

A Fővárosi Ítéltábla az SBGK. Ügyvédi Iroda ügyintéző: dr. Sz. K. ügyvéd) által képviselt Beiersdorf Vegyészeti Termelő és Forgalmazó Kft. (Budapest) felperesnek a dr. László Ildikó Katalin ügyvéd (1245 Budapest 5. Pf. 1036) által képviselt Gazdasági Versenyhivatal (1054 Budapest, Alkotmány utca 5., hivatkozási szám: Vj/145/2007/112.) alperes ellen versenyügyben hozott közigazgatási határozat felülvizsgálata iránt indult perében a Fővárosi Bíróság 2011. évi december hó 6. napján kelt 2.K.35.216/2010/20. számú ítélete ellen az alperes által 21. sorszám alatt, a felperes által 22. sorszám alatt előterjesztett fellebbezés folytán az alulírott helyen 2012. évi november hó 7. napján megtartott nyilvános tárgyalás alapján meghozta a következő

Í t é l e t e t :

A Fővárosi Ítéltábla az elsőfokú bíróság ítéletét részben megváltoztatja és a felperes keresetét a fennmaradó részében is elutasítja, egyebekben helybenhagyja.

Kötelezi a felperest arra, hogy 15 napon belül fizessen meg az alperesnek 200.000 (azaz kettőszázezer) forint együttes első- és másodfokú perköltséget, valamint az államnak - az illetékügyekben eljáró hatóság külön felhívására - további 8.250 (azaz nyolcezer-kettőszázötven) forint kereseti és 96.000 (azaz kilencvenhatezer) forint fellebbezési illetéket

Ez ellen az ítélet ellen további fellebbezésnek nincs helye.

I N D O K O L Á S

Az alperes a 2009. március 17. napján kelt Vj-145/2007/69.sz. határozatában megállapította, hogy a felperes 2007. január 1. és 2007. szeptember 17. között a fogyasztók megtévesztésére alkalmas magatartást tanúsított egyes termékei kapcsán adott egyes tájékoztatásaival. A határozat kézhezvételétől számított 6 hónap elteltével megtiltotta a jogsértő magatartás további folytatását a Nivea Visage Q10 Plus és a Nivea Visage DNAge termékcsalád jogsértő tájékoztatást tartalmazó termék

csomagolásai vonatkozásában, ezen kívül a felperest 110.000.000 forint bírság és 1.596.000 forint eljárásban felmerült költség megfizetésére kötelezte. Határozatának indokolásában az 1996. évi LVII. törvény (a továbbiakban: Tpv.) 2008. szeptember 1. előtt hatályos 8.§ (1) bekezdés, (2) bekezdés a.) pont, 9.§, 62.§ (4) bekezdés, 75.§ (1) bekezdés, 77.§ (1) bekezdés d.), f.) és g.) pont, 78.§ (1) és (3) bekezdés rendelkezéseire hivatkozott. Megállapította, hogy a felperes több reklámjában kategorikus ígéretekkel fogalmazott meg, adott termék valamely kiemelt tulajdonsága kapcsán megjelölt százalékos érték alkalmas a fogyasztói döntés befolyásolására. Az ilyen közlés alapján a fogyasztó előtt ismert kell legyen az, hogy a reklámban hivatkozott vizsgálati eredmény szubjektív vagy objektív hatékonysági vizsgálat eredménye-e. Hangsúlyozta, hogy a reklámállításoknak teljesen összhangban kell lenniük a vizsgálati eredményekkel és a vizsgálat körülményeivel, az állítás valóságnak való megfelelését a reklám közzétételekor kell tudnia a vállalkozásnak bizonyítani. A Nivea Visage Q10 Plus Ránctalanító Termékcsalád 2007. május-június hónapokban alkalmazott 15 mp-s televíziós reklámjai vonatkozásában megállapította, hogy - a szakértői véleményre is tekintettel - valótlan az az állítás, amely szerint a kedvező hatás minden egyes fogyasztónál bekövetkezik. Kifejtette, hogy elégtelen az olyan vizsgálati eredmények bemutatása, amelyek kizárólag összesített eredményeket ismertetnek, és nem tartalmazzák a részletes, az egyes vizsgálati alanyok esetében mért konkrét adatokat. Ezen kívül a „harcoljon a ráncok ellen úgy, mint még soha” és az „erre a hatásra csak ez a termék képes” kifejezések piacelsőbbégi állítások, melyeket a felperes nem tudott bizonyítani. A 30 mp-es reklámfilmben megfogalmazottak szintén kategorikus, nem minden fogyasztóra érvényes, illetve felperes által nem bizonyított piacelsőbbégi állítások. A termékek csomagolásain alkalmazott közlés azért jogsértő, mert az új ráncok kialakulásának nemlegességére vonatkozó kategorikus állítás nem minden esetben igaz. A Nivea Visage DNAge (nappali és éjszakai krém) termékcsalád 2007. februárban és márciusban alkalmazott Birthday 20 mp-es és a Car 20 mp-es televíziós reklámokból - a reklámok kivitelezése folytán - nem vált ismertté, hogy a százalékos értékek (76 nő visszajelzése) nem egy objektív vizsgálat eredményét tükrözik, de a reklámüzenetek alapján sem azt kellene bizonyítani, hogy a 76 nő 86%-a nyilatkozott úgy, hogy a termék használata révén valamilyen mértékben feszesebb lett a bőre, kevesebb lett a ránc, hanem azt, hogy a termék használata előtti állapothoz képest alakul az arcbőr állapota a százalékérték szerint. Megjegyezte, hogy a vizsgálati dokumentációk sem támasztották alá a feltűnően fiatalos bőrre és szemmel láthatóan kevesebb ráncra vonatkozó állítást, a Birthday 20 mp-es reklámfilmben pedig a szakértői véleményre tekintettel a bőr öregedésének sejtekben való megállítása sem alátámasztott. A folding card és a termékek csomagolásain adott tájékoztatás vonatkozásában a felperes nem bizonyította, hogy az arcbőr megfiatalítására vonatkozó állítás a terméket alkalmazó minden fogyasztó esetében megfelel a valóságnak, a 76 nő részvételével lefolytatott hatékonysági teszt eredményeiből a bármilyen kedvező hatás bekövetkezésének kategorikus ígérete megalapozatlan, és - kizárólag a folding card-ra vonatkoztatva - a szakértő szerint sem helytálló annak állítása, hogy a termék megszünteti a bőröregedés legfőbb okát. A nyomtatott sajtóban és a 2007. márciusi beltéri plakáton alkalmazott tájékoztatások azért jogsértők, mert nem közölték a fogyasztókkal, hogy termékteszt eredményei egy szubjektív hatékonysági vizsgálat eredményei, a közölt százalékos értékek pedig a bőr állapotának változására vonatkozó értelmet hordoztak. Emellett a „bőr fiatalabb lesz” kifejezés sem felel meg annak, amit a terméktől minden

fogyasztó elvárhat, a „sejtek DNS-ének megerősítésére” vonatkozó állítás pedig nem felel meg a valóságnak. A Nivea Visage DNAge Zone Action sejtmeújító koncentrátum 2007. július-augusztus hónapokban alkalmazott televíziós reklámjai ezért jogsértők, mert a reklám kivitelezésénél fogva nem észlelhető, hogy a közölt adatok nem egy objektív vizsgálat eredményei, de a százalékos érték ez esetben sem a vizsgálatban résztvevők arányára, hanem a bőr állapotváltozásának mértékére vonatkozik. Ezen kívül az 57 nő bevonásával végzett vizsgálat eredménye szerint sem felel meg a valóságnak az a kategorikus állítás, mely szerint az arc bőr az első használat után szemmel láthatóan feszesebb. A szakértői véleményre is figyelemmel megállapította, hogy a „pillanatok alatt” elérhető feszes arc bőrre vonatkozó állítás nem felel meg a valóságnak, mert a felperes vizsgálati dokumentációi jellemzően több heti alkalmazás eredményeiről számolnak be. A nyomtatott sajtóban, direct mailben és csomagoláson megjelent reklámok azért jogsértők, mert az azonnali bőrfeszesítésre, ráncfeltöltésre, ráncsökkentésre vonatkozó állítást a vizsgálati dokumentációk nem igazolták. A direct mail-ben szereplő azon állítás sem igazolt, hogy az apró mikropigmenteknek köszönhetően az azonnali látható ráncfeltöltés hatása hosszú távon is megmarad, és a bőr megfiatalítására, sejtmeújításra, sejtmeújulásra vonatkozó kategorikus ígéret - figyelemmel a termékek elnevezésére is - sem felel meg a valóságnak még abban az esetben sem, ha az ésszerűen figyelmes fogyasztó nem gondolja, hogy testrésze ténylegesen megfiatalodhat. Az Eucerin pH5 Q10 Bőrfiatalító Kézkrem Eucerin szórólapon alkalmazott közléseit a szakértői vizsgálat nem támasztotta alá; a termék a bőr elvékonyodására, értágulatok és pigmentfoltok meglétére a dokumentumok szerint nincs hatással, azokat elmulasztani nem képes, a bőröregedés jellemző paramétereit a felperes nem vizsgálta, a készítmény összetétele alapján nincs hatással a bőröregedés fő okaként a felperes által máshol megjelölt DNS károsodásra. Egyebekben utalt a kategorikus állítással kapcsolatban kifejtett korábbi megállapítására. Az Eucerin Sun napallergia elleni Krém - Gél FF15/FF25 Eucerin szórólapon alkalmazott tájékoztatások azért jogsértők, mert bár a felperes azt közvetítette a fogyasztóknak, hogy a termék bármilyen típusú napallergia esetén hatásos, a szakértő szerint a fényallergiának több formája ismert, melyek orvosi kezelése nem csak fényvédő használatából áll, a fotóallergiás reakciókat nem lehet kizárólag fényvédő készítménnyel megelőzni. Megjegyezte, hogy ezen a felperes által utóbb csatolt dokumentáció sem változtat. Az Eucerin Sun Ultra Védelem Napozó 50FF termék Eucerin szórólapon és 2007. májusi és júniusi nyomtatott sajtóban megjelent reklámközlések egyrészt tévesen azt sugallják, hogy a fogyasztó a felsorolt esetekben a szakember helyett saját maga is helyes döntést tud hozni, másrészt pedig azt, hogy - a szakvéleménnyel ellentétben - a bármilyen gyógyszer által okozott, bármilyen súlyos fényérzékenységben, a napon való bármilyen hosszú idejű tartózkodás melletti „gyógyszerkezelés okozta fényérzékenység esetén” hatásos a termék. Az Eucerin Q10 Active Ráncatlanító (Fluid) termék Eucerin szórólapon vonatkozásában a szakértői vélemény nem támasztotta alá azt, hogy a készítmény életkortól függetlenül serkenti a lecsökkent sejtaktivitást. A Hyaluron-filler Ráncfeltöltő Nappali Krém/Éjszakai krém Eucerin szórólapon és display vonatkozásában megállapította, hogy a szakértő szerint nem bizonyított a belülről, injekciók nélkül érhető el ráncfeltöltés, a felperes összehasonlító vizsgálatot (krém-injekció) nem végzett, ezen kívül a felperes azt sem igazolta, hogy a termék stimulálja a bőr saját hialuronsav termelését. A 2007. januári és februári televíziós reklám vonatkozásában megállapította, hogy az a felperes által nem igazolt piacelsőbségi

állítás tartalmazott. A nyomtatott sajtóban megjelent reklámban és az Eucerin szórólapon hivatkozott azonnali kedvező hatás helyett pedig legalább két hetes kezelés volt szükséges a vizsgálati dokumentációk szerint. Az Eucerin termékcsalád valamennyi tagjára vonatkozóan hivatkozott a kozmetikai termékek biztonságosságáról, gyártási, forgalmazási feltételeiről és közegészségügyi ellenőrzéséről szóló 40/2001 (XI.23.) EüM rendelet (a továbbiakban: EüM rendelet) 11.§ (1) bekezdésére azzal, hogy a felperes több - példálózóan kiemelt - esetben terápiás, illetve gyógyhatást tulajdonított termékeinek az Eucerin szórólapokban, melyeket a szórólap egyéb közlései, valamint a tudományos kifejezések is erősítettek.

Az Eucerin Mélyápoló Krém-Gél vonatkozásában a határozat 124. pontjában azt rögzítette, hogy a kisebb jelentőséggel bíró, szakmailag kifogásolható pontatlanság nem alkalmas a fogyasztói döntések tisztességtelen befolyásolására, míg a 125. pontban azt közölte, hogy a 2007. szeptemberében a nyomtatott sajtóban megjelentetett reklámjaival a felperes a fentiekben kifejtettek szerint a fogyasztók megtévesztésére alkalmas magatartást tanúsított.

A bírságkiszabás körében a Tpvt. 78.§ (1) és (3) bekezdéseit kiemelve súlyosító körülményként értékelte, hogy a jogsértés több terméket érintett, a jogsértés igen intenzív, jelentős reklámköltséggel járt, azonban a reklámok nem kizárólag jogsértőnek minősülő elemet tartalmaztak. Súlyosító körülményként vette figyelembe azt is, hogy a tájékoztatásokkal elért fogyasztói kör jelentős volt, az érintett fogyasztói kör legalább egy része a fogyasztók vélt vagy valós problémái miatt az átlagosnál érzékenyebb, továbbá, hogy a jogsértéssel érintett időszak több hónapot ölelt fel, és, hogy a felperes a kozmetikai piac egészének jelentős szereplője. Ugyancsak súlyosító tényező, hogy a jogsértő magatartás a felperesnek felróható, mert az EüM rendelet alapján fokozott körültekintéssel kellett volna eljárnia. Korlátozottan vette enyhítő körülményként figyelembe, hogy a gyógyszerárban forgalmazott Eucerin termékcsalád esetén a vásárlást megelőzően a fogyasztó további információkhoz juthatott a termékekről, mert a jogsértőnek minősülő állítások tartalmának módosításához szükséges ismeretekkel a gyógyszerészek sem rendelkeznek szükségszerűen. Enyhítő körülményként értékelte, hogy a felperes a termékek csomagolásának módosítása során igyekezett figyelembe venni a versenyfelügyeleti eljárás tapasztalatait, valamint azt, hogy felperesnek a bírságon kívül további költségei merülnek fel.

A felperes keresetében elsődlegesen az alperes határozatának megváltoztatásával a versenyfelügyeleti eljárás megszüntetését, másodlagosan a bírság összegének mérséklését, harmadlagosan alperes határozatának hatályon kívül helyezését és alperes új eljárásra kötelezését kérte. A Polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény (a továbbiakban: Pp.) 339/A.§-ában, a fogyasztókkal szembeni tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat tilalmáról szóló 2008. évi XLVII. törvény (a továbbiakban: Fttv.) 29.§-ának (3), (4) és (12) bekezdéseiben, 52.§-ának (2) bekezdésében, valamint 53.§-ának (1) bekezdésében, és a Tpvt. 2009. március 17-én hatályos 8.§-ában foglaltakra hivatkozással előadta, hogy az alperes nem a megfelelő anyagi jogi normát alkalmazta. Vitatta, hogy fogyasztók megtévesztésére alkalmas magatartást tanúsított. Álláspontja szerint az alperes az átlagos fogyasztó értelmezési képességeinek határát túl alacsonyan vonta meg. E körben kiemelte a 76/768/EGK irányelv 6. cikk (3) bekezdését, és az Európai Bíróság (a továbbiakban: EUB) egyes döntéseit, így a C-

356/04. (Lidl) és C-220/98. (Estée Lauder) ügyeket, amelyek szerint az átlagos fogyasztó a „lifting” szó hallatán nem várja el, hogy a krém a kezelt bőrfelületet tartósan megemeli. Az átlagos fogyasztó tudja, hogy mit várhat el egy kozmetikai terméktől, és nincsen ideje terjedős szakmai információk feldolgozására, de annak megjelenítését a reklámközvetítő médium terjedelmi korlátja sem teszi lehetővé, a felmérések eredményeit pedig tömörítve le kell fordítani az átlagos fogyasztó nyelvére. A kategorikus kijelentések vonatkozásában kiemelte, hogy az alperes által kirendelt szakértő szerint szakmai szempontból 100% hatékonyságot in vivo igazolni nem lehet, és, hogy elfogadható a kategorikus állítás, ha a hatás a fogyasztók „nem elhanyagolható” részénél igazolható. Utalt arra, hogy minden terméke a vizsgált személyek felénél, legtöbb esetben 80-90%-át meghaladó részénél volt igazolhatóan eredményes. Ezek miatt az alperes megalapozatlanul állapított meg jogsértést a DNAge Zone Action Sejtmegújító Koncentrátum, az Eucerin pH5 Q10 Bőr fiatalító Kézkrem, az Eucerin Sun Napallergia Elleni Krém-Gél FF15/FF25, az Eucerin Sun Ultra Védelem Napozó 50FF és az Eucerin Q10 Active Ránctalanító Arcápoló (Fluid) termékek tekintetében. Érvelése szerint a Nivea Visage Q10 Plus Ránctalanító termékcsalád vonatkozásában a vizsgálati eredmények igazolták, hogy a fogyasztóknak csak elhanyagolható része nem reagált a kozmetikum hatóanyagaira, de ez a fogyasztói kör nem is várja el a tökéletes eredményt. Állította, hogy a „harcoljon a ráncok ellen úgy, mint még soha” és az „erre a hatásra csak ez a termék képes” kifejezések a korábbi Q10 tartalmú termékekre vonatkoztak, amely a szövegkörnyezetből kitűnt. Előadta, hogy a Q10 Plus Ránctalanító Arctisztító Tejre vonatkozó állítás nem azt tartalmazza, hogy a termék „megakadályozza”, hanem azt, hogy „akadályozza” a ráncok megjelenését. A Nivea DNAge (nappali és éjszakai krém) termékcsalád tekintetében kifejtette, hogy indokolatlan az objektív és szubjektív mérési eredmények közötti különbségtétel, a szubjektív értékítélet statisztikai eszközökkel objektív módon mérhető. Ezen kívül az alperes által kiemelt reklámállítások nem keltik azt a látszatot, mintha objektív mérési eredményekről lett volna szó, a 76 nő részvételével végzett felmérés szignifikáns módon lemérhető, összesített eredménye szerint a készítmény a használók túlnyomó részénél hatásos volt. A DNAge Zone Action Sejtmegújító Koncentrátum vonatkozásában előadta, hogy alperes helyesen nem állapított meg jogsértést a Nivea Visage Q10 Plus Ránctalanító termékcsalád 30 mp-es televíziós reklámfilmjében alkalmazott „egy csapásra” kifejezés miatt, viszont ugyanígy a „pillanatok alatt” kifejezés sem jogsértő. Egyebekben visszautalt a szubjektív/objektív vizsgálatok kapcsán kifejtettekhez. Az Eucerin termékcsalád vonatkozásában kiemelte, hogy a 76/768/EGK irányelvben a terápiás hatás feltüntetésére vonatkozó tilalom nem szerepel, ezért az ilyen tilalom közösségi jogba ütközik. Előadta, hogy reklámállításai nem sugallták a betegségek gyógyítását, az EUB C-99/01. döntésére tekintettel pedig az „orvosilag igazolt”, „klinikai tesztek által igazolt”, és a „kizárólag gyógyszerárban kapható” kifejezések nem megtévesztők. Az Eucerin Sun Ultra Védelem Napozó 50 FF termék kapcsán sérelmezte, hogy az alperes indokolás nélkül figyelmen kívül hagyta a 2008. december 16-i beadványának 11. számú bizonyítékát. A Hyaluron-Filler Ránctöltő Nappali /Éjszakai Krém vonatkozásában vitatta, hogy az „injekció” nélkül állítás szükségszerűen az injekciós kezeléssel való összehasonlítást jelentene. Állította, hogy a „legfejlettebb megoldás” kifejezés a korábbi termékeihez képest értendő, az „azonnal kedvező hatás” kapcsán pedig a DNAge Zone Action Sejtmegújító Koncentrátum

vonatkozásában előadottakra utalt vissza. Az Eucerin Mélyápoló Krém-Gél vonatkozásában sérelmezte, hogy a határozat a jogsértés tekintetében önellentmondó.

Előadta még, hogy az alperes által kirendelt szakértő véleménye csak az alperes előadásaként értékelhető. A perben felperes szakértői bizonyítást indítványozott a Nivea Visage DNAge termékcsalád, a Zone Action Sejtmegújító Koncentrátum, az Eucerin pH5 Q10 Bőrifiatalító Kézkrem, az Eucerin Sun Napallergia Elleni Krém-Gél FF15/FF25 és Eucerin Sun Ultra Védelem Napozó 50 FF termékekre vonatkozó egyes állításainak bizonyítására. A bírságszabás tekintetében a Tpv. 78.§ (3) bekezdésére, valamint a közigazgatási hatósági eljárás és szolgáltatás általános szabályairól szóló 2004. évi CXL. törvény (a továbbiakban: Ket.) 72.§-ának (1) bekezdés ea.) és ec.) pontjaira, a Pp. 339/B.§-ára, valamint az alperes 1/2007. Bírságközleményére, és a Fővárosi Ítéltábla és a Legfelsőbb Bíróság eseti döntéseire hivatkozva sérelmezte, hogy az alperes nem állapította meg a bírságalap összegét, így nem tudni, hogy a kommunikációs költségeket, vagy az árbevételi adatokat vette-e alapul. Az alperes nem kért részletes adatokat arra, hogy a reklámkiadások hogyan oszlottak meg az egyes jogsértéssel érintett, illetve nem érintett termékek között, a közigazgatási eljárásban csatolt, az eladott termékek nettó árbevételeit tartalmazó listában számos alperes által nem vizsgált termék is érintett volt.

Az alperes ellenkérelmében a kereset elutasítását kérte. A határozatban foglaltak fenntartása mellett az átlagos fogyasztó fogalma és a reklámközvetítő médium sajátosságai kapcsán is bírósági határozatokra hivatkozott. Észrevételezte, hogy a keresetben hivatkozott irányelv a perbeli tényállás idején nem volt implementált, a C-220/98 döntés pedig - eltérő tényállása folytán - nem releváns. Hangsúlyozta, hogy nem a felperes által végzett vizsgálatokat kifogásolta, hanem azt, hogy a statisztikai szignifikáció feltételei a fogyasztók előtt nem voltak ismertek, a felperes figyelmen kívül hagyta a reklámok tartalmának meghatározása során azt, hogy nem létezik 100%-os hatékonyság. Utalt arra, hogy a kozmetikai és a gyógyszeripari termékek forgalomba hozatalának feltételei nem hasonlíthatók össze, az EüM rendelet pedig kifejezetten tiltja a kozmetikai termék terépiás célú forgalomba hozatalát, reklámozását. Megjegyezte, hogy a felperes 2008. december 16-i beadványának 11. számú mellékletét a versenyfelügyeleti eljárásban a Ket. 58.§-ának megfelelően bevont szakértő figyelembe vette. Érvelése szerint az Eucerin Mélyápoló Krém-Gél termékekre nézve jogsértést nem állapított meg, a határozat 125. pontja szerkesztési hiba eredménye. A bírságszabás kapcsán eseti döntésre utalva hangsúlyozta, hogy alapösszeget nem volt köteles megállapítani. Megjegyezte, hogy a jogsértő reklámokra fordított költséget vette alapul.

Az elsőfokú bíróság a 2010. április 26. napján kelt 2.K.31.887/2009/15. számú ítéletével az alperes határozatát hatályon kívül helyezte és az alperest új eljárásra kötelezte. Indokolása szerint az alperes tévesen választotta meg az alkalmazandó jogot; nem a határozat meghozatalának időpontjában hatályos anyagi jogszabályokat alkalmazta. Erre figyelemmel a határozatot érdemben a továbbiakban már nem vizsgálta. A Fővárosi Ítéltábla a 2010. október 27. napján kelt 2.Kf.27.423/2010/6. számú végzésével az elsőfokú bíróság ítéletét hatályon kívül helyezte és az elsőfokú bíróságot a per újabb tárgyalására és újabb határozat hozatalára utasította. Indokolása szerint az alperes helyesen választotta ki az alkalmazandó jogot, ezért a felperes kereseti kérelméről érdemben kell döntenie.

A megismételt eljárásban az elsőfokú bíróság ítéletével az alperes határozatának a felperest bíróság megfizetésére kötelező rendelkezését hatályon kívül helyezte és e körben az alperest új eljárásra kötelezte, ezt meghaladóan a keresetet elutasította. Indokolása szerint a másodfokú bíróság már jogerősen állást foglalt az alkalmazandó anyagi jog kérdésében. Megítélése szerint az alperes a döntését a Grtv. rendelkezéseitől függetlenül alapíthatta a Tpvt. rendelkezéseire. A Tpvt. 2007. január 1- szeptember 17. között hatályos 8.§-ának (2) bekezdés a) pontja alapján leszögezte, hogy a felperesnek kell figyelemmel lenni arra, hogy a fogyasztói döntés befolyásolására alkalmas tájékoztatásainak összhatása tömören, a laikusok számára is ugyanazt fejezze ki, mint ami a szakértő számára a hatékonysági tesztek alapján megállapítható. Hangsúlyozta, hogy amennyiben felperes reklámjaiban termékeinek hatékonyságát, mint lényeges tulajdonságot emeli ki, akkor - éppen arra tekintettel, hogy a kozmetikai termékek hatékonyságának módszereire vonatkozó ismeretekkel az átlagos fogyasztó még alapismeretek szintjén sem rendelkezik - meg kell tudni megfelelő módon jeleníteni azokat az egyéb kritériumokat is, melyekhez képest a fogyasztó értelmezni, viszonyítani tudja a hatékonyságra utaló kifejezések tartalmát. Nem arról van tehát szó, hogy kozmetikai termék hatékonyságára vonatkozó kijelentések nem tehetők statisztikailag szignifikáns adatok alapján, vagy hogy csak az in vivo kísérletek az elfogadhatók, hanem arról, hogy legalább a tájékoztatás összhatásából váljon ismertté, hogy az adott terméknek tulajdonított pozitív hatást a vállalkozás mihez képest tulajdonítja a terméknek, mert a viszonyítási alap is a kozmetikum hatékonyságához kapcsolódó lényeges tulajdonság. E körülménynek a gyógyszerek reklámozásával összevetve kifejezetten az eltérő forgalomba hozatali eljárás miatt van jelentősége; az ugyanis az átlagos fogyasztó ismertei között is tételezhető, hogy a gyógyszerek forgalmazhatóságát szigorú hatósági kontroll előzi meg. A gyógyszerekre vonatkozó, az EUB C-249/09 számú döntésével összefüggő felperesi okfejtést ennek figyelembevételével sem ítélte relevánsnak. Álláspontja szerint mindezzel a 76/768/EGK irányelv 6. cikk (3) bekezdése, és az EUB felperes által hivatkozott döntései sem állnak ellentétben. Egyébként is az irányelv a tagállami jogalkotónak címzett másodlagos közösségi jogforrás, melynek közvetlen hatálya csak kivételes esetben állapítható meg (Van Gend & Loos - 26/62.), a C-220/98. ügyben a „lifting” kifejezés értelmezéséről volt szó, a C-356/04. előzetes döntéshozatali ügy áruházláncok árösszehasonlító reklámjaira vonatkozott, ezért ezek nem hasonlíthatók a perbeli esethez. A kategorikus állítások értelmezése kapcsán hangsúlyozta, hogy nem a 100% hatékonyság előzetes bizonyítottsága a kritérium, hanem az, hogy amennyiben a vállalkozás olyan fogyasztóknak szóló tájékoztatást alkalmaz, amely összhatásában egy ígértet fogalmaz meg (a termék valamely állapot megszüntet, korigál) bármilyen korlátozás említése nélkül, akkor a fogyasztók „nem elhanyagolható” részének azok minősülnek, akiknek a tájékoztatás nyilvánvalóan nem szólhat. Ezért nem volt relevanciája annak, hogy minden termék esetén a vizsgált személyek felénél, legtöbbször 80-90%-át meghaladó részénél volt igazolhatóan eredményes. A felperesi tájékoztatások nem azért sértették a Tpvt. 8.§ (2) bekezdés a.) pontját, mert a kategorikus állítások mögött nem 100% hatékonyságot igazoló tesztek álltak, hanem azért, mert az adott tájékoztatás összhatása - a Tpvt. 9.§ -ra is figyelemmel - feltétel nélküli ígéretekről szólt anélkül, hogy az ígérek korlátaira bármilyen (észlelhető) információ megjelent volna. A DNAge Zone Action Sejtmeújító Koncentrátum, az Eucerin pH5 Q10 Bőrfiatalító Kézkrem, az Eucerin Sun Napallergia Elleni Krém-Gél

FF15/FF25, az Eucerin Sun Ultra Védelem Napozó 50FF és az Eucerin Q10 Active Ránctalanító Arcápoló (Fluid) termékek vonatkozásában tehát az alperes az átlagos fogyasztót vette alapul, illetve a kategorikus kijelentéseket tartalmazó reklámállítások jogszabálysértők. Kitért arra, hogy az Eucerin pH5 Q10 Bőr fiatalító Kézkreőről az Eucerin szórólapon adott, az alperes által értékelési körbe vont megállapításról a perben kirendelt szakértő megállapította, hogy a krém a fénykárosodás okozta bőröregedés tüneti kezelésére, valamint további pigmentfoltok keletkezésének megelőzésére alkalmas, a bőratrofiát megszüntető hatásra nincsen adat, így ez alátámasztja a határozat 107. pontjában foglaltakat. Az Eucerin Sun Napallergia Elleni Krém-Gél FF15/FF25 termékkel kapcsolatban a szakértő megállapította, hogy a polimorf fényexanthéma nem azonos a fénydermatózissal, a fényvédő használata nem helyettesíti a megfelelő védőruházatot, széles hatásspektrumú fényvédő esetében sem lehet 100%-os biztonsággal védelemről beszélni. A szakvélemény tartalmilag azonos a közigazgatási eljárásban kirendelt szakértő álláspontjával, melyre a határozat 110. pontja épül. Az Eucerin Sun Ultra Védelem Napozó 50FF tekintetében pedig a perszakértő akként foglalt állást, hogy a termék elsődleges indikációjaként megjelölt napégés elleni védelemhez nem kell orvosi közreműködés, de fénydermatózis, festékhiány betegség esetén az orvos felkeresése célszerű. Ez a vélemény nem mond ellent a határozat 112-113. pontjaiban foglaltaknak. Érvelése szerint a 2008. december 16-án kelt beadvány 11. számú, idegen nyelvű mellékletét a felperes annak alátámasztására csatolta, hogy a termék a napallergia valamennyi formájával szemben hatásos. A perben kirendelt igazságügyi szakértő azonban megállapításait ennek figyelembevételével is tette, a felperes pedig további bizonyítást nem indítványozott. A Nivea Visage Q10 Plus Ránctalanító termékcsalád vonatkozásában megállapította, hogy a ráncok eltüntetésére, visszatérésük megelőzésére, és ezek bizonyítottságára vonatkozó hangsúlyos reklámkijelentések kategorikus ígéretnek minősülnek, a reklámokban és a csomagolásokon ugyanakkor nem volt észlelhető olyan viszonyítási pont, amelyhez képest a kategorikus ígéret, azaz a mindenkinek bizonyított ránceltüntetés és megelőzés üzenet tartalma módosulhatott volna. Emellett értékelte, hogy a közigazgatási eljárásban kirendelt szakértő szerint egyes esetekben a látható ráncok kialakulását az új rostok megakadályozni nem tudják. Leszögezte, hogy a televíziós reklámokban elhangzott „harcoljon a ráncok ellen úgy, mint még soha” és az „erre a hatásra csak ez a termék képes” kifejezések tartalmilag piacelsőbbbségi állítások, melyek igazoltságára a felperes bizonyítékot nem szolgáltatott. Sem a szövegkörnyezetből, sem egyéb módon nem lehet arra következtetni, hogy a kijelentés a felperes saját korábbi Q10 tartalmú termékeihez képest fogalmaz meg állítást. A ráncok megjelenésének akadályozása és megakadályozása között lényeges tartalmi különbséget nem talált, ezért a reklám összhatását és a jogsértést az ígектő hiánya nem módosítja. A Nivea DNAge (nappali és éjszakai krém) termékcsalád tekintetében a megtévesztés abban érhető tetten, hogy az átlagos fogyasztónak nem feltétlenül kell ismernie sem a kozmetikai iparban alkalmazott vizsgálati módszereket, sem azt, hogy - kizárólag szubjektív értékelésen alapuló vizsgálat esetén - statisztikailag mi minősül szignifikáns eredménynek, márpedig ezek a szempontok alkalmasak a termék hatékonyságára koncentráló kijelentések viszonypontjának jellemzésére, azok is a kozmetikai termék lényeges tulajdonságai. Az alperes alappal hivatkozott arra, hogy „nem objektív vizsgálat eredményét” tükrözték a Nivea DNAge (nappali és éjszakai krém) termékcsalád Birthday és Car 20 mp-es televíziós reklámjai, a nyomtatott sajtóban megjelent reklámok és a beltéri plakátok. Hangsúlyozta, hogy a felperes nem

vitatta azt az alperesi indokolást, miszerint a reklámokban megjelenített százaléértékek nyelvi kifejeződése egyébként sem a vizsgált tesztalanyokra, hanem a bőr állapotváltozására vonatkozik. Utalt a perszakértő azon megállapítására, miszerint a bőroregedés multifaktoriális, nincsen fő oka, a belső (genetikus) bőroregedéssel szemben tehetetlenek vagyunk, a „sejtek mélye” kifejezés tudománytalan, a sejtmagban elhelyezkedő DNS-t megerősíteni nem kell, a kötőszöveti rostok állapota javítható, amelyekkel a bőroregedés tünetei csökkenthetők, de alapvetően a bőrt „megfiatalítani” nem lehet. A DNAge Zone Action Sejtmegújító Koncentrátum televíziós reklámjában közölt „pillanatok alatt”, és a sajtóban, direct mail-ben, termékcsomagoláson feltüntetett „azonnal” kifejezések körében a szakértők megállapítására hivatkozással arra jutott, hogy a termék azonnali ráncfeltöltő hatása nem elfogadható, a perszakértő szerint négy hét az a legrövidebb idő, mely alatt szignifikáns javulás elérhető. A 76/768/EGK irányelvre vonatkozó felperesi érveléssel szemben arra mutatott rá, hogy az irányelvnek az a tagállami jogalkotás is megfelel, amely többet szabályoz anélkül, hogy ellentétbe kerülne az irányelv rendelkezéseivel Egyébként is az irányelv 7. cikkének (1) bekezdése csak az irányelvnek megfelelő kozmetikai termékek forgalomba hozatalra vonatkozik, nem pedig a termékekkel kapcsolatos marketing tevékenység versenyjogi értékelésére. Erre tekintettel az alperes megalapozottan hivatkozott az EüM rendelet 11.§ (1)-(2) bekezdéseire. A Hyaluron-Filler Ráncfeltöltő Nappali/Éjszakai Krém vonatkozásában megállapította, hogy az „injekció nélkül” állítás összhatását tekintve azt fejezi ki, hogy a termék hatékonyságát a felperes az orvosi kezeléshez viszonyítja. Azzal, hogy a felperes e körben fogyasztóknak szóló tájékoztatását megelőzően összehasonlító vizsgálatot nem végzett, az áru lényeges tulajdonsága tekintetében tisztességtelenül befolyásolta a fogyasztói döntést. A televíziós reklámokban elhangzott „legfejlettebb megoldás” elsőbbségi állítás, arra azonban semmilyen konkrét szöveggörnyezetben felismerhető információt nem tartalmaztak a reklámok, hogy a kijelentés a felperes korábbi termékeihez képest értelmezendő. Az Eucerin Mélyápoló Krém-Gél vonatkozásában megállapította, hogy a határozat önellentmondó, amely az ügy érdemére is kiható jogsértésnek minősül Ezért a bírságkiszabás sem törvényes. A Tpv. 78.§-ának (1) és (3) bekezdései alapján megállapította, hogy bár a határozat számos, a Tpv. 78.§ (3) bekezdésben felsorolt mérlegelési szempontot tartalmaz - a határozatból nem lehet követni azt a folyamatot, melynek végeredményeként alperes a bírságot 110.000.000 forintban állapította meg. Álláspontja szerint az olyan összetett tényállású ügyben, amelyben számos termék fogyasztói tájékoztatásának több különböző megjelenési formáját szakértő bevonásával vizsgálva az alperes egyes esetben alaki okból, máskor bizonyítottság hiányában nem állapít meg jogsértést, a jogsértő tájékoztatásokat pedig súlyuk és számosságuk tekintetében különböző okból minősíti jogsértőnek, akkor nem felel meg a Pp. 339/B.§ rendelkezésének az, ha az alperes általánosságban, a jogsértő és nem jogsértő tájékoztatások rendszerezése, a mérlegelési szempontok súlyozása nélkül sorolja fel súlyosító, kisebb számban pedig az enyhítő körülményeket, majd pedig meghatároz egy végső bírságösszeget. Az alperesnek számot kell adnia arról, hogy a bírság jogalapjának tekintett jogsértések egyenként és összességükben miért éppen azt az összegszerűséget indokolják, amelyet a zérus és a határozathozatal megelőző év árbevételének 10%-a által kijelölt skálán végül meghatározott. A mérlegelés folyamatát nem feltétlenül a matematika eszközeivel kell leírni, de a folyamatot a mindennapi logika követelményét kielégítő módon meg kell jeleníteni a határozat indokolásában. Nem állapítható meg sem az eljárás adataiból, sem a

határozat indokolásából az, hogy a felperes által szolgáltatott árbevételi adatokat az alperes hogyan és miként használta fel, a marketingköltség alapulvételével mely szempontot milyen súllyal vett figyelembe. Az sem állapítható meg, hogy az alperes mely felperes által szolgáltatott adatok alapján, konkrétan mely termékeknek, mely reklámeszközhöz kapcsolódó költségei alapján, milyen összecszerülésben vette figyelembe a „jogsértő reklámra fordított költség összegét” figyelemmel arra is, hogy az Eucerin Mélyápoló Krém-Gél tekintetében még a jogsértés sem egyértelmű. A megismételt eljárásra nézve előírta az Eucerin Mélyápoló Krém-Gél reklámjainak jogsértő jellegével kapcsolatos egyértelmű állásfoglalást, továbbá a bírságkiszabás során a súlyosító és enyhítő szempontok meghatározása mellett a mérlegelési folyamat okszerűségének kontrollálhatóságára alkalmas módon való indokolást.

A felperes fellebbezésében elsődlegesen az elsőfokú ítélet megváltoztatását és vele szemben az eljárás megszüntetését, másodlagosan a bírság összegének mérséklését kérte. Előadta, hogy az alperes nem megfelelő anyagi jogszabályt alkalmazott, vitatta a Fővárosi Ítéltábla ezzel kapcsolatos álláspontját. Állította, hogy a gazdasági reklámtevékenységről szóló 2008. évi XLVIII. törvény (a továbbiakban: Grt.) 1.§-ának (2) bekezdése értelmében a Grt. alkalmazásának lett volna helye figyelemmel a Grt. 3.§-ának d) pontja szerinti meghatározásra, és az EüM rendelet 11.§-ának (1) és (2) bekezdéseire. A C-220/98. számú ügyre utalással hangsúlyozta, hogy a reklámállításokat az átlagos, ésszerűen jól informált, körültekintő és ésszerűen figyelmes fogyasztó szempontjából kell megvizsgálni. Kiemelte, hogy a reklámállításokat minden esetben megfelelő körülmények között végzett, statisztikailag szignifikáns eredményeket mutató vizsgálatok támasztják alá, amelyek eredményét a fogyasztó számára is érthető megfogalmazásban kellett közölni. Megjegyezte, hogy az anyavállalata minden uniós országban lényegében ugyanazokat a reklámállításokat alkalmazta, máshol azonban emiatt nem indult versenyhatósági eljárás. Az EUB joggyakorlatára hivatkozással állította, hogy az átlagos fogyasztó a hozzá intézett tájékoztatást nem feltétlenül érti szó szerint. Az átlagos fogyasztónak nincsenek irracionális elvárásai; tisztában van a testének, bőrének állapotával, korlátaival, van tapasztalata a tekintetben, hogy a szervezete mi módon, milyen mértékben reagál a kozmetikai termékekre. Az a fogyasztó, akinek személyes tapasztalata alapján a ráncait semmilyen termék nem csökkentheti, egyetlen terméktől sem várja el, hogy az az általános ígéret alapján az ő ráncait is egy csapásra maradéktalanul eltüntesse. Hangsúlyozta, hogy az általa közzétett reklámok önmagukban, minden további információ megismerése nélkül igazak, pontosak és valóságosak. A reklámkommunikációs eszközök terjedelmi korlátozottsága azonban nem teszi lehetővé jelentős mennyiségű információ közreadását, ezért a reklám csak a leglényegesebb információkat közölheti. Az átlagos fogyasztó a fogyasztói döntés meghozatalára rendelkezésre álló korlátozott idő alatt nem képes statisztikai adatok értelmezésére, ugyanakkor a különböző objektív és szubjektív tesztek statisztikailag feldolgozott eredményeinek számsora a fogyasztót csak elbizonytalanítaná. A szakértői megállapításra is utalással előadta, hogy 100%-os hatékonyság nem létezik. A kategorikus, az adott hatás minden fogyasztó vonatkozásában fenntartás, megszorítás nélküli ígéret akkor jogsértő, ha a fogyasztók egy nem elhanyagolható része esetén az ígért hatás bekövetkezése igazoltan nem várható. Termékei a vizsgált személyek 50%-a felett voltak igazoltan hatásosak, a legtöbb esetben 80-90% feletti eredményesség volt igazolható, ezért megalapozatlanul kívánja meg az alperes, hogy a

reklámállításokban hivatkozott eredménynek az adott termék tekintetében vizsgált személyek 100%-ához igen közel eső részére legyenek igazak. Az Eucerin pH5 Q10 Bőr fiatalító Kézkrem, az Eucerin Sun Napallergia Elleni Krém - Gél FF15/FF25 és az Eucerin Sun termékekkel kapcsolatban előadta, hogy az elsőfokú bíróság a fogyasztók tájékoztatásához fűződő érdekének figyelmen kívül hagyásával fogadta el a kiegészítő szakértői vélemény megállapításait. A Nivea Visage Q10 Plus Ránctalanító Termékcsalád reklámja piacelsőbbségi állításként nem értékelhető, azt expressis verbis erre utaló kitétel nélkül is úgy érte az átlagfogyasztó, hogy valamely korábbi termékeihez képest állít valamit. A Nivea DNAge nappali és éjszakai krém termékcsalád tekintetében állította, hogy a kozmetikai iparban bevett szubjektív, a tesztalany észlelésén alapuló vizsgálatok eredményeit objektívizálni nem lehet, továbbá nem lehet minden egyes reklámállításához mellékelni az adott állítás alapjául szolgáló vizsgálati metodikát sem. Álláspontja szerint a „sejtek mélye” kifejezés egy olyan metaforikus összetétel, amely lehet, hogy tudománytalan, de amely alapján a fogyasztók tökéletesen és pontosan megértik a reklámüzenetet, vagyis azt, hogy a tennék a sejtfalon belül fejt ki hatását. A terápiás hatás tilalmával kapcsolatban megismételte, hogy mivel az nem szerepel az Irányelvben, ezért e tilalom a közösségi jogba ütközik. A Hyaluron-filler Ránctöltő Nappali/Éjszakai krém tekintetében előadta, hogy az „injekció nélkül” állítást az átlagfogyasztó nem értelmezheti úgy, hogy azzal az orvosi kezeléshez viszonyítható eredményességet ígérték. Az pedig tényszerűen igaz, hogy a ránctöltő krém injekció nélkül alkalmazható. A bírságösszeg indokolása körében előadta, hogy a határozatból nem állapítható meg az az alapösszeg, amely kiinduló pontként szolgált a súlyosító- illetve enyhítő körülmények figyelembevételénél. Így nem ellenőrizhető, mert nem követhető belőle a bírságösszeg kalkulálásának módja, amint egy hiányos képlet alapján sem lehet megállapítani, hogy helyes-e a végeredmény. Állította, hogy a Gazdasági Versenyhivatal elnökének és a Gazdasági Versenyhivatal Versenytanácsa elnökének a Tpv. 11. és 21.§-a, illetve az Európai Unió működéséről szóló szerződés 101. és 102. cikke szerinti tilalmakba ütköző magatartások esetén a bírság összegének megállapításáról szóló 1/2012. számú közleménye (a továbbiakban: Közlemény) részletesen foglalkozik mind az alapösszeg, mind a vizsgálandó tényező és azok súlyának kérdésével, a 15. pont szerint az alapösszeg meghatározása kulcsmomentum. Mindezek alapján sérült a Pp. 339/B.§-a. Ezen kívül a határozatból az sem derül ki egyértelműen, hogy az Eucerin Mélyápoló Krém Gél termékkel kapcsolatos hivatali szerkesztési hiba nem befolyásolta-e a bírság összegét. Állította, hogy a reklám költségek tekintetében nem csatolt olyan részletességű kimutatást, amelyben külön az Eucerin Mélyápoló Krém Gél vonatkozásában megállapíthatók lettek volna a marketing-, illetve reklám költségek.

Az alperes fellebbezésében az elsőfokú bíróság ítéletének megváltoztatását és a kereset teljes egészében való elutasítását kérte. Állította, hogy a határozat 130. pontjában a jogszabályi előírásoknak és a bírói gyakorlatnak megfelelően, gondos mérlegelés eredményeként, a releváns körülmények számbavétele és értékelése után, a Pp. 339/B.§-át nem sértve állapította meg a bírság összegét, és határozatát e körben is részletesen megindokolta. Az Eucerin Mélyápoló Krém Gél termékkel kapcsolatban korábbi perbeli nyilatkozatát megerősítve állította, hogy a jogsértő reklámokra fordított költség összegét vette figyelembe, azaz az Eucerin Mélyápoló Krém Gél tekintetében nem került sor bírság kiszabására. Miután az ügy eldöntése szempontjából

releváns tények a bíróság rendelkezésére állnak, ezért e határozati részt nem lehetett volna hatályon kívül helyezni. A felperes fellebbezésével szembeni ellenkérelmében fenntartotta a határozatban és az elsőfokú eljárásban előadottakat.

A felperes fellebbezése nem alapos, az alperes fellebbezése alapos.

A Fővárosi Ítéltábla az elsőfokú bíróság ítéletét a Pp. 253.§-ának (3) bekezdésében foglaltaknak megfelelően a fellebbezési kérelmek és a fellebbezési 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 magatartásának jogi megítélését illetően. A felperes fellebbezésében foglaltak nem voltak alkalmasak annak kedvező elbírálására. Mivel a felperes lényegében megismételte a kereseti előadását, és az elsőfokú bíróság a jogsértés vonatkozásában adott, mindenre kiterjedő, kellően részletes és megfelelően alapos jogi érvelésével a másodfokú bíróság maradéktalanul egyetért, ezért azt nem ismétli meg. A felperes fellebbezésében foglaltakra utalással a másodfokú bíróság a következőket hangsúlyozza.

Az ítéltábla továbbra is fenntartja a 2.Kf.27.423/2010/6. számú, egyébként is jogerős végzésében foglaltakat; a felperes magatartását a cselekmények megvalósításának napján hatályos anyagi jogszabályok alapján kell megítélni függetlenül attól, hogy az adott anyagi jogszabályok a határozat meghozatalakor már nem voltak hatályban. Ezt az álláspontot erősítette a Kúria mint felülvizsgálati bíróság a Kfv.II.37.340/2011/5. számú ítéletében, amikor kimondta, hogy a Tpv. 8.§-ának módosítása csak azt zárja ki, hogy a módosítást követően keletkezett jogviszonyban a korábbi norma érvényesüljön. A vállalkozás 2008. szeptember 1-je előtt tanúsított magatartására a Tpv. 2008. szeptember 1-je előtt hatályos 8.§-ának rendelkezései az irányadók, és e magatartások megítélésére a 2008. szeptember 1-jével hatályba lépő anyagi jogszabályok nem alkalmazhatók. Ennélfogva sem az Fttv., sem pedig az alperes által vizsgált időszakban nem, hogy nem hatályos, de még csak meg sem alkotott Grt. nem alkalmazható.

A reklámállítás fogyasztók megtévesztésére való alkalmassága vizsgálata körében abból kell kiindulni, hogy ki a célközönség, azaz mely fogyasztói réteghez szól a reklám üzenete, kiket akar ösztönözni a reklámozott termékek megvásárlására. Jelen esetben nincsen szó meghatározott szakmai ismeretekkel rendelkező vásárlói körről, a felperes a termékeit az átlagfogyasztó számára reklámozta. Az átlagfogyasztó - ahogy azt a felperes is helyesen leírta - az átlagos, ésszerűen jól informált, körültekintő és ésszerűen figyelmes fogyasztó. Ő az utca embere, a nagy többséghez hasonló mindennapi ember. Az ilyen átlagos fogyasztó az adott helyzetben általában elvárható figyelmességgel és körültekintéssel jár el. 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. Az átlagos fogyasztó a saját tapasztalatait figyelembe veszi a reklámállítások értelmezésekor, ez azonban nem jelenti azt, hogy a reklámozó bármit állíthat, hiszen a fogyasztó a saját tapasztalata alapján úgyis tudja, hogy az nem igaz.

Az átlagos fogyasztó többnyire valóban ismeri bőrének állapotát, és érzékelté más termékek hatásait, vagy éppen hatástalanságát. Az esetleges kudarcok után azonban különösen nagy várakozással fordul az újabb termékek iránt, és erre vonatkozó nyomatékos felhívás vagy figyelmeztetés hiányában nem gyanakszik, hanem elhiszi, hogy most végre itt van a rajta is segíteni képes termék. Az átlagos fogyasztónak nincsenek irracionális elvárásai, azaz a bevett túlzásokat nem veszi komolyan. A nyilvánvalóan szélsőséges, a magától értetődő nagyotmondás valóságát a racionális fogyasztó nem hiszi el, ennek bekövetkezését ténylegesen nem is várja. A felperesi reklámállítások azonban ilyen egyértelmű, józan ésszel azonnal felismerhető nyilvánvaló túlzásokat nem tartalmaz, ezért a felperes alaptalanul hivatkozott az átlagfogyasztó saját korábbi tapasztalatára, az ésszerű elvárás kereteire, illetve arra, hogy a tájékoztatásokat nem kell feltétlenül szó szerint érteni. Mindez nincs ellentétben az EUB joggyakorlatával, de a felperes által hivatkozott - egyébként más tényálláson alapuló - eseti döntésekben foglalt következtetésekkel sem. A jogsértés megállapításának pedig nem akadályozza az sem, hogy más uniós országban a felperes hasonló tartalmú reklámjai ellen versenyhatósági eljárás nem indult. Ezért csupán megjegyzi a másodfokú bíróság, hogy a felperes erre vonatkozó állítását semmivel nem igazolta.

Az egyes marketing kommunikációs eszközök különböző terjedelmű információ átadására képesek. A kevesebb adat közlésére alkalmas reklámhordozó választása nem mentesíti a vállalkozást a fogyasztói döntések tisztességtelen befolyásolásának tilalma alól. Ez esetben is gondoskodnia kell arról, hogy az adott reklám állítása megfeleljen a valóságnak, az a fogyasztói döntés meghozatalához szükséges valamennyi lényeges információt tartalmazza. Természetesen ez nem jelenti azt, hogy minden termék vonatkozásában valamennyi adatot, tény, körülményt részletesen meg kellene jeleníteni a reklámban. A túlzott mennyiségű, értelmezhetetlen információkat, az átlagos fogyasztó számára nehezen érthető, felfoghatatlan, vagy éppen érdektelen tudományos megállapításokat nem kell közölni. A reklámoknak azonban önmagukban, azaz minden további piaci tájékozódás nélkül kell hitelesnek lenniük. A reklámban a vásárlói döntés meghozatalához szükséges valamennyi lényeges információt meg kell adni, mégpedig olyan pontosan, hogy az alapján a fogyasztó reális képet alkothasson az adott termékről, annak reklámozott tulajdonságáról. Ez tehát akkor is versenyjogi elvárás, ha a reklámhordozó terjedelmi- vagy időkorlátai, a reklám észlelésének sajátosságai, illetve egyéb más ok miatt jellemzően csak kevés információt tud közreadni.

Az átlagos fogyasztó jellemzően nem kozmetikus, nem bőrgyógyász, így ilyen jellegű szakismerettel általában nem rendelkezik, továbbá a statisztikai eredmények elemzésének, értékelésének szabályaival sincs tisztában, ez többnyire nem is érdekli. Az olyan tájékoztatás azonban, amely a reklámozott termék valamely kiemelt tulajdonságával kapcsolatban meghatározott százalékos értéket közöl, akkor arra felfigyel, azt a saját átlagos, azaz hétköznapi ismeretének megfelelően értékeli. Ezért a kedvező tulajdonság hatásának százalékos bemutatása során a fogyasztót tájékoztatni kell arról, hogy a hivatkozott vizsgálati eredmény egy szubjektív vagy egy objektív hatékonysági vizsgálat eredménye-e. Ezen kívül a reklámállításoknak tudományosan elfogadott hatékonysági vizsgálatok eredményein kell alapulniuk, mégpedig úgy, hogy a reklámállítás valóságtartalmát a reklámozó vállalkozásnak a reklám közzétételének

időpontjában kell tudnia bizonyítani. A reklámállításoknak tehát összhangban kell lenniük a vizsgálati eredményekkel és a vizsgálat lefolytatásának körülményeivel. Ha pedig a kozmetikai termék kedvező hatásának bekövetkezése nem garantált minden fogyasztó esetében, akkor erre vonatkozó kategorikus állítást, azaz valamennyi fogyasztónak szóló kedvező hatás bekövetkezésére vonatkozó ígéretet, nem lehet tenni. Mivel pedig szakmai szempontból 100%-os hatékonyságot tudományosan igazolni nem lehet, ezért a reklám tartalmát is erre figyelemmel kell megfogalmazni. Nem az a probléma tehát, hogy egy termék nem váltja ki azonos mértékben a kedvező hatást valamennyi fogyasztóban, hanem az, hogy ennek ellenére a reklám mégis ezt ígéri, ezt sugallja.

Az egyes termékekkel kapcsolatos felperesi előadás is csupán a korábbiak megismétlése, ezért a másodfokú bíróság e körben már csak utal az elsőfokú bíróság helyes indokaira, azokat nem ismétli meg.

A bírsággal kapcsolatos felperesi és alperesi fellebbezés alapján az ítéletábra az alábbi következtetésre jutott.

A Tpv. 78.§-ának (3) bekezdése rendkívül széles mérlegelési jogot ad az alperesnek a bírság összegének meghatározása körében. Főszabályként a bírság összegét az eset összes körülményére tekintettel kell meghatározni, amely körülményeket a törvény példalázó jelleggel sorolja fel. Ezen kívül az egyedi jogsértéshez tartozó egyéb körülményeket is figyelembe kell venni. A mérlegelési jogkör nem diszkrecionális jogkör, azaz nem jelent korlátlan szabadságot, szabad belátáson alapuló döntési lehetőséget, az is joghoz kötött a Pp. 339/B.§-ában foglaltak szerint. A valós bírósági felülvizsgálat feltétele a bírságösszeg meghatározásához vezető döntési folyamat levezetése, azaz annak bemutatása a határozatban, hogy mely tényeket, körülményeket értékelt a hatóság a jogsértő vállalkozás javán vagy terhén, a figyelembe vett enyhítő-és súlyosító körülményeket milyen súllyal értékelte.

Az egyes anyagi jogsértésekhez a jogalkotó különféle szankciót, köztük a bírság kiszabását is rendeli. A bírság összegének meghatározása az anyagi jogsértéshez kapcsolódó jogszabályi rendelkezés tartalmától függ. Ez lehet tételes, mint pl. az objektív felelősségen alapuló közlekedési szabályszegés miatt kiszabandó közigazgatási bírság, más anyagi jogszabály szerint a bírságot meghatározott matematikai művelettel kell kiszámolni, mint pl. az élelmiszerlánc felügyelettel összefüggő egyes bírságok, vagy a hulladékgazdálkodási bírság. Ez utóbbi esetekben a bírság megállapításának első lépése az alpbírság meghatározása, amelyhez bizonyos szorzószámokat kell hozzárendelni. Amikor a jogszabály alapadatok meghatározását, alpbírság kiszámítását és bizonyos matematikai műveletek elvégzését nem írja elő, akkor ezek hiányát a hatóságon számon kérni nem lehet. Így van ez a Tpv. 78.§-ának (3) bekezdésében foglaltak teljesülésének vizsgálatakor is. Az alperes figyelembe veheti a saját bírságközleményét, kiindulhat az ott meghatározott alapadatokból, ám a közigazgatási határozat bírósági felülvizsgálata során azt kell ellenőrizni, hogy a Pp. 339/B.§-ában foglaltaknak megfelelően az alperes valós tényadatok alapján, az eljárási szabályok betartásával, a konkrét ügy sajátosságaira figyelemmel megindokolta-e a döntését, a határozat tartalmazza-e annak okszerű, logikai ellentmondást nem tartalmazó levezetését, hogy a mérlegelés során mit és milyen súllyal vett figyelembe.

Mindezek alapján az elsőfokú bíróság jogszabályi alap nélkül várta el az árbevételi adatokon alapuló pontos számítást, továbbá a reklámköltségek figyelembevételét, különösen az Eucerin Mélyápoló Krém Gél termékre tekintettel. A Tpv. 78.§-ának (3) bekezdése sem bizonyos alapadatok, sem alpbírság meghatározását nem teszi kötelezővé, ezért önmagában ezek hiánya nem teszi jogsértővé az alperes mérlegelési jogkörben hozott döntését.

A fentiekén túl a másodfokú bíróság megállapította, hogy az alperes határozatának 130. pontjában kimerítő részletességgel feltüntette az általa figyelembe vett körülményeket, megjelölte ezek súlyosító, illetve enyhítő jellegét. Az így felhozott szempontokat a felperes ténybelileg nem cáfolta és azok előjelét, azaz súlyosító vagy enyhítő tartalmát sem kifogásolta. Azzal sem érvelt, hogy a bíróság összege a Tpv. 78.§-ának (1) bekezdésében meghatározott maximális mérték felett lenne. A fellebbezésben hivatkozott Közlemény nemcsak azért nem vehető figyelembe, mert az a jogsértés, de a határozat meghozatala után is született, hanem azért sem, mert a Közlemény jogszabálynak nem minősül, márpedig a határozatot csak jogszabálysértés esetén lehet hatályon kívül helyezni vagy megváltoztatni. Mindezekre tekintettel a felperes fellebbezése e körben sem vezetett eredményre, viszont az alperes fellebbezésében megalapozottan állította, hogy a határozata megfelel a mérlegelési jogkörben hozott döntés törvényi feltételeinek. Az Eucerin Mélyápoló Krém Gél tekintetében a határozat valóban ellentmondást hordoz. Ennek azonban a bírságkiszabásra vonatkozó rendelkezés tekintetében különösebb jelentősége nem volt. Bár valóban nem mindegy, hogy az alperes hány és milyen súlyú jogsértés miatt szab ki bírságot, de a felperes nem állította és nem is bizonyította, hogy éppen az Eucerin Mélyápoló Krém Gél figyelembe vétele miatt vált jogsértővé a bírságolás. A másodfokú bíróság álláspontja szerint az alperes döntése akkor is megfelel a mérlegelési jogkörben hozott határozat törvényi követelményeinek, ha az Eucerin Mélyápoló Krém Gél terméket a bírságkiszabás során nem kell figyelembe venni.

A kifejtettekre figyelemmel a Fővárosi Ítéltábla az elsőfokú bíróság ítéletét részben, a Pp. 253.§-ának (2) bekezdése alapján megváltoztatta és a felperes keresetét a fennmaradó részében is elutasította, egyebekben a Pp. 254.§-ának (3) bekezdésében foglaltak alkalmazásával, helyes indokai alapján helybenhagyta.

Az alperes fellebbezése sikerre vezetett, ezért a Pp. 78.§-ának (1) bekezdése alapján a felperes köteles az együttes első- és másodfokú perköltségét megfizetni, míg az illetékekről szóló 1990. évi XCIII. törvény 39.§-ának (3) bekezdés c) pontja és 46.íjának (1) bekezdése szerinti mértékű fellebbezési illeték viselésére a bírósági eljárásban alkalmazandó költségmentességről szóló 6/1986. (VI.26.) IM rendelet 13.§-ának (2) bekezdése alapján köteles.

Budapest, 2012. évi november hó 7. napján

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