

A MAGYAR KÖZTÁRSASÁG NEVÉBEN!

A Fővárosi Ítéltábla a Bán, S. Szabó & Partners Ügyvédi Iroda (ügyintéző: dr. R. J. Gy. ügyvéd) által képviselt Vodafone Magyarország Mobil Távközlési Zrt. (Budapest) felperesnek a dr. László Ildikó Katalin ügyvéd által képviselt Gazdasági Versenyhivatal (Budapest, hivatkozási szám: Vj-117-032/2009.) alperes ellen versenyügyben hozott közigazgatási határozat felülvizsgálata iránt indult perében a Fővárosi Bíróság 2010. évi november hó 9. napján kelt 18.K.32.255/2010/4. számú ítélete ellen a felperes által 5. sorszám alatt előterjesztett fellebbezés folytán az alulírott helyen 2011. évi május hó 11. napján megtartott nyilvános tárgyalás alapján meghozta a következő

ítéletet:

A Fővárosi Ítéltábla az elsőfokú bíróság ítéletét helybenhagyja.

Kötelezi a felperest, hogy 15 napon belül fizessen meg az alperesnek 75.000 (azaz hetvenötezer) forint másodfokú perköltséget, valamint az államnak - az illetékügyekben eljáró hatóság külön felhívására - 900.000 (azaz kilencszázezer) forint fellebbezési illetéket.

Ez ellen az ítélet ellen további fellebbezésnek nincs helye.

Indokolás

A felperes jelentős piaci erővel rendelkező szolgáltatóként előfizetői számára hirdette meg a „Nyári sms promóció” elnevezésű kampányát. A regisztráció az 1777 számra továbbított „nyaralás” szó emeltdíjas sms-ként való megküldésével és az azonosításhoz szükséges név megadásával történt, ezt követően vehettek részt az előfizetők a tudásalapú kérdések megválaszolását is igénylő játékban. Naponta megnyerhették a 60 db 500.000 forint értékű nyaralás egyikét, valamint a játék végén

fődjékként egy 16.000.000 forint értékű siófoki nyaralót. A játékot a felperes széles körben, különböző kommunikációs eszközön népszerűsítette [az előfizetők részére küldött sms-ek; üzletekben lévő plakátok és szórólapok; sajtó kommunikációs anyagok; az automatikus hangbemondásos ügyfélszolgálat által nyújtott szolgáltatás (a továbbiakban: IVR.); továbbá a honlapján]. Az alperes a honlapon közzétett részletes játékszabályzat és tájékoztatás alapulvételével vizsgálta a különböző kommunikációs eszközökön nyújtott információkat.

Az alperes eljárása eredményeként a 2010. március 8. napján kelt Vj-117-029/2009. számú határozatában megállapította, hogy a felperes a 2009. július 13. és szeptember 10. között megtartott „Nyári SMS promóció” elnevezésű játékával a fogyasztókkal szembeni tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatot folytatott. A felperesi marketing kommunikációk ismertetésével és értékelésével rögzítette, hogy a felperes magatartásával megsértette a fogyasztókkal szembeni tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat tilalmáról szóló 2008. évi XLVII. törvény (a továbbiakban: Fttv.) 3.§-ának (3) bekezdését, 6.§-ának (1) bekezdés b) pontját, 7.§-ának (1) bekezdését, valamint a 3.§-ának (4) bekezdésére és az Fttv. mellékletének 26. pontjára figyelemmel a 3.§-ának (1) bekezdését. Ezért a tisztességtelen piaci magatartás és a versenykorlátozás tilalmáról szóló 1996. évi LVII. törvény (a továbbiakban: Tpv.) 78.§-ának (1) és (3) bekezdése alapján terhére 40.000.000 forint bírságot szabott ki. Indokolása szerint a felperesi internetes honlapon megjelent tájékoztatás nem volt jogsértő, mert a játékkal összefüggésben valamennyi szükséges információ a fogyasztók által megismerhető volt. Ezzel szemben az egyéb kommunikációs anyagok (plakát, szórólap stb.) ellentmondásos közléseket tartalmaztak, míg a IVR. által megvalósított tájékoztatás félrevezető volt a háttérkép vásárlása és a napi sorsoláson való részvétellel összefüggésben. Megállapította, hogy a tájékoztató sms-ek egy részében nem került feltüntetésre az a tény, hogy a regisztrációhoz szükséges „nyaralás” szó megküldése is emeldíjas, továbbá egyes változatokban félreérthetően jelent meg a kisorsolandó nyereményre vonatkozó adat. A regisztrálást követően a fogyasztó akkor is kapott tudásalapú sms-t, ha azokra nem válaszolt, emellett naponta emlékeztető sms került részére megküldésre a nyeremény felelevenítése mellett a kérdések megválaszolására való felhívással. A felperes a játék időtartama alatt más szolgáltatásait is népszerűsítő sms-eket is küldött, e magatartásával agresszív kereskedelmi gyakorlatot folytatott. Határozata 71. pontjában a bírság összegének meghatározásánál a súlyosító (versenyhatóság általi ismételt marasztalás, felróhatóság, a játék két hónapos időtartama és az elért fogyasztók széles köre) és enyhítő (egyres marketing eszközökön törekedett a teljeskörű információ megadására és az eljárás megindítása után javított a kereskedelmi kommunikáción) körülményeket részletezve felsorolta, összevetve azokat a jogsértés körében tett megállapításaival.

A felperes elsődlegesen jogsértő magatartás hiányában az alperesi határozat megváltoztatását, másodlagosan a bírság mellőzését illetve mérséklését kérte. Részben megismételte a versenyfelügyeleti eljárásban előadottakat. Hangsúlyozta, hogy a honlapján megjelent játékszabályzat teljeskörű információval szolgált a fogyasztók részére, amelynek elérhetőségéről valamennyi kommunikációs eszközön keresztül tájékoztatást adott. Álláspontja szerint a versenyhatóság helytelenül (szélsőségesen alulinformált, belátásra képtelen, és kizárólag irracionális döntésekre képes) fogyasztói definíciót vett alapul. Hibás vizsgálati módszert is alkalmazott, mert a kommunikációs anyagoknál az egyes elemeket önmagukban, a kontextusukból kiragadottan értelmezte, nem pedig azok összességében. Véleménye szerint a versenyhatóság nem tett eleget a tényállás tisztázási kötelezettségének sem, mivel nem tárta fel, hogy azok a

fogyasztók, akik a „nyaralás” szót elküldték, azonban mégsem regisztráltak, tévedésben voltak-e az sms díját illetően, ennek hiányában pedig a megtévesztés nem állapítható meg. Tévesnek tartotta a versenyhatóságnak a kereskedelmi gyakorlat agresszív jellegével kapcsolatos megállapítását arra hivatkozással, hogy az sms-k küldése nem volt túlzott és annak mennyisége nem lépte át az ésszerűség határát. Indokolatlanul eltúlzott mértékűnek tartotta a terhére megállapított bírságot, amely körében véleménye szerint az alperes nem vette kellő súllyal figyelembe, hogy játékszabályzata a honlapján megismerhető volt, a játékban szerzett tapasztalatok elemzését követően pontosította kommunikációját. További bírság-csökkentő tényezőként kellett volna értékelni együttműködő magatartását, hogy az elégedettségi felmérés 5,3 átlagos eredménnyel zárult és azt is, hogy nem érkezett nagyszámú fogyasztói panasz.

Az alperes ellenkérelmében a határozatában foglaltak fenntartása mellett a kereset elutasítását kérte. Hangsúlyozta, hogy a felperes internetes honlapján megjelenő tájékoztatással összefüggésben jogsértést nem állapított meg. Ez azonban nem szünteti meg a többi kommunikációs eszközön szereplő közlések jogsértő jellegét, amelyeket egyértelműen megjelölt (a határozat 29., 30., 34., 35., 37., 38., 42., 44. pontjaiban). Hivatkozott az Adó- és Pénzügyi Ellenőrzési Hivatal Központi Hivatalának Szerencsejáték Felügyeleti Főosztálya 2010. január 25. napján kelt 55682/5/2009. számú határozatára, amely a promóciós játékkal összefüggésben a szerencsejáték engedély nélküli szervezése miatt bírság megfizetésére kötelezte a felperest. Utalt arra, hogy a verseny-felügyeleti, valamint a szerencsejáték felügyeleti eljárásban feltárt adatok egyértelműen mutatják a felperesi kommunikációk intenzív piaci hatás kiváltására való alkalmasságát. A játékban a résztvevők a perbeli időszakban összesen 1.990.770 db sms-t küldtek meg, amelyből rendkívül jelentős összegű bevétel származott, ebből azonban a felperes által hangsúlyozott háttérkép letöltést csak 104 esetben vették igénybe. Kiemelte, hogy a regisztráció első lépését (a „nyaralás” szó megküldését) követően az érintett fogyasztók közel 1/4-e nem vett részt tovább a játékban. Rögzítette továbbá, hogy eljárása adatai szerint a fogyasztók részére az sms-ek a játék során folyamatosan és mindvégig megküldésre kerültek, így a játékban résztvevő legalább egy emeldíjas sms-t küldő átlagosan 57 db sms-t kapott, szemben az általuk elküldött, ennek mintegy hatodát jelentő sms számmal. Utalt arra, hogy a Tpv. rendelkezéseivel összhangban eljárva, gondos mérlegelést követően határozta meg a bírság összegét, amely a feltárt adatok, valamint a felperes terhére értékelt súlyosító körülmények alapján eltúlzottnak nem tekinthető. Ezzel szemben a felperes kereseti kérelmében felsorolt érvek nem teszik indokolttá a bírság összegének mérséklését.

Az elsőfokú bíróság ítéletével a felperes keresetét elutasította. Indokolása szerint az alperes ellenkérelmében megjelölt ténytényes adatokat (a játékban résztvevők száma, a megküldött sms-ek, a letöltött háttérképek mennyisége, a regisztrálást követően a játékban továbbra is ténylegesen résztvevők száma) a felperes nem cáfolta. A keresetében kifejtettekhez képest nem bizonyította a versenyhatóság által a játékra vonatkozóan feltárt adatainak helytelenségét (a fogyasztóknak átlagosan milyen mennyiségű és tartalmú sms lett megküldve). Az alperessel egyezően azt állapította meg, hogy a felperesnek „a Nyári sms promóció” néven meghirdetett játéka csak névlegesen minősíthető egy háttérkép letöltő tartalomszolgáltatás népszerűsítését célzó akciónak. Ténylegesen a fogyasztók széles körét érintő olyan marketing kampány volt, amelynek lényege a nyereményjátékban az emeldíjas sms-ek megküldésével megvalósuló nagyszámú tájékoztatás alapján való részvétel. A felperes internetes honlapján a játékszabályzat közzétételre került, az megismerhető volt, és tájékoztatást adott a promóciós

játék feltételeiről. Önmagában ez azonban nem eredményezi a felperesnek a jogsértés alóli mentesülését. A felperes sem keresetében, sem a perben nem vitatta, hogy a fogyasztók a játékról több forrásból szereztek tudomást (a felperes által megküldött tájékoztató és egyéb sms-ek), amelyek alapján az a kép alakult ki, hogy a fogyasztó egy meglehetősen egyszerű játékban vehet részt, egyszerű szabályok szerint. E kommunikációs eszközök azt az üzenetet közvetítették a fogyasztók felé, hogy viszonylag nem jelentős ellenérték fejében (250 forintért, meghatározott szót tartalmazó sms megküldésével) olyan játékban vehetnek részt, amelyben a nyeremények (nagy értékű utazás, illetve fődíjként egy frekvenciált helyen lévő nyaraló) komoly értéket képviselnek. Ezért az alperes helyesen értékelte, hogy az interneten kívül az egyéb kommunikációs eszközökön meghirdetett játék egyszerűnek tűnt. A tájékoztatások nagy része azt az üzenetet közvetítette, hogy 250 forint egyszeri díj ellenében lehetőség van a meghirdetett nagy értékű nyeremények elérésére. Az ár/értékarány, valamint az a tény, hogy a tájékoztatások többsége nem tartalmazta a tudásalapú sms-re történő helyes válasz megküldésének szükségességére vonatkozó információt, megtévesztésre volt alkalmas. A meghirdetett játék egyszerűségénél fogva, nem mutatkozott szükségesnek a fogyasztó oldaláról, hogy további tájékozódást folytasson. A fogyasztó közvetlenül az egyes kommunikációs eszközökkel (sms, plakát, IVR) került kapcsolatba, ügyleti döntését a közvetlenül észlelt (látott, hallott) tájékoztatás alapján hozta meg. A fogyasztótól az adott helyzetben nem volt elvárható, hogy ezeken túlmenően a részletes játékszabály megismerése céljából, tovább tájékozódjon. Azt a tényt, hogy a felperes által alkalmazott kommunikációk nem nyújtottak valós képet a játékról, alátámasztja az az egyébként nem cáfolt adat, hogy a játék kezdetét jelentő „nyaralás” szó megküldése után az érintett fogyasztók mintegy 1/4-e a továbbiakban nem vett részt a játékban. Így a regisztráció után a fogyasztók nagy számban a további tájékoztatást tartalmazó sms-ek megküldését követően, a játékig az emelt díjas sms-ért kifizetett összeget (250 forint) felesleges teherként vállalták. E körben nem fogadható el az a felperesi hivatkozás, amely szerint a kommunikációs eszközök korlátaira tekintettel mindent megtett azért, hogy a fogyasztókkal a játékot megismertesse. Nem vitathatóan bizonyos kommunikációs eszközök terjedelme, így különösen az sms (karakter és szöveg korlátja) nem alkalmas arra, hogy jelentős mennyiségű információt közvetítsen. Éppen ezért a felperes felelőssége az irányadó jogszabályi rendelkezésekből következően (Fttv. 3.§, 6.§, 7.§), hogy a közölt információ ne legyen megtévesztő, ne készítse a fogyasztót olyan ügyleti döntésre, amelyet egyébként nem hozott volna meg. A kereskedelmi gyakorlat megítélése során nem a kommunikációs eszközök összességét, az azokban megjelenő részinformációkat kell együttesen figyelembe venni, hanem a konkrét ügyletre vonatkozóan meghozandó döntést érintő tájékoztatás megfelelőségét, mert a fogyasztó ezekkel kerül közvetlen kapcsolatba. Önmagában nem elegendő az internet cím, a további tájékozódás lehetőségének megjelenítése, arra történő utalás nélkül, hogy a játékban való részvétel és a konkrét nyerési esély elérése több mozzanatból áll, ezekhez emelt díjas, és tudás alapú sms-ek megküldése szükséges. Az alperesi vizsgálat adatai szerint az sms-ek a játék során folyamatosan és mindvégig továbbításra kerültek, a nyereményjátékról átlagosan négy darab tájékoztató; azok a fogyasztók, akik legalább egy db emeltdíjas sms-t küldtek, ezért átlagosan 57 db sms-t kaptak (szemben az általuk küldött, ezen mennyiségnek mintegy hatodát jelentős sms számmal). A felperesnek ez a magatartása kimerítette az Fttv. melléklete 26. pontjában tilalmazott magatartást (agresszív kereskedelmi gyakorlat) azzal, hogy a játék időtartama alatt a fogyasztóknak jelentős számú sms, a játékszabályzatban nem szereplő fogalmi kategóriába tartozó emlékeztető, illetve egyéb tájékoztató jellegű sms-ek kerültek továbbításra. Ezek tartalmukat tekintve kifejezett és személyre szóló felhívások voltak arra, hogy a nyerési esély csak a játék folytatásával és az abban való további részvétellel valósul meg. A felperes nem bizonyította, hogy az alperes a Polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény (a

továbbiakban: Pp.) 339/B.§-ának rendelkezéseit megsértve határozta volna meg a bírság összegét. Az alperes döntéséből kitűnik, hogy a bírság kiszabása a tisztességtelennek minősített felperesi gyakorlat miatt történt. E körben relevanciával nem bír, hogy az elégedettségi mutatók milyen átlageredményeket tükröznek; az alperes azt értékelte, hogy az eljárásban a felperes együttműködő volt, valamint, hogy mindent megtett a kereskedelmi kommunikáció javításáért megjegyezve, hogy mindezekre a lépésekre éppen a korábbi félreérthető tájékoztatások miatt volt szükség. Közömbösnek ítélte azt, hogy a versenyhatósági eljárás alatt a felperes jogszerű magatartást tanúsított. Nem tartotta enyhítésre okot adó körülménynek azt sem, hogy a honlapon a teljes játékszabályzat megismerhető volt. A versenyhatóság a Tpv. 78.§-ában írtaknak megfelelően az előző évi nettó árbevételhez igazítottan, annak töredékében állapította meg a bírság összegét.

A felperes fellebbezésében elsődlegesen kereseti kérelmének megfelelően az elsőfokú ítélet megváltoztatását, másodlagosan az elsőfokú ítélet hatályon kívül helyezését és az elsőfokú bíróság új eljárás lefolytatására való utasítását kérte. A felperes fellebbezésében a versenyhatóság értékelését keresetében kifogásoló, korábban már kifejtett és az elsőfokú bíróság által is értékelt jogi érveit ismételte meg. Hangsúlyozta, hogy a Pp. 336/A.§-ának (2) bekezdése szerinti tényállás vitatása körében az alperes bizonyítási kötelezettségének nem tett eleget. Emiatt tévedett az elsőfokú bíróság, amikor a versenyhatóság döntését a jogsértés, és az emiatt kiszabott bírság körében a Pp. 339/B.§-a alapján jogszerűnek ítélte. Sétrelmezte, hogy az elsőfokú bíróság ítélete a Pp. formai követelményeinek nem felel meg, mert nem jelölte meg az alperesi határozat számát.

Az alperes ellenkérelmében fenntartotta és megismételte korábbi jogi álláspontját, alaptalannak tartva a felperes fellebbezésében kifejtetteket. Hangsúlyozta, hogy határozata és az elsőfokú bíróság ítélete is a jogszabályi előírásokkal összhangban áll. A tényállást kellő mértékben tisztázta a felperes által vitatott kérdések értékelését az elsőfokú bíróság elvégezte, és a jogsértés miatt mérlegeléssel kiszabott bírság összege tekintetében is okszerű megállapításokat tett ítéletében. Álláspontja szerint az a körülmény, miszerint az elsőfokú ítéletben nem szerepel az alperesi határozat száma, nem minősül olyan eljárási hibának, amely a jogszerű döntés hatályon kívül helyezését tenné indokolttá, különösen, hogy a felperes nem jelölte meg, hogy ezzel az elsőfokú bíróság a Pp. mely rendelkezését sértette meg.

A felperes fellebbezése nem alapos.

A Fővárosi Ítéltábla az elsőfokú bíróság ítéletét a Pp. 253.§-ának (3) bekezdése szerint eljárva, a felperesi fellebbezés és az alperesi ellenkérelem korlátai között bírálta felül. Ennek eredményeként megállapította, hogy az elsőfokú bíróságnak a Pp. 206.§-ában foglaltaknak megfelelő, a rendelkezésre álló peradatokból levont jogi következtetései minden tekintetben helytállóak és okszerűek voltak, döntésével és annak indokolásával a másodfokú bíróság maradéktalanul egyetértett.

A felperes fellebbezésében az elsőfokú eljárásban már előadottakat ismételte meg és az elsőfokú bíróság részéről teljesskörűen értékelteken túl nem adott elő semmilyen olyan új tény, körülményt, továbbá nem volt olyan javára értékelhető okfejtése, amely az elsőfokú bíróság minden tekintetben jogszerű ítéletének a megváltoztatásával, avagy hatályon kívül helyezésével a fellebbezése kedvező elbírálását eredményezné.

Mindezek miatt a Fővárosi Ítéltábla a Pp. 254.§-ának (3) bekezdése alapján az elsőfokú bíróság ítéletét helyes indokainál fogva helybenhagyta.

A fellebbezésben írtakra figyelemmel kiemeli a másodfokú bíróság, hogy az elsőfokú bíróság a döntése alapjául szolgáló tényállást helyesen rögzítette, a jogsértés körébe a kereseti kérelem érvrendszere mentén eljárva az alperes által kifogásolt, így a felperes által sérelmezett különböző kommunikációs eszközökön megjelent tájékoztatások jogsértő elemeinek összevetését elvégezte, és az e körben tett érvei okszerűek voltak. A felperesi játék lényeges jellemzője volt, hogy az abban való részvételhez nem elegendő a meghirdetett „nyaralás” szó egyszeri továbbítása, hanem a nyerési esély növelése érdekében számos, részvételi pontokat is jelentő tudásalapú, helyes választ tartalmazó emeldíjas sms-ek megküldése is szükséges volt. Az alperes a Fttv. 4. §-ának (1) bekezdése szerint az ésszerűen tájékozott, adott helyzetben általában elvárható figyelmességgel és körültekintéssel eljáró fogyasztót vette alapul eljárásában. A kommunikációs anyagok vizsgálati módszere nem volt hibás, azt helyesen egy folyamatnak tekintette. Helytálló volt az a megközelítése is, hogy nem csak az a magatartás jogellenes, amely kizárólagosan meghatározza a fogyasztó döntését, hanem minden olyan cselekmény is, amely érdemben kihatással van a folyamat egészére, ideértve a figyelem felkeltését is. A felperes által adott egyes tájékoztatások egymással sem voltak összhangban. A felperes részéről vitatott kérdésköröket érintően (felperesi közlések értékelése, fogyasztói definíció, vizsgálati módszer, megtévesztésre alkalmasság, agresszív kereskedelmi gyakorlat, bírság összegét befolyásoló releváns körülmények) az alperes és az elsőfokú bíróság is részletesen kifejtette jogi álláspontját. Helyesen jártak el, amikor a felperesi kommunikációk megtévesztésre való alkalmassága szempontjából a fogyasztókra és üzleti döntéseikre gyakorolt hatást vizsgálták és azt állapították meg, hogy a feltárt tények és körülmények ismeretében a felperesi tájékoztatások téves képzet kialakulását eredményezhették a fogyasztókban a játékban való részvétel feltételeiről, így objektíve alkalmasak voltak arra is, hogy a fogyasztókat megtévezzék (tévedésbe ejtsék, vagy tévedésben tartsák). Az agresszív kereskedelmi gyakorlatot igazolja, hogy a játékban való részvételre ösztönző és a nyerési esély növelését ígérő, folyamatosan megküldött sms-ekkel a felperes célja a játékosok intenzív módon való inspirálása volt, amellyel jelentős befolyást volt képes gyakorolni a fogyasztói döntésekre. A Fővárosi Ítéltábla osztotta az elsőfokú bíróságnak a jogsértés körében tett végkövetkeztetését is, amely szerint a felperesi magatartás megtévesztő jellege, valamint az agresszív kereskedelmi gyakorlat bizonyítottan fennállt a vizsgált kommunikációs anyagokkal összefüggésben.

A hasonló tárgyú jogsértések elbírálása során meghozott bírósági döntésekben hangsúlyozottak szerint a másodfokú bíróság a következőket emeli ki. A vállalkozásnak mindig elől kell járnia a fogyasztók tisztességes tájékoztatásában. Kétségtelenül a fogyasztótól is elvárható, hogy döntése során haszon-maximalizálásra törekedjék, vagyis a számára kedvező döntés meghozatala érdekében ésszerű mértékű információkeresést folytasson. Ugyanakkor ez nem jelentheti a tájékoztatói kötelezettség parttalan áthárítását a fogyasztóra, ugyanis a tájékoztatások jogsértő jellege akkor is megállapítható, ha a fogyasztónak módja van a teljeskörű valós információ megismerésére. A felperesi kommunikációkból kitűnően nem bonyolult feltételek teljesítését megkívánó játék miatt az abban való részvételre vonatkozó fogyasztói döntés is egyszerűnek mutatkozott, ezért a további informálódás szükségességének igénye fel sem merült.

Helytállóan állapította meg az elsőfokú bíróság, hogy nem mentesíti a felperest a kommunikációs eszközökön közzétett tájékoztatások jogsértő jellege alól az, hogy weboldalán a játékszabályzat és a játékról szóló teljeskörű tájékoztatás biztosított volt, mert a vállalkozásoknak termékeik, szolgáltatásaik ismertetésekor valós, egyértelmű tájékoztatást adva kell közrehatniuk a fogyasztói döntések meghozatalában. Abban az esetben, ha a termék vagy szolgáltatás bármely lényeges tulajdonságával összefüggően a tájékoztatás nem igaz és nem pontos, megvalósul a fogyasztók megtévesztése. A felperes nem hivatkozhat alappal arra, hogy megítélése szerint a versenyhatóság helytelen fogyasztói magatartásból indult ki, és nem megfelelő körben folytatta le vizsgálatát, valamint tévesen értékelte közlései megtévesztésre való alkalmasságát, ugyanis e fogalmaknak a keresetben és a fellebbezésben adott értelmezése sem cáfolja a versenyhatóság és az elsőfokú bíróság részéről tett azon megállapításokat, hogy a felperesi közlések, valamint az alkalmazott kereskedelmi gyakorlat a jogszabályi követelményeket nem elégítették ki.

A felperesnek a Pp. 336/A.§-ára tett hivatkozását nem tartotta elfogadhatónak a másodfokú bíróság, mert a felperes nem a jelen ügyben feltárt tényeket és körülményeket támadta, hiszen azok megalapozottságát semmivel sem cáfolta; felhozott érveivel ténylegesen az alperesi mérlegelést vitatva a jogsértés és a bíróság körében feltárt bizonyítékok újraértékelését és az általa előadottak elfogadását kérte, azonban ez nem szolgálhatott alapul a bizonyítási teher megfordításához (Pp. 164.§).

A felperes fellebbezésében egyáltalán nem jelölte meg, hogy az elsőfokú bíróságnak a bíróság kiszabása körében kifejtett indokait miért nem tartja elfogadhatónak. Az elsőfokú bíróság az alperesi határozatnak a bíróságra vonatkozó része tekintetében helyesen állapította meg, hogy a versenyhatóság az ügyben releváns enyhítő és súlyosító körülményeket feltárta, és megjelölte, hogy mit, miért és milyen súllyal értékelt; indokairól pedig kellő részletességgel számot is adott. A másodfokú bíróság utal a Pp. 339/B.§-ában írtakra, amely szerint a bíróság a közigazgatási szerv mérlegelését nem mérlegelheti felül. A mérlegeléssel megállapított bíróság mértékének megváltoztatására csak akkor kerülhet sor, ha a hatóság a tényállást nem kellő mértékben tárta fel, ezért az részben hiányos, vagy téves, és mérlegelésének szempontjai és annak okszerűsége sem állapítható meg. Helyesen jutott arra a következtetésre az elsőfokú bíróság, hogy a felperes keresetében nem tárt fel ilyen feltételt, az általa megjelölt körülmények pedig nem alapozzák meg a terhére kiszabott bíróság mértékének a csökkentését, amely a Tpvt. 78.§-ának (1) bekezdése szerint kiszabható lehetséges maximum értéktől jelentősen alacsonyabb mértékű.

A felperes fellebbezésében kiemelte, hogy az elsőfokú bíróság ítéletében nem szerepel az alperesi határozat száma. Az ítéletből azonban egyértelműen kitűnik az alperesi határozati szám megjelölése nélkül is, hogy az elsőfokú bíróság az alperesnek a „Nyári sms promóció” elnevezésű, a felperesi játékkal összefüggésben meghozott határozatának a jogszerűségét bírálta el a felperesi kereseti kérelem keretei között eljárva. Az ítélet eme hiányossága súlyos eljárási szabálysértésként nem értékelhető, mert nem hatott ki az ügy érdemére, és semmilyen módon nem befolyásolja az elsőfokú bíróság döntésének jogszerűségét.

A másodfokú bíróság a pereszes felperest a Pp. 78.§-ának (1) bekezdése alapján kötelezte az alperes másodfokú perköltségének a megfizetésére, amelynek összegét a bírósági eljárásban megállapítható ügyvédi költségekről szóló 32/2003. (VIII.22.) IM rendelet 3.§-ának (2) bekezdés b) pontja és (5) bekezdése alapján határozta meg. A sikertelenül fellebbező felperes

az illetékekről szóló 1990. évi XCIII. törvény (a továbbiakban: Itv.) alkalmazandó 39.§-ának (1) bekezdése és 46.§-ának (1) bekezdése szerinti mértékű, az Itv. 62.§-ának (1) bekezdés h) pontjában biztosított tárgyi illetékfeljegyzési jog folytán le nem rótt fellebbezési illetéket a bírósági eljárásban alkalmazandó költségmentességről szóló 6/1986. (VI.26.) IM rendelet 13.§-ának (2) bekezdése alapján köteles viselni.

Budapest, 2011. évi május hó 11. napján

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