

Ügyiratszám: SK/26658-12/2018.

Tárgy: jogvitás eljárásban hozott döntés

HATÁROZAT

A Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság (a továbbiakban: **Hatóság**) jogvitás eljárásban eljáró tanácsa (a továbbiakban: **eljáró tanács**) előtt a **Vodafone Magyarország Mobil Távközlési Zártkörűen Működő Részvénytársaság** (székhely: 1096 Budapest, Lechner Ödön fasor 6.; Cg: 01-10-044159; a továbbiakban: **Kérelmező**) kérelmére az **Invitel Távközlési Zrt.**-vel (székhely: 1134 Budapest, Váci út 37.; Cg.: 01-10-049957; a továbbiakban: **Kérelmezett**, a Kérelmező és a Kérelmezett a továbbiakban együttesen: **Felek**) szemben indult jogvitás eljárásban

megállapítja,

1. hogy a Kérelmezett jogszerűen nem követelheti meg a Kérelmezőtől a Hatóság elnökének a „Helyhez kötött helyi hozzáférés nagykereskedelmi biztosítása” megnevezésű nagykereskedelmi piacra vonatkozóan a PC/17915-64/2017. számú határozata (a továbbiakban: **3.a piaci határozat**) I.D.10.2.4. e) pontjában írtak szerinti biztosíték (a továbbiakban: **Bankgarancia**) esetében, hogy az I.D.10.2.4. e) pontban meghatározott lehívási feltételeken túlmenően egyéb lehívási feltételt is tartalmazzon, így különösen, hogy a Bankgarancia az I.D.10.2.4. pontban szereplő mennyiségi kötbér biztosítására is szolgáljon, illetve befogadását nem kötheti ilyen feltételnek a Bankgaranciában való feltüntetéséhez, továbbá
2. hogy a Kérelmezett megsértette 3.a piaci határozat I.D.10.2.4. e) pontjában foglaltakat, tekintettel arra, hogy Bankgarancia tartalmi elemeként olyan feltételt határozott meg a Kérelmező számára, amely feltételnek a Bankgaranciába való foglalását a 3.a piaci határozat rendelkező részének I.D.10.2.4. e) pontjában foglaltak alapján nem jogosult megkövetelni a Kérelmezőtől.

Az eljáró tanács a Kérelmezőnek a 3.a piaci határozat I.D.10.2.4. pont d) pontjának és e) alpontjának második francia bekezdésében foglaltak megállapítására, a Kérelmezettnek a bankgarancia befogadására és a referencia ajánlat benyújtására való kötelezésére, valamint a bankgarancia szövegének megállapítására vonatkozó kérelmét

elutasítja.

A jogvitás eljárás költségeként felmerült, a Kérelmező által a Hatóság Magyar Államkincstárnál vezetett 10032000-00300939-00000017 számú pénzforgalmi számlájára befizetett 175 000 Ft, azaz százhetvenötezer forint igazgatási szolgáltatási díjból 50 000 Ft, azaz ötvenezer forint eljárási költséget a Kérelmező, a fennmaradó 125 000 Ft, azaz százhuszonötezer forint eljárási költséget a Kérelmezett viseli. Az eljáró tanács kötelezi a Kérelmezettet, hogy a jelen határozat kézhezvételét követően haladéktalanul a jelen jogvitás eljárás költségeként felmerült, és a Kérelmező által befizetett 125 000 Ft, azaz százhuszonötezer forint igazgatási szolgáltatási díjnak megfelelő összeget a Kérelmezőnek fizessen meg.

A határozattal szemben közigazgatási per kezdeményezhető, a Fővárosi Törvényszékhez címzett keresetlevelet a határozat közlésétől számított harminc napon belül kell az eljáró tanácshoz benyújtani. A tárgyalás tartását a felperes a keresetlevélben kérheti. A keresetlevelet az elektronikus ügyintézés és bizalmi szolgáltatások általános szabályairól szóló 2015. évi. CCXXII. törvény (a továbbiakban: **E-ügyintézési tv.**) 9. § (1) bekezdése szerinti felperes és jogi képviselő kizárólag elektronikus úton, a jogszabályban meghatározott módon terjesztheti elő.

A keresetlevél benyújtásának a határozat hatályosulására halasztó hatálya nincs. Akinek jogát, jogos érdekét a közigazgatási tevékenység vagy az azzal előidézett helyzet fenntartása sérti, a közvetlenül fenyegető hátrány elhárítása, a vitássá tett jogviszony ideiglenes rendezése, illetve a jogvitára okot adó állapot változatlan fenntartása érdekében az eljárás során bármikor azonnali jogvédelmet kérhet.

Indokolás

I.

A Hatóság elnöke (a továbbiakban: **Elnök**) az elektronikus hírközlésről szóló 2003. évi C. törvény (a továbbiakban: **Eht.**) 10. § (2) bekezdése szerinti, 10. § (1) bekezdés 5. pontjában foglalt hatásköre, valamint az Eht. 62-65. §§-ai alapján lefolytatta a 3(a)/2014. számú, „Helyhez kötött helyi hozzáférés nagykereskedelmi biztosítása” elnevezésű piac vonatkozásában a PC/17915/2017. számú piacelemzési eljárást, valamint a 3(b)/2014. számú, „Központi hozzáférés helyhez kötött nagykereskedelmi biztosítása tömegpiaci termékekhez” elnevezésű piac vonatkozásában a PC/17920/2017. számú piacelemzési eljárást. Az Elnök a PC/17915/2017. számú eljárásban hozott 3.a piaci határozat és a PC/17920/2017. számú eljárásban hozott PC/17920-64/2017. számú határozatban (a továbbiakban: **3.b piaci határozat**; a 3.a. piaci határozat és a 3.b piaci határozat a továbbiakban együttesen: **piaci határozatok**) meghatározta az érintett piacokat, amelyek elemzését követően azonosította az érintett piacokon jelentős piaci erővel rendelkező szolgáltatókat, és számukra az Eht. XII. Fejezetében foglalt szabályok alapján a piaci határozatok szerinti kötelezettségeket írt elő, illetve a korábbi határozatokban előírt kötelezettséget módosított, valamint vont vissza. A fentiek alapján az Elnök a piaci határozatokban a Magyar Telekom Nyrt.-t, a Kérelmezettet, valamint a UPC Magyarország Kft.-t azonosította jelentős piaci erővel rendelkező szolgáltatóként (a továbbiakban: **Kötelezett Szolgáltató**, illetve **Kötelezett Szolgáltatók**).

A Kötelezett Szolgáltatókat az Eht. 103. § szerinti „átláthatóság” kötelezettséggel összefüggésben referenciaajánlat-készítési és közzétételi kötelezettség terheli a 3.a piaci határozat rendelkező része I.

A.1. pontjában, másrészt a 3.b piaci határozat rendelkező része I. A.1. pontjában foglaltak szerint. E kötelezettség alapján a Kötelezett Szolgáltató köteles a piaci határozatokban foglalt tartalommal referenciaajánlatot készíteni és azt egy dokumentumban a piaci határozatok közlésétől számított 90 napon belül az Eht. 67. §-ában foglaltaknak megfelelően az Elnöknek jóváhagyásra benyújtani.

A fentiek alapján a piaci határozatokban referenciaajánlat készítésére és benyújtására kötelezett Kérelmezett PC/7642-1/2018. számon iktatott kérelmet nyújtott be, amely tartalmazta a fentiek szerint kötelezően benyújtandó referenciaajánlat tervezetét (a továbbiakban: **INRUO**) és a kapcsolódó dokumentációt, mely alapján megindult és a jelen határozat meghozatalakor is folyamatban van az Eht. 67-67/A. § szerinti, referenciaajánlat jóváhagyására, illetve tartalmának megállapítására irányuló eljárás (a továbbiakban: **INRUO jóváhagyási eljárás**).

A Hatóság Elnöke a 3.a piaci határozat rendelkező részének I.D.6. pontjában Helyi szintű, L2 nagykereskedelmi hozzáférés szolgáltatás (a továbbiakban: **L2WAP szolgáltatás**) biztosítására vonatkozó kötelezettséget írt elő a Kötelezett Szolgáltatók – így a Kérelmezett – számára. A 3.a piaci határozat I.D.10.2.4. pontja előírja, hogy a Kérelmezett csak abban az esetben köteles az L2WAP szolgáltatást – és ezzel összefüggésben a referenciaajánlatában az annak nyújtására vonatkozó feltételeket – kialakítani, ha arra vonatkozóan valamely Jogosult Szolgáltatótól igény érkezik be, valamint további, a 3.a piaci határozatban részletezett feltételek teljesülnek. A 3.a piaci határozat rendelkező része I.D.10.2.3. pontja alapján a Kötelezett Szolgáltató az L2WAP szolgáltatás biztosításával kapcsolatos feltételek kialakítása során – a Jogosult Szolgáltató(k) igénybejelentése alapján lefolytatott tárgyalások lezárását követően – a jogosulti igénybejelentés kézhezvételétől (több jogosulti igénybejelentés esetén az időben elsőként benyújtott jogosulti igénybejelentés kézhezvételét követő 60 napon belül utolsóként beérkezett jogosulti igénybejelentés kézhezvételétől) számított 120 napon belül köteles a referenciaajánlat módosítására irányuló kérelmet az Eht. 67/B.§-ában foglaltak szerint az Elnök részére benyújtani.

Az L2WAP szolgáltatás nyújtása feltételeinek kialakítása során a Kötelezett Szolgáltatónak minősülő Kérelmezett és a Jogosult Szolgáltatónak minősülő Kérelmező között történő együttműködésről a 3.a piaci határozat rendelkező részének I.D.10.2. pontja rendelkezik. Annak I.D.10.2.1. pontja szabályozza a Jogosult Szolgáltató igénybejelentésére, I.D.10.2.2. pontja a Jogosult Szolgáltatóval való egyeztetésre, I.D.10.2.3. pontja a referenciaajánlat módosítására, illetőleg a referenciaajánlat módosítására irányuló kérelem benyújtására, I.D.10.2.4. pontja pedig a szolgáltatás igénybeviteléhez kapcsolódó vállalásra és a hálózati szerződésben kiköthető kötbérre vonatkozó szabályokat.

II.

A Kérelmező a Hatósághoz 2018. október 12. napján beérkezett és SK/26658-1/2018. számon iktatott, az elektronikus hírközlésről szóló 2003. évi C. törvény (a továbbiakban: **Eht.**) 57. § (1) bekezdése szerinti jogvitás eljárás megindítása iránti kérelmet (a továbbiakban: **Kérelem**) terjesztett elő.

A Kérelmező ismertette, hogy mint a 3.a piaci határozat szerinti Jogosult Szolgáltató, igénybe kívánja venni a 3.a piaci határozat szerint Kötelezett Szolgáltatónak minősülő Kérelmezett által a 3.a piaci határozatban írtak szerinti referencia ajánlat alapján nyújtandó L2WAP szolgáltatást, ezért a 3.a piaci határozatban foglaltaknak megfelelően igénybejelentést nyújtott be az L2WAP szolgáltatásra a Kérelmezettnél. A Kérelmezett az igénybejelentést 2018. február 2. napjával befogadta, egyben az L2WAP szolgáltatásra vonatkozó hálózati szerződés megkötésére irányuló szándék komolyságának biztosítékaként a szerződéskötésre vonatkozó kifejezett kötelezettségvállalásról szóló szándéknyilatkozatot, valamint ahhoz kapcsolódóan biztosíték adását (garanciaszerződést vagy garanciavállalási nyilatkozatot) követelt meg azzal, hogy a biztosíték összegét [üzleti titok] Ft értékben állapította meg.

A Felek közötti egyeztetések 2018. február 21-én kezdődtek meg és a 3.a piaci határozatban foglalt 120 nap elteltével 2018. június 27-én értek véget.

A Kérelmező 2018. július 1-jén kötelezettséget vállalt arra, hogy a 3.a piaci határozat fent hivatkozott pontjában írtak szerinti bankgaranciát megnyitja a Kérelmezett részére az L2WAP szolgáltatásra vonatkozó hálózati szerződés megkötésére irányuló szándék komolyságának biztosítékeként, továbbá az L2WAP szolgáltatás feltételeit tartalmazó, jóváhagyásra benyújtandó INRUO-módosítás alapján kötelezettséget vállalt a hálózati szerződés megkötésére. A Vodafone a szándéknyilatkozat mellékleteként egy bankgaranciát is a Kérelmezett rendelkezésére bocsátott.

A Kérelmező előadta, hogy a Kérelmezett egyeztetést kezdeményezett a bankgarancia lejáratí időpontja tekintetében, azonban a megelőző tárgyalások során a Felek nem jutottak konszenzusra e tárgyban és a Kérelmezett nem jelölte meg sem az L2WAP szolgáltatás rendelkezésre állásának általa vállalható időpontját, sem a bankgarancia általa elfogadható lejáratí időpontját. Ennek ellenére a Kérelmező a bankgarancia végső időpontját 2025. december 31. napjában határozta meg a 2018. augusztus 27-én küldött e-mailjében.

A Kérelmezett a 2018. szeptember 6-i válasz e-mailjében elfogadta a bankgarancia végső lejáratí időpontjának a Kérelmező által javasolt időpontot, azonban a bankgarancia lehívásának további feltételeit is kérte felülvizsgálni oly módon, hogy a bankgarancia a lehívásának feltételei között rendelkezzen a „mennyiségi kötbérrrel” kapcsolatos lehívási szabályokról is.

A Kérelmező előadta, hogy a Felek között véleménykülönbség áll fenn a 3.a piaci határozat rendelkező része I.D.10.2.4. pontjában írtak vonatkozásában. A Kérelmező álláspontja szerint ugyanis – a Kérelmezett véleményétől eltérően – a Bankgarancia kifejezetten az INRUO-nak az L2WAP szolgáltatás feltételeivel kapcsolatos kiegészítésére irányuló módosítása benyújtására és az annak alapján történő hálózati szerződés megkötésére irányuló biztosíték, azaz a 3.a piaci határozat I.D.10.2.4. d) pontjában meghatározott időpontot követően annak fenntartására nem kötelezhető a Jogosult Szolgáltató, tehát a Bankgarancia nem szolgál a mennyiségi kötbér fedezetéül. A Kérelmező hivatkozott továbbá a 3.a piaci határozat I.D.10.2.4. mennyiségi kötbérrre vonatkozó szabályaira is, melyek alapján a mennyiségi kötbérrt a majdani referenciaajánlat fogja tartalmazni és az arról való megállapodás a Hatóság által jóváhagyott referenciaajánlat alapján megkötésre kerülő hálózati szerződéses megállapodás részét fogja képezni, a jelen esetben pedig a Bankgarancia kizárólag a hálózati szerződés megkötésére vonatkozó szándék komolyságát alátámasztó biztosíték funkcióját tölti be.

A Kérelmező előadta, hogy a Kérelmezett nem működött együtt a Kérelmezővel, mikor elzárkózott a Kérelmező által ajánlott bankgarancia elfogadásától és ennek következtében nem nyújtotta be az L2WAP szolgáltatás feltételeire vonatkozó módosított referencia ajánlatot a Hatóság által történő jóváhagyásra, mellyel megsértette a 3.a piaci határozat I.D.10.2.4. pontjában, különösen annak b), c) és d) alpontja szerinti rendelkezéseket és kirótt kötelezettségeket, továbbá a magatartása az Eht. 106. §-ában foglalt, hozzáféréssel kapcsolatos kötelezettségekbe is ütközik, s ezáltal sérti a Kérelmező, mint Jogosult Szolgáltató piacra lépéshez való jogát, annak ellenére, hogy a Kérelmező a 3.a piaci határozatban foglaltaknak megfelelően tárgyalást kezdeményezett és folytatott a Kérelmezettel az L2WAP szolgáltatás tárgyában, szándéknyilatkozatot adott ki a hálózati szerződés megkötésére és rendelkezésre kívánta bocsátani a 3.a piaci határozat szerinti Bankgaranciát. Véleménye szerint a Kérelmezett magatartása megakadályozza az érintett piacon a hatékony piaci verseny kialakulását az előfizetői szolgáltatások terén és ebből eredően a végfelhasználók érdekeivel ellentétes eredményre vezet. A Kérelmező álláspontja szerint az Invitel jogellenes piacvédelmet célzó rosszhiszemű elhúzó

magatartást tanúsít a bankgarancia el nem fogadásával annak érdekében, hogy a módosított L2WAP INRUO benyújtására vonatkozó kötelezettségét eltolja és ezzel további jogellenes versenyelőnyre tegyen szert.

A Kérelmező a fentiekre tekintettel kérte, hogy az eljáró tanács által a jogvitás eljárásban kerüljön megállapításra, hogy

1. a Kérelmezett, mint Kötelezett Szolgáltató a biztosíték fenntartását a 3.a piaci határozat rendelkező rész I.D.10.2.3. pontja szerinti eljárásnak megfelelően módosított referenciaajánlat alapján a Kötelezett Szolgáltató és a jogosulti vállalatot tevő Kérelmező, mint Jogosult Szolgáltató között az L2WAP szolgáltatás igénybevételére vonatkozó szerződés megkötésének napjáig, de legfeljebb az L2WAP szolgáltatás tényleges rendelkezésre állását követő 1 évig követelheti meg a Jogosult Szolgáltatótól, továbbá
2. a biztosíték akkor hívható le, ha a Kérelmező, mint Jogosult Szolgáltató annak ellenére visszavonja az L2WAP szolgáltatásra vonatkozó szándéknyilatkozatot, hogy annak hatályban tartására a Kérelmezettnek, mint Kötelezett Szolgáltatónak tett szándéknyilatkozata alapján továbbra is köteles lenne, vagy a Kérelmező, mint Jogosult Szolgáltató és a Kérelmezett, mint Kötelezett Szolgáltató között az L2WAP szolgáltatás igénybevételére vonatkozó hálózati szerződés egyébként nem jön létre a szolgáltatás tényleges rendelkezésre állását követő 1 éven belül, kivéve, ha a Kérelmezett, mint Kötelezett Szolgáltató nyilvánvalóan visszaélészerűen vagy rosszhiszeműen él a lehívás jogával, így különösen, de nem kizárólagosan abban az esetben, ha L2WAP szolgáltatásra vonatkozó szándéknyilatkozat visszavonását, illetve a hálózati szerződés megkötésének megghiúsulását a Kérelmezett, mint Kötelezett Szolgáltató szándékos magatartása idézte elő, valamint
3. a biztosíték, azaz a bankgarancia tartalma a Kérelmem 1. számú mellékletében foglalt tartalommal kerüljön megállapításra és az Kérelmezett kerüljön kötelezésre annak befogadására, továbbá
4. a Kérelmezett kerüljön kötelezésre az L2WAP szolgáltatásra vonatkozó referencia ajánlat hatósági jóváhagyásra történő benyújtására, végül
5. a Kérelmezett kerüljön kötelezésre a Kérelmező jogvitás eljárással kapcsolatos költségeinek megtérítésére.

A Kérelmező a Kérelméhez csatolta a bankgarancia szövegét, a 2018. február 2. napján kelt igénybejelentést, az igénybejelentés elfogadását tartalmazó, 2018. február 8. napján kelt nyilatkozatot, a 2018. július 1. napján tett szándéknyilatkozatot és bankgaranciát, a bankgarancia el nem fogadásáról szóló, 2018. július 20. napján kelt tájékoztatást, a szándéknyilatkozat 2018. július 26. napján történt megerősítését, valamint a Felek által 2018. augusztus 17. és 2018. szeptember 6. között „emlékeztető” tárgyban küldött elektronikus leveleket, melyekhez csatolásra került a Felek között 2018. augusztus 15. napján zajlott egyeztetés emlékeztetője.

Az eljáró tanács a 2018. október 19. napján kelt, SK/26658-2/2018. számú végzésével az Eht. 58. § (6) bekezdése alapján felhívta a Kérelmezettet, hogy terjessze elő az eljáró tanács részére a jelen jogvitás ügyvel kapcsolatos nyilatkozatát és az abban foglaltakat alátámasztó bizonyítékait, továbbá a szintén 2018. október 19. napján kelt, SK/26658-3/2018. számú végzésében idézést bocsátott ki a Felek részére a jogvitás eljárás tárgyalására.

A Kérelmezett a Hatósághoz 2018. november 6. napján beérkezett, SK/26658-4/2018. számon iktatott nyilatkozatában kijelentette, hogy jogkövető magatartást tanúsított és jóhiszeműen járt el a 3.a piaci határozat I.D.10.2.4. pontjában az L2WAP szolgáltatás biztosításával kapcsolatos feltételek kialakítása

során történő együttműködéssel kapcsolatosan a Kérelmezővel folytatott egyeztetések során. A Kérelmezett ismertette, hogy a 3.a piaci határozat I.D.10.2.2. pontja szerinti egyeztetéseket folytatott a Jogosult Szolgáltatókkal és a Kérelmező igénybejelentésének 2018. február 2-ai átvételét követően a 120 napos egyeztetési időablak 2018. június 2-ai lejártát követően is folytatta az egyeztetéseket, majd a 2018. augusztus 15-én lezajlott utolsó személyes egyeztetést követően sem zárkozott el a Kérelmező írásos megkereséseitől.

A Kérelmezett előadta, hogy az egyeztetések alatt többször felhívta a Kérelmező figyelmét, hogy a 3.a piaci határozat I.D.10.2.3. pontban foglaltak alapján szándéknyilatkozatot, valamint garanciaszerződést, vagy garanciavállalási nyilatkozatot követel meg, melynek összegét [üzleti titok] Ft mértékben állapította meg. A Kérelmezett ismertette, hogy a Kérelmező 2018. július 6-ai elektronikus levelében megküldött bankgarancia tekintetében 2018. július 20-i levelében arról tájékoztatta a Kérelmezőt, hogy a bankgaranciát nem tudja elfogadni az abban foglalt automatikus lejárat határnap miatt, mivel az nem tud megfelelő biztosítékul szolgálni a 3.a piaci határozat I.D.10.2.4. d) pontjának értelmében, erre tekintettel további személyes egyeztetésre tett javaslatot a bankgarancia tartalmával kapcsolatban, hivatkozással a Felek között 2018. június 27. napján folytatott egyeztetésre, melynek során a mennyiségi kötbér alkalmazásának kérdése szintén felmerült. A Kérelmezett előadta továbbá, hogy a Felek 2018. augusztus 15-én egyeztetést folytattak a bankgarancia tartalmáról, amelyen a Kérelmező a bankgarancia automatikus megszűnésének napjául 2019. december 31-ét javasolta, amelynek kapcsán a Kérelmezett a 2018. augusztus 23-i levelében arról tájékoztatta a Kérelmezőt, hogy a fenti, módosított dátum sem biztosítja a Bankgarancia célját és szövegszerű javaslatot tett a bankgarancia automatikus megszűnésére. A Kérelmező a 2018. augusztus 27-én kelt elektronikus levelében a bankgarancia automatikus megszűnésének határnapjára 2025. december 31-ét javasolta. A Kérelmezett a 2018. szeptember 6-i válasz e-mailjében a bankgarancia automatikus megszűnésének határnapja tekintetében a Kérelmező által javasolt időpontot elfogadta, továbbá kérte, hogy a Kérelmező a 3.a piaci határozat I.D.10.2.4. pontjában foglalt „mennyiségi kötbérre”-re vonatkozó feltételrendszert is szerepeltesse a bankgarancia lehívási feltételei között.

A Kérelmezett hangsúlyozta, hogy a fenti javaslatára a Kérelmező elutasító választ nem tett, illetve a Felek által elfogadott lejárat időponttal ellátott bankgaranciát nem küldött, továbbá a mennyiségi kötbér alkalmazási feltételei tekintetében a Kérelemben kifejtett értelmezéséről – miszerint a Bankgarancia nem szolgálhat a mennyiségi kötbér fedezetül – a jogvita eljárás kezdeményezését megelőzően nem tájékoztatta a Kérelmezettet és arról egyeztetést sem kezdeményezett.

A Kérelmezett álláspontja szerint a mennyiségi kötbér célja – csakúgy, mint a jogosulti szándéknyilatkozaté – az, hogy a Kötelezett Szolgáltatót megóvja attól, hogy a jogosult igénybejelentése miatt eszközölt beruházásainak megtérülése elmaradjon és ezáltal a Kötelezett Szolgáltató kárt szenvedjen, ezért indokoltnak tartja egy olyan megoldás kidolgozását, amely szerint a bankgarancia egyaránt kiterjed a jogosulti vállalat megszűnésére és a mennyiségi kötbér Jogosult Szolgáltató általi biztosítására és erre tekintettel jelezte a Kérelmező számára, hogy a mennyiségi kötbérre vonatkozó feltételrendszer bankgarancia lehívási feltételei között való szerepeltetését javasolja.

A Kérelmezett a fentiekre tekintettel előadta, hogy nem tanúsított rosszhiszemű elhúzó magatartást, hanem eljárása jogkövető és jóhiszemű volt, hiszen egyrészt nem zárkozott el a bankgarancia feltételei tekintetében az egyeztetéstől, másrészt a Kérelmező részéről nem érkezett bankgarancia annak ellenére, hogy a Kérelmező álláspontja szerint az általa az egyeztetések során küldött tervezetekben szereplő feltételek megfelelnek a 3.a piaci határozatban foglaltaknak és a Felek a bankgarancia lejárat időpontjában megegyeztek. A 3.a piaci határozat I. D.10.2.4. pontjában meghatározott tartalmú

garanciaszerződés, illetve garanciavállalási nyilatkozat hiányában a Kérelmezett tehát nem köteles referenciaajánlat módosítására irányuló ajánlatot benyújtani a Hatóság részére, így nem sértette meg a 3.a piaci határozat I.D.10.2.4. pontjának b), c) és d) alpontjában foglaltakat.

A Kérelmezett a nyilatkozatához csatolta a Felek között 2018. június 27. napján zajlott egyeztetés emlékeztetőjét, valamint a Kérelmező által 2018. augusztus 17.-én „emlékeztető” tárgyban küldött elektronikus levelet (melyhez csatolásra került a Felek között 2018. augusztus 15-én lezajlott egyeztetés emlékeztetője) és a Kérelmezett által 2018. szeptember 6.-án válaszul küldött elektronikus levelet.

A jogvita eljárásban 2018. november 8-án a Hatóság székhelyén tárgyalására (a továbbiakban: **Tárgyalás**) került sor, amelyről jegyzőkönyv került felvételre. A jegyzőkönyv és annak mellékletei (a Kérelmezőt és a Kérelmezettet képviselői személyek meghatalmazásai, valamint a MARUO tervezet Kérelmezett által becsatolt kivonata és az ahhoz kapcsolódó magyarázat) SK/26658-9/2018. számon kerültek iktatásra.

A Tárgyaláson az eljáró tanács a Felek közötti egyezség létrehozását kísérelte meg, azonban a Felek között nem jött létre egyezség.

Az eljáró tanács 2018. november 8-án kelt, SK/26658-5/2018. számú végzésében felhívta a Kérelmezőt, hogy a Tárgyaláson szóban megtett, a Kérellem pontosítására irányuló nyilatkozata alapján szövegszerűen jelölje meg, hogy a Kérelmet miként kívánja kiegészíteni, illetve módosítani; valamint terjessze elő arra vonatkozó bizonyítékait, hogy a Kérelmét megelőzően tájékoztatta a Kérelmezettet azon álláspontjáról, hogy a Bankgarancia nem szolgálhat a mennyiségi kötbér fedezetéül.

A Kérelmező a Hatósághoz 2018. november 14-én beérkezett, SK/26658-7/2018. számon iktatott nyilatkozatában (a továbbiakban: **Kérellem-kiegészítés**) eleget tett a fenti felhívásnak és a Kérelmet az alábbiak szerint pontosította, illetve egészítette ki:

1. a Kérellem 1-2. pontjában foglaltakat fenntartotta – tehát tartalmában továbbra is kérte a 3.a piaci határozat I.D.10.2.4. pont d) és e) alpont második francia bekezdésében foglaltak megállapítását –, emellett az utóbbi hivatkozás tekintetében kifejezetten megjelölte és hivatkozott a 3.a piaci határozat I.D.10.2.4. e) pontjában foglaltakra is,
2. kérte annak megállapítását is, hogy a 3.a piaci határozat I.D.10.2.4. c)-e) pontja szerinti biztosíték kifejezetten és kizárólagosan az L2WAP RUO módosítás benyújtására és az annak alapján történő hálózati szerződés megkötésére szolgáló biztosíték, e bankgarancia tekintetében a 3.a piaci határozat I.D.10.2.4. pontjában 3.a piaci határozat 47. oldalának első bekezdése a) és b) pontjában a mennyiségi kötbér tárgyában írtak jogszerűen nem alkalmazhatóak, erre figyelemmel
3. kérte azt is megállapítani, hogy a Kérelmezett jogszerűen nem követelhet meg a Kérelmezőtől mennyiségi kötbérrrel kapcsolatos lehívási szabályokat is tartalmazó bankgaranciát és a bankgarancia befogadását nem kötheti ilyen feltételhez,
4. a Kérellem 3. pontjában foglaltakat változatlanul fenntartva kérte, hogy a bankgarancia tartalma a Kérellem 1. számú mellékletében foglalt tartalommal kerüljön megállapításra és a Kérelmezett kerüljön kötelezésre annak befogadására,
5. a Kérellem 4. pontját pontosította a tekintetben, hogy a Kérelmezett az L2WAP szolgáltatásra vonatkozó referencia ajánlat hatósági jóváhagyásra történő benyújtására a 3.a piaci határozat I.D.10.2.4. c)-e) pontjainak megfelelő bankgarancia Kérelmező általi rendelkezésre bocsátását követően kerüljön kötelezésre,

6. továbbra is változatlanul kérte, hogy a Kérelmezett kerüljön kötelezésre a Kérelmező jogvitás eljárással kapcsolatos költségeinek megtérítése tekintetében.

A Kérelmező továbbá a Kérelem-kiegészítésben bizonyításra vonatkozó nyilatkozatot tett és pontosította a bankgarancia lehívási feltételei és a mennyiségi kötbér kérdése kapcsán folytatott egyeztetésekkel kapcsolatos, a Tárgyaláson tett nyilatkozatát és előadta, hogy a Kérelmezett 2018. szeptember 6-i elektronikus levelét követően a Felek 2018. szeptember 10-én további szóbeli egyeztetést folytattak telefonon, melynek során a Kérelmező tájékoztatta a Kérelmezettet azon álláspontjáról, hogy a bankgarancia nem szolgál a mennyiségi kötbér fedezetéül. A Kérelmező előadta, hogy a Kérelmezett ezt követően is változatlanul fenntartotta azon igényét, hogy a bankgarancia egyben a mennyiségi kötbér fedezetére is terjedjen ki és továbbra is ilyen tartalmú lehívási feltételhez kötötte a bankgarancia befogadását. Tekintettel tehát arra, hogy a Felek az egyeztetést követően továbbra is eltérő álláspontot képviseltek a bankgarancia lehívási feltételeinek kérdésében és a 3.a piaci határozat vonatkozó rendelkezésének értelmezésében, így a Kérelmező nem tudott olyan bankgaranciát kiállítani, amit a Kérelmezett befogadott volna, ezért került sor a jogvitás eljárás megindítására. A Kérelmező továbbá arra is hivatkozott, hogy a jogvitás eljárás megindításának indokoltságát, a Hatóság határozata meghozatalának szükségességét támasztja alá az a körülmény is, hogy a Kérelmezett a Tárgyaláson elzárkózott az egyezség megkötésétől.

Az eljáró tanács 2018. november 21-én kelt, SK/26658-8/2018. számú végzésében felhívta a Kérelmezettet, hogy nyújtsa be a Kérelmező Kérelem-kiegészítésével kapcsolatos esetleges nyilatkozatát, valamint az ügyre vonatkozó esetleges további nyilatkozatát, észrevételeit és terjessze elő az azokat alátámasztó bizonyítékait.

A Kérelmezett a Hatóságnál SK/26658-10/2018. számon iktatott nyilatkozatában változatlanul fenntartotta a mennyiségi kötbérrel kapcsolatos korábbi álláspontját, továbbá megerősítette, hogy az L2WAP szolgáltatás biztosításával kapcsolatos feltételek kialakítása körében a Felek által együttműködésre használt kommunikációs csatornákon (e-mail, postai levél) a Kérelmező a mennyiségi kötbérikötés alkalmazási lehetőségeivel kapcsolatos hivatalos álláspontjáról a Kérelmezettet a jogvitás eljárás kezdeményezését megelőzően nem tájékoztatta, arról egyeztetést nem kezdeményezett. A Kérelmezett előadta továbbá, hogy tekintettel arra, hogy a Felek között a biztosíték összegében és időpontjában nincs vita, amennyiben a Hatóság álláspontja szerint a Kérelmezett nem követelhet meg mennyiségi kötbérrel kapcsolatos lehívási szabályokat is tartalmazó bankgaranciát, a Kérelmezett elfogadja a 3.a piaci határozat I.D. 10.2.4. c)-e) pontjaiban foglaltaknak és a Felek megállapodásának megfelelő bankgaranciát, így ebben a kérdésben a Felek között jogvitás eljárásra és a Kérelmezett kötelezésére nincs szükség.

III.

Az eljáró tanács a jelen jogvitás eljárásban a tényállást, illetőleg annak a döntés meghozatalához szükséges releváns elemeit a Kérelem, a Kérelem kiegészítés, a Felek jogvitás eljárás során tett nyilatkozatait, valamint azok mellékletei alapján az alábbiakban rögzíti és értékeli:

A Kérelmező 2018. február 2-án igénybejelentést tett az L2WAP szolgáltatásra a Kérelmezettnél. A Kérelmezett az igénybejelentést befogadta, egyben az L2WAP szolgáltatásra vonatkozó hálózati szerződés megkötésére irányuló szándék komolyságának biztosítékként a szerződéskötésre vonatkozó kifejezett kötelezettségvállalásról szóló szándéknyilatkozatot, valamint ahhoz kapcsolódóan biztosíték adását (garanciaszerződést vagy garanciavállalási nyilatkozatot) követelt meg azzal, hogy a biztosíték összegét [üzleti titok] értékben állapította meg. A Kérelmező 2018. július 1. napján

szándéknyilatkozatot tett, valamint megküldte a Kérelmezett részére [üzleti titok] Ft értékű bankgaranciát. A Kérelmezett a 2018. július 20-án kelt nyilatkozata szerint a bankgaranciát nem fogadta el, arra hivatkozva, hogy a bankgarancia 2019. március 19-án automatikusan megszűnik, így nem tud biztosítékul szolgálni a helyi szintű L2 nagykereskedelmi hozzáférésre vonatkozó hálózati szerződés megkötésére irányuló szándék komolyságára; emellett további egyeztetést javasolt a biztosítékadási kötelezettség kezdő időpontjának és időtartamának, valamint a Felek között 2018. június 27. napján tartott egyeztetés emlékeztetőjének I. pontjában foglaltaknak megfelelő bankgarancia kiállítása érdekében. Ezt követően a Felek további egyeztetéseket folytattak, melynek eredményeképpen konszenzusra jutottak a bankgarancia végső, automatikus megszűnésének időpontja tekintetében, mivel a Kérelmezett a 2018. szeptember 6-i elektronikus levelében a Kérelmező által javasolt 2025. december 31.-ei időpontot elfogadta, ugyanakkor kérte, hogy a Kérelmező a 3.a. piaci határozat I.D.10.2.4. pontjában foglalt mennyiségi kötbérré vonatkozó feltételrendszert is szerepeltesse a bankgarancia lehívásának feltételei között. A Kérelmező ezt követően fordult a Hatósághoz a jogvitás eljárás lefolytatása érdekében.

A jogvitás eljárásra vonatkozóan az Eht. 57. § (1) bekezdése az alábbiak szerint rendelkezik: *„Az a szolgáltató vagy egyéb vállalkozás, amelynek egy másik szolgáltató elektronikus hírközlésre vonatkozó szabályban, az ez alapján kötött szerződésben, részben vagy egészben európai uniós forrásból megvalósuló hálózatfejlesztési pályázatban a pályázat nyertese tekintetében előírt nagykereskedelmi nyílt hozzáférési kötelezettségekre vonatkozó követelményekben, vagy ezen követelmények alapján megkötött szerződésben, továbbá e törvény szerinti hálózati szerződésben meghatározott, elektronikus hírközlést érintő jogát vagy jogos érdekét megsértette (a továbbiakban: jogvita), a Hatósághoz fordulhat.”*

Az Eht. 57-61/A. §-ában szabályozott jogvitás eljárás olyan közigazgatási hatósági eljárás, amelynek specifikuma, hogy azt valamely elektronikus hírközlési szolgáltató indíthatja meg egy másik elektronikus hírközlési szolgáltatóval szemben. A jogvitás eljárás a kontradiktórius eljárás sajátosságait hordozza, melyben az eljáró tanács a kérelemhez kötve van (mely kérelemre vonatkozóan az Eht. 58. § (1) bekezdése az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény (a továbbiakban: **Ákr.**) kérelemre vonatkozó rendelkezéseiben foglaltakon túlmenő többletkövetelményeket is megfogalmaz). Az eljáró tanács rögzíti, hogy a jelen jogvitás eljárás során – mivel arra vonatkozóan a Kérelmező nem adott elő kérelmet – nem vizsgálta a Kérelmező által 2018. július 1. napján megküldött bankgaranciát, illetőleg annak Kérelmezett általi el nem fogadását.

A 3.a. piaci határozat alapján a Kérelmező Jogosult Szolgáltatónak, míg a Kérelmezett Kötelezett Szolgáltatónak minősül az L2WAP szolgáltatás biztosítása tekintetében, tehát a Kérelmezőnek az Eht. 188. § 16. pontja alapján elektronikus hírközlésre vonatkozó szabálynak minősülő hatósági határozaton – a 3.a piaci határozaton – alapuló joga van az Eht. 106. §-ában meghatározott hozzáféréshez a 3.a piaci határozatban foglalt részletes előírások és feltételek alapján, továbbá jogos érdeke fűződik a bankgarancia befogadásához, tekintettel arra, hogy annak hiányában – figyelemmel a 3.a piaci határozat rendelkező része I.D.10.2.4. pontjában rögzítettekre – a Kérelmezett nem köteles a referenciaajánlat módosítására irányuló kérelmét a Hatósághoz benyújtani és annak alapján hálózati szerződést kötni az L2WAP szolgáltatásra vonatkozóan a Kérelmezővel, ami azt jelenti, hogy a bankgarancia befogadása nélkül a Kérelmező nem gyakorolhatja az L2WAP szolgáltatásra vonatkozó hozzáféréshez való jogát sem. Az előbbiekre tekintettel az eljáró tanács igazoltnak tekintette a Kérelmező jogának, illetőleg jogos érdekének fennállását a jogvitás eljárás kapcsán.

A Bankgarancia, illetőleg annak lehívási feltételei körében a mennyiségi kötbérről való rendelkezés tekintetében a Felek eltérő álláspontot képviselnek. A Kérelmező álláspontja szerint a Bankgarancia

kifejezetten az INRUO-nak az L2WAP szolgáltatás feltételeivel kapcsolatos kiegészítésére irányuló módosítása benyújtására és az annak alapján történő hálózati szerződés megkötésére szolgáló biztosíték, tehát az a mennyiségi kötbérre nem vonatkozik, tekintettel arra is, hogy ez utóbbit – az L2WAP szolgáltatásra vonatkozó feltételekkel kiegészített, módosított – INRUO, illetve az ezalapján az L2WAP szolgáltatás nyújtására a Felek által megkötendő hálózati szerződés tartalmazhatja. Ezzel szemben a Kérelmezett indokoltnak tartja, hogy a Bankgarancia egyaránt kiterjedjen a jogosulti vállalás megszegésére és a mennyiségi kötbér Jogosult Szolgáltató általi biztosítására is, mivel véleménye szerint a mennyiségi kötbér célja arra irányul, hogy a Kötelezett Szolgáltatót megóvja attól, hogy a jogosult igénybejelentése miatt eszközölt beruházásainak megtérülése elmaradjon és ezáltal a Kötelezett Szolgáltató kárt szenvedjen.

A 3.a piaci határozat I.D.10.2.4. pontban foglaltak alapján a Kötelezett Szolgáltató az L2WAP szolgáltatásra vonatkozó hálózati szerződés megkötésére irányuló szándék komolyságának biztosítékeként a szerződéskötésre vonatkozó kifejezett kötelezettségvállalásról szóló szándéknyilatkozat, valamint ahhoz kapcsolódóan Bankgarancia létrejöttét követelheti meg a Jogosult Szolgáltatótól az I.D.10.2.4. pontban részletezett feltételek szerint. A c) pont szerint a Kötelezett Szolgáltató az L2WAP szolgáltatásra vonatkozó szándéknyilatkozat hatályban tartását a jelen határozat rendelkező rész I. D.10.2.3. pontja szerinti eljárásnak megfelelően módosított referenciaajánlat alapján a Kötelezett Szolgáltató és a jogosulti vállalást tevő Jogosult Szolgáltató között az L2WAP szolgáltatás igénybevételére vonatkozóan létrejött hálózati szerződés hatályba lépésének napjáig követelheti meg a Jogosult Szolgáltatótól. A d) pont alapján a Kötelezett Szolgáltató továbbá a biztosíték fenntartását a jelen határozat rendelkező rész I. D.10.2.3. pontja szerinti eljárásnak megfelelően módosított referenciaajánlat alapján a Kötelezett Szolgáltató és a jogosulti vállalást tevő Jogosult Szolgáltató között az L2WAP szolgáltatás igénybevételére vonatkozó szerződés megkötésének napjáig, de legfeljebb az L2WAP szolgáltatás tényleges rendelkezésre állását követő 1 évig követelheti meg a Jogosult Szolgáltatótól.

A 3.a piaci határozat I.D.10.2.4. e) pontja alapján „**a Kötelezett Szolgáltató olyan biztosíték nyújtását követelheti meg a Jogosult Szolgáltatótól, amely:**

- *legfeljebb 40 millió Ft mértékű összeg megfizetésére vonatkozó kötelezettségvállalást tartalmaz;*
- *akkor hívható le, ha a Jogosult Szolgáltató annak ellenére visszavonja az L2 nagykereskedelmi hozzáférés szándéknyilatkozatot, hogy annak hatályban tartására a Kötelezett Szolgáltatónak tett – a fenti c) pontban írtakkal összhangban álló – nyilatkozata alapján továbbra is köteles lenne, vagy a Jogosult Szolgáltató és a Kötelezett Szolgáltató között a helyi szintű, L2 nagykereskedelmi hozzáférés igénybevételére vonatkozó hálózati szerződés egyébként nem jön létre a szolgáltatás tényleges rendelkezésére állását követő 1 éven belül, kivéve, ha a Kötelezett Szolgáltató nyilvánvalóan visszaélészerűen vagy rosszhiszeműen él a lehívás jogával, így különösen, de nem kizárólagosan abban az esetben, ha az L2 nagykereskedelmi hozzáférés szándéknyilatkozat visszavonását, illetve a hálózati szerződés megkötésének meghiúsulását a Kötelezett Szolgáltató szándékos magatartása idézte elő.”*

A 3.a piaci határozat tehát konkrétan megjelöli, milyen feltételeket követelhet meg a Kérelmezett a Bankgarancia tartalmi elemei között, ami azt jelenti, hogy ha a fenti követelményeknek maradéktalanul megfelelő Bankgaranciát nyújt be egy Jogosult Szolgáltató, akkor azt be kell fogadnia, ehhez képest más feltételt nem támaszthat a Bankgaranciával szemben. Az eljáró tanács hangsúlyozza, hogy a Kötelezett és a Jogosult Szolgáltató megállapodhatnak olyan többlet- és kiegészítő feltételekről is, amelyeket a 3.a piaci határozat nem szabályoz – így bármely olyan többlet elem, amelyben a felek

között konszenzus alakul ki, akkor is, ha a 3.a piaci határozat fent idézett pontja azt nem nevesíti kifejezetten –, azonban a jelen ügyben ilyen jellegű megállapodás nem jött létre a Felek között, sőt éppen ez a kérdés képezi a jogvita tárgyát. Az eljáró tanács döntésének és vizsgálódásainak keretei az Eht. fentebb ismertetett rendelkezései, különösen pedig az Eht. 57. § (1) bekezdése alapján kötöttek, ami egyben azt is jelenti, hogy a konkrét jogvita eljárás során már kizárólag az vizsgálható és vizsgálendő, hogy a Kérelmezett megsértette-e a Kérelmező 3.a piaci határozatban foglalt jogát, jogos érdekét a bankgarancia kapcsán. Erre tekintettel az eljáró tanács nem vizsgálta, hogy a Felek a jogvita eljárást megelőzően esetlegesen milyen tartalmi feltételekről folytattak tárgyalásokat a bankgarancia körében a 3.a piaci határozatnak a kifejezetten a Bankgaranciára irányadó szabályain túlmenő egyéb feltételek kapcsán, valamint szintén nem vizsgálta, hogy a Felek a bankgarancia vitás kérdései tekintetében miként egyeztettek, illetőleg tájékoztatták egymást az eltérő véleményükről. Az eljáró tanács ugyanis a jelen eljárásban – amelynek során a Felek által előterjesztett nyilatkozatokból egyértelműen megállapítható, hogy a Bankgaranciában szerepeltetendő lehívási feltételek tekintetében a Felek között nincs akaratgyezés – csak azt vizsgálhatja, hogy a Kérelmezett, mint Kötelezett Szolgáltató megkövetelt-e több tartalmi feltételt a Kérelmező által benyújtandó Bankgarancia tekintetében, mint amelynek megkövetelésére a 3.a piaci határozat rendelkező része I.D.10.2.4. pont e) alpontja őt feljogosítja. Így a jelen jogvita eljárásban hozott határozat tekintetében annak sincs relevanciája, hogy a Kérelmező tájékoztatta-e a Kérelmezettet a jogvita eljárás megindítását megelőzően a mennyiségi kötbérrel kapcsolatos álláspontjáról, melyre tekintettel az eljáró tanács a Kérelmező által a Kérelm-kiegészítésben előadott, bizonyításra vonatkozó nyilatkozatot, illetőleg az azzal kapcsolatos Kérelmezetti nyilatkozatot sem értékelte bizonyítékként az Ákr. 62. § (4) bekezdése alapján.

Az eljáró tanácsnak tehát ezzel kapcsolatban azt kellett megvizsgálnia, hogy a 3.a piaci határozat I.D.10.2.4. pont e) pontjában rögzített Bankgarancia lehívási feltételei között szerepelnie kell-e a mennyiségi kötbérre vonatkozó előírásoknak, azaz annak hiányában a Kérelmezett visszautasíthatja-e azt a 3.a piaci határozat I.D.10.2.4. pontja alapján.

Az eljáró tanács a fenti kérdésben az alábbiakat állapította meg:

A 3.a piaci határozat I.D.10.2.4. pontjának első bekezdése kifejezetten „*a hálózati szerződés megkötésére irányuló szándék komolyságának biztosítékeként*” nevesíti a szándéknyilatkozatot, valamint ahhoz kapcsolódóan a biztosítékot (Bankgaranciát), tehát már a 3.a piaci határozat megfogalmazásából egyértelmű, hogy a Bankgarancia (és a szándéknyilatkozat) a hálózati szerződés megkötésének biztosítékául szolgál. Ennek megfelelően a 3.a piaci határozat I.D.10.2.4. pontjának d) és e) pontjaiból is egyértelműen következik, hogy a biztosíték célja a hálózati szerződés megkötésének elősegítése. Így a biztosíték (Bankgarancia) fenntartása csak a hálózati szerződés megkötésének napjáig, de legfeljebb az L2WAP szolgáltatás tényleges rendelkezésre állását követő 1 évig követelhető meg, illetőleg kizárólag akkor hívható le, ha a Jogosult Szolgáltató visszavonja a hálózati szerződés megkötésére vonatkozó kötelezettségvállalását kifejező szándéknyilatkozatot, vagy az L2WAP szolgáltatásra vonatkozóan nem jön létre hálózati szerződés a szolgáltatás tényleges rendelkezésre állását követő 1 éven belül. Összességében tehát a biztosítékot (Bankgaranciát) akkor hívhatja le a Kötelezett Szolgáltató, ha a hálózati szerződés nem jön létre a felek között, feltéve, hogy a lehívásra nem nyilvánvalóan visszaélészerűen vagy rosszhiszeműen kerül sor a Kötelezett Szolgáltató részéről (így például a szándéknyilatkozat visszavonását, illetve a hálózati szerződés meghiúsulását nem szándékos magatartása idézte elő).

A 3.a piaci határozat I.D.10.2.4. pontjának mennyiségi kötbérre vonatkozó előírásai szerint: „*A Kötelezett Szolgáltató a jelen határozat rendelkező rész I.D.10.2.3. pontja alapján benyújtott*

referenciaajánlatában a helyi szintű, L2 nagykereskedelmi hozzáférés igénybevételére vonatkozó hálózati szerződés feltételei között a jogosulti vállalást rendelkezésre bocsátó Jogosult Szolgáltatótól az igénybevett szolgáltatás mennyiségére vonatkozó kötbérikötést (a továbbiakban: mennyiségi kötbér) határozhat meg az alábbi feltételekkel:

a) A mennyiségi kötbér megfizetését akkor követelheti meg a Kötelezett Szolgáltató, ha a jogosulti vállalást rendelkezésre bocsátó Jogosult Szolgáltatóval, vagy más, a helyi szintű, L2 nagykereskedelmi hozzáférést igénybe vevő Jogosult Szolgáltatóval a helyi szintű, L2 nagykereskedelmi hozzáférés igénybevételére vonatkozó első hálózati szerződés megkötését követő harmadik év utolsó napjáig a Kötelezett Szolgáltatónak a helyi szintű, L2 nagykereskedelmi hozzáférésekből származó bevétele (ideértve a jogosulti vállalást rendelkezésre bocsátó Jogosult Szolgáltatótól és a más Jogosult Szolgáltató(k)tól a helyi szintű, L2 nagykereskedelmi hozzáférés igénybevételéből származó valamennyi bevételt) nem éri el a biztosítékban megfizetni vállalt összeget.

b) A Kötelezett Szolgáltatót megillető kötbér összege nem haladhatja meg a biztosítékban megfizetni vállalt összeg és a jogosulti vállalást rendelkezésre bocsátó Jogosult Szolgáltató, vagy más, a helyi szintű, L2 nagykereskedelmi hozzáférést igénybe vevő Jogosult Szolgáltató által a helyi szintű, L2 nagykereskedelmi hozzáférés igénybevételére vonatkozó első hálózati szerződés megkötését követő 3 évben a helyi szintű, L2 nagykereskedelmi hozzáférés szolgáltatás igénybe vételével összefüggésben a Kötelezett Szolgáltató számára fizetett (nettó) díjak különbségének összegét.”

A fentiek szerint tehát a Kötelezett Szolgáltatónak abban az esetben, ha mennyiségi kötbért kíván meghatározni, azt a referenciaajánlatában, a hálózati szerződés feltételei között kell szerepeltetnie és a mennyiségi kötbér megfizetését akkor követelheti meg, ha az L2WAP szolgáltatásra vonatkozó (első) hozzáférési szerződés megkötését követő harmadik év utolsó napjáig az L2WAP szolgáltatásból származó bevétele nem éri el a biztosítékban megfizetni vállalt összeget, továbbá a mennyiségi kötbér összege ez esetben sem haladhatja meg a biztosítékban megfizetni vállalt összeg és a Jogosult Szolgáltató(k) által az első hálózati szerződés megkötését követő három évben az L2WAP szolgáltatás igénybe vételével összefüggésben a Kötelezett Szolgáltatónak fizetett díjak különbségének összegét.

A 3.a piaci határozat indokolásának [594] szakaszában a Bankgaranciára vonatkozó rendelkezések megalapozásául szolgáló indokok az alábbiak szerint kerültek rögzítésre:

„A Jogosult Szolgáltató igénybejelentésének még a hálózati szerződés létrejötte előtti visszavonásából, illetve – a megfelelően módosított, a helyi szintű, L2 virtuális nagykereskedelmi hozzáférést tartalmazó referenciaajánlat hatályba lépését, és így a szolgáltatás tényleges elérhetőségét követően – a hálózati szerződés létrejöttének elmaradásából eredő, a Kötelezett Szolgáltatót terhelő felesleges beruházások elkerülése érdekében a rendelkező részben a Kötelezett Szolgáltató számára lehetővé tettem, hogy a jogosulti igénybejelentéshez kapcsolódóan jogosulti vállalás rendelkezésre bocsátását követelje meg a Jogosult Szolgáltatótól. Ezen előírás azért is indokolt, mert a piacon eddig még jelen nem lévő, jelentős beruházási igényű szolgáltatás kialakításáról van szó, amelyre vonatkozó tényleges piaci igények még nem ismertek. A jogosulti vállalásnak két eleme van: az igénybejelentést előterjesztő Jogosult Szolgáltató szerződési szándéka komolyságát jelző, általa megtett egyoldalú jognyilatkozatból, amelyben kifejezetten kijelenti és kötelezettséget vállal arra, hogy amennyiben a tárgyalások folytán létrejött megállapodás szerinti tartalommal kerül a Kötelezett Szolgáltató referenciaajánlata módosításra a helyi szintű, L2 virtuális nagykereskedelmi hozzáférés tekintetében, akkor a vele a szolgáltatás igénybevételére vonatkozóan hálózati szerződést fog kötni, továbbá a szándéknyilatkozathoz kapcsolódó

biztosítékból. Mivel a biztosíték azt a célt szolgálja, hogy a Kötelezett Szolgáltatót ért kárt enyhítse abban az esetben, ha – a referenciaajánlat módosítása iránti kérelme benyújtását követően – a helyi szintű, L2 virtuális nagykereskedelmi hozzáférés tényleges kialakítása megkezdődik, majd ezután a Jogosult Szolgáltató a szerződésalkötési szándékától eláll, illetve kifejezett elállás hiányában is, ha a Jogosult Szolgáltató az L2WAP szolgáltatás tényleges rendelkezésre állásától számított 1 éven belül sem köt a Kötelezett Szolgáltatóval a szolgáltatás igénybevételére vonatkozó hálózati szerződést, ezért a határozatban rögzítettem, hogy bár a Kötelezett Szolgáltató a tárgyalások megkezdését nem kötheti a jogosulti vállalás meglétéhez, a referenciaajánlat módosítására irányuló kérelem benyújtására azonban – ha a Kötelezett Szolgáltató a jogosulti vállalás rendelkezésre bocsátását megköveteli – csak abban az esetben köteles, ha a Jogosult Szolgáltató azt a rendelkezésére bocsátotta. Egyidejűleg azonban szükséges volt azon követelménynek megfelelő szabályozás rögzítése is, hogy e jogosulti vállaláson belül nyújtandó biztosítékként legfeljebb olyan mértékű kötelezettségvállalás írható elő, amely figyelembe veszi a garancia intézményének biztosítéki természetét.”

Mindezekből következően a Bankgarancia a hálózati szerződés jövőbeni megkötésének célját szolgálja, és arra vonatkozóan szolgál biztosítékkul, hogy az INRUO-nak az L2WAP szolgáltatás részletes feltételeinek előírásával kapcsolatos módosítását, illetve a szolgáltatás tényleges igénybevehetőségét, rendelkezésre állását követően a Felek között létrejőjön az L2WAP szolgáltatás nyújtására irányuló szerződés és ezen időpont előtt ne álljon el szándékától a Kérelmező, vagy ha eláll, akkor a Kérelmezett rendelkezésére álljon egy olyan biztosíték, amelynek mértékéig enyhítheti kárát, mely abból ered, hogy az L2WAP szolgáltatás kialakítása érdekében beruházást eszközölt, de az igénybevételi szándékát korábban kinyilvánító fél a továbbiakban már nem kíván arra nézve szerződést kötni. Ettől eltérően a mennyiségi kötbér a már létrejött hálózati szerződésnek egy lehetséges tartalmi eleme, tehát eleve fogalmilag kizárt, hogy a célja a hálózati szerződés létrejöttének biztosítása legyen. A 3.a. piaci határozat indokolásának [596] szakasza az alábbiakat rögzíti e körben:

„Mivel a jogosulti vállaláshoz kapcsolódó biztosíték a referenciaajánlat módosítás Kötelezett Szolgáltató általi beadása és a jóváhagyott referenciaajánlat alapján létrejövő hálózati szerződés hatályba lépésének napja közti időszakban tölti be funkcióját, ezért szükséges volt előírni, hogy a szerződés létrejöttét követően a biztosíték fenntartása nem követelhető meg. Ugyanakkor a jogosulti vállalás kikötése lehetőségének biztosításával kapcsolatban kifejtett indokokra figyelemmel a hálózati szerződés megkötése után, a szerződéses jogviszony keretében is szükséges a Kötelezett Szolgáltató számára azt biztosítani, hogy amennyiben az L2WAP szolgáltatás elérhetősége érdekében beruházást eszközöl, azonban – az L2WAP szolgáltatásra irányuló hálózati szerződések létrejötte mellett – az alacsony igénybevétel miatt a Kötelezett Szolgáltató beruházása a biztosíték mértékénél kisebb mértékben térülne meg, akkor az ebből eredő vesztesége csökkentése céljából a jogosulti vállalást nyújtó Jogosult Szolgáltatótól kötbér megfizetését követelhesse meg.”

Különbözik továbbá a két jogintézmény alapján a feleket megillető jogosultságok, valamint őket terhelő kötelezettségek beálltának időpontja is, hiszen a Bankgarancia a hálózati szerződés megkötésére vonatkozó szándéknyilatkozat visszavonása esetén, illetőleg a szolgáltatás tényleges rendelkezésre állását követő legfeljebb egy évig hívható le (azaz e feltétel bekövetkezése esetén áll be a Kérelmezett joga a Bankgaranciából való kielégítésre), míg a mennyiségi kötbér megfizetésére vonatkozó Jogosult Szolgáltatói kötelezettség a hálózati szerződés megkötését követő három év elteltével válhat esedékessé.

Mindezekre tekintettel **az eljáró tanács** a Kérelmező Kérelem-kiegészítésében előadott, a 2. és 3. pont alatt ismertetett kérelme alapján a jelen, jogvitás eljárásban hozott határozat rendelkező részében foglaltaknak megfelelően **megállapította, hogy – mivel a 3.a piaci határozat rendelkező részének I.D.10.2.4. pontjában szabályozott Bankgarancia tekintetében a mennyiségi kötbérre vonatkozó szabályok jogszerűen nem alkalmazhatók – a Kérelmezett jogszerűen nem követelheti meg a Kérelmezőtől, hogy a Bankgaranciában foglalt lehívási feltételek a 3.a piaci határozat I.D.10.2.4. e) pontban meghatározott lehívási feltételeken túlmenően egyéb lehívási feltételt is tartalmazzanak, így különösen, hogy a Bankgarancia az I.D.10.2.4. pontban szereplő mennyiségi kötbér biztosítására szolgáljon, illetőleg a bankgarancia befogadását nem kötheti ilyen feltételhez.**

A Kérelmezett a jogvitás eljárás során tett nyilatkozataiban több ízben is úgy fogalmazott, hogy a mennyiségi kötbér szabályainak szerepeltetését a bankgarancia lehívási feltételei között „javasolta” szerepeltetni, illetőleg a Tárgyaláson elhangzott nyilatkozata szerint is e feltételt eredendően javaslatként fogalmazta meg és nem a 3.a piaci határozat valamely előírásából vezette le, hanem a Felek jóhiszemű egyeztetésének körében kérte megtárgyalni. Az eljáró tanács e körben visszautalva a jelen határozatban fentebb már kifejtettekre, egyfelől hangsúlyozza, hogy a Felek megállapodhattak volna abban, hogy a bankgarancia felhasználható legyen a mennyiségi kötbér fedezetéül is – azonban ilyen megállapodásra nem került sor –, másfelől a Kérelmezett a 3.a piaci határozat alapján nem támaszthatta a bankgarancia befogadásának feltételéül, hogy a bankgarancia lehívásának feltételei körében a mennyiségi kötbérrel kapcsolatos lehívási szabályok is szerepeljenek.

Az eljáró tanács megállapította, hogy a Kérelmezettnek a mennyiségi kötbér lehívási feltételei bankgaranciában történő szerepeltetése körében tett nyilatkozatai, illetőleg a jogvitás eljárás során tanúsított magatartása ellentmondásos volt. Amennyiben ugyanis a Kérelmezett valóban csupán a Felek közti jóhiszemű egyeztetések körében „javasolta”, „jelezte”, illetőleg „kérte” a Kérelmezettől, hogy a bankgarancia a mennyiségi kötbér fedezetéül is szolgáljon, és ezt nem közvetlenül a 3.a piaci határozatból vezette le (amit a Tárgyaláson is megerősített), úgy legkésőbb a jogvitás eljárásról való értesüléskor tudomást kellett arról szereznie – már magának a jogvitás eljárásnak Kérelmező általi megindításának ténye, valamint a Kérelem tartalma ismeretében –, hogy a Kérelmező nem kívánja szerepeltetni a mennyiségi kötbér szabályait a bankgaranciában, vagyis e körben a 3.a piaci határozatban foglaltakon túlmenő biztosítékot nem kíván vállalni. Ehhez képest a Kérelmezett a Kérelem kapcsán tett, SK/26658-4/2018. számon iktatott nyilatkozatában részletesen kifejtette a mennyiségi kötbér céljára és az azzal kapcsolatos lehívási szabályokat is tartalmazó bankgarancia indoklására vonatkozó álláspontját. Ezen túlmenően a Kérelmezett a Tárgyaláson sem kívánt egyezséget kötni a Kérelmezővel, holott arra vonatkozóan is nyilatkozott, hogy a bankgarancia végső lejárat dátumának elfogadására tekintettel a mennyiségi kötbér bankgaranciában való szerepeltetésén kívül egyéb akadálya nincs annak, hogy a Kérelmezőtől elfogadjon egy **üzleti titok** forint összeghatárig terjedő bankgaranciát. A Kérelmezett még az SK/26658-10/2018. számon iktatott nyilatkozatában is fenntartotta a mennyiségi kötbérre vonatkozó jogértelmezését, ugyanakkor megerősítette, hogy a Felek között a biztosíték összegében és lejárat időpontjában nincs vita és azt is jelezte, hogy amennyiben a Hatóság álláspontja szerint nem követelhet meg mennyiségi kötbérrel kapcsolatos lehívási szabályokat is tartalmazó bankgaranciát, úgy a 3.a piaci határozat I.D. 10.2.4. c)-e) pontjainak, valamint a Felek megállapodásának megfelelő bankgaranciát be fogja fogadni.

Az eljáró tanács a fentiekre tekintettel megállapította, hogy a Kérelmezett annak ellenére, hogy a Kérelmező és az eljáró tanács irányában javaslatként jelölte meg azon álláspontját, hogy a bankgarancia egyben a mennyiségi kötbér fedezetéül is szolgál, ténylegesen és valójában a

bankgarancia befogadásának feltételül szabta Kérelmezővel szemben, hogy a bankgarancia a mennyiségi kötbérről is rendelkezzen a lehívási szabályok körében.

Az eljáró tanács a fentiekre tekintettel a jelen határozat rendelkező részének megfelelően megállapította, hogy a Kérelmezett megsértette a 3.a piaci határozat rendelkező részének I.D.10.2.4. e) pontjában foglaltakat, tekintettel arra, hogy az ott írtak szerinti Bankgarancia tartalmi elemeként olyan feltételt határozott meg a Kérelmező számára, amely feltételnek a Bankgaranciába való foglalását a 3.a piaci határozat rendelkező részének I.D.10.2.4. e) pontjában foglaltak alapján nem jogosult megkövetelni a Kérelmezőtől.

Az eljáró tanács a Kérelem-kiegészítésben foglalt, 1. és 4-5. szám alatti kérelem-elemek tekintetében az alábbiak szerint döntött (illetőleg 6. pontot érintően, a költségek viselésére vonatkozóan a jelen határozat IV. pontja alatt hivatalból rendelkezett):

A Kérelmező a Kérelem 1-2., valamint a Kérelem kiegészítés 1. pontjában lényegében a 3.a piaci határozat I.D.10.2.4. pont d) pontjának és e) alpontjának második francia bekezdésében foglaltak megállapítását kérte, azoknak azonban a jelen jogvitás eljárásban az eljáró tanács által történő ismételt megállapítása annál fogva kizárt – egyben indokolatlan és szükségtelen is –, mivel ezen előírásokat az elektronikus hírközlésre vonatkozó szabálynak minősülő, elnöki hatáskörben hozott 3.a piaci határozat már tartalmazza, ezért azok eljáró tanács általi megállapítása hatásköri alapon sem lehetséges (ilyen rendelkezések előírása és megállapítása az Eht. 62-65. §-ai szerinti eljárásokban lehetséges, amely eljárások lefolytatása az elnök hatáskörébe tartozik), ezért ezen kérelmeket az eljáró tanács elutasította.

Az eljáró tanács szintén elutasította a Kérelmezőnek a Kérelmezett 3.a piaci határozatnak megfelelő bankgarancia befogadására, valamint azt követően az L2WAP szolgáltatásra vonatkozó referencia ajánlat hatósági jóváhagyásra történő benyújtására vonatkozó kötelezésére vonatkozó kérelmeit, mivel ezen kötelezettségek szintén már a 3.a. piaci határozatból fakadóan terhelik a Kérelmezettet, tehát ilyen tartalmú megállapítások megtételére jogvitás eljárás keretében az előző bekezdésben foglaltak okán hatáskör hiányában nincs lehetőség, továbbá a bankgarancia Kérelmező által történő rendelkezésre bocsátásának hiányában idő előttiek is. Az eljáró tanács hangsúlyozza ugyanakkor, hogy amennyiben a Kérelmező a Kérelmezettnek a 3.a piaci határozatnak megfelelő bankgaranciát bocsát a rendelkezésére – amelynek a fentiek szerint nem kell rendelkeznie a mennyiségi kötbérről vonatkozó lehívási szabályokról – úgy azt a Kérelmezettnek el kell fogadnia és a referenciaajánlat módosítására irányuló kérelmét haladéktalanul be kell nyújtania a Hatóságnak, mivel a 3.a piaci határozat alapján a Kötelezett Szolgáltató csak a 3.a piaci határozat rendelkezéseinek megfelelő jogosult vállalat rendelkezésre bocsátásának időpontjáig nem köteles a referenciaajánlat módosítására irányuló kérelmet benyújtani. Amennyiben a Kérelmezett a 3.a piaci határozatnak megfelelő bankgarancia Kérelmező általi tényleges rendelkezésre bocsátása ellenére nem nyújtja be a Hatósághoz a referenciaajánlat módosítására vonatkozó kérelmét, úgy azt a körülményt a Hatóság általános hatósági felügyeleti eljárása keretében fogja vizsgálni.

Az eljáró tanács a Kérelem, valamint a Kérelem-kiegészítés mellékleteként a Kérelmező által benyújtott bankgarancia szövegének megállapítására irányuló kérelmét arra tekintettel utasította el, hogy a pénzügyi intézet által kibocsátott garanciaszerződés, vagy garanciavállalási nyilatkozat (azaz Bankgarancia) nem minősül olyan, az elektronikus hírközlési szolgáltatók közötti jogviszonyok relációjában értelmezhető szerződésnek, amelynek tartalmát az eljáró tanács a jogvitás eljárás keretei között megállapíthatná. Az eljáró tanács hatásköre ugyanis az Eht. 57. § (1) bekezdése, valamint 60. § (1) bekezdése alapján egyértelműen csak arra terjedhet ki, hogy az elektronikus hírközlésre vonatkozó szabály alapján fennálló szerződéskötési kötelezettség esetén a feleknek a szerződés tartalmára

vonatkozó megegyezése hiányában létrehozta a szerződést – jelen esetben a hálózati szerződést –, illetőleg annak tartalmát megállapítsa, azonban a bakgarancia nyilvánvalóan nem minősül hálózati szerződésnek.

IV.

A határozat elleni jogorvoslatról való tájékoztatás az Eht. 63/A. § (1) bekezdésén, a fellebbezés kizártságáról történő tájékoztatás az Ákr. 116. §-án, a közigazgatási per kezdeményezésének lehetőségéről szóló tájékoztatás az Ákr. 114. §-án, a közigazgatási perrendtartásról szóló 2017. évi I. törvény (továbbiakban: **Kp.**) 13. § (11) bekezdésén, a 39. § (1) és (6) bekezdésén, a 48. § (1) bekezdésének *l*) pontján, az 50. § (1) bekezdésén és a 77. § (2) bekezdésén, továbbá a Kp. 29. § (1) bekezdésére figyelemmel a polgári perrendtartásról szóló 2016. évi CXXX. törvény 608. §-án, valamint az E-ügyintézési tv. 9. § (1) bekezdésén alapul.

A jogvitás eljárás költségeként a Kérelmező által megelőlegezett igazgatási szolgáltatási díj merült föl az eljárás során, ezen túlmenő eljárási költséget sem a Kérelmező, sem a Kérelmezett nem igazolt, illetőleg kért megállapítani. Az eljárási költség viseléséről az eljáró tanács az Ákr.126. § (3) bekezdése, valamint a Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság egyes eljárásainak igazgatási szolgáltatási díjairól és a díjfizetés módjáról szóló 5/2011. (X. 6.) NMHH rendelet 1. §-ának és 15. § (2) bekezdésének megfelelően döntött. Az eljárási költség viseléséről szóló döntés meghozatalakor az eljáró tanács figyelembe vette, hogy a Kérelm-kiegészítés 2-3. pontjában ismertetett kérelmeknek helyt adott, továbbá megállapította, hogy a jogvitás eljárás lényegi tárgyát azon kérelmek képezték, amelyeknek az eljáró tanács helyt adott, illetőleg melyekkel összefüggésben a Kérelmezett marasztalásra került (amellyel kapcsolatban a Kérelmezett részéről a jogsértés megállapításra került), míg az összes többi kérelmi pont azokhoz képest pusztán járulékos jellegű volt – mely kérelmek elutasításának alapjául eljárási jellegű akadályok szolgáltak –, továbbá az eljáró tanács azon körülményt is figyelembe vette az eljárási költségek viselésétől szóló döntése kapcsán, hogy eleve a Kérelmezett jogsértő magatartása vezetett a jogvitás eljárás megindítására.

Az eljáró tanács hatáskörét az Eht. 57. § (1)-(2) bekezdései határozzák meg.

Budapest, 2018. december „ ”

P.H.

dr. Karas Monika
az eljáró tanács elnöke

dr. Lapsánszky András
az eljáró tanács tagja

dr. Beke Nándor
az eljáró tanács tagja