



GAZDASÁGI
VERSENYHIVATAL

VERSENYTANÁCS

Vj-60/2006/37.

A Gazdasági Versenyhivatal Versenytanácsa a **Magyar Gyógyszerész Kamara** eljárás alá vont vállalkozás ellen gazdasági versenyt korlátozó megállapodás miatt indult eljárásban - tárgyaláson kívül – meghozta az alábbi

v é g z é s t

A Versenytanács az eljárást megszünteti, egyben – vállalásával egyezően – arra kötelezi a Magyar Gyógyszerész Kamarát, hogy a Kamarai Etikai Kódex-ből törölje az alábbi részleteket:

- a VI. fejezet 1. pont második mondatát: „Nem megengedett, hogy a gyógyszerész egyes betegek, illetve intézmények számára különféle előnyöket biztosítson gyógyszerforgalmának növelése érdekében.”;
- a VI. fejezet 6. pont nyolcadik francia bekezdéséből a „vagy más gyógyászati célú termékek” szövegrészt,

továbbá – szintén vállalásával egyezően – kötelezi arra is, hogy ezen rendelkezéseket azok törlésének Küldöttközgyűlése általi elfogadásáig sem alkalmazhatja.

A végzés ellen a Magyar Gyógyszerész Kamara számára a kézbesítéstől számított nyolc napon belül a Fővárosi Bírósághoz címzett, de a Gazdasági Versenyhivatalnál benyújtandó keresettel élhet.

I.

Az eljárás megindítása

- 1) A Gazdasági Versenyhivatal 2006. május 5-én a tisztességtelen piaci magatartás és a versenykorlátozás tilalmáról szóló 1996. évi LVII. törvény (a továbbiakban: Tpv.) 67. § (1) bekezdése és a 70. § (1) bekezdése együttes alkalmazásával versenyfelügyeleti eljárást indított a Magyar Gyógyszerész Kamara (a továbbiakban: Kamara) ellen annak vizsgálatára, hogy sértik-e a Tpv. 11. §-ának, illetve az Európai Közösséget létre hozó szerződés (a továbbiakban: EKSz.) 81. cikkének rendelkezéseit „a Kamara Etikai Kódexében foglalt, az egyes gyógyszertárak marketing tevékenységét korlátozó szabályok (illetőleg a Kamara általi értelmezésük)”.
- 2) A Gazdasági Versenyhivatal 2006. szeptember 28-án 9. sorszámú végzésében az eljárást kiterjesztette „a Kamara által tanúsított
 - a) a gyógyszertárak szolgálati idejének és az ügyeletes gyógyszertárak számának, illetőleg egyéb szolgáltatások csökkentésének összehangolására, illetve ezek elősegítésére;
 - b) a gyógyszertár alapítás, gyógyszertár áthelyezés, személyi jog engedélyezése tárgyában a kamarai egyetértési jogkör gyakorlására;
 - c) a kamara által folytatott más, valószínűsíthetően versenykorlátozó gyakorlatokra.”
- 3) A Gazdasági Versenyhivatal 2006. október 27-én 17. sorszámú végzésében a 9. sorszámú végzés fenti c) pontját az alábbiak szerint módosította:

„c) a kamara által szervezett reklámtevékenységre, amellyel korlátozhatja a kamarai tagok – reklámtevékenysége során őket egyébként őket megillető – önálló döntéshozatali jogát, illetve a Kamara valószínűsíthetően összehangolja a gyógyszertárak gazdasági érdekeit a reklámtevékenységgel érintett piacok keresleti (különösen reklámszolgáltatások közös megrendelésének szervezése), illetve kínálati (különösen reklámhelyek) közös értékesítésének szervezése oldalain.”

- 4) A Gazdasági Versenyhivatal az ügyintézési határidőt a Tpvt. 63. § (6) bekezdése alapján száznyolcvan nappal meghosszabbította.
- 5) A Gazdasági Versenyhivatal a 28. sorszámú végzésével az eljárást annak 2) és 3) pont szerinti részében a Tpvt. és az EKSZ. tekintetében is megszüntette, ezért a jelen végzés kizárólag az 1) pontra terjed ki.

II.

A tényállás

A Kamara

- 6) A Magyar Gyógyszerész Kamaráról szóló 1994. évi LI. törvény (a továbbiakban: Katv.) 1. § (1) bekezdése¹ szerint a Kamara a gyógyszerészek szakmai, érdekképviseleti és önkormányzati köztestülete. A Kamara kettős funkciót tölt be, egyrészt közfeladatokat ellátó köztestület, másrészt önszabályozó szakmai szervezet. Ez utóbbi szerepéből adódóan törvényes felhatalmazása van arra, hogy tagjaira vonatkozóan különféle kötelező szabályokat alkosson.
- 7) A Kamara feladatait a megyékben és a fővárosban működő területi szervezetei, valamint országos szervezete útján látja el. A Kamara országos szervei és területi szervezetei jogi személyeknek minősülnek. A Kamara legfőbb képviseleti szerve a területi szervezetek választott küldötteiből álló Küldöttközgyűlés, melynek kizárólagos hatáskörébe tartozik többek között az Alapszabálynak, a gyógyszerészi tevékenység etikai szabályainak, valamint az etikai-fegyelmi szabályzatnak a megalkotása és módosítása, az etikai-fegyelmi bizottság megválasztása (Katv. 2. § (2) bekezdés a) pont).
- 8) Gyógyszerészi diplomához kötött tevékenységet csak kamarai tag végezhet (Katv. 16. § (1) bekezdés). Nem lehet kamarai tag, aki olyan tevékenységet folytat, ami jogszabály, illetőleg a Kamara etikai-fegyelmi szabályzatába foglalt gyógyszerészeti etikai szabályok a gyógyszerészi tevékenységgel összeférhetetlennek minősítenek

¹ Itt és a végzés további részeiben a Katv-ra és más jogszabályokra történő hivatkozás (az időbeli hatály külön feltüntetésének hiányában) azok 2006. év végéig hatályos rendelkezéseire vonatkozik.

(Katv. 15. § (4) bekezdés b) pont). Kamara végső esetben kizárhatja a tagok sorából (Katv. 25. § (1) bekezdés a) pont), ezáltal az adott szakma folytatását lehetetlenné téve a szabálysértő tag számára.

- 9) Az etikai-fegyelmi eljárás lefolytatására első fokon a gyógyszerész tevékenységének helye szerint illetékes területi szervezet etikai-fegyelmi bizottsága jogosult (Katv. 22. § (1) bekezdés). Határozatával szembeni fellebbezést a Kamara országos etikai-fegyelmi bizottsága bírálja el (Katv. 23. § (2) bekezdés), melynek határozatára a közigazgatási határozatokra vonatkozó szabályokat kell megfelelően alkalmazni (Katv. 23. § (4) bekezdés).
- 10) A Kamara működése felett az egészségügyi miniszter gyakorol törvényességi felügyeletet. Ebben a jogkörében ellenőrzi, hogy az Alapszabály jogszerű-e, továbbá más kamarai szabályzatok, illetve a kamarai szervek és tisztségviselők határozatai nem sértik-e a jogszabályokat, illetve az Alapszabályt. Törvényességi felügyelete nem terjed ki az olyan ügyekre, amelyekben munkaügyi vitának, illetőleg egyébként bírósági vagy államigazgatási eljárásnak van helye.

Az Etikai Kódex

- 11) A Katv. 2. § (2) bekezdés szerinti etikai szabályokat Kamara Etikai Kódexe tartalmazza. A vizsgálat tárgyát jelentő marketing tevékenység körében a Kamara Küldöttközgyűlése által 2004. november 27-én elfogadott Etikai Kódex „V. Reklám és Hirdetés”, valamint „VI. A tisztességtelen gazdasági tevékenység tilalma” fejezetei fogalmazznak meg etikai normákat.
- 12) Az V. fejezet 1. pontja egyértelműen rögzíti, hogy „etikai szempontból a gyógyszerészi tevékenység hirdetése megengedett”. Etikai vétségnek csak a jogszabálysértő, illetve a betegek kiszolgáltatottságára építő vagy az orvosok és gyógyszerészek becsülete és tekintélye ellen irányuló reklámokat minősíti.
- 13) A VI. fejezet a marketing tevékenységgel összefüggésbe hozhatóan az alábbi rendelkezéseket tartalmazza.
- a) Az 1. pontja szerint „A beteg alapvető joga a szabad gyógyszertár-, illetve gyógyszerész-választás. Nem megengedett, hogy a gyógyszerész egyes

betegek illetve intézmények számára különféle előnyöket biztosítson gyógyszerforgalmának növelése érdekében. A gyógyszerész ne alkalmazzon olyan tisztességtelen eszközöket, amelyek a beteget, a vásárlót arra készítetik, hogy vásárlásait kizárólag egy adott gyógyszerértékben bonyolítsa le.”

- b) A 2. pontja szerint „A gyógyszerész kizárólag szakmai felkészültségével, a beteg irányában tanúsított etikus magatartásával, pontos és hatékony tevékenységével nyerheti el a beteg bizalmát”
- c) A 6. pontjának hetedik bekezdése szerint „Nem megengedett...a betegek, a vásárlók számára árengedményeket kínálni, valamint ajándékkal, ráadással, vásárlási utalvánnyal, vagy bármilyen más előny felkínálásával ösztönözni, előmozdítani a gyógyszerek, vagy más, támogatott, gyógyászati célú termékek értékesítését, forgalmának növelését.”

14) A Kamara Küldöttközgyűlése 2005. november 26-án úgy módosította az Etikai Kódex VI. fejezet 6. pontjának hetedik bekezdését (lásd 13c) pont), hogy helyébe hetedik és nyolcadik bekezdésként az alábbiak léptek:

„Nem megengedett...

- a betegek, a vásárlók számára árengedményt kínálni, valamint ajándékkal, ráadással vásárlási utalvánnyal, vagy bármilyen más, előny felkínálásával ösztönözni, előmozdítani a közfinanszírozásban részesülő gyógyszerek, vagy más, támogatott, gyógyászati célú termékek értékesítését, fogalmának növelését (a továbbiakban: hetedik bekezdés);
- továbbá nem megengedett a betegek, a vásárlók számára ajándékkal, ráadással, vásárlási utalvánnyal, vagy bármilyen más előny felkínálásával ösztönözni, előmozdítani a közfinanszírozásban nem részesülő gyógyszerek vagy más gyógyászati célú termékek értékesítését, fogalmának növelését” (a továbbiakban: nyolcadik bekezdés).

Az Etikai Szabályzat értelmezése a gyakorlatban

15) A Kamara Országos Etikai-Fegyelmi Bizottsága határozataiban – egyebek mellett – az alábbi megállapításokat tette.

a) 3/2006. (III.07.) számú határozat.

Az Etikai Kódex VI. 1. pontjának második mondata arról szól, hogy „nem megengedett, hogy a gyógyszerész egyes betegek számára különféle előnyöket

biztosítson forgalmának növelése érdekében.” A 2. pont pedig arról szól, hogy „a felkészültségével, a beteg irányában tanúsított etikus magatartásával, pontos és hatékony tevékenységével nyerheti el a beteg bizalmát”.

Ezen korlátozás – de a jelenleg hatályos nevesített ajándékozási korlátozás is – szabályozási alapja az, hogy a gyógyszertárak létesítése és működése törvény és más jogszabály által korlátozott, illetve ezen a területen a piacra lépés nem teljesen szabad. Ezért a piaci verseny szabályai is csak korlátozottan alkalmazhatóak. Csak szigorúan meghatározott feltételekkel lehet például árengedményt adni, vagy másfajta olyan előnyt kínálni, amely egyik vagy másik gyógyszertárat indokolatlanul piaci lépéselőnyhöz juttatná.

A gyógyszertár által folytatott ajándékozási gyakorlat – bármilyen csekély értékű is – sérti a fenti rendelkezéseket, ellenkezik a gyógyszerész-etikai normákkal. Előny biztosítását jelenti egyes betegek számára, másrészt a tényleges ajándékozás esetén a gyógyszertár már nem „kizárólag szakmai felkészültségével nyerheti el a beteg bizalmát”. A beteg ilyen esetekben már a szerint választ gyógyszertárat, hogy ott kap-e ajándékot (árumintát) vagy nem.

b) 4/2006. (III.07.) számú határozat.

Az Etikai Kódex VI. 1. pontjának második mondata arról szól, hogy „nem megengedett, hogy a gyógyszerész egyes betegek számára különféle előnyöket biztosítson forgalmának növelése érdekében.” A 2. pont pedig arról szól, hogy „a gyógyszerész kizárólag szakmai felkészültségével, a beteg irányában tanúsított etikus magatartásával, pontos és hatékony tevékenységével nyerheti el a beteg bizalmát”.

Ezen korlátozás – de a jelenleg hatályos nevesített ajándékozási korlátozás is – szabályozási alapja az, hogy a gyógyszertárak létesítése és működése törvény és más jogszabály által korlátozott, illetve ezen a területen a piacra lépés nem teljesen szabad. Ezért a piaci verseny szabályai is csak korlátozottan alkalmazhatóak. Csak szigorúan meghatározott feltételekkel lehet például árengedményt adni, vagy másfajta olyan előnyt kínálni, amely egyik vagy másik gyógyszertárat indokolatlanul piaci lépéselőnyhöz juttatná.

A gyógyszertár által folytatott ajándékozási gyakorlat – bármilyen csekély értékű is – sérti a fenti rendelkezéseket, ellenkezik a gyógyszerész-etikai normákkal. Előny biztosítását jelenti egyes betegek számára, másrészt a tényleges ajándékozás esetén a gyógyszertár már nem „kizárólag szakmai felkészültségével nyerheti el a beteg

bizalmát”. A beteg ilyen esetekben már a szerint választ gyógyszertárat, hogy ott kap-e ajándékot (árumintát) vagy nem.

c) 6/2006. (V.30.) számú határozat.

Minden olyan magatartás, tárgyasult dolog, amely túlmutat a gyógyszerésznek az etikai Kódex VI. fejezet 2. pontjába foglalt szakmai felkészültségén és etikus magatartásán, valamint a pontos és hatékony tevékenységén, és amely alkalmas a betegek, vásárlók bizalmának megnyerésére, az etikai normába ütközik.

Függetlenül attól, hogy például verbális „rábeszélés” valamely termék megvásárlására, vagy tárgyasult dolog ajándékozásának (tehát térítés nélküli juttatásnak) tekinthető. Ezzel összhangban van a VI. fejezet 6. pontjának az ajándék tiltására vonatkozó rendelkezése. Tehát helyesen értelmezte az elsőfokú bizottság az idevágó rendelkezést.

Tehát az etikailag kifogásolt magatartás – ajándék, vagy áruminta adása betegeknek, vásárlóknak – több etikai normába is ütközik, hozzáátéve, hogy az etikai Kódex preambuluma kimondja, a kódex csak a lényeges etikai elveket és szabályokat rögzíti, nem foglalja írásba a gyógyszerésztől elvárható valamennyi etikai magatartási normát. Azaz, az eljáró bizottság megítélésére van bízva, hogy egy adott magatartás sérti-e az elvárható etikai normát.

A gyógyszerekhez kapcsolódó marketing tevékenység állami szabályai

16) A kötelező egészségbiztosítás ellátásairól szóló 1997. évi LXXXIII. törvénynek (2005. júliusáig) hatályos 21. § (4) bekezdése szerint „Támogatott termékek és szolgáltatások körében tilos minden olyan eladásösztönző eszköz vagy módszer alkalmazása, amely adott támogatott termék vagy szolgáltatás igénybevételére ösztönzi a végső fogyasztókat. Ilyennek minősül különösen az igénybe vevők, jogosultak felé irányuló bármilyen közvetlen vagy közvetett reklámozás, ajándékozás, ráadások, vásárlási utalványok adása, a térítési díjak közvetlen vagy közvetett átvállalása vagy bármilyen más előny felkínálása, nyújtása a termék gyártói, forgalmazói, vagy a szolgáltatás nyújtói részéről.”

17) A gyógyszertárak létesítéséről és működésük egyes szabályairól szóló 1994. évi LIV. Törvény (a továbbiakban: Gytv.) 13. § alapján:

- a 2005. november 1-ig hatályos szabályozás szerint:

„13. § (1) A közforgalmú gyógyszertár a gyógyszer fogyasztói árából a (2) bekezdésben meghatározott esetek kivételével engedményt nem adhat.

(2) A közforgalmú gyógyszertár a gyógyszer fogyasztói árából - legfeljebb a kiskereskedelmi árréssel azonos mértékű - engedményt csak az intézeti gyógyszertárral nem rendelkező közvetlen betegellátást végző fekvőbeteg gyógyintézet részére adhat.”

- a 2005. november 1-től hatályos szabályozás szerint:

„13. § (1) A gyógyszertár a közfinanszírozásban részesülő gyógyszer közfinanszírozásának alapjául szolgáló összeg, valamint a támogatás mértéke szerint számított térítési díjától a biztosítottak történő kiszolgáltatás során nem térhet el.

(2) A gyógyszertár a közfinanszírozásban nem részesülő gyógyszer fogyasztói áráról a gyógyszer tényleges beszerzési ára alapján az árak megállapításáról szóló 1990. évi LXXXVII. törvény rendelkezései szerint dönt, érvényesítve a beszerzési ár kialakítása során általa igénybe vett árkedvezményeket is.”

18) A gazdasági reklámtevékenységről szóló 1997. évi LVIII. törvényben (a továbbiakban: Grtv.) értelmében tilos a vényköteles, valamint a kizárólag fekvőbeteg-gyógyintézeti felhasználásra engedélyezett, valamint a kizárólag orvosi rendelők, gondozóintézetek által beszerezhető gyógyszerek, továbbá az társadalombiztosítási támogatással rendelhető gyógyászati segédeszközök, szolgáltatások reklámozása – kivéve a gyógyszerismertetést. A Grtv. 10. § alapján az embergyógyászati célra szánt, gyógyszertárból vény nélkül kiadható gyógyszerek, gyógyszernek nem minősülő gyógyhatású készítmények reklámozása bizonyos feltételeknek való megfelelés esetén engedélyezett. A Grtv-ben kapott felhatalmazás alapján a szabályozás részletszabályait az emberi felhasználásra kerülő gyógyszerek, gyógyszernek nem minősülő gyógyhatású készítmények reklámozásáról és ismertetéséről szóló 64/2003 (X. 31.) ESzCsM rendelet tartalmazza. E jogszabály értelmében tilos a betegnek, fogyasztónak olyan ajándék átadása, amely egy adott, gyógyszertárból kizárólag orvosi rendelvényre kiadható gyógyszertermék vagy -csoport felhasználására ösztönöz, vagy azt feltételül szabja.

19) A rádiózásról és televíziózásról szóló 1996. évi I. törvény 13. §-a alapján nem szabad közzé tenni – többek között – kizárólag orvosi rendelvényre igénybe vehető gyógyszert, továbbá gyógyászati eljárást népszerűsítő, ismertető reklámot.

A gyógyszerértékesítés egyes sajátosságai

20) A gyógyszertárakban tevékenységet végző gyógyszerészek (akik a 8) pontban foglaltak szerint kizárólag kamarai tagok lehetnek) két csoportra oszthatók:

- a jellemzően munkavállalóként, alkalmazottként tevékenykedő gyógyszerészekre; valamint
- a gyógyszertárat tulajdonló, illetve ténylegesen vezető (személyi jogos) gyógyszerészekre, akik általában az egyes gyógyszertárakkal kapcsolatos döntések, így a gyógyszertárak piaci magatartását meghatározó döntések meghozatalára jogosultak és képesek.

21) A gyógyszerek a fogyasztók (betegek) részére csak gyógyszertárban értékesíthetők (Gytv. 12. § (1) bekezdése). A Gytv. 2. § a-d) pontjai szerint a gyógyszertáraknak típusai a következők:

- Közforgalmú gyógyszertár (a betegek közvetlen és teljes körű gyógyszerellátását biztosító intézmény).
- Fiókgyógyszertár (ha a településen nincs közforgalmú gyógyszertár, működtetésére közeli településen működő gyógyszertárat működtető gyógyszerész kaphat engedélyt, de kettőnél több fiókgyógyszertár csak a Kamara egyetértése esetén működtethető).
- Intézeti gyógyszertár (fekvőbeteg gyógyintézetben, állategészségügyi intézményben, csak az ott ápoltak ellátása céljából).
- Kézigyógyszertár (házi orvos, állatorvos működtetheti meghatározott személyre és területre vonatkozó engedély alapján, amennyiben a területen nincs közforgalmú gyógyszertár; mivel a működtető orvos vagy állatorvos, gyógyszerészi végzettség és MGYK tagság nem szükséges).

22) Fogyasztók (végső felhasználók) részére a gyógyszer-értékesítés jellemzően közforgalmú gyógyszertárakban, vagy ezektől nem független fiókgyógyszertárakban történt a vizsgált időszakban. Az intézeti gyógyszertárak – az ún. zártforgalmú részlegek kivételével – nem szolgálnak ki gyógyszert a fogyasztók részére, házi orvosok által fenntartott kézigyógyszertárak jelentősége pedig marginális.

23) Jelenleg Magyarországon több mint kétezer közforgalmú gyógyszertár működik. Ezekben a gyógyszereken és egyéb a gyógyászathoz kapcsolódó termékeken (gyógyászati segédeszközök) kívül kizárólag külön jogszabályban meghatározott termékek (gyógyszernek nem minősülő gyógyhatású termékek, különleges táplálkozási igényt kielégítő termékek, étrend-kiegészítők, cukorkák, kozmetikumok, higiéniai cikkek, egészségmegőrzéssel kapcsolatos kiadványok, rovar- és rágcsálóirtók, stb.) értékesíthetők. A gyógyszertárak forgalmának túlnyomórésze (mintegy 85 százaléka) a gyógyszerek forgalmából adódik.

24) A Gytv. rendelkezései szerint az új gyógyszertár létesítésére (Gytv. 4. §), illetve áthelyezésére (Gytv. 6. §) irányuló kérelemről az Állami Népegészségügyi és Tisztiorvosi Szolgálat Országos Tisztiorvosi Hivatala (a továbbiakban: OTH) – a Kamara egyetértésével – hoz közigazgatási határozatot. A közforgalmú gyógyszertárak engedélyezésekor figyelembe veendő szempontokat a Gytv. 5. § rögzíti, mely szerint:

- (1) „Olyan településen, ahol nem működik közforgalmú gyógyszertár, annak létesítése – ha e törvény másként nem rendelkezik – akkor engedélyezhető, ha a településnek legalább ötezer lakosa van.
- (2) Az (1) bekezdésben megjelölnél kisebb lakosságszámú településen, valamint a (3) bekezdés *a*) pontjában említettél kevesebb lakos esetén is – a közlekedési, idegenforgalmi és egyéb helyi viszonyok, valamint a szomszédos települések lakosságszámának figyelembevételével – engedélyezhető közforgalmú gyógyszertár létesítése.
- (3) Olyan településen, fővárosi kerületben, ahol már működik közforgalmú gyógyszertár, új közforgalmú gyógyszertár létesítése akkor engedélyezhető, ha
 - a*) a létesítendő közforgalmú gyógyszertárral együtt valamennyi közforgalmú gyógyszertárra átlagosan legalább ötezer lakos jut, és
 - b*) a meglévő közforgalmú gyógyszertárak bejárata és az újonnan létesítendő közforgalmú gyógyszertár bejárata között százezer lélekszámot meghaladó városokban 250 méter, egyéb településeken legalább háromszáz méter távolság van. A meglévő és az újonnan létesített közforgalmú gyógyszertárak közötti legkisebb távolságon a közúton történő megközelítéshez szükséges legrövidebb utat kell érteni. A meglévő és az újonnan létesítendő közforgalmú gyógyszertár közötti

távolságra vonatkozó előírástól az OTH – a Kamara egyetértésével – eltérhet.

- (4) Az új közforgalmú gyógyszertár működési körzetét a személyi jogra, címét a létesítésére kiadott engedélyben kell meghatározni.”

III.

A Kamara álláspontja az eljárás vizsgáloi szakaszában

Az Etikai Kódex egyes rendelkezései

VI. fejezet 1. pont 2. mondat

25) A Kamara hivatkozott arra, hogy a VI. fejezet 1. pont második mondatában foglalt rendelkezés (lásd 13a) pont) olyan, a gyógyszerek kiszolgálásával kapcsolatban a betegeknek adott előnyökre vonatkozó általános korlátozásnak minősül, amelyet tartalommal a VI. fejezetben megfogalmazott további és konkrétabb rendelkezések, elsősorban a VI. fejezet 6. pont 7-8. bekezdéseiben foglalt tilalom töltik ki tartalommal. A tilalom tehát kifejezetten és kizárólag a betegek, vásárlók számára nyújtott és a vonatkozó jogszabályok által is tiltott előnyök (így ajándék, vásárlási utalvány, ráadás vagy más olyan előny, ami a gyógyszerek, gyógyászati termékek értékesítését, forgalmának növelését mozdítja elő) nyújtásának tilalmára korlátozódik.

26) Állította, hogy a Kamara soha nem értelmezte úgy a VI. fejezet 1. pont második mondatát, miszerint az a Gazdasági Versenyhivatal (a Kamarának az Etikai Kódex, mint gazdasági versenyt korlátozó megállapodás nemleges megállapítására irányuló kérelmére hozott) Vj-93/2004. sz. határozatának 13) pontjában foglalt előnyök, többlet-szolgáltatások nyújtását tiltaná, így például "a házhoz szállítás felkínálása a fekvőbetegeknek, vagy a szociális otthonokban lakó embereknek, de nem minden vásárlónak".

27) Arra nézve, hogy a hatályos Etikai Kódexben miért szerepel a Vj-93/2004. számú eljárásban a kérelem tárgyát képező tervezett megállapodásban (Etikai Kódexben) nem szereplő 2. mondat, hivatkozott arra, hogy a Küldöttközgyűlésnek, mint a Kamara legfőbb döntéshozó szervének megítélése szerint az Etikai Kódex VI. fejezet

1. pont második mondata nem tartalmaz többlet tilalmat a Vj-93/2004. számú határozatban nem kifogásolt VI. fejezet 6. pontnak az elfogadáskor hatályos hetedik bekezdésében foglalt rendelkezéshez képest.

VI. fejezet 2. pont

28) Hivatkozott arra a Kamara, hogy a VI. fejezet 2. pontjában (lásd 13b) pont) használt „bizalom” kifejezés, ideértve természetesen a beteg gyógyszerészbe vetett bizalmát is, nem piaci kategória, azt tehát sem promócióval nem lehet elnyerni, sem pedig egyéb módon megvásárolni nem lehet. Ténykérdés, hogy a gyógyszerész a beteg bizalmát "kizárólag szakmai felkészültségével, a beteg irányában tanúsított etikus magatartásával, pontos és hatékony tevékenységével nyerheti el". Egyértelmű, hogy a beteg csak abba a patikába fog betérni, illetve ahhoz a gyógyszerészhez fog fordulni, akiben megbízik. A fenti rendelkezés így éppen a gyógyszertárak (gyógyszerészek) közötti, felkészültségen alapuló szakmai verseny erősítését célozza.

VI. fejezet 6. pont

29) A VI. fejezet 6. pont 2005. novemberéig hatályos hetedik bekezdése (lásd 13c) pont) tekintetében előadta, hogy arra vonatkozik a Vj-93/2004. számú határozat szerinti nemleges megállapítás.

30) Hivatkozott arra, hogy a 2005. novembere után hatályba lépett hetedik és nyolcadik bekezdések (lásd 14) pont) - az időközben történt jogszabályi változásokra tekintettel – úgy pontosították a fenti tilalmat, hogy a nem támogatott gyógyszerek vagy más gyógyászati termékek esetében már nem tiltják árengedmény nyújtását, ami kevésbé szigorú rendelkezés, mint az addigi.

Más jogszabályok szerepe

31) A Kamara álláspontja szerint az Etikai Kódex, követve a vonatkozó jogszabályok rendelkezéseit és szellemét, elsősorban objektív szakmai szempontok miatt tiltja a betegeknek a gyógyszer-vásárlásaikkal összefüggésben előny átadását. Nyilvánvaló ugyanis az a jogalkotói szándék, miszerint a fokozott és indokolatlan gyógyszer-fogyasztást eredményező gyógyszer-promóciót korlátok közé kell szorítani, bizonyos

formáit egyenesen tiltani kell. A gyógyszer ugyanis olyan sajátos termék, amelyre az embernek az egészsége helyreállítása érdekében van szüksége, így kereskedelmére nem érvényesülhetnek pusztán piaci szempontok (lásd 677/B/1995 AB határozat, 799/B/2001 AB határozat, 1062/E/1998 AB határozat).

32) Állította, hogy az Etikai Kódexnek a gyógyszerek reklámozásával kapcsolatos szabályai a jogszabályokkal összhangban vannak, azokon nem terjeszkednek túl, továbbá a jogszabályok nemcsak keretszabályozást tartalmaznak, hanem részletesen meghatározzák a promóció korlátait, ezáltal nem hagyva autonóm döntési teret a Kamarának. Márpedig, ha a Kamara (mint köztestület) által alkalmazott szabályok az állami normákkal összhangban vannak, azokat képezik le, a szabályokat megalkotó szerv a versenyjogi szabályok megsértése miatt nem vonható felelősségre. Ilyen esetben, amennyiben a versenyhatóság úgy ítéli meg, hogy a tagállami szabályozás (és ezzel együtt a köztestületi norma) alkalmas lehet a piaci verseny korlátozására vagy torzítására, és mint ilyen az EKSz. 3. cikk (1) bekezdés g) pontjába, valamint a 10. cikk (2) bekezdésbe ütközik, a versenyhatóság a tagállam ellen kezdeményezheti Bizottsági vizsgálat lefolytatását az EKSz. 226. cikke alapján.

A közérdek szerepe (Wouters-kivétel)

33) Hivatkozott az ún. Wouters-kivételre², mely alapján, ha van egy közérdekű cél és a döntést meghozó szerv ésszerűen gondolhatta, hogy annak elérését szolgálják bizonyos, szükséges versenykorlátozások, akkor ezek a versenykorlátozások nem esnek az EKSz. 81. cikk (1) bekezdésének (és ezzel együtt a Tpv. 11. § (1) bekezdésének) tilalma alá.

34) Állította, hogy még ha esetlegesen meg is állapítható bizonyos versenykorlátozás az Etikai Kódex vizsgálat által kifogásolt rendelkezéseivel kapcsolatban, a versenykorlátozás minenképpen a Wouters-kivétel alá esik a következők szerint:

- a) Az Alkotmánybíróság több határozatában (lásd 31) pont) is kifejtette, hogy a gyógyszer sajátos termék, amelynek kereskedelmére nem pusztán piaci szempontok érvényesülnek. Míg a gyártók és a kereskedők általában és alapvetően piaci szempontokat követnek, addig a forgalmazás és értékesítés

² J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh és Price Waterhouse Belastingadviseurs BV kontra Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten (továbbiakban Wouters ügy) [EBHT 2002., I-1577. o., 97. pont]

során nem hagyható figyelmen kívül az, hogy a gyógyszerre a betegnek az egészsége érdekében van szüksége. A gyógyszerekre vonatkozó szabályozás azt is figyelembe veszi, hogy a gyógyszerekkel kapcsolatos kiadások jelentős részét a társadalombiztosítás, illetve a központi költségvetés fedezi, azaz a szabályozás során a járulékfizetők és az adófizetők érdekeit is figyelembe kell venni. Az egészségügyi intézmények és az orvosi ellátás működéséhez kapcsolódik a gyógyszerforgalom biztonságának és a gyógyszerellátás stabilitásának állami garantálása. Az előzőekre tekintettel – a Kamara álláspontja szerint – egyértelmű, hogy a gyógyszerészek és a Kamara által szem előtt tartandó közérdek elsődlegesen a betegek egészséghez fűződő joga, továbbá a gyógyszertári hálózat stabilitásának fenntartása is fontos közérdek, melynek sérülése a gyógyszerforgalom biztonságát veszélyeztetné és ezzel együtt más alapvető jogok, így az egészséghez való alkotmányos jog csorbulásához is vezetne.

- b) A Kamara álláspontja szerint az előzőekből az is következik, hogy az Etikai Kódexben megjelenített közérdek egy magas szintű, egyéni gyógyszerészi és gazdasági szempontokon felül álló közérdek. Piaci alapon egyértelmű, hogy a gyógyszerészeknek, mint a kiskereskedelem szereplőinek az az érdeke, hogy minél több gyógyszert adjanak el, ezáltal maximalizálva a profitjukat. A gyógyszereladás növekedését elősegítheti a betegeknek különböző előnyök, ajándékok átadása, a beteg rábeszélése bizonyos készítmények minél nagyobb mennyiségben történő megvásárlására. Ezzel szemben, a gyógyszerészeknek a jogszabályok (és az ezzel összhangban álló Etikai Kódex) korlátozásai és tilalmai között kell tevékenykedniük, mindig szem előtt tartva a profit-maximalizáló, versenyközpontú szempontokat megelőző közérdeket: a betegek egészségét, a gyógyszerellátás stabilitását és a gyógyszerészi szakmai tevékenységbe vetett bizalmat. A jogi és etikai szabályozásban megtestesülő közérdek – praktikusán és piaci szemlélettel – ellentétes a gyógyszerészek érdekeivel.
- c) A Kamara állította, hogy az Etikai Kódexben megfogalmazott, a vizsgálat tárgyát képező rendelkezések arányos és a közérdek érvényesítése érdekében szükséges korlátozásoknak tekinthetők. Az Etikai Kódex eljárás tárgyát képező rendelkezései nem tiltják a gyógyszertári szakmai és esetenként "kényelmi" szolgáltatások bővítésével elért és a fogyasztónak biztosított előnyt (pl. hosszabb nyitva tartás, a jogszabályok által megengedett keretek

között az internetes forgalmazás és a gyógyszer házhoz szállítása). Lehetőség van a gyógyszerészi tevékenység hirdetésére is, amit a vonatkozó jogszabályok mellett az Etikai Kódex V. fejezete szabályoz. Az Etikai Kódex rendelkezései alapján csak a beteg jogellenes és etikátlan gyógyszer vásárlásra ösztönzése, a gyógyszer-vásárláshoz kötött, azt feltételül szabó ingyenes juttatás, ajándék, vásárlási utalvány stb. átadása tiltott.

Miniszteri felügyelet, bírósági felülvizsgálat

35) Hivatkozott a Kamara arra, hogy a Tpv. 1. § (1) bekezdésében foglalt hatásköri rendelkezés alapján a Gazdasági Versenyhivatal versenyfelügyeleti hatóságként kizárólag a piaci magatartáshoz kötődő gazdasági előnyöket jogosult figyelembe venni, ellentétben a bírósággal vagy az egészségügyi miniszterrel, amelyek hatáskörükben eljárva teljes terjedelmükben értékelhetnek bármilyen szempontot. Álláspontja szerint ezért bír különös jelentőséggel az egészségügyi miniszter törvényben meghatározott törvényességi felügyeleti jogköre, valamint a bíróságok eljárási és jogorvoslati hatásköre, hiszen a Kamara és a gyógyszerész társadalom működését és tevékenységét meghatározó gazdaságon kívüli közérdek (a betegek egészségügyi ellátásához és a biztonságos gyógyszerellátáshoz fűződő érdeke) figyelembevételére és mérlegelésére csak a Gazdasági Versenyhivataltól független fórumok jogosultak. Az EKSz. tekintetében 2004. május 1-jétől, míg a Tpv. tekintetében 2005. november 1-jétől pedig a bíróságnak is lehetősége, illetve kötelezettsége a versenyszempontok értékelése és a Tpv., valamint az EKSz. vonatkozó szakaszainak alkalmazása.

Mentesülés

36) A Kamara az Etikai Kódex vizsgálat tárgyát képező rendelkezései tekintetében nem hivatkozott azok mentesülésére (EKSz. 81. cikk (3) bekezdés, Tpv. 17. §). Álláspontja szerint erre nincs is szükség, mert az EKSz. 81. cikk (3) bekezdésében, valamint a Tpv. 17. §-ban foglalt szempontok, versenyjogilag is értékelhető előnyök jelen esetben nem relevánsak. Az Etikai Kódex vitatott rendelkezéseinek az indoka ugyanis a gyógyszerészi szakma sajátos közfeladatából fakad, amely gazdaságon (versenyen) kívüli fogalom. Ezzel szemben mind az EKSz. 81. cikk (3) bekezdése, mind a Tpv. 17. §-a kizárólag gazdasági, gazdaságilag értékelhető szempontokat

sorol fel. A Wouters-kivétel alapján ezek a versenyjogon kívüli szempontok ugyanakkor versenyjogilag is elfogadható indokul szolgálhatnak arra, hogy a vizsgált rendelkezések nem ütköznek az EKSz. 81. cikk (1) bekezdésében és a Tpv. 11. § (1) bekezdésében foglalt tilalomba (részletesen lásd 33-34) pontok).

IV.

A Versenytanács előzetes álláspontja

IV/1.

Jogi értékelés az EKSz. alapján

A tagállamok közötti kereskedelem érintettsége

37) Miután az eljárás a Tpv. mellett az EKSz. alapján is megindult a Versenytanács elsőként azt vizsgálta, hogy az annak alkalmazása feltételét képező, a tagállamok közötti kereskedelemnek a vizsgált magatartás általi érintettsége fennáll-e. A tagállamok közötti kereskedelem érintettségéről szóló bizottsági közlemény³ 52. bekezdése szerint egy megállapodás nem alkalmas arra, hogy a tagállamok közötti kereskedelemre érzékelhető hatást gyakoroljon, amennyiben a felek együttes piaci részesedése a megállapodással érintett Közösségen belüli érintett piacon nem haladja meg az 5 százalékot. Figyelembe véve, hogy a gyógyszerészi tevékenységet csak a Kamara tagja végezhet, továbbá a vizsgált időszakban (2006. év végéig) a gyógyszerek kizárólag gyógyszertárban voltak értékesíthetők a Kamara tagjainak együttes részesedése az érintett piac (áru szempontjából: a gyógyszerek; földrajzilag: Magyarország egész területe) forgalmából meghaladta az 5 százalékot, ezért a tagállamok közötti kereskedelem érintettsége a Közlemény szerinti piaci részesedés mértéke alapján nem zárható ki.

38) A joggyakorlat⁴ szerint a tagállamok közötti kereskedelem érintettségéhez elegendő, ha jogi vagy ténybeli objektív tényezők egy csoportja alapján kellő mértékű valószínűséggel előrelátható, hogy egy megállapodás tényleges vagy potenciális hatást

³ A BIZOTTSÁG KÖZLEMÉNYE Iránymutatás a kereskedelemre gyakorolt hatásnak a Szerződés 81. és 82. cikke szerinti fogalmáról (2004/C 101/07)

gyakorolhat a tagállamok közötti kereskedelem jellegére. Ezt megvalósítja az olyan megállapodás, amely egy tagállam egész területére kiterjed, mert azzal a hatással jár, hogy erősíti a piacok nemzeti alapon történő felosztását, és megakadályozza az EK Sz. egyik céljaként tekintett kölcsönös gazdasági behatolást.

39) A Kamara Etikai Kódexe országosan valamennyi gyógyszerészre kötelező, vagyis Magyarország, mint tagállam egész területére kiterjed. Szintén a tagállamok közötti kereskedelemre gyakorolt hatást támasztja alá, hogy Magyarország csatlakozásával az Európai Unióhoz megnyílt a lehetőség az egyes tagállamok gyógyszerészei előtt, hogy az EK Sz.-ben biztosított jogaikkal élve más tagállamokban, letelepedési szándékkal vagy meghatározott ideig letelepedési szándék nélkül gyakorolják szakmájukat. A közösségi jogban elfogadott idevonatkozó irányelvek⁵ alapján megalkotott nemzeti jogszabályok, jelen esetben többek között a Gytv. rendezi ennek feltételeit.⁶ Végül, a Bizottságnak a szakmai szolgáltatásokról kiadott Jelentése szerint „a szakmai szabályozások legalább akkor alkalmasak a tagállamok közötti kereskedelem jelentős befolyásolására, ha az adott szabályozás egy egész országra kiterjed.”⁷

40) Mindezek alapján a Versenytanács a tagállamok közötti kereskedelem érintettségét, és ennek következtében az EK Sz alkalmazhatóságát megállapította.

41) A vizsgáló indítványozta az Etikai Kódex egyes rendelkezéseinek Kamara általi értelmezése és annak megfelelő alkalmazása tekintetében a jogsértés megállapítását olyan esetekben, amikor az Etikai Kódex szövege nem minősül versenyt korlátozóknak. Az egyedi döntések azonban – jellegükből adódóan – Magyarországnak csak egy-egy szűk területét (település vagy városrész) érintik, így azokra, amennyiben nem más EU-tagországbeli vállalkozásra vonatkoznak, nem áll fenn az EK Sz

⁴ Wouters ügy 95. pont

⁵ Az Európai Parlament és a Tanács 2005/36/EK irányelve (2005. szeptember 7.) a szakmai képesítések elismeréséről, *HL L 255., 2005.9.30., 22–142. o., még nem került átültetésre.*

A Tanács 89/48/EGK irányelve (1988. december 21.) a legalább hároméves szakoktatást és szakképzést lezáró felsőfokú oklevelek elismerésének általános rendszeréről, *HL L 19., 1989.1.24., 16–23. o.;*

A Tanács 85/433/EGK irányelve (1985. szeptember 16.) a gyógyszerészoklevelek, -bizonyítványok és a képzés megszerzéséről szóló egyéb tanúsítványok kölcsönös elismeréséről és az egyes gyógyszerész-tevékenységekre vonatkozóan a letelepedés szabadságának tényleges gyakorlását elősegítő intézkedésekről, *HL L 223., 1985.8.21., 15–25. o.*

⁶ Gyógyszertári törvény. 17. §., lásd még 30/2004. (IV. 26.) ESzCsM rendelet az Európai Közösségi irányelvek hatálya alá tartozó, feltétel nélkül elismerésre kerülő, egyes egészségügyi oklevelek, bizonyítványok és a képzés megszerzéséről szóló egyéb tanúsítványok megnevezéséről

⁷ Bizottsági Jelentés 73. pont

alkalmazhatóságának elengedhetetlen feltételét képező körülmény: a tagállamok közötti kereskedelem érintettsége sem.

Az EKSz. hatálya

42) Az EKSz. nem tartalmaz a Tpv. 1. §-hoz hasonló szerinti közvetlen hatályszabályt, az azonban a gyakorlat alapján egyértelmű, hogy 81. (és 82.) cikket is a vállalkozások tekintetében alkalmazzák. A gyakorlat alapján az is teljesen egyértelmű, hogy az EKSz. alkalmazásában a vállalkozás fogalom tényleges gazdasági tartalmának megfelelően értendő. A kialakult joggyakorlat szerint:

- a vállalkozás fogalma kiterjed minden olyan szereplőre, aki gazdasági tevékenységet folytat, függetlenül annak jogi helyzetétől és finanszírozási módjától,⁸
- bármely tevékenység, amely áruk és szolgáltatások nyújtását jelenti, gazdasági tevékenységnek minősül,⁹
- egy tevékenység gazdaságinak mondható, amennyiben elméletileg lehetséges annak folytatása profitszerzési céllal magántulajdonú vállalkozás számára,¹⁰
- az a tény, hogy a nyújtott szolgáltatás bonyolult, specializált és szellemi, valamint gyakorlása szabályozás alá esik, nem változtat ezen a minősítésen,¹¹
- amennyiben a szolgáltatás nyújtója viseli a szolgáltatáshoz kapcsolódó pénzügyi kockázatot (vagyis a veszteségeket neki kell fedeznie, ha a kiadások meghaladják a bevételeket), akkor versenyjogi értelemben vett vállalkozásról beszélhetünk.¹²

⁸ C-41/90 ügy Höfner és Elser kontra Macrotron GmbH [EBHT 1991., I-1979. o., 21. pont]; C-159/91 és C-160/91 egyesített ügyek Poucet és Pistre kontra Assurances Generales de France (a továbbiakban „Poucet ügy”) [EBHT 1993., I-637. o., 17. pont]; C-244/94 ügy Fédération Française des Sociétés d’Assurance és mások kontra Ministère de l’Agriculture et de la Pêche [EBHT 1995., I-4013. o., 14. pont];

C-55/96 ügy Job Centre II [EBHT 1997., I-7119. o., 21. pont];

C-67/96 ügy Albany International BV kontra Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie (a továbbiakban „Albany ügy”) [EBHT 1999., I-5751. o., 77. pont].

⁹ 118/85 ügy Bizottság kontra Olaszország [EBHT 1987., 2599. o., 7. pont];

C-35/96 ügy Bizottság kontra Olaszország (továbbiakban „CNSD ügy”) [EBHT 1998., I-3851. o., 36. pont].

¹⁰ Tesouro főtanácsnok véleménye a Poucet ügyben 8. pont; illetve a C-364/92 ügy SAT Fluggesellschaft kontra Eurocontrol (a továbbiakban „SAT ügy”) [EBHT 1994., I-43. o., 9. pont]; Jacobs főtanácsnok véleménye az Albany ügyben 311. pont.

¹¹ Lásd CNSD ügy 38. pont; C-180-184/98 egyesített ügyek Pavel Pavlov és mások kontra Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten [EBHT 2000., I-6451. o., 77. pont]; Wouters ügy 49. pont;

¹² Lásd Wouters ügy 48. pont; CNSD ügy 37. pont; Léger főtanácsnok véleménye a Wouters ügyben 51. pont; vagy a Bizottság 1999. április 7-i 1999/267/EK határozata a Szerződés 85. cikke szerinti eljárásban (IV/36.147 EPI etikai kódex) (továbbiakban „EPI ügy”) 23. bekezdés.

- 43) Egy gyógyszerár üzemeltetése nyilvánvalóan gazdasági tevékenység, vagyis a gyógyszerész az EKSz. 81. cikke szerinti vállalkozásnak minősül.
- 44) A vállalkozás fogalmával kapcsolatos közösségi jogi gyakorlatból az is következik, hogy az egy relatív fogalom abban az értelemben, hogy egy adott szereplő vállalkozásnak minősülhet tevékenysége egy részét tekintve, míg kikerülhet a versenyjog hatálya alól a fennmaradó területeket illetően. Vagyis a kérdés mindig az, hogy adott tevékenység folytatásakor vállalkozásnak minősül-e a vizsgált szereplő.¹³
- 45) Az EKSz. 81. cikk (1) bekezdése szerint tilos minden olyan vállalkozások társulásai által hozott döntés és összehangolt magatartás, amely hatással lehet a tagállamok közötti kereskedelemre, és amelynek célja vagy hatása a közös piacon belüli verseny megakadályozása, korlátozása, vagy torzítása. A Kamara az EKSz. alkalmazásában vállalkozások társulásának minősül, ezért az, hogy adott döntése szempontjából 44) pont szerinti értelemben vállalkozásnak (gazdasági tevékenységet végzőnek) minősül-e a döntés jellegétől (jogalapjától) és tartalmától függ.
- 46) A döntés jellege (jogalapja) tekintetében azt kell vizsgálni, hogy a Kamara azt a Katv. szerinti közhatalmi jogkörében hozta-e vagy sem. A már hivatkozott Wouters ügy 57. pontja szerint ugyanis az EKSz. 81. cikk nem alkalmazható az olyan tevékenységre, amely közhatalmi (hatósági) jogkör gyakorlásához kapcsolódik.
- 47) Az Etikai Szabályzat (mint a Kamara döntése) esetében a Kamara nem közhatalmi (hatósági) jogkört gyakorol. Annak ellenére igaz ez, hogy az Etikai Kódexet a Katv. felhatalmazása alapján adhatja ki a Kamara. A Katv. ugyanis csak a megalkotásra tartalmaz rendelkezést, annak konkrét tartalmára nem.
- 48) Mindezek alapján a Kamara az Etikai Kódex (mint döntés) vizsgált rendelkezéseinek megalkotásával gazdasági tevékenységet végez (vállalkozásnak minősül), így ezen tevékenységére az EKSz. hatálya kiterjed.
- 49) A Versenytanács az egészségügyi miniszter (a továbbiakban: miniszter) törvényességi felügyeleti jogát sem tekintette olyan körülménynek, amely kizárná az EKSz.

¹³ Jacobs főtanácsnok véleménye a C-475/99 ügy Ambulanz Glöckner kontra Landeskreis Südwestpfalz [EBHT 2001., 8089. o., 72. pont].

alkalmazhatóságát. Az EKSz. jogalkalmazási gyakorlata szerint ugyanis ilyen helyzet csak akkor állhatna elő, ha az államot képviselő miniszter kezében van a végső döntés joga, vagyis kikényszerítheti a döntés megváltoztatását azáltal, hogy jóváhagyása nélkül az nem válik hatályossá.¹⁴

- 50) A Versenytanács álláspontja szerint végső állami döntésről akkor lehet szó, ha valamely állami szervnek korlátozás nélküli joga van a Kamara által hozott döntés visszavonására, megváltoztatására, illetve más döntéssel való helyettesítésre, vagyis az állam a döntéshozatali folyamat végeredményét oly módon ellenőrzi, hogy amennyiben az nem felel meg az állami elvárásnak, akkor annak helyébe az állami akaratnak megfelelő tartalmú döntés lép. Az Etikai Kódex vonatkozásában a miniszter nem gyakorol a fentieknek megfelelő jogot, azt csak bírósági úton kifogásolhatja anélkül, hogy az általa jogértőnek talált kamarai döntést valamilyen módon helyettesíthetné saját döntésével. A miniszter csak „továbbíthatja” a jogsértőnek feltételezett döntést az erre hatáskörrel bíró és döntésre jogosult bíróságnak. A kamarai szabályzattal kapcsolatos döntésre - a másik hatalmi ághoz tartozó - bíróság jogosult, de a bíróság is csak oly formában, hogy a szabályzatot hatályon kívül helyez(het)i, új eljárásra, és ezáltal – közvetve - új döntés hozatalára utasítva a Kamarát.
- 51) A döntés tartalma szempontjából annak van meghatározó jelentősége, hogy az érzékelhető hatással lehet-e a Kamara tagjainak vállalkozási tevékenységére. A vizsgálat tárgyát képező, az Etikai Kódexnek az egyes gyógyszertárak marketing tevékenységére vonatkozó szabályai, kétségtelenül ebbe a körbe tartoznak.

Az Etikai Szabályzat vizsgált rendelkezései

Általános kérdések

- 52) A reklám és marketing a legtöbb gazdasági ágazatban megkönnyíti és erősíti a versenyt, a hatásos verseny pedig fogyasztók jólétét növeli azáltal, hogy alacsonyabb árakat, jobb minőségű termékeket és nagyobb hatékonyságot eredményez. A reklám

¹⁴ C-35/99 ügy büntetőeljárás Manuele Arduino ellen [EBHT 2002., I-1529. o.] (a továbbiakban Arduino ügy), 40 és 41. pont

és marketing a verseny egyik fontos eleme lehet¹⁵ a gyógyszerészi tevékenység kapcsán is, éppen ezért annak korlátozása az EKSz. 81. cikk szerinti versenykorlátozás.

- 53) Szintén általánosságban kíván rámutatni a Versenytanács arra, hogy – jóllehet az Etikai Kódex megsértésével kapcsolatos egyedi határozatokra nem alkalmazható az EKSz. (lásd 41) pont) – az Etikai Szabályzat egyes rendelkezéseinek ezekben tükröződő alkalmazási (végrehajtási) módja segítséget nyújthat az adott rendelkezés valós tartalmának feltárásában, mert
- a) egyrészt felfedheti a versenyt korlátozó célt, még abban az esetben is, ha a döntés (az Etikai Kódex adott rendelkezése) megfogalmazásából az nem vezethető le teljes bizonyossággal;
 - b) másrészt (és ez talán lényegesebb is) az adott gyakorlatra alapot adó nem teljesen egyértelmű megfogalmazások elbizonytalaníthatják a döntés kötelezettjét (a gyógyszerészt) abban a tekintetben, hogy tevékenysége sérti-e az Etikai Kódex adott rendelkezését vagy sem, ami önmagában versenyt korlátozó hatással járhat.
- 54) A Versenytanács a Vj-93/2004. számú eljárásban hozott határozatának jelen eljárásbeli relevanciáját illetően az alábbiakra mutat rá:
- a.) A Vj-93/2004. számú eljárás kizárólag a Tpv. alapján került lefolytatásra. A Tpv. IV. fejezetének és az EKSz. 81. cikkének vonatkozó rendelkezései azonban a vizsgálat tárgyát képező magatartások tekintetében harmonizáltak egymással. Ezért ebben az összefüggésben a Vj-93/2004. számú eljárás során hozott határozatában foglaltakat a Versenytanács a jelen eljárás EKSz. szerinti részében is irányadónak tekinti.
 - b.) A Vj-93/2004. számú eljárásban a Versenytanács határozatát a tervezett Etikai Kódex alapján (értelemszerűen annak tényleges alkalmazási gyakorlata ismeretének hiányában) hozta meg. Az 53) pontban foglaltak alapján azonban az alkalmazási gyakorlat változtathat valamely döntés (csupán annak szövegén alapuló) versenyjogi megítélésén. Ebből a szempontból tehát a Vj-93/2004. számú ügyben hozott nemleges döntés nem köti a Versenytanácsot a jelen eljárásban.

¹⁵ Lásd pl. a Bizottság 1999. április 7-i 1999/267/EK határozata a Szerződés 85. cikke szerinti eljárásban (IV/36.147 EPI etikai kódex), HL L 106., 1999/04/23., 14-27. o.

- 55) A Versenytanács nem vitatja a Kamara azon álláspontját, hogy a gyógyszer sajátos termék, mely esetében közérdekből indokolt a marketing tevékenység korlátozása. Ezért vizsgálta, hogy az Etikai Kódex eljárás tárgyát képező – és a versenyt az EKSz. 81. cikke szerinti értelemben korlátozó – rendelkezéseit indokolhatja-e a Kamara által hivatkozott közérdek, vagyis alkalmazható-e azokra a Wouters-kivétel.
- 56) A Versenytanács lényeges körülményként értékelte azt is, hogy a gyógyszerekkel kapcsolatos marketing (és ezen belül reklám) tevékenység esetében jelentős jogszabályi korlátozások érvényesültek (lásd 16-19) pontok). Ezen korlátozások célja egyértelműen a Kamara által is hivatkozott (elsősorban az egészséghez és a támogatások ésszerű keretek között tartásához fűződő) közérdek. A Versenytanács nem látta indokát ezen közérdekek fenti szabályozás által lefedett tartományának kitégítését. Az EKSz. célja ugyanis a versenyhez fűződő közérdek védelme, amit a Wouters-kivétel alapján más közérdek speciális esetekben felülírhat. Ha azonban ezen más közérdek(ek)et a közhatalom más törvényekkel véd, akkor azon versenyjogi alapon nem indokolt túlterjeszkedni. Ezért a Versenytanács abból indult ki, hogy az Etikai Kódexnek a marketing tevékenységet korlátozó szabályai közül csak azok eshetnek kívül az EKSz. 81. cikk hatókörén, amelyek az adott időszaki állami szabályozás szerinti tilalmakat jelentik meg etikai vétségként is.
- 57) Nem vitatja a Versenytanács azt sem, hogy az egyes gyógyszerészek egyéni érdekével ellentétesek az Etikai Kódexben foglalt (a közérdeket kiterjeszteni hivatott) korlátozások. Ennek azonban érdemi jelentősége nincs, az ugyanis igaz bármilyen más, a vállalkozás mozgásterét leszűkítő szabályozásra. Az adott esetben nyilvánvalóan nem az egyes gyógyszerészek érdekei a meghatározóak, hanem a gyógyszerészeknek, mint a Kamara tagjainak közös érdeke. Ezzel a csoportérdekekkel (ami a közérdekhez képest „egyéni” érdeknek minősül) már nem feltétlenül állnak szemben az Etikai Kódex marketing tevékenységre vonatkozó korlátozásai. Azok ugyanis a meglévő piaci állapotok fennmaradása irányába mutatnak: akadályozhatják a piaci részesedésüket növelni kívánó, hatékonyabb szereplők térnyerését, továbbá csökkentik az új piacra lépők ismertté válásának lehetőségét. Különösen ez utóbbi körülmény áll a gyógyszerészeti piac Etikai Kódexet megalkotó szereplőinek érdekében.

VI. fejezet 1. pont

- 58) A Versenytanács álláspontja szerint az Etikai Kódex VI. fejezet 1. pontjának 2. mondata (lásd 13a) pont) olyan általános tilalmat fogalmaz meg a gyógyszerészek (gyógyszertárak) által alkalmazható marketing eszközök tekintetében, ami gyakorlatilag a forgalom növelésére irányuló minden eszközre kiterjed.
- 59) A Kamara mindezt megerősíti, amikor arra hivatkozik, hogy a VI. fejezet 1. pontjának 2. mondata „a betegeknek adott előnyökre vonatkozó általános korlátozásnak minősül” (lásd 25) pont). Másrészt viszont minden alapot nélkülöz a Kamara azon álláspontja, hogy a tilalom kifejezetten és kizárólag a vonatkozó jogszabályok által is tiltott előnyök nyújtására korlátozódik. A szabályozás ugyanis a gyógyszerek reklámozása tekintetében állít fel korlátokat. Előnyök biztosítása azonban nemcsak a többlet gyógyszer vásárlásra való ösztönzéshez, hanem az adott gyógyszertár (másik gyógyszertárral szembeni) választásához is kötődhet, ami az Etikai Szabályzat szerinti általános jelleggel nem ütközik az állami szabályozásba.
- 60) A tilalom előzőek szerinti kiterjesztő értelmezését alátámasztják a Kamara Országos Etikai-Fegyelmi Bizottságának határozatai is, melyek az „egyik vagy másik gyógyszertárat indokolatlanul piaci előnyhöz juttatná” (lásd 15) pont) megfogalmazást alkalmazzák.
- 61) Mindezek alapján a Versenytanács álláspontja szerint az Etikai Kódex VI. fejezete 1. pontjának 2. mondata beleütközik az EKSz. 81. cikk (1) bekezdésébe.

VI. fejezet 2. pont

- 62) A Versenytanács elvileg osztotta a Kamara álláspontját, mely szerint a bizalom nem piaci kategória, így az nem is köthető a marketing eszközök alkalmazásához (lásd 28) pont). Ezen alapult a Vj-93/2004. számú határozatnak az Etikai Kódex ezen pontjára vonatkozó nemleges megállapítása is. A Kamara ezen értelmezésének ugyanakkor ellentmond, hogy az Országos Etikai-Fegyelmi Bizottság több határozatában is marketing eszközök (ajándék adás) esetében hivatkozott (az Etikai Kódex valamely

más rendelkezése, jellemzően a VI. fejezet 1. pont 2. mondata mellett) a VI. fejezet 2. pontjára.

- 63) Az előzőekre tekintettel a Versenytanács álláspontja szerint – figyelembe véve az 53) és az 54b) pontokban általánosságban megfogalmazottakat is – az Etikai Kódex VI. fejezet 2. pontja beleütközik az EKSz. 81. cikk (1) bekezdésébe.

VI. fejezet 6. pont

- 64) A VI. fejezet 6. pont 2005. novemberéig hatályos hetedik bekezdésével a Versenytanács érdemben nem foglalkozott, mert a 2006. május 5-én indított eljárás – azt megindító végzésben való külön utalás hiányában értelemszerűen – csak az akkor hatályos Etikai Kódexre terjed ki.
- 65) Az VI. fejezet 6. pontjának 2005. novemberétől hatályos hetedik bekezdése a közfinanszírozásban részesülő gyógyszerek (és más, támogatott gyógyászati célú termékek) esetében tiltja a különböző marketing eszközök alkalmazását, ezért arra az 56) pontban kifejtettek szerint vonatkozik a Wouters-kivétel, így az nem ütközik az EKSz. 81. cikkébe. Ezzel szemben a nyolcadik bekezdésbeli, a közfinanszírozásban nem részesülő termékekre vonatkozó tiltás túlmegy a szabályozás szerinti tilalmon, ezért sérti az EKSz. 81. cikk (1) bekezdését.
- 66) A Versenytanács a Kamara álláspontjával (29-30) pontok) kapcsolatosan megjegyzi, hogy Vj-93/2003. számú határozatában a 2005. novemberéig hatályos hetedik bekezdést azért nem ítélte versenyt korlátozónak, mert (konkrét gyakorlat hiányában) annak olyan értelmezést tulajdonított, hogy az kizárólag a támogatott termékek esetében tiltotta a különböző marketing eszközök alkalmazását. Ebből következőleg az arra vonatkozó nemleges megállapítása – az 54b) pontban írtakat is figyelembe véve – nem zárja ki az azt 2005. novemberétől felváltó (immár egyértelműen megfogalmazott) rendelkezés esetében a jogsértés megállapítását.

Az EKSz 81. cikk (3) bekezdés szerinti mentesülés

- 67) Az EKSz. 81. cikk (3) bekezdése szerint az (1) bekezdés rendelkezéseinek alkalmazásától el lehet tekinteni az olyan esetekben, amikor

- a vállalkozások közötti megállapodás vagy megállapodások csoportja;
- vállalkozások társulásai által hozott döntés vagy döntések csoportja;
- az összehangolt magatartás vagy összehangolt magatartások csoportja

hozzájárul az áruk termelésének vagy forgalmazásának javításához, illetve a műszaki vagy gazdasági fejlődés előmozdításához, ugyanakkor lehetővé teszi a fogyasztók méltányos részesedését a belőle eredő előnyből anélkül, hogy

- a) az érintett vállalkozásokra olyan korlátozásokat róna, amelyek e célok eléréséhez nem nélkülözhetetlenek;
 - b) lehetővé tenné ezeknek a vállalkozásoknak, hogy a kérdéses áruk jelentős része tekintetében megszüntessék a versenyt.
- 68) Azon állítás bizonyításának terhe, hogy az EKSz. 81. cikke (3) bekezdésének feltételei teljesülnek, azt a vállalkozást vagy a vállalkozások azon társulását terheli, amely igényli az e bekezdés által biztosított kedvezményt. A döntésnek mind a négy feltételt teljesítenie kell, következésképpen egy feltétel hiánya már a mentesülés hiányát eredményezi. A Kamara a 81. cikk (3) bekezdésének alkalmazhatóságát alátámasztó kifejezett érvelést, nem tett, tekintettel arra, hogy álláspontja szerint nem valósult meg jogsértés.

Összegzés az EKSz. alapján

- 69) A 37-68) pontokban kifejtettek alapján a Kamara Etikai Kódexe VI. fejezete
- 1. pontjának 2. mondata;
 - 2. pontja; valamint
 - 6. pontjának 2005. novemberétől hatályos nyolcadik bekezdése
- a Versenytanács előzetes álláspontja szerint beleütközik az EKSz. 81. cikkébe.

IV/2.

Jogi értékelés a Tpv. alapján

- 70) A Tpv. 1. § (1) bekezdése alapján annak hatálya kiterjed a természetes és jogi személynek, valamint a jogi személyiség nélküli gazdasági társaságnak (a továbbiakban az előzőek együtt: vállalkozás) piaci magatartására.

- 71) A Versenytanács előjáróban szükségesnek tartja egyértelműsíteni, hogy a Tpvt. 1. § (1) bekezdésének „vállalkozás” fogalma, olyan gyűjtőfogalom (definíció), amely a társadalom minden tagját, szervezetét potenciálisan a Tpvt. alanyi hatálya alá vonja. Ezért annak a körülménynek, hogy az önálló jogi személynek minősülő Kamara feladatköre elsődlegesen nem vállalkozási tevékenység végzésére irányul, az alanyi hatály szempontjából nincs meghatározó jelentősége. Sőt, az is rögzíthető, hogy a Tpvt. alkalmazhatósága szempontjából az alanyi hatálynak nincs is korlátozó tartalma.
- 72) A Tpvt. alkalmazhatósága szempontjából a tárgyi hatály („piaci magatartás”) bír meghatározó jelentőséggel. Elvileg a Kamara döntései tekintetében a tárgyi hatály fennáll, mert a Tpvt. 11. § (1) bekezdése tiltja a köztestület olyan döntését, amely a gazdasági verseny megakadályozását, korlátozását vagy torzítását célozza, vagy ilyen hatást fejthet, illetve fejt ki. Az, hogy egy köztestület (mint a Kamara) döntése piaci magatartásnak minősül-e vagy sem, természetesen függ a döntés tartalmától és jellegétől (jogalapjától) is.
- 73) A Tpvt. szerint piaci magatartás tartalmát tekintve ugyanazt fejezi ki, mint az EKSz. alkalmazásában az, hogy az elkövető az adott magatartás tekintetében vállalkozásnak minősül (gazdasági tevékenységet végez). Ezért a Tpvt. alkalmazásában is érvényesek a 46-51) pontokban kifejtettek, vagyis az Etikai Szabályzatnak a gyógyszertárak marketing tevékenységét korlátozó rendelkezései (mint döntések) a Tpvt. tárgyi hatálya alá tartoznak. Az annak alkalmazásával hozott egyedi döntések (közigazgatási határozatok) viszont nem, azok ellen a Gazdasági Versenyhivatal csak a Tpvt. 85. § alapján léphet fel.
- 74) A Tpvt. 11. § (1)-(2) bekezdésében és az EKSz. 81. cikk (1) bekezdésében, illetve a Tpvt. 17. §-ban és az EKSz. 81. cikk (3) bekezdésében foglalt rendelkezések tartalmilag teljesen azonosak (harmonizálnak egymással). Ezért a Tpvt. alkalmazásában az 52-68) pontban rögzítettek is érvényesek, mire tekintettel az Etikai Kódex VI. fejezete
- 1. pontjának 2. mondata;
 - 2. pontja; valamint
 - 6. pontjának 2005. novembertől hatályos nyolcadik bekezdése
- a Versenytanács előzetes álláspontja szerint sérti a Tpvt. 11. § (1) bekezdését.

V.

A Kamara nyilatkozata az előzetes álláspontra

- 75) A Kamara – az eljárás vizsgálói szakaszában tett nyilatkozatában foglaltakat (lásd III. rész) változatlanul fenntartva – kérte az eljárás jogsértés hiányában történő megszüntetését. Hivatkozott továbbá a 2007. év elején hatályba lépett a biztonságos és gazdaságos gyógyszer és gyógyászati segédeszköz ellátásról szóló 2006. évi XCVIII. törvény (a továbbiakban: Újgytv.) 15. § (1) bekezdésére, amely a gyógyszer támogatotti státuszától, illetve kiadhatóságától függetlenül tiltja a betegeknek a gyógyszervásárlásaikkal kapcsolatban bármilyen ajándék vagy más ösztönző átadását.
- 76) A Versenytanács a 2007. május 3-án tartott tárgyaláson (Tpvt. 74. §) azt közölte a Kamarával, hogy csak az Etikai Kódex előzetes álláspont által jogsértőnek minősített rendelkezéseinek az Etikai Kódexből történő törlésére vonatkozó kötelezettségvállalás mellett lát lehetőséget az eljárás megszüntetésére.
- 77) Az előzőekre tekintettel a Kamara vállalta, hogy az Etikai Kódexből törli az alábbi részeket:
- a VI. fejezet 1. pont második mondatát: „Nem megengedett, hogy a gyógyszerész egyes betegek, illetve intézmények számára különféle előnyöket biztosítson gyógyszerforgalmának növelése érdekében.”; továbbá
 - a VI. fejezet 6. pont nyolcadik bekezdéséből a „vagy más gyógyászati célú termékek” szövegrészt,
- 78) A Kamara jelezte, hogy a fenti módosításokat a Küldöttközgyűlésnek kell elfogadni, vállalta azonban, hogy az Etikai Kódex fenti rendelkezéseit azok törlésének Küldöttközgyűlés általi elfogadásáig sem alkalmazza.

VI.

A Versenytanács döntése

79) A Tpvt. 75. § (1) bekezdése szerint, ha a hivatalból indult versenyfelügyeleti eljárásban vizsgált magatartás tekintetében az ügyfél kötelezettséget vállal arra, hogy magatartását meghatározott módon összhangba hozza a Tpvt., illetve az EKSz. 81-82. cikkének rendelkezéseivel, és a közérdek hatékony védelme e módon biztosítható, az eljáró versenytanács végzéssel – az eljárás egyidejű megszüntetésével – kötelezővé teheti a vállalás teljesítését, anélkül, hogy a végzésben a törvénysértés megvalósulását, vagy annak hiányát megállapítaná. A végzés ellen külön jogorvoslatnak van helye (82. §).

80) A Versenytanács úgy ítélte meg, hogy a Kamara a 77) pont szerinti kötelezettségvállalásával magatartását összhangba hozza a Tpvt. és az EKSz. rendelkezéseivel. A Versenytanács döntésekor figyelembe vette, hogy az Etikai Kódex:

- VI. fejezet 1. pontja 2. mondatának (mint generál-klauzula jellegű tilalomnak) a törlése esetén a VI. fejezet 2. pont önmagában már nem tekinthető jogsértőnek;
- VI. fejezet 6. pont nyolcadik bekezdése pedig – figyelemmel az Újgytv. 15. § (1) bekezdésére – a gyógyszerek tekintetében már semmiképpen sem tekinthető jogsértőnek, ezért elégségesnek ítélte az abban foglalt tilalomnak a „más gyógyászati célú termékek” tekintetében történő megszüntetését.

81) Az esetlegesen jogsértő magatartás gyakorlatilag azonnali megszűnése (lásd 78) pont) következtében a Tpvt. 75. § (1) bekezdése alkalmazásának másik feltétele („a közérdek hatékony védelme e módon biztosítható”) is teljesül.

82) Mindezek alapján a Versenytanács alkalmazhatónak ítélte a Tpvt. 75. § (1) bekezdését. A Tpvt. 91/A. § (1) bekezdése szerint az EKSz. 81. és 82. cikkének alkalmazása során a Tpvt. rendelkezéseit a Tpvt. 91/B-H. §-aiban, illetve az 1/2003/EK. rendeletben meghatározott eltérésekkel kell alkalmazni. A Tpvt. 75. § (1) bekezdése tekintetében ilyen eltérések nincsenek, ezért a Versenytanács az EKSz. esetében is a Tpvt. fenti rendelkezését alkalmazta, és az eljárást a Tpvt. és EKSz. alapján indított részében is megszüntette.

83) A jogorvoslatra vonatkozó rendelkezés a Tpvt. 75. § (1) bekezdésén és a 82. § (1) bekezdésén alapul.

Budapest, 2007. május 18.