

Gazdasági Versenyhivatal

1054 Budapest,
Alkotmány utca 5.

**Ormai és Társai
CMS Cameron McKenna LLP**

Ybl Palace
Károlyi Mihály utca 12, 3rd Floor
H-1053 Budapest
Hungary

Tel +36 1 483 4800
Fax +36 1 483 4801
www.law-now.com

Budapest, 2011. december 5.

Tárgy: Észrevételek a bírságközlemény vonatkozásában kezdeményezett nyilvános konzultáció keretében

Tisztelt Gazdasági Versenyhivatal!

Alulírott, Ormai és Társai CMS Cameron McKenna LLP Ügyvédi Iroda (1053 Budapest, Károlyi Mihály utca 12.) a Tisztelt Versenyhivatal által a bírságközlemény tervezet (“**Bírságközlemény**”) vonatkozásában kezdeményezett nyilvános konzultáció keretében a jelen feljegyzésben kívánjuk összefoglalni észrevételeinket és javaslatainkat.

Üdvözljük a Tisztelt Versenyhivatal azon törekvését, hogy a jogbiztonságot növelendő és a tevékenysége átláthatóságát, illetve kiszámíthatóságát elősegítendő, az egységes és diszkriminációmentes jogalkalmazás érdekében a Bírságközlemény kidolgozását és későbbi konzekvens alkalmazását napirendjére tűzte.

Gyakorlati tapasztalataink szerint ugyanis a vállalkozások számára nagyon fontos tényező a versenyfelügyeleti eljárások kimenetelével kapcsolatosan a kiszabható bírság hozzávetőleges mértékének kalkulálhatósága. Ezen túlmenően úgy látjuk, hogy a vonatkozó határozatok tekintetében a jogorvoslati jog kiaknázása keretében sem elhanyagolható szempont, hogy a Tisztelt Versenyhivatal milyen tényezőkre figyelemmel és hogyan állapította meg a bírság összegét.

1. Eltérés a Bírságközleménytől

A Bírságközlemény 6. pontja szerint úgy látjuk, hogy a Tisztelt Versenyhivatal fenntartja annak lehetőségét, hogy az ügy speciális körülményeire tekintettel a Bírságközleményben meghatározott módszerektől eltérjen, azokat akár egyáltalán nem vagy csak részben alkalmazza.

Egyetértünk azzal, hogy a Bírságközleményben foglalt módszer alkalmazása nem teheti merevvé és automatikussá a bírságolás intézményét, hiszen ez nem lehet jogalkalmazói cél. Ugyanakkor, álláspontunk szerint, a Bírságközlemény célja és alkalmazása relativizálódna abban az esetben, ha attól a Tisztelt Versenyhivatal korlátok nélkül eltérhet; ez a Bírságközlemény adta viszonylagos kiszámíthatóság és kalkulálhatóság ellenében hatna. Ennek elkerülése érdekében az eltérés csak kivételes esetekre korlátozódhat.

A Bírságközlemény az attól való eltérés esetére előírnyozza, hogy annak indokait az eljáró versenytanács határozatának bírságot indokoló része tartalmazza. Ebben a vonatkozásban feltétlenül javasolnánk, hogy ne csak a Bírságközleménytől való eltérés indokaira térjen ki az

eljáró versenytanács, hanem az indokolás vonatkozó részében azt is ismertesse részletesen, hogy a bírság összegének megállapítása során milyen – a Bírságközleményben foglaltaktól eltérő – szempontrendszert vett figyelembe. Véleményünk szerint ugyanis ez alapvető mind a közigazgatási határozat jogszerűsége, mind pedig egy esetleges jogorvoslati eljárás szempontjából is.

2. Az alapösszeg meghatározása

(i) a jogsértés időtartama

Úgy értjük, hogy a jogsértés időtartama – amely korábban súlyosító körülményként jött figyelembe a bírság kiszabása során – a Bírságközleményben a bírság alapösszegének meghatározásánál juthat igen jelentős szerephez.

A Bírságközlemény 16. (b) pontja szerint „*ha a jogsértés időtartama meghaladja a 12 hónapot, akkor a jogsértés teljes időtartama alatt elért forgalmat*” kell a releváns forgalom kiszámításakor alapul venni.

A Bírságközlemény a versenykorlátozó megállapodások és a gazdasági erőfölénnyel való visszaélésre vonatkozó, a tilalmak érvényesítését szolgáló eljárásokban kiszabásra kerülő bírságok tekintetében kíván iránymutatást adni. Ezek a jogsértések tipikusan hosszú időtartamot, jellemzően éveket is felölelhetnek, amelyből következik, hogy a Bírságközlemény 16. (b) pontja gyakorta kerülne alkalmazásra.

Ezzel kapcsolatosan az az aggályunk merül fel, hogy a 12 hónapos időtartam a jogsértések jellegére tekintettel nem tűnik olyan reális időtartamnak, amely eltelte joggal megalapozhatná azt, hogy szigorúbb szabályok kerüljenek alkalmazásra, azaz nagyobb releváns forgalommal kelljen a bírság alapösszegét (legsúlyosabb esetben a bírság maximumát) kalkulálni. Sőt, mivel a Bírságközleménnyel érintett jogsértések többsége nagy valószínűséggel meghaladja a 12 hónapos időtartamot, a Bírságközlemény 16. (a) pontja meglátásunk szerint gyakorlatilag értelmét vesztené.

Fentiekre tekintettel ésszerűbbnek mutatkozik a 12 hónapos időtartam helyett egy hosszabb, legalább 24-36 hónapos időtartam alkalmazása.

(ii) Az alapösszeg meghatározása tenderek/pályázatok esetében

A Bírságközlemény 16. b) pontja alapján tenderek/pályázatok esetében a bírság kiszámításakor használt releváns forgalom a tender értékének a háromszorosa. A tender értéken pedig jellemzően a nyertes pályázat értékét kell érteni.

Álláspontunk szerint a bírság alapösszegének fentiek szerinti meghatározása több szempontból is aggályos lehet:

- a Tisztelt Versenyhivatal nem indokolja meg, hogy mi támasztja alá, hogy a releváns forgalom miért a tender értékének háromszorosában határozandó meg (amennyiben a háromszoros érték a jogirodalomban és a gyakorlatban ismert *treble damages* mintájára került meghatározásra, az egyértelműség kedvéért talán érdemes lenne erre utalni);
- amennyiben a feltételezett jogsértés az eljárás egy korai szakaszában merül fel, indokolatlan lehet a bírság alapját a tender értékéhez kötni, főleg abban az esetben, ha az eljárás anélkül zárul, hogy nyertes ajánlat egyáltalán kiválasztásra kerülne vagy az ajánlattevő vállalkozásnak az eljárás alapján bármiféle ellenértéket kifizetnének;

- az adott vállalkozásnak a tender alapján kifizetett ellenértékhez viszonyítva a háromszoros érték, mint bírságalap meghatározása bizonyos esetben súlyos aránytalansághoz vezethet, hiszen ugyanaz lehet a kiindulási alap egy, a tender keretében a feladatok 80%-át teljesítő fővállalkozónál és egy, a feladatok 5%-ának megfelelő részfeladatot teljesítő al-vállalkozónál;
- javasoljuk továbbá, hogy a bírságalap meghatározása során a Tisztelt Versenyhivatal adott esetben legyen figyelemmel a tender/pályázat keretében teljesítendő feladatok struktúrájára is. Így pl. amennyiben a tender keretében elvégzendő feladatok egy, viszonylag rövidebb, de a vállalkozói díj nagyobb részét érintő bevezetési fázisból, illetve egy hosszabb, kiegészítő (pl. támogatási vagy karbantartási) fázisból állnak, a fentiekhez hasonlóan nem látjuk indokoltnak a teljes tender-érték alapösszegként történő figyelembevételét. Ilyen esetekben, attól függően, hogy a feltételezett jogsértés az eljárás melyik szakaszában merült fel, illetve, hogy az adott vállalkozás milyen szerepet vállalt (volna) a teljesítésben, szintén indokoltnak tartanánk a bírságalap differenciálását.

3. Az ismétlődő jogsértés

A Bírságközlemény 33. pontja sorolja fel, mit tekint a Tisztelt Versenyhivatal ismétlődő jogsértésnek. Ehhez képest a 34. pont az ismétlődő jogsértés fogalmát igen kiterjesztően értelmezhetővé teszi azáltal, hogy azt mondja, akkor is megállapítható az ismétlődés, ha „*a tényállás nem teljesen azonos*”.

Hiányoljuk, hogy a Bírságközlemény nem tartalmaz további útmutatást arra nézve, hogy a fenti idézett fordulat a gyakorlatban mit takarhat. Javasolnánk, hogy lehetőség szerint legalább példálózó felsorolással vagy egy szemléltető példával adja meg a Tisztelt Versenyhivatal az értelmezéshez szükséges irányt.

4. Elrettentő hatás

A Bírságközlemény 37. és 38. pontjaiban a Tisztelt Versenyhivatal kilátásba helyezi, hogy a kiszámított bírság összegét növelje olyan vállalkozások esetében, amelyek „*a jogsértés által érintett piacon elért releváns árbevételén túlmenően különösen jelentős árbevétellel bírnak, és ezért számukra a releváns forgalom alapján számított bírság nem jelentene érzékelhető terhet*”.

Kérdésként merül fel, hogy a gyakorlatban a Tisztelt Versenyhivatal mit fog majd „különösen jelentős árbevétel”-nek tekinteni. Továbbá, ilyen esetben szükségét érezzük annak, hogy az eljáró versenytanács a vonatkozó határozatának indoklásában részletesen kitérjen arra, hogy milyen körülmények alapozzák meg a Bírságközlemény kérdéses pontjainak alkalmazását.

Úgy értjük, hogy az elrettentő hatás érdekében történő bírságnövelés abszolút határát jelenti a bírságnak a Bírságközlemény 39. pontja szerinti maximuma, amelyet egy külön mondattal érdemes lehet egyértelműsíteni.

5. A bírság maximuma

A Bírságközlemény 39. pontja alapján a bírság maximuma a – határozatban azonosított – jogsértő vállalkozáscsoport által – amelynek a bírsággal sújtott vállalkozás a tagja – a határozat meghozatalát megelőző üzleti évben elért nettó árbevétel 10%-a.

A fenti rendelkezés és a jogsértés időtartamának a bírság alapösszege meghatározásánál történő figyelembevételével kapcsolatos 16. pont összeolvasásából felvetődik a kérdés, hogy a fenti bírságlimit vajon minden esetben irányadó-e, azaz vajon minden esetben a megelőző

üzleti évben elért nettó árbevétel lesz a bírság maximumának számításának alapja. Amennyiben igen, meglátásunk szerint érdemes lenne külön is nyomatékosítani, hogy ez a bírságmaximum irányadó abban az esetben is, ha a Bírságközlemény 16. (b) pontja kerül alkalmazásra.

Amennyiben bármilyen kérdésük merülne fel a fentiekkel kapcsolatosan, állunk szíves rendelkezésükre.