

A MAGYAR KÖZTÁRSASÁG NEVÉBEN !

A Fővárosi Ítéltábla a Dr. Orbán Adrienne Ügyvédi Iroda által képviselt felperesnek dr. Fehér Zsolt ügyvéd által képviselt alperes ellen kártérítés megfizetése iránt indított perében a Fővárosi Bíróság 2009. december 16. napján kelt 15.G.41.838/2006/53. számú ítélete ellen a felperes részéről benyújtott fellebbezés folytán meghozta az alábbi

k ö z b e n s ő í t é l e t e t:

A Fővárosi Ítéltábla az elsőfokú bíróság ítéletét megváltoztatja, és az alperes kártérítési felelősségét megállapítja. A kártérítés összegszerűsége tekintetében az elsőfokú bíróságot a per tárgyalásának folytatására utasítja.

Megállapítja, hogy a másodfokú eljárásban a felperesnek 1.500.000,- (Egymillió-ötszázezer) Ft, az alperesnek 1.875.000,- (Egymillió-nyolcszázhetvenötezer) Ft költsége merült fel.

A felperes 900.000,- (Kilencszázezer) Ft fellebbezési eljárási illeték visszaigénylésére jogosult.

A közbenső ítélet ellen fellebbezésnek nincs helye.

I n d o k o l á s

Az elsőfokú bíróság által megállapított tényállás szerint a felperes 1994. óta forgalmazza a **F.G.** nevű, ginkgo biloba levél hatóanyagot tartalmazó gyógyhatású készítményét.

Az alperes 2002. szeptemberétől forgalmazza a felperesi termékkel azonos hatóanyagú **B.** elnevezésű, szintén gyógyszernek nem minősülő gyógyhatású terméket.

Az Országos Gyógyszerészeti Intézet (OGYI) 2004. március 9-én reklámfelügyeleti eljárást kezdeményezett a Fogyasztóvédelmi Főfelügyelőségnél, mert az alperes által forgalmazott termék reklámjait, melyet a **M.** Televízióban, a **K.** Rád ióban és a

M. újságban tett közzé, szabálytalannak ítélte. A Budapest Főváros Közigazgatási Hivatal Fogyasztóvédelmi Felügyelőségének az alperest elmarasztaló és 200.000,- Ft pénzbírsággal sújtó határozatát a Fogyasztóvédelmi Felügyelőség mint másodfokú hatóság a 2004. július 7. napján kelt RFO-365/2/2004. számú határozatával helybenhagyta. A jogerős határozat indokolása szerint az alperes mint reklámozó a gazdasági reklámtevékenységről szóló 1997. évi LVIII. törvény (Grtv.) 10. § (2) bekezdés g) pontját sértő reklámot tett közzé, mivel azok ismert személyiség, nevezetesen **V.I.** ajánlását tartalmazták.

A felperes a 2006. december 7. napján benyújtott és az eljárás során módosított keresetében kérte, hogy a bíróság kötelezze az alperest 60.667.995,-Ft és ennek 2005. március 1. napjától mint középarányos kamat kezdő időponttól számított mindenkor törvényes kamatának megfizetésére kártérítés jogcímén, valamint kötelezze a perrel felmerült költségeinek viselésére.

Keresetét arra alapította, hogy az alperes a **B.** nevű gyógyszerkészítményét a Grtv. 10. § (2) bekezdés g) pontjába ütköző módon, **V.I-val** reklámozta, a tilos reklámtevékenységet a jogerős közigazgatási határozat megállapította, ezért az alperes a Grtv. 14. §-a szerint kártérítési felelősséggel tartozik. A Ptk. 339. §-a szerint köteles megtéríteni a tiltott reklámmal összefüggésben a felperesnél bekövetkezett forgalomcsökkenésből eredő kárt. A alperes azzal, hogy a termékét egy népszerű emberrel, nem pedig az OGYI által engedélyezett szakmai érvekre hivatkozva népszerűsítette, sérti a tisztességes versenyt, mert nem a termék valós adottságai adják a vonzerőt, a megtévesztés a verseny torzításával a fogyasztói döntés szabadságát befolyásolja. Az ennek folytán kialakult fogyasztói döntés alapján az alperesi vállalkozás a piacon a más vállalkozáshoz képest előnyösebb helyzetbe került. Mindennek következményeként a felperesi termék eladása, amely megjelenésétől kezdve korábban folyamatosan emelkedett, a jogellenes reklám leadását követően leállt, majd ezt követően folyamatosan csökkenni kezdett. Ennek igazolására csatolta az általa készített kimutatást, valamint az alapul szolgáló bizonylatait. Előadta, hogy nem tud más olyan körülményről, amely miatt a forgalomcsökkenés bekövetkezhetett volna. Kártérítési igényének összegét a 2003-as eladási adatokhoz viszonyítottan a 2004-2007. években kimutatható nettó árbevétel szerint határozta meg, annak bizonyítására igazságügyi könyvszakértő kirendelését kérte.

Hangsúlyozta, hogy az alperes előadása szerint a **B.** 2002. szeptemberétől volt kapható, azonban eladási adatai a jogellenes reklám megjelenéséig annak ellenére nem érték el a felperesi termék forgalmát, hogy - szintén az alperes saját előadása szerint - jelentős összeget fordított már ekkor is reklámozásra és marketingre. A két termék a hatóanyagát tekintve azonos, és a felperesi eladások csökkenésével azonos időben az alperes saját kimutatása szerint is az alperesi termék forgalma jelentősen megemelkedett. Az alperes védekezésével szemben állította, hogy a termékek kiskereskedelmi árában nincs számottevő különbség, ezért az árkülönbözet nem okozhatta az alperesi termék nagyobb keresettségét.

A kereset jogalapja tekintetében közbenső ítélet meghozatalát kérte.

Az alperes ellenkérelmében a kereset elutasítását és a felperes perköltségben való marasztalását kérte.

Nem vitatta, hogy a perbeli reklám jogsértő volt, azonban hangsúlyozta, hogy a közigazgatási határozatban foglaltaknak eleget tett, és a kifogásolt magatartással 2004. júniusában felhagyott. Vitatta az alperesi magatartás és a felperes által állított kár közötti ok-okozati összefüggés fennállását, valamint a felperest ért kár tényét és összecszerűségét is.

Az ok-okozati összefüggés hiánya tekintetében elsődlegesen azt hangsúlyozta, hogy a perbeli termékek nem tekinthetők azonosnak, az alperesi termék - annak standardizálása miatt - magasabb minőségi szintet képvisel. A fentiekben túl álláspontja szerint a felperes állított bevételkiesésnek egyéb okai is lehettek, pl. az, hogy a felperesi termék nem vált be a piacon, azt a fogyasztók nem keresték. További ok lehet, hogy a felperes termékének 1995-ös bevezetésekor a felperes piaci részesedése ezen termékkel 100 %-os volt, azonban 2002. szeptemberéig, az alperes termékének megjelenéséig az folyamatosan csökkent, hiszen időközben piacra lépett több szereplő is, a felperesi termékkel konkurens készítményekkel.

Előadta, hogy a **B.** bevezetését komoly piackutatás és marketing előzte meg, az alperes márkakommunikációja nemcsak a **V.I.** névvel fémjelezett reklámból állt. Az alperes egyéb, a perbeli reklámtól teljes mértékben elkülönülő reklámtevékenysége is kihatott a **B.** népszerűségére, így a „...” vagy „...” népszerű televíziós műsorok szponzorációja, amely a 2005-2006-os évekre esett, és bár ezek is szorosan kapcsolhatók **V.I.** személyéhez, azonban jogellenesnek nem minősülnek. Az alperes PR-munkájának köszönhetően a fogyasztók széles rétege ismerhette meg az alperesi termék kedvező hatásait. Mindebből következik, hogy a felperesi termékforgalom csökkenése a felperesi termék kedvezőtlenebb adottságaira, a felperes kisebb kereskedelmi gyakorlatára, valamint arra vezethető vissza, hogy a reklámra kevesebbet költött. Kimutatta, hogy az alperes 2002-ben 9.437.679,- Ft-ot, 2003-ban 45.572.228,- Ft-ot, míg 2004-ben 99.978.731,- Ft-ot fordított e termék reklámjára és marketingre, és a 2004-es tételnek mindössze 35 %-a, 35.168.567,- Ft esett a perbeli reklámra, ami volumenében nem számottevő.

A peres felek előadásuk alátámasztására okiratokat csatoltak, a felperes indítványára a perbeli termékek azonossága tekintetében az elsőfokú bíróság szakértőként rendelte ki az Országos Gyógyszerészeti Intézetet, valamint az ok-okozati összefüggés igazolására **B.B.** igazságügyi kommunikációs és média szakértőt.

Az OGYI a 14. sorszám alatt előterjesztett alap és 25. sorszám alatt előterjesztett kiegészítő szakvéleményében úgy foglalt állást, hogy a peres felek termékei kémiai-gyógyszerészeti szempontból nem tekinthetők azonosnak, mert bár a hatóanyaguk azonos, a **B.** kapszula 3,5-4,5-ször koncentráltabb és a mindkét készítményben deklarált GFG tartalom is 3,2-szer nagyobb a **B.** javára, mely különbség az adagolással nem egyenlítődik ki. Tájékoztatóként bemutatta, hogy 2004-ben a gyógyszer-törzskönyvben a perbeli termékekkel azonos hatóanyag-tartalmú vény nélkül beszerezhető milyen gyógyszerek szerepeltek csepp, tableta, illetve kapszula kiszerelésben. Megjegyezte a szakértő azt is, hogy a szakvéleményében

kifejtett, a két termék közötti beltartalmi különbségekre a **B.** lakosságnak szóló hirdetéseiben nem volt utalás.

Az alperes az OGYI szakvéleményben foglaltakat elfogadta, a felperes annak utolsó megállapítását emelte ki, mely szerint a reklámok alapján a fogyasztók a két termék között nem tudtak különbséget tenni. Álláspontja szerint ezért a termékek a fogyasztó szempontjából tekintve konkurens terméknek minősülnek.

B.B. szakértő a 34. sorszámú alap és 45. sorszámú kiegészítő szakvéleményében összegzőként úgy nyilatkozott, hogy „V.I. talán az egyetlen televízióban látható ember, akinek sikerült kivédenie a kereskedelmi televíziók személyiségsorvasztó hatását és a jelen pillanatig megőrizte hitelét. Ha ő kedden mond valamit, arra nemcsak szerdán fog emlékezni a nagyérdemű”. A felperes keresetét megalapozottnak tartotta.

A felperes a szakértő megállapításait elfogadta, az alperes az abban foglaltakat vitatta, mert álláspontja szerint a szakvélemény mind tartalmában, mind stílusában nem releváns, kijelentései becsléseken és valószínűsítéseken alapulnak.

Az elsőfokú bíróság a 2009. december 16. napján kelt 15.G.41.838/2006/53. számú ítéletében a keresetet elutasította és kötelezte a felperest, hogy 15 napon belül fizessen meg az alperesnek 2.180.000,- Ft perköltséget.

Határozata indokolásában megállapította a lefolytatott bizonyítási eljárás eredményeként, hogy a kártérítés alapjaként megjelölt és jogszabály által tilalmazott alperesi reklámtevékenységet az alperes a saját termékére nem vitásan elkövette. E körben kiemelte, hogy a perbeli termékeket ugyanazon célra használják, de kilenc másik termékkel együtt, és egyazon piac keretén belül. Ezért azonos hatóanyag mellett, de egy termékkörön belül kellett vizsgálni, hogy a perbeli termékek azonosnak tekinthetők-e. Elfogadta az OGYI szakvéleményében írtakat, amely szerint a perbeli termékek nem tekinthetők azonosnak, a nevezett termékek nem összehasonlíthatók. Utalt arra, hogy a szakértő megállapította, hogy a hatóanyagtartalom mennyisége és az adagolás az alperesi **B.** termék esetén kedvezőbb. Hangsúlyozta az elsőfokú bíróság, hogy az eltérő termék megítélés egyazon piacon belül azért lényeges, mert a bíróság által kirendelt **B.B.** igazságügyi szakértő teljes határozottsággal csupán azt állapította meg, hogy az alperesi tilalmazott reklám következményeként az alperesi termék forgalma növekedett, és a szakértő csupán a valószínűség szintjén állapította meg, hogy a felperesnek ezzel összefüggésben keletkezhetett a kára. Ezzel szemben önmagában az a tény, hogy a tilalmazott reklám hatására az alperesi termék forgalma nőtt, nem okozhatja ezzel párhuzamosan a felperesi termék forgalmának csökkenését, mivel az előbbiek szerint ugyanazon piacon eltérő termékekről van szó, ráadásul úgy, hogy mintegy 11, azonos hatóanyagú, de eltérő hatóanyagtartalmú termék van jelen egy időben a piacon. Mindezekre tekintettel az elsőfokú bíróság az ok-okozati összefüggés hiányára figyelemmel nem tudta megállapítani az alperes kártérítési felelősségét, ezért az összecszerűsége vonatkozó további bizonyítási indítványt mint szükségtelent mellőzte.

Az elsőfokú bíróság ítélete ellen a felperes nyújtott be fellebbezést, melyben annak megváltoztatását és a Pp. 213. § (3) bekezdése alapján közbenső ítéletben annak

megállapítását kérte, hogy az alperes jogellenes magatartása és a felperesnél bekövetkezett károsodás között az ok-okozati összefüggés fennáll. Kérte, hogy a másodfokú bíróság ennek megfelelően utasítsa az elsőfokú bíróságot arra, hogy a kár összezszerűsége vonatkozásában folytassa le a bizonyítási eljárást.

Arra hivatkozott, hogy az elsőfokú bíróság a bizonyítás adatait csak részben és helytelenül értelmezte, annak alapján helytelen jogi következtetésre jutott, a bizonyítékokat kirívóan okszerűtlenül mérlegelte és ennek következtében hozta meg a sérelmezett ítéletét.

Az elsőfokú bíróság a felperes kereseti kérelmében írtakkal egyezően megállapította az alperes Grtv. 10. § (2) bekezdésébe ütköző jogellenes magatartását. A Grtv. céljai között többek között az üzleti tisztesség követelményeit betartó vállalkozások érdekeinek védelme szerepel. Álláspontja szerint nem lehet figyelmen kívül hagyni azt, hogy jelen esetben a jogellenes magatartás egy jogellenes reklámban nyilvánult meg, ami speciális, a fogyasztó szemszögéből történő megközelítést igényel, melyet az elsőfokú bíróság teljes mértékben figyelmen kívül hagyott. A jogellenes reklámnak ugyanaz a hatása, mint a nem jogellenesnek, azaz jelen esetben az alperesi termék értékesítését, népszerűsítését, az áru megismerését mozdította elő. Mivel a reklám egy meghatározott hatóanyagtartalmú terméket reklámozott, e vonatkozásban potenciális fogyasztónak csak a magyar lakosság bizonyos százaléka tekinthető. Ezen fogyasztók száma egyik hónapról a másikra nem változhat, vagy változás esetén az nem lehet számottevő. Ebből következik, hogy az egyazon piacon jelenlévő, egyazon hatóanyagú termékek eladási adatainak változása egymással szoros összefüggésben van, azaz az egyik termék eladási adatainak csökkenése összefüggésben van a másik, azonos hatóanyagú termék eladási adatainak növekedésével. Ezen leglényegesebb szempont figyelmen kívül hagyásán túl az elsőfokú bíróság a bizonyítékokat csak részben és kirívóan okszerűtlenül mérlegelte.

Bár a felperes az OGYI szakvéleményét részben elfogadta, de azt a megállapítását végig vitatta és jelenleg is vitatja, hogy a két azonos hatóanyagú termék az eltérő kivonószér, illetve az egy dózisban lévő eltérő hatóanyagmennyiség miatt ne lenne összehasonlítható. Ismét hangsúlyozta, hogy az OGYI szakvéleménye maga is leírja, hogy a lakossági hirdetésekben a beltartalmi különbségekre nem volt utalás, ezért a termékek a potenciális fogyasztó szemszögéből nem tekinthetők eltérőnek. A fogyasztó nem az alkalmazott kivonószér, illetve hatóanyagmennyiség ismeretében választ, hanem a valóban ható alkotórész, azaz a mindkét termékben azonos fő hatóanyag, jelen esetben a ginkgo biloba és annak hatása, ami miatt a terméket megveszi. Erre utal az az ellentmondás is, ami mind az OGYI szakvéleményben, mind az alperesi előadásban fellelhető, hogy az eladási adatok, a piaci részesedés és a fogyasztói árak szempontjából az alperes és az OGYI is a perbeli termékeket a piacon lévő többi, azonos hatóanyagot tartalmazó termékkel mint konkurens és összehasonlításra alkalmas termékkel együtt említi meg és szerepelteti a kimutatásaiban. Ebből is az következik, hogy a két termék alkalmas az összehasonlításra.

Az elsőfokú bíróság nem tulajdonított jelentőséget a médiaszakértő kiegészítő szakvéleményében tett azon megállapításának, hogy a felperesnél bekövetkezett forgalomcsökkenés és a sérelmezett reklám közötti ok-okozati összefüggés

megállapítható. Nem tulajdonított annak sem jelentőséget, hogy a médiaszakértő álláspontja szerint a médiafogyasztók minimum 30 %-hoz eljuthatott a jogellenes reklám. Nem értékelte, hogy a médiaszakértő a felperes keresetét megalapozottnak tartotta. A szakértő azt is leírta a szakvéleményében, hogy viszonylag csekély összeggel maximális hatás érhető el, csak kell hozzá egy valóban híres személy, aki hiteles. V.I.t a szakértő ilyennek tekintette.

Összevetve ezt azzal, hogy az alperes korábban is sokat költött reklámra és marketingre, álláspontja szerint az nyert bizonyítást, hogy hatásos reklámnak a perbeli jogellenes reklám minősült. Az alperes által becsatolt táblázatok is azt támasztják alá, hogy azzal pármuzamosan, hogy az alperesi termék eladási adatai emelkedtek, az egyazon piacon lévő azonos hatóanyagú minden - azaz nemcsak a felperesi - termék eladási adatai csökkentek. Nyilvánvalóan a potenciális vevők a V.I-val fémjelzett reklám hatására kezdték vásárolni az alperes termékét a felperesi és minden más, ugyanazon hatóanyagú termék kárára, ami a felperes megítélése szerint egyértelműen alátámasztja azt, hogy az alperesi termék eladási adatainak növekedése okozta a felperesi termék forgalmának visszaesését, azaz a felperes kára és az alperes jogellenes magatartása között fennáll az ok-okozati összefüggés. A közigazgatási eljárásban az alperesre kiszabott csekély összegű bírság nyilvánvalóan megtérült azáltal, hogy a terméke eladási adatai, ezáltal bevételei is jelentősen növekedtek a jogellenes reklám hatására. Az alperes, aki hosszú ideje foglalkozik gyógyszer és gyógyhatású készítmények gyártásával és forgalmazásával, nyilvánvalóan tisztában volt azzal, hogy a reklám jogellenes.

Bár az egyszerűség tekintetében a felperes az elsőfokú eljárásban könyvszakértő kirendelését kérte, azonban a károsodás ténye már az általa eddig becsatolt kimutatásokból és okiratokból is megállapítható. Ennek alapján nincs akadálya közbenső ítélet hozatalának.

Az alperes a fellebbezési ellenkérelmében az elsőfokú bíróság ítéletének a helybenhagyását kérte, annak helyes indokai alapján. Álláspontja szerint a hosszas eljárás során a felperes semmilyen módon nem tudta bizonyítani azt, hogy az alperes jogsértő magatartása következtében jelentkezett nála a bevételek csökkenése, már amennyiben az valóban felmerült, hiszen ennek igazolása ugyancsak nem történt meg. Az elsőfokú bíróság az ok-okozati összefüggés teljes hiányában helyesen jutott arra a következtetésre, hogy az alperest kártérítési felelősség semmilyen jogcímen és formában nem terheli. A fellebbezés továbbra is csupán kijelentéseket tartalmaz, és az alperes által csatolt magán és az OGYI szakvéleményében tett körültekintő és alapos szakmai állításokat kérdőjelezi meg oly módon, hogy a szakvéleményekből az elsőfokú bíróság által jogszerűen és okszerűen levont logikus következtetéseket is egyoldalúan és kellő alátámasztottság nélkül vonja kétségbe. Az alperes megítélése szerint az elsőfokú bíróság helyesen fogadta el a szakvéleményekben foglalt állításokat, azt az alperes által is következesen hangsúlyozott körülményt, hogy a két termék gyógyszerészetileg eltérő, melyeknek csupán a hatóanyaga részben azonos. Az ok-okozati összefüggés körében a bizonyítási kötelezettség a felperest terhelte, így a bizonyítottság esetleges hiánya kifejezetten és kizárólagosan a felperes terhére értékelendő.

A fellebbezés alapos.

Az elsőfokú bíróság a tényállást részben hiányosan állapította meg, és helytelen jogi következtetéssel utasította el a keresetet.

A Fővárosi Ítéltábla az irányadó tényállást az alábbiakkal egészíti ki a rendelkezésre álló bizonyítékok alapján.

Az alperes a Grtv. 10. § (2) bekezdésének g) pontját sértő reklámja, amelyben a gyógyszernek nem minősülő gyógyhatású készítményét az ismert személyiségnek számító V.I. ajánlásával népszerűsítette a M. hírújságban, első ízben 2004. február 16. napján jelent meg, a K. Rádióban és a M. Televízióban először 2004. január 22. napján került adásba. A reklámok 2004. júliusáig voltak láthatók. A jogsértő reklámok sugárzásának, illetve megjelenésének időtartamát a felperes erre vonatkozó előadásának hiányában a Fővárosi Ítéltábla a Fogyasztóvédelmi Főfelügyelőség másodfokú határozata és az alperes előadása alapján állapította meg, aki úgy nyilatkozott, hogy a közigazgatási határozatnak eleget téve szüntette meg a reklám közzétételét. Mivel a jogerős határozat 2009. július 7. napján kelt, az alperes nyilván ezt követően tudott annak eleget tenni, figyelemmel arra is, hogy az elsőfokú közigazgatási határozat ellen ő nyújtotta be a fellebbezést.

A felperes termékadása a 20 db-ot tartalmazó dobozból 1999-től 2003-ig évi 2.545 db-ról, évente emelkedő tendenciát mutatva, 9.589 db-ra emelkedett, míg a 40 db-os kiszerezés esetén 1995-től 11.904 db-ról 2003-ra 28.135 db-ra nőtt. 2004-ben a 20 db-os dobozból 6.650, a 40 db-osból 17.375 db-ot adott el, az eladott db-ok száma az ezt követő években folyamatosan csökkent, 2006-ra 2.719, illetve 8.488 db-ra.

A 2004. évet havi bontásban tekintve, áprilisban az eladások száma drasztikusan csökkent, a márciusi (egyébként kiemelkedően magas) 1.428-ról 214-re a 20 db-os doboz esetén, és 2.328-ról 1.147-re a 40 db-os doboz esetén.

Az alperes 2002. szeptemberétől 2003. decemberéig csak 20 db-os kiszerezésben forgalmazta a termékét, melyből a 2003-as teljes évben 88.869 db-ot adott el, 2004. januárjában 2.673 db-ot, februárban 385 db-t, míg márciusban 20.734-et, áprilisban 21.015 db-ot adott el. Ezután a havi eladások száma visszaesett, a korábbinál kissé magasabb, átlagosan havi kb. 7.550 db-ra. A 60 db-os dobozból januárban 2.051-et, februárban 3.016-ot, míg március és április hónapban 24.404 db-ot, illetve 16.578 db-ot adott el, az ezt követő hónapokban átlagosan kb. 13.150 db-ot.

A Fővárosi Ítéltábla a fenti adatokat a felek által közölt és az ellenérdekű fél részéről nem vitatott forgalmi adatokról készített kimutatások alapján állapította meg.

Az elsőfokú bíróság a keresetet az ok-okozati összefüggés hiányára tekintettel elutasító ítéletét lényegében az alperes által csatolt magánszakvéleménnyel összhangban álló OGYI szakvéleményének arra a megállapítására alapította, hogy a két termék kémiai-gyógyszerészeti szempontból nem tekinthető azonosnak. Erre tekintettel azt állapította meg, hogy önmagában az a tény, hogy a tilalmazott reklám hatására az alperesi termék forgalma nőtt, nem okozhatja ezzel párhuzamosan a

felperesi termék forgalmának csökkenését, mivel egyazon piacon eltérő termékekről van szó, ráadásul úgy, hogy mintegy 11, azonos hatóanyagú, eltérő hatóanyagtartalmú termék van jelen és egy időben a piacon.

A Pp. 239. §-a szerint alkalmazandó Pp. 206. §-ának (1) bekezdésében meghatározott jog, vagyis a bizonyítékok összességében való értékelése, és az ügy meggyőződés szerinti elbírálása a másodfokú bíróságot is megilleti.

A másodfokú bíróság megítélése szerint helytállóan hivatkozott a felperes a fellebbezésében arra, hogy mivel a kártérítési igénye alapját képező jogellenes magatartás az alperes által közzétett jogsértő reklámban valósult meg, és mivel a gazdasági reklám a Grtv. 2. § g) pontja értelmében olyan tájékoztatás, amely valamely áru értékesítését, megismerését mozdítja elő, melynek címzettje nyilvánvalóan a fogyasztó, ez a termékeknek a fogyasztó szemszögéből való megközelítését igényli. Más szóval azt kell vizsgálni, hogy a fogyasztók különbséget tudtak-e tenni a két termék között, azaz azokat egymás helyettesítő termékeknek tekintették-e.

Természetesen nem kétségsbe vonva a rendelkezésre álló OGYI által készített aggálytalan szakvélemény hivatkozott megállapítását a két termék kémiai-gyógyszerészeti különbözősége tárgyában, egyetértett a másodfokú bíróság a felperes arra vonatkozó álláspontjával, hogy a kereset elbírálása szempontjából a szakvélemény azon megállapítása releváns, hogy a két termék közötti beltartalmi különbségekre a **B.** lakosságnak szóló hirdetéseiben nem volt utalás.

Megtekintve az iratokhoz becsatolt betegtájékoztatókat is, az megállapítható, hogy azokból a laikus számára a két termék kémiai-gyógyszerészeti különbözősége nem állapítható meg. A termékeket szinte azonos panaszok esetére ajánlják, a **B.t** elégtelen agyi vérellátás, főként időskori tünetek kezelésére, megelőzésére, pl. emlékezet-gyengülés és a szellemi képesség hanyatlása; hangulati labilitás (rossz közérzet, szorongás); szédülés; fülzúgás; alvászavarok; a végtagok keringési zavarai okozta tünetek csökkentésére (pl. végtagok hűvössége, fonákérzések, járáskor jelentkező fájdalom). Ugyanez **F.G.** esetén különböző eredetű agyi keringési zavarok, emlékezet- és mozgászavar, szédülés, fejfájás, agyi érlemeszesedés, cukorbetegség szövődményeként fellépő retinopatia (e legutóbbi csak a felperes termékénél szerepel). A felperes betegtájékoztatója tartalmazza továbbá, hogy a ginkgo biloba leveleiből készített kivonat értágító hatású, javítja az agyszövet anyagcsere folyamatainak határfokát, segíti a sejtek oxigénhasznosítását. A kivonat eredményesen alkalmazható agyi keringési zavarok, időskori érlemeszesedés okozta szédülés és emlékezetzavar fennállásakor. Ugyanez a **B.** betegtájékoztatójában: szakirodalmi adatok alapján a ginkgo biloba leveleiből készült száraz kivonat perifériás és agyi vérellátás fokozó értágító hatású. A két termék adagolása szintén hasonló. A **B.** esetén 3 x 1 kapszula naponta, a felperes termékénél 3 x 1 vagy 2 draszté naponta.

Egyetértett ezért a Fővárosi Ítéltábla azzal a felperesi érveléssel, hogy az átlagos fogyasztó a fenti panaszok csökkentésére, illetve megelőzésére ajánlott azonos hatóanyagot tartalmazó készítményt egymással versenyző termékeknek tekinti,

amelyek összehasonlíthatók, hiszen alapvető ismereteit a hozzá eljutó reklámokból szerzi meg.

Az OGYI az alapszakvéleménye utolsó pontjában arra is kitért, hogy nem kizárt, hogy a szakemberek tájékoztatását szolgáló reklámkampányban eljutott az információ a beltartalmi különbségek tekintetében a gyógyszerészekhez, asszisztensekhez, akik a betegek tájékoztatásában a termékek közötti választás elősegítésében ezt az ismeretet felhasználhatták, azonban ez csupán a szakértő feltételezése volt, továbbá jelen per tárgyát az alperesi jogellenes reklám hatásaként a felperes bevételkieséséből származó kár megtérítése képezi, és a perbeli reklámból az eltérés, a felhasznált gyógynövény mennyisége nem volt megállapítható.

Arra is alappal hivatkozott a felperes a fellebbezésében, hogy önellentmondó volt az alperes perbeli termékek nem összehasonlítható jellegére vonatkozó védekezése, hiszen a felperes piaci részesedésének csökkenését maga is, az azonos hatóanyagtartalmú vény nélkül kapható gyógyszerek és gyógyszernek nem minősülő gyógyhatású készítmények fokozatos megjelenésével indokolta alapvetően, ezzel támasztva alá az alperesi reklám és a felperes forgalomcsökkenése között fennálló közvetlen okozati összefüggés hiányát. Ebből viszont az következik, hogy amíg a saját termékét nem minősítette a felperesével konkuráló terméknek az azonos hatóanyagtartalom ellenére, hivatkozva a szakvéleményben írtakra, addig önmagában az azonos hatóanyagtartalom alapján a piacon jelenlévő egyéb termékeket mégis annak tekintette, hiszen ellenkező esetben azokat a fenti összefüggésben nem vehette volna figyelembe. Ugyanez az ellentmondás mutatkozik meg az elsőfokú ítélet hivatkozott jogi indokolásában is.

Mindezek alapján a másodfokú bíróság arra a meggyőződésre jutott, hogy a fogyasztók a felperesi és az alperesi termékeket egymást helyettesítő termékeknek tekintették, mert az OGYI szakvéleményében megállapított különbség az alperesi reklám által közvetített információk alapján nem volt megállapítható.

A kiegészített tényállásban rögzített eladási adatok szerint a felperesnél és az alperesnél a perbeli jogellenes reklámot követő hónapokban kiugró, ellentétes irányú változás mutatkozott.

A 2004. február második felében első ízben közzétett reklámokat követően az alperesnél március és április hónapokban az eladások megtöbbszörözödtek, még a felperesnél áprilistól drasztikus csökkenés következett be. Elfogadva, hogy a peres felek által forgalmazott termékek a fogyasztó szemszögéből tekintve azonosak, valamint azt, hogy azokat csak egy speciális fogyasztói kör vásárolja, azok, akiknek a reklámban, illetve a beteg tájékoztatókban szereplő panaszai vannak, a másodfokú bíróság álláspontja szerint a jogellenes reklám megjelenésével nem csupán az alperes kiugró forgalomemelkedése, hanem a felperes ezzel egyidejű eladásainak visszaesése is közvetlen okozati összefüggésben áll.

A felperes nem vitatta az alperes által állított reklám- és marketing kiadásokat 2002-2004. évekre, azonban állította, hogy éppen az alperes által szolgáltatott adatok támasztják alá azt, hogy jogellenes reklám hozta meg a **B.** széleskörű ismertségét. A Grtv. alperesi reklámmal megsértett szakaszának a Fogyasztóvédelmi Főfelügyelőség másodfokú határozatában is hivatkozott jogpolitikai célkitűzése annak megakadályozása, hogy a fogyasztó (beteg) kiszolgáltatott helyzetében ne az keltsen bizalmat valamely gyógyszer vagy gyógyhatású készítmény iránt, hogy azt egy ismert és elfogadott személyiség ajánlja, hanem a választását kizárólag a készítmény tényleges tulajdonságai alapján kialakított véleménye befolyásolja, mely különösen hangsúlyos az orvosi ellenőrzés nélkül is utolérhető szerek kiválasztásánál.

Mindezeket az elsőfokú bíróság által kirendelt médiaszakértő is végső soron alátámasztotta. Figyelembe véve azt a közigazgatási határozatban megállapított tény is, hogy a jogellenes reklámokat az alperes a kampány során széleskörűen tette közzé a média három különböző típusába sorolható csatornán keresztül is eljuttatta a fogyasztókhoz, egy nagy példányszámú (340.000 példány) ingyenes napilapban és országos sugárzású televízióban, illetve rádióban, a potenciális fogyasztók igen széles köréhez - a médiaszakértő véleménye szerint „a médiafogyasztók” 30 %-ához - eljutott.

A felperesnél az alperes jogellenes magatartásával a fentiek szerint okozati összefüggésben jelentős forgalomkiesés következett be, amely nyilvánvalóan bevételkiesést és ennek következtében elmaradt haszonban megnyilvánuló kárt eredményezett. A kár összezszerűsége vonatkozásában az elsőfokú bíróság - eltérő jogi álláspontja miatt - a bizonyítási eljárást nem folytatta le, a döntéshez szükséges adatok nem állnak rendelkezésre.

A felperes a bizonyítási eljárás eddigi eredménye szerint bizonyította az alperes jogellenes magatartását, az őt ért károsodás tényét és a kettő közötti okozati összefüggést.

Mindezekre tekintettel a Fővárosi Ítéltábla az elsőfokú bíróság ítéletét megváltoztatta a Pp. 253. § (2) bekezdése alapján, és a Pp. 213. § (3) bekezdése alkalmazásával a keresettel érvényesített jog fennállása vonatkozásában közbenső ítéletet hozott, megállapítva az alperes kártérítési felelősségét, egyben a kártérítés összezszerűsége tekintetében az elsőfokú bíróságot a per tárgyalásának folytatására utasította.

Döntésére és arra tekintettel, hogy a perköltséget a kártérítési igény összezszerűsége alapján kell meghatározni, a jelen, a jogalap kérdésében döntő határozatában a másodfokú bíróság csak megállapította a peres felek másodfokú eljárásban felmerült és ügyvédi munkadíjból álló költségét. Az eltérés oka az, hogy a felperes jogi képviselője áfa fizetésére nem köteles, így az ő esetében a megállapított ügyvédi munkadíj általános forgalmi adót nem tartalmaz.

Rögzíti a másodfokú bíróság, ahogy az elsőfokú bíróság a felperes eredeti kereseti kérelmét a 2006. április 21. napján kelt 15.G.40.323/2006/4. számú ítéletében - az

alperes elévülési kifogásának helyt adva - elutasította. Ezt az ítéletet a Fővárosi Ítéltábla a 2006. november 16. napján kelt 14.Gf.40.238/2006/6. számú végzésével a Pp. 252. § (2) bekezdése alapján a fellebbezési kérelem korlátaira tekintet nélkül helyezte hatályon kívül, ezért jelen másodfokú eljárás az Itv. 51. § (1) bekezdése szerint illetékmentes. A felperes a fellebbezésén 900.000,- Ft fellebbezési eljárási illetéket lerótt, melyet az Itv. 80. § (1) bekezdés i) pontja alapján az állami adóhatóságtól visszaigényelhet.

Budapest, 2010. év november hó 11. napján

. Mika Ágnes sk.
a tanács elnöke

. Tibold Ágnes sk.
előadó bíró

Dr. Kurucz Zsuzsánna sk.
bíró

A kiadmány hitelül:

bíróági tisztviselő