

Fővárosi Ítéltábla
2.Kf.27.171/2012/4.

A Fővárosi Ítéltábla az Ormai és Társai CMS Cameron McKenna LLP ügyintéző: dr. O. G. ügyvéd) által képviselt Magyar Telekom Nyrt. (Budapest) felperesnek a dr. László Ildikó Katalin ügyvéd (1245 Budapest, 5. Pf.: 1036.) által képviselt Gazdasági Versenyhivatal (1054 Budapest, Alkotmány u. 5., hivatkozási szám: Vj/003-044/2010.) alperes ellen versenyügyben hozott közigazgatási határozat felülvizsgálata iránt indult perében a Fővárosi Törvényszék 2012. évi január hó 18. napján kelt 3.K.30.033/2011/7. számú ítélete ellen a felperes által 8. sorszám alatt előterjesztett fellebbezés folytán az alulírott helyen 2012. évi szeptember hó 12. napján megtartott nyilvános tárgyalás alapján meghozta a következő

Í t é l e t e t :

A Fővárosi Ítéltábla az elsőfokú bíróság ítéletét helybenhagyja.

Kötelezi a felperest arra, hogy 15 napon belül fizessen meg az alperesnek 100.000 (azaz egymázezer) forint másodfokú perköltséget, valamint az államnak - az illetékügyekben eljáró hatóság külön felhívására - 2.500.000 (azaz kétmillió-ötszázezer) forint fellebbezési illetéket.

Ez ellen az ítélet ellen további fellebbezésnek nincs helye.

I n d o k o l á s

Az alperes a 2010. szeptember 21. napján kelt Vj-3-040/2010. számú határozatában megállapította, hogy a felperes a 2009. október 2. és december 30. napjai között megtartott 90 Golf, 90 nyertes elnevezésű játékával kapcsolatban a fogyasztókkal szembeni tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatot tanúsított, amely miatt őt 200 millió forint bírsággal sújtotta. A határozat indokolásában az alperes a felperes által lebonyolított sms játék részletes bemutatását követően, a bírói gyakorlatra is utalással leszögezte, hogy a kereskedelmi gyakorlat megítélése során az olyan fogyasztó magatartását kell alapul venni, aki ésszerűen tájékozottan, az adott helyzetben általában elvárható figyelmességgel és körültekintéssel jár el. A felperes az általa a fogyasztóknak a játékba történő regisztrálását megelőzően megküldött sms-ek és mms-ek, valamint a fogyasztóknak a fogyasztók regisztrálását követően megküldött sms-ek, továbbá az A/1-es kültéri plakát révén tanúsított kereskedelmi gyakorlatával a fogyasztókkal szembeni tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat tilalmáról szóló 2008. évi XLVII. törvény (a továbbiakban: Fttv.) 3.§-ának (3) bekezdésére és 6.§-ának (1)

bekezdés b) pontjára tekintettel megsértette az Fttv. 3.§-ának (1) bekezdését, míg az ún. aktiváló és tájékoztató üzeneteket, valamint a kérdéseket tartalmazó sms-ek megküldésével tanúsított kereskedelmi gyakorlatával az Fttv. 3.§-ának (4) bekezdésére és az Fttv. mellékletének 26. pontjára tekintettel ugyancsak megsértette az Fttv. 3.§-ának (1) bekezdését. Kifejtette, hogy az mms-ek és a kapcsolódó sms-ek alkalmasak voltak arra, hogy a fogyasztók nem reális képet alkossanak a játékról. A fogyasztó alappal vélhette, hogy a válasz sms megküldésével a játékban való részvétele biztosított, az nem igényel további fogyasztói aktivitást, ez azonban nem felelt meg a valóságnak. A regisztrálást követően megküldött sms-ek nyeres közeli helyzetre, illetve az aznapi nyeres lehetőségére történő utalással, valamint az utolsó napi nyeresmény megnyerésének lehetőségéről szóló tájékoztatással valótlán képet nyújtottak a fogyasztó nyeresési esélyeiről. Az Al-es plakát alapján a valósággal szemben a fogyasztó alappal vélhette azt, hogy a Golf szó megküldésével a játékban való részvétele biztosított, az nem igényel további fogyasztói aktivitást. A felperes kereskedelmi gyakorlata agresszív jellegű volt, mert az ún. aktiváló és tájékoztató üzeneteket tartalmazó sms-ek az Fttv.-ben meghatározott kommunikációs eszköz útján jutottak el a fogyasztókhoz, azt a felperes ismétlődően küldte meg nekik; a tájékoztató üzeneteket, valamint a kérdéseket tartalmazó sms-ek nem a fogyasztók által valamiképpen kívánt módon, viszont a fogyasztók sürgetésével valósultak meg annak érdekében, hogy ők további emeltdíjas sms-eket küldjenek meg a felperes részére, mindezt úgy, hogy a fogyasztó regisztrálását követő ún. aktiváló és tájékoztató üzeneteket tartalmazó sms-ek megküldése nem volt szükséges a szerződéses kötelezettség teljesítéséhez. A jogsértés miatt indokoltnak tartotta a bírság kiszabását, amelynek összegét a tisztességtelen piaci magatartás és a versenykorlátozás tilalmáról szóló 1996. évi LVII. törvény (a továbbiakban: Tpv.) 78.§-ának (3) bekezdésére utalással állapította meg. Súlyosító körülményként értékelte, hogy a felperes korábban már több alkalommal is tanúsított a fogyasztók megtévesztésére alkalmas magatartást, kereskedelmi gyakorlata a fogyasztók igen széles körét érte el, a kereskedelmi gyakorlat részben olyan fogyasztói kör vonatkozásában valósult meg, amely játékszenvedélytől fűtött, illetve a játékok iránt az átlagosnál nagyobb érdeklődést mutat, döntéseiben ezáltal befolyásoknak, és az átlagosnál kiszolgáltatottabbnak minősül, továbbá, hogy a kereskedelmi gyakorlat mintegy három hónapig, illetve még ez időszakon túl is kifejtette hatását, és hogy a felperes magatartása neki felróható volt. Az alperes a határozat 62. pontjában több mint tíz bekezdésben sorolta fel az általa értékelt enyhítő körülményeket.

A felperes keresetében elsődlegesen jogsértés hiányában a határozat megváltoztatását, másodlagosan a határozat hatályon kívül helyezését és szükség szerint az alperes új eljárásra kötelezését, harmadlagosan pedig a bírság összegének csökkentését kérte. Állította, hogy az alperes nem tisztázta megfelelően a tényállást, így helytelen jogi következtetést vont le. Nem vette figyelembe a mobil marketing újdonság jellegét, a külföldi gyakorlatot, a specifikus szabályozási környezet hiányát, az egyes kommunikációs formák korlátait, a játék természetét, továbbá azt, hogy a játék során a megfelelő gondosságot tanúsította. Álláspontja szerint az ún. heavy user-ek szerepét a játékban külön kellett volna értékelni. Véleménye szerint az alperes a jogkövetkezmények meghatározása során nem vette figyelembe a játék újdonság jellegét, továbbá azt, hogy a játék bevételét más bevételeitől elkülönítve kezelte.

Az alperes a határozatban foglaltak fenntartása mellett kérte a kereset elutasítását. Állította, hogy a határozat megalapozott és jogszerű.

Az elsőfokú bíróság ítéletével a felperes keresetét elutasította. Indokolásában az Fttv. 1.§-ának (1) bekezdése, 3.§-ának (1) - (4) bekezdései, 4.§-ának (1) és (2) bekezdése, 6.§-ának (1) bekezdés b) pontja, 8.§-ának (1) bekezdése és 19.§-ának c) pontja, valamint a Tptv. 77.§-ának (1) bekezdés d) pontja alapján leszögezte, hogy a fogyasztók felé irányuló tájékoztatást úgy kell közvetíteni, hogy az az átlagfogyasztó számára egyértelmű, követhető és értelmezhető legyen, az adott reklámnak minden körülmények között tisztességesnek kell lennie. Bár a fogyasztótól elvárható a reklám befogadásával és az azon alapuló üzleti döntéssel kapcsolatban egy haszon maximalizáción alapuló információkeresés, ugyanakkor a reklámok valóságtartalmának igazolása nem hárítható át a fogyasztóra. Az a fogyasztó is ésszerűen jár el, aki bízik a reklámok tájékoztatásaiban és jóhiszeműen tanúsítja a reklámozó által elérni kívánt magatartást. A játék során pontosan azon lényeges elem nem tudatosulhatott a játékosok nagy részében, hogy az sms-ek egymásra épülnek és, hogy a nyereséhez több ezer sms elküldése szükséges. Helytállóan értékelte az alperes az adott játékot úgy, hogy különös relevanciával kell figyelembe venni a játékszenvedélytől fűtött, a játékok iránt az átlagosnál nagyobb érdeklődést mutató és a döntésben ezáltal befolyásolt fogyasztókat. Az ún. heavy user játékos kör jóval könnyebben rávehető a játékban való részvételre, a játék folytatására, az ő esetükben sokkal kevésbé számít a megfontoltság, a következmények felmérése iránti igény. Ezen játékosokra jellemző, hogy a legtöbb esetben még saját érdekeikkel ellentétesen is folytatják a játékot. A játékban számos olyan fogyasztó volt, aki adott esetben több ezer sms-t küldött, és egyértelműen kimutatható volt a korreláció a játék előre haladott volta, a nyerési esélyek állása, illetve a továbbá részvételi hajlandóság között. A játékosok egy bizonyos része ugyanis egy idő után futott a pénze után. Helyzetük okán ők kiszolgáltatottabbak, ezért jóval érzékenyebbek voltak a nekik küldött, a nyerési esélyeiket túlzó, vagy legjobb esetben is valótlan eséllyel kecsegtető üzenetek által sugalmazott cselekvésre, vagyis arra, hogy további sms-eket küldjenek úgy, hogy előzőleg nem kaptak valós és reális tájékoztatást a játék felépítéséről. A felperes a játékban való részvételre felhívó sms-ekkel lényegében azt az egyszerű üzenetet közvetítette a fogyasztók felé, hogy néhány sms elküldésével nagy értékű autót lehet nyerni. Ám pontosan a játék lényegéről, az sms-ek egymásra épülésének fontosságáról és azok szükségszerűen nagy számáról, a játék tényleges struktúrájáról semmilyen tájékoztatást nem nyújtott a felperes. Ezt a hiányt vagy a fogyasztóknak kellett további tájékozódással pótolniuk, ami már önmagában jogsértő, vagy ennek hiányában nem kielégítő, félrevezető információk alapján kezdtek bele a játékba. A felperesnek tudnia kellett az sms-ek kommunikációs korlátairól, de azok fogyasztói felhasználói szokásairól is, és ezek ismeretében kellett volna kialakítania a játék lebonyolításának eszközrendszerét. Az sms-ek nagy része alapján a fogyasztók egyértelműen valótlan képet kaptak a nyerési esélyeikről; a nyertesek között egyetlen egy sem volt olyan, aki kizárólag egy napot játszott volna és azon a napon sikerült volna megnyernie a gépkocsit, holott az sms-ek nagy része ezt sugallta. Ugyancsak megtévesztők voltak a nyereséssel kapcsolatos utaló sms-ek, hiszen a nyereséhez ténylegesen az adott esetben több száz, vagy több ezer sms-t kellett volna küldenie. Az sms-ek alkalmasak voltak a fogyasztók üzleti döntéseinek jogsértő befolyásolására, miután látszólag egy, illetve néhány sms elküldése nem jelent sem anyagilag, sem ráfordítandó energiát és időt

tekintve olyan befektetést, amely érdemben értékelhető vagy megfontolandóvá tette volna a haszonmaximalás elve alapján a legtöbb fogyasztó számára az esetleges elutasító döntés meghozatalát. Az A1-es plakát ugyancsak alkalmas volt arra, hogy a fogyasztók egy része irreális képet alkosson a játékról, mert a főüzenethez képest kisebb betűkkel szerepeltetett információk nem voltak szükségszerűen megismerhetők minden elért fogyasztó számára. Az sms-ek folyamatos küldése, a permanens nyerési esélyre való utalás, a nagy értékű nyeremény állandó emlegetése, az idő faktor rövidségének kihangsúlyozása egymás hatását erősítve, a fogyasztó döntését indokolatlanul erősen motiválva, mintegy erőltetve kívánta a játékban való részvétel folytatását elérni. Ez a magatartás még akkor is agresszívnek tekinthető, ha csak ilyen áttételes módon valósul meg. Logikus és életszerű volt az alperes azon következtetése is, hogy a lemondással élők alacsony száma a kommunikáció agresszív jellegét támasztja alá. Éppen a lemondások nagy száma utalt volna arra, hogy a fogyasztók nem találták meggyőzőnek és reálisnak az üzenetek nyerési esélyeit. Azonban a nyerési esélyek folyamatos hangsúlyozása, a válaszadásra rendelkezésre álló idő rövidségének folyamatos tudatosítása elfeledte, de legalábbis megnehezítette vagy egyenesen kizárta a játékosok többségében a tudatos átgondolást, azonnali spontán cselekvésre ösztönzött. A jogsértés megállapítása szempontjából irrelevánsnak tartotta a fogyasztói panaszok hiányára, a szabályozási környezet hiányosságaira, a hasonló jellegű játékokra, a játék újszerű jellegére vonatkozó felperesi hivatkozást. Az ún. heavy user-ek magatartását, attitűdjét, motivációit, mint az adott játékkal relevánsán érintett célcsoport szempontjait a tájékoztatás és a lebonyolítás eszközeinek meghatározása során különösen figyelembe kellett volna vennie a felperesnek. Az alapvető emberi reakciók, az általános fogyasztói attitűdök, a piaci döntési mechanizmusok még a telekommunikációs piacon is köztudomású tények, így külön bizonyításra nem szorulnak. A felperes e körben levezetett, szubjektív értelmezése nem tekinthető eredményes ellenbizonyításnak. Erősítette a nyerési esélyek irreális fogyasztói értékelését az ún. kvíz kérdések egyszerűsége, amely a fogyasztókban azt az érzetet erősíthette, hogy a nyeremény könnyen megszerezhető. Egyértelműen megtévesztő volt az utolsó napon a korábban, a regisztrációt követően egyetlen egy kérdésre sem válaszoló játékosnak megküldött azon sms-e, amely szerint a játékosnak van nyerési esélye. Ennek a játékosnak ugyanis a nyeréshez óránként több mint 420 sms-t kellett volna elküldenie a jó válaszokkal. Felperesnek tehát a legfontosabb célja a minél több személy minél tovább játékban tartása volt még azon az áron is, hogy ennek érdekében megtéveszti a fogyasztókat. A határozatot a bírság kiszabás körében is jogszerűnek ítélte; az megfelel a generális és speciális prevenció céljainak is. Az alperes mérlegelte az eset összes körülményét, határozata részletesen tartalmazza a megfelelő módon figyelembe vett súlyosító és enyhítő körülményeket.

A felperes fellebbezésében elsődlegesen az elsőfokú ítélet kereseti kérelmének megfelelő megváltoztatását, másodlagosan az ítélet hatályon kívül helyezését és az elsőfokú bíróságnak a per újabb tárgyalására és újabb határozat hozatalára való utasítását kérte. Álláspontja szerint az elsőfokú bíróság jelentős körülményeket nem értékelt megfelelően, a bizonyítás nélküli határozati megállapításokat érdemi felülvizsgálat nélkül vette át, így nem derítette fel megfelelően a tényállást és felszínes jogi következtetést vont le. Kifogásolta, hogy az elsőfokú bíróság döntésénél az átlagfogyasztót, és nem az Fttv. 4.§-ának (1) bekezdésében meghatározott szempontok szerinti fogyasztót vette alapul. Erősen vitatható az elsőfokú bíróság által tételezett

közmegegyezés fennállása a fogyasztói attitűdök tekintetében is. Légből kapottnak és hipotetikusnak tekinthető a játékszenvedélytől fűtött, a játékok iránt az átlagosnál nagyobb érdeklődést mutató és a döntésében ezáltal befolyásolt fogyasztókra történő hivatkozás. Az elsőfokú bíróság éppen azokat a részeket hagyta ki az alperes által megjelölt sms-ekből, amelyek egyértelműen utaltak a játékkal kapcsolatos fontos körülményekre, így arra, hogy nem lehet nyerni csupán egyetlen sms elküldésével és, hogy bővebb információk érhetők el a játék honlapján megismerhető Játékszabályzatból. Ezek alapján nyilvánvaló kellett hogy legyen minden fogyasztó számára az, hogy a nyerésnek további feltételei vannak. Az sms-ek szövege feltételes módon szólt a nyerési esélyekről, elméleti lehetőségként utalva rá, így megalapozatlan az az ítéleti állítás, miszerint az sms-ek nagy része az sms-ek elküldésével azonos napon történő nyerési esélyt sugalmazott. Ugyancsak pusztán feltételezés az, hogy a lemondással élők alacsony száma a kommunikáció agresszív jellegét támasztja alá. Állította, hogy eljárása nem volt megtévesztő és agresszív. A kifogásolt sms-ek ugyanis megfelelnek a gazdasági reklámnak a gazdasági reklámtevékenység alapvető feltételeiről és egyes korlátairól szóló 2008. évi XLVIII. törvény (a továbbiakban: Grt.) 3.§-ának d) pontja szerinti fogalmának, azok már csak a területi korlátokra tekintettel sem lehettek teljeskörűek, Az ésszerűen tájékozódni kívánó fogyasztótól éppen az várható el, hogy érdeklődése, játékkedvének fennállása esetén a megjelölt információs csatornán elindulva tájékozódjon a játék részleteiről. Az elsőfokú bíróság azonban az Fttv.-ben meghatározottnál alacsonyabb szintű körültekintést, tájékozódást várt el a fogyasztóktól. A játékokra való felhívást tartalmazó üzenetek megfogalmazása egy figyelmes, körültekintő és ésszerűen tájékozott fogyasztóban szükségképpen azt a képzetet kellett keltsen, hogy egy olyan, több kérdésre épülő kvíz játékra való felhívást olvas, amelyben több sms elküldésére lesz szükség, és amely játék további részletei az sms-ben megadott online elérhetőségen lelhetők fel. Az Fttv. 4.§-ának (1) és (3) bekezdéseinek együttes értelmezése alapján nyilvánvaló, hogy a fogyasztók nem kaptak valótlán képet a nyeremény megnyerésének esélyeiről, maradéktalanul megbízhattak a reklám, illetve a tájékoztatások valóságtartalmában. Az Fttv. 4.§-ának (3) bekezdésében foglaltakra is figyelemmel megállapítható, hogy egy kellőképpen tájékozott és körültekintő fogyasztó az általa küldött üzeneteket kellő fenntartásokkal kellett, hogy kezelje, mindvégig tisztában lévén azzal, hogy az általa közzétett nyereményjátékhoz hasonló játékok bevett módon alkalmaznak figyelemfelkeltő, játékokra ösztönző, nyereményre kiemelt hangsúlyt fektető elemeket. Állította, hogy az elsőfokú ítélet szerinti agresszív magatartása ténylegesen a „bevett túlzás” elvének megfelelően teljes mértékben jogszerű. Az elsőfokú ítélet az Fttv. 7.§-ának (1) és (2) bekezdéseiben foglaltakkal szemben nem vette figyelembe azt, hogy a játékokra való felhívást tartalmazó üzenetei behatárolt karakterszámú tartalom továbbítására alkalmasak, illetve azt, hogy a tájékoztatást a maga egyszerűségében és rövidségében kell elbírálni. Ezzel figyelmen kívül hagyta az általa indirekt módon, az online hivatkozás megjelölésével az sms üzenet részévé tett Játékszabályzatot. Az elsőfokú bíróság nem értékelte megfelelően azon intézkedéseit sem, amelyeket annak érdekében tett, hogy az sms üzenetekből kimaradt információk eljussanak a fogyasztókhoz. Mindezeket túl állította, hogy az alperes érdemi mérlegelést nem végzett a határozatának meghozatala során, és így az ítélet sem felel meg a mérlegelési jogkörben hozott döntés követelményeinek. Az alperes figyelmen kívül hagyta a reklámkampány összetettségét, és azt, hogy az sms kampány nem külön futott, hanem szerves részét képezte marketing tevékenységének.

Éppen ezért ezt kiragadni, önmagában értékelni nem lehet. A bírság összege megalapozatlan, aránytalan, az alperes nem mérlegelte maradéktalanul a Tpvt. 78.§-ának (3) bekezdésében meghatározott szempontokat.

A fellebbezéssel szembeni ellenkérelmében az alperes az elsőfokú bíróság ítéletének helybenhagyását kérte. Az irányadó bírói gyakorlat és a perrel érintett sms játék főbb paramétereinek felvázolását követően állította, hogy a tényállást kellő mértékben tisztázta, bizonyítási kötelezettségének eleget tett, döntése megalapozott és jogszerű, ezzel szemben a felperes konkrétumokkal nem támasztotta alá állításait. Álláspontja szerint ő is és az elsőfokú bíróság is az Fttv. szerinti fogyasztót vette alapul a döntésénél, ugyanakkor a felperes érdemben nem cáfolta sem a határozati, sem az ítéleti megállapításokat, előadásait nem támasztotta alá. Releváns kérdésekre nem adott választ, így pl. arra, hogy miért keltette azt a látszatot, hogy ha a fogyasztó beszáll a játékba, akkor az adott napon, akár órákon belül nyerhet, miközben ismert volt előtte, hogy a játék első napjának kivételével a nyertesek között egyetlen egy sem volt olyan, aki kizárólag egy napot játszott volna, és azon a napon sikerült volna nyernie. Az sem derül ki, hogy miért keltette azt a hamis látszatot a regisztrálást eredményező sms-t követően megküldött kérdésekre nem válaszoló fogyasztókban, hogy közel vannak a nyeréshez, miközben pl. az adott napi gépjármű megnyeréséhez több ezer sms-t kellett volna még megküldeni, darabonként 300 forint ellenében. Arra sem adott választ, hogy miért hagyta figyelmen kívül a fogyasztóknak a regisztrálást követően megküldött sms-ek kapcsán az általa ismert azon körülményt, hogy a nyeréshez nagyszámú ponttal kell rendelkeznie. A kereskedelmi gyakorlat tisztességtelenségének egyik legszembeötlőbb megnyilvánulásának tekintette a játék utolsó napján a csak regisztráló, de kérdésekre nem válaszoló, illetve az igen alacsony pontszámmal rendelkező fogyasztók részére küldött sms-eket, hangsúlyozva, hogy az aznapi nyertesnek 40.722.510 pontja volt. Előadta még, hogy az általa megállapított jogsértésekre tekintettel irreleváns az Fttv. 7.§-ára és a Grtv. rendelkezéseire vonatkozó felperesi hivatkozás. Hangsúlyozta, hogy ugyan a fogyasztótól is elvárható a számára lehető legkedvezőbb megoldás kiválasztása és ennek érdekében az ésszerű mértékű információkeresés folytatása, ez azonban nem jelentheti a tájékozási kötelezettségnek a parttalan áthárítását a fogyasztóra. A felperes által megküldött sms-ek oly módon nyújtottak valótlan, a játékról egy nem valós képet adó tájékoztatást, hogy nem tartalmaztak egyértelműen túlzó, felismerhetően nem szó szerint értendő és így a fogyasztó által megfelelően kezelt állításokat. A jelentős számú megküldött sms-ek révén a felperes nyomást gyakorolt a fogyasztókra, tisztességtelen módon sürgetve őket a játékban való részvételre, újabb és újabb sms-ek megküldésére. A bírság összegét a Tpvt. rendelkezéseivel összhangban eljárva, gondos mérlegelést követően határozta meg, az általa mérlegelt szempontokat a határozat 62. pontjában megjelölte.

A felperes fellebbezése nem alapos.

A Fővárosi Ítéltábla az elsőfokú bíróság ítéletét a polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény (a továbbiakban: Pp.) 253.§-ának (3) bekezdésében foglaltaknak megfelelően a fellebbezési kérelem és az ellenkérelem korlátai között vizsgálta. Ennek során megállapította, hogy az elsőfokú bíróság a bizonyítékokat egyenként és összességükben is megfelelően értékelve helyesen tárta fel a tényállást, és a rendelkezésre álló peradatok alapján okszerű következtetésre jutott a felperes

magatartása és az alkalmazott szankció jogi megítélését illetően. A felperes a fellebbezésében nem hivatkozott olyan indokra, amely az elsőfokú bíróság ítéletének jogszerűségét megkérdőjelezné, nem jelölt meg olyan tényt vagy körülményt, amely a fellebbezés kedvező elbírálását eredményezhette volna.

Mivel a felperes fellebbezésében lényegében megismételte a kereseti előadását, és az elsőfokú bíróság arra adott, mindenre kiterjedő, kellően részletes, logikus, megfelelően alapos jogi érvelésével pedig a másodfokú bíróság maradéktalanul egyetért, ezért a Fővárosi Ítéletábla az elsőfokú bíróság ítéletét a Pp. 254.§-ának (3) bekezdésében foglaltak alkalmazásával, helyes indokai alapján helybenhagyta.

A fellebbezésben foglaltakra utalással a másodfokú bíróság a következőket hangsúlyozza.

A Pp. 324.§-ának (1) bekezdése alapján a közigazgatási perben is érvényesül a Pp. 164.§-ának (1) bekezdése szerinti általános perrendi szabály, azaz a perben a felperesnek kell igazolnia, hogy a felülvizsgálni kért közigazgatási határozat jogszabálysértő. A bizonyítási teher a Pp. 336/A.§-ának (2) bekezdése alapján csak akkor fordul meg, ha a felperes azt bizonyítja, hogy az alperes nem, vagy nem megfelelően tárta fel az ügyben irányadó tényállást. A felperes még a fellebbezésében is állította, hogy az alperes nem tárta fel megfelelően a tényállást, és, hogy megállapításait az elsőfokú bíróság érdemi felülvizsgálat nélkül vette át. Nem hivatkozott azonban egyetlen olyan tényállási elemre, amely valótlan lenne, és olyan tényállási elemet sem jelölt meg, amelyet akár az alperes, akár az elsőfokú bíróság figyelmen kívül hagyott volna. Nem vitatta, hogy az alperes a valóságnak megfelelően állapította meg az sms játék részleteit, nem hivatkozott arra, hogy az általa adott egyes tájékoztatások szövegét a határozat helytelenül tartalmazná, és a Játékszabályzat elérhetőségével és tartalmával kapcsolatban sem tett kifogásokat. Mindez azt jelenti, hogy a tényállás felderítésével és a bizonyítással kapcsolatos felperesi érvelés ténylegesen a bizonyítékoknak az alperes, illetve az elsőfokú bíróság általi értékelését támadta, és a fellebbezésében is megismételt előadásával a bizonyítékok, vagyis az sms-ek értelmezésének átgondolását, azok újraértékelését és a saját álláspontjának elfogadtatását célozta a felperes. Érvelése azonban - az elsőfokú bíróság által adott részletes okfejtés alapján - nem foghatott helyt.

Az Fttv. 4.§-ának (1) bekezdése valóban nem tartalmazza az átlagfogyasztó kifejezést. Előírja azonban azt, hogy a kereskedelmi gyakorlat megítélése során az olyan fogyasztó magatartását kell alapul venni, aki ésszerűen tájékozottan, az adott helyzetben általában elvárható figyelmességgel és körültekintéssel jár el, figyelembe véve az adott kereskedelmi gyakorlat, illetve áru nyelvi, kulturális és szociális vonatkozásait is. E normaszöveg lényegében a mindennapi, a közepszerű, azaz a nagy többséghez hasonló személyt takarja. A megfogalmazással a jogalkotó arra utalt tehát, hogy az utca emberét, az átlagos vásárlót kell alapul venni, azaz nem a szélsőséges személyeket, így nem a rendkívüli képességekkel rendelkező, kiemelkedő tudású embereket, de nem is a beszámítási képességgel kevésbé vagy egyáltalán nem rendelkező gyengeelméjűeket. Az Fttv. 4.§-ának (1) bekezdése tehát lényegében az átlagfogyasztóról rendelkezik, az átlagfogyasztó jellemzőit határozza meg annak ellenére, hogy szó szerint nem ezt a kifejezést használja. E kérdésben egyébként a

másodfokú bíróság álláspontja szerint tényleges különbség nem is volt az ellenérdekű felek között, inkább az átlagfogyasztó tartalmi ismérveit fogalmazták meg eltérően.

Az ésszerűen tájékozottan, az adott helyzetben általában elvárható figyelmességgel és körültekintéssel eljáró átlagfogyasztó azonban - a bevett túlzások kivételével - nem kételkedik a tájékoztatások szavahihetőségében, azokat nem fogadja fenntartással, hanem jóhiszeműen bízik valóságtartalmukban. Az ésszerűen eljáró fogyasztó nem gyanakszik, bízik az üzleti tisztesség követelményének érvényesülésében, abban, hogy a számára adott tájékoztatás igaz, pontos. Az ésszerűen eljáró fogyasztó nem köteles további kutakodást folytatni annak érdekében, hogy a hozzá eljuttatott üzenet valóságnak megfelelő, teljes tartalmát megismerje, kivéve, ha erre az üzenet küldője nyomatékkal felhívja vagy a szöveg tartalmából e kötelességre erős utalás van. Az ezzel ellentétes felperesi érvelés nem helytálló, mert minden jogi alap nélkül vár el a fogyasztótól gyanakvást és információkeresést.

A „minden nap egy új Volkswagen Golfal ajándékozza meg a napot legtöbb ponttal záró játékost”, „a játék ideje alatt mindennap egy VW Golfot nyer, aki aznap a legtöbb pontot gyűjtötte össze”, „a kérdésekre küldött helyes válaszokkal pontokat gyűjtesz, és a nap végéig a legtöbb pontot gyűjtő játékos nyeri a napi nyereményt” szövegből a fogyasztó számára nem következik az, hogy egy több kérdésre épülő kvízzjátékban való részvételre hívják őt fel, amelyben több sms elküldésére lesz szükség, azaz a napi nyeremény ténylegesen nem az aznap legtöbb pontot szerző játékos nyeri meg, hanem az, akinek az adott napon, göngyöltve, a legtöbb pontja volt. A játékra felhívó sms-ek ezért alkalmasak voltak a fogyasztók megtévesztésére.

Minden piaci szereplő maga dönti el, hogy milyen kommunikációs eszköz útján szólítja meg a fogyasztókat. E döntési szabadsága azonban nem jelenti egyben a versenyjogi szabályok megkerülésének lehetőségét is. A tisztességes kereskedelmi gyakorlat folytatásának, a valós, pontos tájékoztatásnak a követelményét akkor is szem előtt kell tartania, ha csupán kevés információ átadására képes kommunikációs eszközt választ. Az sms, azaz a rövid szöveges üzenet, az egyik legegyszerűbb információátadási mód. Ez az egyszerűség már önmagában is azt a látszatot kelti, hogy az ily módon megjelenített üzenet egyszerű, közérthető, nem hosszú tartalmat hordoz. A regisztrálást megelőzően megküldött sms-ek szövege ezt a feltételezést tovább erősítette, azok alapján a fogyasztó egyszerű szabályok szerinti gyors, egyszerű játékot feltételezett, amihez nem volt szükséges további ismeret beszerzése. Az sms alapján a fogyasztóban nem merült fel kétség a játék lényegét illetően, abban sem egyértelmű felhívás, sem nyomós utalás nem volt a további információkeresés szükségességére, a Játékszabályzat tanulmányozására. Maga az alkalmazott kommunikációs eszköz jellege sem kelthetett gyanút a fogyasztóban, éppen ellenkezőleg, az azonnali cselekvésre ösztönző, a „csak küldj egy üres sms-t”, „csak küldd a GOLF szót” felhívásból éppen arra következtethetett, hogy a játékkal kapcsolatban minden ismeret birtokában van. A fogyasztó a játékra felhívó üzeneteket sms-eken kapta meg, a játékban való részvétel, illetve a nyereség feltétele az sms útján történő válaszadás volt, ezért az ésszerűen eljáró fogyasztóban fel sem merülhetett az, hogy neki, még a játékba való beszállást megelőzően egy másik kommunikációs eszközt kell kerítenie, és azon a felperes honlapját, illetve a vonatkozó Játékszabályzatot kell tanulmányoznia. Ilyen elvárásra az ésszerűen eljáró fogyasztó a játék során sem

gondolhatott, hiszen minden további információ nélkül részt tudott venni a játékban, sms útján sorra jöttek a kérdések, amelyeket szintén sms útján rendre meg lehetett válaszolni. Ezt támasztja alá a lemondással élők alacsony száma is. Akik ugyanis csak regisztráltak, illetve csupán kevés pontot gyűjtöttek össze, azaz kifejezték, hogy a játék további részében nem kívánnak részt venni, azok sem léptek ki a játékból a Játékszabályzat szerint, hanem aktivitás nélkül túrték, fogadták a felperesi felhívásokat. Az ilyen kereskedelmi gyakorlat a fogyasztók megtévesztésére alkalmas volt; a fogyasztók a játékról nem kaptak valós, teljes körű képet, fel sem merült bennük, hogy a nyereményért több napig, akár több millió forintért is, több ezer sms-t kell majd küldeni, a fogyasztóktól pedig a felperes által állított információkeresés nem volt elvárható.

A regisztrálást követően megküldött sms-ek ugyancsak jogsértő kereskedelmi gyakorlatot valósítottak meg. A felperes a regisztrálást követően megküldött kérdésre nem válaszolóknak ugyanis azt írta, hogy „az eddigi tíz pontoddal igazán kitűnsz a tömegből”, „már csak pár lépésre lehetsz a T-Mobile mai VW Golfjától”, amivel azt sugallta, hogy a többi játékoshoz képest ténylegesen nagyobb esélye van az azonnali nyeremény elérésére. Ezzel a felperes ténylegesen megtévesztette az érintett fogyasztókat, hiszen ők egyáltalán nem tűntek ki a tíz pontjaikkal a tömegből, a többi fogyasztóhoz képest nem volt nagyobb esélyük a napi nyeremény elérésére, és nem hogy pár lépésre, hanem adott esetben több ezer sms megküldésére volt szükség az autó megnyerésére. A legmegtévesztőbbnek az utolsó napi nyeremény megnyerésének lehetőségéről szóló üzenetek bizonyultak. A felperes azzal hitegetett meghatározott fogyasztói kört, hogy komoly esély van az aznapi nyeresre annak ellenére, hogy ő maga is tudta, hogy ez nem igaz. Az alacsony pontszámmal rendelkezőkben azt a reményt táplálta, hogy valódi esélyük van a nyeresre, holott tudott volt előtte, hogy ahhoz több ezer sms elküldésére, több millió pont megszerzésére volt még szükség.

Általában nem jogsértő, ha a piaci szereplő hozzájárulás hiányában küld kereskedelmi kommunikációt a fogyasztó részére. A fentiek szerint azonban a fogyasztók jelentős része nem végzett részletekre is kiterjedő tájékozódást a játék kapcsán, így nem volt ismert előttük az sem, hogy a játék során további kérdéseket, valamint ún. aktiváló és tájékoztató üzeneteket tartalmazó sms-eket fognak kapni. Értelemszerűen ezért az ilyen sms-ek fogadásába történő beleegyezésüket sem lehet vélelmezni. A kérés nélkül, azaz a fogyasztó által nem kívánt módon, a Játékszabályzat szerint szerződéses kötelezettség teljesítéséhez nem szükséges, ismétlődően megküldött, fogyasztót sürgető sms-ek agresszívvá tették a felperes kereskedelmi gyakorlatát. A „sürgős” a „csak küldd” az „s.o.s.” stb. tartalmú kéretlen üzenetek tisztességtelen módon, sürgetően, a fogyasztókra nyomást gyakorolva azt a felperesi célt szolgálták, hogy minél többen vegyenek részt a játékban, minél több újabb és újabb sms-t küldjenek meg.

A fentiek alapján a Fővárosi Ítéltábla megállapította, hogy az alperes és az elsőfokú bíróság is helyesen értékelte a felperesi magatartást, azt alappal cáfoló érvelést a felperes fellebbezésében sem adott. Ennél fogva az elsőfokú bíróság álláspontjától eltérő következtetésre nem jutott az ítéltábla sem.

A fentiekén túl rámutat még a másodfokú bíróság arra, hogy az alperes döntésének jogsértést megállapító rendelkezései nem minősülnek mérlegelési jogkörben hozott döntésnek. A mérlegelési jogkörben hozott döntés lényege ugyanis az, hogy ugyanazon tényállás mellett többféle döntésre is mód nyílik. A mérlegelés lehetőségére a jogalkotó többféle módon is utalhat; kifejezetten megjelölheti a döntési alternatívákat, általános jogi fogalmakat alkalmazhat, keretrendelkezést adhat stb. Ez a mérlegelés azonban nem keverhető a minden közigazgatási döntés megalapozottságát biztosító, a bizonyítékok egyenkénti és összességükben való értékelésen alapuló döntéssel. A jogi szabályozás a legtöbb esetben ún. kategorikus jogi normában definiált tényállást jelenít meg, azaz az abban foglaltak bekövetkezése esetén csupán egyféle döntés hozható. Ilyenkor azt kell vizsgálni, hogy megvalósult-e a törvényi tényállás vagy sem. Jelen esetben az alperes a jogsértés megállapítása körében ilyen utóbbi, direkt jogalkalmazói döntést hozott, vagyis a törvényi tényállást vetette össze az általa a bizonyítékok mérlegelésével megállapított tényállással. Ez tehát nem mérlegelési jogkörben hozott döntés, így a felperes erre vonatkozó előadását az ítéletábra értékelni nem tudta.

A felperes fellebbezésében kifogásolta a bírságra vonatkozó rendelkezést is. Ennek során az alperes már mérlegelési jogkörben járt el, így döntésének meg kell felelnie a Pp. 339/B.§-ában meghatározott követelményeknek. E körben a felperes megalapozatlanságra és aránytalanságra hivatkozott, erre vonatkozó előadását azonban részleteiben nem fejtette ki, konkrét jogsértésre még csak nem is utalt. A Tpv. 78.§-ának (3) bekezdése meghatározza a bírságkiszabás során mérlegelendő szempontokat. Szó sincs azonban arról, hogy ezek mindegyikéről az alperesnek külön-külön számot kellene adnia; értelemszerűen azt kell bemutatnia, hogy mely tényeket, körülményeket, milyen súllyal vett figyelembe. A felperes nem hivatkozott olyan szempontra, amelyet az alperes anélkül értékelt volna, hogy az az eset összes körülményéhez relevánsán hozzátartozott volna, és olyan körülményt sem jelölt meg, amelyet az alperes jogsértő módon elmulasztott értékelni. Az alperes az általa értékelt enyhítő- és súlyosító körülményeket a határozatában részletesen bemutatta, azokat sem ténybelileg, sem jogi szempontból a felperes nem cáfolta. Mindezek alapján az ítéletábra a bírság mérséklésére vagy mellőzésére sem látott lehetőséget.

A kifejtettek szerint a felperes másodfokon is pervesztes lett, ezért a Pp. 78.§-ának (1) bekezdése alapján köteles az alperes másodfokú perköltségének a megfizetésére, míg az illetékekről szóló 1990. évi XCIII. törvény 39.§-ának (1) bekezdése és 46.§-ának (1) bekezdése szerinti mértékű fellebbezési illetéket a bírósági eljárásban alkalmazandó költségmentességről szóló 6/1986. (VI.26.) IM rendelet 13.§-ának (2) bekezdése alapján kell viselnie.

Budapest, 2012. évi szeptember hó 12. napján

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