

MAGYAR KÖZTÁRSASÁG NEVÉBEN !

A Fővárosi Bíróság a dr. Sárközy Szabolcs ügyvéd által képviselt **Axel Springer Kiadói Kft.** (Budapest) **felperesnek**

a dr. László Ildikó Katalin ügyvéd által képviselt **Gazdasági Versenyhivatal** (Budapest) **alperes**

ellen tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat ügyében hozott közigazgatási határozat bírósági felülvizsgálata iránt indított perében meghozta az alábbi

Í T É L E T E T :

A bíróság felperes keresetét **e l u t a s í t j a .**

Kötelezi a bíróság felperest, hogy az illetékes adóhatóság külön felhívására fizessen meg 60.000,-Ft, (azaz Hatvanezer forint) eljárási illetéket.

Kötelezi a bíróság felperest, hogy 15 napon belül fizessen meg alperesnek 30.000,-Ft, (azaz Harmincezer forint) perköltséget.

Az ítélet ellen a kézhezvételtől számított 15 napon belül a Fővárosi Bíróságnál 3 példányban előterjesztett, a Fővárosi Ítéltáblához címzett fellebbezéssel lehet élni.

I N D O K O L Á S :

A perben bíróság a következő tényállást állapította meg:

2009. június 16. és november 10. között, összesen 10 alkalommal jelent meg négy, felperes által kiadott lapban a Phytotec Hungária Bt. által forgalmazott Iberogast nevű termék reklámja oly módon, hogy a lap adott oldalának egyharmadán a fogyasztók által is felismerhetően a termék reklámja, míg az oldal kétharmadán egy, a különböző gyomorpanaszokkal foglalkozó cikk, formálisan szerkesztői tartalom volt olvasható.

A kétféle tartalom elválasztása egy összefüggő elválasztó vonallal, illetve a hirdetés felé néző „hirdetés” (kisméretű, függőleges) felirattal történt meg.

A cikk végén található volt egy felfelé mutató kis piros háromszög, a lap utolsó oldalán az impresszumban pedig apró betűvel közlésre került, hogy a piros háromszög jelzéssel megkülönböztetett cikkek fizetett közlemények.

Alperes vizsgálatot indított annak megállapítására, hogy a Phytotec Hungária Bt. és felperes megsértették-e a fentiekkel az 2008. évi XLVII. tv. (Fttv.) 3. § (1) bekezdését azzal, hogy a formálisan szerkesztői tartalom mellett közvetlenül a Phytotec Hungária Bt. által forgalmazott Iberogast termék hirdetése olyan módon történt, hogy a fogyasztók számára nem derült ki, hogy nem objektív tájékoztatásról van szó.

Az eljárás lefolytatását követően alperes a 2010. november 16. napján kelt, Vj-51-028/2010. sz. határozatával megállapította, hogy a Phytotec Hungária Bt. és felperes 2009. júniusa és novembere között fogyasztókkal szembeni tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatot folytatott, amikor szerkesztői tartalomnak álcázott reklámokat tett közzé.

Kötelezte ezért alperes a Phytotec Hungária Bt.-t, illetve felperest 1.000.000,-Ft - 1.000.000,-Ft bírság megfizetésére.

A határozat indokolása szerint a nyomtatott sajtóban felperes, illetve a másik vállalkozás által megvalósult kereskedelmi gyakorlat az Fttv. mellékletének 11. pontjában szereplő magatartás. A kereskedelmi kommunikáció tartalmából, illetve a fogyasztók számára felismerhető képi elemekből a fogyasztók számára nem válhatott egyértelműen ismertté, hogy a kereskedelmi kommunikáció az adott oldal kétharmadát kitevő részének tartalma a Phytotec Hungária Bt-vel, illetve az Iberogast nevű termékkel való közvetlen kapcsolatra, az egységes kereskedelmi kommunikáció összehatására tekintettel került kialakításra. Az erről történő tájékoztatásra alkalmatlan volt a cikk végén található, funkcióját tekintve a fogyasztók előtt nem ismert kis piros háromszög, illetve az impresszumban apró betűvel erre vonatkozóan tett közlés. A Phytotec Hungária Bt. fogyasztókkal szembeni tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatért fennálló felelőssége az Fttv. 9. § (1) bekezdése alapján fennáll, tekintettel arra, hogy a Phytotec Hungária Bt.-nek közvetlenül érdekében állt a kereskedelmi gyakorlattal érintett áru, az Iberogast elnevezésű termék értékesítése, eladásának ösztönzése.

Az Fttv. 9. § (3) bekezdése alapján pedig felperes felelőssége is megállapítható a Fttv. melléklete 11. pontját megvalósító tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatért.

A határozat ellen felperes kereseti kérelmet terjesztett elő, amelyben elsődlegesen kérte a határozat megváltoztatását, és annak megállapítását, hogy felperes magatartása nem ütközött az Fttv. rendelkezéseibe, így nem valósított meg tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatot, másodlagosan kérte a határozat megváltoztatását és a Tpv. 75. § (1) bekezdésében és az Fttv. 27. § (3) bekezdésében foglaltak alkalmazását, harmadlagosan pedig kérte a bírságra vonatkozó rendelkezések hatályon kívül helyezését, negyedlegesen pedig kérte a bírság mértékét lényegesen, legalább 50 %-kal csökkenteni.

A keresetlevél indokolása szerint felperes nem sértette meg az alperes által hivatkozott jogszabályi rendelkezést. A direkt hirdetés a jogszabályi előírásoknak megfelelő jeleléseket és figyelmeztetéseket hiánytalanul tartalmazta. A témátámogató anyag szintén kiemelten jelölésre került és abban sem termék, sem gyártó, hatóanyag, vagy egyéb megjelölés, utalás nem szerepelt. A cikk kizárólag a megrendelő által kért témával, annak általánosságában foglalkozott, amely ezért pontosan megfelelt a vonatkozó törvényi szabályoknak.

Hivatkozott felperes arra, hogy amennyiben az ésszerűen, tájékozottan, az adott helyzetben elvárható figyelmességgel és körültekintéssel eljáró fogyasztót vesszük figyelembe, akkor számára nyilvánvaló, hogy a cikkben a lapszélén reklámozott termékről olvasható.

Alperes a kereset elutasítását kérte arra hivatkozva, hogy a határozat megalapozott és jogszerű.

A kereset **nem alapos.**

Az **Fttv. 1. § (1) bekezdése** értelmében az Fttv. állapítja meg az áruhoz kapcsolódó, a kereskedelmi ügylet lebonyolítását megelőzően, annak során és azt követően a fogyasztóval szemben alkalmazott kereskedelmi gyakorlatokra, valamint az ilyen kereskedelmi gyakorlat tekintetében alkalmazott magatartási kódexekre vonatkozó követelményeket és az azok megsértésével szemben eljárás szabályait.

Ugyanezen cikk (2) bekezdése szerint a törvény hatálya arra a kereskedelmi gyakorlatra terjed ki, amely a Magyar Köztársaság területén valósul meg, továbbá arra is, amely a Magyar Köztársaság területén bárkit fogyasztóként érint.

Az **Fttv. 2. § a), c), d), és h) pontja** szerint fogyasztó az önálló foglalkozásán és gazdasági tevékenységén kívül eső célok érdekében eljáró természetes személy.

A törvény alkalmazásában áru minden birtokba vehető forgalomképes ingó dolog - ideértve a pénzt, az értékpapírt és a pénzügyi eszközt, valamint a dolog módjára hasznosítható természeti erőket - (a továbbiakban együtt: termék), az ingatlan, a szolgáltatás, továbbá a vagyoni értékű jog. A kereskedelmi gyakorlat a vállalkozásnak, illetve a vállalkozás érdekében vagy javára eljáró személynek az áru fogyasztók részére történő értékesítésével, szolgáltatásával, vagy eladásösztönzésével közvetlen kapcsolatban álló magatartása, tevékenysége, mulasztása, reklámja, marketingtevékenysége vagy egyéb kereskedelmi kommunikációja.

Az ügyleti döntés a fogyasztó arra vonatkozó döntése, hogy kössön-e, illetve hogyan és milyen feltételek mellett kössön szerződést, továbbá hogy gyakorolja-e valamely jogát az áruval kapcsolatban.

Az **Fttv. 3. § (1) bekezdése** kimondja, hogy tilos a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat. A **(2)** bekezdés szerint tisztességtelen a kereskedelmi gyakorlat

a) amelynek alkalmazása során a kereskedelmi gyakorlat megvalósítója nem az ésszerűen elvárható szintű szakismerettel, illetve nem a jóhiszeműség és tisztesség alapelveinek megfelelően elvárható gondossággal jár el, és

b) amely érzékelhetően rontja azon fogyasztó lehetőségét az áruval kapcsolatos, a szükséges információk birtokában meghozott tájékozott döntésre, akivel kapcsolatban alkalmazzák, illetve akihez eljut, vagy aki a címzettje, és ezáltal a fogyasztót olyan ügyleti döntés meghozatalára készíti, amelyet egyébként nem hozott volna meg, vagy erre alkalmas.

A **(3)** bekezdés alapján a **(2)** bekezdés értelmében tisztességtelen különösen az a kereskedelmi gyakorlat, amely megtévesztő **(6. § és 7. §)** vagy agresszív **(8. §.)**

Az **Fttv. 3. § (4) bekezdése** értelmében a törvény mellékletében meghatározott kereskedelmi gyakorlatok tisztességtelenek.

Az **Fttv. melléklete 11. pontjának** megfelelően tisztességtelen az írott vagy elektronikus médiában szerkesztői tartalom használata az áru értékesítésének vagy más módon történő igénybevételének előmozdítására úgy, hogy ezért a vállalkozás ellenszolgáltatást nyújtott, ez azonban nem tűnik ki egyértelműen a tartalomból vagy a fogyasztó számára egyértelműen felismerhető képi vagy akusztikus elemekből (szerkesztői tartalomnak álcázott reklám).

Az **Fttv. 4. § (1) bekezdése** értelmében a kereskedelmi gyakorlat megítélése során az olyan fogyasztó magatartását kell alapul venni, aki ésszerűen tájékozottan, az adott helyzetben általában elvárható figyelemmel és körültekintéssel jár el, figyelembe véve az adott kereskedelmi gyakorlat, illetve az áru nyelvi, kulturális és szociális vonatkozásait is. Ha a kereskedelmi gyakorlat a fogyasztók egy meghatározott csoportjára irányul, az adott csoport tagjaira általánosan jellemző magatartást kell figyelembe venni.

Ugyanez a szakasz **(2)** bekezdése szerint, ha a kereskedelmi gyakorlat csak a fogyasztóknak egy, az adott gyakorlat vagy az annak alapjául szolgáló áru vonatkozásában koruk, hiszékenységük, szellemi vagy fizikai fogyatkozásuk miatt különösen kiszolgáltatott, egyértelműen azonosítható csoportja magatartásának torzítására alkalmas, és ez a kereskedelmi gyakorlat megvalósítója által ésszerűen előre látható, a gyakorlatot az érintett csoport tagjaira általánosan jellemző magatartás szempontjából kell értékelni.

Az **Fttv. 9. § (1) bekezdése** rögzíti, hogy a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat tilalmának megsértésért felel a vállalkozás, amelynek a kereskedelmi gyakorlattal érintett áru értékesítése, eladásának ösztönzése közvetlenül érdekében áll.

A (2) bekezdés értelmében az (1) bekezdés szerinti vállalkozás felel akkor is, ha a kereskedelmi gyakorlatot szerződés alapján más személy valósítja meg a vállalkozás érdekében vagy javára. A (3) bekezdés alapján a (2) bekezdéstől eltérően, a kereskedelmi kommunikáció megjelenítési módjával összefüggő okból eredő jogsértésért az is felel, aki a kereskedelmi kommunikációt az arra alkalmas eszközök segítségével megismerhetővé teszi, valamint aki önálló gazdasági tevékenysége körében a kereskedelmi kommunikációt megalkotja, vagy ezzel összefüggésben egyéb szolgáltatást nyújt, kivéve, ha a jogsértés az (1) bekezdés szerinti vállalkozás utasításának végrehajtásából ered. Az ilyen jogsértő kereskedelmi gyakorlattal okozott kárért e személyek az (1) bekezdés szerinti vállalkozása egyetemlegesen felelnek.

Az **Fttv. 19. § c) pontja** alapján a Gazdasági Versenyhivatal a kereskedelmi gyakorlat tisztességtelenségének megállapítására irányuló versenyfelügyeleti eljárásban Tpv. rendelkezéseit alkalmazza, az Ftv-ben meghatározott eltérésekkel.

A **Tpv. 77. § (1) bekezdésének d) pontja** alapján az eljáró versenytanács határozatában megállapíthatja a magatartás törvénybe ütközését. .

A bíróság megtekintette a határozat alapjául szolgáló nyomtatott sajtótermékek kifogásolt közléseit.

Ennek alapján megállapítható volt, hogy a jogszabály által megkívánt feltételek nem teljesültek.

A cikk és a hirdetés elválasztása formailag ugyan megtörtént (egy függőleges vonallal), de a vizuális összehatás teret engedett a korrelációt kiváltó asszociációnak. Fokozta a figyelem megosztását és az elválasztás hatástalanságát a hirdetés - cikkhez képest - erőteljes színvilága, tördelése.

A „hirdetés” felirat rendkívül apró betűmérete - és annak következtében, hogy az oldal tetején, egy vonalba beépítve került feltüntetésre - nem volt alkalmas érdemi információ közvetítésére.

A cikk alján feltüntetett kis piros háromszög sem a méreténél, sem semleges információtartalmánál fogva nem volt alkalmas a figyelem felhívására.

A piros háromszög nem tekinthető - még megfelelő méret esetén sem - olyan szimbólumnak, amely köztudomású tényként (ti. jelként) általában a figyelem felhívására szolgál.

Nem várható el az átlagolvasótól, hogy ezeknek az apró jeleknek az alapján elkezdjen „nyomozni”, kutatni az újságban, hogy mit is jelent(het) ez a jel, különös tekintettel arra, hogy az erre vonatkozó magyarázat a lap legvégén, legalul, egészen apró betűkkel van csak feltüntetve. A háromszög ugyan piros színű, de rendkívül kis méretű, és a hirdetésben jóval nagyobb méretben szintén szerepel (az „új” felirat környezetében) a piros szín, elnyomva ezzel a háromszög hatását.

Nem fogadható el e körben azon felperes azon hivatkozása, hogy évek óta alkalmazott gyakorlatról van szó, miután azon olvasókat is figyelembe kell venni, akik adott esetben először veszik kézbe a lapot.

A jogszerű képi megjelenítés minden nehézség és költségkihatás nélkül - egy megfelelően elhelyezett, megfelelő méretű felirattal - megvalósítható lett volna.

Alperest - az illetékes szakhatóságok kivételével - a döntése során nem köti más hatóságoknak, szervezeteknek az adott tényállással kapcsolatos korábbi véleménye, álláspontja. Nem zárható ki egy tényállás esetében, hogy bár az nem sérti az egyik jogszabály rendelkezéseit, de ugyanakkor egy másik jogszabály rendelkezéseibe ütközik.

Alperest ezért nem kötik az Országos Gyógyszerészeti Intézet állásfoglalásában, illetve a Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság korábbi határozatában foglaltak.

Ugyanakkor, miután a bizonyítás körét és terjedelmét alperes szabadon határozhatja meg, adott esetben figyelembe is veheti - természetesen megfelelő indokolással mindkét esetben - ezeket a tényeket.

Az Fttv. 9. §-a alapján jogszerűen állapította meg alperes a felperesi felelősséget a jogsértésért. A felek közötti szerződéses, polgári jogi kapcsolat természetesen nem mentesíti a feleket a vonatkozó jogszabályok betartásának kötelezettsége alól (ti. a megrendelő vagy a nevében, érdekében fellépő fél megrendelése nem irányulhat jogsértő magatartás tanúsítására, illetve a szolgáltatást nyújtó fél sem teljesíthet - még a megrendelő kifejezett kívánsága esetén sem - jogsértő módon).

A jogalkotó semmilyen módon nem kívánta az ilyen esetekben a feleket mentesíteni a felelősség alól.

Felperes tehát eredményesen nem mentheti ki magát a felelősség alól azzal, hogy megrendelésre tette közzé a kifogásolt tartalmat.

Alperes a mérlegelési jogkörében eljárva döntött arról, hogy felperes esetében nem alkalmazza a Tptv. 75. §-ában foglaltakat, erre kogens kötelezettsége egyébként nincs.

Alperes ezen döntését megindokolta, az indokot a bíróság - különös tekintettel a jogsértés körülményeire és a visszatartó hatás fontosságára - megalapozottnak találta.

A különösen kiszolgáltatott fogyasztói csoportok védeltségének figyelembe vétele alperes részéről ugyancsak, elfogadható és jogszerű, miután az egészséggel, testi épséggel, jó közérzettel kapcsolatos problémák rendkívül érzékenyen érintik ezeket az embereket, számukra kardinális kérdés, hogy valamilyen módon gyorsan segítsenek magukon, hiszen a testi problémák - függetlenül attól, hogy esetleges nem súlyos betegségről van szó - kiváltják a megoldás iránti fokozott érdeklődést és bizakodást, vagy érzékenységet.

Az eljáró versenytanács a **Tpvt. 78. § (1) bekezdés** értelmében bírságot szabhat ki azzal szemben, aki a Tpvt., illetve az Fttv. rendelkezéseit megsérti. A bírság összege legfeljebb a vállalkozás, illetve annak - a határozatban azonosított - vállalkozáscsoportnak a jogsértést megállapító határozat meghozatalát megelőző üzleti évben elért nettó árbevételének tíz százaléka lehet, amelynek a bírsággal sújtott vállalkozás a tagja.

A (2) bekezdés szerint ha az (1) bekezdés szerinti vállalkozásoknak, illetve vállalkozáscsoportnak a jogsértést megállapító határozat meghozatalát megelőző üzleti évben ezért nettó árbevételéről nem áll rendelkezésre hitelesnek tekinthető információ, a bírság maximumának meghatározásakor az utolsó hitelesen lezárt üzleti év árbevétele az irányadó.

A (3) bekezdés rögzíti, hogy a bírság összegét az eset összes körülményeire, így különösen a jogsérelem súlyára, a jogsértő állapot időtartamára, a jogsértéssel elért előnyre, a jogsértő felek piaci helyzetére, a magatartás felróhatóságára, az eljárást segítő együttműködő magatartására, a törvénybe ütköző magatartás ismételt tanúsítására - tekintettel kell meghatározni. A jogsérelem súlyát különösen a gazdasági verseny veszélyeztetettségének foka, a fogyasztók, Üzletfelek érdekei sérelmének köre, kiterjedtsége alapozhatja meg.

A **Pp. 339/B. §-a** szerint a mérlegelési jogkörben hozott közigazgatási határozat akkor tekintendő jogszerűnek, ha a közigazgatási szerv a tényállást kellő mértékben feltárta, az eljárási szabályokat betartotta, a mérlegelés szempontjai megállapíthatóak, és a határozat indokolásából a bizonyítékok mérlegelésének okszerűsége kitűnik.

A határozat jogkövetkezményre vonatkozó része ezen feltételeknek megfelel, alperes a tényállást a megfelelő módon és szükséges mértékben feltárta, az eljárási szabályokat betartotta, a mérlegelés szempontjai megállapíthatóak (határozat: 30-33. pont), az indokolásból a bizonyítékok mérlegelésének okszerűsége kitűnik. A kiszabott jogkövetkezmény nem minősíthető aránytalannak vagy túlzottnak, megfelel a generális és speciális prevenció céljainak.

Az illetékre és a perköltségre vonatkozó rendelkezések a **Pp. 78. § (1)-én**, az **1990. évi XCIII. tv. 39. § (3) b) pontján** és a **42. § (1) a) pontján**, illetve a **32/2003. (VIII. 22.) IM rendelet 3. §-án** alapulnak.

Budapest, **2011. július** hó **08.** napján.

dr. Mohay György
s.k. bíró