatban felmerülő versenyaggályok, az azokat megalapozó körülmények és megoldási javaslatok kerülnek bemutatásra.

4. Intézményi befektetőkkel kapcsolatban felmerülő versenyaggályok

Intézményi befektetők által történő közös kisebbségi tulajdonlás kapcsán a szerzők elsősorban azt emelik ki, hogy az intézményi befektetők annak ellenére, hogy kisebbségi pozícióban vannak, képesek befolyásolni a vállalatok működését, ezáltal gyengítve a közöttük lévő versenyt. Általánosabban megfogalmazva azok a piaci szereplők, versenytárs

vállalkozások, akiknek közös tulajdonosaik (részvényeseik) vannak, kevésbé agresszíven versenyeznek egymással, mint amelyeknek különbözők a tulajdonosaik. Ennek legnyilvánvalóbb megnyilvánulási formája az összejátszás; tekintettel arra, hogy a versenytárs vállalkozások közötti tulajdonosi kapcsolat, jelen esetben egyazon intézményi befektető, megnövelheti a versenytársak közötti kommunikáció, valamint kapcsolatfelvétel kialakulását, ebből adódóan versenykorlátozó megállapodás létrejöttének lehetőségét (*koordinatív hatások*). Ezen túlmenően egy olyan aggály is megfogalmazódik, miszerint az intézményi befektetők arra ösztönözhetik a vállalkozások menedzsmentjét, hogy olyan döntéseket hozzanak, amelyek a részvényesek érdekét szolgálják, ezáltal csökkentve a versenyt (*nem koordinatív hatások*). Ilyen lehet például egy áremelésre vonatkozó döntés, amely tekintettel arra, hogy egy intézményi befektető adott piacon egyidejűleg több versenytárs vállalkozásban rendelkezik részesedéssel, magasabb iparági árszintet, ezáltal a befektető számára több profitot eredményez. Ez utóbbi versenyaggály áll a tanulmányok és az azok kapcsán kialakult vita középpontjában.

A nem koordinatív hatások létrejöttének nem feltétele a kisebbségi részvényesek aktív közreműködése, hiszen a vállalkozások menedzserei egymástól függetlenül arra vannak ösztönözve, hogy figyelembe vegyék a kisebbségi részvényesek érdekeit, különösen például a részvényesek profitelvárásait. Könnyű belátni, hogy a közös intézményi befektető magasabb profitot tud realizálni, ha az érdekeltségi körébe tartozó, azonos piacon jelen lévő versenytárs vállalkozások kevésbé versenyző magatartást tanúsítanak. Koncentrált piacok esetében ezek a hatások jóval markánsabban jelennek meg, hiszen fennáll a lehetősége, hogy egy adott intézményi befektető a piaci szereplők mindegyikének kisebbségi részvényese, így egyik piaci szereplőnek sem áll érdekében, hogy versenyző magatartást tanúsítson, hiszen az alacsonyabb profitot eredményezne a befektetők számára.

16 Az 1914. évi Clayton-törvényt módosító 1976. évi Hart-Scott-Rodino törvény (HRS) mentesíti a kizárólag befektetési célú tranzakciókat (*acquisitions of voting securities if made solely for the purpose of investment*) – 15 U.S.C. §18a(c)(9) (c) *Exempt transactions – The following classes of transactions are exempt from the requirements of this section–* (9) „*acquisitions, solely for the purpose of investment, of voting securities, if, as a result of such acquisition, the securities acquired or held do not exceed 10 per centum of the outstanding voting securities of the issuer*”.

17 European Commission (2016), „*Support study for impact assessment concerning the review of Merger Regulation regarding minority shareholdings*”, (p.4), <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/KD0416839ENN.pdf>.

Az ösztönözottség mellett a fő kérdés az, hogy a vállalkozások menedzsmentje, illetve igazgatótanácsának tagjai ténylegesen ezen érdekeknek megfelelően fognak-e cselekedni, azaz képesek-e érvényt szerezni a kisebbségi részvényesek érdekeinek. A szerzők szerint a kisebbségi részvényesek számára számos közvetlen és közvetett mechanizmus áll rendelkezésre a vállalkozások magatartásának befolyásolására.

Közvetlen mechanizmusok közé tartozik például a *szavazati jogok gyakorlása (voting)*, melynek segítségével a kisebbségi részvényes közvetett befolyást képes gyakorolni a vállalkozás magatartására. A szavazati jogot biztosító részvények lehetővé teszik a cég igazgatótanácsának összetételére vonatkozó döntés, a vállalkozás stratégiájának, tulajdonosi struktúrájának alapvető megváltoztatását, valamint a vezető tisztségviselők javadalmazásának befolyásolását. A szavazati jogok gyakorlása különösen az alábbi esetekben bírhat döntő jelentőséggel:

- a többi kisebbségi részvényes nem képviselteti magát,
- a vállalkozás tulajdonosi struktúrája szétaprózódott, tehát a részvények 25%-ának megszerzése alkalmas lehet irányítást megalapozni, különösen ha nincs olyan részvényes, aki a részvények több mint 1%-ával rendelkezik, valamint ha
- a kisebbségi részvényesek együtt csoportosan (blokkban) szavaznak, illetve stabil „szavazati koalíciót” hoznak létre.

A közvetlen mechanizmusok másik megnyilvánulási formája a vállalkozások menedzsmentjének vagy igazgatótanácsának döntéseiben való *közvetlen részvétel*, azokba történő beleszólás (*voice*). Nemrégiben több intézményi befektető is kiemelte, hogy rendszeresen közvetlen egyeztetéseket folytat a portfóliójába tartozó vállalkozások vezető tisztségviselőivel. Az ilyen egyeztetések jellemzően általánosabb vállalatvezetési vagy stratégiai kérdésekkel, mintsem rövid távú taktikai megfontolásokkal kapcsolatosak, viszont volt arra is példa, hogy egy viszonylag jelentős amerikai befektetési alap a portfóliójába

tartozó gyógyszeripari cégeket meghatározott árszint fenntartására biztatta.¹⁸

Annak ellenére, hogy – a fentiek szerint – számos közvetlen csatorna rendelkezésre áll az intézményi befektetők számára, hogy közvetlen befolyást gyakoroljanak a portfóliójukba tartozó vállalkozások felett, a tanulmányok egy része a befektetők és a vállalatvezetés közötti kommunikációt nélkülöző, közvetett mechanizmusokra helyezi a hangsúlyt. Ezen a közvetett módszerek révén a vezető tisztségviselők viselkedése a részvényesek kilétére, az általuk birtokolt részvények volumenére figyelemmel, hallgatólagosan az intézményi befektetők érdekében mozdul el. A vállalkozások menedzserei például az üzleti döntéseik meghozatalakor értelemszerűen figyelemmel vannak a részvényeseik portfóliójának súlyozott értékére. Így, még azokban az esetekben is, ha az intézményi befektetők nem használják ki a számukra rendelkezésre álló közvetlen mechanizmusokat, a vállalkozások vezető tisztségviselői igyekeznek elkerülni, hogy összeütközésbe kerüljenek a részvényeseikkel, anélkül hogy erre irányuló nyílt fenyegetésnek lennének kitéve. Az intézményi befektetők bizonyos kategóriájára, különösen például az indexalapokra, a többé-kevésbé összehangolt érdekeik folytán, a vállalatok felső vezetői jellemzően elkülönült csoportként tekintenek. Ami egyrészt az e körbe tartozó befektetők fontosságát növeli, továbbá megkönnyíti a vezetők számára e körbe tartozó befektetők érdekeit szolgáló erőfeszítések megvalósítását.

Az ilyen közvetett mechanizmusok egyik megnyilvánulási formája például a vezetők javadalmazásának kialakítása (*executive compensation*), amely elősegítheti a menedzsment és az intézményi befektetők érdekei közötti összhang megeremtését. A vezetői kompenzációs csomagok kialakításakor elméletileg a vállalkozások egyedi teljesítményét veszik figyelembe; a prémium kifizetések például bizonyos bevétel vagy profitelvárások teljesítéséhez, vagy meghatározott részvényárfolyamszint eléréséhez kötöttek. A gyakorlatban viszont azt láthatjuk, hogy a vezetők javadalmazása többnyire az iparági teljesítményhez, mintsem a vállalkozások egyedi teljesít-

18 CHEN, Caroline: Mutual fund industry to drug makers: stand up and defend yourself, Bloomberg News via Boston Globe (2016. május 11.), <https://www.bostonglobe.com/business/2016/05/10/mutual-fund-industry-drugmakers-stand-and-defend-yourself/REKxLITGDeQR2oVmUZaTIP/story.html> (letöltve: 2018. 09. 27.).

ményéhez kötődik. A vezetői kompenzációs csomagok egyik alkotóeleme, a részvényárfolyam például mind az iparág egészének, mint az egyes vállalkozások egyedi teljesítményétől függ, ezáltal arra ösztönözve a vezető tisztségviselőket, hogy olyan stratégiát követessenek, amelyek előnyösek mind az iparági, mind az egyedi teljesítmény alakulása szempontjából. A szerzők ebből arra következtetnek, hogy a vezetői javadalmazás a piaci teljesítménytől való függővé tétele összehangolja a vállalatok menedzsmentjének ösztönzőit azon intézményi befektetők ösztönzőivel, akik adott iparágban egyidejűleg több vállalkozásban is rendelkeznek részesedéssel. Ez az összhang viszont ellentétes azon részvényesek érdekeivel, akik abban lennének érdekeltek, hogy az egyedi cégek teljesítményének javítása révén a többi versenytárs rovására agresszívabb verseny jöjjön létre.

A vezető tisztségviselők javadalmazásának kialakítása mellett a befektetők passzivitása (*investors passivity*) is elősegítheti a menedzsment és az intézményi befektetők érdekei közötti összhang megteremtését. Azáltal, hogy a befektetők nem lépnek fel aktívan agresszívabb verseny létrehozása érdekében, hozzájárulnak a verseny csökkentéséhez, valamint hallgatólagos összejátszás létrejöttéhez. Ennek kapcsán szükséges kiemelni a különböző típusú befektetők érdekei közötti különbséget. Míg azon befektetők, akik adott iparágban csak egy vállalkozásban rendelkeznek részesedéssel, intenzívebb versenyben, valamint piacszerzésben érdekeltek, azon intézményi befektetőknek viszont, akik adott iparágban több vállalkozásban érdekeltek, a kevésbé intenzívebb verseny kedvez, hiszen az iparág egészében kialakuló magasabb árszint révén magasabb nyereségre tehetnek szert.

5. Lehetséges megoldási javaslatok

Az intézményi befektetőkkel kapcsolatban felmerülő versenyaggályok kezelésére a szerzők számos megoldási javaslatot dolgoztak ki. Ezen, esetenként egymásnak ellentmondó javaslatok egy része a

meglévő szabályozási kereteken alapul, másik része új szabályok kialakítását helyezi kilátásba. Felmerül például, hogy oligopol piacokon korlátozni kellene, hogy intézményi befektetők több versenytárs vállalatban 1%-ot meghaladó részesedést szerezzenek.¹⁹ Ezen túlmenően olyan javaslat is megjelent, miszerint csoportmentesség által biztosított védelemmel kellene illetni az intézményi befektetők által történő 15%-os vagy az alatti részesedésszerzést, amennyiben az intézményi befektető nem képviselteti magát a vállalat vezető testületében, illetve az átlagos mértéket meghaladóan nem vesz részt a vállalat vezetésében.²⁰

6. Kritikai észrevételek

Mind a fentiekben bemutatott versenyaggályok, mind az azok megoldására irányuló javaslatok kapcsán számos kritikai észrevétel látott napvilágot. A kritikusok szerint kétséges, hogy a jogi értelemben irányítási jogot nem biztosító kisebbségi részesedéssel rendelkező intézményi befektetők bármely közvetlen vagy közvetett mechanizmus révén képesek lennének befolyásolni a vállalatok menedzsmentjét. A kisebbségi részesedéssel rendelkező részvényesek köre heterogén, érdekeik igen különbözők lehetnek, ami eleve kizárja stabil szavazati blokk létrehozását, és sok esetben a kisebbségi részvényesek nem is élnek szavazati jogukkal. Ugyanez igaz a vállalatok vezető testületeiben való közvetlen részvételre is. Különösen mivel az intézményi befektetők az általuk követett üzleti modell folytán nem rendelkeznek erőforrással az érdekeltségükbe tartozó vállalatok vezető testületeibe történő aktív részvétel megvalósítására.

A közvetett mechanizmusok kapcsán a szerzők kiemelik, hogy a vezetői javadalmazási csomagok a vállalatok egyedi teljesítményéhez és nem az iparági teljesítményhez kapcsolódnak. Ezen túlmenően a legtöbb országban a vezető tisztségviselők számára a jogszabályok igen szigorú bizalmi kötelezettségeket (*fiduciary duty/obligation*) határoznak meg, ami magába foglalja a társaságuk, illetve a részvényese-

19 POSNER, Eric A., SCOTT MORTON, Fiona M. and WEYL, E. Glen: A Proposal to Limit the Anti-Competitive Power of Institutional Investors (March 22, 2017). *Antitrust Law Journal*, Forthcoming. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2872754>. or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2872754> (letöltve: 2018. 09. 27.).

20 ROCK, Edward B. and RUBINFELD, Daniel L.: Antitrust for Institutional Investors. New York University School of Law, Law & Economics Research Paper Series, Working Paper No. 17-23., 2017. július; UC Berkeley Public Law Research Paper. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2998296> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2998296> (letöltve: 2018. 09. 27.).

ik közössége felé történő gondossági (*duty of care*), valamint lojalitási kötelezettség (*duty of loyalty*) betartását. Ez csökkenti annak lehetőségét, hogy a vállalatok vezető tisztségviselői egyes intézményi befektetői körbe tartozó részvényesek érdekeire tekintettel legyenek más részvényesek rovására.

A megoldási javaslatokkal kapcsolatos kritikai észrevételek elsősorban arra vonatkoztak, hogy a versenyaggályok nem kellően megalapozottak ahhoz, hogy bármilyen konkrét szabályozási beavatkozást tennének indokolttá.

7. Összegzés

Mindezen kritikák és ellentmondások ellenére az OECD-meghallgatáson az rajzolódott ki, hogy az intézményi befektetők versenytársak kisebbségi részvényeseiként való megjelenése olyan jelenség, amire mindenképp érdemes odafigyelni. Különösen összefonódások vizsgálata során szükséges lehet figyelemmel lenni a tranzakcióban részes felek tulajdonosi struktúrájára, közös kisebbségi tulajdonosok léteire. Az Európai Bizottság a Dow/Dupont fúzióban

is kitért a kisebbségi tulajdonosok kérdésére és megjegyezte, hogy a passzív befektetők az iparág szemszögéből képesek befolyást gyakorolni a vállalkozásra és szétaprózódott tulajdonosi struktúra esetén ez a hatás fokozottan érvényesülhet.²¹

Tekintettel arra, hogy az intézményi befektetők jelenléte, súlya országonként igen eltérően alakul, ami az esetlegesen felmerülő versenyhatásokat is nagymértékben befolyásolhatja, az esetről esetre történő egyedi értékelés mellett, a téma minél alaposabb megismerése érdekében érdemes lehet további, adott országokra, illetve piacokra fókuszáló elemzéseket készíteni. Az intézményi befektetők kérdése a versenyszempontú értékelés mellett számos más, például gazdasági jogi, vállalatirányítási, pénzügyi stabilitási kérdéseket is felvet, ezért az elemzések elkészítésekor érdemes lehet ezen területekre is kiterjedő, több szempontú, multidiszciplináris megközelítést alkalmazni. Ezen elemzések elkészítésében az akadémiai közeg mellett a versenyhatóságok is részt vállalhatnak ágazati vizsgálatok, piacelemzések készítésével.

21 Case M.7932. sz. ügy (Dow/DuPont) HL [2017] C 353, 2017. 03. 27., http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7932_13668_3.pdf.

Algoritmusok és versenyjog

Algorithms and competition law

Abstract

Algorithms can hardly be imagined without data. The increasing acquisition of big data-sets through M&A has shown that competition authorities may have difficulties dealing with the dynamically changing digital markets. Algorithms aim the fulfilment or monitoring of the “offline” constructed restrictive practices. Algorithms may also aid hub&spoke restrictions of trade due to the automatisisation of the hub. The combined development of artificial intelligence and algorithms may result in coordination between algorithms with the aim of maximising profit. Furthermore, algorithms themselves may facilitate the harmful ability of competitors to collude. In each of these instances, neither Art 101 TFEU, nor Art 102 TFEU could be applied, the former due to a lack of explicit contact between competitors and the latter because the market conditions of joint dominance are not met. I do not think that the solution for the situation is the border-expansion of the application of competition law, but rather a sector regulation (in which the rules of sectoral law are built into the algorithms as non-overwritable commands). Another argument for a separate regulation is that developers of algorithms should also restrict collusive contacts or the frequency of contacts as non-overwritable commands (by design approach).

Tárgyszavak: algoritmusok, big data, mesterséges intelligencia, hub & spoke versenykorlátozás

Keywords: algorithms, big data, artificial intelligence, hub & spoke

1. Bevezetés

Az algoritmusok lényegében döntést hozó szoftverek, amelyek minősége a beléjük táplált adatokon és magán az algoritmuson múlik.¹ Az algoritmus felfogható egy receptként, ahol meghatározott lépéseket kell megtenni vagy szabályokat követni annak érdekében, hogy a kívánt eredményt elérjük.² Ha az

algoritmus úgy van programozva, hogy képes a múltbeli saját tapasztalatai alapján módosítani saját döntéshozatali mechanizmusát, akkor önfejlesztő algoritmusról beszélhetünk, amelynek különféle típusai lehetnek (például mesterséges intelligencia, amely az emberi gondolkodást modellezi).³ Az algoritmusok az élet egyre több területén jelennek meg, és például a kereskedelemben megkönnyítik a gyár-

* A Versenytanács elnöke, a Gazdasági Versenyhivatal elnökhelyettese, tanszékvezető egyetemi docens (KRE-ÁJK).

¹ Algorithms and Collusion – Note from the European Union DAF/COMP/WD(2017)12 14 June 2017.

² Alistair LINDSAY, Eithne MCCARTHY: Do we need to prevent pricing algorithms cooking up markets, European competition Law Review (2017) 38, Issue 12, 533.

³ Algorithms and Collusion – Background Note by the Secretariat DAF/COMP(2017)4 9 June 2017. 10. pont. Elérhető: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2017\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2017)4/en/pdf) (letöltés: 2018. június 21.) [„Background Note”].

tók, forgalmazók árazási, a fogyasztók választási döntéseit. Az algoritmusok az automatizált rendszerek központi elemét adják.⁴

A versenytársak árainak figyelése természetes velejárója a versenynek, a digitális környezet azonban ezt jelentősen megkönnyíti, és sokkal átláthatóbbá teszi az árakat.⁵ A Bizottság elektronikus kereskedelemről szóló ágazati vizsgálata szerint a versenytársak árait elektronikusan nyomon követő forgalmazók kétharmada olyan automata szoftvert használ, amelyek saját árakat a versenytársak árai alapján korrigálják.⁶ Ez így önmagában még nem lehet jogsértő a versenyjogi gyakorlat alapján, mert az nem tiltja, hogy a versenytársak „intelligens” módon⁷ (illegális kapcsolatfelvétel nélkül) alkalmazkodjanak a piaci környezethez, azaz egymáshoz igazítsák az árakat (lásd pl. a vásárcsarnokok eladóinak szinte egyforma árképzését).

Az algoritmusok felhasználása mind a kínálati, mind pedig a keresleti oldal számára számos előnyt hordozhat. Az adattömegből dolgozó döntéshozatali eljárások (pl. árkövetés, ár-összehasonlítás) mind a kínálati, mind pedig a keresleti oldalon csökkenthetik a költségeket (keresleti oldalon a keresési, kínálati oldalon pedig a munkaköltségek értendői ide), ebből következően gyorsíthatják a döntéshozatalt. A kínálati oldalon biztosíthatják szolgáltatások mélyre szabását, célzott reklámokat, termékajánlásokat tehetnek lehetővé, segíthetik a piaci trendek előrejelzését, illetve a jogsértések belső feltárását, a megfelelési erőfeszítéseket. Ez utóbbi kapcsán meg kell jegyezni, hogy maguk a versenyhatóságok is használhatnak ilyen algoritmusokat a jogsértések feltárására, például a közbeszerzési kartellek terén bizonyos elkövetési mintázatok azonosítására.⁸ A keresleti oldalon jelentkező előnyök kapcsán kell említeni a tájékozottabb fogyasztói döntéshozatal előmozdítását, a termékek minőség és ár szempontjából való összehasonlíthatóságát, az ezzel járó tranzakciósköltség-csökkenést, továbbá a váltási potenciál

növelése révén a kínálati oldalra nehezedő versenynyomás fokozását. Mindez csökkenti a fogyasztók közti egyenlőtlenséget, hiszen ezáltal az adott piac körülményeit kevésbé ismert fogyasztók is optimálisabb döntéseket hozhatnak. Ez viszont azt is jelenti, hogy aki nem fér majd a jövőben hozzá ilyen algoritmusokhoz vagy azokhoz az adatokhoz, amelyek alapján versenyképes algoritmusokat lehet majd fejleszteni, az a kínálati oldalon versenyhátrányt, a keresleti oldalon pedig fogyasztói jólétszökkenést lesz kénytelen elszenvedni. Ez nyilván nem csak versenyjogi, de fogyasztóvédelmi szempontokból is kérdést vet fel. Az algoritmusok által jelentett fentiek szerinti előnyök viszont abba az irányba mutatnak, hogy mind a keresleti, mind a kínálati oldalon egyre inkább kell számolni az algoritmusok felhasználásával, az ezekre vonatkozó igény növekedésével, amely miatt beszélhetünk egyfajta algoritmus alapú gazdaság fokozatos kialakulásáról.

Ebben a kontextusban az algoritmusok jelentette előnyök diszkriminációmentes elterülése mind a keresleti, mind pedig a kínálati oldalon erősen kívánatos. Jelen tanulmány versenyjogi megközelítése miatt ezt a kérdést a kínálati oldal versenyképes algoritmusokhoz való hozzáférése kapcsán érinti (lásd 2. fejezet). Szintén meg kell említeni, hogy az algoritmus alapú gazdaság kialakulása nem csak a kimeradásból fakadó hátrányok miatt érdemel szabályozási figyelmet. Maguk az algoritmusok ugyanis alapvetően kötött döntéshozatali folyamatok mentén működnek, amelyek adott esetben nem csak megkönnyíthetik a döntéshozatalt, de bizonyos alternatíváktól el is zárhatnak. Például médiajogi szempontból komoly kérdéseket vetnek fel azok az információs algoritmusok, amelyek a felhasználók által (algoritmusok által észlelt) kedvelt tartalmakat kínálják fel egyfajta szűrőbuborékba zárva az információ iránt érdeklődőt.

Médiajogi szempontból azonban ez csökkentheti a demokratikus véleményformáláshoz szükséges

4 Sebastian Felix JANKA, Severin Benedict UHSLER: Antitrust 4.0 – the rise of Artificial Intelligence and emerging challenges to antitrust law, *European Competition Law Review*, (2018) Issue 3., 39, 112..

5 Note from the European Union (I. lj.).

6 Final report on the E-commerce Sector Inquiry [SWD(2017) 154 final] Brussels, 10.5.2017 COM(2017) 229 final, 13. pont.

7 C-48/69 ICI v Commission (Dyestuffs) EU:C:1972:70.

8 Például a koreai BRIAS a közbeszerzési kartellek azonosítását célozza. Erről részletesen lásd: Roundtable on ex officio cartel investigations and the use of screens to detect cartels – Background Note by the Secretariat – DAF/COMP(2013)14, 04 Nov 2013, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2013\)14&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2013)14&docLanguage=En) (letöltés: 2018. november 7.).

tágabb, de sokszor az adott felhasználónak nem feltétlenül tetsző információkhoz való hozzájutást⁹. Jelen tanulmány azonban kifejezetten az algoritmusok esetleges versenykorlátozó vonatkozásaival kíván foglalkozni, ide nem értve a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatokat.¹⁰ Versenyjogi szempontból az algoritmusok két szempontból is problémát vehetnek fel: egyrészt a működésükhöz szükséges adatok felhalmozása (big data) révén megnehezíthetik a versenytársak dolgát abban, hogy hatékonyan versenyző algoritmus alapú szolgáltatásokat kínáljanak, másrészt maguknak az algoritmusoknak a működési módja is vezethet versenykorlátozáshoz.

2. Big data és erőfölény

Miként a bevezetőben erre utalás történt, jelen tanulmány versenyjogi oldalról vizsgálja az algoritmus alapú gazdaság kialakulásának jogi vonatkozásait. Ebből a szempontból kiemelt jelentősége van a kínálati oldal szereplői azon képességének, hogy versenyképes algoritmusokat tudjanak építeni. Ehhez azonban adatokra van szükség. Jelen fejezetben azt vizsgálom, hogy versenyjogilag miként lehet megítélni a kínálati oldal szereplőinek algoritmusok működéséhez szükséges adatokhoz való hozzájutását. Az algoritmusok szempontjából ugyanis ez a nyersanyag és kérdés, hogy a nyersanyag piaca mennyiben tekinthető versenyzőnek vagy ellenkezőleg, a versenyképes algoritmusok építéséhez szükséges adatok beszerzése komoly korlátokba ütközik-e. Másképpen: mennyiben és mikor merülhet fel ezen nyers adatokhoz való hozzáférés korlátozását ered-

ményező gazdasági erőfölény az azokkal már rendelkező kínálati oldali szereplők részéről.

Mint minden erőfölény megítéléséhez, ez esetben is az a kérdés, hogy mi lesz az érintett piac. Ebből a szempontból a döntő szempont az, hogy milyen célra kívánják az adatokat felhasználni és az a tevékenység, amelyhez az adat inputként szolgál, milyen más forrásból szerezhető még be.¹¹ Egy árazási algoritmushoz a versenytársak árait valószínűleg az online térben könnyebb beszerezni, mint a szofisztikált vevői profilozáshoz szükséges adatokat a személyre szabott ajánlatok kialakítása érdekében. A személyre szabott ajánlatok kialakításában ugyanis élen járnak azok az online platformok, amelyek óriási mennyiségű felhasználói személyes adatot kezelnek (pl. Amazon, Google, Facebook). Jelen fejezetben részletesebben a szofisztikáltabb vevői profilozáshoz szükséges ezen nagyobb adattömegek (big data) piaci helyzetét tekintem át, mert az „ingyenességre”¹² építő 300 milliárdos online reklámpiac szempontjából ennek van kiemelkedő jelentősége.¹³

Az OECD szerint a big data nagy mennyiségű adattömeg, amelyből az érték előállítására külön módszer és eljárás segítségével lehetséges.¹⁴ Lényeges tehát, hogy különbség van az adatok és az abból kinyert információk között.¹⁵ Alapvetően ez is a forrása annak a vitának, amely arról szól, hogy egyáltalán lehet-e beszélni a big data kapcsán megkerülhetlenségről, nélkülözhetetlenségről, versenyjogi értelemben vett erőfölénnyről.

Egyes szakirodalmi álláspontok a big data definíciójából kiindulva azt hangsúlyozzák, hogy különbség van az adatok és az azokból kinyert infor-

9 Ebben a körben részletesen lásd POLYÁK Gábor: A frekvenciaszűkösségtől a szűrőbuborékig, Technológia jog – Új globális technológiák jogi kihívásai, szerk.: TÓTH András, KRE-ÁJK Acta Caroliensia Conventorum Scientiarum Iuridico-Politicarum XV. Patrocinium Kiadó, Budapest, 2016, 116–140.

10 E vonatkozásban lásd TÓTH András: Tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat tilalma a digitális gazdaságban, Infokommunikáció és Jog, 14., 69. sz. 2017. december, 99–105.

11 Miranda COLE: Data in EU Merger Control, CPI Antitrust chronicle, February 2018.

12 Az „ingyenes” online szolgáltatásoknak valójában van „igénybevételi díja”, amely a személyes adat átadásával valósul meg. Autorité de la Concurrence – Bundeskartellamt: Competition Law and Data, 10th May, 2016, 3.

13 Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor: Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy, March 2014, 8. [„Autorité de la Concurrence – Bundeskartellamt”]; Marc LIESHOUT: The Value of Personal Data. IFIP Advances in Information and Communication Technology. 457., 2015, 26–38.; a személyre szabás versenyjogi vonatkozásairól részletesen lásd: BARA Zoltán: Dinamikus árazás az online kereskedelemben – Hogyan lehet hátrányos a fogyasztónak a dinamikus árazás? Versenytükör 2017, II. szám, 4–18., ill. VERESS Bernadett Ildikó Rendkívül nagy méretű adattárolmányok és a versenyjog kapcsolata című tanulmányát a Versenytükör, XII. évf. 2016/2. számában.

14 Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era, Executive Summary, 29–30 November 2016, 2. <http://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm> (letöltés: 2018. augusztus 21.).

15 Giuseppe COLANGELO–Mariateresa MAGGIOLINO: Big Data as Misleading Facilities (June 1, 2017). European Competition Journal, Forthcoming; Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2978465. <https://ssrn.com/abstract=2978465> (letöltés: 2018. augusztus 21.).

mációk között.¹⁶ Éppen ezért, még ha az adatforrások ugyanazok is lennének, az azokból levont következtetések eltérhetnek egymástól. Nem lehet ezért a nagy tömegű strukturálatlan adattömeg kapcsán megkerülhetetlenségről és ekként piaci hatalomról beszélni. Ezen szerzők szerint erre jó példa magának a Google-nak és a Facebooknak a története. Amikor ezek a platformok indultak, a keresőszolgáltatás meghatározó szereplője a Yahoo volt, a legnépszerűbb közösségi oldal pedig a Myspace. Mind a Google, mind pedig a Facebook az információfeldolgozás új módszereinek köszönheti sikerét, egyúttal rácsfolva arra, hogy a jelentős adatállományok birtoklása önmagában piacra lépést akadályozó tényező lehet.¹⁷

Az EU Bizottság eddigi, e témát érintő fúziós döntései¹⁸ is abba az irányba mutatnak, hogy önmagában a big data nem alapoz meg erőfölényt, mert a nagy tömegű, strukturálatlan felhasználói adatokhoz piaci alapon független adatbrókerektől is hozzá lehet jutni. Ezzel szemben a német és a francia versenyhatóság közös tanulmánya felveti, hogy van egy olyan szintje már az ingyenes szolgáltatásokkal kiépített adatbázisoknak, amelyek a gyakorlatban a versenytársak számára komoly piacra lépési korlátot képezhetnek, és ezért nem fogják tudni azt hatékonyan kiváltani más módon.¹⁹ Kérdés tehát, hogy az adatbrókerektől megszerezhető adatok ugyanolyan szofisztikált személyre szabást biztosítanak-e, mint az említett online platformszolgáltatók számára rendelkezésre álló óriási adattömegek, illetve egyáltalán megkerülhetők-e ezek az adatbázisok egy hathatós személyre szabás kialakítása során.

Különösen is árnyalja az EU Bizottság eddigi fúziós döntéseiben megnyilvánuló megközelítését az, hogy ebben a kérdésben úgy tűnik, nem sikerült megfelelően felmérni a dinamikus piacok fejlődési irányait és azonosítani a lehetséges versenyproblémákat. A Bizottság a *Google/DoubleClick* ügyben úgy vélte, hogy a keresési és böngészési információk összekapcsolása gyakorlati, szerződéses nehézségekbe

ütközik, ráadásul csökkentené a DoubleClick mint független szereplő vonzerejét a hirdetőik számára.²⁰ Ráadásul, ha egy ilyen összekapcsolásra sor is kerülne, a Bizottság szerint más hasonlóan vertikálisan integrált szereplőktől (pl. Microsoft) is beszerezhető lenne ilyen jellegű kapcsolt szolgáltatás. Egyrésztől mára tudjuk, hogy a Google megvalósította a böngészési és keresési előzmények reklám célú összekapcsolását. Másrészt erősen kérdéses, hogy a Google keresési és böngészési adatokat kombináló hirdetési algoritmusának van-e valóban életképes versenytársa, figyelembe véve azt a kombinált adattömeget, amivel a Google rendelkezik.

Nem ez az egyetlen, témánk szempontjából releváns ügy a Bizottság gyakorlatában, ahol a felek adatbázisok összekapcsolására vonatkozó előadásai – amelyre a Bizottság döntését bizonyos részben alapozta – utóbb más megvilágításba kerültek. A *Facebook/Whatsapp* összefonódás engedélyezésére irányuló ügyben²¹ a Bizottság ugyanis arra az álláspontra helyezkedett, hogy – bár a Whatsapp nem gyűjti a felhasználói adatait – nem valószínű, hogy az összefonódás után a Facebook a reklámpotenciál kihasználása érdekében elkezdene ezt tenni. Egyrészt, mert a kielezett piaci verseny miatt a felhasználók elpártolnának a Whatsapptól, melynek vonzereje éppen a titkosságában van. Ehhez egyébként meg is kellene változtatnia a személyes adat kezelési szabályait, amely ráadásul adatvédelmi korlátokba is ütközhet. Másrészt a profilok összekapcsolásának technikai akadályai is vannak.²² Ennek ellenére a Bizottság megvizsgálta a Whatsapp- és Facebook-profilok esetleges összekapcsolásából fakadó versenyhatásokat is, megállapította, hogy üzletszerzésre alkalmas személyes adatahalmazok ezen körön kívül is elérhetők lennének a versenytársak számára.²³ Mára ebben az ügyben is kiderült, hogy a Facebook által hivatkozott technikai akadály a profilok összekapcsolását illetően nem áll fenn, hiszen a fúziót követően a Facebook összekapcsolta a WhatsApp-felhasználókat a Facebook-profilokkal, emiatt

16 Uo.

17 Xavier BOUTIN–Georg CLEMENS: Defining „Big Data” in Antitrust, CPI Antitrust Chronicle, August 2017.

18 M.4731 – Google/DoubleClick, 365., M.8124 – Microsoft/LinkedIn.

19 Autorité de la Concurrence – Bundeskartellamt (12. lj.) 12.

20 COMP/M.4731 – Google/DoubleClick, 340., 363.

21 COMP/M.7217 – Facebook/Whatsapp.

22 COMP/M.7217 – Facebook/Whatsapp, 185., 186.

23 COMP/M.7217 – Facebook/Whatsapp, 188.

a megtevesztés miatt a Bizottság bírságot is szabott ki utóbb.²⁴ Ráadásul ebben az ügyben is erősen kérdéses, hogy a profilok növekedéséből és kombinálásból származó előnyt valóban tudják-e észszerűen ellensúlyozni a versenytárs források.

Fentiek alapján felmerül, hogy a személyre szabott ajánlatok működtetéséhez szükséges algoritmus kiépítéséhez szükséges adattömeg (mint nyersanyag) terén hatékony verseny van-e.²⁵ Amennyiben felvetődik, hogy versenyző algoritmusok kialakításához valamely vertikálisan integrált platform kezelésében lévő adattömeg megkerülhetetlen, akkor kérdés, hogy az ahhoz való hozzáférés versenyjogi biztosításának tesztje a fizikai vagy a szellemi tulajdon kapcsán kialakított gyakorlatot kövesse-e. Ez különösen annak fényében izgalmas kérdés, hogy az ilyen adattömegek jelentős számú személyes adatot tartalmaznak, amely felett az érintettek nem veszítették el jogosultságaikat csak azért, mert harmadik személy kezelésébe kerültek. Ez az érv pedig talán amellettszól, hogy az ilyen adatbázisokat üzleti titokként kell kezelni, ezáltal védve az eredeti adatjogosultak érdekeit.²⁶

Amennyiben a létrejött adattömeget üzleti titoknak tekintjük, akkor a *Magill*-ügy²⁷ alapján a szellemi tulajdonhoz való hozzáférésre kidolgozott *kivételes körülmények tesztet* kellene alkalmazni az ahhoz való hozzáférés versenyjogi kényszerengedélyeztetése érdekében. Ezek a kivételes körülmények akkor állnak fenn, ha:

- a szellemi tulajdonjoggal rendelkező erőfölényes vállalkozás engedélye nélkülözhetetlen egy *új termékgyártáshoz*, melyet a domináns vállalkozás nem nyújt, és amely iránt potenciális fogyasztói kereslet mutatkozik,
- a jogtulajdonosok a másodlagos piacot maguknak tartják fenn a teljes verseny kizárásával, és
- az elzárkózás objektív indokok nélkül történik.

A fenti elemek közül az *új termék kritérium* kíván részletesebb figyelmet a téma szempontjából (a tanulmány tárgya nem a szellemi tulajdon és versenyjog konfliktusa²⁸), mert ez biztosítja a szellemi tulajdon és az innováció védelme közti egyensúlyt, hogy a versenytársak ne legyenek képesek lemásolni a domináns vállalkozás termékét a szellemi tulajdonhoz való hozzáférés által.²⁹ Colangelo és Maggolino felveti, hogy a hozzáférés engedélyezése előtt tudható-e, hogy az erőfölényes pontosan milyen összetételű, jellegű adattömeggel rendelkezik, és hogy az tényleg használható-e arra, amire a kérelmező szeretné.³⁰ Ezzel kapcsolatban azonban két dologra kell emlékeztetni. Egyfelől a szerzőpáros hangsúlyozza a piaci hatalom big data kapcsán fennálló hiánya mellett érvelve, hogy különbség van az adat és az abból kinyerhető információ között. Másfelől a *Microsoft*-ügy alapján nem csupán a termék újszerűsége, de maga a technológiai fejlődés is (változatos programozási megoldások) alapot szolgáltatnak a fentiek szerinti versenyjogi kényszerengedélyeztetésre³¹. A Törvényszék szerint ráadásul a programozott termékek esetében a fejlesztő eleve abban érdekelt, hogy egyes jellemzők, illetve a felhasználói élmény alapján megkülönböztesse magát a piacon elérhető hasonló szolgáltatásoktól. Így a big datahoz való hozzáférés versenyjogi kényszerengedélyeztetése esetén elég lenne azt beláttatni fenti teszt alapján, hogy az előállt algoritmus más termékjellemzőkkel bíró szolgáltatást tesz lehetővé, mint az adattulajdonosé és nem kell feltétlenül ismerni az adattömeg jellemzőit.

Amennyiben nem a szellemi tulajdon, hanem a fizikai eszközökhöz való hozzáférés tesztje alapján ítéljük meg az erőfölényes adatbázishoz való hozzáférést, akkor a *Bronner*-ügyben³² kidolgozott teszt alapján nem elegendő annak belátása, hogy az adatbázis mint eszköz nélkülözhetetlen, hanem szüksé-

24 COMP/M/8228 – Facebook/Whatsapp.

25 Egyébként ha meg a személyes adat az új olaj, akkor ezzel izgalmas történelmi párhuzam felállítására nyílik mód a versenyjog őskorszakából, az 1910-es évek elejéről, amikor a Sharman Act alapján a bíróság a Standard Oilt feldarabolta (221 US 1 31 S. Ct. 502; 55 L. Ed. 619; 1911 U.S. LEXIS 1725) Annál is inkább, mert a témánkat adó piac digitális, a kétoldalúságát adó hálózati hatás hasonló töről fakad, mint az olajipar méretgazdaságossága. Giovanna MASSAROTTO: From Standard Oil to Google: How the Role of Antitrust Law Has Changed, *World Competition and Economics Review*, Kluwer Law International 2018, Volume 41., Issue 3., 401.

26 Pamela SAMUELSON: Privacy as Intellectual Property? 52. *Stanford Law Review*, 1125 (2000), 1152.

27 Egyesített ügyek C-241/91 és C-242/91, *Radio Telefís Éireann e Independent Television Publications Ltd. v. Commission*, [1995] ECR I-743.

28 Erről részletesen lásd András TÓTH: Protection of Investments in European Abuse of Dominance Cases – *European Competition Law Review*, Volume 29: Issue 12, 2008, 710–716.

29 C-418/01 *IMS Health GmbH & Co. OHG v. NDC Health GmbH & Co. KG*, [2004] ECR-I 5039., 49. pont.

30 COLANGELO–MAGGIOLINO (15. lj.).

31 T-201/04, *Microsoft ECR* [2005] II-1491, 647. pont.

32 C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. and others*, [1998] ECR I-7791.

ges az is, hogy az a versenytársak számára ne legyen se technológiailag, se gazdaságilag, se pedig jogilag észszerűen megkettőzhető.³³ Annak vizsgálata is szükséges, hogy maga a szolgáltatás objektíve nélkülözhetetlen-e a kérdéses tevékenység folytatásához, azaz hogy nincs tényleges vagy potenciális helyettesítője.³⁴ Ebből fakad, hogy a nélkülözhetetlenséget, pontosabban a nélkülözhetetlennek tartott eszköz megkettőzhetőségének gazdasági észszerűségét, nem a hozzáférést kérő, hanem a már létezővel összevethető méretű vállalkozás szempontjából kell értékelni. Ez a szempont a versenyben létrejövő infrastruktúrális fejlesztések egyfajta befektetési védelmét szolgálja.³⁵ Bár kétségtelen, hogy az online platformszolgáltatók sok hasonlóságot mutatnak a hálózatos iparágakkal (hálózati hatás és az ahhoz hasonló méretgazdaságosság miatt), egy nagyon fontos különbség mégis van: a platformszolgáltatók bár adott esetben jelentős befektetések eredményeként állhatnak elő, mégis csak az ingyenesség ígéretével bevonzott adatok tömegeire építenek, azok hízalják őket, amelyek mögött a személyes adataik feletti rendelkezést el nem vesztő érintettek állnak. (Az más kérdés, hogy jelenleg a tulajdonjog érvényesülése a személyes adatok felett nem olyan erős, mint az üzleti titok vagy a szellemi tulajdon esetében,³⁶ habár a GDPR³⁷ ezt várná.³⁸) Ráadásul a fentiek szerinti fizikai eszközökhöz való hozzáférés teszt alkalmazása azzal a kockázattal is járna, hogy a nagy tömegű strukturálatlan adattömegre építő platformok soha nem lennének nélkülözhetetlenek és így versenyjogi hozzáférésre kötelezettek, mert velük összevethető méretű versenytárs tudna hozzá mérhetőt kiépíteni. Közben a platformok befektetése nem tisztán piaciak, a mögött tömegesen átadott, értékkel bíró, nem megfelelően ellentételezett személyes adatok állnak.³⁹

3. Algoritmusok megítélése a versenykorlátozás joga alapján

Az algoritmusok elvileg vagy „offline” létrehozott versenykorlátozás végrehajtására, illetve monitorozására szolgálnak, vagy a versenykorlátozás algoritmusok által elősegített „online” összehangolt magatartásból fakadhat.

3.1. „Off-line” létező versenykorlátozások végrehajtása

Az offline térben létrejött versenykorlátozások online térben való végrehajtásának versenyjogi megítélése semmiben sem különbözik az „offline” környezetben megszokottól, hiszen ilyenkor eleve létezik vállalkozások közötti kifejezett versenykorlátozó kapcsolatfelvétel (megállapodás vagy összehangolt magatartás). Az árfigyelő algoritmusok például lehetővé teszik – a valós idejű árfigyelés mellett – a reagálást is, így még hatékonyabbá/fenntarthatóbbá tehetik a versenykorlátozásokat azáltal, hogy azonnal észlelik a versenykorlátozó megállapodásoktól való eltérést és alkalmazzák is a büntetést. Emiatt a versenytársak eleve a versenykorlátozó megállapodások betartásában érdekeltek. Vertikális viszonyokban pedig például a viszonteladási árrögzítés fenntartását segíthetik elő azáltal, hogy biztosítják az eltérések azonosítását, miáltal növelhetik a viszonteladási árrögzítés kikényszeríthetőségét. A jogsértés végrehajtásának fentiek szerinti algoritmusokkal megtámogatott biztosítékai általában bírságnövelő (súlyosító) tényezőnek minősülnek.⁴⁰

Erre az esetkategóriára példa a 2016-os brit *GBE/Trod* ügy.⁴¹ Két Amazonon poszttert értékesítő vállalkozás megállapodott, hogy a köztük lévő jó viszony érdekében (miután nem csak versenytársak voltak, de a Trod a GBE vevője is volt egyúttal) fel-

33 OECD: Big Data: Bringing competition policy to the digital era, DAF/COMP(2016)14, 27. 10. 2016., 22.

34 C-7/97, 41. pont.

35 András TÓTH: Protection of Investments in European Abuse of Dominance Cases – European Competition Law Review, Volume 29: Issue 12, 2008, 710–716.

36 E körben részletesen lásd Chris Jay HOOFNAGLE–Jan WHITTINGTON: Free: Accounting for the Costs of the Internet’s Most Popular Price (February 28, 2014). 61 UCLA L. Rev. 606 (2014); Pamela SAMUELSON: Privacy as Intellectual Property? 52. Stan. Law Review, 1125 (2000).

37 EU General Data Protection Regulation.

38 Lásd GDPR 7. preambulumbekzdés, a természetes személyeknek a személyes adatok kezelése tekintetében történő védelméről és az ilyen adatok szabad áramlásáról, valamint a 95/46/EK rendelet hatályon kívül helyezéséről (általános adatvédelmi rendelet) OJ L 119, 4. 5. 2016, 1–88.

39 HOOFNAGLE–WHITTINGTON (36. lj.).

40 Guidelines on the method of setting fines, OJEU C 210, 1. 09. 2006, 2, illetve a magyar GVH bírságközlönye: A Gazdasági Versenyhivatal elnökének és a Gazdasági Versenyhivatal Versenytanácsa elnökének 11/2017. közleménye, 33. pont.

41 Case 50223 Online posters and frames.

hagynak az árversennyel, és ennek érdekében az árazási algoritmusait úgy módosították, hogy egymás árának ne menjenek alá. A brit versenyhatóság ezért az árrögzítésért bírságot szabott ki, és arra is felhívta a figyelmet, hogy az ilyen árrögzítő kartellt megvalósító szoftverbeállítást elvégző szoftverfejlesztő is felelhet a versenyjogsértésért.⁴²

Van olyan szerző, aki szerint a luxemburgi versenyhatóság 2018 júniusában hozott döntése⁴³ is ebbe az esetkategóriába sorolható, sőt egyenesen üdvözlendő, mert az első ismert árazási algoritmusos eset, amelyet egy versenyhatóság hatékonysági érvek alapján mentesített.⁴⁴ Az ügy egyébként egy Webtaxi nevű alkalmazást érintett, amely az ügyfélhez a hozzá legközelebbi taxit irányította, egyúttal pedig egy algoritmus mentén kiszámította és kötelezően alkalmazandóvá tette a fuvardíjat. Az alkalmazás számos luxemburgi taxitársaság kínálatát egyesítette. Más szerző megkérdőjelezi, hogy ez egy árazásos algoritmussal kapcsolatos ügy lett volna, mondván, az árazási algoritmus eleve úgy kerül leprogramozásra, hogy az figyelembe vegye a versenytársak árait, ezzel szemben az esetben érintett algoritmus pusztán a versenytársak árait rögzítette.⁴⁵ Az ügyben érintett algoritmus lényegében független taxitársaságok árait határozta meg még akkor is, ha adott útra csak a legközelebbi taxit küldte az ügyfélhez. Egy ilyen alkalmazás akkor lenne egyértelműen a fogyasztók számára hasznos, ha az alkalmazás a különféle taxitársaságok kínálatát összegezve a választás lehetőségét végül a fogyasztóra hagyná. Ennek fényében a luxemburgi versenyhatóság által adott mentesítés legalábbis megkérdőjelezhető.

Szpunar főtanácsnok is megjegyezte a *Profesional Elite Taxi v Uber Systems Spain* ügyben,⁴⁶ hogy „[...] amennyiben az Ubert olyan platformnak tekintjük, amely független szolgáltatókat egyesít, az versenyjogi kérdéseket vethet fel”.⁴⁷ Felmerülhet hub-and-spoke kartell (amikor a versenytársak közötti horizontális összejátszás egy közös gyártó vagy forgalmazó felhasználásával, közbeékelődésével zajlik) vagy a független platformszolgáltatók közötti áregyeztetés AC-Treuhand alapú (amikor a kartellt egy érintett piacon jelen nem lévő szereplő segíti elő) előmozdítása.⁴⁸ Ezrachi és Stucke is arra jut, hogy ha a versenytársak közösen ugyanazt az árazási algoritmust használják, akkor az összejátszásra vezethet.⁴⁹ A brit versenyhatóság szerint az áremelkedés ilyen esetben annál valószínűbb, minél nagyobb piaci erőt képviselnek a közös algoritmust használó versenytársak.⁵⁰

3.2. Algoritmusok által összehangolt magatartás

Ezrachi és Stucke⁵¹ három olyan esetet említ, amikor az algoritmusok összehangolt magatartást eredményezhetnek.

Az első eset, amikor az algoritmus hub & spoke versenykorlátozás működését segíti elő a hub automatizálása révén. A hub & spoke versenykorlátozás lényege, hogy egy központi szereplő (a hub, amely lehet eladó és vevő is) közrejátszik abban, hogy rajta keresztül a beszállítók vagy kereskedők egymás között horizontális kooperációt folytathassanak. Ebben az esetben a versenytársak ugyanazt az algoritmust, vagyis hubot használják.⁵² Az Uberrel szemben

42 Case study: Online sellers price-fixing case study; Lessons from the CMA's investigation into 2 online sellers who broke competition law by agreeing to fix prices. Elérhető: <https://www.gov.uk/government/case-studies/online-sellers-price-fixing-case-study> (letöltés: 2018. június 21.).

43 Décision 2018-FO-01 – Webtaxi <<https://concurrency.public.lu/fr/decisions/ententes/2018/decision-2018-fo-01.html>> (letöltés: 2018. október 12.).

44 Michele GIANNINO: Webtaxi: The Luxembourg Competition Authority exempts an algorithmic price-fixing arrangement on efficiency grounds <<https://coreblog.lexxion.eu/webtaxi-the-luxembourg-competition-authority-exempts-an-algorithmic-price-fixing-arrangement-on-efficiency-grounds/>> accessed 12 October 2018; or <<http://www.cms-lawnow.com/ealerts/2018/06/competition-law-and-algorithms-the-luxembourg-competition-council>> (letöltés: 2018. október 12.).

45 David H. EVANS: Webtaxi: A Wrong Decision on „Algorithmic Price Fixing” <<https://www.oncompetitionpolicy.com/2018/08/webtaxi-a-wrong-decision-on-algorithmic-price-fixing/>> (letöltés: 2018. október 12.).

46 Opinion of Advocate General Szpunar delivered on 11 May 2017 C-434/15 Asociación Profesional Elite Taxi v Uber Systems Spain SLECLI:EU:C:2017:364, para. 62, fn. 23.

47 Uo. 62. pont.

48 Jan KUPCIK: Why does Uber violate European competition laws? (2016) 37 E.C.L.R., Iusse 11.

49 EZRACHI, A., and STUCKE, M. E. (2016), Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy.

50 Pricing algorithms, Economic working paper on the use of algorithms to facilitate collusion and personalised pricing, CMA, 8 October 2018. <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/746353/Algorithms_econ_report.pdf> (letöltés: 2018. október 12.) para 6.3. c) [„Pricing algorithms...”]

51 EZRACHI, A., and STUCKE, M. E. (2016), Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy.

52 Pricing algorithms... (50. lj.) 9. a. pont, 4.

folyamatban van egy ilyen jellegű antitröszteljárás az USA-ban⁵³, amelyben az Uberről mint hubot a sofőrök árösszehangolásával vádolják. Hasonló felvetést Szpunar főtanácsnok indítványa is tartalmazott az európai Uber-ügyben arra az esetre, ha a sofőröket független vállalkozásnak kellene tekinteni az Uber-től.⁵⁴

Az *Eturas*-ügyben⁵⁵ egy online szállásközvetítő platform a rajta keresztül értékesítő utazási irodáknak saját belső elektronikus levelezőrendszeren olyan rendszerüzenetet küldött, amelyben arról értesítette őket, hogy a platformon keresztül értékesített termékekhez kapcsolódó kedvezményekre ezen túl felső határt szabnak, és az üzenet elküldését követően a platformon el is végezték az ezen intézkedés végrehajtásához szükséges technikai módosításokat. A Bíróság szerint „az ártatlanság vélelmével ellentétes, ha a kérdést előterjesztő bíróság önmagában az alapügyben szereplő üzenet elküldéséből azt a következtetést vonja le, hogy az érintett utazási irodáknak szükségképpen ismerniük kellett az üzenet tartalmát”.⁵⁶ Az üzenet elküldése csak akkor szolgálhat vélelemként amellyel, hogy az utazási irodák az üzenet elküldésének időpontjától kezdve tudomással bírtak az üzenet tartalmáról, ha egyéb objektív és egybehangzó körülmények valószínűsítik, hogy az utazási iroda hallgatólagosan beleegyezett a versenyellenes magatartás folytatásába.⁵⁷ Egyúttal az utazási irodáknak továbbra is lehetőségük van ezt a vélelmet megdönteni például annak bizonyításával, hogy nem kapták meg az említett üzenetet, illetve hogy nem vagy csak az elküldésnél valamivel később nézték meg a kérdéses szövegmezőt.⁵⁸ „E vélelem megdöntésével kapcsolatban ugyanis nem követelhető meg túlzott vagy irreális lépés, tehát figyelembe kell venni a platform sajátosságait. Jelen esetben ugyanis nem összejátszásra irányuló találkozóról van szó, a nyilvános elhatárolódás vagy a közigazgatási hatóságoknak való jelentés tehát nem az egyetlen eszköze a vállalkozás jogsértésben való részvételére vonatkozó vélelem meg-

döntésének, hanem e célból más bizonyítékok is betervezhetők.”⁵⁹ „Nem követelhető meg a Bíróság szerint, hogy az utazási iroda elhatárolódási szándékát valamennyi olyan versenytársa tekintetében kinyilvánítsa, amely címzettje az alapügyben szereplő üzenetnek, mivel valójában nem ismerheti ezeket a címzetteket.”⁶⁰ Ebben az esetben tehát a hub szerepében egy platform volt, amely automatikus üzenetben tájékoztatott egy kedvezményes felső plafon beállításáról. A Bíróság összehangolt magatartásként vizsgálta a tényállást, és így jutott arra a következtetésre, hogy önmagában egy ilyen rendszerüzenet megkapása (miután nem e-mail-üzenet volt) nem támasztja alá, hogy a felek között horizontális értelmű kooperáció zajlott volna, ahhoz egyéb körülményeknek is fenn kell állniuk („*knowingly substitutes practical cooperation between them*”⁶¹), és csak ezt követően lehet a vélelmet felállítani, amelyet a szokásostól eltérő módon is meg lehet dönteni jelen esetben.

A második eset az, amikor mesterséges intelligencia a profitmaximalizálás érdekében kifejezett programozói utasítás hiányában is összejátszik más algoritmusokkal, vagy akár megállapodásra jut velük. A harmadik eset pedig az árjelzés, amikor az egyik algoritmus észleli, hogy a többiek követik (ajánlat/felhívás) az árazási döntéseit, majd erre figyelemmel jelzi feléjük a jövőbeni áremelési szándékot. Offline környezetben a Bizottság a konténerhajós ügyben⁶² arra jutott, hogy az árak versenytársak általi rendszeres előzetes jelzése alkalmas a versenyből fakadó kockázat csökkentésére és az összehangolt magatartáshoz vezethet. A CMA szerint ugyanakkor nem valószínű, hogy az algoritmusok az ilyen kölcsönös összefüggéseket maguktól felismernek, az ilyen jellegű működésre inkább kifejezett offline megállapodás vagy összehangolás eredményeként kerülhet sor.⁶³

Egyébként, ha el is játszunk a gondolattal, hogy az algoritmusok önálló életre kelnek, akkor a Bizottság szerint azok a vállalkozások, amelyek az ilyen al-

53 Meyer v Kalanick, No. 15 Civ.9796, 2016 WL 4073012.

54 C-434/15. sz. ügy, Asociación Profesional Elite Taxi kontra Uber Systems Spain SL, ECLI:EU:C:2017:981, 62. pont.

55 C-74/14 - Eturas és társai, ECLI:EU:C:2016:42.

56 Uo., 39. pont.

57 Uo., 40 és 45. pont.

58 Uo., 41. pont.

59 Uo., 46. pont.

60 Uo., 467. pont.

61 C-48/69 ICI v Commission (Dyestuffs) EU:C:1972:70, 64. pont.

62 COMP/39850.

63 Pricing algorithms... (50. lj.) 5.34. pont, 31.

goritmusokat felhasználják, felelősek lennének az EUMSZ 101. cikk megsértéséért, és nem védekezhettek azzal, hogy a jogsértést algoritmus követte el.⁶⁴ Valaki, aki felhasználta az algoritmust, legalább arról dönthet, hogy használja-e.⁶⁵ Ha úgy tekintjük az ilyen önfejlesztő algoritmust⁶⁶, mint független szereplőt, akkor a magatartásért való felelősség körében alkalmazható lehet a Bíróság *VM Remonts* -ügyben⁶⁷ kifejtett tesztje, amely szerint a felelősség akkor áll meg, ha:

- a szolgáltató valójában az eljárás alá vont vállalkozás irányítása vagy ellenőrzése alatt tevékenykedett, vagy
- e vállalkozásnak tudomása volt a versenytársai és a szolgáltató által követett versenyellenes célokról, és azokhoz hozzá kívánt saját magatartásával is járulni, vagy ha
- az említett vállalkozás észszerűen előre láthatta a versenytársainak és a szolgáltatónak a versenyellenes tevékenységét, és kész volt ennek kockázatát elfogadni.

Fentiek alapján a kimentésre csak úgy látszik esély, ha az önfejlesztő algoritmus felhasználója tudja bizonyítani, hogy a rendszer megfelelő működése feletti felügyelet kapcsán gondatlanság nem terheli (nem mulasztotta el az ilyen rendszer működtetésével kapcsolatosan elvárható gondosságot).⁶⁸ Mindez az önfejlesztő algoritmusok felhasználói esetében az algoritmus működésnek utólagos rekonstruálását feltételezi (log fájlok útján), amely nem csak megadja a beavatkozás és korrekció lehetőségét a humán felhasználónak, de a hatóság felé történő igazolást is biztosítja.⁶⁹

Mindezzel kapcsolatban fel kell hívni a figyelmet, hogy a technológia nem csak a jogi szabályozás célterülete, de egyúttal eszköze is lehet, mert például a jog szabályai parancsként beépülhetnek a techno-

lógiába, ami a robotok esetében elég kézenfekvőnek is hangzik (lásd Asimov törvényeit).⁷⁰ Ez a megközelítés megjelenik például a GDPR 25. cikkében, ami előírja, hogy mind az adatkezelés módjának meghatározásakor, mind pedig az adatkezelés során olyan megfelelő technikai és szervezési intézkedéseket kell végrehajtani, amelyek célja egyrészt az adatvédelmi elvek, például az adattakarékosság hatékony megvalósítása, másrészt a GDPR-ban foglalt követelmények teljesítéséhez és az érintettek jogainak védelméhez szükséges garanciák beépítése az adatkezelés folyamatába („*privacy by design*”). De hasonló előírással lehet találkozni a 2014/65/EU irányelvben is, amely előírja, hogy a tagállamok biztosítják, hogy az algoritmikuskereskedés rendszerei ne hozhassanak létre rendellenes kereskedési feltételeket a piacon vagy ne járuljanak hozzá ilyenek kialakulásához, továbbá hogy kezelni tudja az ilyen algoritmikus kereskedési rendszerek által ennek ellenére előidézett rendellenes kereskedési feltételeket.⁷¹

Az önfejlesztő árazási algoritmusoknak a versenykorlátozó kimenet érdekében gyakori interakcióra kell lépniük egymással. Ennek kiküszöbölésére szolgálhat olyan szabályozás, amely az ilyen jellegű kapcsolatfelvételek gyakoriságát korlátozza. Található erre példa az olajszektorban: Ausztráliában az eladók 24 órán belül csak egyszer igazíthatják áraikat a versenytársakéhoz.⁷²

Összességében az önfejlesztő árazási alkalmazások fejlesztőinek és felhasználóinak gondoskodniuk kell arról, hogy a hatályos szabályozásokat működésük során elismerjék és tiszteletben tartsák (a versenyjog tekintetében, hogy nem működnek együtt versenykorlátozó módon) úgy, hogy parancsként felül nem írható módon beépülnek az algoritmusba. Ennek megfeleléségének biztosításához és utólagos ellenőrzéséhez szükséges előírni az ilyen algoritmu-

64 Note from the European Union (1. lj.) 7.

65 JANKA-UHSLER i. m., (4. lj.), 121.

66 AI: Artificial Intelligence, magyar szóhasználatlalt önfejlesztő algoritmus.

67 C-542/14 - VM Remonts és társai ECLI:EU:C:2016:578.

68 JANKA-UHSLER i. m., (4. lj.) 122.

69 LINDSAY-McCARTHY i. m., (2. lj.) 537.

70 Erről részletesen: KLEIN Tamás-TÓTH András: A robotika egyes szabályozási kérdései, in. szerk.: HOMICSKÓ Árpád: Egyes modern technológiák etikai, jogi és szabályozási kihívásai, KRE-ÁJK Acta Caroliensia Conventorum Scientiarum Iuridico-Politicarum XXII. Károli Gáspár Református Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar, Budapest, 2018, 93–117.

71 Az Európai Parlament és a Tanács 2014/65/EU irányelve (2014. május 15.) a pénzügyi eszközök piacairól, valamint a 2002/92/EK irányelv és a 2011/61/EU irányelv módosításáról EGT-vonatkozású szöveg OJ L 173, 12. 6. 2014, 349–496., 48. cikk (6) bekezdés.

72 Virgílio PEREIRA: Algorithm-driven collusion: pouring old wine into new bottles or new wine into fresh wineskins? European Competition Law Review (2018) 39, Issue 5., 108. lábjegyzet.

sok döntéshozatali folyamatának és működésének rögzítését.

4. Erőfölénnyel való visszaélés algoritmus felhasználásával

Legfeljebb erőfölénnyel való visszaélésként volna megítélhető, ha az algoritmust használó felek között nincs megállapodás vagy összehangolt magatartás szintjét elérő kapcsolatfelvétel, ugyanakkor mégis van közös profitmaximalizáló kimenet. A versenykorlátozás joga szempontjából ugyanis meg kell egymástól különböztetni a versenytársak közötti jogellenes kapcsolatfelvételt – amely elérheti a megállapodás szintjét vagy annak hiányában a versenyből eredő kockázat kiiktatáshoz vezethet (összehangolt magatartást) –, és a kapcsolatfelvétellel nem járó körülményekhez igazodó független viselkedést (hallgatólagos összejátszás). Ez utóbbit az EUMSZ 101. cikke kapcsolatfelvétel (megállapodás, összehangolt magatartás) híján nem, legfeljebb közös erőfölényes helyzetben az ezzel való visszaélést tilthatja az EUMSZ 102. cikke alapján. Az EUMSZ 101. cikke ugyanis nem fosztja meg a piaci szereplőket attól, hogy racionálisan (intelligensen) alkalmazkodjanak a versenytársaik megfigyelt vagy várható magatartásához.⁷³ Ugyanakkor az algoritmusok olyan piacokon is megkönnyíthetik a hallgatólagos összejátszást, amelyeken korábban (azok összetettsége miatt például) ez nem lett volna lehetséges.⁷⁴ Az oligopolisztikus interdependencia elmélet szerint ugyanis a hallgatólagos összejátszás alapvetően olyan oligopolisztikus piacon lehetséges, amely kellően transzparens, nehezen támadható, ahol a termék homogén és közös összejátszást elősegítő mechanizmusok (elrettentő stratégiák) állnak rendelkezésre.⁷⁵ Minderre figyelemmel felmerül, hogy az algoritmusok nem terjesztik-e ki a versenytársak versenyt sértő összejátszási képességét olyan piacokra, amelyek egyébként nem volnának leírhatók az oligopolishti-

kus interdependencia elmélettel. Emiatt ugyanis a kifejezett versenytársak közötti kapcsolatfelvétel híján sem az EUMSZ 101. cikke, sem pedig 102. cikke nem volna alkalmazandó.⁷⁶

Ettől még a versenytársak stratégiailag képesek volnának áraik optimalizálására a profitjuk növelése érdekében.⁷⁷ Ezt az esetet jól illusztrálja az Amazonon értékesített Peter Lawrence: *The Making of a Fly* c. könyv, amelynek árát az autonóm árazási algoritmusok több mint 23 millió dollárra vitték fel, amely rámutat arra, hogy emberi beavatkozás nélkül az algoritmusok mennyire képtelen helyzeteket is előidézhettek.⁷⁸ Felmerül ezért, hogy az EUMSZ 101. és 102. cikkeinek fentiek szerinti alkalmazhatatlansága miatt módosítani kell-e ezeken a szabályokon.⁷⁹ Egyes álláspontok szerint, ha az algoritmusok működésével kapcsolatosan olyan fogyasztói kár merül fel, amelyet a hatályos szabályozás nem kezel, akkor új szektorspecifikus szabályozást kell elfogadni.⁸⁰ Erre szolgál példaként a fentebb már az AI-k kapcsán kifejtett megoldás. Valószínűleg a tisztességtelen verseny tilalmára vonatkozó szabályok alapján sem volna megragadható egy ilyen eset, mert az a versenytársak és a fogyasztók törvényes érdekeit sértő, veszélyeztető vagy az üzleti tisztesség követelményeibe ütköző gyakorlatokat tilalmazza, és kérdéses, hogy a magasabb árak a fogyasztók törvényes érdekébe, vagy akár üzleti tisztesség követelményébe ütköznének-e.⁸¹

Az algoritmusok beállításával erőfölénnyel való visszaélés is megvalósulhat, miként ez a Google-ra egy 2017 júniusában 2,4 milliárd euró bírság kiszabásával járó ügyből is kiderül.⁸² A Bizottság megállapította, hogy a Google az internetes keresés európai piacán 90%-ot meghaladó piaci részesedéssel bír. A Google azáltal, hogy a keresőjében a saját ár-összehasonlító szolgáltatását más versenytársakéhoz képest szisztematikusan sokkal előnyösebb pozícióban tüntette fel, az online keresőszolgáltatások piacán fennálló erőfölényét átvetítette az online ár-öss-

73 40/73 Suiker Unie, EBHT [1975] 01663.

74 Background Note (3. lj.) 4. pont. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2017\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2017)4/en/pdf) (letöltés: 2018. június 21.).

75 Uo.

76 Uo., 60. pont

77 JANKA–UHSLER i. m., (4. lj.) 117.

78 Uo.

79 Uo., 120.

80 LINDSAY–MC CARTHY i. m., (2. lj.) 533.

81 JANKA–UHSLER i. m., (4. lj.) 119. és 121.

82 CASE AT.39740 Google Search (Shopping).

szehasonlító szolgáltatások piacára. A Google keresési találatai első oldalán található 10 eredmény kapja az összes felkeresés 95%-át, így a versenytárs ár-összehasonlító oldalak súlyos hátrányba kerültek azáltal, hogy a Google saját szolgáltatásához képest csak távolabb kerültek feltüntetésre, hiszen ezáltal csökkent a hozzájuk irányuló forgalom (ha úgy tesszük, saját ár-összehasonlító szolgáltatása felé terelte). Miután a Bizottság szerint a forgalom az ár-összehasonlító oldalak szempontjából a legfontosabb tényező, ezért előírta a Google számára, hogy biztosítsa az egyenlő feltételeket a versenytársaknak is ebből (a forgalom) szempontból. A Bizottság szerint ebben az ügyben nem kellett a *Bronner*-ügyet alkalmaznia, mert nem hozzáféréstől való elzárkózásról, hanem erőfölény átviteléről van szó, amely egy elkülönült jogsértés.⁸³

5. Összegzés

Az már eddig is tudható volt, hogy az algoritmusok működése nem képzelhető el adatok nélkül. Különösen a fogyasztók profilozását biztosító algoritmusok kapcsán merül fel, hogy a jelentős online platformok által az „ingyenesség” ígéretével előállított óriási strukturálatlan adattömeg (big data) mennyiben helyettesíthető más algoritmusfejlesztők számára egyéb forrásból származó adatokkal. Az adattömegek felvásárlások általi növekedése kapcsán sajnos arra is fény derült, hogy a versenytársak adott esetben nehezen birkóznak meg a gyorsan és dinamikusan változó digitális piacok jövőbeni fejlődési irányainak felmérésével.

Az algoritmusok elvileg vagy „offline” létrehozott versenykorlátozás végrehajtására, illetve monitorozására szolgálnak, vagy a versenykorlátozás algoritmusok által elősegített összehangolt magatartásból fakadhat. Ezeknek az eseteknek a versenyjogi megítélése semmiben sem különbözik az „offline” környezetben megszokottól, hiszen ilyenkor eleve létezik vállalkozások közötti kifejezett versenykorlátozó kapcsolatfelvétel (megállapodás vagy összehangolt magatartás).

A szakirodalom három esetet említ, amikor az algoritmusok összehangolt magatartást eredményezhetnek. Az első, amikor az algoritmus hub & spoke versenykorlátozás működését segíti elő a hub automatizálása révén. Ez esetben a versenytársak ugyanazt az algoritmust vagyis hubot használják, és annál valószínűbb a versenykorlátozó hatás, minél nagyobb piaci erőt képviselő versenytárs vesz benne részt. A második eset az, amikor mesterséges intelligencia a profitmaximalizálás érdekében kifejezett programozói utasítás hiányában is összejátsszik más algoritmusokkal, vagy akár megállapodásra jut velük. A harmadik eset pedig az árjelzés, amikor az egyik algoritmus észleli, hogy a többiek követik az árazási döntéseit, majd erre figyelemmel jelzi feléjük a jövőbeni áremelési szándékot. Bár a második és a harmadik eset kivitelezhetősége egyelőre erősen kérdéses, az ilyen algoritmust felhasználók felelősek lennének az algoritmus jogsértő működéséért. Éppen ezért a jog szabályai parancsként be kell épüljenek a technológiába, miként azt a GDPR *privacy by design* megközelítése is korszerűen tükrözi. Az önfejlesztő árazási algoritmusoknak a versenykorlátozó kimenet érdekében egyébként gyakori interakcióra kell lépniük egymással. Ennek kiküszöbölésére szolgálhat például egy olyan szabályozás, amely az ilyen jellegű kapcsolatfelvételek gyakoriságát korlátozza.

Felmerül, hogy az algoritmusok nem terjesztik-e ki a versenytársak versenyt sértő összejátszási képességét olyan piacokra, amelyek egyébként nem volnának leírhatók az oligopolisztikus interdependencia elmélettel. Emiatt ugyanis a kifejezett versenytársak közötti kapcsolatfelvétel híján sem az EUMSZ 101. cikke, sem pedig 102. cikke nem volna alkalmazandó. A helyzetre a megoldást nem a versenyszabályok alkalmazhatósága határának tágításában, hanem a fentiek szerinti (mikor a jog szabályai felül nem írható parancsként épülnek be az algoritmusokba) ágazati szabályokban látom. Ennek megfelelően biztosításához és utólagos ellenőrzéséhez szükséges előírni az ilyen algoritmusok döntéshozatali folyamatának és működésének rögzítését.

83 CASE AT.39740 Google Search (Shopping), 651–652. pontok; ebben a körben a Bizottság releváns esetjognak az alábbi ügyeket tartotta: Case C-333/94 P, Tetra Pak v Commission, EU:C:1996:436; Case T-228/97, Irish Sugar plc v Commission, EU:T:1999:246; Case T-201/04, Microsoft v Commission, EU:T:2007:289.

Az online társkeresés fogyasztóvédelmi kockázatai

Consumer protection risks of online dating services

Abstract

The rise of online dating websites reflects our increasingly digitalised world. Parallel to the rapid development of technology and Internet services, online dating services are also evolving, from simple, „free” easy-to-access mobile device apps to complex and costly platforms. The more popular these services are becoming, the greater the number of consumer protection law issues that are arising from their use. Consequently, service providers are capturing the attention of consumer protection agencies, international bodies, policy makers and researchers. This paper provides an insight on these issues. Educating consumers about using online dating sites safely is equally important to both online dating sites and law enforcement. To aid this endeavour, the international Internet Sweep initiative of the ICPEN, and its follow-up actions, are excellent tools.

Tárgyszavak: általános szerződési feltételek, ICPEN sweep, online társkereső szolgáltatások, sérülékeny fogyasztók, egy kattintással elfogadható szerződések

Keywords: general terms and conditions, ICPEN sweep, online dating services, consumer vulnerability, click-wrap agreements

1. Bevezető gondolatok

Az online társkereső szolgáltatások alapvetően változtatták meg a social networking dinamikáját, megkönnyítve az individuum számára a kapcsolatteremtést, anélkül hogy kilépne otthonából. Azok a felhasználók, akik kapcsolatlétesítési céllal regisztrálnak ilyen felületeken, e szolgáltatások igénybevételeivel hasznos eszközt találnak ahhoz, hogy elvárásaiknak megfelelő egyénnel találkozzanak. A technológia fejlődésével párhuzamosan fejlődnek az online társkereső szolgáltatások is, az egyszerű, „ingyenes”, mobileszközökön is könnyen hozzáférhető alkalmazásoktól a komplex, költséges platformokig. Minél népszerűbbé válnak ezek a szolgáltatások, annál jobban nő a felhasználásából eredő fogyasztóvé-

delmi aggályok száma. Ezért nem meglepő, hogy az online társkereső vállalkozások által kínált szolgáltatások fogyasztóvédelmi hatóságok, érdekvédelmi szervezetek, akademikusok, kutatók, politikai döntéshozók érdeklődését keltik fel.

A határon átnyúló kereskedelem fellendülésével egyidejűleg a fogyasztóvédelmi szerveződések száma is megnövekedett, hiszen a gyorsan változó piaci körülményekre összehangolt lépésekre van szükség. Egyrészt a hatékony fogyasztóvédelmi környezet kialakításához a szabályozás erősítése szükséges. Másrészt a hatóságok közötti kommunikáció elősegítésével hatékonyabban lehet a felmerülő problémákra fókuszálni. Ehhez az is szükséges, hogy felmérjék az aktuális trendeket, amelyekre reagálva nemcsak a jogszabályi környezet megfelelő kialakí-

* A szerzők a GVH Elnökségi Titkárságának vezetője és Fogyasztóvédelmi Irodájának vizsgálója.

tására van lehetőség, hanem a fogyasztói tudatosságot is az egyes trendek ismeretében lehet növelni. Annak érdekében, hogy pontosan azonosíthatók legyenek az aktuális fogyasztók előtt álló kihívások, a regionális tendenciákon túl globális nézőpontra is szükség mutatkozik.

Miért lehet különösen hasznos az, ha nemzetközi szervezetek, tagszervezet-hálózatok egységesen lépnek fel a fogyasztóvédelem területén? Valóban hatékonyabban tudnak-e az ilyen szervezetek fellépni a jogszabályoknak való megfelelés kialakítása érdekében? Célzottabban képesek-e a hálózatok globalitásuknak köszönhetően az egyes határokon átívelő új keletű fogyasztóvédelmi problémák orvoslására? Mennyire segíthetik nemzetközi ajánlások, fellépések a vállalkozásokat szerződésifeltétel-kialakítási gyakorlatuk fogyasztóbarátabbá tételében? S ez mennyiben segíti a fogyasztót¹ üzleti döntése meghozatalában adott esetben egy online társkereső oldal által kínált szolgáltatás igénybevételekor? Ilyen és ehhez hasonló kérdések foglalkoztatták a szerzőket a jelen tanulmány megírásakor.

2. Az ICPEN fellépési lehetőségei a fogyasztók védelmében

Talán a verseny- és/vagy fogyasztóvédelmi szakemberek körében is kevésbé ismert, hogy a Gazdasági Versenyhivatal (GVH) már 1992 óta vesz részt tagként a jelenleg 60 tagországot és 4 partnerszervezetet tömörítő hálózat, az International Consumer Protection Enforcement Network (ICPEN) munkájában, amely jogalkalmazó hatóságok számára közös akciók szervezésével kínál lehetőséget az országhatárokon átnyúló problémák megoldására. A hálózat a határon átnyúló, fogyasztók üzleti döntésének befolyásolására alkalmas kereskedelmi gyakorlatokkal összefüggésben az egyes tagok szorosabb együttműködését hivatott elősegíteni, amelynek keretében a fogyasztóvédelmi kérdések megvitatására a tagok rendszeresen információt cserélnek.² Főbb stratégiai irányait tekintve: (i) koordinálja, összehangolja az egyes fogyasztóvédelemmel kapcsolatos végrehajtási kérdéseket; (ii) az aktuális trendekre

reagálva hozzájárul a fogyasztói tudatosság fejlesztéséhez; (iii) a leggyakoribb fogyasztóvédelmi problémák jogszabályalkotási és végrehajtási kérdéseivel összefüggésben segítséget nyújt az egyes hatóságoknak.³ Az ICPEN-nek három olyan állandó projektje van, amely a stratégiai célok megvalósulását célozza: (i) Fraud Prevention Month, (ii) Industry guidance és a (iii) Sweep.

(i) A csalásmegelőző hónap egy évente meghirdetett edukációs kampány, amelyet a tagok egyes témakörökben szerveznek, azonban azokat a résztvevő hatóságok az azonosított egyedi kérdésekre reflektálva szabják személyre. A felvilágosításra és oktatásra irányuló kampányok ösztönzik és segítséget nyújtanak a fogyasztóknak az érdekeik védelmében. A kampány az alábbi témaköröket érinti: az üzleti döntést befolyásoló megtévesztő és agresszív kereskedelmi gyakorlatok; személyazonossággal való visszaélés; adathalászat; online shopping; tiltott szerencsejáték; egészségügy területét érintő tisztességtelen tevékenységek.⁴

(ii) Az ágazatspecifikus útmutató az egyes szektoroknak a tisztességes kereskedelmi gyakorlatok alapelveit ismertető dokumentum, amelyet az ICPEN időről időre bocsát ki. Az útmutató általánosságban segíti a vállalkozásokat az egyes tagállami jogszabályi követelményeknek való megfelelésben, jöllehet a hatóságok eseti alapon vizsgálják az egyes piaci magatartásokat.

(iii) A sweep a nemzeti fogyasztóvédelmi végrehajtó hatóságok által egyidejűleg elvégzett koordinált fellépést jelent, amely magában foglal egy célzott és összehangolt, meghatározott szektort érintő nagyszabású ellenőrzési folyamatot. Az angol nyelvből származó kifejezés söprést, átfésülést, pásztázást, átvitt értelemben pedig rendteremtést, takarítást jelent.⁵ Az ICPEN Titkársága vezetésével a hatóságok vizsgálói (sweeperek) azonos szempontrendszert követve tekintik át az előre vizsgálati célként meghatározott területeket. Cél, hogy rávilágítson arra, hogy a piaci szereplők tiszteletben tartják-e a fogyasztóvédelmi jogszabályokat, azaz a jogszabályoknak történő megfelelés szűrőpróbaszerű ellenőrzése történik. Ilyen alkalmakkor a swee-

1 A tanulmányban a fogyasztó/felhasználó/szolgáltatás igénybe vevője a jogi terminológiára tekintet nélkül szinonimaként szerepel.

2 <https://www.icpen.org/who-we-are> (letöltés ideje: 2018. augusztus 29.).

3 <https://www.icpen.org/what-we-do> (letöltés ideje: 2018. augusztus 29.).

4 <https://www.icpen.org/initiatives> (letöltés ideje: 2018. szeptember 4.).

5 <https://hu.glosbe.com/en/hu/sweep> (letöltés ideje: 2018. augusztus 29.).

perek egy időben böngésznek az interneten megtévesztő, csalárd weboldalak felderítése céljából. Az időszakosan összehangolt internetfigyelés kitűnő lehetőséget nyújt az online világban jelentkező új veszélyek felmérésére, egyúttal jövőbeli eljárások megindításának is alapját képezheti. A tapasztalat azt mutatja, hogy szükség van ilyen rendszeres időközönként tartott, kiterjedt ellenőrzésekre, amelyek nyilvánvalóan az átlagosnál nagyobb rálátást nyújtanak a hatóságoknak is az online térben érvényesülő folyamatokra.⁶

Tekintettel arra, hogy az internet a fő felülete a vállalkozások és fogyasztók találkozásának, így az ICPEN az általános szerződési feltételek (ÁSZF) vizsgálatát tűzte ki célul a Sweep keretein belül: a résztvevők egységesen az ÁSZF-eket, valamint a kapcsolódó kereskedelmi gyakorlatokat vizsgálták különböző megcélzott szektorokban.⁷ Ennek során a résztvevők azt vizsgálták, hogy akár az ÁSZF-ek, akár a kapcsolódó kereskedelmi gyakorlatok tartalmaznak-e olyan rendelkezéseket, amelyek a fogyasztók megtévesztésére alkalmasak, vagy egyéb okokból feltehetően nincsenek összhangban a hatályos jogszabályi követelményekkel. Mindez kiemelten fontos, hiszen a fogyasztók csak egyértelmű és átlátható információk birtokában tudnak tájékozott üzleti döntést hozni. Így például egy hosszú és bonyolult ÁSZF elriaszthatja a fogyasztókat annak áttanulmányozásától, így a szerződéskötéstől is, illetve egy-egy fontos információ elrejtése alkalmas lehet arra, hogy olyan üzleti döntés meghozatalára készítse a fogyasztót, amelyet egyébként nem hozott volna meg.⁸

3. A magyar sweeperek tapasztalatai

A 2018. január 29. és február 9. között a GVH részvételével zajló projekt témája „Szerződési feltételek a digitális gazdaságban” címmel került meghatározásra. A fogyasztókkal szembeni tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat tilalmáról szóló 2008. évi

XLVII. törvény (Fttv.) 2008. szeptemberi hatálybalépése óta a GVH hatodik alkalommal működött közre nemzetközi sweep projektben. Az idei sweepkoordinátor szerepét a kanadai versenyhatóság vállalta⁹, amely a hatóságok rendelkezésére bocsátott egy „Internet Sweep Kit 2017–2018” elnevezésű dokumentumot praktikus információkkal a lebonyolítást illetően. A sweeperek a vizsgálatra kijelölt szektorok közül a Magyarországon is népszerű hét, online társskereső szolgáltatásokat kínáló vállalkozás ÁSZF-jét tekintették át abból a szemszögből, hogy azok tartalma alapján a fogyasztó képes-e tájékozott üzleti döntés meghozatalára.¹⁰

A digitális környezetben ma már megszokott, hogy egy fogyasztó több eszközt használ – PC, laptop, okostelefon, táblagép, smart TV, okosóra stb. –, amelyek többféle operációs rendszerrel (iOS, Android) vannak ellátva. Ezek az eszközök lehetővé teszik, hogy azokon a képi megjelenítés eltérő legyen, így az egyes dokumentumok különböző eszközökön különböző módon jelenhetnek meg. Ezért tartották a sweeperek fontosnak, hogy PC-n, és egyéb Android- és iOS operációs rendszerrel rendelkező eszközök segítségével böngésszenek a célzott területeken. Ezt az informatikai megoldást az ún. reszponzív web design (RWD) néven emlegetik. Az RWD a weboldalaknak olyan speciális kialakítása, amelyik rugalmasan alkalmazkodik a különböző böngészők képernyőjének méretéhez azért, hogy optimális megjelenést biztosítson a felhasználónak minden böngészésre alkalmas eszközön. Így a lehető legkényelmesebb és legteljesebb felhasználói élményt biztosítja a felhasználónak bármilyen eszközön is böngészik egy weboldalon. Ezt a tartalomstrukturálási módszert az egyre többféle méretű kijelző megjelenése hívta életre. A fejlesztők szerint olyan megoldás fejlesztésére volt szükség, mely mobiltól a tableten keresztül a PC-kig minden eszközön képes megjeleníteni egy weboldalt azonos URL alatt, közel azonos dizájnnal és tartalommal.¹¹ Ez azért fontos, mert a The Statistics Portal vizsgálata szerint 2017-ben a világszintű teljes webes forgalom 52,64%-át adták a

6 <https://www.icpen.org/initiatives> (letöltés ideje: 2018. szeptember 4.).

7 Lásd: <https://www.icpen.org/news/902> (letöltés ideje: 2019. szeptember 10.).

8 Lásd: <https://www.icpen.org/news/902> (letöltés ideje: 2019. szeptember 10.).

9 <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04332.html> (letöltés ideje: 2018. augusztus 28.).

10 http://gvh.hu/sajtoszoba/sajtokozlomenyek/2018_as_sajtokozlomenyek/a_gvh_online_tarskereso_szolgaltatasok_altalanos_s.html (letöltés ideje: 2018. augusztus 29.).

11 <https://www.usernet.hu/blog/mi-az-a-responsive-web-design-rwd> (letöltés ideje: 2018. augusztus 29.).

mobileszközök. Ez azt jelenti, hogy amennyiben létezik még olyan weboldal, amely nincs mobil eszközre optimalizálva, az potenciális forgalma mintegy felét veszíti el emiatt.¹²

A szükséges eszközök meghatározása után a vizsgált vállalkozások ÁSZF-jeiről készített képernyőmentések abban segítettek a sweepereket, hogy összehasonlítsák azok tartalmát. Ezt követően a találatok elemzése, majd a sweep report adatlapok kitöltésére és összegzésére került sor. Ennek eredményeképpen a sweeperek átfogó képet kaptak a lehetséges jogsértésekről, amely azzal az előnnyel jár, hogy lehetővé teszi a jövőbeni GVH-hoz esetlegesen érkező piaci jelzések egységes kezelését. A sweeperek célja a projektben való részvétellel az esetleges versenyfelügyeleti eljárás megindításának mérlegelése és versenykultúra-fejlesztési eszközök alkalmazása volt.

4. ÁSZF-ek útvesztőjében

A Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény Hatodik Könyv XV. fejezete rendelkezik az ÁSZF-ekkel történő szerződéskötés szabályairól.¹³ Az üzleti életben létrejövő ügyletek legjelentősebb hányadánál ma már nyilvánvaló, hogy a szerződések megkötése régen nem a klasszikus kétoldalú alkufolyamat eredményeként jön létre. A technika fejlődésével párhuzamosan a szerződéskötéseknek is új módjai alakultak ki, amelyek közül legelterjedtebbek az ÁSZF-ek. E módszer lényege, hogy a szerződéskötési alkut az egyik fél által szerződéskötések egész tömegére előre elkészített, formalizált szerződési feltételek váltják fel, amelyekkel kapcsolatban a másik fél közreműködése csupán az elfogadás passzív szerepére korlátozódik. Ilyen szabvány- vagy blankettaszerződéseket használnak fogyasztó és vállalkozás szerződéseiben, így különösen az online térben, valamint a vállalkozások egymás közötti tömeges méretű termékforgalmában is.¹⁴ Mindez nem csak azzal a veszéllyel jár, hogy megbomlik a szerződési egyensúly, hanem az a tendencia látszik megál-

lapíthatónak, hogy ezen kikötések révén alkalmazójuk egyoldalú előnyöket kíván biztosítani a saját javára, mintha a mérleg nyelvét igyekezne a saját oldalára billenteni. A „Take-it-or-leave-it” elvet követve a felhasználó válaszáig eléri a viszontreakció tekintetében: vagy teljes egészében elfogadja, vagy nem szerződik. Az ÁSZF-ek szövegezése gyakran az átlagfogyasztó számára érthetetlen, szaknyelvi formája, hosszúsága, tagolatlansága miatt csak nagyobb erőfeszítések árán értelmezhető. Így a szerződés megkötésével a szövegező fél kerülhet nyilvánvalóan kedvezőbb helyzetbe. Előnyeit tekintve az ÁSZF-nek az offline térben gondolkodva első sorban időmegtakarító, költségkímélő, rizikófaktorokat kiküszöbölő célja emelhető ki. Kérdés, hogy ez valóban így van-e az online megjelenő ÁSZF-ek vonatkozásában is. Az mindenesetre bizonyos, hogy az ÁSZF-eknek soha nem volt ilyen kiemelt jelentősége, mint a digitális gazdaságban.

Az ÁSZF-ek vizsgálatával kapcsolatban külön kérdésként fogalmazódik meg annak kereskedelmi gyakorlatként való értékelhetősége, valamint az, hogy mely hatóság, bíróság rendelkezik hatáskörrel az abban foglaltak vizsgálatára. Az Fttv. alkalmazásában is helytálló az Európai Unió Bíróságának (EUB) a 2005/29/EK irányelvvel (UCPD) kapcsolatban több ügyben tett azon megállapítása, hogy a UCPD irányelv 2. cikkének d) pontja különösen tágran határozza meg a kereskedelmi gyakorlat fogalmát.¹⁵ A Pereničová-ügyben az EUB egy olyan hitel-szerződést érintett, ahol a feltüntetett díj éves százalékos mértéke alacsonyabb volt a díj tényleges mértékénél. Az EUB megállapította, hogy a szerződési feltételekben feltüntetett valótlan információ – vagyis a valóságnál alacsonyabb mértékű THM megjelenése – megtevesztőnek minősül a szerződésekben alkalmazott tisztességtelen feltételekről szóló irányelv 6. cikke értelmében, ha az az átlagfogyasztót olyan ügyleti döntés meghozatalára készteti vagy késztetheti, amelyet egyébként nem hozott volna meg. Annak megállapítása, hogy egy ilyen kereskedelmi gyakorlat tisztességtelen, egy olyan tényező,

¹² <https://www.statista.com/topics/779/mobile-internet/> (letöltés ideje: 2018. augusztus 29.).

¹³ Ptk. 6:77. § [Általános szerződési feltétel] (1) Általános szerződési feltételnek minősül az a szerződési feltétel, amelyet az alkalmazója több szerződés megkötése céljából egyoldalúan, a másik fél közreműködése nélkül előre meghatározott, és amelyet a felek egyedileg nem tárgyalnak meg. (2) Az általános szerződési feltételt alkalmazó felet terheli annak bizonyítása, hogy a szerződési feltételt a felek egyedileg megtárgyalták.

¹⁴ Vö.: VÉKÁS LAJOS/GÁRDOS PÉTER (szerk.): Kommentár a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvényhez, Wolters Kluwer, Budapest, 2018.

¹⁵ Lásd: C-304/08. Plus Warenhandels-gesellschaft ügyben 2010. január 14-én hozott ítélet, a C-540/08. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag ügyben 2010. november 9-én hozott ítélet, a C-453/10. Jana Pereničová-ügyben 2012. március 15-én hozott ítélet.

amelyre hivatkozni lehet a szerződésekben alkalmazott tisztességtelen feltételekről szóló irányelv szerinti tisztességtelen gyakorlatok vizsgálatakor. Egy ilyen megállapításnak azonban nincsen közvetlen hatása arra, hogy a szerződés érvényesnek minősül-e az irányelv 6. cikke (1) bekezdése értelmében.¹⁶ Az ítélet tehát egyértelművé teszi, hogy nincs akadálya annak, hogy egy ÁSZF-et ne csak a 93/13/EGK irányelv, hanem UCPD irányelv (így az Fttv.) alapján is lehessen értékelni.

A fentiekkel összefüggésben kiemelendő, hogy a GVH már a régi Ptk. egy ÁSZF-ekre vonatkozó rendelkezéséből is levezette annak kereskedelmi gyakorlat mivoltát. A régi Ptk. szerint az ÁSZF csak akkor válik a szerződés részévé, ha alkalmazója lehetővé tette, hogy a másik fél annak tartalmát megismerje, és ha azt a másik fél kifejezetten vagy ráutaló magatartással elfogadta.¹⁷ Ez egyben azt is jelenti, hogy a fogyasztói ügyleti döntés meghozatalának folyamatában az ÁSZF nemcsak mint a felek között létrejövő polgári jogi szerződés feltétele funkcionál, hanem az Fttv. körében relevanciával bíró információközlés, kereskedelmi kommunikáció is.¹⁸ Tekintettel az új Ptk.¹⁹ 6:78. § (1) bekezdésére, a GVH megállapításai helytállóak.

A kereskedelmi gyakorlat fogalmának meglehetősen széles körű volta a GVH eljárásainak tárgyából is kitűnik. A GVH Versenytanácsa a reklámok alkalmazásán kívül kereskedelmi gyakorlatnak minősítette például az egyes szolgáltatásokhoz kapcsolódó, a vállalkozás honlapján a fogyasztók számára hozzáférhető ÁSZF-eket, díjtáblázatokat²⁰, a szerződéskötést megelőzően a bankfiókokban és honlapokon – a marketinganyagok megjelenésétől függetlenül, más időszakokban – is megismerhető általános szerződési feltételeket és kondíciós listát, amelyek a fogyasztói döntésre szintén hatással bírnak²¹.

A GVH Versenytanácsa elvi élel szögezte le, hogy a fogyasztók vállalkozások általi tájékoztatása megtételének helyétől, formájától függetlenül versenyjogi értékelés tárgya lehet, így a GVH nemcsak a reklámban tett közléseket vizsgálhatja, hanem azokat is, amelyeket az adott vállalkozás általános szerződési feltételeiben fogalmaz meg a fogyasztók irányában. Az ÁSZF-ben foglaltakat akkor vizsgálhatja a Gazdasági Versenyhivatal, ha az abban foglaltak a versenyjogilag releváns fogyasztói döntés meghozatala előtt válnak ismertté a fogyasztók előtt, és részét képezik annak a tájékoztatásnak, amelyet a vállalkozás nyújt a (potenciális) fogyasztók számára.²²

A GVH Versenytanácsa a Google LLC vállalkozással szemben lefolytatott eljárásban az ügyben érintett alkalmazás és funkciók telepítése/letöltése során, illetve az azokkal kapcsolatban kapott tájékoztatásokat kereskedelmi gyakorlatként minősítette, hiszen az egyes termékek használata körében az alkalmazások és funkciók telepítésével/letöltésével nemcsak szerződéskötés, hanem egy külön ügyleti döntés is létrejön.²³

Mivel az ÁSZF különböző (pl. fogyasztóvédelmi, adatvédelmi) célt szolgáló tájékoztatásokat is tartalmaz, önmagában az Fttv. melléklete szerinti, továbbá agresszív, illetve megtévesztő kereskedelmi gyakorlatként történő értékelése a szerzők álláspontja szerint nem lehetséges. Tehát a GVH fogyasztóvédelmi hatáskörében az ÁSZF-eket a kereskedelmi gyakorlat részeként vizsgálhatja egy versenyfelügyeleti eljárás keretei között. Az ÁSZF tisztességtelenségének megállapítása bírósági hatáskörbe tartozik. Ugyanakkor hangsúlyozandó, hogy a GVH élhet közérdekű keresetindítási lehetőséggel a vállalkozás által alkalmazott ÁSZF egyes rendelkezéseivel kapcsolatban, kérve a tisztességtelen kikötés érvénytelenségének megállapítását.²⁴

16 C-453/10. Jana Pereničová-ügyben ítélet 43–46. pont.

17 Polgári Törvénykönyvről szóló 1959. évi IV. törvény 205/B. § (1) bek.

18 VJ/139-044/2009.sz. VT határozat 51. pont és vö.: ZAVODNYIK JÓZSEF: Nagykommentár a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatról szóló törvényhez.

19 Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény.

20 Lásd: VJ/89-33/2011. sz. VT határozat 64. pont.

21 Lásd: VJ/29-46/2009. sz. VT határozat 180. pont.

22 A Gazdasági Versenyhivatal Versenytanácsának Fttv.-vel kapcsolatos elvi jelentőségű döntései (2017) I.7.19. pont, http://www.gvh.hu/data/cms1038267/VT_elvi_allasfoglalasok_fttv_2018_03_22.pdf, vö. VJ/139/2009., VJ/89/2011., ZAVODNYIK: 18. lj. 96.

23 VJ/88-71/2016. sz. VT határozat 206. pont.

24 A Tptv. 85/A. § (1) bekezdése szerint a GVH pert indíthat a fogyasztók polgári jogi igényeinek érvényesítése iránt, ha a vállalkozásnak a GVH hatáskörébe tartozó jogsértő magatartása a fogyasztók széles, a jogsértés körülményei alapján meghatározható körét érinti. További feltétel, hogy a perindításra a GVH csak abban az esetben jogosult, ha az adott jogsértés miatt a versenyfelügyeleti eljárást már megindította. Ha a versenyfelügyeleti eljárás folyamatban van, a GVH kérelmére a bíróság a per tárgyalását a versenyfelügyeleti eljárás befejezéséig felfüggeszti.

4.1. Olvasni vagy nem olvasni..., ez itt a kérdés?

Napjainkra megállapítást nyert, hogy az ÁSZF-ek, adatvédelmi nyilatkozatok, végfelhasználói licencszerződések és egyéb egy kattintással aláírható megállapodások olvasottsága általában alacsony. Mindezt alátámasztja az Federal Trade Commission (FTC) által végzett kutatás, amely megállapította, hogy egy nyomtatott anyaggal ellentétben a fogyasztók az online tartalmakat nem olvassák végig. Ennek megfelelően a vállalkozásoknak figyelembe kell venniük azt, hogy egy lényeges információnak az oldal alján való elhelyezése miatt valószínűleg nem fog a fogyasztói észlelés részévé válni.²⁵ Egy 2016-ban az Európai Bizottság által készített, ÁSZF-ekkel szembeni fogyasztói viselkedést vizsgáló tanulmány szerint a fogyasztók csupán 9,4%-a nyitotta meg az ÁSZF-et tartalmazó dokumentumot digitális szerződéskötések alkalmával. Azt is látnunk kell, hogy amennyiben a felhasználó el is olvassa az ÁSZF-et, az online tranzakciókban megjelenő hatásait, következményeit nem vagy nem pontosan képes megérteni.²⁶ Egy több egyetem²⁷ bevonásával végzett kutatás azt mérte, hogy mennyi időt töltenek egy ÁSZF áttekintésével a potenciális vásárlók. A kutatás a vártnál is elkésőbb eredményt hozott: 74% a „quick join” opciót választotta, míg a tudatosabbak is átlagban csupán 51 másodpercet töltöttek az ÁSZF áttanulmányozásával.²⁸

Több olyan kezdeményezés is fellelhető az interneten, amely egy vállalkozás ÁSZF-jét olvassa végig abból a célból, hogy felhívja a figyelmet az ezzel kapcsolatos aggályokra. Egy férfi felolvasta az Amazon Kindle ÁSZF-jét, amely összesen 8 óra 59 percre tartott.²⁹ A Norwegian Consumer Council szerint egy átlagos norvég fogyasztó 33 alkalmazással rendel-

kezik, amelyek ÁSZF-jének együttes hossza meghaladja az Újszövetséget. Az irreálisnak tekinthető terjedelem bizonyítására a felkért fogyasztók egy időben olvasták fel az általuk kedvelt alkalmazások feltételeit, amely összesen több mint 30 óráig tartott.³⁰ Azon túl, hogy a fenti kezdeményezések már-már mosolyra késztetik a felhasználókat, kitűnő példái annak a kilátástalan helyzetnek, amellyel a fogyasztók a mindennapi életben szembesülnek. A GfK Digital Connected Consumer kutatása szerint a 15–59 éves hazai internetezőik körében 10 fogyasztóból 9 már vásárolt az interneten 2016-ban, ami egyben az ÁSZF-ek digitális térben való térnyerését is demonstrálja.³¹

Az internet jellegéből fakad, hogy a fogyasztó információk tömegét képes befogadni, így a vállalkozásoknak minden lehetőségük adott ahhoz, hogy megfelelően tájékoztassák a potenciális vásárlóikat. Ezzel összefüggésben megemlíthető a GVH Versenytanácsának megállapítása, miszerint az „interneten megjelentethető és meg is jelenő információk nagy tömege ugyanakkor azt is jelenti, hogy a fogyasztó versenyjogilag figyelembe veendő döntésének meghozatalát általában nem az információk rendelkezésre állásának hiánya nehezíti meg, hanem a nagy mennyiségű információ szelektálása, a releváns információk megtalálása és kiválasztása, s azok feldolgozása. Ebből fakadóan fontos, hogy az áru fogyasztók általi reális megítéléséhez szükséges lényeges információk könnyen elérhetők legyenek, fogyasztóbarát módon kerüljenek elhelyezésre, [...]”.³²

Az ÁSZF-ek hosszúságáról és összetettségéről szóló kritikákra a vállalkozások rendszerint a jogszabályi követelményeknek való megfelelést hozzák fel érvként, hiszen számos jogszabályi rendelkezés szabályozza a szolgáltatások és termékek kereskedelmét. Mivel egy internetes szolgáltatás esetében az ÁSZF mint kereskedelmi kommunikáció közre-

25 Lásd: .com Disclosures: How to Make Effective Disclosures in Digital Advertising <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/press-releases/ftc-staff-revises-online-advertising-disclosure-guidelines/130312dotcomdisclosures.pdf> (letöltés ideje: 2018. szeptember 20.).

26 Study on consumers' attitudes towards Terms and Conditions (T&Cs) Final report, European Commission, 2016, 9., https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/terms_and_conditions_final_report_en.pdf (letöltés ideje: 2018. augusztus 30.).

27 York University, Quello Center, Michigan State University, University of Connecticut.

28 The Biggest Lie on the Internet: Ignoring the Privacy Policies and Terms of Service Policies of Social Networking Services: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2757465 (letöltés ideje: 2018. szeptember 3.).

29 Terms and Conditions are too long, just ask a guy who read Amazon's for 9 hours <https://mashable.com/2017/03/15/reading-amazons-terms-conditions/?europe=true> (letöltés ideje: 2018. szeptember 3.).

30 Norway consumer body stages live app terms reading <https://www.bbc.co.uk/news/world-europe-36378215> (letöltés ideje: 2018. szeptember 3.).

31 Vö.: http://kreativ.hu/cikk/egyre_tobben_vasarolnak_kulfoldi_webshopokban (letöltés ideje: 2018. szeptember 11.).

32 A Gazdasági Versenyhivatal Versenytanácsának Fttv.-vel kapcsolatos elvi jelentőségű döntései (2017) I.7.19. pont. http://www.gvh.hu/data/cms1038267/VT_elvi_allasfoglalasok_fttv_2018_03_22.pdf, VJ/88-71/2016. sz. VT határozat 245. pont, valamint VJ/32-164/2016. sz. VT határozat 423. pont.

adásának nincsenek területi korlátai, a vállalkozás kereskedelmi gyakorlatának tisztességtelenségét az alapján lehet értékelni, hogy az ÁSZF-ben szereplő információk fogyasztóbarát módon kerülnek-e elhelyezésre, segítik-e adott szolgáltatás reális megítélését.

4.2. A fogyasztókra leselkedő ÁSZF-ekben rejlő veszélyek az online társkeresésben

A mai digitalizált világban a kommunikáció, az információáramlás és a személyes élmények megosztása fénysebességgel zajlik: a parkolási díj, autópálya-matrica vásárlásától kezdve a vásárlásokig az offline-ról az online szintér felé való tolodás jellemző. Az elektronikus ügyfélkapuk, regisztrációs felületek egy rövid folyamatot követően lehetővé teszik a gyors és kényelmes ügyintézés. Néhány klikk, és máris megvan, amit a felhasználó szeretne. A weboldalak és az alkalmazások az ÁSZF-eket egy kattintással elfogadható szerződési formában teszik elérhetővé. A felhasználó a szerződés teljes tartalmával egyetért azzal, hogy az „elfogadom” gombra kattint és megnyomja a küldés gombot. Ez a fajta szerződéskötési mechanizmus az elektronikus kereskedelembe bevett forma, azonban ennek gyakorlata vitatott az esetjogban is. Jóllehet az ÁSZF-ekben szereplő feltételek elfogadása valid szerződéskötési módszer, jogszerűsége egy konkrét esetben fogyasztóvédelmi szempontból is erősen megkérdőjelezhető lehet. Az információk, amelyeket a felhasználók a társkereső szolgáltatók számára rendelkezésre bocsátanak, lehetnek rendkívül személyes és érzékeny adatok, és felmerül a kérdés, hogy az egy kattintással elfogadható szerződéskötési forma valóban olyan módszer-e, amely védi a fogyasztókat, vagy inkább ez egy eszköz a vállalkozások számára, hogy sérelmet okozzanak a felhasználók adatvédelmi jogai tekintetében.³³ A GVH Versenytanácsa a Google LLC vállalkozással szembeni versenyfelügyeleti eljárásban kimondta, hogy a fogyasztói (és nem pusztán adatvédelmi szempontú, hanem piaci jelentőségű) érdek, hogy a fogyasztó a saját személyes és esetle-

gesen egyéb – gazdasági, üzleti relevanciájú – adataival önmaga rendelkezzen, és képes legyen kontrollálni és átlátni azt, hogy egy szolgáltató milyen adatait és miként kezeli.³⁴

Azt, hogy az internet világában egyáltalán nem léteznek határok, az online társkereső oldalak egyre növekvő népszerűsége is jól mutatja már magyar viszonylatban is.³⁵ A társkereső oldalakon és a különböző applikációk segítségével ismerkedhetünk, megadott szempontok alapján szűrhetünk. A népszerűség szempontjából párhuzamot vonhatunk aközött, hogy az elmúlt néhány évben a vásárlások egyre nagyobb aránya helyeződik át folyamatosan az online felületekre, a társkeresés is egyre inkább a virtuális térben zajlik. Az online társkeresés tehát drasztikusan megváltoztatta azt, hogy emberek hogyan létesítenek új kapcsolatokat. Ebből a szempontból különös jelentősége van annak, hogy milyen feltételekkel vesszük igénybe adott esetben például a kínált társkereső szolgáltatást. Ebből a megfontolásból fókuszáltak a GVH sweeperei a megadott digitális gazdaságot érintő targetált szektorok közül az online társkereső vállalkozások által kínált szolgáltatásokra vonatkozó ÁSZF-ekre.

4.2.1. Feltárt problémák

Az online társkeresés mint szolgáltatás nem különbözik az egyéb szolgáltatásoktól abban, hogy a vállalkozás részéről a fogyasztók tisztességes tájékoztatása az elvárt magatartás. Kiemelten fontos, hogy valamennyi, az ügyleti döntése meghozatalához szükséges, lényeges körülményről így különösen a szolgáltatás pontos tartalmáról, a díjszabásról, a díjváltozást előidéző okokról, a szerződés létrejöttének és megszüntetésének módjáról érthető, átlátható és pontos tájékoztatást kapjon a fogyasztó. Ezzel összefüggésben megemlíthető a GVH Versenytanácsának Apple Inc. eljárás alá vont vállalkozással szemben lefolytatott eljárásban tett megállapítása, hogy nem helytálló az az okfejtés, miszerint az okostelefont használó fogyasztók az átlagnál körülményesebbek lennének, így az adott ügyben az átlagfogyasztók ügyleti döntését vették alapul.³⁶

33 Vö.: <https://www.theguardian.com/technology/2017/mar/03/terms-of-service-online-contracts-fine-print> (letöltés ideje: 2018. augusztus 31.).

34 VJ/88-71/2016. számú határozat 239. pont.

35 <https://www.top5tarskereso.com/> (letöltés ideje: 2018. augusztus 31.).

36 VJ/32-164/2016. számú VT határozat 387. pont.

A GVH a sweep eredményeként az online társ-kereső szolgáltatókat és felhasználóikat megszólító sajtóközleményében – amelyet vélhetően célzottan, 2018. február 14-én, Valentin-napon tett közzé – általános jellegű megállapításokkal kívánt üzeni annak érdekében, hogy azok megfeleljenek a fogyasztóvédelmi jogszabályok támasztotta követelményeknek, mintegy ajánlásokkal segítséget nyújtva az ilyen szolgáltatások nyújtóinak és igénybevevőinek. Általános követelmény, hogy egy Magyarországon társkereső szolgáltatásokat kínáló vállalkozás ÁSZF-je magyar nyelven legyen elérhető. A szolgáltatás lemondásával kapcsolatban alapvető elvárás, hogy az a szolgáltatás igénybevételénél ne legyen komplexebb folyamat, amely a regisztráció alkalmával mindössze néhány kattintással megoldható. A vállalkozások kerüljék a nehezen áttekinthető és értelmezhető tájékoztatást, így különösen azokat, amelyeket lényeges körülmények kiemelése nélkül, strukturálatlanul, kereszt-hivatkozásokkal tűzdelve állítottak össze. Szintén általános fogyasztóvédelmi igény, hogy a tájékoztatások a szolgáltatás igénybevételéhez fontos körülményt ne hallgassanak és ne rejtsejenek el.

A GVH hangsúlyozta, hogy a társkereső szolgáltatások felhasználói tájékozottabb üzleti döntés meghozatalára lesznek képesek, amennyiben például ellenőrzi a társkereső weboldal megbízhatóságát (weboldalon közzétett cégadatok, esetleg e-cégjegyzék³⁷) és átnézi az egyes blogokon, vlogokon, a közösségi médiában a társkereső oldallal kapcsolatos fogyasztói véleményeket is. Mindez hasznos információval szolgálhat annak eldöntéséhez, hogy a kiválasztott társkereső weboldal valós, esetleg hamis profilokkal is dolgozik-e, elégedettek-e felhasználói, s így valóban érdemes-e regisztrálni a felületen vagy adott esetben a körülményeket figyelembe véve érdemes egy másik vállalkozás által kínált szolgáltatást igénybe venni. A digitális környezetben sem lehet elégszer hangsúlyozni azt, hogy az ÁSZF tartalmának megismerése kulcsfontosságú, amelyre érdemes időt fordítani a fogyasztónak. Ilyenek például a szolgáltatás feltételei közül a tagságok tartalma (alap/prémium tagság közötti különbségek), az ahhoz kapcsolódó díjszabás is. Amennyiben az ÁSZF tartalmával kapcsolatban kérdés merül fel, mindig

érdemes a vállalkozás ügyfélszolgálatát felkeresni a döntés meghozatala előtt. Erre ma már nem csupán telefonon, de az interneten is lehetőség nyílik, rendszerint akár már pár órán belül választ kaphat a felhasználó a kérdéseire.

Könnyen előfordulhat az az eset, hogy a felhasználó a regisztrációt követően meggondolja magát és a továbbiakban nem kívánja igénybe venni a társkereső szolgáltatást. Amennyiben ez a döntés, a szolgáltatás igénybevételére vonatkozó szerződés megkötésének napjától számított 14 naptári napon belül következik be, akkor javasolt élni a jogszabályi felhatalmazás alapján biztosított elállási joggal.³⁸ Ez azt jelenti, hogy az online rendelt szolgáltatásra szóló szerződéstől a fogyasztó egyoldalúan visszaléphet, nem köteles a szolgáltató kérésére magyarázatot adni az elállás okára. A fogyasztó elállási szándékát szóban (telefonon), írásban postai úton (célszerű tértivevényes levélben), e-mailben, valamint a vonatkozó kormányrendelet mellékletében szereplő nyilatkozatminta felhasználásával is kifejezésre juttathatja, akkor is, ha például a társkereső szolgáltató az elállási jog gyakorlásának valamelyik formáját a weboldalán közzétett ÁSZF-ben kizárja. Amennyiben a vállalkozás lehetővé teszi a fogyasztó számára, hogy az elállási szándékát a weboldalán keresztül is bejelentse (online formanyomtatványon), akkor ebben az esetben a vállalkozás köteles tartós adathordozón (e-mailben) haladéktalanul visszaigazolni a nyilatkozat megérkezését. Az utólagos bizonyíthatóság érdekében javasolható az elállási nyilatkozatot elsősorban a szolgáltatónak a szerződésben rögzített közzétett e-mail-címére elküldeni. Természetesen amennyiben a vállalkozás rendelkezik üzlethelyiséggel, vevőszolgálattal, a fogyasztó elállási nyilatkozatát személyesen is átadhatja és az ügyintézővel igazolt módon átvetetheti, noha ennek a megoldásnak a jelentősége éppen a gyors ügyintézés okán az online térben valószínűsíthetően egyre inkább csökken. Az elállási nyilatkozatban mindenképpen érdemes utalni arra, hogy a hatályos jogszabályok által biztosított, az internetes kereskedelemben is irányadó indoklás nélküli elállási jogával (és nem a hibás teljesítéssel összefüggő szavatossági vagy jótállási jogával) él a fogyasztó. Nem ritka az a helyzet, amikor a vállalkozás a fogyasztót nem hozza

37 <https://www.e-cegjegyzek.hu/> (letöltés ideje: 2018. szeptember 3.).

38 Lásd: A fogyasztó és a vállalkozás közötti szerződések részletes szabályairól szóló 45/2014. (II. 26.) kormányrendelet.

olyan helyzetbe, hogy tudja, hogy elállási joggal élhet. Gyakori, hogy bár tájékoztatják a fogyasztót az elállási jog lehetőségéről, de azt a szerződés valamely alpontjában elrejtve teszik. Előfordulhat tehát, hogy olyan, ÁSZF-ben elrejtett praktikákat alkalmaz a vállalkozás, amely egy konkrét esetben tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatként is értékelhető lehet, különösen, ha a fogyasztó szerződéses jogainak – ideértve a szerződéstől való elállásra, valamint a másik árura vagy vállalkozáshoz való áttérésre vonatkozó jogot is – gyakorlásával szemben támasztott, indokolatlanul terhes vagy aránytalan, nem szerződéses akadályokat támaszt a vállalkozás.³⁹ Az Fttv. 2. §-ához fűzött indokolás szerint az „*ügyleti döntés (amelynek – legalábbis potenciális – befolyásolt-sága a tisztességtelenség egyik döntő kritériuma) fogalma is jóval tágabb e szókapcsolat köznapri értelménél, s – az irányelvi szabályozás szerint – szándékoltan eltávolodik a fogyasztó gazdasági döntéseinek szigorúan a magánjog szerinti szerződési akarat kifejezéseiként való értékelésétől. Az irányelv, s így a törvény alkalmazásában nem csupán a szerződéskötésig, arra vonatkozóan hozott fogyasztói döntés tekintendő ügyleti döntésnek, hanem a fogyasztó valamennyi, az áruhoz kapcsolódó gazdasági döntése, így azok is, amelyek meghozatala jellemzően a szerződés létrejöttét követően történik (például az elállási jog gyakorlásáról, az áruval kapcsolatos igényérvényesítésről való döntés). Ennélfogva az áru használatát befolyásoló kereskedelmi gyakorlatok is a szabályozás hatálya alá tartoznak.*”⁴⁰

Kiemelt figyelmet szükséges továbbá fordítani a szerződés időtartamára (határozott/határozatlan), illetve arra is, hogy automatikusan meghosszabbodik-e a határozott idejű szerződés időtartama. A nem kívánt automatikus meghosszabbodás elkerülése érdekében érdemes emlékeztetőt beállítani az okostelefonon, Outlook-naptárban, napló alkalmazásban és már a regisztrációt megelőzően ellenőrizni a szerződés felmondásának lehetőségeit. Az online térben az utólagos bizonyíthatóságot könnyíti, ha a fogyasztó a regisztrációs folyamatról vagy a vállalkozással folytatott szerződés felmondásával kapcsolatos levelezésről képernyőmentéseket készít. A nyomon követhetőség érdekében megfontolandó

lehet, hogy a fogyasztó külön e-mail-címet hozzon létre a társkereső oldalak használatára.⁴¹ Szintén célravezető, ha a szolgáltatás igénybevétele előtt a weboldalon közzétett ÁSZF-et a fogyasztó elmenti és kinyomtatja. Így a későbbiekben is bizonyíthatja, hogy a megrendelés időpontjában milyen tartalommal volt elérhető a tájékoztatás a honlapon.

5. CPEN Sweep follow-up: a vállalkozásoknak címzett nyílt levél közzététele az ÁSZF-ek fontosságáról a digitális gazdaságban

A fenti problémáknak kiemelt jelentősége lehet egy menet közben, kis képernyőn áttanulmányozott ÁSZF-fel kapcsolatos ügyleti döntés meghozatalakor.

A sweep follow-up akciójaként a résztvevő hatóságok előzetes bevonásával az ICPEN a teljesség igénye nélkül az alábbi feltételek szerinti ÁSZF kialakítását javasolta a vállalkozásoknak szóló nyílt levelében: (i) a rendelkezések egyértelmű, pontos megfogalmazása, valamint könnyen fellelhető helyen való elhelyezése; (ii) a fontosabb feltételek kiemelése például úgy, hogy a rendelkezések elején egy rövid, könnyen érthető, példákkal tarkított összefoglaló kerüljön feltüntetésre; (iii) a túl bonyolult, jogi szaknyelvvvel és technikai zsargonnal tűzdelt homályos megfogalmazások kerülése, különösen a kulcsfontosságú kikötések tekintetében; (iv) a fogyasztók tájékoztatása a fontosabb feltételekről, így különösen a termék/szolgáltatás áráról (pl. eredeti ár és a fix kötelező költségek köre), a fizetés módjáról és idejéről, a szerződés időtartamáról, az adatok gyűjtéséről és azok további felhasználásának mikéntjéről, a vállalkozás által egyoldalú szerződésmódosítás esetleges lehetőségéről és azok körülményeiről, a fogyasztó általi felmondási lehetőségekről; (v) annak felülvizsgálata, hogy a vállalkozás szerződésmódosítását követően a fogyasztók számára lehetőség van-e a szerződés felmondására és az esetleges díjak visszatérítésére, ha nem tartják elfogadható-

39 VJ/122-183/2010 VT határozat 114. pontja, VJ/20-144/2014. számú határozat 167. pont.

40 ZAVODNYIK: 18. ljt., 136.

41 Vö.: http://gvh.hu/sajtoszoba/sajtokozlemenyek/2018_as_sajtokozlemenyek/a_gvh_online_tarskereso_szolgaltatasok_altalanos_s.html; http://www.gvh.hu/fogyasztoknak/gondolja_vegig_higgadnan/az_internetes_tarskereses_buktatoi.html (letöltés ideje: 2018. augusztus 31.).

nak a módosításban foglaltakat; (vi) a szerződés fogyasztók általi felmondása legyen egyszerű és külön költségektől mentes, így különösen az automatikusan megújuló szerződések esetén.⁴²

A sweep keretében az egyes hatóságok konkrét vállalkozásokat azonosítottak, amelyek esetén aggályok merültek fel az ÁSZF és a kapcsolódó kereskedelmi gyakorlatok nemzeti fogyasztóvédelmi jogszabályokba való ütközésével kapcsolatban, így hatósági eljárások indítása is felmerült.

6. Nemzetközi kitekintés

A sweepek költséghatékony információgyűjtési eszköznek bizonyulnak a fogyasztóvédelem terén, figyelembe véve a részvételhez szükséges hatósági erőforrásokat. Az idei sweep és minden azt követő esetleges végrehajtási, megfelelési, oktatási tevékenységnek arra kell törekednie, hogy növelje a fogyasztók bizalmát az online és mobil tranzakciókhoz, ezáltal javítva a fogyasztók tájékozott döntéshozatali képességét. A gyakorlatban az látszik, hogy a hatóságok, fogyasztóvédelmi érdekvédelmi szervezetek fokozott érdeklődést mutatnak a téma iránt és a sweepet követően, valamint már azt megelőzően is – más-más tárgyban ugyan – különböző fellépésekre került sor. Az online társ keresők ÁSZF-jeivel kapcsolatban számos hatóság, bíróság fogalmazott meg aggályokat.

A bajor fogyasztói központ (Verbraucherzentrale Bayern) piacfelügyeletet végző szakértői 2017. október 24-én közzétették az online társ kereső szolgáltatások piacán lefolytatott vizsgálatuk eredményét.⁴³ Ennek során a vizsgálatot megelőző egy évben beérkezett 307 panaszt, valamint számos szolgáltató ÁSZF-jét tekintették át. Általános problémaként azonosították az álprofilok használatát, amely azért különösen aggályos, mert a regisztrálni kívánó személyek abba a téves képzetbe kerülhet-

nek, hogy a nagyszámú felhasználó között könnyebben fog rátalálni a kívánt partnerre. Ugyancsak problémásak az előfizetések előzetes tájékoztatás nélküli automatikus meghosszabbodásai vagy a szerződés fogyasztók általi felmondásának indokolatlanul bonyolulttá tétele. Ez megvalósulhat úgy is, hogy a vállalkozások figyelmen kívül hagyják a regisztrált tagok szerződésfelmondási szándékát, de akár úgy is, hogy végrehajtókra hivatkozva próbálják a jogosulatlan követeléseket érvényesíteni. Számos esetben az ÁSZF rendelkezései között elrejtett információk alapján a vállalkozás a felhasználói adatokat harmadik fél részére adja át kifejezett hozzájárulás hiányában is.⁴⁴

A berlini székhelyű Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) pert indított egy online társ kereső szolgáltatóval szemben, amely egy olyan rendelkezést alkalmazott ÁSZF-ében, amely a felmondás érvényességéhez a felhasználó saját kezű aláírását követelte meg. Jóllehet a szerződés teljes egészében online kötött, a vállalkozás nem fogadta el az e-mailben történő felmondást. A német Szövetségi Legfelsőbb Bíróság megállapította a rendelkezés jogellenességét, és a felmondásra vonatkozó kikötést a fogyasztók számára indokolatlanul hátrányosnak tekintette.⁴⁵

Az FTC 2017 szeptemberében egy közérdekű adatigénylés okán tette közzé az adott évben a www.match.com elnevezésű online társ kereső weboldal kereskedelmi gyakorlatával kapcsolatban benyújtott panaszokat anonimizált módon.⁴⁶ A panaszok alapján a problémás területek közé tartozik az előfizetés automatikus megújulása, az álprofilok alkalmazása és az előfizetés lemondásának megnehezítése. Az egyik legnagyobb kihívást az FTC számára online társ kereső oldalakon tevékenykedő csalók jelentik, akik valódi érzelmeket színlelve próbálnak pénzt kicsikarni a gyanútlan fogyasztóktól.⁴⁷ A csalók ezen tevékenysége 2016-ban 220 millió dollár

42 Lásd: <https://www.icpen.org/news/902> (letöltés ideje: 2019. szeptember 10.).

43 A Marktwächterek feladata, hogy fogyasztói panaszok és empirikus kutatások alapján vizsgálják a piaci folyamatokat, és a fogyasztók tényleges helyzetét a pénzügyi piacon és a digitális világban. Lásd még: <https://ssl.marktwaechter.de/> (letöltés ideje: 2019. szeptember 10.).

44 <https://ssl.marktwaechter.de/pressemeldung/online-dating-abzocke-fakes-und-schlechter-datenschutz>; <https://www.verbraucherzentrale-bayern.de/pressemeldungen/digitale-welt/onlinedating-fakeprofile-auf-187-portalen-22016> (letöltés ideje: 2018. szeptember 10.).

45 Lásd: Bundesgerichtshof, Urteil vom 14. 07. 2016, Az. III ZR 387/15, <https://www.vzbv.de/urteil/bgh-erklaert-kuendigungsklausel-von-elitepartner-de-fuer-unwirksam>; <http://www.juraexamen.info/bgh-kuendigung-und-agb-kontrolle-bei-online-dating-portalen/> (letöltés ideje: 2018. szeptember 6.).

46 <https://www.ftc.gov/about-ftc/foia/frequently-requested-records/online-dating> (letöltés ideje: 2018. szeptember 13.).

47 Az FTC többféle módon igyekszik felhívni a fogyasztók figyelmét, lásd: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2010/11/ftc-warns-consumers-about-online-dating-scams>, <https://www.consumer.ftc.gov/articles/0004-online-dating-scams> (letöltés ideje: 2018. szeptember 13.).

veszteséget okozott a károsultak számára, a Federal Bureau of Investigation, szövetségi nyomozó irodához beérkezett feljelentések száma az elmúlt 5 évben megtriplázódott.⁴⁸ Az FTC 2014-ben egy bírósági eljárás során egyezséget kötött egy angliai székhelyű online társkereső szolgáltatóval, mely eltiltotta a vállalkozást az álprofilok alkalmazásától, mellyel megtevesztette a fogyasztókat az irántuk érdeklődő potenciális partnerek felől, és rávette őket az előfizetés megvásárlására.⁴⁹

A téma aktualitását növeli, hogy a holland fogyasztóvédelmi és versenyhatóság (Netherlands Authority for Consumers and Markets – ACM) 2018 áprilisában előzetes értesítés nélküli helyszíni kutatást végzett online társkereső szolgáltatásokat nyújtó vállalkozásoknál.⁵⁰ A folyamatban lévő vizsgálat tárgya részben átfedést mutat a magyar versenyhatóság vizsgálatával, amely a sajtóközlemény szerint a társkereső oldalakon jelen lévő hamis profilokat vizsgálja. Kiemelendő ugyanakkor, hogy az ACM az ilyen típusú társkereső oldalak megvizsgálásának egyik fő okaként azt jelöli meg, hogy azokat gyakran a sérülékeny fogyasztók használják.⁵¹

Az angol fogyasztóvédelmi és versenyhatóság (CMA) 2017 októberében indított eljárást egy társkereső szolgáltatásokat nyújtó vállalkozás ellen, amely – végül mintegy 8 hónap elteltével – 2018 júniusában kötelezettségvállalások egész sorával zárult. A vállalkozás egyetértett a CMA-val abban, hogy a személyes adataik megosztása tekintetében világosabb információkat kell a felhasználóknak szolgáltatnia. A vállalkozásnak azt is biztosítania szükséges a jövőben, hogy a szolgáltatással kapcsolatos igények és a weboldalakon szereplő regisztrált tagok száma nem félrevezető. Ezenkívül az ÁSZF-ből a vállalkozásnak el kell távolítania az olyan klauzulákat, amelyek lehetővé teszik a vállalkozás számára a feltételek egyoldalú módosításának jogát. Továbbá a vállalkozásnak világos, előzetes figyelmeztetést kell küldenie a fel-

használónak az egyes előfizetések automatikus megújulása előtt. A vállalkozásnak biztosítania szükséges a felmondáshoz való jogot és egyes tagok esetében arányos tagdíj-visszatérítést a vállalkozások által végrehajtandó változtatások eredményeképpen.⁵² 2018 júniusában a CMA közzétett egy „dos and don'ts” útmutatót a társkereső szolgáltatást nyújtó vállalkozásoknak, amelyben rávilágít az online társkereső szolgáltatások által használt ÁSZF-ek olyan kikötéseire és az olyan üzleti gyakorlatokra, amelyek valószínűsíthetően sérthetik a fogyasztóvédelmi jog szabályait.⁵³ Ezzel párhuzamosan „Online társkeresés: mit kell keresni?” címmel a fogyasztóknak szóló ajánlásokat fogalmazott meg a regisztráció előtti és a regisztráció utáni esetre, valamint arra, ha valami nem a felhasználó előzetes akarata szerint történik.⁵⁴ Szintén az eljárás eredményeképpen a CMA és a brit adatvédelmi hatóság (Information Commissioner's Office – ICO) közös dokumentumot tett közzé a témában az „Online társkereső szolgáltatási szektor – fogyasztóvédelmi jogi compliance” összefoglaló címmel, hangsúlyozva az adatvédelmi aspektusokat. Az online társkereső szolgáltatások természetüknél fogva követelik a fogyasztóktól személyes és gyakran szenzitív információk (különleges adatok) megosztását. A magánélettel és a személyes adatokkal összefüggő információk a tagsági szerződés, az adatvédelmi irányelvek, a felhasználási feltételek gyakran az ÁSZF részét képezhetik. A közelmúltban hatályba lépett általános adatvédelmi rendelet (GDPR)⁵⁵ különös kötelezettségeket ró a szervezetekre a személyes adatok megszerzése során a fogyasztóknak nyújtandó adatvédelmi információk felhasználásához kapcsolódóan. A közös dokumentum olyan kategóriákra hoz példát, amely kevésbé valószínű, hogy megfelel a tisztességesség követelményének (less likely to be fair), illetve olyanokra, amelyek esetében valószínűbb az e követelménynek való megfelelés (more likely to be fair). Így például a CMA és az ICO

48 <https://www.consumer.ftc.gov/articles/0560-online-dating-scams-infographic> (letöltés ideje: 2018. szeptember 13.).

49 <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2014/10/online-dating-service-agrees-stop-deceptive-use-fake-profiles> (letöltés ideje: 2018. szeptember 13.).

50 Ellentétben a GVH-val, az ACM jogosult fogyasztóvédelmi ügyekben is előzetes értesítés nélküli helyszíni kutatást tartani.

51 <https://www.acm.nl/en/publications/acm-conducts-dawn-raids-companies-running-dating-sites> (letöltés ideje: 2018. szeptember 3.).

52 <https://www.gov.uk/cma-cases/online-dating-services#case-closed> (letöltés ideje: 2018. szeptember 3.).

53 <https://www.gov.uk/government/publications/online-dating-consumer-law-advice-for-business/online-dating-consumer-law-advice-for-business> (letöltés ideje: 2018. szeptember 3.).

54 <https://www.gov.uk/government/publications/online-dating-what-to-look-out-for/online-dating-what-to-look-out-for> (letöltés ideje: 2018. szeptember 3.).

55 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HU/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=HU> (letöltés ideje: 2018. szeptember 3.).

szerint a tisztességesség követelményébe ütközik egyebek mellett, amennyiben a társkereső szolgáltatók visszavonhatatlan jogot kapnak arra, hogy feldolgozzák és megosszák a fogyasztókra vonatkozó információkat, ideértve a kapcsolódó közösségi médiafiókokból származó információkat is, anélkül hogy a fogyasztók számára tényleges lehetőség lenne a feltételek megismerésére a szerződés megkötése előtt. Ugyanígy az is, amennyiben a társkereső szolgáltatók nem követelik meg a fogyasztók kifejezett beleegyezését adataik megosztásához, például harmadik felekkel, vagy akár a társkereső weboldalak partnerhálózatán belül.⁵⁶

A GVH 2018 júniusában – részben a hozzá érkezett piaci jelzések, részben pedig a sweep follow-up akciójaként – versenyfelügyeleti eljárást indított egy online társkereső szolgáltatást nyújtó vállalkozással szemben, a fogyasztókkal szembeni tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat tilalmának feltételezett megsértése miatt. A GVH vizsgálata részben a más hatóságok által aggályosnak vélt magatartásokat is érinti.⁵⁷

7. Záró gondolatok

Az online társkereső portálok személyiségek széles spektrumát kínálják, jóllehet, ahogyan az a fentiekben bemutatásra került, jogi problémák egész sorával találkozhat a felhasználó. A szerzők meglátása szerint érdemes tehát a kínált szolgáltatás igénybevétele előtt az ÁSZF-ek áttekintésének valóban időt szentelni. A tanulmány elején feltett kérdések tekintetében a szerzők reményeiket fejezik ki, miszerint az egyes vállalkozások tekintettel lesznek például az ICPEN ajánlásaira az ÁSZF-eik megfogalmazásakor, hiszen a vállalkozások részéről a korábbi kereskedelmi gyakorlatuk újragondolására is szükség van. A sweep projekt által feltártakból az is következik, hogy egyrészt a tagországoknak gyorsan kell reagálniuk az online térben azonosított problémákra, hiszen az áruk, szolgáltatások kereskedelme már nagyrészt a gyorsan változó digitális térben zajlik. Ennek megfelelő módja az egyes ható-

ságok közötti információcsere, amely jelentős anyagi és időbeli ráfordításoktól kímélheti meg a fogyasztóvédelmi hatóságok szakembereit.

A cél az lenne, hogy a vállalkozások – függetlenül attól, hogy milyen szektorban tevékenykednek – közérthetőbbé és formailag is átláthatóbbá tegyék az ÁSZF-eiket, hogy ezzel is transzparenssebbé váljanak felhasználóik felé, s növeljék az olvasási hajlandóságot. Kissé hasonlóan ahhoz az elváráshoz, amely az adatkezelési tájékoztatók kapcsán megfogalmazódik, ahol a tájékozott beleegyezés szintén a hosszú és bonyolult leírásokon bukik el.⁵⁸ A jogi és/vagy technikai szakzsargon nem könnyíti meg egy ilyen dokumentum végigolvasását, de a jogszabályi követelmények miatt ezt a formát megtartani szükséges. Egy fogyasztóbarátabb szemléletmód jegyében megfogalmazott ÁSZF-ben például felsorolás-szerűen szerepeltethetők az egyes témakörök, esetleg egyszerűsített magyarázatokkal, hétköznapi nyelven megfogalmazott összefoglalókkal kiegészítve. Így akár egy két nyelven megfogalmazott szerződéshez hasonlóan, kéthasábos formában is megjeleníthető lenne az ÁSZF szövege: bal oldalon a jogilag elvárt formában és tartalommal, jobb oldalon pedig köznap nyelven. A dokumentumok áttanulmányozása során felugró ablakok, buborékokban megjelenő összegzők, bizonyos időközönként újraküldött emlékeztetők szintén segíthetik a tájékozott döntéshozatalt. Kutatások bizonyították, hogy a fogyasztók alternatív megoldásokat keresnek, amikor információk után kutatnak, például a gyakori kérdések részt sokkal szívesebben olvassák.⁵⁹ Így az is növelheti a transzparenciát, ha a vállalkozások ebben a részben magyarázzák el az egyes szerződési feltételeket. Javasolható továbbá a vállalkozásoknak, hogy kreatívan használják ki a technika adta lehetőségeket, részesítsék előnyben a hiperhivatkozások segítségével megjelenített tartalmakat.

Végül kiemelt jelentősége van a fogyasztói tudatosság növelésének, amely egyrészt történhet szervezett edukációs programokkal, kampányokkal, de a fogyasztók átgondoltabb ügyleti döntés meghozatalára való törekvése legalább annyira fontos.

⁵⁶ https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5b114a8040f0b634abe911e7/compliance_statement.pdf (letöltés ideje: 2018. szeptember 13.).

⁵⁷ http://www.gvh.hu/sajtoszoba/sajtokozlomenyek/2018_as_sajtokozlomenyek/versenyfelugyeleti_eljaras_indult_az_online_tarske.html (letöltés ideje: 2018. szeptember 3.).

⁵⁸ Erről részletesen lásd: Tóth András: Tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat tilalma a digitális gazdaságban, Infokommunikáció és Jog, 14. 69. sz. 2017. december, 99–105.

⁵⁹ Ibid: European Commission, 2016, 98.

Az Európai Unió Törvényszékének ítélete a České dráhy kontra Bizottság ügyben

The judgment of the General Court in the České dráhy a.s. versus European Commission case

Abstract

The Commission, although it may conduct on-site inspections without prior judicial authorization, is not exempt from judicial control. The General Court in its judgment in Case T-325/16 annulled in part the decision of the Commission initiating the procedure and the on-site inspection. In fact, the Commission defined the subject matter and purpose of the investigation too broadly. The decision of the General Court confirms insofar the relevant case-law of the Court of Justice of the European Union and also verifies the powers of the Commission to continue parallel investigations with national competition authorities.

Tárgyszavak: helyszíni vizsgálatot elrendelő határozat, indokolási kötelezettség, valószínűsítő körülmények, fel-faló árazás, párhuzamos eljárás

Keywords: decision ordering an inspection, obligation to state reasons, reasonable grounds, predatory pricing, pa-
rallel procedure

1. Bevezetés

Jelen jogeset-ismertetés tárgya az Európai Bi-
zottságnak („Bizottság”), hajnali rajtaütésként
(„dawn raid”) ismert helyszíni vizsgálatot elrendelő
határozatának a vizsgálat alá vont vállalkozás által
a Törvényszéknél kezdeményezett megsemmisítésé-
re irányuló keresete és a Törvényszék döntése fon-
tosabb, újdonságot tartalmazó, illetve a korábbi
ítélkezési gyakorlatot megerősítő részeinek bemu-
tatása.

1.1. A Bizottság helyszíni vizsgálata, főbb eltérések a magyar jogtól

Az ügy a magyar olvasó számára jó alkalmat te-
remt a Bizottság és a Gazdasági Versenyhivatal
(„GVH”) helyszíni vizsgálatainak – részletekre nem
terjedő – összevetésére, a két eljárásrend közötti
főbb különbségek ismertetésére.

A Bizottság jogkörét a „helyszíni vizsgálat” le-
folytatására az 1/2003/EK rendelet¹, a GVH hatáskö-

* A szerző csoportvezető a GVH Versenytanácsi Titkárságán.

¹ 1/2003/EK rendelet a Szerződés 81. és 82. cikkében meghatározott versenyszabályok végrehajtásáról HL L 1., 2003. 1. 4., 1–25., 20. cikk.

rét a „helyszíni kutatásra” a tisztességtelen piaci magatartás és a versenykorlátozás tilalmáról szóló 1996. évi LVII. törvény² („Tpvt.”) tartalmazza. A Bizottság a helyszíni vizsgálatot elrendelő határozatban köteles megjeleníteni a vizsgálat tárgyát, célját, határozatáról pedig előzetesen konzultálnia kell az a tagállami versenyhatósággal, amely területén megvalósul a helyszíni vizsgálat, s melynek kérésére annak vizsgálói is részt vehetnek rajta.

Jelen esetbemutatás címéből is nyilvánvalóvá válik a két hatóság jogosítványai közötti egyik fő különbség, nevezetesen, hogy a Bizottság saját határozata alapján jogosult rajtaütés lefolytatására, míg a GVH minden esetben előzetes bírói engedély alapján kezdheti meg a helyszíni kutatást.³ A Bizottság számára akkor feltétel a tagállami bírósági engedély előzetes beszerzése, ha nem a vállalkozás üzleti helyiségében kíván rajtaütést tartani.⁴

A tanulmány témáját érintő további fontos különbség, hogy a GVH a vizsgálat tárgyához nem kapcsolódó, más versenyjogi jogsértésre utaló bizonyítékot is lefoglalhat törvényi felhatalmazás⁵ alapján, ilyenkor ennek bírói jóváhagyása utólag kerül beszerzésre, míg a Bizottságnak nincs lehetősége más jogsértéshez kapcsolódó bizonyítékot jogszerűen begyűjteni.⁶

1.2. A jogvita háttere

Csehország Európában az elsők között kezdte meg vasúti személyszállítási piacának liberalizálását, a Prága és Ostrava közötti útvonalon 2011–2012 között két vállalkozás kezdte meg szolgáltatás nyújtását. Az inkumbens České Dráhy as. („felperes”) vállalat szembesült a versenytársak panaszai alapján a cseh versenyhatóság (Úřad pro ochranu hospodářské soutěže) 2012-ben eljárást indított, ugyanis felmerült az erőfölénnyel való visszaélés gyanúja, misze-

rint a felperes felfaló árazást folytat a nevezett vasútvonalon. Bár a cseh versenyhatóság már 2016-ban döntést hozott volna az ügyben, azonban a Bizottság kérésére, miszerint ne hozzon visszafordíthatatlan intézkedést, nem zárta le eljárását, hanem megküldte az ügyben keletkezett iratokat a Bizottság számára.⁷ Fontos kiemelni, hogy a cseh versenyhatóság eljárását kizárólag nemzeti versenyszabályozás alapján indította, nem pedig kettős jogalapon, ugyanakkor nem jellemző a Bizottság ilyen jellegű beavatkozása a nemzeti versenyhatóságok eljárásába és az ügy magához vonása annak döntésének meghozatala előtt.

A versenyhatóság eljárásának kezdeményezése mellett a fent nevezett versenytársak csehországi bírósági fórumokon kártérítési pereket is kezdeményeztek a felperessel szemben, melyek jelenleg is folyamatban vannak.

1.3. A Bizottság eljárása

A felperes egyik versenytársa 2014 októberében és 2016 márciusában panasszal fordult a Bizottsághoz is.⁸ A Bizottság ezt követően indította meg 2016 tavaszán eljárását⁹ a cseh nemzeti vasúti társasággal szemben az EUMSZ 102. cikkének megsértése miatt (Falcon-ügy) és hozta meg a helyszíni vizsgálatot elrendelő határozatát¹⁰ a cseh versenyhatósággal folytatott kötelező konzultációt követően.¹¹ A Bizottság megállapította határozatában, hogy a rendelkezésre álló információk alapján a felperes az EUMSZ 102. cikke alapján erőfölényes helyzetben van¹² a csehországi vasúti személyszállítás piacán, és információi azt sugallják, hogy a felperes piaci pozíciója védelme érdekében visszaélt e helyzetével, a helyszíni vizsgálat tárgyát és célját pedig úgy határozta meg, miszerint a felperes földrajzi szempontból „különösen, de nem kizárólag a Prága–Ostrava vasútvona-

2 Tpvt. 65/A–65/B. §.

3 Tóth András: Versenyjog és határterületei, HVG-Orac Kiadó Kft., Budapest, 2016, 127., 129.

4 1/2003/EK rendelet 21. cikk.

5 Tpvt. 65/A. § (9) bekezdés.

6 1/2003/EK rendelet 28. cikk (1) bekezdése.

7 A cseh versenyhatóság sajtóközleménye <https://www.uohs.cz/cs/hospodarska-soutez/aktuality-z-hospodarske-souteze/2242-lidove-noviny-piso-kauze-ceske-drahy-avsak-s-chybami.html>.

8 2018. június 20-i České dráhy a.s. kontra Bizottság ítélet, T-325/16. ECLI:EU:T:2018:368, 81. pont.

9 AT.40156 – Falcon-ügy.

10 AT.40156, C(2016) 2417 final.

11 1/2003/EK II. cikk (6) bekezdés második mondata: „Amennyiben az egyik tagállam versenyhatósága már eljár az ügyben, úgy a Bizottság csak a nemzeti versenyhatósággal történt konzultációt követően indíthat eljárást.”

12 AT.40156, C(2016) 2417 final (2) preambulumbekkezdés.

lon,¹³ időben pedig 2011-től kezdődően, „*de akár régebb óta*”¹⁴, magatartása pedig „*magában foglalja különösen*”¹⁵ az önköltségi árnál alacsonyabb, ún. felhaló árak alkalmazását.

A Bizottság helyszíni vizsgálatára 2016 áprilisában került sor. A felperes ezt követően 2016. június 24-én keresetet nyújtott be a Törvényszékhez a bizottsági határozat megsemmisítése iránt.

Bár jelen írásban bemutatott döntés tárgya a Törvényszéknek a Falcon-ügyben hozott határozata, ahhoz mégis szorosan kapcsolódik a Bizottságnak a szintén a felperessel szemben indított Twins-ügyben 2016 augusztusában hozott, helyszíni vizsgálatot elrendelő határozatával¹⁶ szemben benyújtott jogorvoslati eljárásban született törvényszéki ítélet,¹⁷ melynek jelentőségére az esetbemutatás végén külön ki fogok térni.¹⁸

vét sérti, hogy a Bizottság eljárása sok évvel a vélelmezett jogsértést követően indult, végezetül (6) a helyszíni vizsgálat elrendelése sértette a felperesnek az Európai Unió alapjogi Chartája („Charta”) 7. és 48. cikkelyében, illetve az Emberi Jogok Európai Egyezménye („EJEE”) 8. és 6. cikkében rögzített jogait.

A felperes szerint a Bizottság egyrészt nagyon általánosan határozta meg a vizsgálat tárgyát és célját, másrészt nem azonosított elegendő mennyiségű, kellően komoly valószínűsítő erővel rendelkező körülményt, így a helyszíni vizsgálat lényegében „*információhalászatot*”¹⁹ jelentett a Bizottság számára. Ezt támasztja alá a felperes szerint az is, hogy a kifogásolt helyszíni vizsgálat során talált információk alapján²⁰ indított a Bizottság egy második eljárást (Twins-ügy)²¹ és került sor egy újabb helyszíni vizsgálatra.

2. A Törvényszék eljárása

2.1. A felperes keresete

Felperes kifogásolta, hogy a Bizottság a vizsgálatot – állítása szerint indokolatlanul – területileg kiterjesztette a Prága–Ostrava vasútvonalon kívül más csehországi vasútvonalakra, a vélelmezett jogsértés tárgya tekintetében az EUMSZ 102. cikk bármely módjára, valamint időben a 2011-et megelőző időszakra is. A felperes a fentiek alapján hat jogalapban foglalta össze kifogásait a Bizottság határozatával szemben: (1) a vizsgálat a felperes magánszférájába való önkényes és aránytalan beavatkozás, (2) a Bizottság határozata nem volt kellő mértékben megindokolva, a vizsgálat tárgya és célja sem felelt meg a követelményeknek, (3) a Bizottságnak nem voltak megfelelő bizonyítékai a vélelmezett jogsértések gyanújának igazolására, (4) a Bizottság hatáskörének hiánya a tagállamok közötti kereskedelem érintettségének hiánya miatt, (5) a jogbiztonság el-

2.2. A Törvényszék álláspontja

2.2.1. A második és harmadik jogalap

A Törvényszék először a fenti jogalapok közül a másodikat (indokolási kötelezettség megsértése) és harmadikat (valószínűsítő körülmények hiánya) vizsgálta, mivel ezek értékelése hatással lehet a többire.

A két elsőként vizsgált jogalap kapcsán felmerült lényegi kérdés az, hogy milyen mélységben kell a Bizottságnak rendelkezni a valószínűsítő körülményekkel és bemutatnia a helyszíni vizsgálatot kezdeményező határozatában azokat. A Törvényszék jelen esetben is megerősítette, hogy a Bizottságnak a vizsgálata ezen szakaszában elegendő a valószínűsítő körülményekkel rendelkeznie, az információk bizonyító erejét elegendő az ügyet érdemben lezáró döntésében bemutatnia, nem szükséges tehát a „*jogsértés fennállásának észszerű kétséget kizáró bizonyítása*”.²² Továbbá a versenyfelügyeleti eljárás nyomozati jelle-

13 AT.40156, C(2016) 2417 final (3) preambulumbekezdés.

14 AT.40156, C(2016) 2417 final (4) preambulumbekezdés.

15 AT.40156, C(2016) 2417 final I. cikk (4) bekezdés.

16 AT.4041, C(2016) 3993 final.

17 2018. június 20-i Česká dráhy a.s. kontra Bizottság ítélet, T-621/16, ECLI:EU:T:2018:367.

18 Mindkét ügyben döntés született a Törvényszéken 2018 júniusában, de utóbbi döntés csak francia és cseh nyelven került közzétételre, így az az ítélet jelen esetismertetésben csak röviden kerül bemutatásra és hivatkozásra.

19 2018. június 20-i Česká dráhy a.s. kontra Bizottság ítélet, T-325/16, ECLI:EU:T:2018:368, 32. pont.

20 Chantal LAVOIE: General Court reviews the legality of two inspection decisions in Ceske drahy v Commission <http://www.lavoielegal.eu/blog/general-court-reviews-the-legality-of-two-inspection-decisions-in-ceske-drahy-v-commission-t-32516-and-t-62116> (letöltés 2018. 09. 30.).

21 2018. június 20-i Česká dráhy a.s. kontra Bizottság ítélet, T-621/16, ECLI:EU:T:2018:367.

22 2018. június 20-i Česká dráhy a.s. kontra Bizottság ítélet, T-325/16, ECLI:EU:T:2018:368, 66. pont.

gű sajátosságaira tekintettel az eljárás alá vont vállalkozás számára csak a kifogásközlést követően biztosított a védekezéshez való jog teljes terjedelmében és ennek keretében a feltárt bizonyítékok megismerése. A Bíróság ítélkezési gyakorlata²³ is megerősíti azt, hogy ezen információk ezt megelőző megismerése veszélyeztetné a vizsgálat sikerességét. Tehát a Bizottság határozatában elegendő – ugyanakkor szükséges is a vizsgálat alapjául szolgáló feltételezések megjelölése, úgymint a feltételezett jogsértés jellemzői, a vélhetően érintett piac, feltételezett versenykorlátozások jellege²⁴. Ugyanakkor egyértelmű a Bíróság gyakorlata²⁵, miszerint ezeket a feltételezéseket (mit keres a Bizottság, és mely elemekre terjed ki a helyszíni vizsgálat) a lehető legpontosabban meg kell jelölni.

Releváns szempont a Bíróság gyakorlata²⁶ alapján a tájékoztatás minősége kapcsán, hogy mennyi idő állt a Bizottság rendelkezésére a helyszíni vizsgálat elrendelését megelőzően az azt megalapozó információk összegyűjtésére, illetve mennyire általános vagy specifikus a vélelmezett versenykorlátozások valószínűsíthetőségének mértéke.²⁷

A Törvényszék számára nem szükséges a kellően komoly valószínűsíthető körülmények meglétének ellenőrzése, ha a bizottsági határozat indokolásának vizsgálatából is megállapítható, hogy a Bizottság feltételezései kellő pontossággal meghatározottak.

A Törvényszék ugyanakkor döntésében megállapította, hogy *„önmagában a megtámadott határozat indokolása alapján nem valószínűsíthető, hogy a Bizottság ...valóban rendelkezett olyan kellően komoly valószínűsítő körülményekkel,”*²⁸ tehát érdemben vizsgálta meg e valószínűsítő körülmények meglétét, egyrészt a vizsgálat tárgyát szűk értelemben képező kérdések tekintetében, valamint a vélelmezett jogsértésnek a felperes által sérelmezett, a Bizottság által egyes elemei tekintetében történő kiterjesztése tekintetében.

A Törvényszék a szorosan vett vizsgálati cél, valamint a vélelmezett jogsértés időbeli relációja te-

kintetében megbizonyosodott arról, hogy a Bizottság rendelkezett a jogsértést valószínűsítő – de még nem szükségszerűen bizonyító – információkkal, ugyanakkor nem látta megalapozottnak a Bizottság határozatának a vélelmezett jogsértés földrajzi, tárgyi viszonylata tekintetében történő tág felhatalmazását a helyszíni vizsgálatok lefolytatására. A Bizottság ugyanis elismerte, hogy az EUMSZ 102. cikknek más jellegű megsértésével kapcsolatosan nem rendelkezett azt valószínűsítő információkkal. A vélelmezett jogsértés földrajzi kiterjedése tekintetében egyrészt egy, a Cseh Köztársaság területén kívül is nyújtott szolgáltatással kapcsolatban rendelkezett információkkal, ami ellentétes a Bizottság határozatának 1. cikkével, miszerint a vizsgálat tárgya csak a Cseh Köztársaságra terjed ki, másrészt a rendelkezésre álló egyéb információk valójában a Prága–Ostava vonal egyes szakaszaira vonatkoztak, nem pedig más vasúti viszonylatokra. A vizsgálat időbelisége tekintetében ugyanakkor a Törvényszék elfogadta a Bizottság álláspontját, miszerint egy inkumbens monopolista vállalkozás még a versenytársak piacra lépése előtt is tanúsíthat visszaélésszerű magatartást annak érdekében, hogy a potenciális versenytársak megjelenését az általa dominált piacon megakadályozza.

2.2.2. A többi jogalap értékelése

A Törvényszék a felperes keresetének többi jogalapját a fentiek fényében vizsgálta.

Az első jogalap tekintetében, miszerint a megtámadott határozat önkényes és aránytalan, a Törvényszék elutasította a felperes e jogalapját. A Bíróság ítélkezési gyakorlata²⁹ ugyanis egységes abban, hogy egy helyszíni vizsgálatot elrendelő határozat csak akkor önkényes, ha nem állnak a Bizottság rendelkezésére a hajnali rajtaütést igazoló ismeretek, és nem aránytalan, mivel az adott ügy körülményei között megállapítható volt, hogy olyan bizonyítékokat keresett a Bizottság, amelyek más forrásból nem vol-

23 2014. november 25-i Orange kontra Bizottság ítélet, T-402/13. sz. ügy ECLI:EU:T:2014:991, 81. pont.

24 2018. június 20-i České dráhy a.s. kontra Bizottság ítélet, T-325/16. ECLI:EU:T:2018:368, 39. pont.

25 2013. szeptember 6-i Deutsche Bahn AG T-289/11, T-290/11 és T-521/11, EU:T:2013:404, 170. és 171. pont; T-402/13. sz. ügy ECLI:EU:T:2014:991, 80. pont.

26 2016. március 10-i HeidelbergCement kontra Bizottság ítélet, C-247/14 P, EU:C:2016:149, 39. pont.

27 2012. november 14-i Nexans France és Nexans kontra Franciaország, T-135/09, EU:T:2012:596, 91–94. pont.

28 2018. június 20-i České dráhy a.s. kontra Bizottság ítélet, T-325/16. ECLI:EU:T:2018:368, 54. pont.

29 2012. november 14-i Nexans France és Nexans kontra Franciaország, T-135/09, EU:T:2012:596, 43. pont.

tak beszerezhető, a felperes magától nem szolgáltatva volna azokat.³⁰

A Törvényszék elutasította a felperes negyedik jogalapját is, miszerint az ügy nélkülözte a tagállamok közötti kereskedelem érintettségét és a felperes nem rendelkezett erőfölénnyel a vizsgált piacon. E körben a Törvényszék kiemelte, hogy nem volt vitatott a felek között, hogy a felperes erőfölényes helyzetben van a Cseh Köztársaság vasúti személyszállítási és vasúti infrastruktúra-üzemeltetési piacain. E tekintetben pedig az európai bírósági gyakorlat³¹ már állást foglalt amellett, hogy akár egyetlen tagállam területén tanúsított, a versenytársak piacra lépését akadályozó erőfölénnyel való visszaélés is hatással lehet a belső piacra.

Felperes ötödik jogalapja szerint a Bizottság fellépése sértette a jogbiztonságot és a bizalomvédelem elvét, véleménye szerint ugyanis nem járhatott volna el a vele szemben már 2012-ben fellépő cseh versenyhatósággal párhuzamosan. A Törvényszék az 1/2003 rendelet rendelkezéseire, valamint az állandó ítélkezési gyakorlatra hivatkozva elutasította a felperes érvelését, mivel a felperes keresetében foglaltakkal éppen hogy ellenkezőleg, a Bizottság jogosult a nemzeti hatóságokkal párhuzamosan helyszíni vizsgálatokat folytatni és a nemzeti versenyhatóságok döntéséhez sincs kötve, valamely az EUMSZ 101. cikk (1) bekezdés és 102. cikke alapján vizsgált magatartás tekintetében akár a tagállamival ellentétes döntést is hozhat.³² Jelen ügyben pedig kiemelte, hogy a cseh hatóság kizárólag a nemzeti jog alapján indított eljárást, az uniós jog alapján egyáltalán nem.

A magánélet tiszteletben tartására vonatkozó joga megsértésére hivatkozó hatodik jogalapról a Törvényszék – elismerve, hogy a Bizottság helyszíni vizsgálata a hivatkozott jogokba való nyilvánvaló beavatkozásnak tekinthető – előadta, hogy a Charta és az EJEE is biztosítja a Charta 7. cikke és az EJEE 8. cikkében rögzített jogok törvény általi korlátozásának lehetőségét, az ítélkezési gyakorlat³³ pedig

megegyeztetette azt is, hogy az 1/2003 rendelet alkalmazása nem sérti e jogokat. A Charta 48. cikke és az EJEE 6. cikke megsértésére vonatkozó részéről a Törvényszék úgy foglalt állást, miszerint a Bizottság versenyfelügyeleti eljárása, annak tagolására tekintettel (előzetes vizsgálati szakasz és kontradiktórius szakasz során) biztosított a felperes védelemhez való joga.³⁴ A Törvényszék ezért a felperes hatodik jogalapját is elutasította.

3. Következtetések

3.1. A döntés következményei, kapcsolódása a T-621/16. ítélethez

A Törvényszék a fent ismertetettek szerint a felperes keresetének részben helyt adva megsemmisítette a Bizottság határozatában a vizsgálatnak a Prága–Ostrava vasútvonalon túl más vasúti viszonylatokra való, valamint a felfaló árazástól eltérően más EUMSZ 102. cikk szerinti jogsértő magatartásokra történő kiterjesztését, ugyanakkor ezt meghaladóan a keresetet elutasította.

A felperes a Törvényszék 2018. június 20-i döntésével szemben az Európai Bírósághoz fellebbezett, a Bíróság döntése 2020 elején várható.

A T-325/16. számú ítélet legérdekesebb következménye ugyanakkor nem a Falcon-ügyben érezhető, hanem a már említett Twins-ügyben hozott T-621/16. számú törvényszéki ítéletben. A Törvényszék ugyanis kimondta, hogy a Falcon-ügyben hozott bizottsági határozat részleges hatályon kívül helyezése nem eredményezi automatikusan a Twins-ügyben hozott határozat semmisségét, akkor sem, ha a határozat kizárólag a Falcon-ügy helyszíni vizsgálatán szerzett bizonyítékokon alapult.³⁵ Továbbá a Törvényszék megerősítette a Falcon-ügyben szerzett bizonyítékok jogszerűségét, még ha azok nem is kizárólag a Prága–Ostrava vasútvonalhoz, illetve a felfaló árazásra irányuló stratégiához kap-

30 2007. március 8-i France Télécom kontra Bizottság ítélet, T-340/04, EU:T:2007:81, 150. és 153. pont.

31 1983. november 9-i Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin kontra Bizottság ítélet, 322/81, EU:C:1983:313, 103. pont.

32 2014. november 25-i Orange kontra Bizottság ítélet, T-402/13, EU:T:2014:991, 27. pont, valamint 2000. december 14-i Masterfoods és HB ítélet, C-344/98, EBHT, EU:C:2000:689, 48. pont; 2007. március 8-i France Télécom kontra Bizottság ítélet, T-339/04, EBHT, EU:T:2007:80, 79. pont; 2008. április 10-i Deutsche Telekom kontra Bizottság ítélet, T-271/03, EBHT, EU:T:2008:101, 120. pont.

33 1980. június 26-i National Panasonic kontra Bizottság ítélet, 136/79, EU:C:1980:169, 20. pont.

34 2008. július 8-i AC-Treuhand kontra Bizottság ítélet, T-99/04, EU:T:2008:256, 48. pont.

35 2018. június 20-i Česká dráhy a.s. kontra Bizottság ítélet, T-621/16, ECLI:EU:T:2018:367, 42. pont.

csolódtak. Különös tekintettel arra, ahogy fent ismertettem, a Bizottság nem is köteles ismertetni a helyszíni vizsgálatot elrendelő határozatában, milyen forrásból származnak a bizonyítékai, elegendő a kellően megalapozott valószínűsítő körülmények meglétét igazolnia. A Törvényszék döntése felveti annak a kérdését, hogy a Bizottság mennyiben használhat fel a helyszíni vizsgálatot elrendelő határozatában megfogalmazott tárgykörön túlterjeszkedően begyűjtött információkat, és ez hogy viszonyul az 1/2003/EK rendelet 28. cikk (1) bekezdésében foglalt célhoz kötöttségi előíráshoz. A válasz megadásában feltehetően az Európai Bíróságnak a két ügyben meghozandó döntései fognak tudni segítséget nyújtani.

3.2. Összefoglalás

A Törvényszék döntésének jelentősége véleményem szerint abban áll, hogy a különösen a Nexans France és Nexans kontra Bizottság ügyben³⁶ és az Orange kontra Bizottság ügyben hozott ítéleteiben foglalt ítélkezési gyakorlatot követve egyrészt megerősítette a Bizottság helyszíni vizsgálatának jogi garanciáit, és tovább tisztázta a Bizottság eljárásjogi kötelezettségeit a helyszíni vizsgálatot elrendelő határozat meghozatala kapcsán, különösen annak a vizsgálat célját bemutató tájékoztatását illetően. Fontos továbbá annak megerősítése, hogy a Bizottság széles körű felhatalmazással rendelkezik a bizonyítékok gyűjtésére és a nemzeti versenyhatóságokkal való párhuzamos fellépésre.

36 2012. november 14-i Nexans France és Nexans kontra Franciaország, T-135/09, EU:T:2012:596.

Az Európai Unió Bíróságának ítélete az Ernst & Young/KPMG ügyben – iránymutatás gun-jumping vonatkozásában

Judgement of the Court of Justice of the European Union in the Ernst & Young/KPMG case – Guidance on gun-jumping

Abstract

Until now the European Court of Justice has not made a standpoint with respect to the Article 7(1) of Regulation No 139/2004. However a merger between Ernst & Young and KPMG DK enabled the European Court of Justice to clarify the context of the standstill obligation and to give guidance on how to comply with the law. This article will present the main procedural steps of the case and the European Court of Justice's interpretation of the violation of the standstill obligation.

Tárgyszavak: összefonódás-ellenőrzés, végrehajtási tilalom, gun-jumping, irányításban történő változás

Keywords: merger control, standstill obligation, gun-jumping, change in control

1. Bevezetés

Jelen esettanulmány célja az Európai Unió Bírósága („Bíróság”) által az Ernst & Young P/S, az Ernst & Young Europe LLP, az Ernst & Young Godkendt Revisionsaktieselskab, az Ernst & Young Global Limited, valamint az EYGS LLP („EY”), illetőleg a KPMG Statsautoriseret Revisionspartnerselskab, a Komplementarselskabet af 1. januar 2009 Statsautoriseret Revisionsaktieselskab és a KPMG Ejendomme Flintholm K/S („KPMG DK”) összefonódással kapcsolatos ügyben előzetes döntéshozatali eljárásban hozott ítéletének („Ítélet”) bemutatása. Az ügy a dán tengerészeti és kereskedelmi bíróság elé került, mely előze-

tes döntéshozatal iránti kérelmet nyújtott be a Bíróságnak. A dán bíróság az összefonódások idő előtti, előzetes végrehajtása tilalmának értelmezésével kapcsolatos kérdéseket fogalmazott meg. Az ismertetésre kerülő Ítélet kiemelt jelentőséggel bír annak fényében, hogy az elmúlt években mind az Európai Bizottság („Bizottság”), mind a tagállami versenyhatóságok, köztük a Gazdasági Versenyhivatal is számos esetben vizsgálták az összefonódások előzetes végrehajtásának kérdéskörét eljárásaik során.² Az Ítélet a jövőre nézve iránymutatásként szolgálhat mind a piaci szereplők, mind a versenyhatóságok számára a gun-jumping³ helyzetek elkerülése és annak esetleges megítélése során.

* Irodavezető-helyettes, Fúziós Iroda, Gazdasági Versenyhivatal.

1 Ernst & Young P/S kontra Konkurrencerådet ítélet, C-633/16, ECLI:EU:C:2018:371.

2 Lásd ezen esetek részletes összefoglalását: PÜNKÖSTY András: A „gun-jumping” jelensége a fúziókontroll-eljárásokban – nemzetközi kitekintés és a GVH gyakorlata, Versenytükrök, 2016/2., 56–68.

3 Gun-jumping elnevezéssel illeti a szakirodalom azon helyzeteket, melyek során az összefonódó vállalatok jogellenesen, a hatóság engedélyét megelőzően végrehajtják a tranzakciót, ennek következtében a vállalatok között fennálló korábbi versenyhelyzet a tranzakció jóváhagyása előtt megszűnik.

2. Előzmények

2.1. Az alapeljárás

Az EY és a KPMG DK 2013. november 18-án megállapodást kötött, melynek értelmében az EY irányítást szerzett a KPMG DK felett. Az összefonódás dán versenyhatósághoz történő bejelentésére 2014. február 7-én került sor, melyet számos egyeztetés előzött meg. A felek 2013. november 21-én vették fel először a kapcsolatot a hatósággal. A felek a könyvvizsgálati, adó- és üzleti tanácsadási szolgáltatások területén folytattak tevékenységet. Kiemelendő, hogy a KPMG DK az összefonódást megelőzően, egy 2010. február 15-én aláírt együttműködési megállapodás révén tagja volt a KPMG International Cooperative-nak („KPMG International”). Az együttműködési megállapodás biztosította a KPMG DK számára, hogy a KPMG nemzetközi hálózatába tartozzon, és felhasználja annak védjegyeit. Az együttműködési megállapodás szabályozta továbbá az ügyfelek elosztását és a más területekről érkező ügyfelek kiszolgálását.

A tranzakció sajátossága, hogy az összefonódást létrehozó megállapodás kitért a KPMG DK-nak a KPMG Internationalal fennálló együttműködési megállapodására is, mely szerint az összefonódást megalapozó szerződést követően a KPMG DK-nak haladéktalanul fel kell mondania az együttműködési megállapodást. Ezen rendelkezésére tekintettel a KPMG DK 2013. november 18-án, az összefonódást megalapozó megállapodás aláírásának napján tájékoztatta a KPMG Internationalt az összefonódás tényéről, valamint felmondási szándékáról, így 2014. szeptember 30-i hatállyal felmondta az együttműködési megállapodást.

A KPMG International a KPMG DK és az EY összefonódásának nyilvánosságra hozatalát követően 2013. november 20-án bejelentette, hogy továbbra is jelen kíván maradni a dán piacon, továbbá hogy megállapodást kötött az Accura Taks adótanácsadó céggel.

A versenyhatóság 2014. május 28-án kötelezettségvállalás mellett engedélyezte a tranzakciót.⁴

A kötelezettségvállalás célja volt, hogy a KPMG International jelenléte és versenyképessége a dán piacon az általa alapított új társaság, a KPMG 2014 révén fennmaradjon, így az általa gyakorolt versenynyomás az érintett piacokon ne mérséklődjön. A döntést követően a KPMG DK és a KPMG International megállapodtak abban, hogy az együttműködési megállapodás 2014. június 30-i hatállyal megszűnik.

2.2. A végrehajtási tilalom megsértésére vonatkozó eljárás

Szükséges kiemelni, hogy hasonlóan az uniós és a magyar jogrendszerhez, a dán versenytörvény értelmében azon összefonódás, mely a versenytörvény hatálya alá esik, nem hajtható végre a tranzakció bejelentését vagy a dán versenyhatóság jóváhagyását megelőzően. A versenytörvény ugyanakkor bizonyos körülmények fennállása esetében mentesítést biztosít a fentebb ismertetett rendelkezés alól.

Az összefonódás engedélyezésére vonatkozó döntést követően, 2014. december 17-én a dán versenytanács határozatában⁵ megállapította, hogy a felek az összefonódást a versenyhatóság engedélyét megelőzően részben végrehajtották, mely a dán versenytörvények értelmében a végrehajtási tilalom megsértését eredményezte. A határozatban foglaltak szerint azáltal, hogy a KPMG DK az összefonódási megállapodás aláírásának napján jelezte az együttműködési megállapodásra vonatkozó felmondási szándékát a KPMG International felé, megkezdte az összefonódás végrehajtását. A versenytanács döntésének indokai között hangsúlyos szerepet kapott, hogy az együttműködési megállapodás visszavonása i) szorosan kapcsolódott a tranzakcióhoz, ii) viszszafordíthatatlan volt, valamint iii) hatást gyakorolt a piac működésére. A felmondás piaci hatásainak tekintetében a dán versenytanács nem látta szükségesnek annak bizonyítását, hogy a piaci változások az együttműködési megállapodás okán alakultak volna ki, elégségesnek találta annak megállapítását, hogy a felmondás képes ilyen hatásokat generálni.

4 A határozatról kiadott sajtóközlemény angol nyelven az alábbi linken érhető el <https://www.en.kfst.dk/nyheder/kfst/english/decisions/20140528-denmark-merger-in-the-audit-industry-approved-with-commitments/> (letöltés: 2018. szeptember 1.).

5 A határozatról kiadott sajtóközlemény angol nyelven az alábbi linken érhető el <https://www.en.kfst.dk/nyheder/kfst/english/decisions/20141217-danish-audit-firms-breached-merger-standstill-obligation/> (letöltés: 2018. október 1.).

3. Pertörténet

Az EY 2015. június 1-jén keresetet nyújtott be a dán tengerészeti és kereskedelmi bíróságnál a dán versenytanács határozatának megsemmisítése iránt. Az EY keresetében vitatta a versenytanácsnak az előzetes végrehajtás tilalmára vonatkozó értelmezését, valamint a megállapodás felmondásának piacra gyakorolt hatását is.

Tekintettel arra, hogy a dán összefonódások ellenőrzésére vonatkozó szabályozás a 139/2004/EK rendeleten⁶ alapul, valamint a versenytanács határozatában több helyen is hivatkozik a Bizottság esetjogára, a dán bíróság úgy vélte, hogy a 139/2004/EK rendelet 7 (1) cikkének az értelmezése több kérdést is felvet, melyre tekintettel a dán bíróság az eljárás felfüggesztése mellett döntött és előzetes döntéshozatali kérelmet nyújtott be a Bíróság részére.

A dán bíróság négy kérdést tett fel. Az első kérdés a végrehajtási tilalom helyes értelmezésére irányult, vagyis arra, hogy mely feltételek teljesülése esetén állapítható meg, hogy a felek az engedélyt megelőzően végrehajtották a tranzakciót, valamint arra, hogy a végrehajtási tilalom megsértésének előfeltétele-e, hogy a felek magatartása részben vagy egészben, ténylegesen vagy jogilag része legyen a tényleges irányításváltozásnak. Konkrét kérdésként került megfogalmazásra, hogy jelen ügyben a KPMG DK és a KPMG International között fennálló együttműködési megállapodás felmondása tekinthető-e úgy, hogy azzal a felek megsértették az előzetes végrehajtás tilalmára vonatkozó rendelkezést. További kérdésként merült fel, a második kérdéshez kapcsolódóan, hogy jelentőséggel bír-e a magatartás megítélésekor az, hogy a magatartás versenyjogi szempontból piaci hatásokkal járt. Igenlő válasz esetében a dán bíróság szükségesnek tartotta annak tisztázását is, hogy a piaci hatások vizsgálatakor mely követelményeknek kell teljesülniük ahhoz, hogy megállapítást nyerjen, hogy a megállapodás megszüntetése piaci hatásokkal járt.

4. A főtanácsnok indítványa

Nils Wahl főtanácsnok 2018. január 18-án ismertetett indítványában⁷ hangsúlyozta, hogy a tranzakció előzetes végrehajtásának tilalma az összefonódás szempontjából mindenképp hasznosnak értékelendő, ugyanakkor túlzottnak tekinthető azon állásfoglalás, mely ezen rendelkezésre mint a fúziókontroll szempontjából nélkülözhetetlen eszközre tekint. A főtanácsnok álláspontja szerint⁸ a végrehajtási tilalom alapvető szerepe, hogy csökkentse annak kockázatát, hogy a versenyhatóság engedélyének hiányában vissza kelljen állítani a fúziót megelőző állapotot, így végeredményben a felek viselik annak pénzügyi kockázatát, hogy a tranzakció a versenyhatóság jóváhagyásáig nem hajtható végre, valamint a jogellenesen végrehajtott összefonódást megelőző állapot helyreállításának költségkockázatát is.⁹

4.1. A főtanácsnok álláspontja az első és második kérdés kapcsán

A főtanácsnok az előzetes döntéshozatalra előterjesztett első és második kérdés vonatkozásában mindenekelőtt a dán versenyhatóság határozatában szereplő hármas feltételrendszert illetően fogalmazott meg megállapításokat. Kiemelte, hogy azon tény, mely szerint amennyiben a jogsértést megalapozó magatartás, intézkedés fúzióspecifikus, az a végrehajtási tilalom előfeltételeként értékelendő, nem pedig a végrehajtási tilalom alkalmazási feltételeként. A végrehajtási tilalom értékelésnek kötelező eleme, hogy az intézkedés az összefonódáshoz kapcsolódjon, mivel ennek hiányában a 139/2004/EK rendelet nem lenne alkalmazható, így viszont az értékelés szempontjából ezen feltétel nem bír relevanciával. A főtanácsnok a dán versenyhatóságnak az intézkedés visszafordíthatatlanságára vonatkozó értékelését irrelevánsnak tartotta, hozzátéve, hogy

6 A Tanács 139/2004/EK rendelete a vállalkozások közötti összefonódások ellenőrzéséről (2004. január 20.), Hivatalos Lap L 024, 2004. január 29.

7 Nils Wahl főtanácsnok indítványa, C-633/16. sz. ügy, Ernst & Young P/S kontra Konkurrencerådet, ECLI:EU:C:2018:371. („Főtanácsnoki indítvány”).

8 Főtanácsnoki indítvány, 35. pont.

9 Lásd a végrehajtási tilalom funkcióiról FEJES Gábor: Tézisek és javaslatok a végrehajtási tilalom értelmezése kapcsán – jegyzetek egy panelvita margójára, Versenytükrök, 2018/különszám, 23–39.

ezen kérdéskör vizsgálata a végrehajtási tilalom alóli felmentésre vonatkozó kérelem elbírálásakor kap-hat jelentőséget. Az intézkedés piacra gyakorolt ha-tásával mint feltétellel kapcsolatban a főtanácsnok megállapította, hogy nem bír jelentőséggel annak megállapítása során, hogy az intézkedés révén meg-sértésre került-e a végrehajtási tilalom. Érvelése sze-rint a kereskedelmi lépések szinte minden esetben hatást gyakorolnak a piacra, továbbá amennyiben piaci hatást, az előzetes végrehajtás egyik feltétele-ként kerülne értékelésre, az egybevágna magának az összefonódásnak a közös piaccal való összeegye-zetethetőségének vizsgálatával. Összességében a főta-nácsnok úgy értékelte,¹⁰ hogy a dán versenyhatóság által azonosított hármas szempontrendszer nem al-kalmas arra, hogy a tranzakció előzetes végrehajtási tilalmának hatályát meghatározza.

A főtanácsnok ezt követően kitért magának az összefonódás fogalmának az összefonódási rendelet szerinti értelmezésére, melyben kiemelte, hogy az összefonódásnak feltétele, hogy az irányítás tartó-san megváltozzon, továbbá kitért arra is, hogy az irányítás pontosan miben rejlik. Hangsúlyozta, hogy maga a végrehajtási tilalom az összefonódás fogalmához kapcsolódik, mely nem valósulhat meg a tranzakció bejelentése előtt, vagy amíg azt a Bi-zottság jóvá nem hagyja. Így a céltársaság feletti irá-nyítás megszerzése (legyen az részleges vagy teljes) jelenti magát a tilalmat, melynek következtében a tranzakciót megelőző intézkedések nem tartoznak a végrehajtási tilalom hatálya alá.¹¹ Hangsúlyozásra került, hogy jelen tranzakció vonatkozásában nehéz-séget jelent annak meghatározása, hogy hol húzódik a határ a jogszerű, az összefonódást megelőző intéz-kedések és a tranzakció részleges végrehajtása kö-zött. A tranzakciót előkészítő (megelőző) lépések, amíg azok elkülöníthetők azon intézkedésektől, me-lyek irányítást alapoznak meg a céltársaság felett, nem tekinthetők olyanoknak, melyek előzetes végre-hajtási tilalomba ütköznének.¹² Amennyiben elfoga-dásra kerülne, hogy a végrehajtási tilalom alá nem kizárólag az összefonódás – mint szigorúan véve az irányítási jog átruházása – tartozik, hanem kiterjed

magával a tranzakcióval kapcsolatos egyéb dönté-sekre is, úgy a tilalom túlmutatna az összefonódás-rendelet összefonódás vizsgálatára rögzített hatá-lyán. Összességében a főtanácsnok mérlegelve a fentebb írtakat, arra a megállapításra jutott,¹³ hogy azon intézkedésekre nem vonatkozik a végrehajtási tilalom, melyek ugyan az összefonódás megvalósítá-sával kapcsolatban jöttek létre, ugyanakkor megelő-zik és elkülöníthetők azon intézkedésektől, melyek a tényleges irányítás átruházását valósítják meg.

A főtanácsnok, fentebbi megállapításait jelen összefonódásra vonatkoztatva és a dán bíróság má-sodik kérdésére reflektálva előadta, hogy a KPMG DK és az EY közötti összefonódást megalapozó szer-ződés előírta, hogy a KPMG DK mondja fel megálla-podását a KPMG Internationallal, ennek követke-ztében a megállapodás felmondása a tranzakció létrejöttének feltétele volt. A főtanácsnok szerint ugyanakkor ez nem volt elegendő ahhoz, hogy a megállapodás felmondása a tranzakció végrehajtá-sát eredményezze volna, mivel az EY ezt követően sem gyakorolt irányítást a KPMG DK felett, annak működésére nem bírt befolyással. Minderre tekin-tettel Wahl főtanácsnok amellet foglalt állást,¹⁴ hogy jelen esetben a KPMG Internationallal kötött megállapodás nem értékelhető olyan intézkedésnek, mely révén a felek megsértették volna a tranzakció előzetes végrehajtásának tilalmát.

4.2. A főtanácsnok harmadik és negyedik kérdéssel kapcsolatos álláspontja

A dán bíróság által feltett harmadik és negye-dig kérdésre válaszul a főtanácsnok előadta, hogy álláspontja szerint a végrehajtási tilalom megítélé-sének szempontjából nem bír jelentőséggel, hogy a vizsgált intézkedés hatással volt-e a piac működésé-re vagy sem.¹⁵ A főtanácsnok végezetül azt a végső megállapítást tette, hogy az összefonódások előzetes végrehajtására vonatkozó tilalom hatálya nem ter-jed ki a tranzakciót megelőző előzetes intézkedésekre, melyek bár magához az összefonódáshoz kapcso-

¹⁰ Főtanácsnoki indítvány, 47–58. pont.

¹¹ Főtanácsnoki indítvány, 62. pont.

¹² Főtanácsnoki indítvány, 65. pont.

¹³ Főtanácsnoki indítvány, 78. pont.

¹⁴ Főtanácsnoki indítvány, 85–88. pont.

¹⁵ Főtanácsnoki indítvány, 91. pont.

lódnak, viszont elkülönülnek azon intézkedésektől, melyek az irányítási jog átruházását valósítják meg.

5. A Bíróság ítélete

A Bíróság ítéletében a négy feltett kérdés vonatkozásában az első hármat együttesen vizsgálta. A Bíróság mindenekelőtt kiemelte, hogy a 139/2004/EK rendelet 7. cikk (1) bekezdésének rendelkezése nem nyújt arra vonatkozóan iránymutatást, hogy mely cselekmények tekinthetők a tilalom megsértésének.¹⁶ A Bíróság e helyütt hivatkozott az Austria Asphalt¹⁷-ítéletre, mely szerint jelen esetben is a rendelkezés hatályának meghatározása során figyelemmel kell lenni a szabályozás célkitűzésére és annak általános rendszerére. Az összefonódás-ellenőrzési rendelet célkitűzése, hogy az összefonódások ne járjanak káros hatással a versenyre nézve, ennek biztosítása érdekében pedig hatékony ellenőrzési rendszer szükséges. Az ellenőrzés hatékonyságát biztosítja, hogy az összefonódásokat előzetesen be kell jelenteni a Bizottságnak, a tranzakció végrehajtása pedig nem hajtható végre a Bizottság döntéséig. Az Ítélet kiemeli,¹⁸ hogy ezen tilalom a rendelet 3. cikkében meghatározottak szerint az összefonódásokra vonatkozik, e rendelkezés értelmében pedig egy összefonódás akkor tekinthető végrehajtottnak, ha a céltársaság feletti irányítás tartósan megváltozik, az irányítási jogok révén egy vállalkozás meghatározó befolyást gyakorol a céltársaság felett jogok, szerződések, illetve egyéb eszközök révén. A rendelet egyéb rendelkezéseire figyelemmel az Ítélet megállapítja, hogy az összefonódás előzetes végrehajtása azon intézkedések következtében valósul meg, melyek a céltársaság feletti irányítás tartós megváltozásához vezetnek. Kiemelésre került továbbá, hogy az összefonódás részleges megvalósítása is a tilalom hatálya alá tartozik, mivel abban az esetben, ha a 7. cikk (1) bekezdése nem tiltaná a részleges megvalósítás egyes lépéseit, az korlátozná a tilalom hatékony érvényesülését.¹⁹

Végezetül az Ítélet legjelentősebb megállapításának tekinthető, hogy a Bíróság szerint azon intézkedések, melyek bár az összefonódással kapcsolatban valósulnak meg, ámde révükön nem jön létre a céltársaság feletti irányítási struktúra tartós megváltozása, nem tekinthetők a végrehajtási tilalom hatálya alá tartozó intézkedéseknek.²⁰ Ezen intézkedések bár az összefonódás előkészítő lépéseiként azonosíthatók, nem állnak közvetlen kapcsolatban a tranzakció végrehajtásával, így foganatosításuk nem minősül a végrehajtási tilalom megsértésének. Továbbá azon körülmény, hogy a szóban forgó intézkedések hatást gyakorolnak a piac működésére, nem vezethet ahhoz, hogy a végrehajtási tilalom rendelkezései a fent leírtaktól eltérően kerüljenek értelmezésre, mivel a tranzakció által generált piaci hatások az összefonódások érdemi vizsgálatának körébe tartoznak, így az független a végrehajtási tilalom megszegésének vizsgálatától.²¹ Az Ítélet emellett leszögezte, hogy előfordulhatnak olyan esetek is, amikor egy intézkedés az összefonódás végrehajtását eredményezi, ugyanakkor az a piac működésére nem gyakorol hatást.

Kiemelésre került továbbá, hogy a végrehajtási tilalom kiterjesztése olyan intézkedésekre, melyek nem vezetnek az irányítás tartós megváltozásának irányába, nem csak azt vonná magával, hogy megsértésre kerülne a 139/2004/EK rendelet alkalmazási köre, hanem ezzel együtt korlátozásra kerülne az 1/2003/EK rendelet alkalmazási köre is, így azt egyes intézkedésekre, melyek versenykorlátozó megállapodásokhoz vezethetnek, nem lehetne alkalmazni.²²

Az alapeljárásban vizsgált magatartásra vonatkozóan megállapítást nyert továbbá, hogy az együttműködési megállapodás felmondása nem idézte elő a céltársaság feletti tartós irányítás változását függetlenül attól, hogy a felmondás kapcsolódott magához az összefonódáshoz és az esetleges piaci hatásokkal járt. A KPMG DK sem a KPMG Internationalal kötött megállapodás felmondását

¹⁶ Ítélet, 38. pont.

¹⁷ Austria Asphalt GmbH & Co OG kontra Bundeskartellamt ítélet, C-248/16. EU:C:2017:643, 20–21. pont.

¹⁸ Ítélet, 45. pont.

¹⁹ Ítélet, 47. pont.

²⁰ Ítélet, 49. pont.

²¹ Ítélet, 50. pont.

²² Ítélet, 58. pont.

megelőzően, sem azt követően nem állt az EY irányítása alatt, az EY nem volt hatással a KPMG DK működésére.²³

Összességében az első három kérdés vonatkozásában a Bíróság megállapította, hogy a végrehajtási tilalom rendelkezésének helyes értelmezésekor csak olyan intézkedések tartoznak a rendelkezés hatálya alá, melyek részben vagy egészben, ténylegesen vagy jogilag hozzájárulnak a céltársaság feletti irányítás tartós megváltozásához. A KPMG DK és EY összefonódás tekintetében pedig a hivatkozott megállapodás felmondása nem tekinthető a végrehajtási tilalom megsértésének.²⁴ A Bíróság mindezek mellett nem tartotta szükségesnek a negyedik kérdés megválaszolását.

6. A döntés jelentősége

Az Ítéletet megelőzően a Bíróság nem nyilatkozott kifejezetten a végrehajtási tilalom megsértésére vonatkozó rendelkezés tekintetében, iránymutatásul mind ez idáig a Bizottság, illetve más versenyhatóság kialakult gyakorlata szolgálhatott.²⁵ Minderre tekintettel ezen Ítélet kiemelt jelentőséggel bír mind a Bizottság, mind a tagállami versenyhatóságok, mind a piaci szereplők számára azért, hogy számos korábban nehezen megválaszolható kérdés tekintetében egyértelmű állásfoglalást fogalmaz meg. Az Ítélet bár példálózó jelleggel nem sorolta fel, hogy pontosan mely rendelkezések tekinthetők olyannak, melyek a végrehajtási tilalom hatálya alá tartoznak – sőt a főtanácsnok ezen lehetőségtől óva intette a Bíróságot –, azonban nyilvánvalóvá tette a rendelet 7. cikk (1) bekezdésének helyes értelmezését és annak hatályát. Összességében megállapítást nyert, hogy azon intézkedések tekinthetők egy összefonódás előzetes végrehajtásának, melyek követ-

keztében a céltársaság feletti irányítás tartósan megváltozik, ezen intézkedések körén pedig olyan műveletek kívül esnek, melyek a tranzakció előkészítésére vonatkoznak, ugyanakkor a céltársaság korábbi irányítási struktúráját nem változtatják meg és elkülönülnek a tényleges irányítást megvalósító lépésektől. Álláspontom szerint az Ítélet összhangban van a magyar fúziós szabályozással,²⁶ tekintettel a Tpv. 29. § (2) bekezdésében foglaltakra, mely szerint a végrehajtási tilalom nem vonatkozik „az összefonódás létrehozásához szükséges olyan jogügyletek és jognyilatkozatok megtételére, amelyek révén még nem kerül sor az irányítási jogoknak az irányításszerző általi gyakorlására”. Az Ítéletben tisztázásra került továbbá, hogy a felek azon intézkedése, mely a tranzakció részleges végrehajtását eredményezi, is a tilalom alá tartozik, továbbá hogy nem képezi az értékelés tárgyát az a tény, hogy maga az intézkedés járt-e bármilyen hatással a piac működésére vagy sem. E tekintetben az Ítélet megerősítette a GVH korábbi gyakorlatát,²⁷ melyben megállapításra került, hogy az összefonódás GVH-engedélyének hiányában történő részbeni végrehajtása jogsértő. Kiemelésre került, hogy „a vállalkozásrészét alkotó eszközök vagy jogok adásvételére vonatkozó szerződésnek a GVH tudomásulvételének hiányában történő hatálybalépése (ingatlan esetében az ingatlan nyilvántartásba történő bejegyzése) az összefonódás végrehajtásának minősül akkor is, ha az csak az összefonódás tárgyát alkotó eszközöknek vagy jogoknak egy része esetében valósul meg.”²⁸ Összességében az Ítélet jelentősége abban rejlik, hogy további iránymutatásként szolgál a jövőre nézve mind a piaci szereplők, mind a versenyhatóságok számára.

²³ Ítélet, 60. pont.

²⁴ Ítélet, 61–62. pont.

²⁵ Lásd a Bizottság és a francia versenyhatóság gyakorlatának összefoglalását Pierre HONORÉ, Guillaume VATIN: The French Competition Authority's Altice Decision: Record Fine for the First 'Genuine' Gun Jumping Case in Europe, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017, Vol. 8, No. 5.

²⁶ A tisztességtelen piaci magatartás és a versenykorlátozás tilalmáról szóló 1996. évi LVII. törvény (Tpv.).

²⁷ Vj/13-13/2017. 50–52. pontok.

²⁸ A Gazdasági Versenyhivatal elnökének és a Gazdasági Versenyhivatal Versenytanácsa elnökének 6/2017. közleménye, 207. pont.

Bolgár ügyvédi minimumdíjak az Európai Bíróság mérlegén – a CHEZ-ügy¹

Bulgarian minimum fees of lawyers on the scale of the European Court – the CHEZ case

Abstract

In Bulgaria, the supreme council of the legal profession has the power to set the minimum fees of lawyers in the form of a directive which is obligatory not only on clients and lawyers but on courts as well. Bulgarian national courts applied for a preliminary ruling asking whether such a national legislation which delegates the power of decision making to a professional organisation is contrary to Article 101 TFEU. The European Court of Justice ruled that such legislation is capable of restricting competition but it is for the national court to decide if such legislation meets legitimate objectives and if so, is it limited to what is necessary to ensure that those legitimate objectives are given effect.

Tárgyszavak: versenyjog, előzetes döntéshozatali eljárás, ügyvédi minimumdíjak megállapítása, szakmai testület szabályozása, közérdekű kritériumok

Keywords: competition law, reference for a preliminary ruling, setting of minimum fees of lawyers, regulation by a professional organisation, public interests' criteria

Az itt bemutatásra kerülő ügyben szereplő CHEZ neve talán ismert már az Európai Bíróság ítéleteit követő olvasó előtt: 2014-ben az egyenlő bánásmód és a diszkrimináció tilalmának elve kapcsán vizsgálta az Európai Bíróság a CHEZ áramszolgáltató egyik intézkedését². Ezúttal egy, az ügyfeleire nézve méltányosabb – a versenyjog területére tartozó – intézkedése miatt került újra terítékre a közösségi igazságszolgáltatás asztalán.

1. Az előzetes döntéshozatali eljárás alapját képező ügyek

Az előzetes döntéshozatali eljárás alapját két, tárgyát tekintve megegyező bolgár bírósági ügy adta. Az egyikben a CHEZ Elektro Bulgaria, egy energiaszolgáltató, a másikban egy adósságkezelő cég (Frontex International) bocsátott ki fizetési meghagyást az adósukkal szemben. A fizetési meghagyásokban a jogi képviselő munkadíját is megjelölték a követelésük részeként, azonban ezek az

* Vizsgáló, Gazdasági Versenyhivatal – Döntéshozatali Támogató Csoport.

¹ 2017. november 23-án kelt CHEZ- és Frontex-ítélet C-427/16. és C-428/16/ECLI:EU:C:2017:890.

² 2015. július 16-án hozott C-83/14. számú CHEZ-ítélet ECLI:EU:C:2015:480.

összegek mindkét esetben alacsonyabbak voltak, mint a bolgár jog által előírt összegek. A bolgár jogszabályok szerint bár az ügyvédi munkadíjakat a felek szabadon állapíthatják meg, van egy szabályzat, amely meghatározza a minimálisan kiköthető ügyvédi munkadíjak mértékét („munkadíjszabályzat”). Ezt a munkadíjszabályzatot a bolgár legfelsőbb ügyvédi tanács hozza meg, és nem csak a feleket, hanem a bíróságokat is kötik. A polgári perrendtartás szerint ugyanis a bíróságok az ügy jogi, ténybeli bonyolultságához képest túlzott ügyvédi munkadíjat mérsekelhetik az ellenérdekű fél kérelmére, azonban ez a mérsékelt munkadíj meg kell hogy feleljen az ügyvédekről szóló törvény 36. §-ának. Ez a szakasz pedig kimondja, hogy az ügyvédi munkadíj ugyan szabad megállapodás tárgya, de nem csökkenhet a munkadíjszabályzatban az egyes ügyvédi tevékenységekre kikötött minimális munkadíjak alá.

A bolgár bíróság abban kérte az Európai Bíróság álláspontját, hogy vajon ezek a minimumdíjak összegegyeztethetők-e a közösségi versenyjoggal, az EUMSZ 101. cikkével.

A bolgár bíróság hivatkozott az Arduino-ügyre³, melyben az olasz ügyvédi kamara ügyvédi munkadíj-szabályozását lehetővé tevő nemzeti szabályozás volt az előzetes döntéshozatali eljárás tárgya (a kamara ugyanis meghatározta az ügyvédi munkadíjak alsó és felső határát). A bolgár bíróság szerint ez az eset különbözik a jelen ügytől, mert az olasz kamarai szabályozás felett megmaradt az állami ellenőrzés: a kamara döntését a miniszter – megváltoztatási joga fenntartása mellett – rendeletben tette kötelezővé, viszont ilyen ellenőrzés nincs a bolgár ügyvédi kamara felett.

A polgári perrendtartás szerint, ha a bíróságon a jogi képvisellet jogtanácsos látja el, akkor értelemszerűen az ügyvédi munkadíjakkal kapcsolatos rendelkezések a jogtanácsosokra is vonatkoznak. Ennek azért volt jelentősége, mert az egyik alapügyben nem ügyvéd, hanem jogtanácsos látta el a jogi képvisellet.

Az előzetes döntéshozatali eljárások alapját képező mindkét ügyben a fizetési meghagyás jogosult-

jai alacsonyabb ügyvédi munkadíjat állapítottak meg, mint amelyet a munkadíjszabályzat előírt. A bíróságok észlelték ugyan, hogy mindkét eset egyszerű jogi és ténybeli megítélésű, de a munkadíjszabályzatot is figyelembe kellett venniük. Ezért fordultak az Európai Bírósághoz.

2. Az Európai Bíróság értékelése

2.1. A nemzeti bíróság kérdéseinek elfogadhatósága

Az Európai Bíróság először megvizsgálta, hogy elfogadhatók-e a bolgár bíróság kérdései. Általánosságban véve egy előzetes döntéshozatali eljárásban az Európai Bíróságnak akkor kell érdemi választ adnia, ha a kérdés releváns, azaz a nemzeti bíróság előtt folyó ügyben az uniós jog értelmezésére vonatkozik. A határozathozatalt csak akkor utasíthatja el, ha az uniós jog kért értelmezése nyilvánvalóan semmilyen kapcsolatban nincs az alapügy tényállásával vagy tárgyával, vagy ha a probléma hipotetikus jellegű, vagy ha az Európai Bíróságnak nem állnak rendelkezésére azok a ténybeli vagy jogi elemek, amelyek ahhoz kellenének, hogy érdemi választ adhasson.

Mivel a nemzeti bíróságoknak az alapügyekben az ügyvédi és a jogtanácsosi díjról a fizetési meghagyások kapcsán valóban határozatot kell hozniuk, a kért uniós jogértelmezés az alapügy tényállásával, tárgyával összefüggésben van. Az Európai Bíróság a feltett kérdéseket ezért – egy kivételével – elfogadhatónak tartotta. Kizárólag az ügyvéd és a megbízója közötti, az ügyvédi munkadíjat érintő megállapodást korlátozó nemzeti jogszabálynak az EUMSZ 56. cikkében megfogalmazott szolgáltatásnyújtás szabadságával való ütközésében való határozathozatalt utasította el. E kérdés tekintetében ugyanis az alapügy minden eleme egyetlen tagállamon belül valósul meg, a jogvita tisztán belső jellegű, márpedig a szolgáltatásnyújtás szabadsága és az ügy körülményei között konkrét kapcsolatnak kell lennie⁴.

3 2002. február 19-én kelt Arduino-ítélet, C-35/99, EU:C:2002:97.

4 Lásd még a 2016. december 8-án kelt Eurosaneamientos és társai ítéletet (45–46. pontok), C-532/15 és C-538/15, EU:C:2016:932.

2.2. Az ügyvédi munkadíjszabályzat és a nemzeti szabályozás vizsgálata az EUMSZ 101. cikke alapján

Az Európai Bíróság ezután rátért annak értékelésére, hogy ellentétes-e az EUMSZ 101. cikk (1) bekezdésével az a nemzeti szabályozás, ami egyrészt nem teszi lehetővé, hogy az ügyvéd az ügyfelével szabadon, akár a munkadíjszabályzatban meghatározott összeg alatt állapodjon meg, másrészt nem engedi, hogy a bíróságok a munkadíjszabályzatban szereplő összegeknél alacsonyabb munkadíj-megtérítést rendeljenek el.

Bár az EUMSZ 101. cikke a gazdasági szereplőkre vonatkozik, a tagállamoknak alapvető kötelessége, hogy ne alkossanak vagy ne tartsanak hatályban olyan jogszabályokat, amelyek alkalmasak arra, hogy gátolják a vállalkozásokat érintő versenyszabályok hatékony érvényesülését. Ennek megfelelően a 101. cikkbe ütközik, ha egy versenykorlátozó megállapodás tagállami előírásra jön létre, vagy tagállami intézkedés segíti elő a létrejöttét vagy hatását, vagy ha egy tagállam azért szünteti meg saját szabályozásának állami jellegét, hogy magánpiaci szereplőkre ruházza a gazdasági jellegű döntéshozatalt.

Az Európai Bíróság – a korábbi, hasonló ügyekben⁵ felállított tesztjéhez hasonlóan – megvizsgálta, hogy a kérdéses rendeletnek ki a megalkotója.

A bolgár legfelsőbb ügyvédi tanács kizárólag magánpiaci szereplőkből áll, tagjai a legalább 15 év ügyvédi tapasztalattal rendelkező kamarai tagok, és akiket az ügyvédek maguk közül választanak meg. Az ügyvédi törvény erre a testületre ruházta át bizonyos szabályzatok (pl. a munkadíjszabályzat) meghozatalának jogkörét. Az ügyvédi törvény szerint az ügyvéd fegyelmi vétséget követ el, ha a minimális munkadíjknál alacsonyabb összegben állapodik meg ügyfelével.

A munkadíjszabályzat megalkotója tehát egy gazdasági szereplőkből álló testület. Az Európai Bíróságnak ezt követően azt kellett megnéznie, hogy a bolgár legfelsőbb ügyvédi tanács vajon hordozott-e állami jelleget a munkadíjszabályzat meghozatala során.

Előfordulhat olyan helyzet, ahol a díjszabást a magánpiaci szereplők alakíthatják ki, de ekkor bizonyos közérdekű kritériumokat kell szem előtt tartaniuk, továbbá a hatóságok, azaz az állam jóváhagyása szükséges a hatálybalépéséhez.

A közérdek figyelembevétele akkor is biztosított lehet, ha a gazdasági szereplők nincsenek is kisebbségben a döntéshozó testületben, de mégis tekintettel kell lenniük más közjogi vagy magánszervezetek észrevételeire a döntéshozatal során. Egy szakmai szervezet által megállapított díjszabás is ölthet állami jelleget. Ilyen például, ha a szervezet tagjai az érintett gazdasági szereplőktől független szakértők, akiket törvény kötelez arra, hogy a díjszabás meghatározása során ne csak az iparág őket jelölő vállalkozásainak az érdekeit, hanem a közérdeket, valamint más ágazati vállalkozások és a fogyasztók érdekeit is figyelembe vegyék. Ehhez azonban arra van szükség, hogy az állam ténylegesen ellenőrzést gyakoroljon a döntéshozatal felett, azaz a döntéshozatal végső soron állami hatáskörben maradjon. Ennek hiányában a díjszabást egy EUMSZ 101. cikke szerinti vállalkozások társulása által hozott döntésnek kell minősíteni.

A jelen ügyben az Európai Bíróság elé tárt nemzeti szabályozás nem tartalmaz egyetlen pontos kritériumot sem, ami az ügyvédi minimumdíjak méltányosságát biztosítaná, továbbá nem tartalmaz olyan kikötést, hogy a közérdeket is figyelembe kell venni a döntéshozatal során. A bolgár Legfelsőbb Közigazgatási Bíróság ugyan kimondta, hogy biztosítani kell a szakszerű jogi segítséghez való hozzáférést, valamint meg kell akadályozni az ügyvédi szolgáltatás színvonalának csökkenését, figyelemmel az ügyfelek érdekeire. Ezek akár lehetnének közérdekű követelmények is, de a minimumdíjak és ezen közérdekű követelmények között nem teremtet kapcsolatot a jogalkotó, nincs utalás arra, hogy a minimumdíjak miként lennének alkalmasak ezen követelmények teljesítésére.

A munkadíjszabályzat feletti állami ellenőrzést a Legfelsőbb Közigazgatási Bíróság gyakorolhatja, de kontrollja kizárólag arra terjed ki, hogy a szabályzat (és minden más, a legfelsőbb ügyvédi tanács által hozott szabályzat) összhangban van-e a bolgár

⁵ 2016. szeptember 21-én kelt Etablissements Fr. Colruyt ítélet, C-221/15, EC:C:2016:704, 44. pont és az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlat.

alkotmánnyal és a jogszabályokkal. Nincs tehát olyan jogszabályi előírás, ami arra kényszeríthetné a legfelsőbb ügyvédi tanácsot, hogy az állam által ténylegesen ellenőrzött közhatalmi szervként járjon el, és az államot megillető döntéshozatali hatáskör mellett a közérdekre is tekintettel legyen. Ezért a legfelsőbb ügyvédi tanácsot az EUMSZ 101. cikk értelmében vállalkozások társulásának kell tekinteni a munkadíjszabályzat meghozatala kapcsán.

Ezt követően azt kellett megvizsgálnia a Bíróságnak, hogy a munkadíjszabályzat alkalmas-e a belső piacon fennálló verseny korlátozására. A kérdés megválaszolása nem volt nehéz, hiszen a szabályozás gyakorlatilag a minimumdíjakat határozta meg.

De még ez sem eredményezné szükségszerűen azt, hogy a vállalkozások társulása által hozott döntést kötelezővé tevő nemzeti szabályozás automatikusan a 101. cikkbe ütközzön. Meg kell azt is nézni, hogy mi volt az az általános kontextus, amelyben a vállalkozások társulása meghozta a döntést, valamint azt, hogy milyen célkitűzések vezérelték a döntéshozót, továbbá mi az a kontextus, amelyben a döntés ténylegesen kifejti a hatását, és milyen kapcsolat áll fenn közöttük: a versenykorlátozások vajon szükségesek-e és arányosak-e a kitűzött célokkal.

Az Európai Bíróság esetjogából kiemelhető például a Wouters-ügy⁶, melynek tárgya a jogi képviselők és könyvvizsgálók közötti társulást tiltó holland szabályozás volt. A versenykorlátozó hatás elismerése mellett itt az Európai Bíróság elfogadta a versenykorlátozás szükségességét arra tekintettel, hogy a könyvvizsgálókra nem vonatkoztak olyan szigorú, az ügyfelek érdekében kikötött szakmai követelmények, mint az ügyvédekre (pl. az ügyfél kizárólagos érdekében történő védelmének kötelezettsége, szakmai titoktartásra vonatkozó kötelezettségek).

A Consiglio Nazionale dei Geologi ügyben⁷ az olasz országos geológuskamara által megszabott díjtarifákkal kapcsolatban az Európai Bíróság már agályosnak tartotta, hogy a rögzített és minimumdíjak szükségességét a döntéshozó a szolgáltatás mennyisége és minősége mellett a szakmai méltóság megőrzésével is indokolta. Erősen kérdéses ugyanis, hogy a fogyasztóknak nyújtott megfelelő szolgáltatás biztosítása mint jogszerű cél teljesítésé-

hez a rögzített és minimumdíjak – többek között a szakmai méltóságra alapozva –, mennyiben lehetnek elfogadhatók.

Az API-ügyben⁸ a közúti közlekedés biztonsága, biztonságának védelme mint jogszerű cél megvalósításával is indokolta a jogszabály a közúti fuvarozó cégek díjszabását korlátozó kötelező minimális üzemeltetési költségeket, azonban az Európai Bíróság nem találta igazolhatónak ezt a célkitűzést a szabályozással.

A bolgár ügyvédi munkadíjszabályzat kapcsán azonban az Európai Bíróság nem találta elégségesnek a rendelkezésére álló információkat ahhoz, hogy meg tudja válaszolni, hogy az ügyvéd és az ügyfél közötti szabad munkadíj-megállapodást korlátozó nemzeti szabályozás szükséges-e valamely jogszerű cél megvalósításához. Így a kérdést feltevő bíróságra hárul annak mérlegelése, hogy – figyelemmel azokra a körülményekre, amelyekben a legfelsőbb ügyvédi tanács a szabályzatot megalkotta, vagy amelyben a szabályzat kifejti a hatását – a korlátozásokat előíró szabályozás jogszerű célokat akar-e betölteni, és ha igen, a versenykorlátozás szükséges-e ezen célok eléréséhez.

2.3. Egyéb – nem versenyjogot érintő – kérdések

Az Európai Bíróságnak még két kisebb kérdésben is választ kellett adnia. Egyrészt megállapította, hogy nem ellentétes az EUMSZ 101. cikkével az a nemzeti szabályozás, amelynek értelmében a jogtanácsosokat is megilleti az ügyvédi munkadíjnak a nemzeti bíróság által elrendelt megtérítése. Másrészt egy adójogi kérdésben kimondta, hogy az ügyvédi munkadíjakat terhelő hozzáadottérték-adó alapügyben ismertetett bolgár szabályozása a kétszeres adóztatás tilalmába ütközik, ezért sérti az uniós jogot.

3. Összegzés

Összességében ebben az ügyben szépen megjelenik az a teszt, amelyet az Európai Bíróság a hasonló versenykorlátozó szabályozások értékelése so-

6 2002. február 19-én kelt Wouters és társai ítélet, C-309/99, EU:C:2002:98.

7 2013. július 18-án kelt Consiglio Nazionale dei Geologi ítélet, C-136/12, EU:C:2013:489.

8 2014. szeptember 4-én kelt API és társai ítélet, C-184/13-C-187/13, C-194/13, C-195/13, C-208/13, EU:C:2014:2147.

rán alkalmazni szokott.⁹ Először azt kell vizsgálni, hogy a döntéshozó közhatalmi vagy gazdasági szereplőnek minősül-e. Ennek megítélésében segít a döntéshozó testület összetétele, kinevezésének módja. Másodszor: voltak-e a saját érdekein kívül eső szempontok, amelyeket a döntéshozónak figyelembe kellett vennie. Ezek lehetnek a fogyasztói érdekek vagy más ágazatok érdekei. Harmadszor: van-e állami ellenőrzés a döntéshozatal felett, a végleges döntés megmarad-e az állam kezében. Ide tartozhat az állami jóváhagyás szükségessége, a megváltoztatás vagy a felülvizsgálat joga. Negyedszer: van-e egyáltalán igazolható indoka a versenykorlátozásnak, és ha igen, milyen jogszerű célkitűzés állt a versenykorlátozó szabályozás megalkotása mögött. Végül: szükséges-e a versenykorlátozás a cél eléréséhez, és ha igen, arányos-e azzal. A teszt levezetésén túl azonban az ügy további tanulsággal nem szolgál, a konkrét kérdés eldöntése a bolgár bíróságra maradt. Pedig az sosem könnyű feladat, ha egy nemzeti bíróságnak kell a saját nemzeti jogszabályának indokoltságát mérlegelnie, mennyivel kényelmesebb, ha ezt egy, a hazai viszonyoktól független szervezet, mint az Európai Bíróság vállalja át. Érdekes kérdés az is, hogy milyen további információra lett volna szüksége a Bíróságnak ahhoz, hogy gyakorlatilag is használható választ adjon a kérdésekre.

4. Az ügy magyar vonatkozásai

A Gazdasági Versenyhivatal („GVH”) több versenyfelügyeleti eljárást¹⁰ indított a szellemi szabadfoglalkozásuk (pl. ügyvédek, könyvvizsgálók, orvosok, építészek) kamarái ellen, főként rögzített vagy ajánlott árakat tartalmazó díjszabályzataik felülvizsgálata kapcsán. De nemcsak díjszabályzatokat, hanem egyéb versenykorlátozó szabályzatokat is vizsgált már, úgymint pl. a szolgáltatást érintő rek-

lámozási tilalmak¹¹, a szolgáltatás nyújtásának földrajzi korlátozása¹².

A GVH ügyei közül kiemelhető a Magyar Építész Kamara díjszabályzatának vizsgálatára indult versenyfelügyeleti eljárás¹³, amelyben a GVH részletesen végigvezette az Európai Bíróságnak a CHEZ-ítéletben is olvasható tesztjét. Eszerint első lépésként megvizsgálta, hogy a kamarának volt-e jogszabályi felhatalmazása a versenykorlátozó elemeket tartalmazó szabályzat meghozatalára, majd azt, hogy a kamara a szabályzat meghozatala során közhatalmi szereplőként vagy a vállalkozói érdekei által motivált (azaz vállalkozások társulása szerinti) döntéshozóként lépett-e fel. Ennek kapcsán vizsgálta, hogy volt-e tényleges állami ellenőrzés a döntés felett (pl. miniszeri jóváhagyás), részt vettek-e állami szereplők a döntés meghozatalában vagy voltak-e olyan, a kamarai törvényben deklarált közérdekek, fékek, amelyek megakadályozhatták volna a kamarát abban, hogy ne csak a saját szakmai érdekeit vegye figyelembe. Végül a díjszabályzatot a GVH nem tartotta elengedhetetlenül szükségesnek más, a versenyszempontokon túlmutató méltányolható, közérdeken alapuló szabályozási cél eléréséhez sem, kimondva, hogy a kamarai díjszabályzat túlterjeszkedett a törvényi felhatalmazás célján és terjedelmén, ezért a versenykorlátozó megállapodás tilalmába ütközött. Külön kiemelhető, hogy a díjszabályzat indoklásában megjelent, hogy a kamara többek között a szolgáltatás minősége, a munka nehézsége mellett a szolgáltatásnyújtó „*méltó életfeltételeit*” is így tervezte biztosítani.

A GVH több, kamarai díjszabályzatos ügyben megállapította, hogy törvény még felhatalmazást sem tartalmazott a kamara számára az ajánlott árak díjszabályzatban való rögzítésére¹⁴.

A fentieket összegezve bátran mondhatjuk, hogy a magyar joggyakorlat szépen illeszkedik az Európai Bíróság CHEZ-ítéletben (is) megfogalmazott tesztjéhez.

9 E tekintetben részletesen is lásd Tóth András: Versenyjog és határterületei, A versenyszabályozás jogági kapcsolatai, HVG-Orac Kiadó, Budapest, 2016, 96–97.

10 Lásd pl. a Magyar Könyvvizsgáló Kamara ellen folytatott VJ/148/1998. számú, a Magyar Mérnöki Kamara ellen folytatott VJ/119/1999. számú, a Magyar Építész Kamara ellen folytatott VJ/201/2005. számú, a Magyar Orvosi Kamara ellen folytatott VJ/99/2008. számú, a Magyar Növényvédő Mérnöki és Növényorvosi Kamara ellen folytatott VJ/143/2008. számú versenyfelügyeleti eljárásokban hozott versenytanácsi döntéseket.

11 Lásd pl. a Magyar Könyvvizsgáló Kamara ellen folytatott VJ/16/2005. számú és a Magyar Ügyvédi Kamara ellen folytatott VJ/180/2004. számú versenyfelügyeleti eljárásban hozott versenytanácsi határozatokat.

12 Lásd pl. a Magyar Állatorvosi Kamara ellen folytatott VJ/84/2011. számú versenyfelügyeleti eljárásban hozott végzést.

13 VJ/201/2005. számú versenyfelügyeleti eljárás.

14 Lásd pl. VJ/143/2008. és a VJ/99/2008. számú versenyfelügyeleti eljárásban hozott versenytanácsi határozatokat.

Chiara Fumagalli, Massimo Motta, Claudio Calcagno: Exclusionary Practices, The Economics of Monopolisation and Abuse of Dominance

Év elején jelent meg a Cambridge University Press kiadásában Fumagalli, Motta és Calcagno könyve, amely az erőfölénnyel való visszaélés versenyjogi szabályozásának közgazdasági hátterét mutatja be. A szerzők a versenyhatóságok és nemzeti bíróságok helyzetét kívánják megkönnyíteni az EUMSZ 102. cikkelye szerint lefolytatott eljárások során felmerülő közgazdasági megfontolások strukturált bemutatásával. Erre nagy szükség is van, régóta fennálló igény egy kifejezetten erőfölényes helyzetekre fókuszáló közgazdasági szakkönyv.

Chiara Fumagalli a milánói Bocconi Egyetem professzora, neve jelentős mértékben összefügg a 102. cikk szerinti ügyek közgazdasági elméletével.¹ Massimo Motta a barcelonai Graduate School of Economics tanára, ill. az ICREA-Universitat Pompeu Fabra professzora, ahová négyéves kitérő után tért vissza (2013 és 2016 között az Európai Bizottság Versenypolitikai Főigazgatóságának vezető közgazdásza volt). Mottát és munkásságát nem kell sokrétűen bemutatni a versenyjogi közgazdaságtanban jártasak számára: Competition Policy² című könyve első számú szakirodalmi forrás. Claudio Calcagno a közgazdasági tanácsadó cégeknél szerzett tapasztalataival gazdagította a könyvet. A három szerző különbö-

ző háttere nagymértékben áthallatszik a könyv szövegéből, amitől az egyszerre olvasmányos, információdús és technikai jellegű.

A könyv legfőbb célja, hogy beazonosítsa azokat a piaci tényezőket, melyek meglehetősen egyes vállalatok üzleti gyakorlatai nagy valószínűséggel versenyellenesek az EUMSZ 102. cikkelye alapján (erőfölénnyel való visszaélés). A szerzők ehhez kapcsolódóan meghatározzák azokat a kérdéseket, amelyeket egy versenyhatóságnak vagy tagállami bíróságnak érdemes feltennie ahhoz, hogy azonosítsa a lehetséges versenyellenes hatásokat, illetve meghatározza a versenyhátránnyal kapcsolatos elméletet („theory of harm”). A könyv egyensúlyt kíván találni a – sokszor komplexnek és nehezen kezelhetőnek talált – hatás alapú közgazdasági megközelítések és – a versenyjog alkalmazásának szempontjából kiemelt jelentőségű – jogbiztonság között.

A könyv öt fő fejezetre tagozódik, minden fejezet egy tipikus erőfölénnyel való visszaélést mutat be: 1. Felfaló árazás; 2. Árdiszkrimináció; 3. Kizárólagossági megállapodások; 4. Árukapcsolás/csomagban történő értékesítés; 5. Vertikális korlátozások. A könyv fejezeteiben rövid bevezető után a közgazdasági elmélet bemutatása következik, majd az el-

* Közgazdász, Allegro Consulting.

1 L. Pl. Exclusive dealing and entry when buyers compete (társszerző M. MOTTA), American Economic Review, 96(3), 785–795., 2006; The Deep-Pocket Effect of Internal Capital Markets (társszerző X. BOUTIN, G. CESTONE, G. PICA and N. SERRANO-VELARDE), The Journal of Financial Economics, 109(1), 122–145., 2013. Damages for exclusionary practices: a primer (társszerző J. PADILLA and M. POLO), in I. KOKKORIS and F. ETRO, Competition Law and the Enforcement of Art. 102, Oxford University Press, December 2010.

2 MOTTA, Massimo, Competition Policy, Theory and Practice, első kiadás ideje: 2004, Cambridge University Press.

mélet gyakorlati megvalósítása kerül ismertetésre. A szerzők ezután néhány releváns jogeset (USA és EU) leírásával zárják az egyes fejezeteket.

A könyv általános következtetései az öt fejezet majdnem mindegyikében előkerülnek mint a 102. cikkely szerinti potenciálisan versenyellenes magatartás indikátorai. Ezek egységes szerkezetbe foglalása és több oldalról történő vizsgálata a könyv legfontosabb hozzájárulása a versenyjogi és – az ahhoz kapcsolódó – közgazdasági szakirodalomhoz.

1. Jelentős piaci erő jelenléte: a könyvben tárgyalt üzleti gyakorlatok mindegyikének csak abban az esetben lehet versenyellenes hatása, ha az egy piaci erővel rendelkező (domináns) vállalat gyakorlata. A könyv röviden kitér arra, hogy piaci erő feltételezhető viszonylag magas piaci részesedések fennállása esetén, de leginkább az „erős inkumbens előny” kifejezést használja, ami a piaci részesedéseknél tágabb fogalom. A szerzők tehát (a közgazdasági szakirodalommal megegyezően) nem támogatják a piaci részesedésekre fókuszáló elemzéseket, és ebből a piaci erő jelenlétére vonatkozó következtetések levonását (hacsak e piaci részesedés valóban magas, legalább 70-80%). A szakirodalomban jártasak számára ez valószínűleg nem számít újdonságnak.

2. Méretgazdaságosság jelenléte: a kötetben hangsúlyosan jelenik meg, hogy a növekvő méretgazdaságosság jelenléte (minél nagyobb a kibocsátás mértéke, a vállalat annál kisebb átlagköltséggel tudja előállítani a termékeket/szolgáltatásokat) jelentősen befolyásolja, hogy a 102. cikkely szerinti versenyellenes magatartások hatásosak tudnak-e lenni. Ilyen esetben ugyanis az inkumbens domináns vállalat viszonylag könnyen tud olyan üzleti gyakorlatot (pl. nemlineáris árazást) alkalmazni, amely meggátol egy kisebb vállalatot vagy a piacra belépni szándékozó vállalatot a működéshez szükséges minimális üzemméret elérésében. Ehhez kapcsolódóan fontos kiemelni, hogy a domináns vállalat árazásának vizsgálatakor gyakran alkalmazott ár-költség elemzés során azon termékek vagy szolgáltatások árait kell figyelembe venni, amelyek a minimális üzemméret eléréséhez kapcsolódó piaci kereslethez tartoznak. Másképpen megfogalmazva, amíg a domináns vállalat adott termékének összes

kibocsátására vonatkozó átlagára költség felett lehet (és ezáltal egy ár-költség teszt nem jelezné a versenyellenesség jelenlétét), addig a hatékony üzemméret eléréséhez szükséges kereslethez (amely a teljes piacnak csak egy kisebb része) kapcsolódó kibocsátás átlagára alacsonyabb lehet az előállítás költségeinél – így pedig versenyellenes. A versenyhatóságoknak és bíróságoknak ez utóbbi árazást kell figyelembe venniük, akár az egyes vevőkkel szemben alkalmazott árakat is érdemes megfigyelni.³

A piacon fennálló magas belépési költségek, keresletoldali externáliák, a piac kétoldalúságából fakadó hatások, hálózati hatások stb. mind olyan piaci tényezők, amelyek jelentős méretgazdaságosságból fakadó előnyök jelenlétére engednek következtetni. Az ilyen piacokon egy domináns vállalat által a 102. cikkely szerint versenyellenesnek vélhető üzleti gyakorlatok valószínűleg ténylegesen versenyellenes hatásúak.

3. Kulcsfontosságú vevők jelenléte: a könyv fontos tényezőre hívja fel a figyelmet abból a szempontból, hogy a gazdasági erőfölényben lévő vállalkozásnak elegendő mindössze a kulcsfontosságú vevők keresletének egy részét (vagy egészét) versenyellenes módon (pl. költség alatti árazással) magához láncolnia ahhoz, hogy más vállalatok piacra való belépését megakadályozza, vagy az általuk támasztott versenyt hatékonyan gátolja. Ez különösen azokon a piacokon léphet fel, ahol az inkumbens versenyelőnyből indul, egyes vevők egyéni kereslete pedig a piaci kereslet nagy részét fedi le.

A szerzők külön felhívják a figyelmet arra az általuk „oszd meg és uralkodj”-ként elnevezett üzleti gyakorlatra, amely esetben az erőfölényes vállalkozás versenyellenes gyakorlatát egyes vevők úgy próbálják letörni, hogy belépnének az erőfölényes saját (upstream) piacára, azaz vertikális integrációt hajtanának végre. Amennyiben kulcsfontosságú vevők vannak a piacon, az erőfölényes megakadályozhatja ezt a belépést azzal, hogy a fontosabb vevőknek versenyzői árat határoz meg (míg más vevőkkel szemben fenntartja a magasabb, monopolárazást). Ez esetben ugyanis az új, potenciális piaci belépő nem képes megfelelő alternatívát nyújtani a kulcsfontosságú vevők részére, így a piacra belépés elmarad (a minimális méretgazdaságosság szintje elérésének

3 Ezt a módszert követte az Európai Bizottság az *Intel*-ügyben is, amelyben minden nagy vevőnek (Dell, HP stb.) adott kedvezményeket külön értékelte (COMP/C-37/990. sz. ügy. (Intel) HL [2009] C 227/7., 2009. 05. 13., 338–453.).

hiányában). Sőt ha ez a potenciális piaci belépő annak a vevőkörnek a tagja, amelyikkel szemben az erőfölényes vállalat monopolárazást alkalmaz, ez a vevő kénytelen elfogadni ezt a monopolárat. A vevő ilyen módon történő sarokba szorítása az „oszd meg és uralkodj” versenyellenesen piaclezáró taktika lényege, de ez a taktika hatásosan működhet más, vertikálisan nem integrált upstream piaci belépőkkel szemben is.

4. Erős verseny a downstream piacon: némely esetet kivéve⁴ általánosságban elmondható, hogy a downstream piacon (a vertikális ellátási lánc alsóbb – a fogyasztókhoz közelebbi – fokain) megfigyelhető erőteljesebb versenynyomás megnehezíti az erőfölénnyel való visszaélést az upstream (a vertikális ellátási lánc fogyasztóktól távolabb eső) piacon. Felfaló árazás esetén például az erős verseny arra enged következtetni, hogy kisszámú vevő elegendő megrendelést támaszt ahhoz, hogy egy kisebb vállalat elérje a működéshez szükséges méretet. Árdiszkrimináció esetén az erős downstream verseny biztosítja, hogy az alacsonyabb upstream árak a vevő saját árainak csökkenéséhez vezetnek, ezáltal pedig a teljes keresletet ki tudja elégíteni – hacsak a többi vevő nem csökkenti az árait hasonló mértékben. A vevők termékeinek homogenitása tehát az erőfölényes versenyellenes üzleti gyakorlat ellen hat, a termékek differenciáltsága pedig elősegíti azok sikeres megvalósítását.

5. Csekély minőségi különbség az erőfölényes vállalat és versenytársainak termékei között: a szerzők több helyen említenek olyan közgazdasági tanulmányokat, melyek szerint minél nagyobb a minőségbeli különbség az erőfölényben lévő vállalat terméke (vagy szolgáltatása), illetve a versenytársak termékei (szolgáltatásai) között, annál nehezebb megvalósítani a versenyellenes gyakorlatot. *Vice versa*, amennyiben a minőségkülönbség viszonylag kicsi, a versenyellenes magatartás nagyobb valószínűséggel eredményes. A szerzők ezzel hívják fel a figyelmet arra, hogy azokon a piacokon, ahol az innováció nem ugrásszerűen megy végbe, az erőfölényes vállalat hatékonyabban képes visszaszorítani a fokozatos termékfejlődést.

A fenti általános következtetéseken túl az egyes fejezetek külön tárgyalják azon speciális jellemzőket, amelyek meglelte az adott üzleti gyakorlat versenyellenességére enged következtetni.

A feltételes árengedmények témakörében például jelentős tényező, hogy az árengedmények egyénre szabottak vagy minden vevő számára elérhetőek-e. Egyénre szabott árengedmények ugyanis nagyobb valószínűséggel versenyellenesek. Ugyanez a helyzet akkor is, ha az árengedményt magas szállítói részesedéshez köti az erőfölényes beszállító (ide tartoznak pl. a polcon tartási kötelezettségek). A szerződések időtávja is jelentőséggel bírhat: hosszabb távra kötött egyezségeknél nagyobb valószínűséggel van negatív hatása a versenyre.

Felfaló árazás esetén is fontos szerepet játszik az időtáv. Minden más tényező változatlanságát feltételezve a hosszú időszakon keresztül megfigyelhető költség alatti árazás valószínűleg nem versenykonform (és fordítva, a csak pár hónapon keresztül megfigyelt költség alatti árazásnak valószínűleg a versenyellenességtől eltérő motivációi vannak – pl. új termék bevezetése a piacra költség alatti áron).

Vertikális üzleti kapcsolatok esetén a szerzők hangsúlyozzák a hármas kritériumrendszer alkalmazásának szükségességét a hatásvizsgálat során. Ezek pedig a versenyellenes magatartásra való (i) képesség, (ii) ösztönözottség, illetve az üzleti gyakorlat (iii) jólétszökkentő hatásának vizsgálatai. Ezek mindegyikének fenn kell állnia a versenyellenesség bizonyításához. A könyv vertikális piaclezárás fejezete segítséget nyújt ezen tényezők feltérképezésében.

A fentiek csak példálózó jelleggel mutatják be a könyvben ismertetett piaci jellemzők szerepét a hatékonyságvizsgálat során, ezek részletes bemutatása meghaladja e könyvismertető cikk kereteit. Összességében úgy vélem, hogy e kötetnek is helye van a versenyjoggal foglalkozó szakemberek polcain. Mind az erőfölényes ügyekkel még csak ismerkedő, mind a már jelentős tapasztalattal rendelkező jogászok és közgazdászok számára ajánlom, mert mindannyian találhatnak a könyvben hasznos érdekességet és újdonságot.

4 Pl. erős downstream piaci verseny fennállása esetén a downstream piaci profit (közgazdasági értelemben) nullához közelít, ami – hatékonyabb cégek megjelenése következtében – egyes vállalatok piacról kiszorulásához is vezethet. Ha a domináns vállalat lépéselőnyben van az adott upstream piacon, képes lehet a vevők nagy részével – viszonylag alacsony (pénzügyi) ellentételezés felajánlása mellett – kizárólagosan megállapodni, ezzel gátolva a downstream piacra lépést. Egy ilyen kizárólagos megállapodással az erőfölényes vállalat vevői jól járnak, mert nem kell attól tartaniuk, hogy egy hatékonyabb vállalat piacra lép, és így downstream profitjuk eltűnik.

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 a 2019. nyári szám esetében **2019. április 30.**

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

