



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA UOKiK W POZNANIU**

ul. Zielona 8, 61-851 Poznań
Tel. (0-61) 852-15-17, 852-77-50, fax (0-61) 851-86-44
E-mail: poznan@uokik.gov.pl

Poznań, dnia 13 lipca 2011 r.

RPZ- 61/5/11/AR

DECYZJA nr RPZ 12/2011

Stosownie do art. 33 ust. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50 poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, wszczętego z urzędu wobec Aflofarm Fabryka Leków Sp. z o.o. z siedzibą w Ksawerowie

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

- I.** na podstawie art. 27 ust. 2 w związku z art. 27 ust. 1 ww. ustawy uznaje się za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, określoną w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, działania Aflofarm Fabryka Leków sp. z o.o. z siedzibą w Ksawerowie polegające:
- wskazywaniu, że osoba rekomendująca suplement diety NeoMag Cardio w reklamie telewizyjnej posiada tytuł naukowy profesora i równocześnie jest ekspertem do spraw kondycji serca,
 - wskazywaniu, że osoba rekomendująca suplement diety NeoMag Forte w reklamie radiowej posiada tytuł naukowy profesora i równocześnie jest dietetykiem,

podczas gdy w rzeczywistości osoby występujące w reklamach nie posiadają ww. tytułów i wykształcenia, co stanowi reklamę wprowadzającą w błąd w rozumieniu art. 16 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.)

i stwierdza się zaniechanie jej stosowania odpowiednio:

- w odniesieniu do telewizyjnego spotu reklamowego suplementu diety NeoMag Cardio z dniem 24 lutego 2011 r.;
- w odniesieniu do spotu radiowego suplementu diety NeoMag Forte z dniem 20 października 2010 r.

- II.** na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nakłada się na Aflofarm Fabryka Leków sp. z o.o. z siedzibą w Ksawerowie w związku z naruszeniem zakazu, o którym mowa w art. 24 ust. 1 i 2 ww. ustawy, w zakresie opisanym w pkt I sentencji niniejszej decyzji karę pieniężną w wysokości [...] zł (słownie: ...złote), płatną do budżetu państwa.

Uzasadnienie

Postanowieniem z dnia 10 grudnia 2010 r. Prezes Urzędu wszczął postępowanie wyjaśniające mające na celu wstępne ustalenie, czy działania Aflofarm Fabryka Leków Sp. z o.o. z siedzibą w Ksawerowie (dalej również: Przedsiębiorca, Spółka), polegające na reklamowaniu preparatu Neomag, mogą stanowić praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W toku postępowania ustalono, że w telewizyjnym spocie reklamowym suplementu diety NeoMag Cardio występuje fikcyjna osoba określona w ramce - umieszczonej u dołu ekranu - jako: „Prof. Jan Strzelecki. Ekspert do spraw kondycji serca”. Ekspert ten w studiu telewizyjnym fikcyjnej stacji TNV, w programie „Wydarzenia dnia”, w wywiadzie przeprowadzanym z fikcyjną panią redaktor, rekomenduje suplement diety NeoMag Cardio. Identycznej treści reklama emitowana była w rozgłośniach radiowych. Przedsiębiorca stosuje również podobną wersję radiowej reklamy suplementu diety NeoMag Forte, w treści której posługuje się tytułem naukowym profesora i tytułem zawodowym dietetyka.

Jak wynika z oświadczenia Przedsiębiorcy, przy opracowywaniu i realizacji przedmiotowych reklam nie korzystał on z usług agencji reklamowej. Osoby udzielające wywiadu we wszystkich spotach reklamowych, występujące odpowiednio pod nazwiskiem i tytułem „profesor Jan Strzelecki -ekspert do spraw kondycji serca”, „profesor- dietetyk” oraz „profesor” są aktorami.

W wyniku analizy materiałów zgromadzonych w toku postępowania wyjaśniającego, postanowieniem z dnia 15 marca 2011r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes Urzędu) wszczął postępowanie w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, w związku z podejrzeniem stosowania przez Aflofarm Fabryka Leków sp. z o.o. z siedzibą w Ksawerowie praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów określonej w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 ww. ustawy, polegającej na:

- wskazywaniu, że osoba rekomendująca suplement diety NeoMag Cardio w reklamie telewizyjnej posiada tytuł naukowy profesora i równocześnie jest ekspertem do spraw kondycji serca,
- wskazywaniu, że osoba rekomendująca suplement diety NeoMag Forte w reklamie radiowej posiada tytuł naukowy profesora i równocześnie jest dietetykiem,

podczas gdy w rzeczywistości osoby występujące w reklamach nie posiadają ww. tytułów i wykształcenia, co może stanowić reklamę wprowadzającą w błąd w rozumieniu art. 16 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.)

Przedsiębiorca zawiadomiony o wszczęciu postępowania administracyjnego, pismem z dnia 01 kwietnia 2011 r. oświadczył, że nie zgadza się z zarzutami stawianymi przez Prezesa Urzędu i w całości im zaprzecza.

Ustosunkowując się do przedstawionego zarzutu Przedsiębiorca wskazał, że aktualnie przyjmuje się model konsumenta świadomego, samodzielnego i dostatecznie poinformowanego, wyposażonego w wiedzę i umiejętności, który powinien wykazać się pewnym poziomem uwagi i rozeznania. Równocześnie zwrócił uwagę na fakt, iż w obecnych czasach konsument poddawany jest różnym zabiegom marketingowym, a w związku z tym potrafi obiektywnie i rozsądnie oceniać zarówno formę jak i treść reklamy. Konsument, w ocenie Spółki, ma pełną świadomość tego, że reklama przedstawia fikcyjne sytuacje, w których określone aktorzy wcielają się w role

różnych postaci np członków rodziny, baletnicy, pracownika banku, księdza, strażaka. Przyjęcie przeciwnej koncepcji powodowałoby, zdaniem Przedsiębiorcy, wątpliwości odnośnie ustalenia w reklamie granicy pomiędzy fikcją a prawdą. Podążając tym tokiem rozumowania Spółka przyjęła, że gdyby granicą taką miało być posłużenie się autorytetem dla udzielenia rekomendacji produktu, powstałby problem kogo za taki autorytet uznać. W ocenie Przedsiębiorcy, już samo rozdzielenie bloku reklamowego od innych przekazów radiowych czy telewizyjnych specjalnymi sygnałami dźwiękowymi lub graficznymi przesądza o świadomości konsumenta odnośnie fikcyjności wywiadu czy programu informacyjnego, w ramach którego reklamuje się produkty Spółki. Konsument dysponuje zatem wiedzą, że osoby biorące udział w reklamie jedynie odgrywają rolę dziennikarki, profesora specjalisty do spraw kondycji serca i profesora dietetyka. Dodatkowo Przedsiębiorca podkreślił, iż druga część reklamy telewizyjnej została skonstruowana w taki sposób, aby konsument nie miał wątpliwości co do fikcyjności sytuacji przedstawionej w reklamie. Aktor odtwarzający rolę profesora prezentuje bowiem produkt trzymając przed sobą jego pudełko, a w końcu reklamy stojąc przed kamerą poleca produkt. Nie zachowuje się wobec tego tak, jak zdaniem Spółki, zachowywałaby się profesor polecający produkt. Sposób zachowania aktora wcielającego się w rolę profesora wyraźnie nastawiony jest na prezentację produktu w opakowaniu.

Po drugie, jak zauważył Przedsiębiorca, konsument nie jest wprowadzany w błąd co do tego, że produkty NeoMag Cardio i Forte posiadają rekomendację autorytetów medycznych. W rzeczywistości bowiem oba suplementy diety rekomendowane są przez specjalistę posiadającego tytuł profesorski – tj. [.....] sporządzonej w dniu 13 kwietnia 2010 r. W związku z faktem, iż rekomendujący zastrzegł sobie użycie jego danych personalnych do celów marketingowych, Spółka w reklamie radiowej preparatu NeoMag Forte posłużyła się jedynie tytułem naukowym, zaś w reklamie telewizyjnej suplementu diety NeoMag Cardio wykorzystano fikcyjne imię i nazwisko, a posłużono się rzeczywistym tytułem naukowym. Zatem, w ocenie Przedsiębiorcy, informacja zawarta w reklamach, że ww. produkty cieszą się uznaniem specjalisty posiadającego tytuł naukowy profesora jest prawdziwa i nie wprowadza konsumentów w błąd. Nie niweluje tego fakt, iż Spółka posłużyła się fikcyjnym imieniem i nazwiskiem, gdyż nie nawiązuje ono do żadnej istniejącej osoby, eksperta w dziedzinie kondycji serca, co mogłoby wywoływać skojarzenia z konkretną osobą udzielającą rekomendacji. Zdaniem Przedsiębiorcy, nie można mówić o bezprawności czy sprzeczności z dobrymi obyczajami spotów reklamowych jego produktów, gdyż w rzeczywistości posiadają one rekomendację autorytetu z dziedziny suplementów diety i bezpieczeństwa żywności i żywienia, który to zaleca ich stosowanie w sytuacjach wskazanych w reklamach (tj. w przypadku stresu, przemęczenia, skurczów, celem zapobiegania nieprawidłowościom funkcjonowania mięśni, w tym mięśnia sercowego). Tym samym przedmiotowe reklamy w żaden sposób nie zniekształcają u ich odbiorców wrażeń dotyczących preparatów NeoMag Forte i NeoMag Cardio.

dowód: rekomendacja dla produktów NeoMag Forte, Neomag Cardio, NeoMag Skurcz firmy Aflofarm Fabryka Leków Sp. z o.o. z 13.04.2010 r. wystawiona przez[...]- k.63-65 akt admin.

Przedsiębiorca podważając zasadność postawionego mu zarzutu, oświadczył także, iż celem usunięcia wątpliwości związanych z interpretacją zakwestionowanych reklam przez Prezesa Urzędu usunął z treści ww. reklam zwroty: „profesor”, z reklamy telewizyjnej zniknął podpis o treści: „prof. Jan Strzelecki, ekspert do spraw kondycji serca”. Ww. zapisy zostały usunięte z treści przedmiotowych reklam począwszy od dnia odpowiednio: 20 października 2010 r. w stosunku do reklamy radiowej suplementu diety NeoMag Forte, 24 lutego 2011 r. w stosunku do telewizyjnego spotu preparatu NoeMag Cardio. Równocześnie Spółka wskazała, iż ochrona konsumenta oraz dbałość o jego dobro i interes stanowi priorytet działalności Spółki Aflofarm. W każdym przypadku, gdy określona reklama budziła choćby najmniejszą wątpliwość powstania u konsumenta konfuzji, była ona korygowana lub wycofywana, by w ten sposób zapewnić najwyższą ochronę konsumenta.

Wysokość osiągniętego przychodu w 2010r. Przedsiębiorca udokumentował przesyłając zestawienie przychodów Spółki.

dowód: oświadczenie Zarządu Aflofarm Fabryka Leków Sp. z o.o. dotyczące osiągniętych przychodów w roku 2010 – k. 83 akt admin.

Prezes Urzędu ustalił, co następuje:

Aflofarm Fabryka Leków Sp. z o.o. z siedzibą w Ksawerowie jest przedsiębiorcą zarejestrowanym w Sądzie Rejonowym dla Łodzi- Śródmieścia w Łodzi, XX Wydział Krajowego Rejestru Sądowego pod nr KRS 0000042108 i prowadzi działalność gospodarczą w zakresie m.in. produkcji leków i pozostałych wyrobów farmaceutycznych, produkcji podstawowych substancji farmaceutycznych oraz hurtowej sprzedaży wyrobów farmaceutycznych.

dowód: odpis aktualny z KRS dotyczący Aflofarm Fabryka Leków sp. z o.o. – k.14-18 akt admin.

W ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej Spółka opracowała spoty reklamowe suplementów diety NeoMag odpowiednio: Forte, Cardio i Skurcz. W opracowywaniu i realizacji przedmiotowych reklam Spółka nie korzystała z usług agencji reklamowej. W 2009 r. Przedsiębiorca wprowadził na polski rynek [...] sztuk preparatu NeoMag Forte, [...] sztuk suplementu diety NeoMag Cardio. W 2010 r. (do 15 grudnia 2010 r.) Spółka sprzedawała łącznie na polskim rynku [...] sztuk NeoMag Forte, [...] NeoMag Cardio i [...] NeoMag Skurcz. Z kolei w okresie od 01 stycznia 2011 r. do 18 marca 2011 r. Spółka wprowadziła na polski rynek [...] sztuk preparatu NeoMag Cardio, [...] sztuk preparatu NeoMag Forte pakowanego w opakowaniach po 30 tabletek oraz [...] suplementu diety NeoMag Forte pakowanego po 50 pastylek.

dowód: pisma Przedsiębiorcy z dnia 03 stycznia 2011 i 01 kwietnia 2011r. k.4-5, 53-60 akt admin.

W zakwestionowanej reklamie telewizyjnej preparatu NeoMag Cardio, trwającej 30 sekund, mężczyzna udziela wywiadu w studiu telewizyjnym fikcyjnej stacji TNV dziennikarce programu zatytułowanego „Wydarzenia dnia”. Pomieszczenie, w którym przeprowadzany jest wywiad do złudzenia przypomina studia telewizyjne „Wiadomości” nadawanych w TVP 1, czy „Faktów” w TVN. W pierwszym kadrze reklamy widać dziennikarkę stojącą na tle studia, operatora kamery oraz sprzęt oświetlający studio. W tle widnieją monitory odtwarzające zarejestrowane przez kamerę sytuacje. W treści reklamy kobieta – redaktor informuje: „Polacy są coraz bardziej zestresowani i przemęczeni. Naukowcy alarmują: stres ma negatywny wpływ na kondycję naszego serca”. W międzyczasie, na ekranie telewizora pojawiają się zdjęcia: ekspresu do kawy, tłumu ludzi wysiadających i wsiadających do metra na nieokreślonej stacji oraz siedzącego przy stoliku, ubranego w garnitur mężczyzny, którego wygląd wskazuje na zmęczenie i stres. Następnie ponownie pojawia się obraz ze studia. Dziennikarka zwracając się do siedzącego obok niej mężczyzny pyta: „Panie profesorze, jak radzić sobie ze stresem i jednocześnie chronić serce? Mężczyzna, którego personalia – „prof. Jan Strzelecki, ekspert do spraw kondycji serca”, widnieją w „pasku” informacyjnym poniżej jego sylwetki, u dołu ekranu, odpowiada: „Stosować NeoMag Cardio. NeoMag Cardio to duża dawka magnezu, która wspomaga odporność na stres, a także glóg i potas, które dodatkowo wzmacniają i chronią serce”, prezentując równocześnie opakowanie suplementu diety NeoMag Cardio. Na końcu spotu mężczyzna ten dodaje: „Polecam również NeoMag Forte – nr 1, z podwójną dawką magnezu”. Przedmiotowa reklama, w formie opisanej powyżej, jest emitowana od 09 sierpnia 2010 r.

Reklama o generalnie tożsamej treści jest również emitowana w radio. W spotach dźwiękowych kobieta informuje, iż naukowcy alarmują, iż stres ma negatywny wpływ na kondycję naszego serca. Dalej pyta: „*Panie profesorze jak sobie z tym radzić?*”. Męski głos odpowiada: „*Stosować NeoMag Cardio. To magnez wzbogacony o glóg i potas, które wzmacniają i chronią serce*”.

dowód: płyta CD z reklamami telewizyjnymi i radiowymi suplementu diety NeoMag Cardio – k.19 akt admin.

Telewizyjna reklama suplementu diety NeoMag Cardio emitowana była w następujących kanałach telewizyjnych: TV Puls, TVN, TVN Siedem, Canal+, TVP 1, TV Polonia, TVP 2, TVP Kultura, TVP Sport, Polsat, TV4, TVP Info, National Geographic, Zig Zap, AXN, VH1, Kino Polska, Ale Kino, Viva Polska, Zone Reality, Superstacja, Zone Club, TVN Style, Planete, TVN 24, TVN Turbo, Canal+ Sport.

dowód: wykaz stacji telewizyjnych emitujących zakwestionowaną reklamę – k.6-8 akt admin.

Z kolei w spocie reklamowym suplementu NeoMag Forte pojawia się komunikat o treści: „*Wskutek majowej decyzji Ministra Zdrowia weszły w życie nowe, wyższe normy dziennego zapotrzebowania na magnez. W studiu dietetyk: Panie profesorze – stres, zmęczenie – rozumiem, że to główne przyczyny zmian w rozporządzeniu.*” W dalszej części ogłoszenia wypowiada się mężczyzna: „*Owszem, szybszy styl życia naturalnie zwiększa zapotrzebowanie na magnez w naszym organizmie*”. Następnie kobiecy głos zadaje temu samemu rozmówcy pytanie: „*Jakie jest rozwiązanie?*”. Mężczyzna odpowiada: „*NeoMag Forte z podwójną dawką magnezu. NeoMag Forte daje pewność, że w organizmie nie zabraknie magnezu*”. Radiowe spoty reklamowe były transmitowane począwszy od maja 2010 r.

dowód: płyta CD z reklamą suplementu diety NeoMag Forte – k. 19 akt admin.

Preparaty NeoMag Forte i Cardio były reklamowane w następujących stacjach radiowych: RMF FM, Zet, Złote Przeboje Radio Elita Bydgoszcz, Złote Przeboje Radio C Częstochowa, Złote Przeboje Jelenia Góra, Złote Przeboje Puls Lublin, Złote Przeboje Echo Nowy Sącz, Złote Przeboje Olle Opole, Złote Przeboje Pabianice, Roxy FM Poznań, Złote Przeboje Twoje Radio Wałbrzych, Złote Przeboje Zielona Góra, Złote Przeboje Białystok, Roxy FM Wrocław, Roxy Fm Katowice, Roxy FM Opole, Roxy FM Kraków, Złote Przeboje Trefl Trójmiasto, Złote Przeboje Na Fali Szczecin, Złote Przeboje Res Rzeszów, Złote Przeboje Kolor Wrocław, Złote Przeboje Wanda Kraków, Złote Przeboje Karolina Katowice, Roxy FM Warszawa, Złote Przeboje Pogoda Warszawa, Złote Przeboje Poznań. Przedmiotowe reklamy emitowane były w różnych porach dnia, w różnych blokach programowych. Przykładowo: 30 sekundowa reklama radiowa suplementów Neomag była emitowana w Radiu Zet w okresie od 15 października do 20 października od 3-5 razy dziennie. W tym samym okresie przedmiotowe spoty reklamowe były transmitowany w rozgłosniach sieci Roxy i ZP (łącznie 26 stacji) w sumie 650 razy.

dowód: wykaz stacji radiowych emitujących reklamy suplementów diety NeoMag Forte i NeoMag Cardio – k. 9-12 akt admin., kalkulacje emisji kampanii reklamowej w Grupie radiowej Agora – k. 31-34 akt admin., kalkulacja emisji kampanii reklamowych w Atelier Radio – k.29-30 akt admin.

W zakwestionowanych przez Prezesa Urzędu reklamach wystąpili aktorzy – [...] (w reklamach radiowych) i [...] (w reklamie telewizyjnej).

Ponadto, Spółka reklamowała ww. produkty na łamach prasy. W tym celu opracowała dwa zbliżone wzory ogłoszeń reklamowych preparatów. W pierwszym z nich, reklamie prasowej preparatu NeoMag Cardio, pojawił się następujący komunikat: „*stres ma negatywny wpływ na kondycję*

naszego serca. NeoMag Cardio to duża dawka magnezu wzbogacona w glóg i potas, która zwiększa odporność serca na stres. NeoMag Cardio chroni serce przed stresem.” Obok komunikatu pojawia się wizerunek siedzącej na krześle kobiety z laptopem na kolanach w geście wskazującym na silny stres. Z laptopa osuwają się na ziemię dokumenty. Dalej widnieje zdjęcie opakowania suplementu diety NeoMag Cardio, a przy nim odręcznie sporządzona lista spraw do załatwienia. W treści drugiego ogłoszenia reklamowego dotyczącego preparatu NeoMag Forte pojawia się następujący komunikat: *„Przy dzisiejszym tempie życia zwykła dawka magnezu nie wystarcza. Kiedy jesteś zestresowana, przemęczona i masz problemy z koncentracją, potrzebny jest Ci NeoMag Forte nr 1 z podwójną dawką magnezu”*. Obok widnieje zdjęcie biegającej kobiety, rozmawiającej przez telefon i upuszczającej pliki z korespondencją. Poniżej jest również odręcznie sporządzona lista spraw do załatwienia i zdjęcie opakowania reklamowanego preparatu.

Zgodnie z przedłożoną Prezesowi Urzędu dokumentacją, rekomendacji ww. środków udzieliła [...]. Przedmiotowa rekomendacja stanowi dwu i pół– stronicowy dokument, z czego dwie strony stanowi opis naukowo stwierdzonych właściwości magnezu, glógu i potasu oraz ich wpływu na organizm ludzki. Z treści ww. rekomendacji wynika również, iż: [...] Autorka rekomendacji, zgodnie z dyspozycją art. 16 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, odmówiła wyrażenia zgody na ujawnienie swoich danych do publicznej wiadomości. Jednocześnie zastrzegła, iż rekomendacja może być ujawniona tylko anonimowo.

dowód: rekomendacja z dnia 13 kwietnia 2010 r.- k. 63-65 akt admin.

Zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 10 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2000 Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.), pismem z dnia 21 czerwca 2011r. Przedsiębiorca został poinformowany o możliwości zapoznania się z materiałem dowodowym i wypowiedzenia się co do zebranych materiałów i dowodów zgromadzonych w aktach sprawy. Z uprawnienia tego Przedsiębiorca nie skorzystał.

Prezes Urzędu zważył, co następuje:

Stosownie do art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ochrona interesów przedsiębiorców i konsumentów podejmowana w ramach działań Prezesa Urzędu jest prowadzona w interesie publicznym. Działania oparte na przepisach niniejszej ustawy są zatem podejmowane w interesie publicznym, w celu ochrony interesów zbiorowości, a nie wprost poszczególnych, indywidualnych uczestników rynku. Naruszenie interesu publicznego stanowi bezwzględny warunek do uznania kompetencji Prezesa Urzędu do rozstrzygnięcia określonej sprawy. Interes publiczny zostaje naruszony wówczas, gdy oceniane działania godzą w interesy ogólnospołeczne i dotyczą szerokiego kręgu uczestników rynku i poprzez to powodują zaburzenia w jego prawidłowym funkcjonowaniu. Do naruszenia interesu publicznego dochodzi, gdy skutki określonych działań mają charakter powszechny, dotyczą wszystkich potencjalnych podmiotów na danym rynku.

W ocenie Prezesa Urzędu, rozpatrywana sprawa ma charakter publicznoprawny, albowiem wiąże się z ochroną interesu wszystkich konsumentów, którzy byli lub mogli stać się klientami Przedsiębiorcy. Z uwagi na to, że w niniejszej sprawie wyżej opisana przesłanka została spełniona, istnieje możliwość poddania zachowania Przedsiębiorcy dalszej ocenie pod kątem stosowania przez niego praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Przepis art. 24 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, iż przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działanie przedsiębiorcy. Konsumentem w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest osoba fizyczna dokonująca czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej

działalnością gospodarczą lub zawodową (art. 22¹ k.c. w zw. z art. 4 pkt 12 uokik). Zbiorowe interesy konsumentów podlegają ochronie przed działaniami przedsiębiorców, które są sprzeczne z prawem, tj. z przepisami określonych aktów prawnych oraz z zasadami współżycia społecznego i dobrymi obyczajami. W związku z powyższym, dla uznania działania przedsiębiorcy za niezgodne z zawartym w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów zakazem stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów należy wykazać, iż spełnione zostały kumulatywnie trzy następujące przesłanki:

- A) kwestionowane działanie jest działaniem przedsiębiorcy;
- B) działanie to jest bezprawne;
- C) działanie to godzi w zbiorowy interes konsumentów.

A)

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów zawiera legalną definicję przedsiębiorcy. Zgodnie z jej art. 4 pkt 1 uokik, pod pojęciem tym należy rozumieć przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 155, poz. 1905 ze zm.) oraz: a) osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o działalności gospodarczej, b) osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu, d) związek przedsiębiorców w rozumieniu pkt 2 – na potrzeby przepisów dotyczących (...) praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów (trzeci człon definicji przedsiębiorcy zawartej w art. 4 pkt 1 uokik [lit. c]) znajduje zastosowanie wyłącznie w postępowaniach w sprawach koncentracji). Natomiast w myśl art. 4 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, przedsiębiorcą w jej rozumieniu jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Właściwą dla przedsiębiorcy działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły (art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej).

Aflfarm - Fabryka Leków Sp. z o.o. z siedzibą w Ksawerowie jest spółką prawa handlowego wpisaną do Krajowego Rejestru Sądowego, prowadzącą we własnym imieniu działalność gospodarczą polegającą m.in. na produkcji i hurtowej sprzedaży leków i pozostałych wyrobów farmaceutycznych. Nie ulega zatem wątpliwości, iż posiada status przedsiębiorcy w rozumieniu powoływanego powyżej art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Tym samym Spółka przy wykonywaniu działalności gospodarczej podlega rygorom określonym w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów i jej działania mogą podlegać ocenie w aspekcie naruszenia zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

B)

Bezprawność, do której odwołuje się ustawodawca, tradycyjnie ujmowana jest jako sprzeczność z prawem. Stanowisko takie znajduje też oparcie w uzasadnieniu rządowego projektu ustawy nowelizacyjnej z dnia 5 lipca 2002 r. (Dz. U. Nr 129, poz. 1102), która wprowadziła do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przepisy regulujące postępowanie w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, zgodnie z którym „same przepisy art. 23a – 23d ustawy nie regulują konstrukcji bezprawności działań przedsiębiorcy. Działania te mogą

okazać się bezprawne w razie ustalenia, że doszło do naruszenia przepisów innych ustaw, także zasad współżycia społecznego i dobrych obyczajów.” Pogląd ten mimo, iż odnosi się do poprzednio obowiązujących przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 15 grudnia 2000 r., pozostaje nadal aktualny. Pojęcie „porządek prawny” obejmuje zatem nakazy i zakazy wynikające z normy prawnej, a także nakazy i zakazy wynikające z norm moralnych i obyczajowych określanych, jako zasady współżycia społecznego. Bezprawność jest kategorią obiektywną. Przy jej ocenie rozważyć należy każdorazowo kwestię, czy czyn sprawcy był zgodny, czy też niezgodny z obowiązującymi zasadami porządku prawnego. Źródłem tych zasad są normy prawa powszechnie obowiązującego - jako reguły postępowania wyznaczone przez nakazy i zakazy wynikające z norm prawa pozytywnego (w szczególności prawa cywilnego, karnego, administracyjnego, pracy, finansowego, ustaw i aktów prawnych regulujących poszczególne dziedziny gospodarki, itp.) oraz nakazy i zakazy wynikające z zasad współżycia społecznego, czyli tzw. dobre obyczaje (por.: G. Bieniek, Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga III. Zobowiązania. Tom I, Warszawa 2006, także Lex Polonica). O bezprawności działania decyduje całokształt okoliczności konkretnego stanu faktycznego (uzasadnienie do I PKN 267/2001 wyrok Sądu Najwyższego – Izba Administracyjna – Lex Polonica).

Sąd Najwyższy wskazał, że o bezprawności działania można mówić wówczas, gdy nie zachodzi żadna ze szczególnych okoliczności usprawiedliwiających określone działanie, tj. działanie dozwolone przez obowiązujące przepisy, wykonywanie prawa podmiotowego, zgoda pokrzywdzonego lub działanie w obronie uzasadnionego interesu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19.10.1989 r. II CR 419/89 OSP 1990/11-12 poz. 377).

Jako zachowania przedsiębiorcy, które stanowią praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów ustawodawca wskazuje w szczególności czyny nieuczciwej konkurencji (art. 24 ust. 2 pkt 3 uokik). Oznacza to, że jeśli mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.), który jednocześnie godzi w zbiorowe interesy konsumentów, takie działanie w świetle prawa może zostać uznane za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej również: uznk), czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeśli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W szczególności, czynem nieuczciwej konkurencji jest nieuczciwa lub zakazana reklama (art. 3 ust. 2 uznk). Konstrukcja czynu nieuczciwej konkurencji oparta jest na klauzuli generalnej (art. 3 ust. 1 uznk) oraz czynach stypizowanych określonych w art. 5 – 17 d uznk. W literaturze podkreśla się, iż klauzula generalna spełnia funkcję korygującą tzn. jeśli w konkretnym przypadku działanie sprawcy będzie spełniać hipotezę jednego z deliktów części szczególnej ustawy, a znajdzie brak przesłanek ujętych w art. 3 ust.1 uznk, to czynu takiego nie będzie można uznać za nieuczciwy.

W niniejszej sprawie Przedsiębiorcy zarzucono stosowanie czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 16 ust. 1 pkt 2 uznk, tj. wprowadzającej w błąd reklamy suplementów diety NeoMag Cardio i NeoMag Forte poprzez wskazywanie, że osoba rekomendująca ww. suplementy diety posiada tytuł naukowy profesora i równocześnie jest ekspertem do spraw kondycji serca (w przypadku reklamy telewizyjnej NeoMag Cardio), a osoba rekomendująca suplement diety NeoMag Forte w reklamie radiowej posiada tytuł naukowy profesora i równocześnie jest dietetykiem.

W pierwszej kolejności rozważyć należy, czy działania marketingowe Aflofarm Fabryki Leków sp. z o.o. stanowią reklamę. W art. 16 uznk nie zdefiniowano pojęcia „reklama”. W

literaturze wyrażono pogląd, iż reklamą jest wszelkiego rodzaju oddziaływanie przedsiębiorców na potencjalnych klientów podejmowanie w tym celu, aby przez zachwalanie towaru bądź usługi wywołać zainteresowanie dla warunków transakcji. Za reklamę należy uznać świadome działanie przedsiębiorcy zmierzające do promowania towarów lub usług przez wskazanie na ich cechy w taki sposób, aby u klientów (konsumentów) wywołać lub wzmocnić określone potrzeby. Sąd Najwyższy, w uzasadnieniu do orzeczenia z dnia 26 stycznia 2006r. (sygn. akt V CSK 83/05, Lex nr 191239) podkreślił, iż reklamą jest każda wypowiedź skierowana do potencjalnych konsumentów, odnosząca się do towarów, usług, a także przedsiębiorcy oferującego towary lub usługę, mająca na celu zachęcenie i skłonienie adresatów do nabywania towarów lub korzystania z usług. Zachęta może być wyrażona bezpośrednio, np. poprzez użycie określeń odpowiadających konkretnym czynnościom, w których wyniku nastąpi zbyt towarów lub usług, albo pośrednio – przez stworzenie sugestywnego obrazu towarów i usług, a także samego przedsiębiorcy, w stopniu narzucającym adresatom nieodpartą chęć nabycia towarów i usług. Reklama zawiera zatem dwa elementy: informacje o towarze lub usłudze oraz zachętę do nabycia dobra reklamowanego. Od informacji handlowej reklamę odróżnia łączne występowanie ww. składników. Mając na uwadze powyższe, należało uznać, iż działanie Przedsiębiorcy polegające na emisji w mediach telewizyjnych i radiowych spotów, stanowi reklamę, bowiem przekaz skierowany jest na zachęcenie i skłonienie adresatów do zakupu suplementów diety NeoMag.

Również przejęta do polskiego systemu prawnego Europejska Konwencja o Telewizji Ponadgranicznej z 05 maja 1989 r. przyjęta w ramach Rady Europy (Dz.U. z 1995 r., Nr 32, poz.160) wprowadza pojęcie reklamy rozumiane jako każdy publiczny przekaz nadawany za opłatą lub inną formą wynagrodzenia albo w celach autopromocji, zmierzający do promowania sprzedaży, zakupu lub wynajmu produktu lub usługi, promocji idei lub sprawy albo osiągnięcia innego efektu pożądanego przez reklamodawcę lub samego nadawcę prawnego. Ww. Konwencja wprowadza w Rozdziale III art. 11 ust. 2 zakaz stosowania reklam wprowadzających w błąd.

Wprowadzenie w błąd w sposób mogący wpłynąć na decyzje konsumentów

Zważyć należy, iż w gospodarce rynkowej sukces przedsiębiorcy w znacznej mierze zależy od tego, ilu klientów zdoła pozyskać. Podstawowym instrumentem walki o klienta jest właśnie reklama. Ma ona sterować wyborem klienta. Dla realizacji ww. zadania wykorzystuje się w praktyce różne środki perswazyjne, w tym takie, których celem lub skutkiem jest wywołanie błędnego wyobrażenia o towarze. Dążąc do ww. celu, przedsiębiorcy bardzo często zapominają więc o rzetelności handlowej, czego konsekwencją są nieuczciwe reklamy. Zgodnie z art. 16 ust. 1 pkt 2 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy jest reklama wprowadzająca w błąd i mogąca przez to wpłynąć na decyzję konsumenta co do nabycia towaru lub usługi. Dla określenia, kiedy reklama jest reklamą wprowadzającą w błąd muszą być brane pod uwagę wszystkie jej elementy. Wprowadzanie w błąd polega na wywoływaniu u adresata reklamy wyobrażeń niezgodnych ze stanem rzeczywistym. Przyczyną takich błędnych wyobrażeń o rzeczywistości mogą być także informacje prawdziwe, ale formułowane w sposób wieloznaczny, półprawdy, informacje nieprawdziwe oraz pominięcia informacji istotnych dla odbiorcy reklamy. Przy definicji reklamy wprowadzającej w błąd odwołać się można także do treści art. 2 lit b Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotyczącej reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej (Dz.Urz.UE.L.06.376.21). Zgodnie z treścią powołanego przepisu, reklama wprowadzająca w błąd jest każda reklama, która w jakikolwiek sposób, w tym przez swoją formę, wprowadza lub może wprowadzić w błąd osoby, do których jest skierowana lub dociera i która, z powodu swojej zwodniczej natury, może wpłynąć na ich postępowanie gospodarcze lub która, z tych powodów, szkodzi lub może szkodzić konkurentowi. **W omawianym przypadku wprowadzenie w błąd polegało na przedstawieniu w zakwestionowanych reklamach, że suplementy diety NeoMag Cardio i**

NeoMag Forte są rekomendowane przez konkretne autorytety naukowe i medyczne. Tymczasem, nie ma wątpliwości, że osoba, która podaje się w reklamie telewizyjnej suplementu diety NeoMag Cardio za profesora i eksperta do spraw kondycji serca – Jana Strzeleckiego oraz osoba podająca się w reklamie radiowej preparatu NeoMag Forte za profesora i dietetyka nie mają takiego wykształcenia, a z zawodu są aktorami. W niniejszej sprawie wprowadzenie w błąd jest więc, w ocenie Prezesa Urzędu, jednoznaczne.

Na ocenę reklamy jako wprowadzającej w błąd nie wpływa fakt, iż Spółka dysponuje opinią [...], w treści której rekomenduje ona preparaty należące do grupy NeoMag. Zważyć bowiem należy, iż Prezes Urzędu kwestionuje przede wszystkim formę prezentacji treści reklamy. Z kolei posłużenie się czymś tytułem naukowym i stworzenie fikcyjnej postaci wskazanej z imienia i nazwiska stanowi, w ocenie Prezesa Urzędu, nadużycie zaufania konsumentów, a w konsekwencji jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Konsumentowi nie jest obojętne, czy produkt rekomenduje jakikolwiek profesor bez specjalizacji, czy też jest to wyspecjalizowany ekspert w określonej dziedzinie, której dotyczy sporny spot reklamowy. Zważyć także należy, iż osoba rekomendująca w rzeczywistości suplementy diety zaliczane do grupy NeoMag nie posiada wskazanych w zakwestionowanych spotach reklamowych tytułów zawodowych tj. eksperta do spraw serca czy dietetyka. Prezes Urzędu szczegółowo przeanalizował życiorys [...], stanowiący załącznik do wystawionej przez nią rekomendacji z dnia 13 kwietnia 2010 r. Jedynym „śladem”, który wskazywałby na dysponowanie przez ww. osobę specjalistyczną wiedzą praktyczną w zakresie dietetyki jest jednoroczne członkostwo w Zespole doradców ds. suplementów diety przy Głównym Inspektorze Sanitarnym. Nie przesądza to jednak, zdaniem Prezesa Urzędu, o prawie do posługiwania się przez tą osobę tytułem dietetyka. Dietetykiem jest bowiem specjalista interdyscyplinarny, skupiający się na badaniu produktów żywnościowych, planowaniu, nadzorowaniu i stosowaniu na podstawach naukowych żywienia indywidualnego i zbiorowego dla wszystkich grup ludności. Zajmuje się on prawidłowym i racjonalnym odżywianiem, zwłaszcza w czasie choroby i w specjalnych stanach organizmu ludzkiego. Jego wiedza obejmuje zarówno pochodzenie żywności, jak i proces przygotowania potraw, a także problematykę jej dostosowania do potrzeb organizmu w zależności od jego stanu i wieku. Do zadań dietetyka należy również prowadzenie dokumentacji rozliczeniowej zaopatrzenia, produkcji i dystrybucji potraw. Dietetyk nadzoruje i kontroluje jakość stosowanych do produkcji surowców oraz warunki ich przechowywania. Uczestniczy w ocenie stanu odżywienia pacjentów i określonych grup ludności. Sporządza karty dietetyczne dla pacjentów opuszczających szpital (sanatorium). Prowadzi działalność oświatową w zakresie prawidłowego żywienia. Warto dodać, iż projekcie ustawy o niektórych zawodach medycznych (nr druku 846 na Sejm VI Kadencji), w art. 1 ust. 1 pkt 2, jako regulowany zawód medyczny przewiduje się zawód dietetyka.

[...] nie posiada też specjalizacji w dziedzinie kardiologii, stąd również ewentualne posługiwanie się przez nią tytułem eksperta do spraw kondycji serca jest, w ocenie Prezesa Urzędu, bezprawne. Biorąc pod uwagę powyższe, nie sposób uznać, że aktor wcielając się w telewizyjnej reklamie suplementu diety NeoMag Cardin w rolę profesora i równocześnie eksperta do spraw kondycji serca oraz lektor w radiowej reklamie suplementu diety NeoMag Forte odgrywający rolę profesora i dietetyka stanowią *alter ego* osoby, która w rzeczywistości rekomenduje przedmiotowe preparaty. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby, zdaniem Prezesa Urzędu, do niedopuszczalnego nadużywania w obrocie z konsumentami marketingowej agitacji, stanowiącej *de facto* manipulację faktami.

Reklama wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji – reklamy wprowadzającej w błąd, jeżeli jest w stanie wpłynąć na decyzję adresata. Decydującym miernikiem w tej kwestii nie jest subiektywna ocena twórcy reklamy, a obiektywny odbiór danej reklamy przez

konsumentów (por. I. Wiszniewska, „Polskie Prawo Reklamy”, Warszawa 1998, str. 32). Błąd zawarty w reklamie powinien być na tyle istotny, aby miał wpływ na decyzję klienta co do zakupu towaru lub usługi. Kryterium stanowi wrażenie, jakie reklama wywołuje na przeciętnym odbiorcy, do którego jest skierowana. Wystarczy zatem, że konsument wierzy, że reklamowany towar posiada lepsze właściwości aniżeli jego odpowiednik oferowany przez innych przedsiębiorców będących jego konkurentami. Przyjąć przy tym należy wzorzec przeciętnego konsumenta. Co prawda ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie definiuje pojęcia przeciętnego konsumenta, ale w tym zakresie odwołać się należy do ww. definicji zawartej w ustawie z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (DZ.U. z 2007 r., Nr 171, poz. 1206). Zgodnie z treścią art. 2 pkt 8 omawianej ustawy, za przeciętnego konsumenta uważa się konsumenta, który jest dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny; oceny dokonuje się z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych, językowych i przynależności danego konsumenta do szczególnej grupy konsumentów. Taki konsument posiada określony zasób informacji o otaczającej go rzeczywistości i potrafi go wykorzystać dokonując analizy przekazów rynkowych. Jest to konsument sceptyczny wobec kierowanych do niego praktyk rynkowych, który umiejętnie korzysta ze stworzonych możliwości wyboru. Wskazać jednocześnie należy, iż orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wskazuje na konieczność odniesienia powyższych cech przeciętnego konsumenta do produktu, do którego odnosi się dana praktyka rynkowa (wyrok ETS z dnia 22 czerwca 1999r., C-342/97, wyrok ETS w sprawie Gurt Springenheide i Tusky C-210/96). Zgodnie z wyrokiem SN z dnia 3 grudnia 2003 r. o sygn. akt I CK 358/02, kryteria mające kształtować wzorzec przeciętnego klienta i ustalenia dotyczące przesłanek określonych w art. 16 ust. 1 pkt 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie mogą pomijać możliwości samodzielnej weryfikacji uzyskanych informacji i wyobrażeń przez adresata reklamy o towarze, warunków panujących na określonym segmencie rynku, a także potrzeb, do zaspokojenia których uczestnik rynku zmierza podejmując decyzję o nabyciu reklamowanego towaru. Nie należy jednak zapominać o tym, iż model przeciętnego konsumenta podlega korygowaniu w zależności od okoliczności konkretnego stanu faktycznego bądź rodzaju reklamowanego towaru lub usługi. Podkreślić należy, że niniejszy test przeciętnego konsumenta jest testem dynamicznym, tzn. nakazuje on dokonywać oceny „przeciętnego konsumenta” z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych, językowych i przynależności danego konsumenta do szczególnej grupy w sytuacji, gdy praktyki rynkowe kierowane są do określonej zbiorowości (tzw. segmentacja konsumentów np. dzieci, osoby starsze czy osoby niepełnosprawne). Taki pogląd znalazł również uznanie w orzecznictwie polskich sądów. Należy także podkreślić, że stanowisko ukształtowane w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości domaga się wprowadzić od konsumenta rozsądku i uwagi (vide: wyrok ETS z dnia 13 marca 1984 r. w sprawie Bocksbeutel v. K.Prantl w sprawie o sygn. C-16/84, Zb. Orz. 1299), ale jednocześnie daje mu prawo do rzetelnej informacji, niewprowadzającej w błąd, zawierającej wszelkie niezbędne dane wynikające z funkcji i przeznaczenia towaru lub usługi wyrok ETS z dnia 13 grudnia 1991 r. w sprawie RTT v. GB-Inno-BM (sygn. C-18/88, Zb. Orz. I-5941). ETS podkreśla wagę obowiązku udzielania konsumentom prawdziwej i pełnej informacji już na etapie promocji czy reklamy. Brak podawania rzetelnych, pełnych i prawdziwych informacji uniemożliwia konsumentom dokonanie swobodnej i rzeczowej oceny oferowanych na rynku towarów i usług, co może wprowadzać w błąd konsumentów.

Przenosząc powyższe uwagi na grunt niniejszej sprawy podnieść należy, iż charakter prowadzonej przez Przedsiębiorcę działalności gospodarczej, jak i rodzaj sprzedawanych przez niego produktów, wskazuje na fakt, że ww. oferta nie była kierowana do jakiejś określonej, dającej się wyodrębnić grupy konsumentów. Suplementy diety uzupełniające niedobór magnezu nie stanowią leków w rozumieniu cyt. powyżej ustawy Prawo farmaceutyczne. Suplementy diety dopuszcza do obrotu w Polsce Główny Inspektor Sanitarny i podległe mu urzędy. Co do zasady

suplementy, w postaci czy to tabletek, czy kapsulek, proszków lub płynów, dostarczają w skoncentrowanej formie składniki odżywcze lub inne substancje o działaniu żywieniowym lub fizjologicznym. Ich stosowanie sprzyja uzupełnieniu codziennej diety deficytowej w niektóre składniki mineralne czy witaminy. Są zatem przeznaczone co do zasady dla osób zdrowych, którym stosowana przez nie dieta nie dostarcza wystarczającej ilości składników mineralnych i witaminowych. Są powszechnie dostępne w obrocie z konsumentami. Można je nabyć za stosunkowo niewielką cenę nie tylko w aptekach, ale w sklepach spożywczych oraz z artykułami przemysłowymi. Dokonując wyboru określonego suplementu, a potem jego zakupu konsument z pewnością nie przywiązuje takiej uwagi do cech produktu i jego ceny jak, przykładowo, przy zakupie drogiego sprzętu gospodarstwa domowego. Innymi słowy, zakup suplementów diety traktują jako przeciętną czynność życia codziennego. **Będzie to zatem konsument dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny przy uwzględnieniu czynników społecznych, kulturowych i językowych – charakterystycznych dla osób zawierających drobne umowy sprzedaży.**

W tym miejscu należy odnieść się do treści reklam, które nadmiernie podkreślają cechy towaru (np. co do jakości, cen, funkcjonowania, dostępności lub innych cech towaru lub usługi). Należy mieć na względzie, iż reklama ma charakter nieobiektywny i polega na agitacji - przedsiębiorca ma na celu zachęcenie konsumenta do zakupu towaru lub usługi. Niekiedy jednak przedsiębiorca w swym działaniu przekracza granice dopuszczalnej przesady, która może wywołać błąd, wówczas gdy składniki reklamy, mogą wywierać decydujący wpływ na powstanie błędnego wyobrażenia odbiorcy o reklamowanym towarze lub usłudze. W toku niniejszego postępowania Przedsiębiorca podkreślał, iż stosowany przez niego przekaz reklamowy jest podobny do powszechnie używanych w reklamach suplementów diety, past do zębów czy środków spożywczych dla niemowląt. Przywołane przez Przedsiębiorcę porównanie uznać należy za całkowicie chybione. Całkowicie inny wydźwięk ma bowiem reklama pasty do zębów w treści której ww. produkt rekomenduje ubrana w biały fartuch lekarski anonimowa osoba odgrywająca rolę dentysty, a inny reklama, w treści której odwołuje się do konkretnej osoby, podanej z imienia i nazwiska, z tytułem profesorskim oraz odwołaniem się do jej szczególnych umiejętności zawodowych (ekspert do spraw kondycji serca czy dietetyk). Taka forma reklamy powołująca się na utrwalony w naszym społeczeństwie autorytet, jakim powszechnie cieszą się osoby wykonujące zawód lekarza, w większym stopniu przykuwa uwagę przeciętnego konsumenta niż reklamy produktów rekomendowanych przez anonimowe osoby. Większym zaufaniem konsument obdarza bowiem towar, który jest polecany przez osoby posługujące się konkretnymi tytułami naukowymi i zawodowymi wskazującymi na pogłębioną wiedzę dotyczącą określonej dziedziny. **Zdaniem Prezesa Urzędu, posłużenie się wizerunkiem specjalisty- praktyka w dziedzinie medycyny, a dodatkowo posiadającego tytuł naukowy profesora, wywołuje u konsumenta wyobrażenie, że kwestionowany suplement leku jest rekomendowany przez uznany autorytet w dziedzinie kardiologii czy dietetyki jako najlepiej działający z obecnych na rynku suplementów diety specyfików stanowiących ich substytut. Stąd należy uznać, iż posłużenie się wizerunkiem fikcyjnego specjalisty do spraw kondycji serca czy dietetyka posiadających tytuł naukowy profesora nie stanowi dozwolonej reklamy przesadnej, lecz wprowadza w błąd.** Działanie to, w ocenie Prezesa Urzędu, uniemożliwia konsumentom dokonanie świadomego, a zatem efektywnego wyboru. W konsekwencji w omawianym przypadku mamy do czynienia z wprowadzeniem w błąd, poprzez użycie informacji wywołujących u adresata reklamy mylne wyobrażenie co do rekomendacji sprzedawanego produktu. Prezes Urzędu nie podziela przy tym twierdzeń Spółki odnośnie posługiwania się w „marketingowej” rzeczywistości określonymi autorytetami. Całkowicie bezpodstawne jest porównanie reklamy środków spożywczych przeznaczonych dla niemowląt, w których produkt promuje kobieta odgrywająca rolę matki, z fikcyjnym specjalistą w dziedzinie medycyny, a zarazem naukowcem promującym preparaty typu suplement diety. Zważyć bowiem

należy, iż siła oddziaływania reklamy wykorzystującej wizerunek lekarza polecającego określony produkt jest dużo większa aniżeli reklama, w której rodzic poleca dany towar. Różnica opiera się bowiem na specjalistycznej, popartej tytułem naukowym wiedzy dotyczącej poszczególnych składników suplementu i jego wpływu na nasze zdrowie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Prezes Urzędu uznał działanie Przedsiębiorcy polegające na reklamowaniu suplementów diety NeoMag Cardio i NeoMag Forte poprzez wykorzystanie wizerunku i autorytetu fikcyjnych naukowców i specjalistów z zakresu kardiologii i dietetyki za czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 16 ust. 1 pkt 2 uznk tj. za reklamę wprowadzającą konsumentów w błąd.

Jedynie na marginesie podkreślić należy, iż w Polsce na zasadach dobrowolności obowiązuje opracowany przez Związek Stowarzyszeń Rada Reklamy Kodeks Etyki Reklamy. Zgodnie z jego założeniami, reklamy nie powinny zawierać żadnych treści, które bezpośrednio lub pośrednio, przez pominięcie, dwuznaczność i przesadę mogłyby wprowadzić w błąd konsumenta, w szczególności w odniesieniu wartości i rzeczywistej ceny usługi. W świetle art. 8 ww. aktu, reklama nie może nadużywać zaufania odbiorcy, ani też wykorzystywać jego brak doświadczenia lub wiedzy. Z kolei zgodnie z art. 10 ust. 1 a) Kodeksu Etyki Reklamy, reklamy nie mogą wprowadzać w błąd jej odbiorców, w szczególności w odniesieniu do istotnych cech, w tym właściwości, składu, metody, daty produkcji, przydatności, ilości, pochodzenia (w tym geograficznego) reklamowanego produktu. Wskazać należy, że przed Komisją Etyki Reklamy, pod sygn. akt K/104/10 toczyło się przeciwko Aflofarm Fabryka Leków Sp. z o. o. postępowanie w sprawie spotu reklamowego preparatu farmaceutycznego Neomag Cardio. Zespół Orzekający ww. Komisji postanowił uznać, że w ww. reklamie powinna być wprowadzona zmiana w taki sposób, aby nie naruszała ona Kodeksu Etyki Reklamy. Przedmiotowej reklamie zarzucono, że jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i nie była prowadzona w poczuciu odpowiedzialności społecznej. Zespół Orzekający stwierdził, iż konsumenci mają zaufanie do pracowników naukowych szczególnie do profesorów, a tytułowanie lektora reklamy tytułem profesora, którego w rzeczywistości lektor nie posiada, wprowadza konsumentów w błąd, co szczególnie w przypadku tego typu produktu nie powinno mieć miejsca. Orzeczenie Komisji Etyki Reklamy pozbawione jest jednak mocy prawnej i nie sposób wyegzekwować jego wykonania. Zważyć równocześnie należy, że Aflofarm Fabryka Leków Sp. z o.o. nie jest członkiem Związku Stowarzyszeń Rada Reklamy.

C)

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie podaje definicji „zbiorowego interesu konsumentów”, wskazując jednak w przepisie art. 24 ust. 3, że nie jest nim suma indywidualnych interesów konsumentów. Naruszenie zbiorowego interesu konsumentów oznacza zatem narażenie na uszczerbek interesów znacznej grupy lub wszystkich konsumentów, poprzez stosowaną przez przedsiębiorcę praktykę, obejmującą tak działania, jak i zaniechania. Ponadto, godzenie w zbiorowe interesy konsumentów może polegać zarówno na ich naruszeniu, jak i na zagrożeniu ich naruszenia. O tym, czy naruszony został interes zbiorowy, nie zawsze przesądza kryterium ilościowe, ponieważ niekiedy jeden ujawniony przypadek naruszenia prawa konsumenta może być przejawem stosowanej praktyki naruszającej interes zbiorowy. W jednym z orzeczeń Sąd Najwyższy stwierdził, iż *nie jest zasadne uznawanie, że postępowanie z tytułu naruszenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów można wszcząć tylko wtedy, gdy zagrożone są interesy wielu odbiorców, a nie jest to możliwe w sytuacji, gdy pokrzywdzonym jest tylko jeden konsument. Wydawane orzeczenie ma bowiem wymiar znacznie szerszy, pełni także funkcję prewencyjną, służy bowiem ochronie także nieograniczonej liczbie potencjalnych konsumentów* (wyrok SN z dnia 12 września 2003 r., I CKN 504/01).

Nie ulega wątpliwości, że działanie przedsiębiorcy godzi w interesy konsumentów wtedy, gdy wywołuje negatywne skutki w sferze ich praw i obowiązków. Natomiast przez interes zbiorowy należy rozumieć interes dotyczący konsumentów jako określonej zbiorowości. Dla stwierdzenia naruszenia zbiorowych interesów konsumentów istotne jest ustalenie, że konkretne działanie przedsiębiorcy nie ma ściśle określonego adresata, lecz jest kierowane do nieoznaczonego z góry kręgu podmiotów. Jak podnosi się w doktrynie, w pojęciu praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów mieści się także działanie przedsiębiorcy skierowane wprawdzie do oznaczonych (zindywidualizowanych), ale za to dostatecznie licznych konsumentów, o ile przy tym konsumentów tych łączy jakaś wspólna cecha rodzajowa. Wówczas bowiem poszkodowana zostaje pewna grupa konsumentów, nie będąca jedynie – z punktu widzenia przedsiębiorcy stosującego daną praktykę – zbiorowością przypadkowych jednostek, lecz stanowiącą określoną i odrębną kategorię konsumentów, reprezentującą w znacznym stopniu wspólne interesy (M. Szydło, *Publicznoprawna ochrona zbiorowych interesów konsumentów*, Monitor Prawniczy 2004/17/791). Należy zatem przyjąć, że zbiorowy interes konsumentów nie musi odnosić się do nieograniczonej liczby konsumentów, których nie da się zindywidualizować, gdyż brak indywidualizacji nie sprzeciwia się możliwości wyodrębnienia kategorii bądź zbioru konsumentów o pewnych cechach. Oznacza to, że nie ilość faktycznych, potwierdzonych naruszeń, ale przede wszystkim ich charakter, a w związku z tym możliwość (choćby tylko potencjalna) wywołania negatywnych skutków wobec określonej zbiorowości przesądza o naruszeniu zbiorowego interesu.

W niniejszej sprawie, bez wątpienia mamy do czynienia z godzeniem w interesy potencjalnie nieograniczonej liczby konsumentów. Na praktykę Spółki mógł być narażony każdy konsument – potencjalny nabywca suplementów diety NeoMag, który pod wpływem wyemitowanej reklamy telewizyjnej czy radiowej gotowy był nabyć ww. preparaty. Prezes Urzędu, podejmując rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie, nie opierał się zatem na indywidualnych przypadkach przedstawianych przez konsumentów, a wziął pod uwagę działania Spółki odnoszące się do naruszenia zbiorowych interesów konsumentów, a więc pewnej, potencjalnie nieograniczonej liczby konsumentów. Działania podejmowane przez Prezesa Urzędu w ramach postępowania w sprawie stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów nie dotyczą bowiem, co zostało podkreślone powyżej, sytuacji pojedynczych konsumentów, lecz zaburzeń na rynku, w rozumieniu negatywnych zjawisk charakteryzujących jego funkcjonowanie (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie, sygn. VI ACa 196/06). Podejmowane przez Prezesa Urzędu działania mają bowiem przeciwdziałać tak rozumianym dysfunkcjom rynkowym także poprzez kształtowanie właściwych postaw rynkowych, wyznaczając wymagane i oczekiwane standardy zachowań uczestników rynku.

Naruszenie zbiorowego interesu konsumentów powiązane jest z naruszeniem ich interesów gospodarczych rozumianych jako interesy stricte ekonomiczne (o wymiarze majątkowym), jak również prawo konsumentów do uczestniczenia w przejrzystych i niezakłóconych przez przedsiębiorcę warunkach rynkowych. W tym drugim przypadku z naruszeniem interesów ekonomicznych będziemy mieć do czynienia wówczas, gdy przedsiębiorca nie zapewnia konsumentom możliwości dokonywania transakcji handlowych przy całkowitym zrozumieniu rzeczywistego sensu ekonomicznego i prawnego warunków dokonywanych czynności na etapie przedkontraktowym, czego urzeczywistnieniem jest m.in. abstrakcyjnie pojmowane prawo do rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji w komunikacji pomiędzy przedsiębiorcą a konsumentem. Na gruncie przedmiotowej sprawy do naruszenia zbiorowych interesów konsumentów doszło zatem poprzez skierowanie do konsumentów prawdziwego, co do istoty jego treści, przekazu reklamowego, ale przedstawionego przez osoby nielegitymujące się wskazanymi w spotach tytułami naukowymi i zawodowymi. Działanie Spółki mogło zatem wpływać na decyzję konsumentów w przedmiocie nabycia danego preparatu. W ocenie Prezesa

Urzędu, rekomendacja suplementu diety przez osobę posiadającą specjalistyczne kwalifikacje i tytuł naukowy, stanowi istotny czynnik wpływający na ewentualny zakup tego właśnie preparatu.

Równocześnie zaznaczyć należy, iż zakwestionowane reklamy były prezentowane w różnych środkach masowego przekazu, na antenie kilkudziesięciu stacji radiowych i telewizyjnych. Co do zasady, przyjmuje się że największą siłę oddziaływania ma reklama telewizyjna, skierowana do szerokiego kręgu odbiorców bez ich pozycjonowania. Spółka nie jest bowiem w stanie przewidzieć, jaki odbiorca będzie oglądał określoną reklamę w telewizji. Należy zatem przyjąć, że odbiorcą takiej reklamy mógł być każdy.

Biorąc pod uwagę powyższe w niniejszej sprawie, Prezes Urzędu uznał, że zarzucana praktyka godziła w zbiorowe interesy konsumentów.

Zgodnie z treścią art. 27 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu wydaje decyzję o zaniechaniu stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, jeżeli przedsiębiorca zaprzestał stosowania przedmiotowej praktyki. Zatem stosowanie przez przedsiębiorcę praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, a następnie zaniechanie jej stosowania w toku postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, obliuguje Prezesa Urzędu do wydania decyzji w trybie art. 27 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W niniejszym postępowaniu Spółka zaniechała stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów. W odniesieniu do radiowego spotu reklamowego preparatu NeoMag Forte Przedsiębiorca zmodyfikował jego brzmienie poprzez usunięcie z treści reklamy zwrotu „Panie Profesorze” oraz tytułu zawodowego – dietetyk. Zmieniona reklama jest emitowana w radio począwszy od dnia 20 października 2010 r. Z dniem 24 lutego 2011 r. Spółka zaprzestała emisji telewizyjnego spotu reklamowego suplementu diety NeoMag Cardio, a z dniem 23 marca 2011 r. zaprzestano emisji spotu radiowego ww. produktu.

Biorąc pod uwagę powyższe, na podstawie art. 27 ust. 2 w związku z art. 27 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu stwierdził zaniechanie jej stosowania.

Kara pieniężna

Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu może w drodze decyzji nałożyć na przedsiębiorcę, który dopuścił się stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, w rozumieniu art. 24 ustawy, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary.

Z powołanego wyżej przepisu wynika, że kara pieniężna ma charakter fakultatywny. Zatem o tym, czy w konkretnej sprawie w odniesieniu do wskazanego przedsiębiorcy zasadne jest nałożenie kary pieniężnej decyduje, w ramach uznania administracyjnego, Prezes Urzędu. Zwrócić należy uwagę, iż przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie określają jakichkolwiek przesłanek, od których uzależnione byłoby podjęcie decyzji o nałożeniu kary. Ustawodawca wskazał jedynie w art. 111 cyt. ustawy te okoliczności, które Prezes Urzędu winien uwzględnić decydując o wymiarze kary pieniężnej, wymieniając okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy.

Biorąc pod uwagę okoliczności sprawy, przede wszystkim charakter zarzuconej Przedsiębiorcy praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów oraz skalę naruszenia, Prezes Urzędu uznał, że nałożenie kary pieniężnej na Aflofarm Fabryka Leków Sp. z o.o. jest w pełni uzasadnione.

Ustalenie kary w przedmiotowej sprawie miało charakter wieloetapowy, co spowodowane było zaistnieniem w postępowaniu okoliczności mających wpływ na jej wysokość. Ustalając wymiar kary pieniężnej Prezes Urzędu w pierwszej kolejności dokonał oceny wagi stwierdzonej praktyki i na tej podstawie ustalił kwotę bazową, stanowiącą podstawę do dalszych ustaleń wysokości kary, a następnie – w oparciu o zaistniałe w sprawie okoliczności mające wpływ na wysokość kary – dokonał gradacji ustalonej w ten sposób kwoty bazowej.

Przychód osiągnięty przez Aflofarm Fabryka Leków Sp. z o.o. w 2010 r. wyniósł [...] zł. Maksymalna kara pieniężna, która mogłaby zostać nałożona na Przedsiębiorcę to w przybliżeniu [...] zł.

Zaznaczyć należy, że Przedsiębiorcy przypisano stosowanie praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów polegającej na wskazywaniu w reklamie telewizyjnej suplementu diety NeoMag Cardio, że osoba go rekomendująca posiada tytuł naukowy profesora i równocześnie jest ekspertem do spraw kondycji serca, a w reklamie radiowej NeoMag Forte posiada tytuł naukowy profesora i równocześnie jest dietetykiem, podczas gdy w rzeczywistości osoba występująca w reklamach nie posiada ww. tytułu i wykształcenia, co stanowi reklamę wprowadzającą w błąd. Przedmiotowa praktyka ujawniła się na etapie przedkontraktowym ukierunkowanym na pozyskanie klienta i skłonienie go do zawarcia kontraktu. Zakwestionowane przez Prezesa Urzędu spoty reklamowe nie były kierowane do z góry określonego kręgu odbiorców. Zważyć bowiem należy, iż preparaty stanowiące suplementy diety zalecane są dla osób w różnym wieku, w tym także zdrowych, niezależnie od choroby lub okresu rekonwalescencji. Uznać zatem należy, iż stosowana przez Przedsiębiorcę praktyka nie była skierowana do określonej grupy konsumentów, w szczególności do grupy tzw. konsumentów „wrażliwych”. Nie zmienia to oczywiście wniosku, iż posłużenie się fikcyjnym autorytetem naukowca i specjalisty – praktyka w jednej osobie uznawać należy za naganne. Zarzucana Przedsiębiorcy praktyka nie miała charakteru długotrwałego – Aflofarm Fabryka Leków Sp. z o.o. emitował ww. reklamy telewizyjne od 09 sierpnia 2010 r., a radiowe od maja 2010 r. Zatem przedmiotowa praktyka stosowana była na przestrzeni około sześciu - siedmiu miesięcy. Niemniej jednak cechowała się znaczną intensywnością albowiem prowadzona była w wielu stacjach telewizyjnych i radiowych. Równocześnie miarkując wysokość kwoty bazowej stanowiącej podstawę ustalenia kary pieniężnej Prezes Urzędu wziął pod uwagę fakt, że Przedsiębiorca począwszy od 20 października 2010 r. emitował zmodyfikowaną wersję reklamy preparatu NeoMag Forte, z której treści usunęła słowa „profesor” i „dietetyk”. Nadto, zaprzestał emisji reklamy telewizyjnej suplementu NeoMag Cardio w dniu 24 lutego 2011 r., zaś reklamy radiowej tego suplementu w dniu 23 marca 2011 r.

Przy nakładaniu kary istnieje konieczność spełnienia przesłanek podmiotowych, tj. stwierdzenia, że określone naruszenie dokonane było co najmniej nieumyślnie. W świetle obowiązujących przepisów prawa nieumyślność naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie wyklucza istnienia podstaw do nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej. Stwierdzenie nawet nieumyślnego naruszenia przepisów ww. ustawy daje zatem podstawę do nałożenia kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zgodnie z art. 83 Konstytucji RP, każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży tym bardziej na profesjonalnych uczestnikach obrotu rynkowego. Podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny przewidywać, że podejmowane przez nie działania mogą być uznane przez Prezesa Urzędu za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów. Jeżeli przedsiębiorcy mimo to naruszają reguły chroniące zbiorowe interesy konsumentów, uzasadnione jest zastosowanie

wobec nich kar pieniężnych, już wówczas gdy mieli możliwość przewidzenia, że ich działania naruszają prawo lub gdy nie dołożyli należytej staranności, by norm prawa ochrony konsumentów nie naruszyć.

W ocenie Prezesa Urzędu, Aflofarm Fabryka Leków Sp. z o.o. decydując się na samodzielne, z pominięciem wyspecjalizowanej agencji reklamowej, opracowanie spotów reklamowych produkowanych przez siebie suplementów leków powinien rozważyć wszelkie okoliczności dotyczące przekazania w tej formie i o takiej treści informacji o reklamowanych preparatach, w tym także potrzebę ochrony interesów konsumentów rozumianych jako prawo do rzetelnej i nie wprowadzającej w błąd informacji (której konsument winien oczekiwać od profesjonalnego podmiotu gospodarczego), a w przeciwnym razie – uwzględnić możliwość naruszenia zbiorowych interesów konsumentów. W świetle tego uzasadnione jest stwierdzenie, że działanie Spółki opisane w pkt I sentencji decyzji było zawinione.

Oceniając wagę naruszenia Prezes Urzędu wziął również pod uwagę, iż zakwestionowana praktyka wymierzona była we wszystkich konsumentów mogących nabywać suplementy diety NeoMag Forte i NeoMag Cardio, a zatem ma charakter powszechny. Jak wykazano bowiem wcześniej, pod wpływem manipulacji za sprawą reklam o zakwestionowanych treściach, mogli podejmować konkretne decyzje dotyczące umowy sprzedaży, których, bez wsparcia autorytetu w dziedzinie medycyny, inaczej by nie podjęli.

W związku z powyższym Prezes Urzędu ustalił kwotę bazową kary na poziomie 0,05 % przychodu Przedsiębiorcy w 2010 r., tj. w wysokości w przybliżeniu [...] zł.

W dalszym etapie kalkulacji kar Prezes Urzędu rozważył, czy w sprawie występują okoliczności łagodzące lub obciążające i jaki powinny one mieć wpływ na ostateczny wymiar kar.

Jako okoliczność obciążającą w zakresie zarzucanej Przedsiębiorcy praktyki Prezes Urzędu przyjął ogólnopolski zasięg stwierdzonego naruszenia oraz jego skalę. Przedsiębiorca emitował bowiem sporne spoty radiowe i telewizyjne na terenie całego kraju, wykorzystując w tym celu kilkadziesiąt stacji radiowych i telewizyjnych. Przedmiotowe reklamy emitowane były regularnie w różnych porach dnia. Aflofarm Fabryka Leków sp. z o.o. sprzedaje swoje towary na całym obszarze Polski.

Z kolei, jako okoliczność łagodzącą Prezes Urzędu potraktował fakt, iż Przedsiębiorca zaniechał stosowania zarzucanej mu praktyki. Jeszcze bowiem w trakcie postępowania wyjaśniającego, najpierw (20 października 2010 r.) zmodyfikował treść zakwestionowanego radiowego spotu reklamowego preparatu NeoMag Forte w sposób wykluczający jego dalsze kwestionowanie przez Prezesa Urzędu, a następnie w odniesieniu do reklamy telewizyjnej preparatu NeoMag Cardio zaprzestał jej emisji w zakwestionowanej formie z dniem 24 lutego 2011 r. Począwszy od tego dnia Spółka rozpowszechniała na antenach różnych stacji telewizyjnych nową, zmodyfikowaną i skróconą wersję przedmiotowej reklamy, z treści której usunięto napisy i słowa sugerujące posiadanie przez osobę występującą w ww. reklamie tytułu profesora oraz kwalifikacji zawodowych w zakresie kardiologii.

Uwzględniając wyżej wskazane okoliczności, Prezes Urzędu stwierdził, że zachodzi podstawa do złagodzenia wysokości ustalonej uprzednio kwoty bazowej o 10%.

Ostatecznie Prezes Urzędu uznał więc za zasadne nałożenie na Spółkę kary w wysokości [...] zł (słownie: ... złote), co stanowi w przybliżeniu 0,045% przychodu osiągniętego przez Przedsiębiorcę w 2010 r. i 0,45% maksymalnego wymiaru kary przewidzianego przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (pkt II sentencji decyzji).

Kara pieniężna nałożona na Przedsiębiorcę jest adekwatna do okresu oraz stopnia naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Z tych też względów orzeczono jak w pkt II sentencji decyzji.

Zdaniem Prezesa Urzędu, kara pieniężna wskazana w pkt II sentencji niniejszej decyzji spełni zarówno rolę represyjną jako sankcja i dolegliwość za naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jak i prewencyjną, zapobiegającą ponownemu ich naruszeniu. Nie bez znaczenia jest też jej walor wychowawczy, w tym wymiar ogólny, odstrasżający dla innych przedsiębiorców prowadzących działalność reklamową przed stosowaniem w przyszłości tego typu praktyk w obrocie z konsumentami.

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: NBP O/O Warszawa 51101010100078782231000000.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c. – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie- Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwóch tygodni od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów- Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Poznaniu

Z upoważnienia Prezesa Urzędu
Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury UOKiK w Poznaniu
Jarosław Krüger

Otrzymuje:

- 1) adw. Dorota Brzezińska –Grabarczyk
Brzezińska Narolski Mariański Adwokaci Spółka Partnerska
Pl. Komuny Paryskiej 1
90-007 Łódź;
- 2) a/a