

JOGI FÓRUM PUBLIKÁCIÓ

Dr. Kovács András

Kötelezőek-e a szabályozó hatóságok normatív aktusai?

Ennek a tanulmánynak a tárgya a hírközlési jogra vonatkozó bírói esetjog alapján a nem jogszabálynak minősülő normatív szabályozó hatósági aktusok jogi jellegének a meghatározása. Talán túlzásnak tűnik egy-egy bírói jogeset elemzésével messzemenően általánosítani, időnként egy-egy ítéletben szereplő mondatot túlhangsúlyozva, túl sok elvi megállapítást tulajdonítani az egyes döntéseknek. Dolgozni azonban csak abból tudunk, ami rendelkezésre állt, és igyekszünk az egyes esetek hátterét is részletesebben bemutatni a könnyebb megértés kedvéért.

A szabályozó hatóságok piacsabályozás során hozott konkrét, egyedi hatósági határozatok (aktusok) fogalmi ismérve az, hogy e határozatok egymásra tekintettel születnek meg, rendszerint egy időpontban, mert a piac egészének egységes és koherens szabályozása (befolyásolása) csak így valósítható meg. Ebből következik, hogy nehéz elkülöníteni a szabályozó hatóságok egyedi hatósági aktusait a normatív szabályozási jogkör alapján hozott aktusoktól. Ezért elvi szinten e két jogkört szét kell választani. Ez azért jelent némi nehézséget, mert a **szabályozási jognak nincs meg a kijelölt helye a magyar jogforrási hierarchiában.**

A szabályozó hatóságok jogalkalmazásának általános ismérve az, hogy (1.) közgazdasági fogalmakra épülő absztrakt jogi normák alapján, (2.) ex ante típusú jogalkalmazását végeznék továbbá (3.) a jogalkalmazás közösségi jogi eredetű, amely nem csak irányelvek, de számos uniós ajánlás jellegű norma figyelembevételét is jelenti.

Mindhárom fenti tényező együttes következménye, hogy a **szabályozó hatóságok modellszerűen tényleges szabályozási joggal is rendelkeznek, mely normatív szabályok leginkább soft-law jellegűek, és a jogalkotásról szóló 1987. évi IX. évi törvényben (Jat.), az az a magyar jogban eddig ismeretlenek voltak.**

Ezek megjelenése a szabályozás logikájából következő szükségszerűség függetlenül attól, hogy van-e erre jogszabályi felhatalmazás vagy nincs, noha ez utóbbi körülmény jogi szempontból is nyilvánvaló relevanciával bír. **A közgazdasági fogalmakon alapuló absztrakt normák alkalmazása a jogbiztonság garantálhatósága és a jogalkalmazás preventív irányú hatékonysága is kiköveteli e jogi szabályozásnak a várható hatósági gyakorlattal való kitöltését konkretizáló további normatípusokat, melyek a változó helyzethez rugalmasan tudnak alkalmazkodni. A quasi jogalkotás jellegű ex ante jogalkalmazást jellemzi az absztrakt normától a konkrét**

kötelezettségig ívelő jogi dedukció folyamatának néha hosszadalmas és több logikai lépcsőn átvezető indokolása tekintetében az, hogy a jogi érvelés döntő része az adott időszakban és adott piaci viszonyokhoz illeszthetően általános formában előre biztosan rögzíthető, amely célszerűvé teszi, a kiszámíthatóságra figyelemmel, ezen elvek előre történő lefektetését. A közösségi jogi rezsím érvényesülése pedig szintén elkerülhetetlenné teszi a nem kötelező erejű jogi normák, vagy még jogi normának sem minősülő kvázi soft-law jellegű dokumentumok (recommendation, notice stb.) hatásának érvényesülését a jogalkalmazásra.

Ez utóbbiak nemzeti joggal való kapcsolata oly mértékben rendezetlen, hogy annak „hatályosulása” automatikusan váltja ki a nemzeti jogban is hasonló dokumentumok - és nem jogi normák - keletkezését, melyeknek jogi hatásai is kétségesek, noha tényleges hatásuk olyannyira gyakori, hogy e hatás bizonyítását nem is szükséges külön elvégezni.

Ez a normatív szabályozási jogkör jelenik meg a PSZÁF ajánlásaiban,¹ A GVH közleményeiben,² az NHH jogelődjének a Hírközlési Döntőbizottság Alapelveiben, majd az új elektronikus hírközlésre vonatkozó szabályozásban az IHM 8001/2004 (IHK.8.) IHM tájékoztatójában.

A Magyar Energia Hivatal (MEH) érintő szabályozásban 2008-ig nem létezett valódi, formailag is a nemzeti jogban rögzített soft-law jellegű aktus. Magyar (2003)³ azonban úgy látja, hogy a kontinentális és angol-szász jogcsalád összeolvadásának eredményeként jelenik meg a szabályozási jogkör az egyedi hatósági határozatokon keresztül és a működési engedély a jogforrási hierarchia legalsó szintjén, annak részévé válik. Ezen határozatok megszövegezésében angolszász szakértők vettek részt, de ott a hatóság nem csak végrehajt, hanem szabályoz is. Lényegében a jogszabályban meg nem határozott élethelyzetekre tartalmazznak ezek az egyedi határozatok normatív előírásokat, a Vet. kifejezetten erre ad hatáskört.⁴ Ugyanakkor a MEH gyakran normatív aktusokat is kibocsáthatott anélkül, hogy azok jogi jellege a szabályozásban tisztázásra került volna.⁵

Mivel az elektronikus hírközlési jog területére eső jelentős piaci erejű szolgáltatók azonosítására és kötelezettségek kiszabására irányuló hatósági határozatokra (JPE határozatok) vonatkozó bírói esetjog munkálta ki a leginkább e normatív aktusok jogi jellegét, ezért e gyakorlat bemutatására vállalkoztunk, mely bírói jogalkalmazás eredményei más szabályozó hatóságok normatív aktusaira is általánosíthatók. Ahhoz, hogy a bírói esetjog egyes megállapításai pontosan követhetők legyenek az olvasó számára is, megkerülhetetlen a JPE határozatokra és azok meghozatalára irányuló eljárások lényegének rövid ismertetése

¹PSZÁF tv. 9/C. § (1) bekezdés c) pont

²Tpvt.36.§.(6) bek. Megjegyezhető, hogy a versenyhivatalok normatív aktus kibocsátási joga nemzetközileg széles körben elterjedt. Lásd pl.VÍGH J. F.: A japán versenykorlátozási jog reformja, a licencia megállapodásokra vonatkozó kartelljogi irányelvek. In: *Külgazdaság jogi melléklet*, 2004/9.

³MAGYAR A.: *i.m.* 116.

⁴Lásd erről részletesen: KOVÁCS A.: közösségi jog hatása a magyar versenyjogi gyakorlatra. In: *Huszzonegyedik Jogász Vándorgyűlés*, Szeged, 2004. október 14-15. Budapest, Magyar Jogász Egylet, 231.

⁵Ilyen volt az Ideiglenes Üzemi és Kereskedelmi Szabályzat (IÜKSZ), a MEH iránymutatásai stb. Ennek részletes elemzését lásd: KOVÁCS A. GY.: A szabályozó hatóságok eljárásjogának modellje... i. m. XXX

A jelentős piaci erejű szolgáltatókra vonatkozó szabályozás jogi jellege az elektronikus hírközlésben

Az NHH Tanácsa az elektronikus hírközlésről szóló 2003. évi C. törvény (Eht.) 14. § (1) bekezdés c.) pontja alapján a 10. § f.) pontjában rögzített hatáskörében a törvényben meghatározottak szerint megállapítja az érintett piacokat, elemzi az érintett piacokon fennálló versenyt, illetve annak hatékonyságát, azonosítja az egyes érintett piacokon jelentős piaci erővel rendelkező szolgáltatókat, valamint meghatározza a jelentős piaci erővel rendelkező szolgáltatókat terhelő kötelezettségeket (JPE eljárás). A Tanács ezen eljárását az Eht. 52-57. §-a szabályozza részletesen. A JPE eljárás egy sajátos aszimmetrikus szabályozás, amely a hírközlésről szóló 2001. évi XL. törvény (Hkt.) 2001. január elsején történő hatálybalépésével jelent meg a hírközlés területén.

A Hkt. által bevezetett aszimmetrikus szabályozás a piaci verseny élénkítéséhez, az újabb szolgáltatók piacra lépését és megerősödését célozta, melynek lényege az volt, hogy a meghatározott szempontok szerint jelentős piaci erővel rendelkező (JPE) szolgáltatóknak minősülő szolgáltatók (akiknek piaci részesedésük 25% körüli volt) e minőségükre tekintettel ex lege beálló kötelezettség rendszer kötelezettjeivé váltak, ezzel ellensúlyozva piaci erőfölényüket a hírközlési piacon.

A Hírközlési Felügyelet Döntőbizottságának határozatai azt rögzítették, hogy az adott négy meghatározó szolgáltatói piacon (távbeszélő, mobil, bérelt-vonali és összekapcsolási meghatározó szolgáltatói piacok) mely szolgáltató(k) rendelkeznek jelentős piaci erővel. Ha a hatóság valamely szolgáltatót ilyen szolgáltatóként azonosított (a Hkt. által meghatározott JPE minőség fogalmi elemeinek kimerítése esetén; Hkt. 25. § (1) és (5) bek.) a törvényi kötelezettségek automatikusan terheltek a JPE szolgáltatót, azaz a hatóság kikényszeríthette, de nem szabhatta egyénre a jelentős piaci erővel rendelkező szolgáltatót terhelő kötelezettséget.⁶

Az EU új szabályozási csomagja folytán a közösségi szabályozás a konszoldiációs szakaszba lépett, és ezt az új szabályozási koncepciót tükrözte Eht. új szabályozása. Az NHH Tanácsának JPE határozatai már nem szorítkoznak a JPE-szolgáltatók azonosítására, hanem a jelentős szakértői bázist érintő piacelemzési munkáját követően, a jelentős piaci erővel rendelkező szolgáltatókra a törvény által meghatározott készletből a versenyt korlátozó akadályok által indokolt és arányos legalább egy kötelezettséget róhatnak ki, tarthatnak fenn, vagy módosíthatnak.

⁶Bár a törvény szerint a Hírközlési Felügyelet bizonyos jogosultsággal rendelkezett a meghatározó szolgáltatói piacok, és JPE-kötelezettségek terén, miután a Hkt. 25. § (3) bekezdése alapján a Hírközlési Felügyelet elnöke évenként május 31-ig a Nemzeti Hírközlési és Informatikai Tanáccsal egyetértésben kezdeményezhette az arra jogosultnál, hogy a Kormány törvényjavaslatot terjesszen elő a meghatározó szolgáltatói piacok körének a következő év január elsejétől történő módosításáról, valamint arról, hogy a 40-42. § szerinti kötelezettségek közül melyek vonatkoznak a különböző meghatározó piacokon jelentős piaci erővel rendelkező szolgáltatókra.

A JPE eljárás során több jogforrást kell figyelembe venni:

- A vonatkozó közösségi jogot (irányelvek, bizottsági ajánlások)⁷;
- az Eht. szabályait, és annak alapján a versenyjog vonatkozó szabályait;
- a piacmeghatározás, a piacelemzés, és a jelentős piaci erővel rendelkező szolgáltatók azonosítása, valamint a rájuk vonatkozó kötelezettségek előírása során alkalmazandó alapelvekről szóló 16/2004. (IV.24.) IHM rendeletet;
- a 8001/2004. IHM tájékoztatót [mely a Bizottság 2002/C 165/03. sz. iránymutatása alapján készült]⁸.

A fenti rövid összefoglalásból jól látható, hogy a JPE szabályozás számos nem kötelező jellegű ajánlás típusú, vagy még annak sem minősülő soft-law jellegű jogi eszközből áll, melyek szerepének és helyének megtalálása a magyar jogrendszerben komoly kihívást jelent ma is.

A JPE szabályozás hazai jogforrásai sem csak jogszabályok, hanem az NHH Tanácsa, vagy az őt felügyelő miniszter egyéb normatív aktusai.

A Hkt. 87. § (3) bekezdése alapján elfogadott alapelvek bírói értelmezése

Az NHH Tanácsának jogelődje a Hírközlési Döntőbizottság határozatában⁹ az összekapcsolási szolgáltatási piacon jelentős piaci erővel rendelkező szolgáltatónak minősítette a Westel Mobil Távközlés Rt.-t, valamint a Pannon GSM Távközlési Rt.-t.

A határozat szerint a hatóság azt vizsgálta, hogy az akkor hatályos hírközlésről szóló 2001. évi XL. törvény (Hkt.) 25.§ (1) bekezdése alapján, mely szolgáltató bírt az összekapcsolási szolgáltatási piacon 25%-nál nagyobb piaci részesedéssel (továbbiakban JPE- szolgáltató).

Az összekapcsolási piac meghatározásánál a Hkt.110.§ 54. pontja és a 251/2001(XII.18) (továbbiakban R.) I. számú melléklete értelmében a szolgáltatók által a hálózati szerződés keretében egymásnak nyújtott összekapcsolási szolgáltatásokat vette figyelembe.

⁷Az Európai Parlament és a Tanács 2002. március 7-i 2002/19/EK irányelve az elektronikus hírközlő hálózatokhoz és a kapcsolódó eszközökhöz való hozzáférésről és azok összekapcsolásáról; Az Európai Parlament és a Tanács 2002. március 7-i 2002/20/EK irányelve az elektronikus hírközlő hálózatok és hírközlési szolgáltatások engedélyezéséről; Az Európai Parlament és a Tanács 2002. március 7-i 2002/21/EK irányelve az elektronikus hírközlő hálózatok és hírközlési szolgáltatások közös keretszabályozásáról; Az Európai Parlament és a Tanács 2002. március 7-i 2002/22/EK irányelve az egyetemes szolgáltatásról, valamint az elektronikus hírközlő hálózatokhoz és elektronikus hírközlési szolgáltatásokhoz kapcsolódó felhasználói jogokról; Az Európai Parlament és a Tanács 2002. július 12-i 2002/58/EK irányelve, elektronikus hírközlési ágazatban a személyes adatok kezeléséről, feldolgozásáról és a magánélet védelméről;

⁸Commission guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the Community regulatory framework for electronic communications networks and services. OJC165, 11/07/2002., p. 6-31.

⁹DB-3605-1116/2002 határozata

A határozat az összekapcsolási szolgáltatásokat a Hkt. 87. § (3) bekezdése alapján elfogadott „Alapelvek” szerint földrajzilag országos kiterjedésűnek határozta meg, míg a fajtáit a következőképp definiálta:

1. összekapcsolási forgalmi szolgáltatás, ezen belül végződtetési forgalmi szolgáltatás, tranzit forgalmi szolgáltatás, közvetett hozzáférés forgalmi szolgáltatás,
2. bérelt vonali összekapcsolási szolgáltatások, ezen belül a féláramkör bérelt-vonali összekapcsolási szolgáltatás, és a kétvégű bérelt vonali összekapcsolási szolgáltatás.

A piaci részesedés kiszámítása során az összekapcsolási hálózati szerződés keretében - azaz nem előfizetői szolgáltatásként - nyújtott szolgáltatásért beszedett független és függő díjakból származó nettó árbevételt vette a hatóság alapul azzal, hogy a mobilszolgáltatások esetén a nemzetközi roamingon keresztül külföldi szolgáltatótól kapott összegek beszámításra kerültek, míg a szükségszerűen együtt járó mellékszolgáltatásokból származó bevételeket a konkrét számítások során figyelmen kívül hagyták.

Ezt a határozatot támadó felperes a miatt sérelmezte,¹⁰ hogy miért a nettó árbevételt vették figyelembe a számítás alapjául, miért nem a végződtetett percek számát. Hivatkozta továbbá a Hkt.2.§ (1) c.) pontjára figyelemmel, a vonatkozó közösségi irányelveket és más jogi dokumentumokat (bizottsági iránymutatás, közlemény), melyek közül a „Közlemény”¹¹ azt rögzítette, hogy az összekapcsolási piac része a mobilszolgáltató saját előfizetői számára végződtetett hívások is (own network traffic). A Közlemény piacmeghatározás szülő része ugyanakkor többes számban hálózatokról beszélt (internal interconnect of networks). Továbbá felperes arra is hivatkozott, hogy az Alapelvekkel is ellentétes volt a határozat.¹²

A bíróság megvizsgálta a vonatkozó 97/33/EK irányelvet,¹³ valamint a felperes által hivatkozott „Közleményt” és arra a megállapításra jutott, hogy a Hkt.110.§ 54. pontja a szó szerinti fordítása az irányelvi definíciónak. Ebből a tényből két vaglyagos következtetést vont le. Egyrészt lehet, hogy a szó szerinti fordítása az összekapcsolás definíciójának a magyar nyelvben nem ugyanazt az értelmet hordozza, mint annak angol változata. Ez azt jelentené, hogy a helyes implementálása az irányelvnek az értelem, tartalom szerinti átvétele és nem a szó szerinti fordítás lenne, tekintve, hogy a bíróság a magyar törvény ezen szakaszának értelmezését a fentiek szerint

¹⁰Fővárosi Bíróság 7.K.33258/2003/24. számú ítélet

¹¹A „Determination of Organizations with Significant Market Power (SMP) for implementation of the ONP Directives” elnevezésű Unió anyagnak az országos összekapcsolási piacról szóló 5.5 pontja kimondja, hogy „annak biztosítása érdekében, hogy a jelentős piaci erő meghatározására szolgáló módszert ne befolyásolják a piac szerkezetét érintő esetleges jövőbeni változások (pl. vonalas/mobil integráció, inkumbens szolgáltató megszabadul távolsági vagy helyi üzletágától) az ezen hálózaton belüli belső (internal „interconnect”) „összekapcsolást” is be kell számítani. A hívásokat pusztán továbbító, de azokat nem végződtető, távolsági hívásokat bonyolító szolgáltatók által továbbított forgalom nem számítandó be. Kifejti továbbá összegzésként, hogy az országos összekapcsolási piacba beszámít tehát a szolgáltató saját hálózatán bonyolított forgalma (own network traffic), továbbá a bérelt vonalak összekapcsolásából származó összes összekapcsolási bevétele (ugyanaz vonatkozik a mobil rádiótelefon szolgáltatókra).

¹²Felperes szerint a belföldi és nemzetközi tranzit szolgáltatások esetén az Alapelvek nem teszik lehetővé a tranzit esetében a beszedett díjakból származó bevételekből levonásra kerüljenek a kifizetések. A felperesi szakértők azon az állásponton voltak, hogy az Alapelvek nem mondják ki, hogy a tranzit díjknál ilyen levonás alkalmazható, így az ellentétes az Alapelvekkel.

¹³Directive 97/33/EC of the European Parliament and of the Council of 30 June 1997 on interconnection in Telecommunications with regard to ensuring universal service and interoperability through application of the principles of the Open Network Provision (ONP) OJ L 199, 26.7.1997, p. 32-52.

elvégezte és ilyen tartalmat nem talált. Ebben az esetben, bár a törvény és a jogalkotó azt a célt tűzte ki, hogy helyesen ültesse át a magyar jogba az irányelv célkitűzéseit, ez azonban nem sikerült. Mivel Magyarország a támadott határozat meghozatalának időpontjában nem volt az Európai Unió tagállama, a magyar nemzeti bíróság nem lépheti át a magyar jogszabályi rendelkezés tényleges értelmét, függetlenül a jogalkotó szándékától. Ilyen hatásköre csak a csatlakozást követően hozott határozatok esetében van, és előzetes döntéshozatali eljárás keretében kérhet iránymutatást az Európai Bíróságtól. Ebben az esetben tehát egy teljesen szokásos jogalkotói hibáról beszélhetünk, amely minden tagállam jogrendszerében szükségszerűen előfordul, és ilyen esetben jól meghatározott eljárás létezik ezek orvoslására. Feltételezve de meg nem engedve, hogy a bizottsági Közlemény felperesi felfogás szerinti értelmezése a helyes az irányelv vonatkozásában, és a jogalkotó célja is erre irányult, a jogállamiság és jogbiztonság elve az, amely nem teszi lehetővé, hogy konkrét ilyen tartalmú rendelkezés hiányában a bíróság a jogalkotó célja, avagy a „törvény szelleme” alapján döntsön.

A másik logikailag lehetséges - bíróság által kifejtett - érvelés szerint, az is lehet, hogy a bizottsági „Közlemény” értelmezése nincs szinkronban az irányelvvel. A bíróság e körben osztotta alperes azon érvelését, hogy a bizottsági „Közlemény” semmilyen közvetlen jogi kötőerővel még az Európai Unió tagállamaiban sem bír, ezért erre hivatkozva a Hkt. előírásait átértelmezni nem lehet.

Az elsőfokú bíróság álláspontja az Alapelvek jogi hatása tekintetében az volt, hogy az mindössze egy előzetes tájékoztatásnak tekinthető. Kifejtette, hogy a hatóság hatásköre és mérlegelési jogkörébe tartozó kérdés, hogy a piaci részesedés kiszámításakor milyen mutatót vesz figyelembe, tekintve, hogy ezt jogszabály nem határozza meg. A bírósági felülvizsgálat jogszabálysértésre hivatkozással kérhető, az „Alapelvek” nem jogszabály, viszont jogszabály erről kérdésről nem rendelkezik, ergo nincs jogszabálysértés.

A Hkt.25.§ (1) bekezdésének megsértése akkor lenne megállapítható, ha a hatóság Alapelveivel egyezően vagy attól függetlenül olyan határozatot hoz, amelyben alkalmazott mutatószám és a piaci részesedés között nem mutatható ki logikai kapcsolat, tehát az okszerűtlen. A bíróság megjegyezte, hogy a felperes által ajánlott percdíj alapú számítás - ahogy nem vitásan a nettó árbevétel alapú is - mindig „torzít” valamelyest, a szolgáltató üzletpolitikájától függően az kedvező vagy kedvezőtlen. A törvény éppen ezért ad felhatalmazást az alperesnek az „Alapelvek” kibocsátására, amely a piaci szereplők tájékoztatását szolgálja, abból a célból, hogy az egyébként a hatóság jogilag gyengén kötött - és így diszkrecionalitásba hajló - mérlegelési jogkörébe tartozó, előre ezért nehezen kalkulálható és így a piaci viszonyokban bizonytalanságot keltő, a piaci viszonyokat meghatározó döntését megközelítőleg kiszámíthassák, és ezáltal üzletpolitikájukat ennek figyelembevételével határozhassák meg.

Az „Alapelvek” tehát nem jogszabály, hanem jogszabályi felhatalmazáson alapuló és hatóságot terhelő olyan tájékoztatási kötelezettség, mely jövőbeni esetleges közigazgatási eljárások során hozandó - mérlegelési szempontok nélküli, de a Hkt.25.§ (1) bekezdése szerint jogilag kötött -

mérlegelési jogkörben hozott döntések, a hatóság által diszkrecionálisan meghatározott mérlegelési szempontjaira terjed ki. Utalt arra is, hogy a közösségi jog soft law jellegű jogi eszközeinek hazai megjelenési formájáról van szó, az az „Alapelvek” típusú aktusok megjelenése a jelenlegi gazdasági és alkotmányos berendezkedés jogi visszatükröződése. A bíróság hangsúlyozta továbbá, hogy az „Alapelvek” megsértésére hivatkozással, még a mérlegelés jogszerűtlensége sem állapítható meg, hiszen nincsenek jogszabályi mérlegelési szempontok. A bíróság álláspontja szerint általában abban az esetben állapítható meg jogsértés, függetlenül attól, hogy az „Alapelvek” mit tartalmaznak, ha a hatósági határozat olyan számítási módra alapozza a piaci részesedés meghatározását, amely a Hkt.25.§ (1) bekezdésébe- vagy más releváns jogszabályba - ütközik, tehát ha a számítási mód és a piaci részesedés között nincs okszerű, logikai kapcsolat.

Mindezért a bíróság az esetleges „Alapelvekkel” való ellentétes eljárást csak a tájékoztatási kötelezettség megsértésével egyező jogsértésként identifikaálta, amely jellemzően nem hat ki a határozat jogszerűségére érdemben.

Ezt az elsőfokú bírósági határozatot a Fővárosi Ítéltábla felülvizsgálta,¹⁴de ezekkel a kérdésekkel nem foglalkozott. Az Ítéltáblai döntéssel szembeni felülvizsgálat során azonban a Legfelsőbb Bíróság állást foglalt az „Alapelvek” jogi hatásainak mikénti megítélése tekintetében is.¹⁵ A Legfelsőbb Bíróság hangsúlyozta, hogy a Hkt.25.§ (1) bekezdése a jelentős piaci erővel rendelkező szolgáltató vonatkozásában olyan minimális követelményként határozza meg a 25%-os piaci részesedést, amelytől a 25.§ (5) bekezdése alapján a hatóság maga is eltérhet, az ott felsorolt körülmények együttes értékelésével. Az eltérés lehetősége azt is magában foglalja, hogy a hatóság a 25%-os piaci részesedést el nem érő szolgáltatót is jelentős piaci erejű szolgáltatóként azonosítsa. E rendelkezésből kitűnik, hogy a hatóság mérlegelési jogkörrel rendelkezik, melyet az egyes szempontok valamelyest behatárolnak, de a hatóságnak bizonyos mozgásteret is hagynak. A viszonylag széles mérlegelési jogkörrel szemben a Hkt. követelményként támasztja az átláthatóság és a nyilvánosság alapelvét /Hkt.75.§ (1) bekezdés c.) és e.) pontja/. Ezt szolgálja az a lehetőség, hogy a hatóság teljes ülésen „Alapelveket” fogadjon el a jelentős piaci erővel rendelkező szolgáltatók azonosítása során általa követett módszerek vonatkozásában, amelyeket a Hírközlési Értesítőben is közzé kell tennie /Hkt.87.§.(3) bekezdés/. Az e körben kibocsátott „Alapelvek” feladata, hogy egyértelműbbé tegyék a jelentős piaci erővel rendelkező szolgáltatókénti azonosítás módszerét. **Az „Alapelvek” rendelkezései ugyan nem jogszabályerejűek, de megsértésük a bíróság által végzett jogszerűségi felülvizsgálat során is vizsgálható és értékelhető.**¹⁶

Megállapítható tehát, hogy az elsőfokú bíróság az Unió nem kötelező jogi aktusainak hatásai tekintetében nem foglalt állást, figyelemmel arra, hogy azok „még nem kötelezően” sem voltak az adott időszakban - az Unió csatlakozás előtt - alkalmazhatók. Másrészt az „Alapelvek”, mint a szabályozó hatóság által kiadható normatív aktus tekintetében az elsőfokú bíróság és a Legfelsőbb

¹⁴FIT 2.Kf.27155/2004/5 számú ítélet

¹⁵LB Kfv.IV.37220/2005/7 számú ítélet

¹⁶A Legfelsőbb Bíróság azonban azt állapította meg, hogy a hatóság eljárása teljes egészében megfelelt az általa korábban közzétett Alapelveknek is.

Bíróság álláspontja a két „szélsőértékét” képviselte a lehetséges jogi hatások mibenléte kérdésében.

Az elsőfokú bíróság megközelítése mögött az a gondolkodásmód húzódott meg, hogy a Jat. által nem szabályozott normatív rendelkezéseknek nem lehet anyagi jogi hatásokat tulajdonítani, legfeljebb eljárásjogit, ezért a hagyományos eljárásjogi intézményeknek egy sajátos alfajaként próbálta meghatározni (hatóság tájékoztatási kötelezettsége körében), így ezek szerepét az ügy érdeme tekintetében marginalizálta. Ezzel a megközelítéssel szemben azonban felvethető, hogy ha eljárásjogi intézményről van szó, akkor annak az adott egyedi hatósági eljáráson belüli aktusnak kéne lennie, ezzel szemben az Alapelvek a konkrét hatósági ügyek megindulása előtt születnek meg.

A Legfelsőbb Bíróság az elsőfokú bírósággal szemben felismerte, hogy a szabályozó hatóság működésében az átláthatóság és nyilvánosság alapelveinek szerepe az absztrakt anyagi jogi szabályozásból, a tág mérlegelési jogkörből eredő jogbizonytalanság garanciális ellenpontozása. Ennyiben a Legfelsőbb Bíróság álláspontja a modernebb, a szabályozó hatósági eljárások és speciális jogviszonyokhoz jobban igazodó értelmezés, amely a jogbiztonság követelményeit is határozottabban tartja szem előtt. Ennek a nézőpontnak a gyengesége értelemszerűen az, ami az elsőfokú bíróság kiinduló pontjának mellőzéséből ered: tudniillik, hogy az Alapelvek nyilvánvalóan nem jogszabály, így mint normatív előírásoknak a kötelező ereje is kétséges. A Legfelsőbb Bíróság végső soron megállapította, hogy az „Alapelvek” nem jogszabály, de nem mondta ki egyértelműen, hogy kötelező erővel bír, noha a jogszerűségi felülvizsgálat során is értékelhető. Nem lehet azonban afelől kétségünk, hogy ha a jogszerűségi felülvizsgálat során az Alapelveknek való megfelelés vizsgálható és értékelhető, akkor az Alapelvek megsértése jogszabálysértést is megvalósíthat. Úgy tűnik azonban, hogy az Alapelvek anyagi jogi jellegű rendelkezéseinek csak súlyos és jelentős megsértése vezethet hatályon kívül helyezés vagy megváltoztatást eredményező jogsértéshez, amely az ügy érdemére is kihatott. Ez a megközelítés azonban nem különbözik a bírói törvényességi kontroll szokásos megközelítésétől. Kisebb jogértelmezési hibákat, ha az ügy érdemére nem hatottak ki, a bírói gyakorlat még anyagi jog megsértése esetén sem szokott feltétlenül hatályon kívül helyezési oknak tekinteni.¹⁷

A 8001/2004 IHM tájékoztató, a 2003/311 EC számú ajánlás és a hatóság "Módszertanának" bírói értelmezése

Az Eht. hatályba lépését követően átalakult az ilyen soft-law jellegű normatív aktusok kibocsátásának rendszere, több szintűvé vált, és a bírói gyakorlat egy a fenti két szélső álláspont közti értelmezést adott ezeknek.¹⁸

¹⁷Hozzá tartozik az igazsághoz, hogy ez az elv állandó bírói gyakorlatként csak az eljárásjogi jogsértésekre igaz, anyagi jog kisebb megsértése esetén is azonban előfordul, hogy a bíróság részben eltérő indokolással, de lényegét tekintve jogszerűnek értékeli az adott határozatot. Ilyenkor ugyanis az anyagi jogsértést eljárásjogi jogsértéssé „alakítja át” arra utalva, hogy a döntés érdemben helyes, csak a jogi indokolás volt részben nem helytálló, ami az indokolási kötelezettség ügy érdemére ki nem ható megsértése. Látni kell azt is azonban, hogy teljesen eltérő indokoláson nem alapulhat a bírói ítélet, hiszen a bíróság nem válthat jogalapot, nem mondhatja azt a kereseti kérelemhez kötöttség keretei között, hogy az alperes határozata jogszerűtlen ugyan de van jogszerű megoldás is.

¹⁸Sajnos még csak első és másodfokon, a Legfelsőbb Bíróság állásfoglalására az ítéletáblai döntést követően kb. 2008-ban fog sor kerülni, ha a bíróságok eddig követett soronkívülségi gyakorlatát vesszük alapul.

Az Eht. 52. § (1) bekezdése szerint a Tanács azonosítja az érintett piacokat; elemzi az érintett piacokon fennálló versenyt, illetve annak hatékonyságát, és amennyiben azokon a verseny nem kellően hatékony, azonosítja az érintett piacokon a jelentős piaci erővel rendelkező szolgáltatót, illetve szolgáltatókat; valamint a jelentős piaci erővel rendelkező szolgáltatóra, illetve szolgáltatókra a XI-XIV. fejezetben foglalt kötelezettségek közül a piacelemzés alapján feltárt versenyt korlátozó akadályok által indokolt, azokkal arányos, legalább egy kötelezettséget ír elő, vagy a jelentős piaci erővel rendelkező szolgáltatóra korábban, az e bekezdés szerinti piacelemzés első elvégzését megelőzően jogszabályban, illetve azt követően a hatóság határozatában megállapított legalább egy kötelezettséget fenntart, illetve módosítja azt. (JPE eljárás).

A hatóság a piacmeghatározás során az Eht. 52.§ (3) bekezdésére figyelemmel a piacmeghatározás, piacelemzés és a jelentős piaci erővel rendelkező szolgáltatók azonosítása, valamint a rájuk vonatkozó kötelezettségek előírása során alkalmazandó alapelvekről szóló 16/2004. (VI.24) IHM rendelet (továbbiakban IHM rendelet) és az ugyanerről szóló 8001/2004. IHM tájékoztató (IHM tájékoztató) és a versenyjog vonatkozó szabályai alapján kívánt eljárni, figyelembe véve az IHM rendelet és tájékoztató alapját képező, az Európai Unió Bizottsága (továbbiakban: Bizottság) 2003/311/EC számú Ajánlását (továbbiakban Bizottság Ajánlása) és az Európai Bizottság 2002/C 165/03 számú iránymutatását is.

Ennek megfelelően NHH Tanácsa az IHM rendelet által meghatározott mind a tizennyolc piacon az Eht. 52.§ (1) bekezdése alapján eljárva vizsgálta az elektronikus hírközlés területén szóba jöhető érintett piacokat, valamint elemezte az azokon fennálló versenyt és annak hatékonyságát.

A hatóság ehhez „Módszertant” dolgozott ki, melyben nemcsak a piacazonosítás és elemzés elveit, hanem a jelentős piaci erővel rendelkező szolgáltatók azonosítását és kötelezettségek előírására vonatkozó konkrét elveit is rögzítette, mely „Módszertant” nyilvánosságra hozta és azt a piaci szereplők észrevételei alapján véglegesítette és ismételten közzétett.

Ezt követően a hatóság az Eht 53.§ (1) bekezdése alapján azonosította az adott piacokon jelentős piaci erővel rendelkező szolgáltatókat.

Az IHM rendelet, a Bizottság Ajánlásában ezzel egyezően szereplő, I. számú mellékletében 16. számmal jelölt „Beszédcélú hívásvégződtetés egyedi mobil rádió-telefonhálózatban” nagykereskedelmi szolgáltatás piaca (továbbiakban nagykereskedelmi szolgáltatás) tekintetében hozott hatósági határozat bírósági felülvizsgálata kapcsán került sor ezeknek a normatív jogi aktusoknak az értelmezésére¹⁹.

Az első fokú bíróság szerint az Eht. az IHM rendelet alapelveire, míg az IHM rendelet egy IHM tájékoztató alapelveire és azok figyelembevételére utal, de nem köti egyértelműen azok

¹⁹NHHT, DH-664-33/2005. (nyilvános változat 2005. január 17.), FB 7.K.30467/2005/45. számú ítélet (2006. február 8.), és FIT 2.Kf.27284/2006/11. számú ítélet (2007. február 21.).

kategorikus alkalmazásához a piacazonosítást és piacelemzést. Ez felveti azt a kérdést, hogy milyen jogi kötőereje van az egyes szabályozási szinteknek. Az IHM rendelet, mint jogszabály kötelező erővel bír, azonban semmivel nem mond többet, mint maga az Eht. azon túlmenően, hogy pontosan meghatározza a feltételezett érintett piacokat és az érintett piac azonosítását illetve elemzését lezáró jelentős piaci erővel rendelkező szolgáltató azonosításra vonatkozó körülmények tekintetében (melynek megtörténtével keletkezik egyedi eljárási jogviszony és így lezárja az eljárás absztrakt szakaszát) ad támpontokat (pl. 3.§ (2) bekezdésben „utalhat” kifejezés, illetve nem kötelező mérlegelési szempontokat határoz meg, melyektől el lehet térni.). Az IHM tájékoztatónak pedig nincs meghatározható normatív tartalma, jogalkalmazási iránymutatásnak tekinthető, amely nem jogszabály, hanem állami irányítás egyéb jogi eszköze. Ehhez képest az adott közigazgatási szervre nézve rendszerint formailag kötelező előírásokat tartalmaz, ugyanakkor a jogalkotásról szóló 1987. évi XI. törvény (továbbiakban Jat.) 55.§ (3) bekezdése a tájékoztatót a jogi iránymutatás azon fajtájaként szabályozza, amely olyan tényközlést jelent, amelyet a jogszabály végrehajtásához ismerni kell.

Mivel az Eht. és az IHM rendelet utaló szabályai folytán a normatartalmat jelentős részben az IHM tájékoztató nem normajellegű (tehát alapvető deklaratív normának sem tekinthető) szövege tölti ki, ezért a bíróság álláspontja szerint a Jat. szabályozásával nem teljesen koherens módon eszközölt jogtechnikai megoldással a jogalkotó egy „Ajánlasként” funkcionáló „soft law” tartalmú és ehhez igazodó jogi kötőerővel rendelkező jogi szabályozást hozott létre. Mindez a közösségi jogrend alá vetett szabályozói tevékenység szükségszerű jogi eszközeinek magyar jogrendbe való sajátos implementációjának tekinthető, amelyet a bíróság megítélése szerint ennek tükrében kell értékelni. Ez a megállapítás különösen igaz azért, mert az Európai Bizottság 2002/C 165/03 számú bizottsági iránymutatásának „nyers fordításáról” van szó.

Megjegyezte a bíróság, hogy a Jat. szabályaival összhangban lévő jogtechnikai megoldásként a nem tájékoztatóként, hanem irányelvként (amely ajánlás a közigazgatási szerv részére a Jat.55.§ (2) bekezdés értelmében) való normatartalmú szabályok rögzítése, és pontosan megfogalmazott jogszabályi utaló szabály alkalmazásával (tehát nem az „IHM tájékoztatóban meghatározottak szerint”, hanem „IHM irányelv figyelembevételével” kifejezés alkalmazás esetén) a jogalkotó majdnem ekvivalens módon valósíthatta volna meg a szabályozói tevékenység közösségi jogban hagyományos ajánlás típusú jogi szabályozásának magyar szabályozásba implementálást, mely esetben az ajánlás jellegű jogi norma ügyféli hivatkozhatósága körében vetett volna fel esetleges különbségeket.

Mindezért a bíróság a jogalkotói cél alapján az IHM tájékoztatóban foglaltakat, egy Ajánláshoz hasonló jellegű jogi dokumentumként értékelte. **Az Ajánlás tartalmú jogi norma - szemben a jogszabállyal - nem kötelező erejű, attól el lehet térni, csak azt meg kell indokolni.** Ez ideáltipikus esetben azzal jár, hogy rendkívül bonyolult és komplex szabályozói tevékenység eredményeként meghozott határozat indokolása lényegesen lerövidül: az „Ajánlás”-ban foglaltak

alkalmazása esetén a rendelkező rész indokolása az Ajánlásra történő egyszerű utalással történik, míg az attól való eltérés esetén szükséges a részletes indokolás.

A konkrét ügyben azonban az Ajánlás jellegű IHM tájékoztató nem normatív jellegű szabályai ennél csekélyebb kötelezettséget teremtettek a hatóság számára. Azzal kifejezetten nem ellentétes eljárása esetén, önmagában az adott ügyben releváns „ajánlások” tényleges alkalmazása mellett nem kell külön indokolnia azt sem, miért nem alkalmazta az Ajánlás valamely szóba jöhető és akár relevánsnak is tekinthető pl. „módszertani ajánlását” stb.. Az ügyfelek ehhez képest csak az IHM tájékoztatóban foglaltakkal kifejezetten és nyilvánvalóan ellentétes eljárását illetve annak indokainak hiányát sérelmezhetik.

A bíróság az alperes „Módszertanának” jogi értékelését is elvégezte. Leszögezte egyrészt, hogy a hatóság módszertana, mint belső működési aktus semmilyen joghatás kiváltására nem alkalmas, következésképp annak megsértése eleve nem eredményezhet jogszabálysértést. Az alperesi módszertan legfeljebb a hatóság saját munkatársainak eligazítását szolgálhatja, amely mint az ügy tárgyához nem tartozó, az egyedi tényállással összefüggésben nem lévő dokumentum a határozat indokolásában is funkció nélküli, e fölösleges indokolási rész léte azonban önmagában nem jogszabálysértés. A módszertan tehát hivatkozási alapként sem alperesi sem felperesi oldalon nem vehető figyelembe, annak relevanciája az ügy szempontjából nincsen. Annak funkciója kizárólag a szakmai jellegű iránymutatás, amely ha az egyébként irányadó jogszabályokkal ellentétes következtetéseket indukál akkor ugyan jogszabálysértést eredményezhet, de nem lehet jogi alapja a hatóság tevékenységének. Mindezt a bíróság kizárólag a határozat jogszabályoknak való megfelelését vizsgálta.

A bíróság ebben az ítéletében a nem jogszabálynak minősülő normatív aktusok három különböző fajtáját vizsgálta. Az egyik a Bizottság Ajánlása, az IHM tájékoztatót, és a hatóság „Módszertanát”. Mi is e három dokumentum jellegzetességeit vesszük sora a fenti ítéleti megállapítások tükrében.

Az Unió jogi aktusainak hazai jogban történő kezelésének egyik legszembetűnőbb sajátossága, hogy a magyar jog az „Unió jogi aktusai” kifejezést használja, és azt sosem definiálja egyértelműen. Ezért nem lehet tudni, hogy közvetlen vagy közvetetten alkalmazandó jogi aktusokat, közvetett vagy közvetlen hatályú jogi aktusokat, vagy a kötelező és ajánlás jellegű jogi aktusokat egyaránt érteni kell-e ezen fogalom alatt, illetve mi a helyzet azon aktusokkal /pl. a Bizottság közleményeivel (commission notice)/, melyek még jogi aktusnak sem minősülnek. Az „Unió jogi aktusa” kifejezést, ebben a meghatározatlan formában, olyan alapvető és meghatározó törvényeinek használják, melyek a jogbiztonság sarokpontjai kéne, hogy legyenek, például a Ket., vagy az azóta napirendről lekerült T/4488. számú törvényjavaslat a jogalkotásról.

Ha a konkrét esetet tekintjük, akkor azt látjuk, hogy a hatóság, de a bíróság is a Bizottság Ajánlását közvetlenül is hivatkozta, a hivatkozás közvetlen alapját azonban még is csak az IHM

tájékoztató léte teremtette meg. Úgy tűnik, hogy a magyar jogalkotás törekszik az Unió nem kötelező jellegű jogi aktusai, de adott esetben bizottsági közlemények²⁰ hazai implementációjára, még pedig az állami irányítás egyéb jogi eszközein, illetve a szabályozó hatóságok különböző más aktusain Módszertan, GVH esetében közlemények stb.-n keresztül.

Ekként fölmerülhet kérdésként az, hogy ha egy adott irányelv implementációja megtörténik, akkor a magyar jogszabály értelmezése körében mennyiben és milyen mértékben relevánsak közvetlenül a közösségi jogi ajánlás jellegű normák, illetve ha valamilyen formában ezek az ajánlás jellegű normák a nemzeti jogrendbe, vagy legalábbis valamely normatív szabályozásba átkerülnek, akkor a két (jog)forrás ütközését, hogyan kell megítélni.

Magyarország tagállammá válásával a hatóságoknak, illetve a bíróságoknak a felülvizsgálati eljárás során a magyar jogszabályok mellett figyelembe kell venniük a közösségi jogszabályokat is és a közösségi jog elsőbbségének elve alapján a magyar jog alkalmazását kötelesek félretenni.²¹ Ugyanakkor egy ajánlás jellegű közösségi norma, ha semmilyen formában nem jelenik meg a nemzeti jogban, akkor csak, mint kötelező erejű közösségi normák lehetséges értelmezéseként képes bármiféle hatást gyakorolni a nemzeti bíróságok döntéseire, amely nem több, mint ha a bíróság valamely jogtudományi, szakirodalmi hivatkozást fogadna el döntésének alapjául. Ezek elfogadásának alapja pedig az adott szakirodalmi (közösségi szerv) által kifejtett álláspont meggyőző ereje, logikai zártsága lehet, az az nem jogi normaként érvényesülnek. Ugyanez a hatásuk akkor, ha nem határozati érveléssel, hanem egyéb szabályozó hatósági normatív szabályozással ütközik a közösségi jogi eredetű nem kötelező erővel bíró norma.²²

A Tájékoztató, mint állami irányítás egyéb jogi eszköze jogi jellegét nem csak a fenti bírói ítélet, de korábban már az Alkotmánybíróság is elemezte. Az Alkotmánybíróság értelmezése szintén nem fűz kötelező erőt a tájékoztatóhoz, szerepét az egységes joggyakorlat kialakításában látja, a jogalkalmazó szervek tevékenységének, az egységes szellemű végrehajtás eszközeként határozza meg, feltételezve azt, hogy a közigazgatási szervek követni fogják.²³ Az uniós ajánlásokat magában foglaló IHM tájékoztató azonban két szempontból sem értelmezhető ilyen eszközként. Egyrészt az IHM tájékoztató szövege egy olyan lehetséges vizsgálati módszertanok gyűjteménye, amelynek lényege az, hogy „lehet így is, meg lehet úgy is csinálni”. Az ennyire plauzibilis, magyarázó jellegű értelmezés sokkal inkább hasonlít egy jogi tanulmányra, mint bármiféle normára. Másrészt az IHM tájékoztató, noha az NHH honlapján elérhető volt, nem került nyilvános közzétételre valamely hivatalos Közlönyben (pl. Hírközlési Értesítő) és ez nem is volt kötelező. Felvethető, hogy hatósági

²⁰Megjegyezhető, hogy a DH-664-32/2005-ös határozatban is alkalmazott Módszertan egyes részei az IRG által adott ajánláson alapultak, és a bírósági perben felperesek a Módszertan és IRG dokumentum ellentétes voltára is hivatkoztak.

²¹Erre vonatkozóan az elektronikus hírközlés területén a JPE eljárások vonatkozásában is van közösségi joggyakorlat. Lásd Bizottság FI/2003/0031-es határozata a mobilhívásvégződtetések finnországi piacának bejelentésére adott Európai Bíróság joggyakorlatára utaló megjegyzéseit (Ficora-ügy). Az ECJ joggyakorlata tekintetében lásd a C-198/01 sz., a Consorzio Industrie Fiammeri (CIF) v Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato ügyet.

²²Az egy más kérdés, hogy a meggyőző erő nem csak a logikai következtetés erejét jelenti, hanem az is számít, hogy az adott szerv, személy az adott területen milyen tekintélynek örvend, mennyire tekinti a döntéshozó viszonyítási pontnak, milyen a „beszélő” szakmai elfogadottsága.

²³60/1992. (XI.17) 1992, 36/2001. (VII.11) AB határozatok

eljárások során alkalmazandó mérlegelési szempontok nem nyilvános dokumentumban való megfogalmazása bármiféle jogi relevanciával bírhat-e a bírósági felülvizsgálat során?

A bíróság mindkét kérdésre igenlő választ adott bizonyos megszorításokkal. Ennek lényege, hogy az ilyen tájékoztatónak nyilvánosnak kell lennie, vagy legalábbis a közigazgatási irat része kell, hogy legyen, ha a hatóság azt a határozatában hivatkozza, másrészt a tájékoztató szerinti eljárás „főszabály” a hatóságra nézve, az attól való eltérést indokolni kell. Mindez azt jelenti, hogy az IHM tájékoztató egy ajánlás jellegű norma- figyelemmel a norma tartalmára is - mely abban különbözik a kötelező erejű normáktól, hogy az annak megfelelő eljárás külön indokolás nélkül helytálló, míg nem lehetetlen attól eltérni, csak akkor azt indokolni kell. Ennek a megközelítésnek a logikai háttere az, hogy a mérlegelési jogkörben hozott határozatok esetén jelenleg a Pp. 339/B. §-a alapján, korábban pedig az állandó bírói gyakorlat²⁴ alapján az volt a jogszerűségi felülvizsgálat tartalma, hogy a mérlegelés szempontjai a határozat indokolásából kitűnnek-e, valóságos és okszerűek-e (számot adott-e azok elfogadásáról vagy elvetéséről). Ha a tájékoztató tartalmazza a mérlegelési szempontokat, akkor az abban foglalt szempontrendszer okszerűnek tekinthető külön részletes indokolás nélkül is, melynek alkalmazása esetén feltéve, hogy az egyértelmű, világos és kategorikus jogi normaként értelmezhető /ez utóbbi az IHM tájékoztatóra nem jellemző/ - akkor a felperesnek kell bizonyítania az IHM tájékoztató okszerűtlenségét bemutató álláspontot is.

Ez jól mutatja azt, hogy egy hatósági eljárás ügyfelére nézve ugyan nem kötelező jogi norma az IHM tájékoztatóban foglaltak, de a bizonyítási- indokolási terhet megfordítja, amennyiben nem a hatóságnak kell a mérlegelés okszerűségét bizonyítania és indokolnia. Ugyanakkor lehetséges az is, hogy az IHM tájékoztató nem alkalmazza a hatóság, de ebben az esetben ennek okszerű indokát kell adnia, így az ügyfélnek az érvelés okszerűtlenségét elegendő igazolnia, hisz az okszerű megoldás az IHM tájékoztatóban eleve adott.

Az IHM tájékoztató alkalmazásának széles mérlegelési jogkör esetén két előnye is van. Egyrészt kiszámíthatóbbá teszi a jogalkalmazást hisz, előre ismert részletekbe menően a mérlegelési szempontok és az a mögött álló érvelés jelentős része is, amely lényegében a várható határozati indokolás jelentős részének ismeretével lehet egyenértékű, másrészt kellően rugalmas helyzetet is teremt, hisz szükség esetén megmarad az attól való eltérés lehetősége, ha azt az adott különleges helyzet igényli. Ezen eltérés eljárásjogi garanciája az indokolási kötelezettség. Ilyen megközelítés mellett nem lehet azt mondani, hogy az ajánlás jellegű normáknak nincs jogi hatása, ugyanakkor megkülönböztethetőkké válnak a kötelező erejű jogi normáktól.

Elképzelhető az ajánlás jellegű normáknak egy szigorúbb értelmezése is. Eszerint az adott ajánlás jellegű norma is a hatóság számára kötelezően betartandó, a bíróság annak be nem tartását jogszabálysértésként értékeli. A Legfelsőbb Bíróság fent idézett döntése úgy tűnik

²⁴Lásd pl. LB Kfv.39.361/2001/4.

ezen megközelítés irányába hajlik. Ebben az esetben is lenne azonban különbség az Ajánlás jellegű norma és egy kötelező erejű jogszabály között. A lényegi különbség ebben az esetben az, hogy ha az ajánlás jellegű norma kötelező erejű jogi normába, azaz jogszabályba ütközik, akkor a jogszabályba ütköző ajánlás alapján hozott határozat jogsértő lesz, az az nem az Alkotmánybíróság hatásköre lesz két jogi norma ütközésének és így az alkotmánnyal ellentétes helyzet megállapítása, hanem csak jogszabálysértésről beszélhetünk, és a bíróság hatáskörében eljárva az ilyen határozatot hatályon kívül helyezheti. Ez a sajátossága az ajánlás jellegű normáknak egyébként az első megoldásban is evidencia, tehát az eltérés a két megoldás közt csak annyi, hogy az ajánlástól maga a hatóság is eltérhet, ha azt megfelelően megindokolja. Az ajánlás jellegű normák és kötelező erejű normák közti ilyen különbség a jelenlegi jogrendben azonban csak akkor működne, amikor az ajánlás jellegű jogi norma nem állami irányítás egyéb jogi eszköze, mivel a normatív tartalmú állami irányítás egyéb jogi eszközeinek jogszabállyal való ellentétes voltának megállapítása, ma is az Alkotmánybíróság hatásköre.²⁵

Ez az különbségtétel tehát jelenleg csak azon normatív szabályok esetén lehetne megoldás, amikor azok eleve nem részei a magyar jogforrási hierarchiának (alapelvek, módszertan, GVH esetében a Közlemény).

Itt szükséges kitérni arra, hogy az állami irányítás egyéb jogi eszközei és a közösségi jogban ismert ajánlás jellegű normák között alapvető megközelítésbeli különbség van. A közösségi jogban ezeknek nincs kötelező ereje, az állami irányítás egyéb jogi eszközének jellegzetessége viszont az, hogy külső jogviszonyokban nincs jogi hatása, a szervezeti jogviszonyokban azonban az irányított szervre kötelező erővel bír. Ebből következik, hogy a fent elemzett IHM tájékoztató eleve alkalmatlan hivatkozási alap bármely határozatban, annak szerepe nem lehet a hatósági eljárásban, ekként a bíróság okfejtése is alapjaiban kérdőjelezhető meg. Nem lehet azonban eltekinteni attól, hogy a bírósági perekben gyakori a felek részéről különböző állami irányítás egyéb jogi eszközeinek (APEH irányelvek, állásfoglalások, PM tájékoztató stb.) hivatkozása és gyakran bírósági ítéletek indokolásaiban is megjelennek hivatkozási alapként. A bírói gyakorlat ugyanakkor ezekre a felperesi kereseti kérelmek kimerítése okán kitér, de azoknak csak, mint helyes jogértelmezést hivatkozva, vagy mint helytelen figyelmen kívül hagyja. Az ilyen típusú jogi normák ugyan van gyakorlati hatása, de nincs jogi hatása.

Az állami irányítás egyéb jogi eszközének nem minősülő GVH bírság közleménye, amely szó szerint „pontosítja” a törvényt,²⁶ akként fejt ki „jogi” hatást, hogy egy részt a mérlegelés okszerűségét ellenőrizhetőbbé teszi, és ha az a bírság mérlegelési szempontjaira vonatkozó Tptv.78.§ (3) bekezdését sérti, akkor figyelmen kívül marad, egyebekben ha attól a hatóság eltér,

²⁵Az Alkotmánybíróságról szóló 1989. évi XXXII. tv. (AB tv.) 1. § b.) pontja

²⁶A GVH elnökének és a GVH versenytanácsa elnökének 2/2003. számú közleménye "a bírság összegének antitröszt ügyekben való megállapításról" például tovább konkretizálja az egyes mérlegelhető körülményeket és ahhoz pontszámokat rendel, melyből egy előre meghatározott módszer szerint számolja ki a bírságot.

annak nincs semmilyen jogi következménye. Csak a legújabb gyakorlatban kezd kialakulni az Európai Bíróság gyakorlatához igazodóan egy olyan elv, hogy a Közleménytől való eltérést indokolni kell²⁷.

További szintet képeznek azok a normatív aktusok, amelyekre külön explicit törvényi felhatalmazás nincs. Ilyen a JPE eljárások esetén alkalmazott Módszertan. Ahogy az Alkotmánybíróság rámutatott,²⁸ a Jat.-ban foglalt állami irányítás egyéb jogi eszközeire vonatkozó szabályozás kizárja azt, hogy az államigazgatási központi szervei más formában, más eszközökkel befolyásolják a jogalkalmazás gyakorlatát. A Módszertan elfogadását a Tanács az átláthatóság és nyilvánosság elvének érvényre juttatásával indokolta, utalva arra, hogy azt magára nézve kötelezőnek tartja.²⁹ A kérdés ilyenkor azonban mindig az, hogy ha még sem alkalmazza, vagy az jogszabályba ütközik akkor mi a jogi helyzet.

Egyes szakirodalmi álláspontok szerint azzal, hogy a hatóság az első JPE azonosítás során a hatósági határozatainak részévé tette magát az általános módszertant, megnyitotta a hatóság a bírósági felülvizsgálat lehetőségét a Módszertan vonatkozásában.³⁰ Meg kell azonban jegyezni, hogy e felülvizsgálat akkor is adott, ha a Módszertan jogszabálysértő lenne. A Módszertantól való eltérés pedig legfeljebb az indokoláson belüli olyan inkohereciaként lenne értékelhető, amely a határozat eredményes vitatásához nem lenne elegendő. A bíróság ki is fejtette, hogy jogi normának a Módszertan nem minősül, annak a perben és a határozat jogszerűségének megítélése szempontjából nincs relevanciája. Ebből pedig következik, hogy az átláthatóság és nyilvánosság elvének különböző normatív tartalmú részletező, pontosító dokumentumokon keresztül megvalósítása a jogi érvényesíthetőség szempontjából számos problémát vet fel, melyek nem megoldottak.

Gyakori a perekben a különböző „workshopok” eredményeire vagy más dokumentumokra hivatkozások, melyek a közigazgatási iratanyagok nem részei, csak nyilvánosak, ekként azt a hatóság ismertnek feltételezi, és „megdöbben” a bírósági perekben azon, hogy a felperesek azok ismeretének hiányára hivatkoznak stb.

Külön érdekes a jelenlegi JPE határozatok tekintetében folyó perekben előkerülő azon probléma, hogy az Eht.108.§ (4) bekezdése szerint nyilvánosságra hozandó Bottom-up LRIC módszertan hogyan értékelhető a törvényességi felülvizsgálat során, ami annyiban még is csak különbözik az előző esettől, hogy valamiféle törvényi előírás e módszertan vonatkozásában fellelhető.³¹

A fentiekből elég világosan kitűnik, hogy a JPE eljárásokban alkalmazandó soft-law jellegű normák magyar megfelelői a Tájékoztató és a Módszertan a bírósági értelmezések ellenére sem képesek betölteni azt a funkciót, amit a közösségi jogrendben az ajánlás jellegű normák jelentenek,

²⁷Lásd pl.: FB 7.K.33879/2006/21. sz. ítélet 46. oldal. Az Európai Bíróság gyakorlata tekintetében lásd_KGD 8-9/2004. 158. Cheil Jedang Corp. és mások C. EKB T-220,223,224,230/00 egyesített ítélet

²⁸ABH 1992, 277.

²⁹NHH Módszertana Preambuluma. <http://www.nhh.hu/menu2/m2_1/tanacs/piacazon/modszrtn0730_85ujbek.pdf.>

³⁰KOPPÁNYI SZ.: *A jelentős piaci erő versenyjogi alapú szabályozása az Elektronikus Hírközlésben* MTA Jogtudományi Intézet IJC, Budapest, 2004. 52.

³¹Mivel jelenleg az ezekkel kapcsolatos elsőfokú bírósági eljárások folyamatban vannak, ezért e tekintetben részletes álláspont még nem alakítható ki.

noha a magyar jogban egyébként megjelentek azok a normák (korábban az Alapelvek, a GVH közleménye), amely külön alkotmányos felhatalmazás nélkül de e funkciók ellátására elvileg képesek. A GVH Közleményei esetében is azonban a Közlemények jogi hatásairól releváns legfelsőbb bírósági eseti döntések nem szólnak, ha pedig az „Alapelvek” kapcsán kifejtett gyakorlat látszik majd megvalósulni, tehát, hogy az a hatóságra nézve kötelező és attól nem térhet el, akkor az utóbbi idők számos nagy kartell ügye fog elvérezni például a bírság számítása tekintetében.³² Ez a megközelítés kétségtelenül a jogbiztonság javát szolgálná, noha nem tükrözi a közösségi jogi gyakorlatot, másrészt arra sarkalná a hatóságokat, hogy „menetközben” igazítsák normatív szabályaikat a konkrét ügyekhez, ami a „jogalkotás-jogalkalmazás” egységének szükségszerű következménye és összességében nem egy jogállami működés irányába hatna.

Ahogy Koppányi (2004)³³ írja a magyar jogrend egyenlőre nem követi azt a Magyarországon főként harmonizációs kötelezettségek teljesítéséből fakadó - tendenciát, hogy a liberalizált hálózatos piacokon fokozatosan bevezetésre kerüljenek a közösségi jog által megkövetelt, az angolszász szabályozó hatósági modellből kölcsönzött piacsabályozási jogkörök, és ezáltal a közigazgatási szervek egy új csoportja jönne létre, a szektorspecifikus szabályozó hatóságoké. Ez egyrészt azt jelenti, hogy Magyarország harmonizációs hiánnyal küzd e téren, másrészt leszűkíti az NHH Tanácsának mozgásterét, kizárva a normatív jellegű közigazgatási aktusok lehetőségét.

Paradox módon a gyakorlat azt mutatta, hogy e normatív aktusok közül az IHM tájékoztató kifejtette az ajánlás jellegű normához fűzhető hatásokat, míg a Módszertan nyilván kedvező hatást gyakorolt a hatóság belső működésére, noha ennek alkalmazása sem a Jat.-ból nem vezethető le, továbbá maga az IHM tájékoztató szövege sem volt normaként értelmezhető.

Mindezért nem csak a közösségi jog, de a szabályozás koherenciája is megköveteli ennek a kérdésnek a minél előbbi rendezését, hiszen már a bíróságok javában alkalmaznak olyan magyar jogrendben jogi normának nem nevezhető dokumentumokat, melyek hiánya vagy esetleg tényleges figyelmen kívül hagyása a szabályozó hatóságok működésének leállításához, figyelembe vétele esetén pedig quasi alkotmányellenes, jogállami működéssel összeegyeztethetetlen helyzethez vezet. Ez utóbbi működik ma Magyarországon és ez lényegében a jogállamiságunk csődje a gazdaság szabályozásának területén.

Ezért szükségesnek tartom röviden felvázolni azt a javaslatot, amely a jogalkotási törvény módosításával ezeket a problémákat megoldja. Ennek során a T/4488-as törvényjavaslatból indulok ki, noha annak elfogadása sem igen valószínű a közeljövőben, a jelenlegi jogalkotási programban az nem szerepel.

³²Lényegében az összes közbeszerzéssel kapcsolatos kartell ügyben az adott közbeszerzés tárgyára korlátozta a GVH a releváns piacot, ekként a bírságszámítási közleménye is értelmezhetetlenné vált (hisz az adott közbeszerzés piacán egy 100%-os piaci szereplő van, a nyertes, így a többi megállapodásban résztvevő versenytárs piaci részesedése nulla, ergo a közlemény szerint nem lennének bírsághatók).

³³KOPPÁNYI: *i.m.* 49.

Javaslat a normatív tartalmú ajánlások kodifikálására

A törvényjavaslat talán legnagyobb hibája, hogy ezt a problémát föl sem ismeri, noha a szakirodalom a szabályozó hatóságok esetében már régóta szükségesnek tartja azt, hogy a hatóságok normatív aktusok kibocsátására is kapjanak jogosítványokat.

Világossá kell tenni, hogy az állami irányítás egyéb jogi eszközeinek hatóköre csak a közigazgatási szervezetrendszeren belül bírhat jogi hatással, ezért hatósági ügyekkel összefüggésben ki kell zárni azok kibocsátásának lehetőségét. Ez különösen szükséges az Utasítás (53.§) esetében, hiszen a normatív határozatok e feltételnek definíciószerűen eleget tesznek. Ebből következik, hogy a Statisztikai Közlemény nem lehet állami irányítás jogi eszköze, mivel olyan szakmai szabályok meghatározásait jelenti melyek közvetett hatással bírnak egyes hatósági eljárásokban (cégeljárás, adóügyek stb.) és így kötelezően figyelembe veendő jogszabályként működnek a gyakorlatban.

Új normatív jogi aktustípust kell létrehozni: Az Ajánlást, amely nem jogszabály. Az Ajánlásnak két mindenképp szükséges alaptípusa az „Iránymutatás” és a „Közlemény”. Az iránymutatás (azért nem irányelv, hogy a fogalmi elhatárolás egyértelmű legyen a közösségi irányelvektől, viszont inkább utaljon a közösségi jogban is ismert iránymutatások jogi jellegére) nem a szabályozó hatóság által, hanem a felügyeletét gyakorló szerv (miniszter, OGY) által kibocsátott Ajánlás, míg a „Közlemény” a hatósági jogalkalmazást maga végző szabályozó hatóság által kibocsátható ajánlás.

Ezek szabályozásának két alternatívája lehetséges³⁴:

- 1. Kötelezőek a hatóságra és az ügyfélre nézve, azok betartása bíróság előtt számon kérhető, megsértésük jogsértésnek minősül, ellenben ha jogszabályba ütköznek, akkor azt a bíróság köteles figyelmen kívül hagyni.**
- 2. A hatóságra és ügyfélre nézve nem kötelező erejű, a hatóság eltérhet tőle, de akkor azt okszerűen indokolnia kell, ha pedig jogszabályba ütközik, akkor azt a bíróság köteles figyelmen kívül hagyni.**

Bármelyik alternatívát is fogadjuk el, míg az Iránymutatások akár a közigazgatás egyéb területén is célszerűek lehetnek (pl. adóügyekben nehezen képzelhető el másként a felettes hatóságok eddigi állami irányítás egyéb jogi eszközein keresztüli irányítása), addig a Közlemények kiadhatóságát kizárólag a szabályozó hatóságok részére kéne biztosítani garanciális jelleggel. Viszont mindegyik szabályozó hatóságnak kell ilyen jogkört biztosítani!

³⁴Esetleg harmadik típusként elképzelhető „elvi állásfoglalás” típusú norma, amely egyedi ügyekben előzetesen kérhető állásfoglalást jelent, és csak a konkrét ügyben működik Ajánlás jelleggel, a többi esetben csak a gyakorlatot orientálja. E harmadik kérdés nem kapcsolódik szorosan a témánkhoz, így nem foglalkozunk ezzel a kérdéssel részletesen, csak azért említettük meg, mert a gyakorlatban sok esetben létező intézményről van szó.

Ez egyrészt a tételes jogba emelné a tágabb értelemben vett szabályozó hatóságok jogtudományi definícióját, alkotmányosan rendezné azokat az eseteket, amikor jogalkalmazás és normatív szabályozás ugyanazon szerv által ellátható, másrészt a közösségi joggal való összhangot megteremténé, növelve a jogbiztonságot. A 2-es alternatíva mellett szól, hogy az ajánlás jellegű normák eljárásjogi jellegű értelmezése közelebb áll a közösségi jogi megoldáshoz, míg az 1-es alternatíva a jogbiztonság szempontjából elfogadhatóbb. **Ez utóbbi esetben viszont tiltani kell az „Ajánlás” folyamatban lévő ügyekben való hatályba léptetésének lehetőségét, amellyel a jogalkotás-jogalkalmazás együttességéből fakadó problémákat lehet elkerülni.** Látni kell azonban azt is, hogy a rendkívül komplex bonyolult piacsabályozási feladatok esetén ez a megoldás a hatóságok működési hatékonyságát alapvetően képes lehet gátolni, határidő csúszásokat eredményezhet, de új közösségi normák határidőhöz kötött implementációja esetén a szabályozói beavatkozás hatékonysága is jelentősen csökkenhet. Az 1-es és 2-es alternatíva közötti választás tehát a hatékonyság kontra törvényesség közti választást jelenti,³⁵ az 1-es esetben a törvényesség, a 2-es esetben a hatékonyság javára billen a mérleg. Ennek tükrében a 2-es mellett szól az a tény, hogy a jelenlegi helyzet esetében kizárólag hatékonyságról beszélhetünk, és a törvényesség ebben a vonatkozásban egyáltalán nem érvényesül, ekként a 2-es helyzet is sokkal jobb a jelenleginél. Arról pedig nem is beszélve, hogy jelenlegi „hatékonyság” kizárólag a bíróságokon múlik, ez bármikor és ráadásul kiszámíthatatlanul és kazuisztikus módon „jogállamivá” válhat lényegében működésképtelenné téve a hatóságok munkáját, a piacsabályozások esetében automatikus szabályozási kudarcot vonva maga után, noha a piaci kudarc lehetősége- valódi érdemi törvényességi kontroll hiányában- amúgy is nagy.

Meg kell még említeni, hogy az 1-es megoldás ellen szól az a körülmény, hogy ezek az Ajánlások gyakran nem normatartalmú szövegek (lásd IHM tájékoztató), ekként csak igen szélsőséges esetben merülhet fel a jogsértés lehetősége. Ekként sokkal inkább célszerű quasi határozati indokolási résznek tekinteni, amely az ügyfél által okszerűségi oldalról megdönthető.

Végül a Közlemények intézményének rendszeresítése minden szabályozó hatóság esetén, -például a MEH vonatkozásában - megoldaná a normatív tartalmú egyedi határozatok problémáját célszerűsítve ezeket az eljárásokat is.

³⁵E két követelmény nem mindig áll szemben, de rendszerint igen, és ebben az esetben mindenképp. Lásd erről MAGYARY Z.: *i.m.* In: *Magyar Közigazgatás*. 22-25.