

A MAGYAR KÖZTÁRSASÁG NEVÉBEN !

A Fővárosi Ítéltábla a dr. E. M. vezető jogtanácsos által képviselt Telenor Magyarország Zrt. (korábbi neve: Pannon GSM Távközlési Zrt., Törökbálint) felperesnek a dr. László Ildikó Katalin ügyvéd által képviselt Gazdasági Versenyhivatal (Budapest,, hivatkozási szám:Vj-12/2009.) alperes ellen versenyügyben hozott közigazgatási határozat felülvizsgálata iránt indult perében a Fővárosi Bíróság 2010. évi március hó 23. napján kelt 7.K.34.636/2009/7. számú ítélete ellen a felperes által 9. sorszám alatt előterjesztett fellebbezés folytán az alulírott helyen 2011. évi január hó 19. napján megtartott nyilvános tárgyalás alapján meghozta a következő

í t é l e t e t :

A Fővárosi Ítéltábla az elsőfokú bíróság ítéletét helybenhagyja.

Kötelezi a felperest, hogy 15 napon belül fizessen meg az alperesnek 30.000 (azaz harmincezer) forint másodfokú perköltséget, valamint az államnak - az illetékügyekben eljáró hatóság külön felhívására - 36.000 (azaz harminchatezer) 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. szeptember 3. napján kelt Vj-12-33/2009. számú határozatában megállapította, hogy a felperes a Pannon Internet Éjjel-nappal és a Pannon Internet Éjszaka-hétvége tarifacsomagjaival kapcsolatban 2008. november 11. és 2009. február 2. között a fogyasztókkal szemben tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatot folytatott, ezért őt 15 millió forint bírsággal sújtotta. A határozat indokolásában részben kitért arra, hogy a Nemzeti Hírközlési Hatóság (a továbbiakban: NHH) a felperes eljárásával kapcsolatban megállapította, hogy az előfizetők a szerződéskötés időpontjában ugyan

tisztában lehettek azzal, hogy a felperes mekkora sebességet biztosít számukra, illetve, hogy nem megfelelő felhasználás esetén a szolgáltatás korlátozásra kerül, azonban arról nem rendelkeztek információval, hogy ezt hogyan kerülhetik el. Megállapította másrészt, hogy a felperes nem megfelelően alkalmazta a korlátozás szabályait a mobil internet sebesség csökkentése kapcsán, mert a korlátozás bevezetése előtt az előfizetőt nem értesíti, nem nyújt lehetőséget az előfizető számára, hogy igazolja a szerződésszegő magatartás megszüntetését, valamint nem is szünteti meg a korlátozást haladéktalanul (24 órán belül) a kifogásolt magatartás abbahagyását követően. Az Általános Szerződési Feltételekből (a továbbiakban: ÁSZF) nem ismerhető meg, hogy miért lenne szerződésszegő, azaz a szolgáltató hálózatának működését veszélyeztető magatartás az intenzív internethasználat, és hogyan valósulna meg a rendeltetésszerű működés veszélyeztetése. A szerződésszegő magatartás nem valósulhat meg pusztán azért, mert a szolgáltatást az előfizető ugyan rendeltetésszerűen használja, de a szolgáltató ahhoz csak korlátozott forrást tud biztosítani. Az ÁSZF-ben nincs tisztázva az általános felhasználási szokás fogalmának tartalma. Ezért az adott területen szakértelemmel nem rendelkező személy, fogyasztó számára nem nyújt megfelelő szintű tájékoztatást, így nem is lehetséges a megfelelő, a szolgáltatás igénybevételére vonatkozó magatartás kialakítása. A felperes gyakorlata a korlátozással kapcsolatban eltér az ÁSZF-ben foglaltaktól. A felperes által közölt egyes tájékoztatások ismertetését követően az alperes leszögezte, hogy a felperes megsértette a fogyasztókkal szembeni tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat tilalmáról szóló 2008. évi XLVII. törvény (a továbbiakban: Fttv.) 3. §-ának (3) bekezdésére és a 6. §-ának (1) bekezdésére tekintettel a 3. §-ának (1) bekezdését, mert egyes reklámok esetében nem az általa ténylegesen követett gyakorlatnak megfelelően adott tájékoztatást arról, hogy milyen esetekben kerülhet sor a sebesség korlátozására, egyes reklámok esetében csak a korlátlan forgalmi keret ígérete vált a reklámüzenet részévé, a felperes a fő üzenethez képest háttérbe szorította azt, hogy a korlátlan forgalmi keret csak normál felhasználás esetén biztosított. Egyes reklámok során pedig a kereskedelmi kommunikációkban a sávszélesség csökkentéséről adott tájékoztatás nem felelt meg a valóságnak, mert a felperes azt nem csak a peer to peer alkalmazások esetén csökkenthette. Rögzítette, hogy döntésénél az ésszerűen tájékozottan, az adott helyzetben általában elvárható figyelmességgel és körültekintéssel eljáró fogyasztó magatartását vette alapul. Hangsúlyozta, hogy a hozzáférés sebessége a szolgáltatás lényeges tulajdonsága, tehát az ezzel kapcsolatos körülmények, állítások, közlések a fogyasztói magatartás befolyásolására alkalmasak. Kifejtette, hogy a tarifacsomagok tárgyában a felperes és a fogyasztók között létrejött megállapodás rögzítette a sávszélesség-csökkentés lehetőségét a peer to peer alkalmazások esetén, azonban a felperes által működtetett rendszer nem volt alkalmas az extrém felhasználást mutató előfizetők azonosítására, és a felperes nem csak a normálnak nem minősülő használat esetén korlátozta a sebességet. A felperes által megvalósított megtévesztő tevékenység a fogyasztót olyan döntés meghozatalára készíthette, amelyet egyébként nem hozott volna meg. A bírságkiszabás tekintetében súlyosító körülményként értékelte azt, hogy a felperes már többször tanúsított a fogyasztói döntések tisztességtelen befolyásolására alkalmas magatartást, a jogsértés igen intenzív, jelentős költséggel járó reklámtevékenység révén valósult meg, a tájékoztatásokkal elért fogyasztói kör jelentős volt, a megvalósított jogsértés több hónapon keresztül tartott, a felperes magatartása felróható volt, a jogsértő kereskedelmi gyakorlat pedig még a reklámkampány lezárultát követően is alkalmas volt a fogyasztói magatartás befolyásolására. Enyhítő

körülményként vette figyelembe, hogy a felperes a kommunikációs eszközök esetében a hozzáférés sebessége vonatkozásában törekedett valamiféle tájékoztatás nyújtására a fogyasztók számára.

A felperes keresetében a határozat megváltoztatását kérte, elsődlegesen jogsértés hiányában a bíróság mellőzését, másodlagosan a bíróság csökkentését. Előadta, hogy a vezetékes szolgáltatás egyenletesen kiszámítható minőséget képes nyújtani, míg a mobilinternet-szolgáltatás minőségét és elérhetőségét számtalan körülmény befolyásolja. A peer to peer alkalmazások a hálózat aránytalan leterhelésével a hálózat optimális működését veszélyeztetik, a többi felhasználó által tapasztalt szolgáltatás minőséget rontják, így a mobil hálózatokon a sáv szélesség rugalmas korlátozására szükség van. Állította, hogy a forgalmi sebesség lassításának lehetőségéről pontos és egyértelmű tájékoztatást nyújtott a fogyasztóknak, a forgalmi sebesség lassítására akkor és olyan feltételekkel került sor, ahogyan az a tájékoztató anyagokban megjelent, tehát nem folytatott tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatot. Előadta, hogy a forgalmi sebesség lassítására automatikus és manuális módszert alkalmazott, mindkét esetben kizárható az, hogy egy nem peer to peer alkalmazást akként azonosított volna. A fogyasztói tájékoztatás jogszerű volt, mert a szolgáltatás csak a forgalmi keret (letöltött adatmennyiség) tekintetében volt korlátlan, a lassítás, mint a szolgáltatás egyik kevésbé jelentős feltételének korlátozása nem érintette a forgalmi keret, mint a szolgáltatás lényeges feltételének általa vállalt korlátlanágát. A mobilinternet-szolgáltatásoknál ugyanis nem a hozzáférés sebessége a szolgáltatás lényeges jellemzője. Nem feltételezhető az, hogy a fogyasztói döntést a legcsekélyebb mértékben is befolyásolja az elérhető sebesség. A bíróságkiszabást teljes egészében megalapozatlannak tartotta, különösen a jogsérelem súlyára és az általa megvalósított magatartásra tekintettel.

Az alperes a határozatban foglaltak fenntartása mellett kérte a kereset elutasítását. Hangsúlyozta, hogy a felperes által működtetett rendszer nem alkalmas az extrém felhasználást mutató előfizetők azonosítására, a felperes nem csak a normálnak nem minősülő használat esetén korlátozta a sebességet. Számos fogyasztói bejelentés érkezett a felperes által tanúsított magatartással összefüggésben.

Az elsőfokú bíróság ítéletével a felperes keresetét elutasította. Indokolása szerint a hozzáférés sebessége a szolgáltatás lényeges tulajdonsága, mert befolyásolja az internetszolgáltatás egyes tevékenységekre való alkalmasságát. Ezért a jogsértés megállapítása szempontjából jelentősek a hozzáférés sebességével kapcsolatos körülmények, állítások, közlések. Az alperessel egyezően leszögezte, hogy tisztességtelen, ha a kommunikációs eszközökben a vállalkozás intenzív internetezésre biztatja a fogyasztót, majd a felhívásnak megfelelő fogyasztói magatartást tanúsító fogyasztót az adatforgalomnak a mobilinternet-szolgáltatás egyes célokra való alkalmasságát kedvezőtlenül befolyásoló lassításával szankcionálja. A felperes gyakorlata szerint bármely előfizető hozzáférési sebességét korlátozhatja, függetlenül attól, hogy a korlátozás alapjául szolgáló körülmény felróható-e az előfizetőnek vagy sem, illetve, hogy a korlátozás alapjául szolgáló körülmény egyáltalán összefüggésben van-e az előfizető magatartásával vagy sem. A rendszer túlterheltsége általában nem csupán egy fogyasztó magatartására vezethető vissza, hanem a többiekére is, amely magatartások egyfajta sajátos additív hatással a felperes beavatkozását válthatják ki. A

felperes bemutató termeiben és a partneri üzletekben vásárlás-helyi reklámként alkalmazott attrap és a beltéri reklámként alkalmazott, A/5-ös méretű tájékoztató pulton található információ arról tájékoztatta a fogyasztókat, hogy a Pannon Internet Éjjel-nappal tarifacsomag korlátlan forgalmi keretet biztosít normál felhasználás esetén, amely valótlan tartalmú közlés volt, hiszen a sebesség korlátozására nemcsak extrém, normálnak nem minősülő használat esetén kerülhetett sor. A fél perces televíziós reklám és az óriásplakátok esetében a reklámok kivitelezésének, és azok fogyasztók általi észlelésének sajátosságaiból adódóan csak a korlátlan forgalmi keret ígérete vált a reklámüzenet részévé. A reklám végén megjelenő, a képernyőn összesen 1-2 másodpercig látható négy-öt soros írásbeli tájékoztató tartalmának megismerése az idő rövidege miatt nem lehetséges. A nyomtatott sajtóban megjelent reklámokban, illetve az egyes ún. partneri hirdetésekben, a felperes bemutatótermeiben és a partneri üzlet-kirakati és más plakátokon, a kirakatmatricákon, egyéb helyeken elhelyezett normál és city light plakátokon, a szórólapokon, az elküldött levelekben, a pultmatricákon, valamint a beltéri reklámként alkalmazott paraván falon közölt tájékoztatás, amely szerint a forgalmi keret nem korlátozott, és az olyan fájl-cserélő, fájl-megosztó, egyéb nagy mennyiségű adat továbbítására szolgáló alkalmazás használata során, amely révén az adatcsere közvetlenül a felhasználók között, a szervertől függetlenül zajlik, a felperes jogosult az adott forgalom idején a sávszélességet csökkenteni, nem felelt meg a valóságnak. Kiemelte, hogy a city light plakátok az óriásplakátokhoz hasonló megítélés alá esnek, mert nemcsak a fő- vagy további üzenet észlelésének hossza a lényeges a jogsértés megítélése szempontjából, hanem az is, hogy eleve nem azonos módon kerülnek közlésre az egyes pontos információk. A city light plakátokon a fogyasztó által ténylegesen, szükségszerűen észlelt üzenet a korlátlan forgalmi keret volt, és annak nem vált szükségszerű részévé a további kiegészítő magyarázat. Az online banner-ek a Pannon Internet Éjjel-nappal csomag vonatkozásában nem tartalmaztak tájékoztatást a sebesség lassításának lehetőségéről. Az elsőfokú bíróság a bírságra vonatkozó határozati rendelkezést is jogszerűnek tartotta. Megállapította, hogy az alperes megfelelő módon vette figyelembe az enyhítő és súlyosító körülményeket, a kiszabott bírság nem tekinthető eltúlzottnak vagy aránytalannak, az megfelel a generális és speciális prevenció céljainak.

A felperes fellebbezésében elsődlegesen az első fokú ítélet kereseti kérelmének megfelelő megváltoztatását, másodlagosan a bírság mellőzését kérte. A korábban előadottakat megismételve kiemelte, hogy nem folytatott tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatot, mert a forgalmi sebesség lassításának feltételeiről pontos és helytálló tájékoztatást nyújtott a fogyasztók számára, a forgalmi sebesség lassítására kizárólag a tájékoztató anyagokban megfogalmazott esetekben került sor, az előzetesen közölt feltételeknek nem megfelelő felhasználói magatartás következményeként nem csökkentette az előfizető hozzáférési sebességét. Az alperes és az elsőfokú bíróság is tévesen állapította meg a tényállást, ezért a Polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény (a továbbiakban: Pp.) 336/A. §-ának (2) bekezdése alapján az alperesnek kellett volna bizonyítania azt, hogy a kereskedelmi gyakorlata nem felelt meg a kommunikációs kampányban megfogalmazott feltételeknek. Állította, hogy a reklámkampány fő üzenetét nem a hozzáférés sebessége határozta meg, ezért a jogszabályi előírásokból adódó minimális adatközlésen túl további tájékoztatást nem kellett adnia. Utalt arra, hogy a lassítással érintett előfizetők kiválasztásának általa

alkalmazott szűrési módszere alapján kizárható az, hogy egy nem peer to peer alkalmazást akként azonosít, így a kereskedelmi ajánlat és a szolgáltatási feltételek ellenére normális felhasználásnak tekinthető magatartást tanúsító előfizetőket is lassított volna. Mindezt korábban megfelelően bizonyította. Ezzel szemben az alperes és az elsőfokú bíróság is helytelenül állapította meg, hogy a forgalmi sebesség lassítására nem kizárólag extrém felhasználás mellett került sor. A peer to peer alkalmazások folyamatos fejlesztése miatt kivételesen előfordult, hogy az egyébként extrém felhasználást mutató előfizetők számára nem lassították a forgalmi sebességet, ez azonban a fogyasztó javára esik, így tisztességtelennek nem tekinthető. Megjegyezte, hogy az egyik versenytársának hasonló kereskedelmi gyakorlatát vizsgáló ügyben az alperes az eljárást megszüntette. Előadta még, hogy a televíziós reklámfilmekben mind a megjelenés módja, mind pedig a megjelenés időtartama alapján a fogyasztói tudat részévé vált a normál felhasználás követelményével kapcsolatos tájékoztatás. Az intenzív reklámkampány nyomán a reklámfilmeket a fogyasztók több alkalommal is megtekinthették, így a reklám részleteit feltétlenül módjuk volt teljes terjedelemben megismerni. Álláspontja szerint a city light plakát nem esik az óriás plakáttal azonos elbírálás alá, mert a tömegközlekedési eszközök megállóiban, illetve a bevásárló központok területén elhelyezett plakátokkal a fogyasztó nem néhány másodperces ideig szembesül, azok mellett csak úgy elrohanni nem lehet. A bírágkiszabással kapcsolatban előadta, hogy az alperes indokolatlanul túlzott mértékűnek tekintette a jogsérelem súlyát, ugyanis a forgalmi sebesség lassítása szűk előfizetői kört érintett, a letöltési sebességet érintő beavatkozás az előzetesen közölt kereskedelmi feltételek szerint történt, a szolgáltatás leglényegesebb szolgáltatási feltételei, így pl. a korlátlan forgalmi keret, a lassítás ellenére is teljesültek. A kampány során kellő körültekintéssel, jóhiszeműen és jogszerűen járt el.

A fellebbezéssel szembeni ellenkérelmében az alperes az első fokú ítélet helybenhagyását kérte. Állította, hogy helyesen tárta fel az ügyben irányadó tényállást, az Fttv. 14. §-a alapján pedig a felperes volt köteles a kereskedelmi gyakorlat részét képező tényállításának valóságát igazolni. Hangsúlyozta, hogy az NHH is megállapította, hogy a felperes nemcsak a peer to peer alkalmazás, hanem a nagy adatmennyiség továbbítására szolgáló alkalmazások során is lassította az adatforgalmat. A felperes azt sem bizonyította, hogy a panaszosok peer to peer alkalmazásokat használtak volna, sőt még a lassítással érintett előfizetők pontos számáról sem tudott kimutatást adni. Ezzel nem cáfolta azt a határozati megállapítást, miszerint nem csak a normálnak nem minősülő használat esetén korlátozta a sebességet, ezért a bizonyítási teher nem fordult meg. Hangsúlyozta, hogy nem a lassítás tényét tartotta tisztességtelennek, hanem azt, hogy a felperes tájékoztatása nem volt összhangban az általa nyújtott szolgáltatással. Megjegyezte, hogy az NHH is megállapította, hogy a felperes nem megfelelően alkalmazta a korlátozás szabályait, az ÁSZF nem nyújtott megfelelő tájékoztatást. Állította, hogy a hozzáférés sebessége befolyásolja az internet szolgáltatás egyes tevékenységekre való alkalmasságát, ezáltal a szolgáltatás lényeges tulajdonságának tekintendő. A bíróságot a jogszabályi előírásoknak megfelelően szabta ki, annak mértéke csak töredéke a jogsértő kommunikációs eszközök alkalmazásával kapcsolatban felmerült költségnek. A felperestől elvárható, hogy a fogyasztók irányában tanúsított kereskedelmi gyakorlata feleljen meg a tisztesség követelményének, amely azon elvárást is magában foglalja, hogy a szolgáltatásainak lényeges tulajdonságáról adott, fogyasztóknak szóló

tájékoztatása igaz és pontos legyen, ne legyen alkalmas arra, hogy téves képzetet keltsen a fogyasztókban a kínált szolgáltatást illetően.

A felperes fellebbezése nem alapos.

A Fővárosi Ítéltábla az elsőfokú bíróság ítéletét a Pp. 253.§-ának (3) bekezdésében foglaltaknak megfelelően a fellebbezési kérelem és az ellenkérelem korlátai között vizsgálta. Ennek során megállapította, hogy az elsőfokú bíróság a bizonyítékokat a Pp. 206.§-ának (1) bekezdése szerint, azokat egyenként és összességükben is megfelelően értékelve helyesen állapította meg a tényállást és a rendelkezésre álló peradatok alapján okszerű következtetésre jutott a felperes magatartása és az alkalmazott szankció jogi megítélését illetően. A felperes fellebbezésében nem hivatkozott olyan indokra, amely az elsőfokú bíróság ítéletének jogszerűségét megkérdőjelezné, nem jelölt meg olyan tényt vagy körülményt, amely a fellebbezés kedvező elbírálását eredményezhette volna. Tekintettel arra, hogy a felperes fellebbezésében lényegében megismételte az elsőfokú eljárásban előadottakat, és az elsőfokú bíróság ítélete kiterjed valamennyi kereseti kérelemre, a felperes valamennyi érvevel szemben adott kellően részletes, alapos jogi indokolásával a másodfokú bíróság maradéktalanul egyetért, ezért azokat nem ismétli meg. A fellebbezésben foglaltakra utalással a következőket hangsúlyozza.

A gazdasági reklám célja a vásárlás ösztönzése, a fogyasztók buzdítása a kínált termék megvételére. Természetes, hogy e cél elérése érdekében a vállalkozások elsősorban a reklámozott áru előnyeit hangsúlyozzák. A piac szereplői szabadon határozzák meg, hogy a termékeiket miként népszerűsítik. Arról is maguk döntenek, hogy a fogyasztók érdeklődését milyen kampánnyal igyekeznek felkelteni. Szabad elhatározásuknak azonban az Fttv. gátat szab, amikor is a 3.§-ának (1) bekezdésében kimondja, hogy tilos a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat. E rendelkezés azt a kötelezettséget rója a gazdasági szereplőkre, hogy a gazdasági reklámjaikban hirdetett áruk, szolgáltatások értékesítésével kapcsolatos tájékoztatás legyen valós, pontos, egyértelmű. Ez azt az elvárást is magában foglalja, hogy minden - bármilyen formában és terjedelemben is megjelenített - reklámnak valamennyi olyan lényeges információt tartalmaznia kell, amely a fogyasztó számára, a megfontolt vásárlói döntés meghozatalához szükséges. Tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatot folytat a vállalkozás akkor, ha az általa adott tájékoztatás az eladni kívánt áru valamely lényeges tulajdonságáról valótlan vagy nem pontos információt ad, de ugyanilyenek minősül az az információ átadás is, amely a népszerűsíteni kívánt áru valamely lényeges tulajdonságát elhallgatja vagy ezzel kapcsolatban hiányos, félrevezető tájékoztatást közöl. A versenyjog a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat minden formáját tiltja.

A Fővárosi Ítéltábla az alperessel és az elsőfokú bírósággal egyezően jutott arra a következtetésre, hogy a hozzáférés sebessége a szolgáltatás lényeges tulajdonságának minősül. A forgalomtól függő díjazás mellett a fogyasztók csak a tényleg szükséges esetben interneteztek, hiszen az időkeret túllépése, a nagy mennyiségű adat letöltése jelentős költség növekedéssel járt. Az alperes által kifogásolt reklámokban a felperes korlátlan forgalmi keretet ígért. Ez alapján a fogyasztók azt feltételezheték, hogy a csomag megvételével idő- és adatmennyiség, stb. megkötés nélkül internetezhetnek, még hozzá a korábban megszokott forgalmi sebességgel. A forgalomnak tehát nemcsak

az idő- és mennyiségi kerete a lényeges tulajdonsága, hanem ugyanilyen jelentőségű az is, hogy ezt a keretet a fogyasztó milyen forgalmi sebesség mellett használhatja fel. Hiába korlátlan tehát egy forgalmi keret, ha az ahhoz való hozzáférés rendkívül lassú. A forgalmi sebesség különösen fontos a mobil internet felhasználásakor, hiszen a vezeték nélküli alkalmazás eleve feltételezi a gyors, azonnali alkalmazás igényét. Nem sokat ér a korlátlan forgalmi keret akkor, ha azt a felhasználó a forgalmi sebesség lassítása folytán egyáltalán nem, vagy csak a korábban megszokottnál jóval hosszabb idő alatt tudja kihasználni. A forgalmi keret és a forgalmi sebesség tehát szorosan összefüggő szempontok, így mindkettő a felperes által kínált szolgáltatás lényeges tulajdonságának minősül.

Az alperes által kifogásolt valamennyi reklám fő üzenetében a korlátlan forgalmi keret meghirdetése a forgalmi sebesség lassítása lehetőségének elhallgatásával jelent meg. A vásárlásra ösztönző reklám értelemszerűen a hirdetett áru pozitív tulajdonságait emeli ki. A reklám fő üzenete azonban nem merülhet ki pusztán a kedvező elemek felsorolásában, hiszen azok még nem elegendők a körültekintő, megalapozott vásárlói döntés meghozatalához. A főüzenetben tehát az áru minden olyan lényeges tulajdonságát közölni kell, amely a fogyasztó döntését befolyásolhatja. A felperes a hirdetések túlnyomó részében apró betűvel tett ugyan utalást a forgalmi sebesség lassítására, ez azonban nemcsak azért nem fogadható el, mert a fő üzenet részét nem képezi, hanem azért sem, mert nem ad egyértelmű, pontos tájékoztatást. „A forgalmi keret nem korlátozott, azonban olyan fájlcsere, fájlmegegyezés egyéb nagymennyiségű adat továbbítására szolgáló alkalmazás használata során, amely révén az adatcsere közvetlenül a felhasználók között, a szervertől függetlenül zajlik, a szolgáltató jogosult az adott forgalom idején a sáv szélességet csökkenteni” szövegrész nem világos, nem egyértelmű, homályos megfogalmazás. Ez alapján az ésszerűen tájékozottan eljáró, tudatos fogyasztó számára nem derül ki, hogy mikor is kerülhet sor a sáv szélesség csökkentésére, illetve mi minősül a forgalmi sebesség lassítását kiváltó magatartásnak, vagy, hogy ezt miként lehet megelőzni.

A normál felhasználás és az extrém felhasználás fogalma a honlap információi között sem található meg, ennek tartalma az ÁSZF-ben sincs meghatározva. Mindez azt jelenti, hogy még azon reklámok esetében is megvalósult a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat, amelyeknél a felperes utalt a sáv szélesség csökkentésére, hiszen ez az utalás a fogyasztó számára nem ad valós, pontos információt arról, hogy a meghirdetett korlátlan forgalmi keret mely magatartások esetén használható a korábban megszokottnál sokkal lassabban. A felperes tehát az általa kínált szolgáltatás egyik lényeges tulajdonságát elhallgatta, a reklám fő üzenetében megjelenített, a korlátlan forgalmi keretre vonatkozó információ oly mértékben hiányos, hogy az alkalmas a fogyasztók megtévesztésére, a fogyasztói döntés befolyásolására. A fogyasztókban, ha a felperes tájékoztatását esetleg - a honlapon közzétett információk, az ÁSZF rendelkezései és a felperes által eddig nyújtott szolgáltatás minőségének ismeretében - mégis tudták értelmezni, akkor is az a téves képzet alakulhatott ki, hogy a felperes már olyan műszaki fejlettségű technikai hálózattal rendelkezik, amely a korlátlan forgalmi keretet minden további feltétel nélkül, a forgalmi sebesség korlátozása nélkül, a korábban megszokott sebességgel biztosítja az internetezéshez. Ilyen műszaki háttérrel azonban a felperes - általa sem vitatottan - nem rendelkezett. Ezzel a felperes a jogsértést megvalósította.

A felperes az eljárás során végig állította, hogy a sebesség lassítására kizárólag a tájékoztató anyagokban megfogalmazott esetekben került sor. Ez az érvelés egyrészt azért nem fogadható el, mert a másodfokú bíróság a fentiekben rámutatott, hogy a reklámokban apró betűvel megjelenített szövegből, de még az ÁSZF-ből sem állapítható meg a forgalmi sebesség lassítását kiváltó magatartás mibenléte, így nincs mihez viszonyítani a felperes által alkalmazott gyakorlatot. Másrészt pedig a felperes érvelése azért sem helytálló, mert állítását semmilyen módon nem támasztotta alá, a bizonyításra még csak kísérletet sem tett. A Pp. 324.§-ának (1) bekezdése alapján a közigazgatási perben is érvényesül a Pp. 164.§-ának (1) bekezdése szerinti általános perrendi szabály. A közigazgatási perben tehát a felperesnek kell igazolnia azt, hogy a felülvizsgálni kért közigazgatási határozat jogszabálysértő. Ezt erősíti a Pp. 336/A.§-ának (2) bekezdése, amely kimondja, hogy ha a közigazgatási szerv a tényállás megállapítási kötelezettségének nem tett eleget, a közigazgatási szerv köteles a határozata alapjául szolgáló tényállás valóságának bizonyítására, ha azt a felperes vitatja. A bizonyítási teher tehát csak akkor fordul meg a perben, ha a felperes alappal cáfolja az alperes megállapításait, bizonyítja, hogy az alperes nem, vagy nem megfelelően tárta fel az ügyben irányadó tényállást.

Jelen esetben az alperes - az NHH határozatában foglaltakat is alapul véve - megállapította, hogy a felperes nem az általa ténylegesen követett gyakorlatnak megfelelően adott tájékoztatást a sebesség korlátozásáról, a sáv szélességet nemcsak a peer to peer alkalmazások esetén csökkentette. Ezt az állítást a felperes vitatta ugyan, ám alappal nem cáfolta. Nem igazolta, hogy a forgalmi sebességet kizárólag csak az extrém felhasználás esetén lassította. Még az alperesnél panaszt tevő felhasználók tekintetében sem igazolta, hogy minden esetben peer to peer alkalmazások voltak. A felperes még csak azt sem jelölte meg, hogy konkrétan mely előfizetőket érintett a lassítás. Bemutatta ugyan a lassítással érintett előfizetők kiválasztásának automatikus és manuális szűrési módját, erre nézve műszaki leírást adott, ám mindez csupán a felperes saját nyilatkozatának tekintendő, és mint ilyen önmagában nem dönti meg az alperesi megállapításokat. Állította, hogy a szűrési módszere alapján kizárható az, hogy egy nem peer to peer alkalmazást akként azonosít, ám ez valószínűleg nem fogadható el. A felperes maga is elismerte, hogy a peer to peer alkalmazások folyamatos fejlesztés alatt állnak, így lényegében a saját állításán kívül semmilyen bizonyíték nincsen annak alátámasztására, hogy nemcsak a normálnak nem minősülő használat esetén korlátozta a sebességet. Állításának ellentmond az alpereshez intézett panaszok sokasága, a fejlesztés alatt álló rendszer, és az, hogy a lassítással érintett felhasználók köre is ismeretlen. Mindezek alapján a Pp. 336/A.§-ának (2) bekezdésében írt rendelkezések alkalmazása szóba sem kerülhetett, ugyanakkor tény az, hogy a felperes a Pp. 164.§-ában foglalt kötelezettsége ellenére nem bizonyította állításait.

A fentiek alapján nincs különösebb jelentősége a televíziós reklámokkal és a city light plakátokkal kapcsolatos felperesi előadásnak. E körben azonban a másodfokú bíróság rámutat még arra, hogy a reklámozás a hirdetés közreadásával, a tájékoztatás közzétételével befejeződik. Az egyes reklámhordozók eltérő információ áteresztő kapacitásokkal rendelkeznek. Az egyes reklámhordozók területi korlátai azonban nem adnak felmentést a vonatkozó jogszabályi rendelkezések megtartása alól. A gazdasági szereplő tudja azt, hogy mit kíván reklámozni, ezáltal ismeri az eladni

kívánt áru fogyasztói döntést befolyásoló lényeges tulajdonságait. Erre tekintettel olyan reklámhordozót kell választania, amely a terjedelmi korlátokra is figyelemmel biztosítja a tisztességes tájékoztatás követelményét. Kétségtelen, hogy a tudatos fogyasztótól is elvárható, hogy a vásárlást megelőzően tájékozódjon. Ez azonban nem jelenti a tájékozási kötelezettség parttalan áthárítását a fogyasztókra. Éppen ezért elfogadhatatlan az a felperesi érvelés, hogy a televíziós reklámokat a fogyasztók több alkalommal is megtekinthették, ezáltal teljes terjedelemben megismerhették a reklám részleteit. Ezzel a felperes lényegében maga is elismerte, hogy egyszeri megnézésre az 1-2 másodpercig látható négy-öt soros írásbeli tájékoztató tartalmának megismerése nem lehetséges. Minden jogszabályi alapot nélkülöz az a felperesi elvárás, miszerint a fogyasztó köteles lenne egy reklámfilmlet többször is megnézni, esetleg arról felvételt készíteni annak érdekében, hogy annak minden elemét el tudja olvasni. A city light plakátokkal kapcsolatos érvelés sem helytálló, hiszen az apró betűs szöveg nem képezi a főüzenet részét, az a fogyasztó számára nem látható, nem érzékelhető abból a távolságból, amelyből a főüzenet még könnyedén elolvasható. A fogyasztóknak olyan jogszabályi kötelezettségük sincs, hogy a city light plakátot egészen közelről tekintsék meg annak érdekében, hogy annak minden részletét megismerjék.

A felperes a fellebbezésében is kifogásolta a bírság kiszabását, ám azzal kapcsolatban értékelhető érvet nem hozott fel. A Pp. 339/B.§-a alapján a közigazgatási perben a bíróság a mérlegelési jogkörben hozott határozat esetén is csak a döntés jogszerűségét vizsgálhatja, a jogszerű mérlegelést felül nem mérlegelheti, méltányosságot nem gyakorolhat. A kiszabott bírság mellőzésére vagy mérséklésére csak akkor kerülhet sor, ha az alperes a tényállást nem tárta fel kellő mértékben, a mérlegelés szempontjai nem vagy nem teljes körűen állapíthatók meg, illetve ha a mérlegelés okszerűtlen, logikai ellentmondást tartalmaz. Ilyenre azonban a felperes még a fellebbezésében sem hivatkozott. A felperes alapvetően a jogsértés hiányára tekintettel sérelmezte a bírságot. A másodfokú bíróság azonban a fentiekben bemutatta, hogy a felperes a kifogásolt reklámokkal a jogsértést elkövette. Az pedig, hogy a felperes túlzott mértékűnek tartja a bírság összegét, nem jogi kategória, így az jogsértést nem alapozhat meg. A felperes állította, hogy a sebesség lassítása szűk előfizetői kört érintett, ám ezt nem bizonyította, hiszen azt sem jelölte meg, hogy ténylegesen kiknél alkalmazta a lassítást. A felperes ezen kívül nem jelölt meg olyan tény vagy körülményt, amelyet az alperes jogsértő módon nem vett figyelembe, de olyan szempontokra sem hivatkozott, amelyet az alperes anélkül értékelt volna, hogy az az eset összes körülményéhez tartozna. Az alperes által enyhítő- és súlyosító körülményként figyelembe vett tényeket, körülményeket ténylegesen nem vitatta, a mérlegeléssel kapcsolatos jogsértésre még csak nem is utalt. Ennél fogva a bírsággal kapcsolatos felperesi kérelem sem foghatott helyt.

A kifejtettekre figyelemmel a Fővárosi Ítéletábla az elsőfokú bíróság ítéletét a Pp. 253.§-ának (2) bekezdése alapján helybenhagyta.

A felperes másodfokon is pervesztes lett, ezért a Pp. 78.§-ának (1) bekezdése alapján köteles az alperes másodfokú perköltségének a megfizetésére. Az illetékekről szóló 1990. évi XCIII. törvény a fellebbezés benyújtása időpontjában hatályos 39.§-ának (3) bekezdés c) pontja és 46.§-ának (1) bekezdése szerinti mértékű fellebbezési illeték

viselésére a felperes a bírósági eljárásban alkalmazandó költségmentességről szóló 6/1986. (VI.26.) IM rendelet 13.§-ának (2) bekezdése alapján köteles.

B u d a p e s t , 2011. évi január hó 19. napján

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