



A Fővárosi Törvényszék mint másodfokú bíróság a Budapest, Corvin tér 10., ügyintéző: *Híradástechnikai Tervező, Szolgáltató és Kereskedelmi Bt.* (2120 Dunakeszi, Evező köz 4.) I. rendű és a *SOLENNIS Orvostechnikai Kft.* (2120 Dunakeszi, Evező köz 4.) II. rendű felpereseknek, a dr. Szögi Nóra kamarai jogtanácsos által képviselt *Gazdasági Versenyhivatal* (1054 Budapest, Alkotmány utca 5.) alperes ellen, versenyfelügyeleti ügyben hozott közigazgatási határozat (hiv. szám: Vj/98-53/2015.; nyilvános változat: Vj/98-54/2015.) bírósági felülvizsgálata iránt indított perében a Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság 2017. október 24. napján kelt 13.K.30.082/2017/15. számú ítélete ellen az I. rendű és a II. rendű felperesek 16. sorszám alatt közösen előterjesztett fellebbezése folytán 2018. évi február hó 28. napján megtartott nyilvános tárgyaláson meghozta a következő

Ügyvédi Iroda (1011

ügyvéd) által képviselt *GEMINI-TEL*

í t é l e t e t:

A Fővárosi Törvényszék az elsőfokú bíróság ítéletét helybenhagyja.

Kötelezi az I. és a II. rendű felpereseket, hogy 15 napon belül fizessenek meg az alperesnek külön-külön 200.000 (kétszázezer) - 200.000 (kétszázezer) forint másodfokú perköltséget, valamint az államnak - az illetékügyekben eljáró adóhatóság külön felhívására - az I. rendű felperes 761.400 (hétszázhatvanegyezer-négyszáz) forint, a II. rendű felperes 840.000 (nyolcszáznegyvenezer) forint fellebbezési illetéket.

Az ítélet ellen további fellebbezésnek nincs helye.

I n d o k o l á s

Az azonos vállalkozáscsoportba tartozó I. és II. rendű felperesek különböző időpontokban kizárólagos forgalmazói szerződést kötöttek az amerikai Ulthera Inc-vel és a Lutronic Inc. lézercéggel, amely szerződések alapján a forgalmazás mellett ún. Ultherapy nem invazív kozmetikai, bőrfiatalító, ránctalanító kezeléseket nyújtanak. A szolgáltatást népszerűsítő kereskedelmi kommunikáció 2013. október 10. napja óta online és nyomtatott sajtóban, valamint a felperesek www.solennemed.hu honlapján jelent meg cikkek és képi illusztráció formájában, azokat 2015 tavaszáig az I. rendű felperes, ezt követően a II. rendű felperes tette közzé. A kommunikáció fő üzenete a plasztikai sebészeti beavatkozást kiváltó bőrfiatalítás. A kommunikáció során egyrészt szöveges állításokat fogalmaztak meg (pl. „Hogyan tagadhatsz le 10 évet plasztikai műtét nélkül?”; „Hogyan tagadhatsz le 10 évet arcplasztika nélkül?”; „Ultherapy? Minusz 10 év!”; „Mindössze egy 60 perces kezelés és akár 10 évvel fiatalabbnak tűnik.”; „A leghatékonyabb és legkíméletesebb

módszer, amelyet az orvostudomány valaha kifejlesztett.”; „Beindítja a természetes kollagéntermelő folyamatokat, így a 4-5 hónapos teljes folyamat végére akár 10–15 évet is letagadhatunk a korunkból.”; „Egyik nagy előnye, hogy bár a hatása ugyanúgy körülbelül 10 évre tehető, mint egy arcplasztiké, itt nincs kockázat, sem lábadozási időszak.; „Eddig ilyen hatást kizárólag műtéttel, méghozzá teljes arcplasztikával lehetett elérni Magyarországon. De ennek vége!”), másrészt a hirdetésekben ún. „előtte-utána” képeket jelenítettek meg.

Az alperes a perbeli kereskedelmi kommunikáció vizsgálatára irányuló versenyfelügyeleti eljárásban a 2016. november 29-én kelt Vj/98-53/2015. számú határozatával a fogyasztókkal szembeni tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat tilalmáról szóló 2008. évi XLVII. törvény (a továbbiakban: Fttv.) 1. §-a, 2. §-a, a 3. § (1)-(3) bekezdése, a 4. § (1) és (2) bekezdése, a 6. § (1) bekezdés *b)* pontjának *hg)* alpontja, a 9. § (1)-(3) bekezdése és a 14. §-a alapján megállapította, hogy a felperesek tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatot valósítottak meg azzal, hogy az I. rendű felperes 2013. november 17-től 2015 februárjáig terjedő időszakban, a II. rendű felperes pedig 2015 februárjától kezdődően valótlanul állították azt, hogy az általuk nyújtott Ultherapy szolgáltatás igénybevétele esetén a fogyasztó a plasztikai sebészeti beavatkozáshoz hasonló eredményt érhet el, és az arca 10-15 évvel fiatalabbnak látszódhat, valamint ez a hatás hosszú ideig megmarad, illetve hogy az általuk nyújtott szolgáltatás a valaha kifejlesztett leghatékonyabb és legkíméletesebb módszer. A határozat rendelkező részének II. pontjában az alperes a határozat kézhezvételét követő 30 nap eltelté után megtiltotta a felpereseknek a jogsértő állítások közzétételét, és kötelezte a felpereseket arra, hogy a határozat kézhezvételtől számított 60 napon belül igazolást nyújtsanak be, amelyben beszámolnak arról, hogy a jogsértéstől való eltiltás kötelezettségének miképpen tettek eleget. A határozat rendelkező részének III. pontjában az alperes az I. rendű felperest 9.517.700 forint, a II. rendű felperest 10.500.000 forint bírság megfizetésére kötelezte, továbbá a határozat rendelkező részének IV. pontjában az I. rendű felperessel szemben kiszabott bírság tekintetében a vele egy vállalkozáscsoportba tartozó II. rendű felperest, a II. rendű felperessel szemben kiszabott bírság tekintetében a vele egy vállalkozáscsoportba tartozó I. rendű felperest nevesítette, mivel a megállapítása szerint a tisztességtelen piaci magatartás és a versenykorlátozás tilalmáról szóló 1996. évi LVII. törvény (a továbbiakban: Tpv.) 78. § (5) bekezdése alapján külön végzésben egyetemlegesen kívánta kötelezni őket a bírság be nem hajtott részének megfizetésére, amennyiben a bírságot a vállalkozáscsoport jogsértést megvalósító tagja önként nem fizeti meg, és a végrehajtás sem vezet eredményre. Az alperes a határozatában a vizsgált kereskedelmi gyakorlat célcsoportjára (30-35 év feletti nők) figyelemmel az Fttv. 4. § (1) bekezdése szerint az olyan fogyasztó magatartását vette alapul, aki ésszerűen tájékozottan, az adott helyzetben általában elvárható figyelmességgel és körültekintéssel jár el. Az alperes a határozat indokolásában a perbeli kezelésre vonatkozó állításokat négy pontban foglalta össze: az ugyanolyan hatással van az arcbőrre, mint a plasztikai sebészeti beavatkozás; igen rövid idő alatt éri el teljes hatását; mínusz 10-15 évvel fiatalítja meg a bőrt; a szolgáltatás a valaha kifejlesztett leghatékonyabb és legkíméletesebb módszer. Megállapította továbbá, hogy a fogyasztó által észlelt üzenet részévé vált - egyrészt az állításokat alátámasztandó, másrészt önálló magatartásként is értékelhető - képi megjelenítés, azaz a kezelés előtt és után készült fotók. Rögzítette, hogy az Fttv. 14. §-a értelmében a felperesek voltak kötelesek igazolni a perbeli kezelésre vonatkozó tényállítások, valamint a kezeléseket előtt és után készített fotók valóságtartalmát, mint ahogyan azt is, hogy a fotók a kezelés előtt és után készültek. Vizsgálta a felperesek által az állítások alátámasztására becsatolt dokumentumokat (az Ulthera System USA-ra vonatkozó FDA engedélyt, az Ultherapy White Paper megnevezésű dokumentumot, a gyártó által közölt fotókat tartalmazó angol nyelvű ismeretterjesztő anyagot), amelyek álláspontja szerint nem támasztották alá a perbeli kereskedelmi gyakorlat részét képező tényállítások és fotók valóságtartalmát. A kereskedelmi kommunikáció tekintetében az Fttv. 6. § (1) bekezdés *hg)* alpontjában foglaltak megvalósítása, és ezzel az Fttv. 3. § (1) bekezdésében foglalt tilalom

megsértése miatt a felperesekkel szemben a bírságot a Tpvt. 76. § (1) bekezdés *k)* pontja és a 78. § (3) bekezdése alapján szabta ki, amelynek során figyelembe vette a Gazdasági Versenyhivatal Elnökének és a Versenytanács Elnökének 2/2015. számú, a bírság mértékének meghatározásával kapcsolatban kialakult versenytanácsi gyakorlatot rögzítő közleményét (a továbbiakban: Közlemény).

Az elsőfokú bíróság a felperesek keresetét elutasította. Ítéletének indokolásában kifejtette, hogy a Tpvt. 76. § (1) bekezdés *l)* pontja szerinti figyelmeztetés alkalmazásáról való döntés az alperes mérlegelési jogkörébe tartozik, amelynek alkalmazhatóságát az alperes érdemben értékelte, és - a felperesek eljárás során tanúsított magatartására, a jogsértések feltárása kapcsán tanúsított együttműködésükre, illetve annak hiányára figyelemmel - okszerűen jutott arra a következtetésre, hogy a figyelmeztetés alkalmazása nem indokolt. Rögzítette, hogy míg a kis- és középvállalkozásokról, fejlődésük támogatásáról szóló 2004. évi XXXIV. törvény (a továbbiakban: Kkv. törvény) - az annak értelmezésére kiadott 2/2015. (XI. 23.) KMK véleményben foglaltakkal megerősítetten - a kis- és középvállalkozásnak minősülő vállalkozások esetében kogens rendelkezésként írja elő az első jogsértés alkalmával a bírság kiszabása helyett a figyelmeztetés alkalmazását, addig a Tpvt. 78. § (8) bekezdése a figyelmeztetés alkalmazásáról való döntést az eljáró hatóság mérlegelési jogkörébe utalja anélkül, hogy előírná a mérlegelési szempontokat. Az elsőfokú ítélet indokolása szerint az alperes helyesen járt el, amikor a felperesek versenyfelügyeleti eljárás során tanúsított magatartását az egyes tények kiragadás helyett összességében értékelte. Az elsőfokú bíróság rögzítette, hogy nem sérült az ügyfélegyenlőség elve, mivel nem állt fenn, hogy jogi és ténybeli azonosságot mutató ügyekben az alperes eltérő következtetésre jutott. A fokozatosság elvének megsértését szintén nem állapította meg, mivel a figyelmeztetés alkalmazása, illetve a bírság kiszabása tekintetében a jogszabály nem kötelezi az alperest a fokozatosságra, s a Tpvt. 44. § (1) bekezdése alapján a közigazgatási hatósági eljárás és szolgáltatás általános szabályairól szóló 2004. évi CXL. törvényben (a továbbiakban: Ket.) foglalt alapelvet a versenyfelügyeleti eljárás során nem lehet alkalmazni. Megállapította, hogy az alperes a határozatban a bírság meghatározása során figyelembe vett körülményeket, és azok súlyozását is részletesen meghatározta, a polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény (a továbbiakban: Pp.) 339/B. §-ában foglaltak nem sérültek. Az elsőfokú ítélet indokolása rámutatott arra, hogy az alperes jogszerűen indult ki a bírság kiszabása során a felperesek által megadott reklámköltségből, mivel a jogsértő magatartáshoz kapcsolódó reklámköltség és a nem jogsértő magatartáshoz kapcsolódó költségektől elkülöníthető rész megosztására csak abban az esetben kerülhet sor, ha valamely egzakt szempont szerint ez az elkülönítés megtehető, azonban ilyen releváns megosztást a felperesek sem a közigazgatási eljárásban, sem a perben nem tettek. Az elsőfokú bíróság az alperesi határozat rendelkező része és az indokolás 93. és 113. pontjai közötti ellentmondás kapcsán kifejtette, hogy a határozatból egyértelműen kiolvasható, hogy mely kommunikációk tekintetében állapította meg az alperes a jogsértést, és ezen kommunikációk milyen tartalmat hordoztak. A felperesek által megjelölt bírságsökkentő tételeket alaptalannak értékelte, nem tartotta jogsértőnek, hogy a bírság kiszabásakor olyan reklámok költségét is figyelembe vette az alperes, amelyek nem a jogsértéssel érintett időtartam alatt jelentek meg, figyelemmel arra, hogy a megjelölt reklámok piaci hatása a jogsértéssel érintett időszakban is érzékelhető volt, továbbá ugyanazon reklámkampány részei voltak. Álláspontja szerint a korábbi ellenőrzés, és így az elmarasztalás hiánya nem volt enyhítő körülményként értékelhető, s az időmúlásnak a jogsértés súlya szempontjából szintén nem volt jelentősége, a jogsértés elkövetése és a versenyfelügyeleti eljárás megindulása között eltelt hosszabb idő a felperesek javára nem szolgálhatott. Az elsőfokú bíróság a mögöttes helytállási kötelezettség tárgyában hangsúlyozta, hogy az a végrehajtás körébe tartozó kérdés, így nem bírt relevanciával a vállalkozásokkal szemben kiszabott bírság összegszerűsége tekintetében, amelynek folytán alaptalan a bírságmaximum esetleges túllépésére történt felperesi hivatkozás. Az Fttv. 3. §

(1)-(3) bekezdése, a 6. § (1) bekezdés *hg*) alpontja, valamint a 14. §-a alapján a jogsértéssel kapcsolatban megállapította, hogy a felperesek a perbeli kereskedelmi gyakorlat részét képező tényállítások és fotók valóságtartalmát alátámasztó konkrét bizonyítékokat nem jelölték meg, a perben is kizárólag a saját véleményüket terjesztették elő. A Fővárosi Törvényszék 2.Kf.650.127/2015/5. számú határozatára hivatkozva kiemelte, hogy az Fttv. 14. §-ának helyes értelmezése szerint nem elegendő, ha az elmarasztalt vállalkozások csak a határozattal szembeni perben mutatják be bizonyítékaikat állításaik igazolására. Végezetül megállapította, hogy a feltárt jogsértés abbahagyásából nem következik az, hogy a jogellenes gyakorlat egyszeri és megismételhetetlen, ezért a jövőre vonatkozó eltiltás nem lehet jogsértő, vagy szükségtelen előírás. A beszámolási kötelezettségnek pedig ebben az esetben nyilvánvalóan az arról való tájékoztatásra kell kiterjednie, hogy az I. rendű felperes a jogellenes tevékenységével felhagyott, és azt a jövőben sem kívánja folytatni.

Az I. és a II. rendű felperesek a fellebbezésükben az elsőfokú ítélet kereseti kérelmük szerinti megváltoztatását, elsődlegesen az alperesi határozat megváltoztatását és a Tpvt. 78. § (8) bekezdése szerinti figyelmeztetés alkalmazását, másodlagosan az alperesi határozat megváltoztatását, a bírság összegek csökkentését és a határozat rendelkező része IV. pontjának hatályon kívül helyezését, harmadlagosan az alperesi határozat megváltoztatását és annak megállapítását, hogy magatartásuk nem jogsértő, negyedlegesen a határozat hatályon kívül helyezését és az alperes új eljárásra kötelezését, valamint az alperes perköltségekben marasztalását kérték. A fellebbezés indokaként előadták, hogy az elsőfokú ítélet jogszabálysértő és iratellenes, sérti a Tpvt. 78. § (3) és (8) bekezdését, a Pp. 206. § (1) bekezdését, a 221. § (1) bekezdését, a 339/B. §-át, a Ket. 1. § (1) bekezdését, a 2. § (1) bekezdését és a 72. § (1) bekezdés *e*) pontjának *ec*) alpontját, valamint az Alaptörvény B) cikk (1) bekezdését és a XXIV. cikk (1) bekezdését. Az 1378/2005. számú közigazgatási elvi határozatra (Legfelsőbb Bíróság Kfv.I.35.108/2005/5) hivatkozva előadták, hogy az alperesi határozat rendelkező része oly mértékben pontatlan, hogy az nem teszi lehetővé az alperes szerint jogsértőnek minősülő magatartások egyértelmű meghatározását, a határozat rendelkező része és indokolása (93. és 113. pontok) nincs összhangban egymással, mindezek miatt jogszabálysértőnek minősül, érdemi bírósági felülvizsgálatra nem alkalmas és sérti a tisztességes eljáráshoz való jogot. E körben utaltak arra, hogy az elsőfokú bíróság ítéletében nem tért ki azokra a bizonyítékokra, amelyek az alperessel - a sajtóközleményével kapcsolatban, az „előtte-utána” fotók tárgyában - folytatott kommunikációra vonatkoztak. Az elsőfokú bíróság azon álláspontját is tévesnek tartották, amely szerint az „előtte-utána” képek a határozat rendelkező részében összefoglalt tartalmat hordozó üzenet részét képezték. Álláspontjuk szerint téves az elsőfokú bíróság és az alperes azon következtetése, hogy nem tettek eleget az Fttv. 14. §-a szerinti bizonyítási kötelezettségüknek a kereskedelmi kommunikációk valóságtartalmának igazolása kapcsán. Előadták, hogy benyújtották azokat a tanulmányokat, amelyek igazolták a jogsértőnek minősített állítások valós voltát, és az Ultherapy White Paper tekintetében hangsúlyozták, hogy az nemcsak egy tájékoztatás, hiszen 27 tanulmányra hivatkozik, amelyek mindegyike a felperesi kommunikációk előtt jelent meg. Változatlanul hivatkoztak a Fővárosi Törvényszék ítéletére, miszerint a tényállás igazolására még a bírósági eljárás során is lehetőség van, emellett sérelmezték, hogy az alperes jogszerűtlenül szabott ki bírságot figyelmeztetés alkalmazása helyett; okszerűtlen tényezőket, azaz eljárási bírságra okot adó körülményeket mérlegelt a figyelmeztetés kapcsán, és az elsőfokú bíróság is tévesen vonta le az okszerűtlen mérlegelés következményét. Az AB határozataira, valamint a Kúria Kfv.III.35.165/2015/5. számú határozatára utalva előadták, hogy az alperes eljárása sérti az ügyfélegyenlőség tisztességes eljárás elemét képező elvét, valamint hangsúlyozták, hogy az ügyfélegyenlőség elve tekintetében a joggyakorlat nem a teljes tényállás-azonosságot kívánja meg, hanem a releváns elemek azonosságát, amelyek jelen esetben a következők: a vállalkozások kis- vagy középvállalkozások, első esetben kerül megállapításra a

jogsértés, nem állnak fenn a figyelmeztetés alkalmazását kizáró, jogszabályban meghatározott esetek. Sérelmezték továbbá, hogy az alperes nem tartotta be a bírság kiszabásakor a Közleményben foglaltakat, nevezetesen azon előírásokat, amelyek szerint minden esetben mérlegelendő, hogy az ismert költségek mekkora aránya jelenti a kiinduló összeget, figyelembe veendő, ha az egyes reklámeszközök nemcsak jogsértő üzenetet tartalmaznak, és vizsgálendő, hogy a jogsértő tartalmak hangsúlyosan szerepeltek-e a kereskedelmi kommunikációkban vagy sem. Kúriai határozatokra hivatkozva állították, hogy a jelen esetben nem állt fenn olyan körülmény, amely lehetővé tette volna a Közleménytől való eltérést, továbbá az alperes a bírság kiszámításánál kiindulhat a jogsértő magatartás reklámköltségéből, azonban reklámkölségként csak az a ráfordítás vehető figyelembe, amely jogsértő magatartáshoz kapcsolódott. Az alperes korábbi gyakorlata is azt mutatja, hogy számos esetben vette figyelembe a bírságösszeg meghatározásánál, hogy az elmarasztalni kívánt reklámeszközök nemcsak jogsértő üzenetet tartalmaztak. A BH2017. K20. számú határozat 196. pontjára figyelemmel álláspontjuk szerint az elsőfokú ítélet jogsértő, mert nem állapította meg, hogy az alperes eltért a Közleménytől, illetve az eltérést nem indokolta és ezáltal az alperes megsértette a Ket. 72. § (1) bekezdés e) pontjának ec) alpontját és a Pp. 339/B. §-át. Véleményük szerint az elsőfokú bíróság azt sem vette figyelembe, hogy a bírságösszeg meghatározása körében a bizonyítás terhe nem a felpereseken, hanem az alperesen van, az alperes köteles feltárni a bírság jogszerű megállapításához szükséges tényállást. Álláspontjuk szerint az alperes nem a KGD2011. 96. számú határozat szellemében járt el, ugyanis a releváns költségek meghatározását nem segítette elő pontosan és világosan megfogalmazott kérdésekkel. Sérelmezték, hogy az alperes a bírság összegének megállapításakor olyan reklámok költségét is figyelembe vette, amelyek nem az alperesi határozat rendelkező részében megállapított jogsértés időtartama alatt kerültek közzétételre, hanem 2013. november 17-ét megelőzően. Vitatták az elsőfokú ítélet azon megállapítását, miszerint az adott újságok ugyan a vizsgált időszak előtt jelentek meg, azonban a reklámkampány részei voltak, hatásuk a megjelenés után is érzékelhető volt. Kifogásolták, hogy az alperes a bírság összegének meghatározásakor több bírságsökkentő körülményt nem vett figyelembe, így azt, hogy az I. rendű felperes huzamosabb ideje jogszerűen végzi a tevékenységét, a jogsértés elkövetésétől hosszabb idő telt el, a határozat meghozatalakor már több mint másfél éve nem folytatta a kifogásolt kereskedelmi gyakorlatot, a kifogásolt állítások komoly nemzetközi médiumokban is megjelentek, így a felperesek a klinikai tanulmányokon túlmenően „joggal bízhattak abban is, hogy ezen médiumok nem publikálnak valótlan állításokat”. E körben szintén hivatkoztak a bírói joggyakorlatra és a „Közigazgatási bírságok” vizsgálati tárgykörben született összefoglaló véleményre. A fentiek alapján - figyelemmel az Alaptörvény XXIV. cikkének (1) bekezdésére és az R) cikkének (3) bekezdésére, valamint az 5/2017. (III. 10.) AB határozat 15. és 16. pontjára, valamint a 6/1998. (III. 11.) AB határozatra - álláspontjuk szerint az alperes megsértette a felperesek tisztességes hatósági eljáráshoz való jogát.

Az alperes fellebbezési ellenkérelmében az elsőfokú ítélet helybenhagyását kérte, perköltséget igényelt. Álláspontja szerint határozatának rendelkező része az indokolással összhangban áll, a jogsértő kommunikáció üzenetét egyértelműen rögzíti. A felperesek nem tettek eleget az Fttv. 14. §-a szerinti bizonyítási kötelezettségüknek. A határozatnak a bírság összegét megállapító része is jogszerű, a Közleménytől eltérés nem áll fenn, a reklámköltségek megosztása nem volt indokolt, s bírságsökkentő tényezőket nem hagyott figyelmen kívül.

A felperesek fellebbezése nem alapos.

A másodfokú bíróság az elsőfokú ítélet jogszerűségét a Pp. 253. § (3) bekezdése szerint eljárva, az I. és a II. rendű felperesek fellebbezése, valamint az alperesi fellebbezési ellenkérelem keretei között vizsgálhatta felül. Ennek eredményeként megállapította, hogy az elsőfokú bíróságnak a Pp. 206. §-

ában foglaltaknak megfelelő, a rendelkezésre álló peradatokból levont jogi következtetési helytállóak és okszerűek, döntésével és annak indokolásával a másodfokú bíróság egyetértett.

Az elsőfokú bíróság a döntése alapjául szolgáló tényállást helyesen rögzítette, az alperes határozatát a kereseti kérelem érvrendszere mentén vizsgálta felül, ennek során a figyelmeztetés alkalmazása körében előadott telperesi érveket, a bírság kiszabása körében a bírságösszeg meghatározásakor mérlegelt szempontokra, a reklámkölttségként figyelembe vehető összegek megoszthatóságára, a Közleményben foglaltak érvényesülésének hiányára, valamint a bírságcsökkentő tételekre, az Fttv. 14. §-a szerinti igazolási kötelezettség közigazgatási eljárásban vagy utólag a peres eljárásban való teljesítésére vonatkozó felperesi hivatkozásokat megvizsgálta, a határozat tiltásra és beszámolásra vonatkozó rendelkezésének jogszerű voltát értékelte. Mindezek alapján helytállóan jutott arra a következtetésre, hogy a releváns jogszabályi rendelkezések alapján a felperesek kereskedelmi gyakorlatával szemben támasztott versenyjogi követelménynek (legyen igaz, valós és pontos, ezáltal ne legyen alkalmas a fogyasztói döntések tisztességtelen befolyásolására) a perbeli kezelés tárgyában folytatott felperesi kereskedelmi kommunikáció nem felelt meg; az Fttv. 14. §-a szerinti igazolási kötelezettségüknek a felperesek nem tettek eleget, így a jogsértő felperesi magatartás következményeként bírságot kiszabó alperesi határozat jogszerű.

A felperesek fellebbezésében az alperesi határozat ellentmondásossága körében kifejtett érveket az elsőfokú bíróság megvizsgálta, az általa kifejtett állásponttal a törvényszék egyetért. Az elsőfokú ítélet indokolása kellő megalapozottsággal rögzíti, hogy „a határozatból egyértelműen kiolvasható, hogy mely kommunikációk tekintetében állapította meg az alperes a jogsértést, és ezen kommunikációk milyen tartalmat hordoznak.” (elsőfokú ítélet 11. oldal 2. bekezdés). Az alperes határozatának 25., 93., 94. és 113. pontja alapján egyértelmű, hogy a határozat rendelkező részében megjelölt állítások a határozat 25. pontjában felsorolt és a határozat mellékletében tételesen megjelenített felperesi kereskedelmi kommunikációkban megjelenő szöveges és képi tartalmak fogyasztókhöz eljutó, jogsértő üzenetként azonosított tartalmának összefoglalása. A kereskedelmi kommunikációkban a szöveges és képi megjelenítések jogsértőként azonosított tartalmát az elsőfokú bíróság - az alperesi határozat 93. pontjában foglaltakkal egyezően - négy pontban foglalta össze, és az összefoglalásnak, valamint a határozat rendelkező részében megjelent állításnak, így az összefoglalt tartalmat hordozó üzeneteknek egyaránt a részét képezik nemcsak a szöveges üzenetek, hanem a határozat 113. pontja szerinti képi elemek is. A határozatból tehát a jogsértőnek minősített magatartások egyértelműen beazonosíthatóak. A határozat rendelkező része, indokolása és mellékletei egymásra épülnek, egymással logikus összefüggésben állnak, s a mellékletekben foglalt tartalmi megjelenítéseknek a határozat indokolásában kifejtett értékelése kellően megalapozottá teszi a határozat rendelkező részében foglaltak szerint összefoglalt tartalom alapján a jogsértés megállapítását. Mindezek alapján nem téves az elsőfokú bíróság azon álláspontja, hogy az „előtte-utána” képek is a határozat rendelkező részében összefoglalt tartalmat hordozó üzenet részét képezték, így a felpereseknek az elsőfokú ítélet iratellenességére, valamint az alperesi határozat belső ellentmondásosságára alapított hivatkozása nem foghatott helyt. A versenyfelügyeleti eljárásban feltárt tényállás alapján a perbeli kezelés tárgyában folytatott kereskedelmi kommunikáció valótlan állítások szöveges, illetve képi megjelenítésével alkalmas a fogyasztói döntések tisztességtelen befolyásolására, ezáltal jogsértő, ugyanakkor a tényállás valamennyi megvalósulási eleme nem jelenik meg a határozat rendelkező részében, a rendelkező rész a jogsértő tartalmat összefoglalóan tartalmazza, s a jogsértés tételes tartalma a határozat indokolásából és mellékleteiből egyértelműen beazonosítható, e szerkezeti felépítés miatt azonban a határozat nem minősíthető jogsértőnek. E vonatkozásban az alperes a fellebbezési ellenkérelmében helytállóan mutatott rá, hogy nincs jogszabályi kötelezettsége arra, hogy a határozat rendelkező részében tételesen ismertesse a konkrét kereskedelmi gyakorlatokat, a rendelkező részben a kereskedelmi

kommunikáció szöveges és képi tartalma alapján együttesen megállapítható, jogsértő üzenetet rögzíti.

A másodfokú bíróság a felperesek azon fellebbezési érvelése kapcsán, hogy az elsőfokú ítélet sérti a Pp. 206. § (1) bekezdését és a 221. § (1) bekezdését, mert nem tért ki a felperesek által becsatolt bizonyítékokra, hangsúlyozza, hogy a felperesek által e körben hivatkozott iratok (alperesi sajtóközlemény, a II. rendű felperes alperes felé intézett figyelemfelhívása és az alperes erre adott, 2016. december 16-án kelt válasza) mind az alperesi határozat bírósági felülvizsgálata, mind az elsőfokú ítélet elleni fellebbezés elbírálása szempontjából irrelevánsak, mivel nem alkalmasak sem a határozat, sem az elsőfokú ítélet jogsértő voltának igazolására, mindössze azt tükrözik, hogy a felperesek már a sajtóközlemény közzététele után megfogalmazták a per során is képviselt álláspontjukat. A sajtóközlemény és az alperes válasza az alperesi álláspontot, a II. rendű felperes alpereshez intézett figyelemfelhívása a felperesi álláspontot tükrözi, azonban valamelyik fél álláspontjának kifejezésre juttatása még nem támasztja alá azt, hogy az alperesi határozat szerinti döntés nem egyértelmű. A határozati döntés egyértelmű vagy kétséges voltát a határozat egészének (rendelkező részének, indokolásának és mellékletének) értelmezése alapján lehet megállapítani, amely értelmezést az elsőfokú bíróság az ítélet meghozatala során elvégzett, ennek következtetéseit az elsőfokú ítélet indokolásában (11. oldal második bekezdés) levonta. Mindemellett kiemelendő, hogy a sajtóközlemény, illetve a sajtóközleménnyel kapcsolatban az ellenérdekű felek közötti kommunikáció nem befolyásolja a határozat jogszerűségét. Erre figyelemmel a hivatkozott iratok elsőfokú bíróság általi értékelésének hiánya nem alapozza meg a Pp. 206. § (1) bekezdésének és a 221. § (1) bekezdésének a sérelmét.

A felperesek fellebbezésükben a Fővárosi Törvényszék 2.Kf.650.127/2015/5. számú ítéletére hivatkozva helytállóan mutattak rá arra, hogy a tényállás igazolására még a bírósági eljárás során is lehetőség van. A másodfokú bíróság e körben utal a Kúria EBH2017. K.32. számú elvi döntésében foglaltakra, amelyben a Kúria helyesnek értékelte azt a másodfokú bírósági álláspontot, hogy az Fttv. 14. §-a szerinti valóság igazolására a perben is sor kerülhet. Az elvi döntésben foglaltak szerint „Igaz ugyan, hogy az Fttv. 14. §-a szerint amennyiben állításai valóságát az eljárás során a fél igazolni nem tudja, úgy azt valótlannak kell tekinteni, ... azonban ezen törvényen alapuló vélelem a bírósági eljárás során utóbb megdönthető ...”. Erre figyelemmel valóban nincs akadálya annak, hogy a felperesek a valóság igazolását a perben végezzék el, e célból bizonyítékokat is becsatolhatnak, ugyanakkor a törvényszék kiemeli, hogy jelen perben a felperesek ilyen bizonyítást nem tettek, mindössze annak perbeli lehetőségére hivatkoztak. Az elsőfokú bíróság helyesen mutatott rá az ítéletében, hogy a Fővárosi Törvényszék ítéletére alapított felperesi hivatkozásnak nem volt jelentősége, mert a felperesek az Fttv. 14. §-a szerinti kötelezettségüknek utólag sem tettek eleget.

A felperesek az Fttv. 14. §-a szerinti valóság igazolására az alperes felhívására a versenyfelügyeleti eljárás során becsatoltak három iratot (az Ulthera System USA-ra vonatkozó FDA engedélyt, az Ultherapy White Paper megnevezésű dokumentumot, a gyártó által közölt fotókat tartalmazó angol nyelvű ismeretterjesztő anyagot). E bizonyítékok alperesi határozat 97-112. pontja szerinti értékelése vonatkozásában az elsőfokú bíróság valósághűen rögzítette, hogy a bizonyítékok alperesi értékelését a felperesek a perben nem tudták sikeresen megcáfolni, így alaptalan az a hivatkozásuk, hogy a bizonyítási kötelezettségüknek a valóságtartalom igazolása kapcsán eleget tettek volna. A fellebbezésben ténszerűen hivatkoztak arra, hogy az Ultherapy White Paper nemcsak egy tájékoztatás, hiszen több tanulmányra vonatkozik, ugyanakkor az elsőfokú ítélet megfogalmazása szerint az Ultherapy White Paper egy tájékoztatás. A törvényszék hangsúlyozza, hogy az elsőfokú bíróság ezen megfogalmazása az elsőfokú ítélet 13. oldal második bekezdése egészének tartalmát tekintve nyilvánvaló elírás, figyelemmel arra, hogy az elsőfokú bíróság az ítélet indokolásának ezen

részében a felperesek véleményére utal, a felperesek pedig éppen azt állították (elsőfokú ítélet 7. oldal második bekezdés), hogy az Ultherapy White Paper 27 hiteles klinikai tanulmányra hivatkozik, amely tanulmányokon alapuló felperesi hivatkozás kapcsán tett az elsőfokú bíróság megállapítást arra nézve, hogy „A kezeléshez kapcsolódó klinikai kísérletekről készült tanulmányokat tartalmazó link azonban nem nyitható meg, és ezen tanulmányokat a felperesek sem csatolták be. Mindezek alapján megállapítható, hogy klinikai tanulmányok, vizsgálati eredmények hiányában az Ultherapy működésével kapcsolatos hatásállítások valóságtartalma nem tekinthető bizonyítottnak,...”. Az elsőfokú ítélet indokolásának egészét és összefüggéseit tekintve tehát kétségtelen, hogy az Ultherapy White Paper-t nem pusztán egy tájékoztatásként, hanem akként vizsgálta az elsőfokú bíróság, hogy a hatásállítások valóságtartalma a felperesek által hivatkozott, az Ultherapy White Paper részét képező klinikai tanulmányok által alátámasztott-e. Az elsőfokú ítélet indokolása az elsőfokú bíróság értékelése előtt, még az alperesi megállapítások között azt is tartalmazza, hogy az alperes „Rögzítette, hogy az Ultherapy White Paper című dokumentáció egy tájékoztatás az adott technológiáról, termékről, módszerről, amely az amerikai gyártó cég www.ultherapy.com honlapjáról elérhető és az érdeklődő orvosok számára készült. Az egyes orvostechikai részek hivatkozásokkal vannak ellátva, amelyek azonban a tanulmányban említett orvosi kifejezésekhez kapcsolódó tanulmányok, de kifejezetten nem a vizsgált termékkel foglalkoznak.” (elsőfokú ítélet 4. oldal). A másodfokú bíróság megállapította, hogy ezt az alperesi határozati megállapítást a felperesek sem az elsőfokú, sem a fellebbezési eljárásban nem cáfolták. Általános tétel, hogy a reklám közzétételének időpontjában kell igazolni a termék (szolgáltatás) általános hatásának meglétét, a 27 klinikai tanulmányra hivatkozással a felperesek azonban nem igazolták, hogy ezek a klinikai tanulmányok konkrétan a perbeli kezeléssel foglalkoznak, annak hatását elemzik oly módon, hogy ezen elemzések alátámasztják, hogy a perbeli kezelés a kereskedelmi kommunikáció során a felperesek által állított hatás nyújtására képes. Az alperes következetes gyakorlata szerint a bizonyítékként figyelembe vehető klinikai tanulmányokkal kapcsolatban minimum követelményként fogalmazódik meg, hogy egy termék (jelen esetben szolgáltatás) vonatkozásában közzétett kereskedelmi kommunikációban alkalmazott állításokat olyan hiteles tanulmányokkal kell alátámasztani, amelyek közvetlenül az adott szolgáltatáshoz és az állítólagos hatáshoz vagy egyéb tulajdonsághoz kapcsolódnak. Önmagában az a tény, hogy az Ultherapy White Paper nem pusztán egy tájékoztatás, hanem klinikai tanulmányokat is magában foglaló dokumentáció, nem igazolja a perbeli kezelés felperesi kereskedelmi kommunikáció során állított hatásainak meglétét, ezáltal az Fttv. 14. §-a szerinti bizonyítási kötelezettséget a felperesek nem teljesítették, így e vonatkozásban az elsőfokú bíróság helytálló következtetésre jutott. Az alperes a határozatában a felperesek által benyújtott bizonyítékok alapján nem értékelte igazoltnak azokat az állításokat, amelyeket a perbeli kezelés kereskedelmi kommunikációja során kifogásolt, s az elsőfokú bíróság tényszerűen mutatott rá, hogy a felperesek az elsőfokú eljárásban kizárólag a saját véleményüket terjesztették elő az alperesi határozatban értékelt bizonyítékokkal kapcsolatban, de a véleményükben megfogalmazottakat nem igazolták.

Rámutat a törvényszék arra, hogy a felperesek bírósági határozatokra hivatkozva előadott azon érvelése, hogy az alperes jogszerűtlenül szabott ki bírságot figyelmeztetés alkalmazása helyett, az alperes okszerűtlen tényezőket, azaz eljárási bírságra okot adó körülményeket mérlegelt a figyelmeztetés kapcsán, s így az elsőfokú bíróság is tévesen vonta le az okszerűtlen mérlegelés következményeit, nem támasztja alá, hogy akár az alperes, akár az elsőfokú bíróság jogszabálysértést követett el. Az elsőfokú bíróság - a felperesek fellebbezésben foglalt kijelentése ellenére - nem tett olyan megállapítást, hogy az alperes okszerűtlenül mérlegelt egyes szempontokat, hanem azt rögzítette ítélete indokolásában, hogy „... az egyes tényezők kiragadása vezethet okszerűtlen mérlegeléshez, e szempontokat a maguk összességében kellett értékelni, melynek az alperes a Pp. 339/B. §-ának megfelelően eleget tett.”. Az alperes a határozat 136. pontjában

kifejezetten értékelte, hogy miért nem lehetett a felperesekkel szemben figyelmeztetést alkalmazni, az elsőfokú bíróság pedig úgy ítélte meg, hogy az alperes által értékelt szempontokból, így az eljárás során tanúsított magatartásból, az adott jogsértés feltárása kapcsán tanúsított együttműködésből vagy annak hiányából okszerű következtetés vonható le arra nézve, hogy az adott jogsértéshez fűzött figyelmeztetés és az azzal járó megfelelőségi program végrehajtása a bíróságot kiválthatja-e. A figyelmeztetés jogkövetkezmény alkalmazása tekintetében a Tpvt. mérlegelési lehetőséget biztosít az alperes számára, amely vonatkozásában az elsőfokú bíróság helytállóan állapította meg ítéletében, hogy a mérlegelés körébe vont szempontokból az alperes okszerű következtetést vont le.

Az ügyfélegyenlőség tisztességes eljárás elemét képező elvének sérelme körében kifejtett felperesi hivatkozás annyiban helyes, hogy a tényállás-azonosság nem a teljes tényállás azonosságát, hanem a releváns elemek azonosságát kívánja, ugyanakkor a másodfokú bíróság megjegyzi, hogy a releváns elemeket a felperesek hiányosan azonosították be, továbbá az általuk relevánsnak tekintett elemek (a vállalkozás kis- vagy középvállalkozás legyen, első esetben kerüljön megállapításra jogsértés, ne álljon fenn a figyelmeztetés alkalmazását a jogszabályokban meghatározottak szerint kizáró esetek valamelyike) azonossága sem áll fenn a felperesek által hivatkozott esetek kapcsán.

A Közleményben foglalt előírásoktól való eltérésre alapított felperesi hivatkozások kapcsán hangsúlyozandó - és ezt az elsőfokú bíróság az ítéletében is rögzítette -, hogy a reklámköltségek megosztása csak akkor történhet meg, ha a jogsértő magatartáshoz kapcsolódó reklámköltség a nem jogsértő magatartáshoz kapcsolódó költségektől elkülöníthető. Annak figyelembe vétele, hogy az elmarasztalni kívánt reklámeszközök nemcsak jogsértő üzenetet tartalmaznak, akkor lehetséges, ha a kereskedelmi gyakorlatban a jogsértő üzenet nem erőteljes. A felperesek kereskedelmi gyakorlatában a jogsértő üzenet erőteljes, hangsúlyos, így nem állt fenn a lehetősége az alperesnek arra, hogy a reklámköltségek megosztása alapján járjon el. Mivel a reklámköltségek megosztásának lehetősége nem állt fenn, így a megosztás elmaradása nem is eredményezi a Közleményben foglaltaktól való eltérést, így azt nem is kellett az alperesnek megindokolnia. ezáltal a Ket. 72. § (1) bekezdés e) pontjának ec) alpontját és a Pp. 339/B. §-át az alperes nem sértette meg. A másodfokú bíróság ezzel összefüggésben azt is kiemeli, hogy az alperesi Közleményhez semmilyen formában nincs kötve, mivel a bírósági felülvizsgálat jogszerűségi vizsgálatot - vagyis a törvényeknek való megfelelőség vizsgálatát - jelenti, így a bíróságnak a Tpvt. rendelkezései és a Pp. 339/B. §-a szerint kellett értékelnie a felperesek terhére rótt jogsértés miatt alkalmazott jogkövetkezményt. Az elsőfokú bíróság azáltal, hogy az ítéletben példaként mutatott be olyan esetet, amelyben fennáll a reklámköltségek megosztásának lehetősége, nem várta el a felperesektől, hogy számlával igazoltan elkülöníthető legyen a jogsértő reklám költsége a nem jogsértő reklám költségétől, a felperesek a fellebbezésben iratellenesen hivatkoztak arra, hogy az elsőfokú bíróság álláspontja szerint csak akkor megosztható a reklámköltség, ha a megosztás számlával igazolt. A felperesek alaptalanul kifogásolták azt is, hogy az alperes nem a KGD2011. 96. számú határozat szellemében járt el; fellebbezési ellenkérelmében tényszerűen mutatott rá, hogy a felperesek tisztában voltak azzal, hogy milyen kommunikáció vonatkozásában folyik az eljárás, tudták, hogy az alperes milyen adatokat kért a Vj/98/2015. számú ügyindító és a Vj/98-1/2015. számú adatkérő végzésben, ennek ellenére nem végezték el az általuk utólag szükségesnek tartott arányosítást. A Fővárosi Törvényszék e körben született iránymutató döntése alapján ha az alperes adatkérése egyértelműen az érintett reklámkampány költségére vonatkozott, a hatóságnak ezek után nem kötelessége visszakérdezni és azt ellenőrizni. Ha a megosztást/arányosítást az eljárás alá vont nem végezte el az adatok megadásakor, akkor később erre már nem hivatkozhat. A bíróságösszeg megállapítását az sem teszi jogszabálysértővé, hogy az alperes a határozat rendelkező részében megállapított jogsértés időtartama előtt, 2013. november 17-ét megelőzően közzétett reklámok költségeit is figyelembe vette. Ezzel összefüggésben az elsőfokú ítélet rögzítette, hogy a felperesek által sem vitatottan

ugyanazon reklámkampány részei voltak, az alperes a fellebbezési ellenkérelmében pedig arra mutatott rá, hogy a felperesek által hivatkozott reklámok csupán 2-3 nappal a jogsértés kezdeteként meghatározott időpont előtt jelentek meg, és a havonta megjelenő magazinok hatása nem vitathatóan a megjelenésük után pár nappal is érzékelhető. Ezeket a tényeket, körülményeket az elsőfokú bíróság az ítélet meghozatala során értékelte. az elsőfokú ítélet indokolásában kifejtettekkel a törvényszék egyetért.

A másodfokú bíróság a bírságcsökkentő körülmények figyelembe vétele mellett utal arra, hogy az egyes vállalkozások által tanúsított magatartásokat versenyjogi jelentőség szempontjából nemcsak súlyosító és enyhítő kategóriába lehet sorolni, hanem vannak olyanok is, amelyek jellege közömbös. Az elsőfokú bíróság az ítéletében kitért a felperesek által hivatkozott tényezőkre, és okszerű indokát adta annak, hogy azok miért nem értékelhetők bírságcsökkentő tényezőként (enyhítő körülményként).

Az elsőfokú ítélet részletes indokolást tartalmaz a tekintetben, hogy az alperes határozata a bírság kiszabását befolyásoló súlyosító és enyhítő körülményeket egyaránt figyelembe vette, összevetette és súlyozta azokat, mindez a határozat indokolásának 118-130. pontjából egyértelműen kitűnik. A bírságösszeg meghatározásának alapját a felperesi adatszolgáltatás képezte, ezáltal megalapozatlan és indokolatlan a felperesek ezzel kapcsolatos kifogása.

Okfejtéseik tehát nem támasztják alá a Tpv., az Fttv., a Pp. és a Ket. fellebbezésben hivatkozott rendelkezéseinek sérelmét, az alperes eljárása során nem állt fenn olyan jogszabálysértés, amelyet az elsőfokú bíróság az ítélet meghozatala során figyelmen kívül hagyott volna, úgyszintén olyan körülmény sem, amely a jogbiztonság sérelmét eredményezte volna.

A kifejtettekre figyelemmel a Fővárosi Törvényszék az elsőfokú bíróság ítéletét a Pp. 253. § (2) bekezdése alapján - az indokolás kiegészítésével - helybenhagyta.

A sikertelenül fellebbező felperesek az alperes másodfokú eljárásban felmerült költségeinek megfizetésére a Pp. 78. § (1) bekezdésében foglalt rendelkezés alapján kötelesek.

Az illetékekről szóló 1990. évi XCIII. törvény 39. § (1) bekezdése és a 46. § (1) bekezdése alapján megállapított mértékű fellebbezési illeték külön-külön történő megfizetésére a másodfokú bíróság - a jogalkotásról szóló 2010. évi CXXX. törvény 15. § (2) bekezdésére figyelemmel - a bírósági eljárásban alkalmazandó költségmentességről szóló 6/1986. (VI. 26.) IM rendelet 13. § (2) bekezdése alapján kötelezte a pereszes felpereseket.

Budapest, 2018. február 28.

dr. Rác Krisztina sk. a tanács elnöke,

dr. Banu Zsoltné dr. Szabó Judit sk. előadó bíró,

dr. Barabás Gergely sk. bíró