

Kovács András György

A szabályozó hatóságok eljárásjogának modellje a határozatok jogereje és végrehajthatósága tükrében

Ph.D. értekezés tézisei

*Budapest
2007.*

Az értekezés az elektronikus hírközlési jog területén született piacszabályozó hatósági határozatok bírósági felülvizsgálata során szerzett azon tapasztalatok összefoglalása, amelyek a közigazgatási eljárás dogmatikájának és gyakorlatának újragondolását teszik szükségessé. Az értekezés bemutatja, hogy a közösségi jogi irányelveken nyugvó szabályozó hatóságokra vonatkozó speciális anyagi és ebből adódó eljárás jogi szabályozás gyökeresen eltér a magyarországi klasszikus közigazgatási hatósági eljárási modelltől nem csak gyakorlati, de alapvető dogmatikai megközelítésben is, és ismerteti, hogy ezeknek az ellentmondásoknak a feloldására milyen kísérletet tettek a magyar bíróságok. A közösségi és nemzeti jogrend illetve jogdogmatikai felfogás ütközéseit a közigazgatási eljárásjog legfontosabb jogintézményeinek és az elektronikus hírközlési jogi szabályozás sajátos jogintézményeinek bemutatásán és ezek gyakorlati működésén keresztül elemzi. A disszertáció egy olyan eljárási jogi modell kidolgozására tesz kísérletet, amely minden a piacszabályozás területén működő szabályozó hatóság eljárásjogi dogmatikájának alapjait jelentheti.

I. A SZABÁLYOZÓ HATÓSÁGOK ÉS NORMATÍV AKTUSAIK

Az értekezés a szabályozó hatóságok eljárásjogának modellezéséhez először meghatározza - közgazdasági és jogi megközelítést használva - a piacgazdaság fogalmának megváltozott normatív tartalmát, és ebből levezeti a piacszabályozás fogalmának elemeit. Megállapítja, hogy az Alkotmány 9.§(1) bekezdésében foglalt piacgazdaságon alapuló társadalomról akkor beszélhetünk, ha termelés, elosztás és a fogyasztás dominánsan az árak szabad alakulásán és a csere önkéntességén alapul. Mindez nem zárja ki, hogy meghatározott gazdasági szektorokban vagy az árak szabad alakulása, vagy a csere legalább eladói oldalon fennálló kötelezettsége megjelenjen, de bármelyiknek a dominánssá válása a nemzetgazdaság egészében a piacgazdaság mint társadalmi berendezkedés felszámolásához vezet. Azon szabályozási rezsimok alá eső piacok, amelyekre végső eszközrendszerként a hatóság rendelkezésére áll részben vagy egészben az árszabályozás, nem tekinthetők valódi piacoknak, az ún. piacgazdaságnak nem részei. Ide tartoznak az ún. „liberalizált-privatizált” vagy „szabályozott piacok”, amelyekre vonatkozó közigazgatási joganyag a piacszabályozás, mint önálló jogterület tárgyát képezi. A „szabályozott piacok” egy köztes formát jelentenek a közösségi szektor döntési rendszere

*alá eső területek és a piacgazdaság között. **E szabályozás tárgya nem az állam és a piac kapcsolatának szabályozása – és ezért nem hagyományos közigazgatási jog – hanem kifejezetten a piaci szereplők viszonyrendszerének meghatározása közhatalmi eszközökkel.***

*Az ilyen piacsabályozás indoka, mindig versenyjogi alapú, mely piaci kudarcokat kiküszöbölni kívánó piacsabályozásnak három szintje létezik: a versenyszabályozás, az árszabályozás, és végső esetben az államosítás. A szabályozó hatóság tiszta formában az árszabályozásig terjedő szektor specifikus versenyszabályozás területén jelenik meg. A szektor specifikus versenyszabályozás döntően a korábbi közszolgáltatások liberalizációjának, privatizációjának a következménye. Ez azonban nem jelent deregulációs folyamatokat. A disszertáció egyik fontos megállapítása, hogy a közszolgáltatások liberalizálása mögötti ideológia nem tartható, mivel ha optimista módon feltételezzük is, hogy e szabályozás növeli a versenyképességet az adott szektor egészében, az nem a klasszikus piaci verseny eredménye lesz, és soha nem is jöhet létre a klasszikus értelemben vett versenyzői piac. A globális gazdaságban jellemzővé vált a kínálati oldal néhány szereplőre redukálódása, globális szinten a különböző stratégiai szövetségek meghatározó szerepe. A hagyományos piacgazdaság alapvető feltételei rendültek meg és a szektor specifikus versenyszabályozás nem jelent mást, mint az állami elosztás és a piaci csere között elhelyezkedő új termelést, elosztást és fogyasztást meghatározó szabályrendszert, amelynek hatékonyabb volta a piaci csere vagy az egyszerű adminisztratív szabályozáshoz képest még nem egyértelmű. A szabályozó hatóságok feladata ezen a területen nem a piac működési feltételeinek megteremtése, hanem a piac utánzása jogi szabályozással. **A piac utánzása alatt az állami beavatkozás azon szintjét kell érteni, amikor a piaci szereplők ex ante magatartás szabályozását végzi a hatóság. Nem azt mondja meg, hogy melyek a jogsértő magatartások (ex post) az adott piaci tevékenység végzése során és így az összes többi magatartás szabad és jogszerű, hanem azt, hogy melyek a jogszerűek és így az ezen kívüli magatartások jogszerűtlenek és tilosak.** A piac feltételeinek megteremtése és utánzása, mint fogalmak között tehát nem a közgazdasági, hanem a jogi oldal a meghatározó. Ebből következik az is, hogy ezen új szabályrendszerek és a jogállam viszonya ellentmondásos. A szektor specifikus szabályozás sikere mind a törvényesség (jogállam), mind a*

hatékonyság (versenyképesség) szempontjából azon is múlik, hogy e jogterülethez kapcsolódó eljárásjogi szabályozás leírható-e elvi és gyakorlati síkon egy ellentmondásmentes, koherens szabályrendszerként.

A piacsabályozás, mint jogterület az Európai Unióban lefedi a közösségi versenypolitika egészét, beleértve a klasszikus versenyjogot, a közbeszerzések és állami támogatások jogát, valamint a liberalizált piacok jogát. Klasszikus szabályozó hatóságokról azonban, csak a liberalizált piacokon beszélhetünk, ekként a szabályozó hatóságok fogalma több szinten érvényesül.

Az értekezés meghatározza normatív jellegű tartalmi elemzéssel a szabályozó hatóságok Európai Unió területén érvényes (funkcionális) fogalmát.

Legszűkebb értelemben szabályozó hatóságok, mindazon közigazgatási hatóságok, amelyek az egészben vagy részben liberalizált közszolgáltatásokra (állami feladatokra) vonatkozóan, szektor specifikusan és a közösségi irányelvek által meghatározott közgazdasági fogalmakra épülő absztrakt jogi normák alapján ex ante típusú jogalkalmazásukat a következő eszközrendszer segítségével végzik: piacfelügyeleti-, jogszabályon alapuló normatív szabályozási-, és rendszerint jurisdictio (jogvitát eldöntő) jogkör. További de nem feltétlen klasszikus közigazgatási hatóságoktól elkülönítő ismérv, hogy árszabályozásig terjedő jogkörük van, rendszerint a piaci szereplők szempontjából fontos korlátos erőforrások felett rendelkeznek, melyeket pályáztatás útján osztanak szét, és a polgári jogalanyok szerződéses jogviszonyait széles körben meghatározhatják, ellenőrizhetik, illetve a polgári jogi szabályok megsértését szankcionálhatják is. A tételes jog alapján előnyös, de nem fogalmi ismérve a szabályozó hatóságoknak a közösségi irányelvek által egyébként megkövetelt autonómia. Szabályozó hatóság a mai magyar tételes jog alapján a Nemzeti Hírközlési Hatóság Tanácsa, a Magyar Energia Hivatal, a Magyar Vasúti Hivatal, valamint egyes eljárásai vonatkozásában a Pénzügyi Szervezetek Állami Felügyelete, és az Országos Rádió és Televízió Testület is. Hangsúlyozandó, hogy egy szabályozó hatóságnak lehetnek klasszikus közigazgatási funkciói és eljárásai, amikor nem szabályozó hatóságként lép fel, ezért a szabályozó

hatóságokra vonatkozó az értekezésben tárgyalt eljárási modell csak azokra az eljárásokra értelmezhető, ahol az adott hatóság piacsabályozást végez.

Tágabb értelemben szabályozó hatóságok azok, amelyek nem szektor specifikus szabályozást végeznek, nincs piacfelülgyeleti jogkörük, továbbá nem feltétlenül közösségi irányelvi szabályozás alatt állnak, valamint jurisdictionis jogkörrel sem rendelkeznek, és ex ante magatartási szabályokat is inkább kivételként mint rendszerint írhatnak elő, de más tekintetben a fenti fogalmi kritériumoknak eleget tesznek. A hiányzó elemek is gyakran köztes, vagy kezdeti formában már fellelhetők. Ide tartozik a Gazdasági Versenyhivatal.

Legtágabb értelemben mindazon közigazgatási hatóságok ide sorolhatók, amelyek általános piacsabályozást végeznek absztrakt normákon keresztül. Ide tartoznak a fogyasztóvédelmi hatóságok. Nem tekinthető viszont szabályozó hatóságnak, csak egyes szabályozó hatóságokra is jellemző részfeladatot ellátó versenyjogi alapú piacsabályozásban érintett hatóságnak a Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottsága. A helyi önkormányzatok ugyan tárgyuk szerint ellátnak olyan feladatokat, közszolgáltatásokat, melyek idővel a piaci liberalizációs folyamat részévé válhatnak, de mivel ez még nem történt meg egyértelműen, ezért a disszertáció tárgyát képező eljárási jogi alapvetések csak nagyon korlátozottan vagy egyáltalán nem érvényesek.

Az értekezés a legszűkebb értelemben vett szabályozó hatóság fogalmát használja. A közösségi irányelvek előírják a szabályozó hatóságok megjelölését a tagállamok számára, és e legszűkebb fogalmi keret ennek meghatározására alkalmas. A disszertáció által felvázolt eljárási dogmatika azon eljárások tekintetében érvényesül, melyekben a hatóság szabályozó tevékenysége nyilvánul meg. A helyi önkormányzatok szabályozási tevékenységére vonatkozó jövőbeni – közösségi alapú – szabályozás bevezetése esetén az itt lefektetett eljárási elvek szintén szerepet kaphatnak.

A szabályozó hatóságok eszközrendszerébe nem tartozik bele a konkrét utasítási jog és a konkrét döntési jog, ennyiben kevesebb az adminisztratív

állami irányításnál. Beletartozik viszont az irányítói ellenőrzés joga (piacfelügyeleti jogkör), az aktusfelülvizsgálati jog (piaci szereplők polgári jogi aktusainak felülvizsgálata), és a szabályozási jog (normatív szabályozási jogkör).

A 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. Ahhoz, hogy a piacsabályozás során hozott egyedi hatósági – de jogszabályszerű, normatív jellegű - aktusok eljárási jogát modellezhessük, elvi szinten szét kell választani e két jogkört. Ez azért jelent némi nehézséget, mert a szabályozási jognak nincs meg a kijelölt helye a magyar jogforrási hierarchiában.

II. A JPE ELJÁRÁSOK MINT ELJÁRÁSJOGI MODELL

A disszertáció második része válaszolja fel a Nemzeti Hírközlési Hatóság Tanácsának piacmeghatározás, piacelemzés és jelentős piaci erejű szolgáltatók azonosítása és kötelezettségek kiszabása iránti eljárások (JPE eljárás) dogmatikai alapjait. Ahhoz, hogy e dogmatikai következtetéseket értelmezni tudjunk, ismerni kell a kiindulópontot. Az értekezés ezért először – a különböző értelmezések közül – kiválasztja azt a legelfogadhatóbb klasszikus közigazgatási eljárásra vonatkozó dogmatikai megközelítést, amely a Ket. tételes jogi szabályait leginkább visszatükrözi.

E felfogásban közigazgatási eljárás a közigazgatási szervek hatósági eljárása, amely a közigazgatási szervek hatósági jogalkalmazói aktusainak kibocsátási rendjét foglalja magában. Ügyfél nélkül nincs közigazgatási eljárás és nincs közigazgatási jogviszony sem.

A közigazgatási ügy fogalma ettől eltérő. Jelentheti egyrészt a hatósági ellenőrzést, amely viszont nem közigazgatási eljárás, hanem reálcselekmények sorozata, amely magába foglalhat hatósági

intézkedéseket, de akár több „kicsi” esetleges közigazgatási eljárások halmazát is. Ez utóbbi esetről van szó, ha a hatósági eljárás során eljárási bírságot kell kiszabni. Ugyanígy jelentheti a végrehajtási eljárást, amely szintén inkább hatósági intézkedések illetve reálcselekmények sorozatának tekinthető, mint önálló közigazgatási eljárásnak. A hatósági ellenőrzésben és a végrehajtási eljárásban közös, hogy főszabály szerint nem határozattal és különösen nem érdemi határozattal zárulnak. Harmadrészt közigazgatási ügyet jelent maga a klasszikus közigazgatási eljárás és az annak során szükségszerűen hozott ügyet befejező határozat.

A **hatósági ellenőrzés** nem más, mint egy közigazgatási eljáráson kívüli szemle. A hatósági ellenőrzés során alkalmazható bizonyos bizonyítási eszközök kizártak hatósági szemle esetén (pl. próbavásárlás), mert a közigazgatási eljárás során az ügyfél már ismert, van a felek között közigazgatási eljárási jogviszony. Ugyanakkor a szemle tágabb annyiban, hogy harmadik külső személlyel szemben is alkalmazható, míg a hatósági ellenőrzést nem lehet olyan cél érdekében tartani egy adott személynél, akit az ellenőrzéssel érintett alapügy nem érint. A Ket. tárgyi hatálya a közigazgatási ügy fogalmán keresztül meghatározza egy közigazgatási eljárás két dimenzióját, azt, hogy mi az eleje és mi a vége.

A Ket. személyi hatályát kijelölő **ügyfél fogalma** határozza meg a közigazgatási ügy fogalmán keresztül a közigazgatási eljárás harmadik dimenzióját. A bírói gyakorlat a perindítás és keresetösségi jog kapcsán — ez a kérdés negyedik dimenziója — alakította ki az ügyfél klasszikus fogalmát a „közvetlen jog és jogos érdek” értelmezésével. Az értekezés kimutatja, hogy a „közvetlen érintettség” dogmája szinonim fogalom a tételes jog által gyakran használt jog és jogos érdek „sértő”, „veszélyeztető” kifejezésekkel. Következésképp a jog és a jogos érdek léte, az ügyben való érintettség lehetséges jogsérelmet feltételez. E sérelem lehet anyagi és eljárásjogi is. Eljárásjogi a jogorvoslathoz való jog sérelme, melyet szorosan kapcsolódva teljesít ki a tényállás tisztázási kötelezettség és az indokolási kötelezettség sérelme. Nem véletlen, hogy ezek a leggyakoribb perekben hivatkozott eljárásjogi jogsérelmek, melyek a bírói gyakorlat szerint az ügy érdemére is kihathatnak.

A Pp. 327.§(1) a.) pontja az ügyfélnek, a b.) pontja a közvetlen jog és jogos érdekekkel rendelkezőnek ad perindítási jogot. Ez nem fölösleges önisméltás, hanem a Pp. figyelemmel van arra, hogy egyes különös eljárási szabályok az ügyfél fogalmát szűkíthetik. Ez például a szabályozó hatóságok eljárásaiban tipikusnak tekinthető. Mi az oka annak, hogy a jogalkotó az ügyfél fogalmát szűkítheti, de mindig visszatér a jog és jogos érdek fogalmához akkor, amikor a jogorvoslatról van szó? Ennek magyarázata lehet az Alkotmány 57.§(5) bekezdése, amely jogorvoslatot ad mindazoknak, akiknek a jogát vagy jogos érdekét a közigazgatási vagy más hatósági döntés sérti. Nem szabad elfelejteni: a közigazgatási ügyek lelke maga az eljárás. Míg a közigazgatási anyagi jog elsősorban jogpolitikai kérdés, addig az eljárási jog alkotmányossági. Jogállamban a formális-eljárási garanciák a tartalmat legitimáló erő, amely kizárja az anyagi jogi tartalom helyességének vagy helytelenségének szubjektív megközelítéseit, ezzel zárva ki az „önkényeskedést”. Ezért az eljárási törvény létének legitim alapja nem a hatóság eredményessége, hanem a gyengébb fél, az ügyfél jogainak garanciális biztosítása.

A normatív és egyedi határozatok közti különbség definíciószerűen az, hogy az egyedi határozatnak van címzettje, azaz legalább egy ügyfele. Ha a közigazgatási eljárás definíciószerűen határozattal zárul, akkor e két premisszából a formális logika szabályai szerint következik a konklúzió: egy közigazgatási eljárásnak feltétlenül van egy ügyfele. Akkor van több ügyfél egy eljárásban, ha a konkrét ügy természeténél fogva több személy jogát vagy jogos érdekét érinti. Az ügy tárgya mindig kifejeződik a befejező határozat egy konkrét rendelkezésében. Ha több tényállásra vonatkozó rendelkezés található és az egyik tényállás csak az egyik ügyfél jogát vagy jogos érdekét, míg a másik tényállás csak a másik ügyfél jogát vagy jogos érdekét érinti, akkor több ügy egy közigazgatási eljárásban való elbírálásáról van szó. Egy klasszikus közigazgatási eljárás tehát több közigazgatási ügyet is magában foglalhat. Előfordulhat, hogy valamely ügyfél tekintetében nem lehet a hivatalból indult eljárásban valamely köteleességet megállapítani, ilyen esetben az eljárást vele szemben meg kell szüntetni. Az a körülmény, hogy az ügyfelek száma nőhet, és megszüntető végzéssel csökkenhet, illetve egy eljárásban akár több ügy is elbírálható, abból következik, hogy az ügy tárgya nem a közigazgatási eljárás terjedelmét meghatározó definitív elem, szemben az ügyfél kategóriájával.

Nem szabad azonban összekeverni a panaszost az ügyfél fogalmával. A panaszjogot gyakorló és a hatóság közt nem jön létre közigazgatási hatósági jogviszony. A hatósági eljárási jogviszony a panasz eredményétől függően a hatóság és a bepanaszolt (bejelentett) között alakulhat ki.

Ezek azok a klasszikus tételek, amelyek alapján a JPE eljárásokon keresztül a szabályozó hatóságok eljárás jogi dogmatikája kidolgozható.

A hírközlési szabályozó hatóság a JPE eljárást úgy folytatja le, hogy adatot gyűjt minden piaci szereplőtől, majd ezeket az adatokat elemezve megállapítja milyen piacok léteznek, azokon kik tekinthetők JPE szolgáltatóknak, és velük szemben piactípusonként hoz hatósági határozatokat. A JPE eljárás azonban nem egy monstre közigazgatási eljárás, és különösen nem egy közigazgatási ügy.

A JPE eljárás adatgyűjtési szakasza egy olyan speciális hatósági ellenőrzés, melynek során nem az ellenőrzött ügyfélre nézve végzik az ellenőrzést. Az adatszolgáltatási eljárások önálló közigazgatási ügyek, az adatszolgáltatást elrendelő döntések pedig érdemi határozatok. Az érdemi határozat be nem tartásának szankciója eljárási bírság, abban az értelemben, ahogy a Ket. azt a végrehajtási eljárás körében értelmezi. Ez az adatgyűjtési eljárás a piacfelügyeleti jogkör, továbbá a JPE eljárás piacmeghatározás és piacelemzésre vonatkozó hatósági tevékenységének a része, de nem egy önálló közigazgatási eljárást jelentő része. Piacfelügyeleti jogkör az is, amikor a hatóság nem csak a konkrét egyedi ügyben feltárt jogsértést szankcionálhatja, hanem általában és a jövőre nézve rendelkezhet a hasonló jogsértések megelőzése érdekében. Ugyanígy a JPE eljárás „piacmeghatározás és piacelemzés” szakasza nem csak az ilyen adatgyűjtési eljárásokat foglalja magában, hanem más, a piacelemzéshez szükséges hatósági tevékenység fajtákat is (közvéleménykutatás, modellkészítés stb.), amelyek azonban nem közigazgatási eljárások.

A JPE eljárás második szakasza a JPE hatósági eljárás, amely a JPE gyanús szolgáltatóval szembeni eljárás megindításából, a határozattervezet közzétételéből, és az arra tett észrevételek feldolgozása illetve az Európai Bizottság notifikációs eljárását követően a JPE szolgáltatót azonosító és rá

kötelezettségeket kiszabó határozat meghozatalából áll. A piactípusonként lefolytatott JPE hatósági eljárás, sokszor több közigazgatási ügyet magába foglaló közigazgatási eljárás. **A JPE eljárás jellemzője, hogy az ügy tárgya a közigazgatási eljárás terjedelmét meghatározó definitív elem, és nem az ügyfél kategóriája.**

Ezekben az eljárásokban az Eht. 27.§-ának szűkített ügyfélfogalmából következően az utóbb nem JPE szolgáltatónak minősülő ügyfelekkel szemben az eljárást meg kell szüntetni, míg az egy piachoz – és nem piactípushoz – tartozó JPE szolgáltató(k) lesz a konkrét ügy ügyfele. Mivel ezekben a közigazgatási eljárásokban az első érdemi cselekmény a határozattervezet közzététele, ezért ez tekinthető a közigazgatási eljárás megindításának, következésképp a JPE eljárás ügyfele, mindig csak JPE (illetve JPE gyanús) szolgáltató lehet. **Olyan piacokon, ahol nem kíván a hatóság JPE szolgáltatót azonosítani, nem szükséges a JPE hatósági eljárás tényleges lefolytatása sem. Ez az Eht. szabályozásának abból a hiányából következik, hogy a JPE szolgáltató hiányának megállapítására vonatkozó megszüntető – és érdemi – határozat típusát nem ismeri. Egy ilyen határozat típus bevezetése lenne szükséges ahhoz, hogy Ket. és az Eht. koherens eljárásjogi rendszert alkosson, amely az eredeti jogalkotói szándéknak és a jelenlegi gyakorlatnak is megfelel.**

Az a tény, hogy a JPE hatósági eljárás megindítása nem más, mint a határozattervezet közzététele, több fontos következménnyel jár. Egyrészt a **a tényállás tisztázása - és ezen belül a bizonyítási eljárás - egyenlő a „piacmeghatározás és piacelemzéssel”, a bizonyítási eljárás pedig kifejezetten ennek a piacelemzési része. Ebből következik, hogy a tényállás tisztázása – és a bizonyítási eljárás - a JPE hatósági eljáráson kívül esik, azaz a Ket. által garantált ügyféli jogok jelentős része nem gyakorolható.** A határozattervezet egy olyan alapintézménye a JPE hatósági eljárásnak, amely pótolja a hagyományos, a tényállás tisztázása érdekében lefolytatott bizonyítási eljárásban gyakorolható jogokat. Nem is lehet ez másképp, hiszen mindaddig, amíg a piacelemzés le nem zajlik nincs konkrét, csak absztrakt tárgya a JPE eljárásnak. A döntő különbség egy JPE eljárás és egy klasszikus közigazgatási eljárás között az, hogy egy klasszikus ügy mindig valamely konkrét ügyféli magatartás – piaci magatartás - észlelése esetén indul a feltételezett magatartást tanúsítóval szemben. Ezzel szemben a JPE eljárásnak csak absztrakt tárgya van,

amelyhez meg kell keresni a konkrét tárgyat (piacmeghatározás), és az ahhoz tartozó konkrét tényállást, valamint ügyfelet (piacelemzés). Következésképp a tényállás tisztázása (piacmeghatározás, piacelemzés) során még nincs ügyfél és lehet, hogy nem is lesz. Ezért a határozattervezet az, amelyből az ügyféli státuszra fény derül, és amely alapján az ügyfél jogait gyakorolhatja. Ezek az ügyféli jogok a nyilatkozattételhez és az iratbetekintéshez való jog, illetve a jogorvoslathoz való jog (noha kisebb jelentőségű egyéb eljárási jogok is rendelkezésre állnak, pl. tényállás tisztázási célú tárgyalás tartásának kérése stb.).

Az Eht.27.§-ának ügyfélfogalmat szűkítő rendelkezése nélkül az ilyen piacsabályozást végző JPE hatósági eljárásoknak minden piaci szereplő ügyfele lenne, hisz a JPE-ként történő azonosítás – vagy nem azonosítás – és az ebből eredő piaci beavatkozások minden piaci szereplő jogát vagy jogos érdekét érinti, ha az Eht. szabályozási céljait tekintjük a szabályozás által védett érdeknek. Ha az ügyfélfogalom nem lenne a JPE szolgáltatókra leszűkíthető, akkor határozattervezet közzétételét követően megnyíló ügyféli jogok a piac egészét érintő érzékeny üzleti titkot képező adatokhoz fűződő nyomós magánérdeket korlátozná indokolatlanul az iratbetekintés ügyféli jogosítványán keresztül, amely egyben lefolytathatatlanná is tenné az eljárást.

Az Eht.27.§-a azonban nem csak az iratbetekintés jogát, de minden más ügyféli jog gyakorlását is megvonja azoktól, akik ugyan nem ügyfelek, de az ügy jogukat vagy jogos érdeküket érintené.

Ez a jogkorlátozás azonban sem a közösségi jogi (Keretirányelv 4. cikk /1/), sem alkotmányossági szempontból /Alkotmány 57.§(5)/ nem igazolható.

Ezért a piacsabályozás természetéből adódó azon helyzetet, hogy a klasszikus eljárási garanciarendszer nem érvényesülhet, a JPE szabályozás több jogintézménnyel ellensúlyozza. Ilyen a határozattervezetnek nem csak a megismerhetősége az ügyfelek által, de annak nyilvánossága mindenki számára, beleértve a fontosabb közigazgatási iratokat is, a jog vagy jogos érdekekkel rendelkezők részére nyilatkozattételi jog (észrevételezési jog) adása, mely a hatóság oldalán az észrevételekre adott indokolási kötelezettségként jelenik meg /Eht.36.§/.

Az Eht.28.§(1) bekezdésének jogi elemzése megerősíti, hogy a „jogsérelem” és az „ügy érinti” kifejezések az Eht. szóhasználatában is szinonim fogalmak. Ekként az Eh.46.§(1) bekezdése a Pp.327.§(1) b.) pontjához képest nem jelent szűkítést. Ebből pedig következik az is, hogy a jogorvoslathoz, ebben az esetben a bírói felülvizsgálathoz való jog is megilleti mindazokat, akik egy klasszikus közigazgatási ügyben ügyfelek lennének. A bírói gyakorlatban a határozattervezetre tett észrevétel automatikusan nyitja meg a konkrét kérdésben a perindítási és igényérvényesítési jogosultságot. Ha a nyilatkozatétel (észrevétel) megtörténik, akkor ahhoz határozati indokolás kapcsolódik, amelynek jogszerűségéhez a nyilatkozatot tevőnek közvetlen jogos érdeke fűződik. Az Eht. 36. §-a szerinti észrevételezési jog így azért is fontos, mert a JPE eljárás konkrét tárgyából, elsősorban ex ante jellegéből adódóan, a konkrét közvetlen jogsérelem materiális értelemben nehezen igazolható. Ez annak ellenére van így, hogy a piacsabályozás önmagában olyan súlyú beavatkozás, amely ab ovo érinti minden piaci szereplő jogos érdekét. Ennek tényleges elfogadása esetén megint csak az eljárás lefolytathatóságának problémájával szembesülnénk.

Fontos megállapítani, hogy az ügyféli jogok egy lényeges eleme a bizonyítási indítvány megtételének a joga ugyan elvi szinten létezik, de az csak formálisan gyakorolható. Ebből következik, hogy a bírósági felülvizsgálatkor kerülhet sor az ügyfelek által tényállás tisztázása körében kezdeményezett érdemi bizonyítási eljárásra, amely megkérdőjelezi az eljárás, de jogorvoslati eljárás hatékonyságát, sőt azt is, hogy funkcióját képes lehet-e betölteni. E körülmény kétségeket ébreszt afelől, hogy a bírósági eljárások megfelelő határidő alatt lefolytathatók lehetnek nem csak gyakorlati, de elvi oldalról is.

További elvi akadálya a hatékony jogorvoslatnak az a tény, hogy a JPE határozatok összessége valósítja meg a piacsabályozást, ezért azok csak egymásra tekintettel bírálhatók el. Ez utóbbi probléma elvi síkon is megoldhatatlan a hagyományos eljárásjogi keretek között. Ezért csak a hátrányos következményeket korrigáló jogintézmények segítségével van kompenzáló megoldás. Ilyen lehet az Eht. 57.§ (2) bekezdése, amely a bírósági döntések eredményét, többek között az egyenlő elbánás elvének

érvényesítése érdekében – melyet a bíróság bármely egyes, konkrét határozatra vonatkozó megváltoztató döntése szükségszerűen sért meg – egyfajta „piaci eseményként” kezeli és átvezeti a többi piacszabályozást megvalósító határozaton. Az Eht. 57. § (2) bekezdése, mint korrekciós jogintézmény akkor képes a jogorvoslatok hatékonyságát fenntartani, ha maga a bírói felülvizsgálat gyors. Ugyanilyen korrekciós jogintézmény a bejelentés, amely az általános panaszjogot emelte valódi alanyi jog szintjére. Ennek hatékonysága is azonban a bíróság gyorsaságán múlik.

Mindezért a hatékony jogorvoslat biztosításához nem kerülhető meg a szabályozó hatósági ügyek speciális szakértelemmel rendelkező bíróságokra bízása, melyek saját szakértői gárdával rendelkeznek, továbbá a bírói út lerövidítése is indokolt, a szűk körben történő megváltoztatási jogkör megadása mellett.

III. A JPE HATÁROZATOK JOGEREJE ÉS VÉGREHAJTÁSA

*A JPE határozatok egyfajta „hardcore soft law”-nak tekinthetők. „law” mert további határozatok jogi alapját képezi. „soft law”, mert ha e további határozatok bírói felülvizsgálata során a JPE határozat és jogszabály ütközését észleli a bíró, akkor nem Alkotmánybírósághoz fordul, hanem a bíró maga félreteszi a JPE határozat ügyre vonatkozó rendelkezését, akkor is ha a JPE határozat úgymond „anyagi jogerős”. „Hardcore” pedig azért, mert szemben egy soft law jellegű ajánlással, egyértelműen kötelező mind a hatóságokra, mind az ügyfélre nézve. A JPE határozat érvényesítése nem végrehajtási eljárásban, hanem részben jogalkalmazásos hatósági jogérvényesítéssel, azaz további hatósági határozatokkal történik, részben pedig ex lege, pontosabban „ex JPE” jogérvényesítéssel valósul meg, akár csak egy jogszabály esetében. Ezt nevezhetjük **jogalkalmazásos végrehajtnak**, azzal, hogy a jogalkalmazás is sajátosan **szabályozói**, mert valójában a JPE határozatok (és nem jogszabályok) alkalmazását jelenti.*

A JPE határozatok azonban nem egy jogszabályhoz hasonló normaszöveget tartalmaznak — noha gyakran a tételes jogi szabályokat szó szerint ismétlik – hanem egy határozati rendelkező rész és annak indokolását keverő, - időnként inkohereensen illeszkedő - összetett szövegnek tekinthető, mely a Ket.72.§-ával nincsen teljes szinkronban, értelmezése nehéz, ha nem

lehetetlen. Ezért alappal vetődik fel a kérdés, hogy e határozatok milyen joghatást válthatnak ki. **A JPE határozatok esetén ez a jogerő és a végrehajthatóság fogalmának értelmezését igényli, különös tekintettel arra, hogy a jogérvényesítés, a végrehajtás széttöredezik további számos érdemi határozatra.**

A jogerőtani irodalom és a hazai tételes jog alapján az állapítható meg, hogy **közigazgatási határozatoknak – főszabály szerint — van jogereje, noha a releváns tények gyors változása miatt az gyakorta csekély jelentőségű. Ennek a jogerőnek a magva azonban az alaki jogerő, melynek főszabályként legfontosabb hatása az adott anyagi jogviszony létrejötte.** Az anyagi jogerő csak az alaki jogerőt kiegészítő nem túl lényeges és utóbb bekövetkező jogerőhatás. Ami a bírósági ítéletek és a közigazgatási határozatok jogerejében közös, az a jogerő azon hatása, hogy az adott döntés a feleket és a bíróságot (hatóságot) köti, egész addig, amíg a döntést rendkívüli jogorvoslat keretében meg nem változtatják, tehát új eljárás - a szó alaki értelmében - nem folytatható le. Szükséges megjegyezni, hogy a Pp. ítélt dolog fogalma valójában az alaki jogerő fogalmát takarja, annak ellenére, hogy a Pp. maga, azt anyagi jogerőnek hívja.

Az alaki jogerő ugyanakkor nem egyenlő a végrehajthatóság fogalmával, hanem a végrehajthatóság csak egy rokonhatás, és csak a marasztaló határozatokhoz kapcsolódik. Azonban amikor a bíróság egy határozat végrehajtásának felfüggesztéséről dönt, akkor a Ket. külön szabálya folytán, az a jogokra is kihat, ekként részleges jogerő feloldást jelent, amely érvényesül például az engedélyeknél, de jogot megvonó, vagy ex lege beállító kötelezettségeket előíró határozatok esetében nem. Ez utóbbiak tipikusan az összetett magatartási szabályokat előíró határozatok. Ilyenek a JPE határozatok is.

A bírósági ítélet és a közigazgatási határozat jogereje között három domináns különbség van. Az egyik a közigazgatási jogerő azon hatása, hogy a jóhiszeműen szerzett és gyakorolt jogok hatósági úton való megváltoztatásának korlátját képezi. A másik, hogy mivel a bírósági felülvizsgálat egy a határozatokkal szembeni - általában - rendkívüli jogorvoslat, és mivel az anyagi jogviszony magának a hatósági

határozatnak a jogerejéből következnek, ezért a közigazgatási alaki jogerő hatásai visszamenőlegesen megszűnhetnek, a bírósági ítélet és a hatósági határozat jogereje egymással hierarchikus viszonyban áll. A harmadik különbség ez utóbbi helyzetből következően az, hogy a hatósági határozat „anyagi” jogereje nem irányadó a bíróságra nézve.

Azonos viszont a bírósági ítélet és a határozat jogereje abban, hogy a feleket (ügyfélt és hatóságot) köti, továbbá az alaki jogerős határozat már csak jogszabálysértésre hivatkozással változtatható meg utóbb (a perújítás, mint a tényállás megdöntése, közvetetten de evidensen teszi jogszabálysértővé a bírói ítéletet).

A bírói gyakorlat azt mutatja, hogy a JPE határozat jogerejét nem ismerték el, illetve azonosították azt a határozat végrehajthatóságával, érve ez utóbbi alatt az **állami igényérvényesítés minden formáját**. A JPE határozat végrehajtása alatt így nem csak az állami kényszert (végrehajtási eljárást), az állami úton való kikényszeríthetőséget kell érteni. Ehhez az értelmezéshez azonban nem állnak rendelkezésre azok a jogi előírások, melyek ezt a kiterjesztést megalapozták volna, noha a közösségi jog ezt az értelmezést erősíti.

Így a hatóságot és az ügyfelet a Hkt. szabályozása alatt nem kötötték a JPE határozatban foglaltak, ha a JPE határozat végrehajtása felfüggesztésre került, viszont a hatóság bármikor megváltoztathatta, vagy újra meghozhatta ugyanazon döntést, még akkor is, ha a releváns tények nem változtak (ezért nem volt jogereje). Az **Eht. bevezette a „fenntartó határozat” fogalmát, valamint az Eht. 57. § (2) bekezdése szerinti eljárást a releváns tények megváltozása esetére, ami egyértelművé tette, hogy a JPE határozatoknak is van jogereje.**

A fenntartó határozat tartalma, mindig az éppen aktuális jogerős korábbi JPE határozathoz igazodik függetlenül attól, hogy a korábbi JPE határozat bírósági felülvizsgálat alatt áll-e avagy nem. Mivel két évente sort kell keríteni ilyen határozat meghozatalára, ezért a bírósági felülvizsgálatnak nincs a konkrét felülvizsgált határozat kapcsán jövőre néző hatása, ha az két éven belül nem fejeződik be jogerősen. A fenntartó határozat jogi jellegéből következik, hogy a JPE határozat végrehajtásának felfüggesztése

nem akadály a fenntartó határozat meghozatalának, ami jól mutatja, hogy a JPE határozat jogereje és végrehajthatósága külön fogalom.

Az egyik leglényegesebb különbség egy JPE határozat és egy hagyományos határozat jogereje között, hogy a JPE határozatban nem csak konkrét kötelezettségek előírása történik, hanem maga a JPE határozat keletkeztet hatáskört a hatóságnak további eljárásokra és kötelezettségek kiszabására.

*A JPE határozatok aktustani szempontból egyik legérdekesebb rendelkező részi eleme, a „**költségalapú díjak alkalmazását előíró**” része. A „**költségalapú díj előírása**” különbözik a „**költségalapú díj megállapításának vagy jóváhagyásának**” kötelezettségétől. A „**költségalapú díj alkalmazásának előírása**” olyan **absztrakt kötelezettség, amely kizárólag a szabályozó hatóságok sajátos jogalkalmazásának új, eddig nem ismert aktustípusa.** A „**költségalapú díj megállapítása vagy jóváhagyása**” hagyományos konkrét kötelezettség előírása. Míg a „**költségalapú díj megállapítása**” a piac minden szereplőjét érinti, így az Eht. 36.§-a szerinti eljárás lefolytatása az ilyen rendelkezések meghozatala során nem nélkülözhető, addig az Európai Bizottságnak a Keretirányelv 7. cikkelye szerinti notifikációs eljárást e körben nem kell lefolytatni, mert nem sajátosan szabályozói döntés. A sajátosan szabályozói döntés a JPE határozatban található „**költségalapú díj előírása**”, amely esetben így mind az Eht. 36.§-a szerinti eljárást, mind a notifikációs eljárást igényli. A „**költségalapú díj előírása**” mint rendelkezés **nem kényszeríthető ki hagyományos végrehajtási eljárásban, hisz konkrét kötelezettség nincs.***

Ez az absztrakt kötelezettség vagy a JPE határozatban meghatározott, vagy annak hiányában a szolgáltatók által kialakított módszertan alapján meghatározható díj alkalmazását jelenti a JPE határozatban megállapított időponttól. Ez a kötelezettség absztrakt, mert a díj pontos mértékét nem határozzák meg.

A kötelezettség teljesítésének ellenőrzése piacfelügyeleti eljárásban történik, és kikényszerítésére pedig az Eht.108.§(5) bekezdése szerinti hatáskör alapján lehetséges. Az Eht.108.§(5) bekezdése lehetővé teszi az alkalmazott díj megváltoztatását, ha az valójában nem költségalapú, a

költségalapúságot pedig az ügyfél szolgáltatónak kell bizonyítania. Maga a határozati kötelezés a megállapított konkrét költségalapú díj alkalmazására – amennyiben erre a megállapításra egyáltalán szükség van, mert a szolgáltató nem költségalapú díjat alkalmaz, vagy ezt a tényt nem sikerül bizonyítania – piacfelügyeleti eljárásban hozott érdemi határozattal történik. E határozatban a hatóság előírhatja, hogy visszamenőlegesen a JPE határozatban megállapított időpontig a nem megfelelően alkalmazott díjak és a tényleges költségalapú díjak közti különbséget tekintetében a szolgáltató számoljon el partnereivel. Erre az elszámolásra határidőt kell adnia az Eht. 68. §(2) bekezdésében megfogalmazott felhívás keretében (ez 30 nap). Ha ezt nem teljesíti a szolgáltató, akkor érdemi bírságolásra kerül sor az immár konkrétan meghatározott kötelezettség és az utólagos elszámolásra vonatkozó teljesítési határidő leteltét követően, illetve a partnerszolgáltatók jogvitás eljárásban is érvényesíthetik követelésüket.

*Az ilyen absztrakt szabályozói típusú kötelezettségeknek a sajátossága tehát az, hogy látszólagosan visszamenőleges kötelezést tartalmaznak, amely valójában nem az. A visszamenőlegesség érzete csak a kötelezettség absztrakt voltából adódik. **A szabályozói tevékenység tehát feltételezi azt, hogy a szabályozott piacok ügyfelei bonyolult magatartási szabályok részleteit önkéntes jogkövetéssel teljesítik, amelynek elmaradását a hatóság szankcionálhatja annak ellenére, hogy a konkrét kötelezettségek hatósági határozatokból és kötelezésekből nem volt megállapítható.***

*E jogalkalmazás és jogalkotás közt lebegő szabályozói jogalkalmazásnak a következménye, hogy a jogalkotásra és a jogalkalmazásra elvi szinten is egyforma súllyal kell tekinteni annak felmérésekor, hogy milyen a jogi-szabályozási környezet, és nem tételezhető fel a jogalkotó és a jogalkalmazói tevékenység között a szokásos hierarchia. **Ez nem feltétlenül jelent kisebb jogbiztonságot, vagy a jog kevésbé kalkulálhatóságát egy hagyományos szabályozási környezethez képest, hiszen a hatóság tevékenysége előremutató, de kétségtelenül a hatóság és ügyfél hagyományos viszonyát jelentősen felborítja.***

Ha számításba vesszük azt is, hogy a JPE és azokat érvényesítő egyes határozatokat egymásra tekintettel ekként lehetőleg egyszerre kell meghozni, továbbá más hatósági határozatok közvetlen jogalapját

képezik, emellett a JPE eljárás, inkább egy alapos jogszabály előkészítő eljárásra, mint klasszikus hatósági eljárásra hasonlít, akkor megállapíthatjuk, hogy a JPE határozatok és más csak együttesen meghozható JPE határozatot érvényesítő határozatok esetén helyesebb nem jogerőről, hanem „hatályról” beszélni. A JPE határozatok hatályának felfüggesztésére ezért a végrehajtás felfüggesztése nem adekvát válasz, hanem helyesebb lenne olyan eszköz biztosítása, amely a szabályozás hatályát függeszti fel, vagy eleve halasztó hatályt kellene biztosítani bírósági felülvizsgálat kezdeményezése esetén. E javaslat feltétele szintén a soron kívüli eljárás, illetve a bírói eljárás szakszerűsége. Jelenleg egyik feltétel sem adott.

A bírói jogorvoslat nem megfelelő hatékonysága azonban nem önmagában a magyar- vagy más tagállami – bíróságok hozzá nem értésén és lassúságán, hanem mélyebben, a közösségi jog szabályozói joganyagának strukturális ellentmondásain múlik. Elvi szinten a rendszer hatékonyságát az biztosíthatná, ha a jogorvoslat halasztó hatályú lenne a JPE határozatokban foglaltakra nézve, és a JPE határozatok hatálya csak akkor állna be, ha minden tagállamban a jogorvoslatok befejeződtek, vagy valamely már kielégítő, jogilag szabályozott mértékében a szabályozás az egész unió szintjén megvalósítható.

Ehhez kapcsolódhatna egy uniós intézményrendszerbe integrált közösségi versenypolitikát érintő állami döntések speciális külön bíróságok általi felülvizsgálata, mely bíróságok speciális szakértelemmel rendelkező bírókkal működnének és összekötné őket egy a bíróságokat tömörítő hálózat, ahogy az a tagállami hatóságok esetén is történik.

Mivel az ex ante szabályozás 2-3 éves távlatban az eddigi tapasztalatok alapján reálisan elvégezhető, és ez idő alatt lehetséges a fenti feltételek megvalósulása esetén 1-2 éven belül a szabályozást életbe léptetni, ezért a szabályozás adekvát maradhat, míg a tényleg rendkívüli változások esetére ott van az Eht. 57. § (2) bekezdése szerinti korrekciós mechanizmus, amely némi késéssel ugyan, de képes reagálni a folyamatokra.

**THESIS ON THE MODEL OF THE PROCEDURE OF THE
REGULATORY AUTHORITIES IN VIEW OF THE BINDING FORCE
AND EXECUTION OF SMP DECISIONS**

The aim of this essay is to summarize the experiences acquired during the Member State court review of administrative decisions (SMP decisions), which decisions realize market regulation by way of market definition, market analyses, by identifying service providers with a significant market power and by imposing obligations. These experiences necessitate the reconsideration of administrative procedure principles and practices compared to the classic administrative procedure of a Member State (Hungary) with a continental legal system.

The essay is based on a decade of judicial practice and 5 years of experience in reviewing SMP actions. These experiences indicated that the special substantive-law regime and the connected procedural rules applicable to the regulatory authorities based on community law directives differ from the classic administrative procedure model applied in Hungary, not only practically, but even in the elementary dogmatic approach. This statement is true for all market regulation based on community directives whether focusing on electronic communication, railway regulation or regulations dealing with the energy sector. The Hungarian courts have made several attempts to resolve the contradictions from the aspect of administrative procedure law. I will try to introduce an administrative procedure model, which would be able to constitute the foundations for the administrative law dogmatics of every regulatory authority functioning in the area of market regulation in a state with a basically continental legal system. The essay introduces and analyses a piece of national legislation, which can provide a useful example of how community legislation, seemingly well-implemented on paper, appears in reality in the national law. This allows for drawing more reliable conclusions regarding the effectiveness of community legislation than the conclusion arising from the overview of the national laws relating to a special area instead of a complex overview of the whole system. The first part of the essay deals with

defining the regulatory authorities in general and how the different EU norms fit into the national law. The second part of the essay features the procedural model of SMP methods, which can also be interpreted under national laws, and presents that the substantive completion of the directives requires active law-making and active judicial interpretation on a national level, in order to be applied in practice, too. Finally the third part of the essay deals with the binding force and the execution of the SMP decisions.

I. REGULATORY AUTHORITIES AND THEIR NORMATIVE ACTS

A society can be regarded as based on market economy if production, distribution and consumption depend mainly on the free prices and on voluntariness of exchange. These do not exclude the free movement of prices or at least the obligation of exchange on vendors' side to appear in specific economic sectors, however, if either of these becomes dominant in the entire national economy, that leads to the liquidation of market economy as social system. Markets subject to regulatory regimes where partial or entire price control is a possible final power of authorities can not be considered as real markets; these are not part of the so-called market economy. The so-called 'liberalized-privatized' or 'regulated' markets belong to this scope, and the regime of the relevant administrative law is subject to the independent field of law of market regulation. 'Regulated markets' mean an intermediate form between market economy and fields under the decisive system of the community sector. These rules do not regulate the relation between state and market (therefore it is not traditional administrative law) but expressly define relations of market participants by means of executive power.

This type of market regulation is always based on aspects of competition law and there are three levels of market control to eliminate market failures: competition control, price control and, failing all else, nationalization. Regulatory authorities appear in a clear form in the sector-specific field of competition control extending until price control. Sector-specific regulation is mainly a consequence of liberalization and privatization of previous public services. This, however, does not mean processes of deregulation. One of the important establishments of the essay

*is that the ideology of liberalization of public services can not be maintained because even if we, optimistically, suppose this control to increase competitiveness in the whole sector, that will not be a result of the classic market competition and, in a classic sense, no competitive market can ever be created. It has become common in the global economy that offers' side is reduced to few participants and the various strategic alliances have a dominant role on global level. The basic conditions of traditional market economy have been shaken and sector-specific regulation is not else than a regime of rules determining new production, distribution and consumption located between distribution by state and market exchange, however, it is still not clear that sector-specific regulation is more efficient as compared to market exchange or simple administrative regulation. In this field, the task of regulatory authorities is not to create functional conditions of the market but to imitate the market by legal regulation. By imitation of the market, one should mean the level of state intervention where the authority regulates the conduct of market participants ex-ante. **The authority does not say which are unlawful conducts (ex-post) during performance of the market activity in question and thus all other conducts are free and lawful but it says which are lawful and thus all other conducts are unlawful and prohibited.** It is thus not the economic but the legal aspect, which is determinant with regard to the concept of creation and imitation of market conditions.*

A further consequence of the above is the contradictory relation between these new regimes and the rule of law, as seen as regards the national laws of Member States. With regard to both legality (rule of law) and efficiency (competitiveness), success of the sector-specific regulation also depends on whether the procedural regulation related to this field of law, theoretically and in practice, can be described as a consistent and coherent regime of rules.

Market regulation as a field of law in the European Union covers the whole competition policy of the community, including classic competition law, law of public procurements and state aids as well as law of liberalized markets. Classic regulatory authorities, however, can exist only in liberalized markets, thus the concept of regulatory authorities stands out on more levels.

*According to the statutory law of Hungary as Member State of the European Union, we can state that **in the narrowest sense, regulatory authorities are all administrative authorities applying law ex-ante concerning totally or partly liberalized public services (state duties) in a sector-specific way, pursuant to abstract legal provisions which are based on economic concepts defined by community directives, through powers of market supervision, legally based powers of normative regulation and usually of jurisdiction.** A further but not definite feature differing from the classic administrative authorities is that, by powers extending until price control, they dispose of limited resources, which are usually important with regard to market participants and which are distributed by way of tenders. Furthermore, they can broadly determine and control contractual relations of civil individuals, and they can sanction breach of civil law provisions as well. According to the statutory law, the autonomy otherwise required by community directives is an advantageous but not conceptual feature of regulatory authorities. According to the Hungarian statutory law in effect, the Council of National Communications Authority as national regulatory authority responsible for market control of electronic communications is among regulatory authorities. It must be emphasized that a regulatory authority may have classic administrative functions and procedures when it does not act as a regulatory authority. Accordingly, the procedural model examined in the essay concerning regulatory authorities can only be interpreted for procedures where the authority in question performs market control.*

In a broader sense, regulatory authorities are the ones performing non sector-specific regulation, not having powers of market supervision and not definitely regulated by community directives. Furthermore neither have they powers of jurisdiction and they may prescribe ex-ante rules of conduct exceptionally rather than usually; in other aspects however, they meet the above conceptual requirements. Even the missing elements can be found often in an intermediate or initial form. The classic competition authorities as the Hungarian Competition Authority (hereinafter we use the Hungarian abbreviation 'GVH') in Hungary belong to this scope.

In the broadest sense, all administrative authorities performing general market control through abstract norms, such as consumer protection authorities belong to this scope.

In this essay, we use the concept of regulatory authority in the narrowest sense. Community directives prescribe¹ for Member States to establish regulatory authorities, and this narrowest concept is suitable to define these authorities.

A conceptual feature of the individual authority decisions (acts) passed during market regulation is that these decisions are usually passed at the same time with regard to each other because the whole market can be regulated (influenced) in a uniform and coherent way only this way. As a result, it is hard to separate individual authority acts of regulatory authorities from acts passed based on the normative regulative power. In order to model the procedural law of the individual authority acts of legal, normative character passed during market regulation, it is essential to separate these two powers in point of principle. This is somewhat difficult as ***in many Member States (like Hungary), the regulatory power does not have its own designated position in the national hierarchy of laws.***

Based on the Hungarian judicial practice, the essay presents that the appearance of the following legal documents of soft-law character and of uncertain legal effects is closely connected to the different structure of community law and domestic law: 'Basic Principles' to be regarded as regulatory powers and issued by the Communications Arbitration Committee based on Section 87(3) of the Act on Communications, later 'Method' issued by the Council of the National Communications Arbitration Committee and information letter of the Ministry of Informatics and Communications no. 8001/2004 containing the Directions no. 2002/C 165/03 of the European Commission[4]. The situation was specific also in relation to the Commission's Recommendation no. 2003/311 EC, which has been implemented by an obligatory legal rule, namely by decree of the Ministry of Informatics and Communications no. 16/2004 (IV.24). These

¹ For instance: Article 1 of Directive 97/67/EC, recital 27 in the preamble to Directive 2002/39/EC, recital 15 in the preamble to and Article 23(1) of Directive 2003/54/EC, Article 3(2) of Directive 2002/21/EC.

*are legal documents of soft-law character and uncertain legal effect, which is closely connected with the different structure of community law and Hungarian law. **Hungarian law does not know norms of recommendation character, therefore no clear practice has been formed for efficient application of community norms of recommendation character.** Implementation of community law is, thus, necessarily one-sided and it can not be realised entirely. This leads to legal insecurity, eventuality and relativity of legal control. Not only the community law but also the coherence of regulation requires this issue to be solved as soon as possible, as courts in the Hungarian legal system already apply documents not to be regarded as legal norms. The lack of these latter documents would lead to cessation of the regulatory authorities' operation, while taking them into consideration is disquieting in constitutional aspects and incompatible with the rule of law.*

*One can deduce from the judicial practice two approaches of regulatory normative acts to be found in the statutory law (including announcement of GVH² as well as the normative acts of other regulatory authorities). **According to the first approach, normative acts of the regulatory authorities (which are not legal rules) bind both the authority and the client, their observance can be examined in front of the court and their breach qualifies as breach of law, however, if they are against law, the court is obliged to disregard them.** Accordingly, they differ from legal rules in that the Constitutional Court is not entitled to cure collision of the two 'levels of legislation'. **According to the other approach, regulatory normative acts are not obligatory for the authority and the client, however, the authority may only deviate from them if the deviation is properly reasoned in an individual authority decision when applying the norm.** It is true also in this case that if the regulatory normative act applied by the authority in a specific authority decision is against any legal rule, the court can disregard it similarly to the previous solution.*

²According to Section 36(6) of the Act no. LVII of 1996 on prohibition of unfair market practices and restraints of competition, GVH's announcement is a document describing GVH's judicial practice not having binding force, serving to increase calculable jurisdiction.

*It is reasonable to consider the above when making suggestions regarding codification (and also the way of that) of both the norms of recommendation character of community law and regulatory authorities' normative provisions of legal character not to be regarded as legal rules in Member States' laws of continental legal system. **The essence of the suggestion is simple: acts on legislation must contain also the norms of recommendation type, further to other legal means of state control**³. **The two basic types of these are 'Directions' and 'Announcements'**. 'Directions' are issued by the authority supervising the regulated field and not by the regulatory authority. Currently the circular of the Ministry of Informatics and Communications no. 8001/2004. could be of this type. The Announcement, however, is a norm of recommendation character to be issued exclusively by regulatory authorities, however, by any of them. At the same time, this solution would define regulatory authorities also by statutory law, namely in formal sense. A basic type of this is the announcement of GVH, for instance. Either of the two approaches formed in the judicial practice may define the essence or legal character of the norms of 'Recommendation' character, making these different from legal rules regarding normative contents.*

This way it would become clear that regulatory authorities do not create and apply the law at the same time as they are not entitled to pass legal rules, the contrary to which would raise severe theoretical problems in rule of law, with regard to the doctrine of checks and balances.

II. SMP PROCEDURE AS A MODEL OF PROCEDURAL LAW

In order to understand conflicts of procedural doctrines of community law and the law of one Member State of continental legal system, it is essential to be familiar with the starting point i.e. with mentality of national law. Therefore as a first step, we have chosen the most acceptable, classic doctrinal approach among various interpretations concerning national

³According to the Act. No. XI of 1987 on legislation, central administrative bodies regulate their own functioning and functioning of bodies governed by them by legal means of state control. These bind only the body in question, they may contain no provision regarding 'outer' persons outside the body in question.

administrative procedure, which reflects the statutory provisions of the Ket.⁴ the most.

*According to this interpretation, **administrative procedure** is the authority procedure of administrative bodies, including the issuance order of administrative bodies' authority acts of jurisdiction. There is no administrative procedure and no administrative relation without clients.*

***The concept of administrative case** is somewhat different. On one hand, it means authority inspection, which however, is not an administrative procedure but the order of real acts, eventually including also authority measures or a mass of several eventual 'small' administrative procedures. This latter is the case if procedural fine has to be imposed during an authority procedure. Similarly, it may mean execution procedure, which can also be regarded as the order of authority measures or real acts rather than an individual administrative procedure. It is common in authority inspection and execution procedure that basically, they are not closed by a decision, especially not by a decision on the merits. Thirdly, both the classic administrative procedure itself and the decision necessarily closing the case mean administrative cases as well.*

*An **authority inspection** is not else than a control outside an administrative procedure. In case of authority control, certain means of evidence applicable during authority inspection are excluded (e.g. trial purchase) because the client is already known during the administrative procedure and there is an administrative procedural relation between the parties. At the same time, control is broader in the aspect that it can be applied against an outer third party as well, while no authority inspection can be held for any purpose at a person not concerned by the basic case of the inspection. The material scope of Ket. defines two dimensions of an administrative procedure through the concept of administrative cases, namely the beginning and the end thereof.*

⁴ Hungarian abbreviation of the Act No. CXL of 2004 on general rules of administrative authority procedure and service, which is the general codex regulating the order of classic administrative procedure of national law.

*The third dimension of administrative procedure is defined by **the concept of clients**, i.e. the personal scope of the Ket. through the concept of administrative cases. The judicial practice has formed the classic concept of client in connection with the right of action, the fourth dimension of the issue, by interpreting the expression ‘direct right and lawful interest’. The essay presents that the doctrine of ‘direct involvement’ is a concept synonymic with the expressions ‘violating’ or ‘endangering’ rights and lawful interests, which are often used by statutory law. As a result, the existence of right and lawful interest, the involvement in the case presumes a possible legal injury, which may be of substantial and procedural nature. Injury of the right to remedies is of procedural nature, which is accomplished by the closely connected breach of obligation to clear up the facts and to explain reasons. It is not by chance that these breaches of procedural law eventually affecting the merits of the case according to the judicial practice are referred to the most often in procedures.*

Point a) of Section 327(1) of the Code of Civil Procedure (hereinafter we use the Hungarian abbreviation ‘Pp.’) gives the right of action to the client, while point b) of the same section⁵ to persons having direct rights or lawful interests. This is not an unneeded self-repetition but Pp. considers the fact that specific procedural rules may limit the scope of clients. For instance, this can be regarded as typical in the procedure of regulatory authorities. What is the reason why the legislative body may limit the scope of clients, however, it always returns to the concept of rights and lawful interests when the matter is remedies? This may be explained by Section 57(5)⁶ of the Constitution providing remedies for those, whose rights or lawful interests are injured by an administrative or any other authority decision. It

⁵ According to point a) of Section 327(1) of the Act No. III of 1952 on the Code of Civil Procedure (Hungarian abbreviation: ‘Pp.’) an administrative lawsuit can be initiated by those who were clients in the procedure serving as basis of the administrative decision to be reviewed or were handled as clients, while according to point b) of the same section those whose rights or lawful interests are directly affected by the administrative decision.

⁶ According to Section 57(5) of the Hungarian Constitution (Act No. XX of 1949), in the Republic of Hungary everyone can apply for legal remedies against any judicial, administrative and other authority injuring his rights or lawful interests, pursuant to the law.

may not be forgotten that the essence of administrative cases is the procedure itself. While the administrative substantial law is an issue of legal policy, procedural law is a constitutional one. Under formal rule of law, formal and procedural guarantees are powers legitimating the contents. This excludes subjective approaches to the correctness or incorrectness of substantial contents and thus, this excludes 'arbitrariness'. Therefore, the legitimate basis of a procedural act's existence is not the efficiency of the authority but the guaranteed assurance of the client's, the weaker party's rights.

As a definition, the difference between normative and individual decisions is that an individual decision has an addressee meaning at least one client. If, by definition, the administrative procedure is closed by a decision, then, according to the rules of formal logic, these two premises give the conclusion: an administrative procedure definitely has at least one client. There are more clients in one procedure if the case in question affects the rights or lawful interests of more persons by nature. The subject of the case is always reflected by one specific provision of the closing decision. In case the provisions concern more conclusions of facts and one of the conclusions only concerns the rights or lawful interests of one client, while the other conclusion only concerns the rights or lawful interests of the other client, then more cases are adjudged in one administrative procedure. **Thus, one classic administrative procedure may include more administrative cases.** It may occur that an obligation may not be imposed on a client if the procedure was started *ex officio*. In such case, the procedure must be terminated regarding this person. The fact that the number of clients may increase and, by a decision of termination, decrease and that even more cases can be adjudged in one procedure, results in the fact that, contrary to the category of **client**, the **subject of the case** is not a definitive element determining the extension of the administrative procedure. The complainant, however, may not be confused with the category of client. No administrative authority procedural relation arises between a person exercising the right to complaints and the authority. The authority procedural relation may arise between the authority and the complained (announced) party, depending on the result of the complaint.

These are the classic theses which may base the dogmatics of procedural law for regulatory authorities through SMP procedures and which may facilitate to introduce how procedural regulations based on community law collide with the general procedural regulation of a national law, which can not be avoided by simple implementation.

In accordance with the community directives,⁷ the communications regulatory authority conducts SMP procedures by collecting data from all market participants and then, by analyzing these data, states what types of market exist, who can be regarded as SMP service providers thereon and it passes authority decisions concerning them with regard to each market type. SMP procedure, however, is not a monstrous administrative procedure and particularly, it is not an administrative case.

The data collection phase of the SMP procedure is a special authority inspection where the control is not performed with regard to the client controlled. Procedures of data provision are individual administrative cases and decisions ordering data provision are decisions on the merits. Breach of decisions on the merits is sanctioned by procedural fines in the sense used by Ket. for execution procedures. This procedure of data collection is part of the market supervision power and also of authority activity concerning market definition and market analysis in SMP procedure, however, it does not constitute an individual administrative procedure. It is also a market supervision power when the authority may sanction not only the breach of law disclosed in the specific individual case but it may dispose generally for the future, in order to prevent similar breaches of law. Similarly, the 'market definition and market analysis' phases of the SMP procedure does not contain such procedures of data collection only but also other types of authority activity necessary for market analysis (survey, model preparation etc.), which, however, are not administrative procedures.

The second phase of the SMP procedure is the SMP authority procedure, which consists of the following parts: initiating procedure against the SMP-suspect service provider, publication of the draft decision, processing

⁷

Article 5(1), Articles 6-7 and Article 15 of the Framework Directive

*of the respective comments, notification procedure of the European Committee⁸ and, finally, passing the decision identifying the SMP service provider and imposing obligations thereon. An SMP authority procedure conducted with regard to each market type often comprises more than one administrative cases. **A characteristic feature of SMP procedure is that the definitive element determining extension of the administrative procedure is the subject of the case and not the category of client.***

*As a result of the limited client-concept of Section 27 of Eht.⁹, these procedures must be terminated against clients who later do not qualify as SMP service providers, while the SMP service provider(s) belonging to the same market (and not market type) will be the client(s) of the case in question. As the first factual action in these administrative procedures is publication of the draft decision, this can be considered as initiation of the administrative procedure. Accordingly, the client of the SMP procedure can always be an SMP (or SMP-suspect) service provider only. **On markets where the authority does not intend to identify the SMP service provider, the SMP authority procedure neither needs to be conducted actually. This derives from the fact that Eht. does not regulate the type of decision establishing lack of the SMP service provider, which is a decision on the merits. Such type of decision should be introduced so that Ket. and Eht. could form a coherent system of procedural law, conform both to the original legislative intents and to the current practice.***

*The fact that initiation of the SMP authority procedure is equal to the publication of the draft decision has several important consequences. On one side, **clearing up the facts and particularly the evidentiary procedure is equal to ‘market definition and market analysis’, and the evidentiary procedure is definitely part of the market analysis. Accordingly, clearing up the facts and the evidentiary procedure are outside the scope of SMP authority procedure, meaning that major part of the clients’ rights guaranteed by the Ket. can not be exercised. The draft decision is a basic***

⁸

Procedure according to Article 7 of the Framework Directive

⁹

According to the first expression of Section 27 of the currently effective Act No. C of 2003 on electronic communications (Hungarian abbreviation: ‘Eht.’) harmonised to the community guidelines of 2002, client is the person against whom the procedure was initiated ex officio.

*institution of SMP authority procedure replacing rights to be exercised in the traditional evidentiary procedure, which is conducted in order to clear up the facts. This can not be otherwise because, until market analysis is conducted, SMP procedure has no exact subject but abstract only. The main difference between an SMP procedure and a classic administrative procedure is that a classic case is started against the party presumably having performed the practice when a factual (market) practice of the client is detected. However, an SMP procedure has only an abstract subject, to which one has to seek the **factual subject (market definition), the related factual conclusion of facts and client (market analysis)**. As a consequence, **there is no client during clearing up the facts (market definition, market analysis) and it is possible that there will be none**. Therefore it is the draft decision which reveals the position of clients, based on which clients can commence to exercise their rights. These rights are the right to make statements and to review documents as well as the right to remedies (although other procedural rights of minor significance are available as well, e.g. request for hearing in order to clear up the facts etc.).*

In the lack of Eht's Section 27 limiting the scope of clients, all market participants would be clients of such SMP authority procedures performing market control because identification or non-identification as SMP and the consequential market influences affect the rights or lawful interests of all market participants provided that we take regulative purposes of Eht. as interests protected by regulation. If the concept of client could not be limited to SMP service providers, then the clients' rights arising following publication of the draft decision would limit the strong private interest related to sensitive business secrets concerning the whole market without grounds, through the client's right to review documents. At the same time, this would prevent the procedure to be conducted.

However, those who are not clients but the case still would affect their rights or lawful interests, are not deprived by Section 27 of the Eht. of the right to review documents only, but also of all other clients' rights.

However, such limitation of rights can neither be justified in community law aspect / Article 4(1) of Framework Directive/ or in constitutional aspect /Section 57(5) of the Constitution/.

Therefore, SMP regulation applies several legal institutions to counterbalance the fact deriving from the nature of market control that the classic regime of procedural guarantees can not be effective. Such is the case when the draft decision can be known not only by clients but it is accessible for everyone including important administrative documents, those having rights or lawful interests have the right to make statements (comments). On the side of the authority, this appears as obligation to explain reasons /Section 36 of Eht.¹⁰/.

Legal interpretation of Section 28(1) of Eht.¹¹ confirms that the expressions 'legal injury' and the 'case affects' are synonym concepts also in Eht.'s

¹⁰ According to point a) of Section 36(1), *the authority, prior to adopting a resolution concerning the definition of relevant markets, the identification of service providers with significant market power, and the obligations to be imposed on service providers with or without significant market power under this Law, and the approval of the reference offer, must disclose the draft of the decision at least 30 days in advance, including any relating preparatory materials, excluding the data classified by the relevant parties as business secrets.*

According to Subsection (2), any person whose any right or lawful interest may be affected by the decision may present his views, opinion or comment (hereinafter referred to as "comment") concerning the proposed resolution in writing to the authority, within 20 days following the date of publication referred to in Subsection (1).

Subsection (3) provides that the authority shall observe the comments received in connection with any draft decision mentioned in Subsection (1) to the extent possible. The authority may decide to hear the parties interested upon the justified request of a party affected by the decision, or ex officio. In the preamble of the decision the authority shall indicate the comments observed and those ignored, and the reasons for ignoring them.

This regulation represents the 'national consultation' pursuant to Article 6 of the Framework Directive in national law.

¹¹ According to Section 28(1) of Eht., in the event of any infringement of electronic communications regulations, or in connection with the occurrence of any important event serving grounds for imposing or reviewing obligations on service

meaning. Thus, Section 46(1) of the Eht.¹² does not mean a limitation as compared to point b) of Section 327(1) of Pp. It is also a consequence that the right to remedy, in this case the right to court revision is available for all those who would be clients in a classic administrative case. In the judicial practice, it is the comment made concerning the draft decision that automatically opens the right to action and to enforce claim in the given issue. If the statement (comment) is made, then an explanation of decision is attached thereto and the party making the statement has a direct legal interest related to the lawfulness thereof. Thus the right to make comments pursuant to Section 36 of the Eht. is also important because, as a consequence of the factual subject of the SMP procedure, primarily from its ex-ante character, the factual direct legal injury is hard to be justified in material sense. This is the case despite the fact that market control itself means an intervention affecting the lawful interests of all market participants by nature. If this was accepted in fact, we would face again the issue regarding possibility to conduct the procedure.

It is important to state that although the right to submit evidence, an important element of clients' rights exists in theory, it can be exercised only formally. This generates that the real evidentiary procedure initiated by clients when clearing up the facts can be conducted during court revision, which questions effectiveness of the whole procedure and also of the proceedings for remedy, as well as their ability to serve their function. This fact raises not only practical but also theoretical doubts regarding whether court procedures can be conducted within due time.

providers with significant market power, any person whose rights or lawful interests are affected, or any person whose rights afforded under electronic communications regulations have been injured, or there is imminent danger of being injured, and any non-governmental organization chartered for the protection of consumers interests may file a notice addressed to the authority (hereinafter referred to as "notifier") According to Subsection (2), rights and obligations of clients shall not apply to notifiers.

¹² According to Section 46(1) of Eht., the party whose right or lawful interest is prejudiced by a decision passed by NRA on the merits of a case, may bring an action at the Metropolitan Court for revision.

A further theoretic obstacle to the effective remedy is the fact that the totality of SMP decisions realises market control, thus they can only be adjudged with regard to one another. Within traditional frames of procedure, this latter problem is insolvable even in theory. Therefore, the compensating solution can be assured only by legal institutions correcting detrimental consequences of the insolvable problem. Such a solution is provided by Section 57¹³ of Eht., which treats the result of court decision as a 'market event' and transits it to the other decisions realising market control. The purpose of this latter one is to enforce the principle of equal treatment, which is necessarily infringed by a court decision changing only one specific decision. Section 57 of Eht. as a legal institution of correction is only able to maintain effectiveness of legal remedies if the court revision itself is fast. The legal institution of announcement, which raised the general right to complaints to the level of real subjective rights, is also such a legal institution of correction. However, the effectiveness of that also depends on the speed of the court.

With regard to the above, regulatory authority cases must be adjudged definitely by courts of special expertise having own staff of experts, in order to provide effective legal remedy. Furthermore it is also reasonable to shorten the judicial route and, at the same time, to limit the broad rights to reversal.

¹³ According to Section 57 of Eht., SMP procedure must be conducted every two years, however, if NRA learns about any circumstance of significant importance in connection with the evaluation of competition on a relevant market, it must conduct the SMP procedure without delay.

III. BINDING FORCE AND EXECUTION OF SMP DECISIONS

*SMP decisions can be regarded as some ‘hardcore soft law’. ‘Law’ because they form legal basis of further decisions. ‘Soft law’ because if, during court revision of these further decisions, the judge detects collision of the SMP decision and the law, the judge does not turn to the Constitutional Court but sets aside the provision of the SMP decision concerning the case himself, even if the SMP decision has ‘substantive binding force’. And, they are ‘hardcore’ because, contrary to a recommendation of soft law character, it definitely binds both the authority and the client. SMP decisions are enforced not in an execution procedure but partly by authority enforcement of jurisdiction meaning further authority decisions and partly by legal or more exactly by ‘SMP’ enforcement, similarly to the case of legal rules. This can be called **execution by jurisdiction**, reserving that jurisdiction is also a particularly **regulatory jurisdiction** because in fact it means application of SMP decisions (and not of legal rules).*

*SMP decisions, however, do not contain a normative text similar to legal rules, although they often repeat the statutory law word for word. They can be regarded as a complex text combining an operative part and its explanation joining sometimes incoherently, which is not in full synchron with Section 72 of the Ket.¹⁴ and which is hard, if not impossible, to be interpreted. Therefore, the question arises with ground: what legal effect can these decisions have? **In case of SMP decisions, this requires interpretation of concepts of binding force and executability with special regard to the fact that enforcement of rights and execution is broken down to a number of further decisions on the merits.***

*Based on Hungarian statutory law and legal dogmatics¹⁵ it can be stated that **administrative decisions generally have binding force, although this***

¹⁴ Section 72 of the Ket. defines the structure and lists the exact content elements of administrative authority decisions (heading, operative part, explanation, closing part).

¹⁵ In continental legal systems, binding force is a basic legal institution closely related to the rule of law. This concept is used by the statutory law, however, the

is often of little importance because of the fast change of relevant facts. However, the essence of this binding force is the formal validity, the most important legal effect of which is arising in general of the substantial relation in question.

Substantial binding force is only an effect completing the formal validity, it is not very important and it arises later. The main effect is common in binding force of court judgements and of administrative decisions, namely that the decision in question binds the parties and the court (authority) until when the decision is altered within an extraordinary remedy. In formal sense this means that no new procedure can be conducted.

The formal validity, however, is not equal to the concept of executability. Executability is only a related effect, which is only related to decisions of condemnation. However, when the court decides to suspend execution of a decision, this affects also the rights pursuant to the special rule of the Ket. This means partial release of the binding force, which exists e.g. in case of permits but not in case of decisions withdrawing right or prescribing obligations occurring by law. These latter are typically decisions prescribing complex rules of conduct. SMP decisions are also of such type.

There are three main differences between binding force of court judgements and of administrative decisions. The first one is the main effect that it prevents authorities to change rights acquired and exercised in good faith. The second one is that, as court revision is generally an extraordinary remedy for decisions and the substantive relation derives from the binding force of the authority decision itself. Thus, effects of the administrative formal validity can be terminated retroactively and the binding force of court judgements and authority decisions are in hierarchical relation with each other. As a consequence of this latter situation, the third difference is that even the 'substantial' binding force of the authority decision is not binding the court.

exact meaning thereof can only be defined based on opinions of the special literature of the national law in question. For instance, the Hungarian concept of binding force conforms mostly the German and Austrian literature.

However, it is common in the binding force of court judgements and of administrative decisions that it binds the parties (the client and the authority) and formally valid decisions can be altered later only by reference to breach of law (retrial as overruling of the conclusion of facts makes the judicial judgement indirectly but evidently unlawful).

Experiences of the judicial practice have shown that the binding force of SMP decisions were not recognized or it was treated the same as executability of the decision, meaning **all forms of the state enforcement of claims** by this latter expression. Thus not only the state constraint (execution procedure), state force must be meant by execution of the SMP decision. However, the legal provisions which could have formed basis of this extension, are not available for this interpretation, although this interpretation can be preferred according to community law.

According to the previous Act on Communications (Hungarian abbreviation: 'Hkt. '), the authority and the client were not bound by the SMP decision if the execution of SMP decision was suspended. However, the authority could alter the decision or pass the same decision any time even if the relevant facts have not been changed (therefore it did not have binding force). **The Eht. has introduced the concept of 'reserving decision' and the procedure pursuant to Section 57 of Eht. for the case if relevant facts are changed, which made it clear that also SMP decisions have binding force.**

The content of the reserving decision always conforms to the currently final previous SMP decision, irrespectively of whether the previous SMP decision is under court revision or not. As such decision must be passed within two years, the court revision does not affect the specific decision revised regarding the future if it is not terminated finally within two years. It follows from the legal character of reserving decisions that suspension of the execution of SMP decisions does not prevent passing the reserving decision, which shows that binding force and executability of SMP decisions are different concepts.

One of the most important differences between the binding force of an SMP decision and of a traditional decision is that **an SMP decision prescribes**

not only specific obligations but the SMP decision itself creates power for the authority to further procedures and to impose further obligations.

In respect of the theory of acts, one of the most interesting element of SMP decisions' operative part is the provision 'prescribing application of cost-based fees'. 'Prescription of cost-based fee' is different from the obligation of 'establishment or approval of cost-based fee'. The 'prescription of application of cost-based fee' is an abstract obligation, which is exclusively a new, previously unknown type of acts within the characteristic jurisdiction by regulatory authorities. The 'establishment or approval of cost-based fee' is a common prescription of a specific obligation. While 'establishment of cost-based fee' concerns all participants of the market and thus the procedure pursuant to Section 36 of Eht. must definitely be conducted during passing such provisions, the European Commission does not need to conduct the notification procedure pursuant to Article 7 of the Framework Directive within this scope because this is not a characteristic regulatory decision. A characteristic regulatory decision is the 'prescription of cost-based fee' to be found in the SMP decision when both the procedure pursuant to Section 36 of Eht. and the notification procedure is required. The 'prescription of cost-based fee' as a provision is not enforceable in a traditional execution procedure as there is no exact obligation.

This abstract obligation means application of the fee either defined in the SMP decision or, in the lack thereof, to be defined by the method formed by service providers, as of the date defined in the SMP decision. This obligation is abstract as the exact amount of the fee is not defined.

Fulfilment of the obligation is checked in a market supervision procedure and it can be enforced based on the competence pursuant to Section 108(5) of the Eht.¹⁶. Section 108(5) of the Eht. facilitates reversal of the applied

¹⁶

According to Section 108(5) of Eht., the authority may order the service provider to change its prices, or may determine the price the service provider is allowed to charge for the network services it provides based on the service provider's subscription charges, or the prices for network services.

fee if, in fact, it is not cost-based, and the cost-based nature has to be proven by the client service provider. The obligation to apply the exact cost-based fee defined is imposed by a decision on the merits passed in a market supervision procedure, provided that this establishment is necessary because the service provider does not apply a cost-based fee or it does not manage to prove this fact. In this decision, the authority may prescribe the service provider to settle accounts with its partners retroactively with regard to the difference between improperly applied fees and factual cost-based fees, until the date set out in the SMP decision. A deadline of 30 days has to be defined for this settlement by a request pursuant to Section 68(2) of Eht.¹⁷. If the service provider does not fulfil this, then factual fine is imposed following expiry of fulfilment deadline concerning the already defined obligation and the subsequent settlement. Furthermore, partner service providers may enforce their claims in procedures of legal dispute as well.

*Such abstract obligations of regulatory type are thus characterized by the feature that they apparently contain retroactive obligations, which, in fact, are not retroactive. The impression of retroactivity only comes from the abstract nature of the obligation. **Thus, regulatory activity presumes that clients of controlled markets fulfil details of the complicated rules of conduct voluntarily, failing of which may be sanctioned by the authority despite the fact that the exact obligations could not be established from authority decisions and orders.***

Accordingly, when the SMP decision orders a service provider to make a reference offer and, at the same time, to apply cost-based fee, then the procedure for approval of the draft reference offer pursuant to the law must be preceded by a control concerning whether the service provider has fulfilled the provision on the ‘prescription of cost-based fee’. If not, Section 108(5) of the Eht. needs to be applied in a market supervision procedure in order to approve the draft reference offer or to establish its contents, and then the fee established this way is ‘imported’ into the reference offer.

¹⁷ According to Section 68(2) of Eht., as a first step, the authority orders to cease the illegal conduct within 30 days within a market supervision procedure. This is conform to the principle of gradualness.

Therefore prescription of the subsequent settlement with partner service providers is not related to approval of the draft reference offer but to market supervision procedure pursuant to Section 108(5) of Eht., and a fulfilment deadline has to be set out, in accordance with Section 68(2) of the Eht.

The procedure to approve accounting partition statement differs from approval of the draft reference offer regarding that the previous is only a way to control fulfilment of the obligation prescribed in the SMP decision. Thus, establishment of contents of the statement instead of approval is not possible. Until 01 January 2007, both the approval of the draft reference offer and of the accounting partition statement consisted of two phases. In case the authority did not approve the submitted draft or statement, it passed a decision of 'non-approval' of procedural character with special formal requirements, and it set a new deadline for submission of the draft or statement. It is the omission of submission in case of the draft reference offer, while the improper fulfilment thereof (including omission of submission) in case of the accounting partition statement, which results in imposing of procedural fine, although the current judicial practice does not stand on this basis. Submission of the draft reference offer can be closed finally either by approval or by a decision on the merits establishing the contents, while submission of the accounting partition statement exclusively by the approving decision on the merits (thus, in this latter case, procedural fines can be imposed until fulfilment).

*Approval, however, is not equal to the conforming decision. Thus, also in case of approval, the client can challenge the approving decision. This is the case particularly upon decisions approving accounting partition statement because no other decision can be made in such case. If the approving decision were not to be challenged 'in the lack of legal injury', revision of the decision on the merits could neither be claimed in such case meaning that it would not be reasonable to call this a decision on the merits. **If the non-approving decision following the first phase of the procedure were the decision on the merits and the approving decision passed later were not to challenge, then the later establishment concerning the non-approving decision's unlawful nature would not***

affect the already passed approving decision. The court practice has formed this latter solution, which, however, can not be upheld.

With regard to the theory of binding force, approving decisions serving enforcement of SMP decisions are close to permitting decisions. The difference is that they do not grant rights but acknowledge lawfulness of the fulfilment of any obligation, i.e. they are acts issued as condition of validity. Thus, there is no individual execution procedure behind approving decisions, moreover, breach of approving decisions is not possible in itself. If the client does not act in accordance with the approving decision, then it breaches a legal rule or any other authority decision (usually the SMP decision) and, thus, sanctioning is also based on this. Decisions approving fee or draft reference offer are characterized by the feature that they do not prescribe civil relations between two parties but general rules of conduct as the entitled party is never nominated exactly in these decisions.

If SMP decision fails entire regulation of intervention to civil relations, enforcement of rights becomes significantly more difficult or impossible. This was the case during establishment of cost-based fees at mobile service providers, where the authority did not regulate the common conditions of the application of cost-based fees (with whom, since when, how often etc.), contrary to service providers obliged to reference offer where this was done by reference to a previous legal rule regulating this issue in detail.

As a consequence, in case of mobile service providers, cogent prescriptions concerning contractual relations among service providers are missing, which would be necessary so that the single elements of the civil relation between the two parties do not depend on the will of the two parties, as required to the extent of authority intervention.

In such case, the factual enforcement of rights depends on the SMP decision, the Decision on Fees and the contractual provisions where this latter facilitates in fact only the procedure of legal dispute to be conducted, however, it does not facilitate passing of a request decision in the market supervision procedure and then of sanctioning decision as the matter is not general contractual provisions. However, in case the procedure of legal dispute is conducted, also the possibility of imposing

fine in the market supervision procedure can be deduced in relation to the execution of the decision concerning this legal dispute. Undoubtedly, the coherent solution in the legal regulation would be that the decision approving draft reference offer (fee), the requesting decision passed in the market supervision procedure and finally the court decision mean enforcement of the SMP decision. In addition, the possibility to conduct procedures of legal dispute is available concerning several issues.

Thus, execution of SMP decisions is a process consisting of more decisions on the merits, which may ultimately extend to substantive penalizing. Currently, there are few possibilities for procedures of legal dispute to be adjudged by authorities in practice. Such interpretation of competences would be coherent with the previous dogmatic system, according to which, in case of disputes deriving from activity of price control (fee definition on the reference offer or without that), ***all establishments related to such civil law contracts or to the breach thereof can be grounded in the procedure of legal dispute, which is possible by joint application of the SMP decision, of the Decision on Fees and of the provisions of the specific contract and which is necessary both to determine the exact counter values and to order payment.*** The efficiency of the system, however, is seriously impaired by the 'forum-shopping' system related to the procedures of legal dispute, as a result of which, it can not be deduced that the procedures of legal dispute could be applied in all cases within the scope of enforcement of SMP decisions. This comes from the nature of 'forum-shopping' system deriving from community law, which is different from the logic of Hungarian statutory law.

It can be seen that, by reaching the field of civil law, jurisdiction has to use its executive power to interpret rules of competence in a flexible way. This flexible jurisdiction can rather be regarded as legislation. This regulatory jurisdiction floating between jurisdiction and legislation results in that legislation and jurisdiction must be equally considered also in theoretic aspect when estimating the legal and regulative environment; and the common hierarchy can not be presumed between activities of legislation and jurisdiction. This does not definitely mean a lower level of legal security or of calculability of law as compared to a traditional regulative environment as the authority's activity points ahead but it

significantly and undoubtedly unbalances the traditional relation between authority and client.

It should also be considered that SMP decisions and decisions enforcing them must be passed with regard to each other possibly at the same time and, they form direct legal basis of other authority decisions. Furthermore, SMP procedure is similar to a thorough law-preparatory procedure rather than a classic authority procedure. With regard to these we can state that in case of SMP decisions and other decisions enforcing SMP decisions to be passed only together, it is more correct to speak about “effect’ instead of binding force. Therefore, suspension of execution is not an adequate response to the suspension of SMP decisions’ effect but it would be more suitable to provide means suspending effect of regulation. Or, a suspensory effect should be provided from the beginning if court revision is initiated. This suggestion is also subject to the condition of the immediate procedure and of the court procedure’s professionalism. Neither of the conditions is available currently.

However, effectiveness of courts does not only depend on incompetence and slowness of Hungarian or other Member State’s courts but they have deeper reasons, namely the structural contradictions of the regulatory regime of community law. In theory, effectiveness of the system would be insured if legal remedy had suspensory effect on SMP decisions and the effect of SMP decisions would only arise if legal remedies were terminated in all Member States or regulation could be started on a satisfactory, legally regulated level with regard to the whole Union.

The revision of state decisions concerning community competition policy integrated into the union’s institution system by special courts could be related to this. These courts would operate with judges of special expertise and they would be connected by a network of courts, like in the case of Member State’s authorities.

Based on the foregoing experiences, ex-ante regulation can be performed within 2 or 3 years reasonably and, in case the above conditions are realised, the regulation can be entered into force within 1 or 2 years. This way, regulation can remain adequate.