

Gazdasági Versenyhivatal Versenytanács

Dr. Tóth András Úr
Elnökhelyettes, a Versenytanács Elnöke

1054 Budapest
Alkotmány u. 5.

Budapest, 2011. december 9.

ÉSZREVÉTELEK A BÍRSÁGKÖZLEMÉNY TERVEZETÉVEL KAPCSOLATBAN

Tisztelt Gazdasági Versenyhivatal!

Az Oppenheim Ügyvédi Iroda örömmel vesz részt a tisztelt Versenyhivatal által kezdett nyilvános konzultációban. Az alábbiakban tett észrevételeink az elmúlt több mint 10 évben a versenyfelügyeleti eljárásokban szerzett tapasztalatainkat tükrözik.

1. ÁLTALÁNOS BEVEZETÉS

1. A nyilvános konzultációra bocsátott bírságközlemény-tervezetet („**Közleménytervezet**”) összességében átgondolt, a korábbi joggyakorlatra építő és magas színvonalú munkának tartjuk.
2. Üdvözljük a t. Versenyhivatalnak azt a törekvését, hogy a jogbiztonság követelményének szem előtt tartásával újrafogalmazta a 2009. május 18-án visszavont 2/2003. és 2/2005. számú bírságközleményeit. Szintén nagyra becsüljük, hogy a t. Versenyhivatal a bírságközlemény jogi jellegével kapcsolatos bírósági gyakorlat kijegecesedését követően példás gyorsasággal és gondossággal dolgozta át a korábbi közleményeket.
3. A t. Versenyhivatallal egyetértésben magunk is valljuk, hogy a bírságolási szempontok nyilvános rögzítése nagyban hozzájárul a versenyfelügyeleti eljárások átláthatóságához és a vállalkozások számára is iránymutatást jelent az esetlegesen várható szankciók mértékét illetően. Elvi jelleggel szintén helyes álláspontnak tartjuk, hogy a t. Versenyhivatal a Közleménytervezetben többek között azt az üzenetet kívánja a piac felé közvetíteni, hogy a kőkemény (durva) kartellekkel szemben a legsúlyosabb szankciók alkalmazásával is kész küzdeni.
4. Mindazonáltal lényeges, hogy a t. Versenyhivatalnak nagy körültekintéssel kell eljárnia a mindenkori bírságközlemény elveinek kialakítása során, ugyanis a Legfelsőbb Bíróság állásfoglalása alapján a mindenkori bírságközlemény köti a t. Versenyhivatalt.
5. Így fontosnak látjuk előljáróban felhívni a figyelmet arra, hogy a mindenkori bírságközleménynek rendíthetetlen alapokon kell felépülnie. A mindenkori bírságközlemény ugyanis csupán abban az esetben járulhat hozzá a jogbiztonsághoz és csak akkor lehet alkalmas arra, hogy a mindenkori

versenypolitikának megfelelően alakítsa a vállalkozások magatartását, ha olyan szabályokat foglal magában, amelyeket a t. Versenyhivatal mellett a felülvizsgálati bíróságok és a jogtudomány is elfogad. Csupán ilyen egyetértés esetén biztosítható a mindenkori bírságközleményben foglalt elvek és szabályok megfelelő állandósága, és az, hogy e szabályokhoz a vállalkozások jövőbeli magatartásukat igazítani tudják.

6. A fentiek előrebocsátása mellett az alábbiakban elsőként általánosságban teszünk észrevételeket a Közleménytervezet kapcsán, majd annak egyes szabályaira vonatkozóan.

2. ÁLTALÁNOS ÉSZREVÉTELEK A KÖZLEMÉNYTERVEZET KAPCSÁN

7. Ahogyan arra a bevezetőben is utaltunk, álláspontunk szerint a mindenkori bírságközleménynek a stabilitás és a hosszú távú szabályozás igényével kell fellépnie. Ez természetesen nem azt jelenti, hogy annak kőbe vésett, megváltoztathatatlan szabályokat kell tartalmaznia. A társadalmi igények és a versenypolitika változásai ugyanis nyilvánvalóan hatással vannak versenyjogunkra és így a mindenkori bírságközleményre is. A stabilitás és hosszú távú szabályozás követelménye sokkal inkább azt jelenti, hogy a mindenkori bírságközlemény a társadalmi és szakmai megegyezést tükrözzön, értve ez alatt elsősorban nem csupán a t. Versenyhivatal gyakorlatát, hanem a felülvizsgálati bíróságok és a jogirodalom álláspontját is.

8. A fentiek alapján nem tartjuk tanácsosnak, hogy a mindenkori bírságközlemény olyan szabályokat foglaljon magában, amely kapcsán a szükséges társadalmi és szakmai egyetértés (még) nem született meg. Ilyen helyzetnek tekintjük, ha (i) egy bírságolási szabályt a t. Versenyhivatal egyetlen egyedi eljárásban sem alkalmazott (így az eleve nem is kerülhetett bírósági kontroll alá), továbbá ha (ii) egy ilyen szabályt a t. Versenyhivatal korábban bár alkalmazta egyedi ügyekben, de azt a bíróságok, az egyedi ügyek kapcsán indult felülvizsgálati eljárásokban még nem erősítették meg.

9. Az alábbiakban tehát a Közleménytervezetet – egyéb érdemi észrevételeink mellett – a fenti elvi-kritikai alapállásból is vizsgáljuk, és így felvetünk olyan ellenérveket is, amelyek elfogadása esetén a felülvizsgálati bíróságok esetlegesen a Közleménytervezettel ellentétes álláspontra is juthatnak, és amelyek Közleménytervezetben történő szerepeltetését átgondolandónak tartjuk.

3. AZ KÖZLEMÉNYTERVEZET KRITIKAI SZEMPONTÚ ÉRTÉKELÉSE

3.1. Tenderérték háromszorosa a releváns forgalom (Közleménytervezet 16/c. bek.)

10. A Közleménytervezet 16/c. bekezdése alapján a bírság alapösszegének meghatározása során a releváns forgalom *„tenderek/pályázatok esetében a tender értékének [...] háromszorosát jelenti.”*

11. A t. Versenyhivatal korábbi gyakorlatában tenderek kapcsán tanúsított versenykorlátozó magatartások esetén az adott tendert tekintette releváns piacként; a releváns forgalom pedig a tenderértékkel volt azonos. E gyakorlat jogszerűségét a Legfelsőbb Bíróság több ítéletében is megerősítette.

12. A Közleménytervezet ezzel szemben egyértelmű eltérést jelent a t. Versenyhivatal korábbi gyakorlatától, amely még nem állta ki a bírósági kontrollt.

Az új szabály kapcsán továbbá felvethető, hogy a szükségtelen és aránytalan hátrányos megkülönböztetést jelent a piacfelosztást (történetesen) tenderek kapcsán (és nem más versenykörülmények között) megvalósító vállalkozásokkal szemben. Álláspontunk szerint nincs olyan különös versenypolitikai ok (és ilyet a közlemény sem azonosított), amely alapján a tendereken történő piacfelosztás szankciójának jóval meg kellene haladnia az „egyéb” piacfelosztást elkövető vállalkozások, figyelemmel arra, hogy a fogyasztókat ért sérelem mindkét esetben lényegében azonos. Megjegyezzük, hogy értelemszerűen pályázatok és tenderek nem csupán közbeszerzések, hanem magánbeszerzések kapcsán is kiírhatóak, azaz a közpénzekkel történő felelős gazdálkodás a fenti megkülönböztetést önmagában nem indokolhatja (a közpénzek érintése a Közleménytervezet 30. pontja szerint egyébként önmagában is kiemelt súlyosító körülmény)

13. A fentiekre tekintettel tehát javasoljuk e szabálynak a végleges közleményből való elhagyását.

3.2. A konszerntársi visszaesés bevezetése (Közleménytervezet 33/c. bek.)

14. A Közleménytervezet egyik üdvözlendő újításának tartjuk, hogy a t. Versenyhivatal kísérletet tesz arra, hogy a „*versenyjogi bűnismétlés*” fogalmát pontosan meghatározza. (Közleménytervezet 33. bek.)

15. A Közleménytervezet 33. bekezdésének felépítése teljesen világosan két feltételt határoz meg ahhoz, hogy az elkövetés bűnismétlésként minősülhessen: (i) tett-azonosság; (ii) tettes-azonosság.

16. Az első feltétel kapcsán a t. Versenyhivatal világos, a bírósági felülvizsgálat próbáját kiállt gyakorlata alapján a hasonló jellegű versenyjogi jogsértés ismételt elkövetése megalapozza tett-azonosságot.

17. A tettes-azonosság követelménye kapcsán a t. Versenyhivatal szintén a kikristályosodott joggyakorlatból merít, amikor külön pontban rögzíti, hogy a jogelőd által elkövetett versenyjogi jogsértés is megalapozza a visszaesőként való minősítését, ha a jogutód versenyjogsértő magatartása kapcsán a tett-azonosság fennáll.

18. Mindazonáltal fontos felhívni a figyelmet arra, hogy az általunk „konszerntársi visszaesésként” aposztrofált eset – azaz ha a korábbi jogsértő magatartást – a határozatban nevesített – vállalkozáscsoport egy másik tagja tanúsította - a t. Versenyhivatal gyakorlatában merőben új és az uniós jogban sem alkalmazott koncepció.

19. A konszerntársi visszaesés fogalmának bevezetése kapcsán számos, ezidáig eldöntetlen kérdés felvethető.

- a. Nem sérülnek-e az eljárás alá vontak alapvető alkotmányos jogai, ha olyan vállalkozás magatartása miatt esik jogsértésük súlyosabb megítélés alá, amely vállalkozás magatartására (adott esetben) semmilyen hatással nem lehetnek?

- b. Nem vezet-e ez a megközelítés a tulajdonjog aránytalan korlátozáshoz, ha a vállalkozások (legyenek bár jogi személy gazdasági társaságok avagy vállalkozó magánszemélyek) más vállalkozások magatartásáért valamiféle objektív felelősséggel tartoznak?
- c. Hogyan biztosítható a védekezéshez való joga annak a vállalkozásnak, amely (adott esetben) nem áll eljárás alatt, de az esetleges marasztalás (a visszaesőként történő minősítés lehetősége miatt) az ő terhére is eshet?
- d. Nem vezetne-e a versenyjogi felelősségi rendszer olyan mértékű átalakulására a konszerntársi visszaesés bevezetése, amely csupán jogalkotási (és nem jogalkalmazási) eszközökkel volna alkotmányosan elérhető?

20. Ezekre az ezidáig eldöntetlen és álláspontunk szerint megkerülhetetlen kérdésekre hivatkozással javasoljuk, hogy a t. Versenyhivatal ne foglalja a „konszerntársi visszaesés” lehetőségét bírságközleményébe.

3.3. Különösen jelentős árbevétel mint súlyosító körülmény (Közleménytervezet 37. bek.)

21. A Közleménytervezet 37. bekezdése súlyosító körülményként nevesíti azt az esetet, amikor a jogsértést megvalósító vállalkozás „a jogsértés által érintett piacon elért releváns árbevételen túlmenően különösen jelentős árbevétellel bír”.

22. A t. Versenyhivatal korábbi közleményében a „különösen jelentős árbevétel” mint súlyosító körülmény nem szerepelt. Ezt a súlyosító körülményt továbbá a Fővárosi Ítéletábrának az az egyedi - bár nem antitörzst ügyben hozott - ítélete sem tartalmazta, amely általános jelleggel gyűjtötte össze a versenyjog területén érvényesülő enyhítő és súlyosító körülményeket. A t. Versenyhivatal joggyakorlatában csupán két olyan eljárásról van tudomásunk, ahol a szóban forgó körülményt súlyosító körülményként minősítette (az egyik a Fővárosi Ítéletábrá hatályon kívül helyező határozata eredményeként a t. Versenyhivatal előtt jelenleg megismételt eljárásként van folyamatban).

23. A fentiek alapján tehát elmondhatjuk, hogy a „különösen jelentős árbevétel” tényéhez ezidáig a t. Versenyhivatal csupán néhány eljárásában kapcsolt szigorúbb jogkövetkezményeket, és ezekben az eljárásokban sem erősítették meg a felülvizsgálati bíróságok e bírságolási gyakorlatot.

24. Álláspontunk szerint a szóban forgó súlyosító körülmény kapcsán az alábbiak kérdésként merülnek fel

- a. Figyelembe lehet-e venni a versenyjogi szankció meghatározása során olyan tényezőt is, amely semmilyen kapcsolatban nem áll az adott jogsértéssel, így különösen olyan árbevételeket, amelyeket a jogsértő vállalkozás nem a releváns piacról szerzett?
- b. Ugyancsak kérdéses, hogy vajon nem eltúlzott-e a szankció és nem ellentétes-e a hatékony verseny kialakításának koncepciójával, ha egy jogsértő vállalkozást egy, a jogsértéssel nem érintett piacon folytatott – tehát teljes mértékben jogszerű (!) - tevékenysége miatt súlyosabban bírságolja a hatóság? Nem okoz-e ez aránytalan versenyhátrányt e vállalkozásnak a jogsértéssel nem érintett piaci tevékenysége során?

- c. Megfelel-e a versenyjog által elérni kívánt jogpolitikai céloknak, ha a jogsértéssel érintett piacon piaci erővel nem rendelkező vállalkozás amiatt bírságot szigorúbban e piac más jelentős szereplőjéhez képest, mert egy olyan piacról, amelyen jogszerű tevékenységet végez, jelentős üzleti bevétele származik?

25. A fentiek alapján tehát javasoljuk a szóban forgó súlyosító körülmény elhagyását a végleges bírságközleményből.

26. A fentiekhez kapcsolódik a Közleménytervezet 38. bekezdésében foglalt azon szabály is, amely alapján a t. Versenyhivatal a vállalkozáscsoporton belüli „szervezeti változásokat” kívánja pónalizálni, még hozzá azokat, amelyek csökkentik a jogsértést elkövető vállalkozás nettó árbevételét. Álláspontunk szerint azonban ezek a „szervezeti változások” önmagukban nem jelenthetnek hátrányt az érintett vállalkozáscsoportra, hiszen azok háttérében számos legitim és méltányolható cél áll (pl. iparági változásokhoz történő alkalmazkodás, csoporton belüli átrendeződés tulajdonosváltás miatt, portfólió-tisztítás, stb.). Amennyiben tehát a t. Versenyhivatal kifejezett bizonyítékkal nem rendelkezik a tekintetben, hogy az adott változás háttérében valamiféle csalárd szándék vagy cél áll, a „szervezeti változások” súlyosító körülménynek nem tekinthetők.

3.4. **Bírságmaximum meghatározása során a csoport szintű árbevétel figyelembevétele (Közleménytervezet 39. bek.)**

27. A Közleménytervezet 39. bekezdése a Tpv. 78. §-ában foglalt 10%-os bírságmaximumra vonatkozó szabály kapcsán általános szabályként rögzíti, hogy *„a kiszabott bírság nem haladhatja meg a – határozatban azonosított – vállalkozás-csoportnak a jogsértést megállapító határozat meghozatalát megelőző üzleti évben elért nettó árbevételének 10 %-ét, amelynek a bírsággal sújtott vállalkozás a tagja”*. A Közleménytervezet továbbá rögzíti, hogy a maximum meghatározása során a *„vállalkozás-csoport tagjainak külföldön elért forgalma is számításba vehető”*.

28. A bírságmaximum ilyen formában történő megfogalmazása álláspontunk szerint nem felel meg a Tpv. szövegének és ellentétes annak céljaival is. A Tpv. szövege ugyanis főszabályként expressis verbis nem a vállalkozáscsoport, hanem a vállalkozás nettó árbevételéből indul ki a bírságmaximum tekintetében (*„A bírság összege legfeljebb a vállalkozás, illetve...”*). Ez a törvényi megfogalmazás a Bírságközleményben szövegszerűen meg sem jelenik.

29. A jogalkotó a Tpv. szövegében az „illetve” szócska után következő jogi lehetőség beiktatásával álláspontunk szerint egyértelműen egy kivételes lehetőséget kívánt adni a jogalkalmazó számára, amely csak bizonyos feltételek esetén alkalmazható. A Tpv. maga megadja a legfontosabb feltételt (a határozatban történő kifejezett azonosítást), ezen túl pedig álláspontunk szerint a jogalkalmazás és a joggyakorlat feladata, hogy kimunkálja azokat a pontos feltételeket, amelyek esetén e kivételes szabály alkalmazható.

30. Mindezek alapján a bírságmaximum tekintetében a Bírságközlemény olyan contra legem értelmezést tesz magáévá, amelynek helyessége a fentiek szerint megkérdőjelezhető. Ugyancsak kérdésként merülnek fel még ezen értelmezés kapcsán az alábbiak is:

- a. Vajon nem jelent-e aránytalan terhet a jogsértésben résztvevő vállalkozás számára – amely vállalkozás a bírság megfizetésében (jogi személyiségének lehatároló jellege miatt) „*egyedül van*” – egy olyan szabály alkalmazása, amely így akár e vállalkozás felszámolásához vezethet? Nem vonja-e így kétségbe e szabály alkalmazása a 10%-os bírságmaximum lényegét, azaz vállalkozás ellehetetlenítésének tilalmára vonatkozó alapelvet?
- b. Milyen eljárási garanciák biztosítják azoknak a vállalkozásoknak az eljárási jogait, amelyek bár közvetlenül nem ügyfelei a marasztaló határozatot megelőző eljárásnak, de amelyekre a 10%-os bírságmaximum átlépése (a vállalkozáscsoport elnehezülése miatt) hatással lehet?

31. Álláspontunk szerint mindaddig, amíg a fenti kérdések kapcsán a versenyhatósági és a bírósági gyakorlat nem jut egységes álláspontra, a 10%-os szabály automatikus áttörésének lehetőségét nem lehet elvi érveléssel kimondani. Erre tekintettel javasoljuk e szabály elhagyását a végleges bírságközleményből.

4. EGYÉB ÉRDEMI ÉSZREVÉTELEK

32. A Közleménytervezet 20. pontjában a gazdasági erőfölénnyel való visszaélés kapcsán nem világos, hogy a t. Versenyhivatal a verseny csekély fokú veszélyeztetését az erőfölénnyel való visszaélés csak egyik speciális típusára (nevezetesen az ún. kizsákmányoló típusú visszaélésekre) érti vagy esetleg az erőfölénnyel való visszaélést magát is ilyen csekély fokú veszélyeztető cselekménynek tartja. A Közleménytervezet ezen pontjának tisztázását javasoljuk.

33. A Közleménytervezet 28. pontjában szól az „adatszolgáltatásról”, mint az eljárás során történő együttműködés tekintetében figyelembe nem vehető körülményről. Álláspontunk szerint amennyiben egy vállalkozás önkéntesen adatot szolgáltat a t. Versenyhivatal részére és ezzel valóban elősegíti a tényállás felderítését (amint azt a Közleménytervezet 28. pontjának harmadik mondata maga is elismeri), akkor ez mindenképpen a t. Versenyhivatal által figyelembe veendő kell, hogy legyen az esetleges szankció mértékének meghatározásakor.

34. A Közleménytervezet 29. pontja foglalkozik az állami ráhatás kérdésével. Ebben a tekintetben érdemes lenne pontosabban tisztázni, hogy a Közleménytervezetben írt „jogszabályokon” vagy az „egyéb állami intézkedéseken” túl az állami intézmények jelenléte egy versenykorlátozó magatartás során vagy esetleges támogató reálcselekményei mennyiben meríthetik ki ugyancsak az állami ráhatás fogalmát.

35. Végezetül a Közleménytervezet 46. bekezdése kapcsán javasoljuk a hatálybalépés időpontjának átgondolását úgy, hogy a bírságközlemény a megismételt eljárásokban ne legyen alkalmazható. A jelenlegi szöveg alapján ugyanis nem zárható ki egy olyan értelmezés, hogy a t. Versenyhivatal – a bírósági felülvizsgálati eljárásban hozott hatályon kívül helyező végzés folytán – megismételt eljárásokban is alkalmazná az új közleményt. Ez az értelmezés azonban álláspontunk szerint a visszaható hatály tilalmába ütközne, mivel olyan elvárásokat támasztana az eljárás alá vont vállalkozásokkal szemben, amelyekkel a korábban már lezárt versenyfelügyeleti eljárásban nem kellett szembesülniük. Továbbá aggályos az ilyen visszamenőleges alkalmazás amiatt is, mert arra

vezetne, hogy egyazon magatartást két mérce szerint (az eredeti és a megismételt eljárásban) ítélne meg a hatóság.

Bízunk abban, hogy a fenti észrevételekkel hozzájárulhattunk a tisztelt Versenyhivatal munkájának eredményességéhez. A továbbiakban is örömmel állunk a tisztelt Versenyhivatal rendelkezésére a nyilvános konzultáció tárgyát képező kérdések megvitatásában és véleményezésében.

Budapest, 2011. december 9.

Tisztelettel,

Oppenheim Ügyvédi Iroda