



**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 30 grudnia 2010 r.

RPZ – 61/9/10/ŁD/

**DECYZJA Nr RPZ 34/2010**

Na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U. 2000, Nr 98, poz. 1071 ze zm.) w zw. z art. 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2007, Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów

– w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

**umarza się postępowanie** wszczęte w związku z podejrzeniem stosowania przez przedsiębiorcę **Dyżurna Wielkopolska M. Jakimowicz-Tylicka sp.j. z siedzibą w Gdyni** praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów polegającej na przedstawianiu w przekazach reklamowych dot. apteki „Centrum Leków Św. Marcina” w Poznaniu wprowadzających w błąd informacji dotyczących oferty produktów leczniczych z grupy OTC dostępnych w ww. aptece za 1 grosz, podczas gdy w rzeczywistości przedmiotem oferty była sprzedaż w tej aptece za 1 grosz leków refundowanych, co mogło stanowić reklamę naruszającą dobre obyczaje oraz wprowadzającą w błąd w rozumieniu art. 16 ust. 1 pkt 1 i 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.) oraz godzić w zbiorowe interesy konsumentów, a tym samym stanowić naruszenie art. 24 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

**Uzasadnienie**

W związku z anonimowymi informacjami (telefoniczną oraz mailową), iż nowo otwarta Apteka Centrum Leków Św. Marcin w Poznaniu wbrew prowadzonej kampanii reklamowej nie posiada w swoim asortymencie leków za 1 grosz – zostało wszczęte postępowanie wyjaśniające (RPZ-403/33/09/ŁD), w trakcie którego została przeprowadzona kontrola wspomnianej apteki.

W oparciu o materiał zgromadzony w toku postępowania wyjaśniającego, postanowieniem z dnia 26 kwietnia 2010 roku zostało wszczęte postępowanie w sprawie podejrzenia stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów polegających na przedstawianiu w przekazach reklamowych wprowadzających w błąd informacji dotyczących oferty produktów leczniczych z grupy OTC dostępnych w ww. aptece za 1 grosz, podczas gdy w rzeczywistości przedmiotem oferty jest sprzedaż w tej aptece za 1 grosz leków refundowanych, co stanowi reklamę naruszającą dobre obyczaje oraz wprowadzającą w błąd w rozumieniu art. 16 ust. 1 pkt 1 i 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.) oraz godzi w zbiorowe interesy konsumentów, a tym samym stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

### **Prezes Urzędu ustalił, co następuje:**

Apteka Centrum Leków Św. Marcina w Poznaniu jest prowadzona przez przedsiębiorcę Dyżurna Wielkopolska M. Jakimowicz-Tylicka spółka jawna z siedzibą w Gdyni (dalej Dyżurna Wielkopolska lub przedsiębiorca) na podstawie zezwolenia nr 70/2009 wydanego przez Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego.

Dowód:

1. Protokół kontroli.  
(akta postępowania wyjaśniającego k.9-25)

Apteka Centrum Leków w Poznaniu należy do sieci aptek posługujących się logiem „Apteka Dyżurna”. Wspomniana sieć aptek została zapoczątkowana przez Panią Marzenę Jakimowicz-Tylicką, która w ramach indywidualnej działalności gospodarczej założyła aptekę, którą opatrzyła logiem „Apteka Dyżurna”. Apteki, które funkcjonują w ramach sieci „Apteka Dyżurna” stanowią współwłasność Pani Marzeny Jakimowicz-Tylickiej.

Dowód:

1. Protokół kontroli.  
(akta postępowania wyjaśniającego k. 9-25)

Poza osobą współwłaścicielki, poszczególne apteki łączy posługiwanie się ww. logiem „Apteka Dyżurna”. Apteki natomiast nie zawierały pomiędzy sobą żadnego porozumienia o współpracy, w szczególności w zakresie prowadzonych kampanii reklamowych.

Apteka Centrum Leków rozpoczęła działalność w Poznaniu dnia 19 października 2009 roku.

Dowód:

1. Protokół kontroli.  
(akta postępowania wyjaśniającego k. 9-25)

W dniu podjęcia działalności przez przedsiębiorcę rozpoczęła się kampania reklamowa apteki. 19 października 2009 roku ukazało się czterostronicowa reklama w bezpłatnej gazecie Metro. Reklama była zamieszczona „na zewnątrz” gazety (pełniła funkcję okładki gazety).

Na pierwszej stronie zamieszczone były takie informacje jak:

- a.) na środku kartki po prawej stronie, średniej wielkości czcionką:
  - hasło „Teraz także w Poznaniu”,
  - informacja o całodobowym i całotygodniowym funkcjonowaniu apteki,
  - nazwa „Apteka Dyżurna sieć z tanimi lekami”.
- b.) w ramce zajmującej niemalże całą dolną część strony gazetowej:
  - dane adresowe apteki.

Na drugiej stronie zamieszczone były takie informacje jak:

- a.) w górnej części strony - wielokrotnie powtórzona nazwa „Apteka Dyżurna sieć z tanimi lekami”,

- b.) zajmująca większość część górnej połowy strony - informacja o patronie apteki (Św. Marcin),
- c.) zajmujący większość część dolnej połowy strony - „wywiad” z pracownikiem apteki dotyczący głównie informacji, iż leki oferowane w aptece są tanie, a sama apteka funkcjonuje całą dobę,
- d.) w dolnej części strony, zapisane czerwoną czcionką na białym tle hasło: „Pomożemy ! Doradzimy !”.

Na trzeciej stronie reklamy (a przedostatniej gazety) zamieszczone były takie informacje jak:

- a.) w górnej części strony - wielokrotnie powtórzona nazwa „Apteka Dyżurna sieć z tanimi lekami”,
- b.) po lewej stronie w dwóch równowielkich kwadratach zamieszczone były:
  - hasło „Rabaty do 80 %”,
  - informacja o całodobowym i całotygodniowym funkcjonowaniu apteki.
- c.) w dolnej części strony, w widocznym, czerwonym prostokącie - dane adresowe apteki.

Na czwartej stronie reklamy (a ostatniej gazety) zamieszczone były takie informacje jak:

- a.) w górnej części strony, w białej ramce - nazwa „Apteka Dyżurna sieć z tanimi lekami”
- b.) poniżej ww. ramki - hasło „Teraz także w Poznaniu”,
- c.) hasło „Leki za 1 grosz”,
- d.) w dolnej części strony, dwie sąsiadujące ze sobą ramki zawierające:
  - dane adresowe apteki,
  - informację o całodobowym i całotygodniowym funkcjonowaniu apteki.

Hasło „Leki za 1 grosz” znajdowało się w centralnym miejscu strony gazety i zajmowało większość jej powierzchni. Hasło zostało sporządzone białą czcionką na czerwonym tle. Największą czcionką sporządzona została cyfra „1”, obok której, po lewej stronie, w trzech liniach zamieszone pod sobą są kolejno słowa – „Leki”, „za”, „grosz”.

Oba hasła („Leki za 1 grosz”; „Rabaty do 80 %”) są zapisane białą czcionką na czerwonym tle. Każde z hasel jest opatrzone tzw. gwiazdką, która „odsyla” do znajdującego się na samym dole czerwonego tła napisu „Dotyczy preparatów OTC<sup>1</sup>.”. Ta dolna informacja jest sporządzona wielokrotnie mniejszą czcionką aniżeli ww. hasła reklamowe.

Ponadto, w dolnej części każdej strony gazety zamieszczono, wielokrotnie powtórzone hasło: „TANIE LEKI !” zapisane wielkimi literami. Obok tego hasła również została zamieszczona gwiazdka z odesłaniem „Dotyczy preparatów OTC.”. Analogicznie jak powyżej, ta informacja jest zapisana mniejszą czcionką aniżeli hasło reklamowe.

Dowód:           egzemplarz gazety bezpłatnej „Metro” z dnia 19.10.2009 r.  
                      *(akta postępowania wyjaśniającego k. 122)*

Identycznie skonstruowana reklama ukazała się w gazecie Metro dnia 22 października 2009 roku.

Dowód:           egzemplarz gazety bezpłatnej „Metro” z dnia 22.10.2009 r.  
                      *(akta postępowania wyjaśniającego k. 123)*

W okresie późniejszym reklama w bezpłatnej gazecie Metro, gazecie Fakt, ulotkach kolportowanych na obszarze Poznania oraz na tzw. telebimach była ograniczona co od zasady do dwóch hasel reklamowych:

- „Lek za 1 grosz” lub „Leki za 1 grosz”,

---

<sup>1</sup> OTC to skrót od angielskiego zwrotu *Over-the-counter* i oznacza produkty lecznicze wydawane w aptekach bez recepty lekarskiej.

- „Rabaty do 80 %”.

Dodatkowo, ww. hasła są prezentowane niezmiennie na witrynie apteki. Hasła reklamowe są skonstruowane tak samo jak opisano powyżej.

Dowód:

1. Protokół kontroli.  
(akta postępowania wyjaśniającego k. 9-25)

Do dnia wszczęcia kontroli (26.10.2009 r.), żaden z konsumentów nie nabył leku OTC za 1 grosz – ponieważ, według wyjaśnień przedsiębiorcy, „nikt o nie nie zapytał”. Zdaniem przedsiębiorcy, promocja ma wyglądać w ten sposób, iż przychodząc do apteki należy podać hasło „Lek za 1 grosz” i wtedy uzyskać się informację o danym leku. Ponieważ nikt takiego hasła nie podał – nie sprzedano żadnego leku OTC za 1 grosz. Jednocześnie w aptece brak było informacji w formie wywieszki (plakatu) z wykazem takich leków, odrębnej gablotki, stoiska itd., która wskazywałaby na aktualną ofertę takich leków lub nawet informacji w jaki sposób można by było lek OTC za 1 grosz nabyć.

Dowód:

1. Protokół kontroli.  
(akta postępowania wyjaśniającego k. 9-25)

Niezależnie od prowadzonej ww. kampanii reklamowej, która miała dotyczyć leków dostępnych bez recepty przedsiębiorca prowadził sprzedaż refundowanych leków dostępnych na receptę w cenie 1 grosza.

Zasady refundacji leków określa ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (tekst jedn. Dz.U. Nr 164 z 2008 r., poz. 1027 ze zm.) oraz wydanie na jej podstawie rozporządzenie<sup>2</sup>. Zgodnie z treścią art. 36 ust. 1 powołanej ustawy - leki podstawowe<sup>3</sup>, leki uzupełniające<sup>4</sup> oraz leki recepturowe<sup>5</sup> są wydawane na podstawie recepty, za odpłatnością:

- 1) ryczałtową - za leki podstawowe i recepturowe przygotowywane z surowców farmaceutycznych, o których mowa w ust. 5 pkt 4, lub z leków gotowych zamieszczonych w wykazach leków podstawowych i uzupełniających, pod warunkiem że przepisana dawka leku recepturowego jest mniejsza od najmniejszej dawki leku gotowego w formie stałej stosowanej doustnie;
- 2) w wysokości 30 % albo 50 % ceny leku - za leki uzupełniające.

Przy tym, zgodnie z ustępem 3 przywołanego przepisu, opłata ryczałtowa nie może przekraczać 4,25 zł w przypadku leku podstawowego oraz kwoty 12,74 zł w przypadku leku recepturowego.

Dowód:

1. Pismo przedsiębiorcy z dnia 15 grudnia 2009 roku.

---

<sup>2</sup> Aktualnie jest to rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 08 grudnia 2009 roku w sprawie wykazu leków podstawowych i uzupełniających oraz wysokości odpłatności za leki uzupełniające (Dz.U. nr 212, poz. 1646).

<sup>3</sup> Zgodnie z art. 5 pkt. 10 powołanej ustawy lek podstawowy to produkt leczniczy ratujący życie lub niezbędny w terapii dla przywracania lub poprawy zdrowia, spełniający warunki bezpieczeństwa, skuteczności i efektywności kosztowej;

<sup>4</sup> Zgodnie z art. 5 pkt. 12 powołanej ustawy lek uzupełniający to produkt leczniczy wspomagający lub uzupełniający działanie leków podstawowych, a także produkt leczniczy o zbliżonych właściwościach terapeutycznych do leku podstawowego.

<sup>5</sup> Zgodnie z art. 5 pkt. 11 powołanej ustawy lek recepturowy to produkt leczniczy sporządzony w aptece na podstawie recepty lekarskiej.

*(akta postępowania wyjaśniającego k. 222)*

2. Pismo przedsiębiorcy z dnia 14 stycznia 2010 roku.

*(akta postępowania wyjaśniającego k. 260)*

Po przeprowadzeniu kontroli, przedsiębiorca zamieścił informację, iż „o ofertę leków za 1 grosz należy pytać personel”. Przedsiębiorca nie zaniechał stosowania ww. hasła reklamowego „Lek za 1 grosz” z odwołaniem informacyjnym: „dotyczy preparatów OTC”.

Dowód:

1. Pismo przedsiębiorcy z dnia 17 maja 2010 roku.

*(akta postępowania w sprawie naruszających zbiorowe interesy konsumentów k. 7)*

### **Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje:**

#### **Zagrożenie interesu publicznoprawnego.**

Podstawą do rozstrzygnięcia sprawy w oparciu o przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest uprzednie zbadanie przez Prezesa Urzędu, czy w danej sprawie zagrożony został interes publicznoprawny.

W przedmiotowej sprawie zarzucana praktyka przedsiębiorcy odnosi się do działalności reklamowej. W świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego, 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. przez użycie określeń odpowiadających konkretnym czynnościom, w wyniku których nastąpi zbyt towarów lub usług albo pośrednio – przez stworzenie sugestywnego obrazu towarów i usług, a także samego przedsiębiorcy, w stopniu nasuwającym adresatom nieodpartą chęć nabycia towarów i usług<sup>6</sup>. Inaczej mówiąc, reklama stanowi z reguły<sup>7</sup> komunikat skierowany do nieograniczonej grupy odbiorców mający na celu skłonienie do nabycia określonego produktu. Tym samym, naruszenie zasad określających prawidłowe prowadzenie reklamy stanowi podstawę do stwierdzenia, iż dana praktyka przedsiębiorcy jest wymierzona w nieokreśloną grupę konsumentów. W konsekwencji można wskazać, iż przedmiotowa sprawa ma charakter publicznoprawny.

#### **Przesłanki stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów**

Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazane jest stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działanie przedsiębiorcy, w tym m.in. czyny nieuczciwej konkurencji (art. 24 ust. 2 pkt. 3). Nie jest zbiorowym interesem konsumentów suma indywidualnych interesów konsumentów (art. 24 ust. 3). Zbiorowe interesy konsumentów podlegają zatem ochronie przed wymierzonymi w nie naruszeniami, polegającymi na sprzecznych z prawem działaniach przedsiębiorców.

Konsumentem w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest osoba fizyczna dokonująca czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością

<sup>6</sup> Wyrok SN z dnia 26 stycznia 2006 r., V CSK 83/05.

<sup>7</sup> Jako wyjątek od wspomnianej zasady można potraktować np. reklamy skierowane wyłącznie do osób uprawnionych do wystawiania recept i prowadzących obrót produktami leczniczymi, o których jest mowa m.in. w treści art. 58 ust. 3 PrawFarm.

gospodarczą lub zawodową (art. 22<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 4 pkt 12 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).

Jak wynika z powyższego, dla uznania działania przedsiębiorcy za niezgodne z zawartym w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów zakazem stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów niezbędne jest wykazanie, iż spełnione zostały kumulatywnie trzy następujące przesłanki:

- 1) kwestionowane działanie jest działaniem przedsiębiorcy;
- 2) działanie to jest bezprawne;
- 3) działanie to godzi w zbiorowy interes konsumentów.

#### **Ad 1) Przedsiębiorca.**

Postępowanie w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, podobnie jak każde inne postępowanie administracyjne, toczy się z udziałem osób mających przymiot strony. Zgodnie z art. 101 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stroną postępowania w sprawie stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów jest każdy, wobec kogo zostało wszczęte postępowanie.

W przedmiotowej sprawie stroną, wobec której zostało wszczęte postępowanie w związku z podejrzeniem stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, jest Dyżurna Wielkopolska M. Jakimowicz-Tylicka spółka jawna z siedzibą w Gdyni.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów odsyła w treści art. 4 pkt 1 do pojęcia przedsiębiorcy przedstawionego w ustawie z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn. Dz. U. Nr 155 z 2007 r., poz. 1905 ze zm.) W myśl art. 4 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, przedsiębiorcą 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 ww. ustawy).

Dyżurna Wielkopolska jest spółką prawa handlowego wpisaną do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym, prowadzącą we własnym imieniu działalność gospodarczą. Nie ulega zatem wątpliwości, iż posiada status przedsiębiorcy w rozumieniu powoływanego powyżej art. 4 pkt. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Oznacza to, że przy wykonywaniu działalności gospodarczej Dyżurna Wielkopolska podlega rygorom określonym w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. Tym samym jej działania mogą podlegać ocenie w aspekcie naruszenia zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

#### **Ad 2) Bezprawność działań podejmowanych przez Przedsiębiorcę.**

Drugą z przesłanek koniecznych dla stwierdzenia naruszenia art. 24 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest bezprawność działań podejmowanych przez przedsiębiorcę.

Same przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie regulują konstrukcji bezprawności działań przedsiębiorcy. Zwrócił na to uwagę Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 23 czerwca 2006 r. (sygn. akt XVII AmA 32/05), wskazując, iż art. 23a ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów – którego odpowiednikiem w ustawie z dnia 16 lutego 2007 r. jest art. 24 ust. 1 – nie ma samodzielnego znaczenia prawnego, lecz powinien być interpretowany oraz stosowany w określonym kontekście normatywnym. W związku z tym, w celu konkretyzacji przesłanki bezprawności należy sięgnąć do

przepisów innych ustaw, gdyż dopiero na ich podstawie możliwe jest dokonanie oceny działań przedsiębiorcy w aspekcie ich zgodności z prawem.

Należy również zauważyć, iż bezprawność, do której odwołuje się ustawodawca, tradycyjnie ujmowana jest jako sprzeczność z prawem. Stanowisko takie znajduje też oparcie w uzasadnieniu rządowego projektu ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. (Dz. U. Nr 129, poz. 1102) [pogląd ten odnosi się co prawda do poprzednio obowiązującej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ale pozostaje również aktualny na gruncie obowiązującej ustawy], 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 współzycia społecznego i dobrych obyczajów”. 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 współzycia 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 współzycia społecznego, czyli tzw. dobre obyczaje (por.: G. Bieniek, Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga III. Zobowiązania. Tom I, Warszawa 2006, także Lex Polnica). 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).

W art. 24 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zamieszczono przykładowe wyliczenia praktyk zakazanych przez ustawodawcę. Katalog ten wymienia między innymi czyny nieuczciwej konkurencji.

W niniejszej sprawie przedsiębiorcy zarzucono przedstawianie w przekazach reklamowych dot. apteki „Centrum Leków Św. Marcina” w Poznaniu wprowadzających w błąd informacji dotyczących oferty produktów leczniczych z grupy OTC dostępnych w ww. aptece za 1 grosz, podczas gdy w rzeczywistości przedmiotem oferty była sprzedaż w tej aptece za 1 grosz leków refundowanych, tj. prowadzenia reklamy naruszającej dobre obyczaje i mogącej wprowadzić w błąd.

### **Naruszenie dobrych obyczajów.**

Zgodnie z art. 16 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy jest reklama sprzeczna z dobrymi obyczajami. Ustawodawca nie przedstawił definicji pojęcia „dobre obyczaje”.

Wskazuje się<sup>8</sup>, że dobre obyczaje to uczciwe zasady postępowania i ustalone zwyczaje w ujęciu etyczno-moralnym, a na ich treść składają się elementy etyczne i socjologiczne kształtowane przez oceny moralne i społeczne stanowiące uzupełnienie porządku prawnego.

---

<sup>8</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 13 listopada 1991 r., I ACr 411/91, Wokanda 1992/4, J. Szwaja w: Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – Komentarz, Warszawa 2000, str. 122-133, R. Stefanicki, Dobre obyczaje w prawie polskim, Przegląd Prawa Handlowego, 2002/5.

W zakresie określenia istoty poszanowania dobrych obyczajów orzecznictwo odwołuje się m.in. do istoty dobrego obyczaju jako szeroko rozumianego szacunku dla drugiego człowieka. Przy takim założeniu sprzeczne z dobrym obyczajem jest m.in. nierzetelne udzielanie informacji konsumentom<sup>9</sup>. Obowiązek informowania partnera o istotnych (z jego punktu widzenia) okolicznościach dotyczących m.in. przedmiotu świadczenia, a także powinność czynienia tego w sposób prawdziwy, rzeczowy i kompletny – jest cechą generalną prawa umów i wypływa z obowiązku lojalnego kontraktowania.<sup>10</sup> W doktrynie, przybliżając treść omawianego pojęcia, zwraca się także uwagę na fakt, iż wedle tradycyjnego stanowiska, dobre obyczaje były oceniane z punktu widzenia zasad etycznych i moralnych, podstawą orzekania zaś miało być „poczucie godności ogółu ludzi, myślących sprawiedliwie i słusznie”. Miarę tych wymogów stanowił poziom moralny właściwy godziwemu życiu zarobkowemu i gospodarczemu. Posługiwano się w tym ujęciu pewnym wzorcem w postaci przeciętnego członka danej społeczności, a także odwołaniem do pewnych wartości pożądaných i akceptowanych w obrocie rynkowym<sup>11</sup>. Literatura dopuszcza także dokonywanie stosownych ocen na podstawie norm środowiskowych, a więc o węższym zasięgu oddziaływania. Konsekwentnie za naruszające dobre obyczaje przyjmuje się przekroczenie postanowień zawartych w kodeksach etycznych opracowywanych dla poszczególnych grup zawodowych<sup>12</sup>.

Z uwagi na to, iż normy postępowania będące „dobrymi obyczajami” mają z reguły charakter moralny i zwyczajowy, nie da się określić zamkniętego ich katalogu. Dopiero zatem w konkretnej sytuacji możliwe jest przypisanie im określonej treści poprzez ocenę konkretnego postępowania z punktu widzenia ukształtowanej, uczciwej postawy przedsiębiorców - przyjmując za miernik uczciwości ocenę zorientowaną na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji przez rzetelne i niezafalszowane współzawodnictwo pod względem jakości, ceny i innych pożądaných przez klientów cech oferowanych towarów i usług oraz poszanowanie pozycji konsumentów.

Wobec powyższego wskazać należy, iż za sprzeczne z dobrymi obyczajami można uznać działania zmierzające do wywołania błędnego przekonania u konsumenta, a także wykorzystania jego niewiedzy<sup>13</sup>.

W konsekwencji należy uznać, iż dobrym obyczajem w zakresie działalności promocyjnej jest prowadzenie reklamy przejrzystej, czyli jednoznacznie odnoszącej się do określonego produktu. *A contrario* „Złym obyczajem jest działanie polegające na tym, że dla uniknięcia złamania zakazu prawnego reklamuje się zakazany wyrób pod pozorem reklamy innego towaru, którego zakaz taki nie obejmuje”<sup>14</sup>.

W przedmiotowej sprawie wątpliwość wzbudziło działanie przedsiębiorcy, który reklamując leki dostępne bez recepty za 1 grosz prowadził sprzedaż również leków dostępnych wyłącznie na receptę za 1 grosz. Powstało podejrzenie, iż Przedsiębiorca - w ustalonym stanie faktycznym – prowadzi jedynie pozorną reklamę leków dostępnych bez recepty (OTC), a rzeczywistym przedmiotem kampanii promocyjnej jest reklama sprzedaży refundowanych leków na receptę.

Odnosnie ostatnich z wymienionych leków zwrócić należy uwagę na art. 94 a ust.1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo Farmaceutyczne (tekst jedn. Dz.U. Nr 45 z 2008 r., poz .271 ze zm., dalej PrawFarm). Zgodnie z tym przepisem, zabroniona jest reklama działalności aptek lub punktów aptecznych skierowana do publicznej wiadomości, która w sposób bezpośredni odnosi się do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na wykazach leków refundowanych, lub produktów leczniczych lub wyrobów medycznych o nazwie identycznej z nazwą produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na tych wykazach.

<sup>9</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 10 marca 2005 r. , VI ACa 774/2004.

<sup>10</sup> E. Łętowska, Prawo umów konsumenckich. Wydanie 2. Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2002, str. 215-216.

<sup>11</sup> A. Kraus, F. Zoll, Polska ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Poznań 1929, s. 26 i 171.

<sup>12</sup> M. Kępiński, Problemy ogólne nowej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, RPEiS 1994, nr 2, s. 7 .

<sup>13</sup> Wyrok SOKiK z dnia 23 lutego 2006 r. XVII Ama 118/04

<sup>14</sup> Wyrok SN z dnia 26 września 2002 r., III CKN 213/01.



Natomiast, zgodnie z art. 57 ust. 1 pkt. 1 PrawFarm, zabrania się kierowania do publicznej wiadomości reklamy dotyczącej produktów leczniczych wydawanych wyłącznie na podstawie recepty.

W ocenie Prezesa Urzędu, reklama prowadzona przez przedsiębiorcę nie naruszała ww. przepisów prawa farmaceutycznego. Nie zawierała ona bowiem odniesienia do konkretnych lub abstrakcyjnych produktów leczniczych refundowanych. W reklamie przedsiębiorcy zawarto wskazanie, iż reklama odnosi się do leków dostępnych bez recepty.

W przedmiotowym postępowaniu nie była jednak kwestionowana zgodność działań przedsiębiorcy z przepisami prawa farmaceutycznego. **Istotą zarzutu było natomiast to, iż pomimo wskazanej formalnej zgodności z ustawą farmaceutyczną, działania przedsiębiorcy mogły zmierzać do obejścia ww. zakazów reklamowych.**

Przedsiębiorca posługuje się hasłem reklamowym „Lek za 1 grosz”, które jest obecne w świadomości konsumentów co najmniej od roku 2004 i jest związane z lekami na receptę<sup>15</sup>. Ponadto, przedsiębiorca prowadzi sprzedaż leków na receptę za 1 grosz, co jednocześnie, jak sam wskazuje, jest faktem znanym konsumentom. Biorąc to pod uwagę można przyjąć, iż konsument otrzymujący komunikat „Lek za 1 grosz” (np. dzięki lekturze bezpłatnej gazety Metro) i udający się do apteki, gdzie może nabyć lek na receptę za 1 grosz, utożsamia przedmiot hasła reklamowego z lekami na receptę. Tym bardziej, iż informacja dotycząca właściwego przedmiotu reklamy jest podana w sposób budzący wątpliwości co do swojej czytelności w odbiorze przeciętnego konsumenta z co najmniej z dwóch powodów.

Po pierwsze, sam komunikat mówiący o lekach („dotyczy preparatów OTC”), do których odnosi się reklama zawiera zwrot obcojęzyczny – „OTC”. Należy przy tym zwrócić uwagę na fakt, iż jest to nie tylko zwrot wywodzący się z języka angielskiego, ale ponadto nie mieści się on w języku powszechnie stosowanym. „OTC” („*over the counter*”) to bowiem skrót, który funkcjonuje co do zasady w fachowym języku farmaceutycznym lub medycznym.

Po drugie, komunikat „dotyczy preparatów OTC” jest praktycznie w każdej postaci reklamy (czy to na witrynie, czy w gazecie) zamieszczany zdecydowanie mniejszym drukiem w porównaniu do pozostałej części komunikatu.

Obie wskazane powyżej okoliczności (obcojęzyczność i fachowość zwrotu oraz jego znikoma widoczność) wskazują, iż właściwą treść informacji, a mianowicie, że reklama dotyczy sprzedaży leków dostępnych bez recepty, mógł odczytać wyłącznie konsument, któremu nie jest obca terminologia farmaceutyczna i który będzie szczegółowo analizował reklamę. Biorąc pod uwagę fakt, iż dominująca część klientów apteki to osoby, które nie legitymują się wykształceniem medycznym lub farmaceutycznym, a ponadto są to z reguły osoby chore (czyli obniżona jest ich zdolność postrzegania) za wątpliwe należy uznać, iż w odbiorze grupy konsumentów ww. hasło reklamowe odnosi się do leków dostępnych bez recepty. Przyjąć zatem trzeba, iż hasło „Lek za 1 grosz” co do zasady jest utożsamiane z ofertą sprzedaży leków na receptę.

Dla oceny, czy w niniejszej sprawie możemy mieć do czynienia z reklamą naruszającą dobre obyczaje pomocne mogą być w tym zawarte w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 września 2002 r. (III CKN 213/01). W przywołanej sprawie, Sąd Najwyższy rozstrzygnął o naruszeniu dobrych obyczajów przez reklamę piwa, która miała pozornie odnosić się do piwa bezalkoholowego, podczas gdy w rzeczywistości jej przedmiotem było piwo alkoholowe. Analogicznie jak w przypadku ww. reklamy leków, informacja o rzeczywistym przedmiocie reklamy piwa była przedstawiona w sposób słabo widoczny, a ponadto brakowało jednoznacznego kontekstu sugerującego, że dany produkt nie zawiera alkoholu. Jak wskazano powyżej, informacja dotycząca przedmiotu reklamy „Lek za 1 grosz” nie dość, że była mało widoczna to na dodatek była prezentowana w postaci sformułowania, którego nie można uznać za powszechnie znane i rozumiane.

---

<sup>15</sup> Por. <http://lodz.gazeta.pl/lodz/1,35153,2343346.html>

W kontekście przywołanego rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego należy również zwrócić uwagę na fakt, iż okoliczność, że przedsiębiorcy reklamujący pod pozorem piwa bezalkoholowego - piwo alkoholowe, posiadali w swoim asortymencie oba rodzaje piwa. Jednakowoż dla rozstrzygnięcia, iż miało miejsce naruszenie dobrych obyczajów decydującą rolę odgrywały takie okoliczności jak słaba widoczność informacji na temat rzeczywistego przedmiotu reklamy oraz możliwość wywołania u konsumentów wrażenia, iż reklama dotyczy innego produktu aniżeli reklamowany (tj. piwa alkoholowego, a nie bezalkoholowego).

Wobec powyższego, również w sprawie dotyczącej hasła reklamowego „Lek za 1 grosz”, okolicznością rozstrzygającą o naruszeniu art. 16 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie powinien być sam fakt posiadania w asortymencie apteki leków OTC za 1 grosz. Należy bowiem podkreślić, iż przedmiotem ustaleń w przedmiotowej sprawie nie była prowadzona sprzedaż, a prowadzona przez przedsiębiorcę reklama.

Niezależnie jednak od powyższego, należy zwrócić uwagę na wątpliwości, jakie budzą składane przez przedsiębiorcę wyjaśnienia, co do zakresu sprzedaży produktów leczniczych za 1 grosz.

Po pierwsze, wskazać należy, iż w okresie do dnia przeprowadzenia kontroli nie został sprzedany żaden lek w ramach ww. promocji („Lek za 1 grosz”), ponieważ, jak wskazał przedsiębiorca w toku kontroli „nikt o nie nie zapytał”.

Po drugie, w toku postępowania wyjaśniającego na wezwanie Prezesa Urzędu wystosowane po przeprowadzeniu kontroli, a dotyczące sprzedaży wszystkich leków za 1 grosz, przedsiębiorca przekazał listę, na której znajdowały się wyłącznie refundowane leki na receptę. Inaczej mówiąc, przedsiębiorca na wezwanie Prezesa Urzędu przedłożył tabelę, z której miało wynikać, iż do dnia 30 listopada 2009 roku<sup>16</sup> za 1 grosz sprzedane zostały jedynie leki na receptę.

Po trzecie, po ww. piśmie przedsiębiorca przedkładał w toku postępowania wyjaśniającego, a następnie postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów dokumenty, z których miało wynikać, iż jednak sprzedaje leki OTC za jeden grosz. Należy jednak zwrócić uwagę na fakt, iż przywołana dokumentacja przedsiębiorcy budzi wątpliwości z następujących powodów:

- część dokumentacji mającej potwierdzać sprzedaż leków odnosi się do środków spożywczych (suplementów diety),

- z dokumentacji nie wynika wprost i jednoznacznie, iż leki OTC były sprzedawane za 1 grosz. Chodzi bowiem o to, iż każdy dokument zawiera listę produktów, na które są podane ceny poszczególnych produktów. W ramach poszczególnych dokumentów występowało z reguły po kilka produktów (nie tylko leków OTC). Poniżej cen, podawana była tzw. „bonifikata”, z której ma wynikać, iż lek OTC był sprzedany za 1 grosz. Jednakowoż, działania matematyczne wykonywane pomiędzy ceną leku OTC a wspomnianą bonifikatą nie prowadzą do wniosku, iż lek był sprzedany za 1 grosz. Przykładowo na dokumencie „specyfikacja sprzedaży nr 091028/5036” podana jest cena leku OTC 1.99 zł, a „bonifikata” wynosi 91 groszy.

Dowód:

1. Załącznik do pisma przedsiębiorcy z dnia 14 stycznia 2010 r.  
(*akta postępowania wyjaśniającego k. 299*)

W przypadku niektórych dokumentów z kolei występują sytuacje, w których wysokość bonifikaty przekracza cenę leku OTC.

Dowód:

1. Załącznik do pisma przedsiębiorcy z dnia 14 stycznia 2010 r.  
(*akta postępowania wyjaśniającego k. 301, 298, 281, 280*)

---

<sup>16</sup> Zgodnie z terminem wyznaczonym we wspomnianym wezwaniu Prezesa Urzędu.

Po czwarte, przedsiębiorca składał wewnętrznie sprzeczne wyjaśnienia. W toku kontroli, a następnie w ramach odpowiedzi udzielanych w postępowaniu wyjaśniającym wskazywał, iż do dnia przeprowadzenia kontroli nie został sprzedany żaden lek OTC za 1 grosz. Natomiast, w toku postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów przedłożony został dokument, z którego miało wynikać, iż jednak we wspomnianym czasookresie, był sprzedany lek OTC za 1 grosz. W przedłożonym dokumencie, cena leku OTC była niższa niż wysokość bonifikaty.

Dowód:

1. Załącznik do pisma przedsiębiorcy z dnia 26 lipca 2010 r.  
(*akta postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów k. 73*)

Podsumowując, składane w toku postępowań przed Prezesem Urzędu wyjaśnienia przedsiębiorcy dotyczące sprzedaży leków za 1 grosz budzą wątpliwości co do tego, czy przedsiębiorca w rzeczywistości posiada w ofercie leki OTC za 1 grosz. Ponadto, przedsiębiorca posługiwał się słabo uwidocznionym, zrozumiałym przede wszystkim dla fachowców hasłem reklamowym. Dodatkowo, przedsiębiorca w szerokim zakresie prowadził sprzedaż leków, których nie może reklamować, ale za cenę, która jest wyraźnie uwypuklona w kwestionowanej reklamie.

Reasumując, przedstawione powyżej okoliczności wskazują, zdaniem Prezesa Urzędu, iż mogło dojść do naruszenia art. 16 ust.1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez stosowania reklamy naruszającej dobre obyczaje.

### **Wprowadzenie w błąd.**

Zgodnie z art. 16 ust. 1 pkt. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy jest reklama wprowadzająca w błąd. Zgodnie z literaturą przedmiotu<sup>17</sup>, skuteczne postawienie zarzutu zawartego w art. 16 ust. 1 pkt 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wymaga równoczesnego spełnienia dwóch przesłanek. Pierwsza to wprowadzenie w błąd tj. wywołanie niezgodnego z rzeczywistym stanem rzeczy wyobrażenia o towarze lub usłudze. Drugą przesłanką jest możliwość podjęcia pod wpływem błędu decyzji dotyczącej nabycia towaru lub usługi.

Odnosnie przesłanki wprowadzenia w błąd należy wskazać, że chodzi tu o rozbieżność pomiędzy rzeczywistymi cechami towaru lub usługi, a wyobrażeniami konsumenta. Rzeczona rozbieżność może być efektem zawarcia w przekazie reklamowym treści obiektywnie nieprawdziwych, niejasnych lub zbyt ogólnikowych, niepełnych, wieloznacznych, przesadnych, informacji wywołujących wątpliwości bądź braku informacji albo efektem dodatkowych czynników, które powodują, iż nawet prawdziwe informacje w tej reklamie prowadzą do powstania mylnego wyobrażenia adresata (tzw. zjawiskowe postaci reklamy wprowadzającej w błąd).<sup>18</sup>

Zgodnie z art. 16 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przy ocenie reklamy wprowadzającej w błąd należy uwzględnić wszystkie jej elementy, zwłaszcza dotyczące ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy lub konserwacji reklamowanych towarów lub usług, a także zachowania się klienta. Nie ulega wątpliwości, iż wyliczenie kryteriów oceny wskazane przez ustawodawcę w powołanym przypisie jest jedynie wyliczeniem przykładowym.

Dla oceny działań przedsiębiorcy będących przedmiotem niniejszego postępowania tj. dla oceny „prawdopodobnego odbioru” przekazów reklamowych stosowanych przez przedsiębiorcę należy przyjąć model „przeciętnego” konsumenta. Przeciętnym konsumentem jest osoba wyedukowana, rozważna, krytyczna, a także świadoma swych praw. Przeciętny konsument

<sup>17</sup> E. Nowińska, M. du Vall „Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” Wyd. 2, Warszawa 2005, str. 197

<sup>18</sup> R. Skubisz [w:] *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*. Komentarz, pod red. J. Szwaji, Warszawa 2006, s. 692

posiada pewien zasób wiedzy oraz doświadczenie życiowe, dzięki czemu potrafi samodzielnie analizować adresowane do niego wypowiedzi reklamowe. Taki model przeciętnego konsumenta został ukształtowany przez orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i przyjęty do aktów prawnych organów Wspólnoty Europejskiej. W tym punkcie prowadzonych rozważań należy wskazać na dyrektywę 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotyczącą nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniającą dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady (Dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych, Dz.U.UE.L.05.149.22), w rozumieniu której przeciętny konsument jest dostatecznie dobrze poinformowany oraz dostatecznie uważny i ostrożny, z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych i językowych (akapit 18 preambuły). Wskazany powyżej model przeciętnego konsumenta został również zaakceptowany przez orzecznictwo sądów polskich.<sup>19</sup> Zgodnie z wyrokiem SN z dnia 3 grudnia 2003 r., 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.<sup>20</sup> 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. Przeciętnego konsumenta należy rozumieć jako dostatecznie dobrze poinformowanego, uważnego i ostrożnego przy uwzględnieniu czynników społecznych, kulturowych i językowych - charakterystycznych dla polskiego konsumenta. Wskazanie na cechy takie jak dostateczne poinformowanie, uwaga oraz ostrożność określa pewien zespół cech mentalnych konsumenta (jego „przeciętność”), polegający na tym, że z jednej strony można wymagać od niego pewnego stopnia wiedzy i orientacji w rzeczywistości, lecz z drugiej strony nie można uznać, że jego wiedza jest kompletna i profesjonalna oraz że konsument nie ma prawa pewnych rzeczy nie wiedzieć.

Należy także podkreślić, że stanowisko ukształtowane w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości domaga się wprawdzie od konsumenta rozsądku i uwagi<sup>21</sup>, ale jednocześnie daje mu prawo do rzetelnej informacji, niewprowadzającej w błąd, zawierającej wszelkie niezbędne dane wynikające z funkcji i przeznaczenia towaru lub usługi<sup>22</sup>. 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 rozważania na stan faktyczny niniejszej sprawy należy wskazać, co następuje:

Uwzględnienia wymaga specyfika produktów oferowanych przez aptekę, a co za tym idzie ich odbiorców. *„Nie można zatem pomijać, że konsumentami leków są osoby chore, często o zmniejszonej z tego powodu zdolności postrzegania oraz rozsądnej i krytycznej oceny, podobnie jak osoby starsze, stanowiące także znaczną grupę konsumentów leków. Są to z reguły osoby bardziej podatne na sugestie i mniej krytyczne. Do nich kierowana jest reklama leków i przy ocenie możliwości wprowadzenia w błąd, cechy tej grupy odbiorców należy wziąć pod uwagę jako model przeciętnego odbiorcy.”*<sup>23</sup> Inaczej mówiąc, adresatami reklam leków są osoby o obniżonej zdolności postrzegania. Tym samym, *„Wszystkie dane dotyczące reklamowanego produktu leczniczego oraz jego promocji cenowej powinny być przedstawione w sposób czytelny i widoczny, tak by*

<sup>19</sup> wyrok SA w Warszawie z dnia 6 grudnia 2007 r., VI ACa 842/07.

<sup>20</sup> sygn. I CK 358/02

<sup>21</sup> Por. m.in. wyrok ETS z dnia 13 marca 1984 r. w sprawie Bocksbeutel v. K.Prantl (sygn. C-16/84, Zb. Orz. 1299).

<sup>22</sup> Por. wyrok ETS z dnia 13 grudnia 1991 r. w sprawie RIT v. GB-Inno-BM (sygn. C-18/88, Zb. Orz. I-5941)

<sup>23</sup> Wyrok SN z dnia 2 października 2007 roku, II CSK 289/07.

*również osoby starsze i chore mogły z łatwością się z nimi zapoznać. Nie spełnia tych wymagań zamieszczenie informacji i wyjaśnień drukiem zbyt małym lub niewyraźnym, trudnym do odczytania.*<sup>24</sup>

W konsekwencji uznać należy, iż określenie drobnym drukiem, jakiej grupy produktów leczniczych dotyczy konkretnie reklama leków za 1 grosz wyłącza możliwość prawidłowego postrzegania przez przynajmniej tą część konsumentów, która jest schorowana i należy do grupy osób starszych.

Obok ww. drobnego druku trudność sprawia posłużenie się przez przedsiębiorcę zwrotem anglojęzycznym, a nie potocznie rozumianym (np. leki dostępne bez recepty). W świetle przedstawionego powyżej orzecznictwa nie można bowiem oczekiwać, żeby przeciętny konsument wykazywał znajomość fachowej terminologii, do jakiej zalicza się zwrot OTC.

Z drugiej strony należy ponownie podkreślić, iż przedsiębiorca prowadził szeroko zakrojoną sprzedaż leków refundowanych za 1 grosz, o czym, jak sam potwierdził w toku postępowania, sami konsumenci doskonale wiedzą. Ponadto, samo hasło reklamowe Lek za grosz stało się znane już wcześniej w związku z wprowadzeniem sprzedaży takich leków już w 2004 roku i było utożsamiane raczej z lekami na receptę<sup>25</sup>.

Biorąc powyższe pod uwagę, są podstawy do przyjęcia, że reklama ta miała charakter reklamy wprowadzającej w błąd. Wprowadzenie w błąd konsumentów polegało na tym, iż przedsiębiorca prowadził kampanię reklamową wprowadzającą w błąd co do jej przedmiotu. U konsumenta budowane bowiem było mylne wyobrażenie co do kategorii leków, która stanowiła przedmiot reklamy. To błędne wyobrażenie potencjalnego konsumenta było budowane nie tylko samą treścią kampanii reklamowej ale i zaniechaniem przedsiębiorcy, który nie informował w czytelny sposób, co stanowi rzeczywisty przedmiot reklamy. Jak bowiem wskazano powyżej, informacja była sporządzona w języku i formie niedostępnej dla przeciętnego konsumenta produktów oferowanych przez aptekę.

### **Ad 3) Naruszenie zbiorowego interesu konsumentów**

Na wstępie, należy ponownie wyraźnie podkreślić, iż zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 i 2 ustawy antymonopolowej, zakazane jest stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, czyli podejmowania takich działań przez przedsiębiorców, które są bezprawne i jednocześnie godzą w zbiorowe interesy konsumentów. Oznacza to, że jeżeli dane działania przedsiębiorców nie spełniają jednej z dwóch przesłanek (tj. bezprawności albo godzenia w zbiorowy interes konsumentów), to takie działania nie mogą być uznane za stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Tym samym, nawet takie działania przedsiębiorców, które naruszają ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. spełniają przesłanki bezprawności) nie naruszają art. 24 ustawy antymonopolowej, jeżeli nie godzą w zbiorowy interes konsumentów.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie objaśnia znaczenia pojęć „godzenia w interesy konsumentów” oraz „zbiorowego interesu konsumentów”, wskazując jedynie w art. 24 ust. 3, iż nie jest zbiorowym interesem konsumentów suma indywidualnych interesów konsumentów. Przez interes zbiorowy należy rozumieć interes dotyczący konsumentów jako określonej zbiorowości. Stąd konkluzja, iż naruszenie zbiorowego interesu konsumentów ma miejsce wówczas, gdy negatywnymi skutkami działań przedsiębiorcy dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku, mających status konsumentów. 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

<sup>24</sup> Wyrok SN z dnia 2 października 2007 roku, II CSK 289/07.

<sup>25</sup> Por. <http://lodz.gazeta.pl/lodz/1,35153,2343346.html>

*konsument. Wydawane orzeczenie ma bowiem wymiar znacznie szerszy, pełni także funkcję prewencyjną, służy bowiem ochronie także nieograniczonej liczbie potencjalnych konsumentów*<sup>26</sup>.

Wobec powyższego wskazać należy, iż praktyka przedsiębiorcy odnosiła się do środka masowego przekazu, jakim jest reklama. Tym samym, brak jest wątpliwości, że działanie przedsiębiorcy było skierowane do nieograniczonego kręgu podmiotów, tj. dotyczyła nieokreślonej grupy konsumentów.

Interes konsumentów należy rozumieć jako interes prawny (a nie faktyczny), a więc uznany przez ustawodawcę na zasługujący na ochronę i zabezpieczenie. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z dnia 13 lipca 2006 r. III SZP 3/06<sup>27</sup>, wskazał, że: "*Interes prawny należy rozumieć jako określone potrzeby konsumenta, które zostały uznane przez ustawodawcę za godne ochrony*". W literaturze przedmiotu zwraca się uwagę, iż określenie stałego czy zamkniętego katalogu interesów konsumentów nie jest możliwe, ani też zasadne<sup>28</sup>. Naruszenie zbiorowego interesu konsumentów powiązane jest z naruszaniem interesów gospodarczych konsumentów. Należy przy tym wyraźnie podkreślić, iż o godzeniu w zbiorowy interes konsumentów można mówić w przypadku, gdy działanie przedsiębiorcy „*jest w stanie wywołać niekorzystne następstwa w odniesieniu do każdego z konsumentów*.”<sup>29</sup>

Powyższe daje podstawę do postawienia tezy, iż reklama będzie naruszała zbiorowe interesy konsumentów w przypadku, gdy jej treść, odczytywana w sposób w jaki to czyni ww. przeciętny konsument, będzie niezgodna ze stanem rzeczywistym. Tytułem przykładu można wskazać na sytuację, w której z perspektywy konsumenta komunikat zawarty w reklamie będzie stanowił obietnicę posiadania w asortymencie określonego towaru po danej cenie, a w rzeczywistości przedsiębiorca nie będzie dysponował danym produktem. Podkreślenia przy tym wymaga fakt, iż podstawowe znaczenie przy ocenie, czy nastąpiło naruszenie zbiorowych interesów konsumentów odgrywa perspektywa konsumenta, a nie reklamodawcy. Należy przy tym ponownie zaznaczyć, iż nawet jeżeli dane działanie przedsiębiorcy (np. reklama) naruszałoby ustawę inną niż ustawa antymonopolowa (np. ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) to takie naruszenie nie stanowi podstawy do zakwalifikowania danego zachowania przedsiębiorcy jako naruszającego art. 24 ustawy antymonopolowej, jeżeli jednocześnie nie godzi ono w zbiorowe interesy konsumentów (tj. nie występują ww. *niekorzystne następstwa*).

W przedmiotowej sprawie istnieją wątpliwości co do tego, czy naruszony został sam interes konsumentów, w szczególności jego ekonomiczny wymiar. Nie ulega wątpliwości, że działanie przedsiębiorcy godzi w interesy konsumentów wtedy, gdy wywołuje negatywne skutki w sferze ich praw i obowiązków. Jak wskazano powyżej, w przypadku reklamy, taka sytuacja mogłaby być związana z przypadkiem, gdy konsumenci działając pod wpływem reklamy, chcieli nabyć określony produkt, który w ich odczuciu stanowi przedmiot reklamy, a przedsiębiorca by go nie posiadał lub udostępniał na warunkach odmiennych niż takie, jakie zdaniem konsumentów są prezentowane w reklamie.

Przenosząc powyższe uwagi na kanwę przedmiotowej sprawy, wskazać należy, iż nawet jeżeli konsument pod wpływem reklamy z hasłem „Lek za 1 grosz” działa w przeświadczeniu, że reklama dotyczy leków na receptę, to udając się do apteki leki takie za cenę 1 grosza otrzymuje. Inaczej mówiąc, reklama, którą posługuje się przedsiębiorca może wprowadzać konsumentów w błąd co do samej treści danego przekazu. Jednakże, interes ekonomiczny wprowadzonego w błąd konsumenta (tj. sądującego, iż reklamowana oferta dotyczy leków na receptę) nie jest naruszany. Konsument bowiem otrzymuje taki lek (tj. dostępny na receptę) za cenę 1 grosza, który w jego przeświadczeniu jest reklamowany przez przedsiębiorcę.

<sup>26</sup> Wyrok SN z dnia 12 września 2003 r., I CKN 504/01.

<sup>27</sup> OSNP 2007, nr 1-2, poz. 35

<sup>28</sup> M. Szydło, „Publicznoprawna ochrona zbiorowych interesów konsumentów”, Monitor Prawniczy 2004/17/791

<sup>29</sup> Decyzja Prezesa Urzędu nr RWA-13/2006 z dnia 24.03.2006 r.

Zgodnie z art. 105 § 1 k.p.a., gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania. Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego, o którym stanowi ww. przepis, oznacza brak któregośkolwiek z elementów materialnego stosunku prawnego, tj. elementu podmiotowego lub przedmiotowego.

Okoliczności stanowiące podstawę do umorzenia postępowania mogą pojawić się zarówno przed wszczęciem postępowania, jak i w jego trakcie. Ww. przepis znajduje zastosowanie nawet wówczas, gdy przesłanka czyniąca postępowanie bezprzedmiotowym istniała już w chwili jego wszczęcia, ale stała się organowi znana dopiero w toku postępowania administracyjnego. Umorzenie postępowania nie jest zależne ani od woli organu administracji, ani, tym bardziej, pozostawione do uznania organu – organ ten jest zobowiązany do umorzenia postępowania w przypadku stwierdzenia jego bezprzedmiotowości.

Powyższe rozstrzygnięcie stało się konieczne w odniesieniu do postawionego przedsiębiorcy zarzutu wobec braku podstaw do stwierdzenia, że w sprawie został naruszony zbiorowy interes konsumentów.

### **Z tych powodów orzeczono jak w sentencji decyzji.**

Niezależnie od powyższego, należy podkreślić, iż Prezes Urzędu nie rozstrzyga, czy naruszone zostały postanowienia ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowiące o zakazie prowadzenia reklamy wprowadzającej w błąd i naruszającej dobre obyczaje. W związku bowiem z faktem, iż nie został naruszony zbiorowy interes konsumentów, właściwy w tym zakresie jest sąd powszechny.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479<sup>28</sup> § 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.

#### Otrzymuje:

Dyżurna Wielkopolska  
M. Jakimowicz – Tylicka sp.j.  
Plac Kaszubski 8  
81-350 Gdynia

a/a