



1054 Budapest, Alkotmány u. 5.

Levél cím: 1391 Budapest 62. Pf.: 211.

Telefon: (06-1) 472-8865, Fax: (06-1) 472-8860

Ügyszám: Vj/46/2016.

Iktatószám: Vj/46-31/2016.

Nyilvános változat!

A Gazdasági Versenyhivatal eljáró versenytanácsa a Bogsch és Társai Ügyvédi Iroda (1126 Budapest, Királyhágó tér 8-9., eljáró ügyvéd: dr. G. T.) által képviselt **MERCK Vegyi és Gyógyszeripari Kereskedelmi Kft.** (1117 Budapest, Október huszonharmadika utca 6-10.) eljárás alá vont vállalkozás ellen fogyasztókkal szembeni tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat tilalmának feltételezett megsértése miatt indított versenyfelügyeleti eljárásban – tárgyaláson kívül – meghozta az alábbi

h a t á r o z a t o t .

Az eljáró versenytanács megállapítja, hogy a MERCK Vegyi és Gyógyszeripari Kereskedelmi Kft. tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat valósított meg, amikor az ágazati tilalom ellenére 2015. március 2. és 2016. július 1. között közzétett televíziós reklámfilmjeiben a Flexagil krém elnevezésű, vény nélkül kapható gyógyszert a reklámfilmben szereplő egészségügyi szakember (gyógyszerész, illetve patikai dolgozó) ajánlotta.

A jogsértés megállapítása mellett az eljáró versenytanács a fenti magatartásért 150.000.000 Ft (azaz százötvenmillió forint) bírságot szab ki a MERCK Vegyi és Gyógyszeripari Kereskedelmi Kft.-vel szemben, amely összeget a Gazdasági Versenyhivatal 10032000-01037557-00000000 számú bírságbevételi számlájára köteles megfizetni a határozat kézhezvételétől számított 30 napon belül.

Ha a kötelezett a bírságfizetési kötelezettségének határidőben nem tesz eleget, késedelmi pótlékot köteles fizetni. A késedelmi pótlék mértéke minden naptári nap után a felszámítás időpontjában érvényes jegybanki alapkamat kétszeresének 365-öd része. A bírság és a késedelmi pótlék meg nem fizetése esetén a Gazdasági Versenyhivatal megindítja a határozat végrehajtását.

A határozat felülvizsgálatát a kézhezvételtől számított 30 napon belül a Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bírósághoz címzett, de a Gazdasági Versenyhivatal Versenytanácsánál benyújtott vagy ajánlott küldeményként postára adott keresettel lehet kérni. A Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság a pert tárgyaláson kívül bírálja el, a felek bármelyikének kérelmére azonban tárgyalást tart, mely kérelmet az ügyfél a keresetlevelében terjesztheti elő.

INDOKOLÁS

I.

Előzmény

1. A Gazdasági Versenyhivatal 2016. május 26-án versenyfelügyeleti eljárást indított a MERCK Vegyi és Gyógyszeripari Kereskedelmi Kft. (a továbbiakban: MERCK vagy eljárás alá vont) ellen, mivel észlelte, hogy 2015. március 2-ától kezdődően közzétett televíziós reklámfilmjében valószínűsíthetően azt a benyomást keltette, hogy a Flexagil krém elnevezésű, vény nélkül kapható gyógyszert a reklámfilmben szereplő egészségügyi szakember (gyógyszerész vagy patikai dolgozó) ajánlja, és ezzel a magatartásával valószínűsíthetően megsértette a biztonságos és gazdaságos gyógyszer- és gyógyászatisegédeszköz-ellátás, valamint a gyógyszerforgalmazás általános

szabályairól szóló 2006. évi XCVIII. törvény (a továbbiakban: Gyftv.) 17. § (2) bekezdés g) pontjában foglalt tilalmat.

2. A versenyfelügyeleti eljárás kiterjed az eljárás alá vont 2015. március 2-ától alkalmazott valamennyi, az ügyindító végzésben megjelölt magatartással érintett, azaz gyógyszerész ajánlását tartalmazó kereskedelmi kommunikációjára.

II.

Az eljárás alá vont vállalkozás

3. Az eljárás alá vont a MERCK cégcsoport 1991-ben alapított tagja. Az eljárás alá vont kizárólagos tulajdonosa a Merck Internationale Beteiligungen GmbH (DE-64293 Darmstadt, Frankfurter Str. 250.) Az eljárás alá vont 2015. évi nettó árbevétele 20.157.576.000 Ft.¹
4. Az eljárás alá vont (szervezetileg teljesen különálló egységként működő) üzletágai a következők:
 - Biopharma üzletág – vényköteles gyógyszerek forgalmazója,
 - Consumer Health üzletág – vény nélküli gyógyszerek és étrend-kiegészítő termékek forgalmazója,
 - Life Science üzletág – vegyszerek, gyógyszeripari segédanyagok és laborfelszerelés értékesítése és karbantartása.
5. A Flexagil krém forgalmazása a Consumer Health üzletághoz tartozik.²

III.

Az érintett termék és piac

6. A versenyfelügyeleti eljárásban közvetlenül érintett termék a Flexagil krém, amelyet vény nélkül kapható gyógyszerként 2009 óta forgalmaz nagykereskedéseken keresztül gyógyszertárak felé az eljárás alá vont.³ A Flexagil krém 100 grammos kiszerelésének fogyasztói ára 2.082 és 2.479 Ft között alakul.⁴
7. A betegtájékoztató értelmében a termék fekete nadálytő gyökér kivonatot tartalmazó gyulladáscsökkentő és fájdalomcsillapító hatású készítmény, zúzódások, izom- és ínszalaghúzódások, rándulások, ízületi fájdalmak, valamint a hát akut izomfájdalmának külsőleges kezelésére alkalmazható felnőttek és 12 év feletti gyermekek számára.
8. Az érintett termék értékesítéséből származó nettó árbevétel (Ft) az alábbiak szerint alakult 2015 márciusa és 2016 májusa között:⁵

	2015. márc.	2015. ápr.	2015. máj.	2015. jún.	2015. júl.	2015. aug.	2015. szept.	2015. okt.
FLEXAGIL KREM (50G)	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]
FLEXAGIL KREM (100G)	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]
FLEXAGIL KREM (150 G)	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]

¹ VJ/46-9/2016. számú irat

² VJ/46-4/2016. számú irat

³ VJ/46-7/2016. számú irat melléklete

⁴ VJ/46-16/2016. számú irat

⁵ VJ/46-4/2016. számú irat melléklete

	2015. nov.	2015. dec.	2016. jan.	2016. febr.	2016. márc.	2016. ápr.	2016. máj.
FLEXAGIL KREM (50G)	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]
FLEXAGIL KREM (100G)	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]
FLEXAGIL KREM (150 G)	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]

9. Az eljárás alá vont vállalkozás részletesen ismertette a piacot (forgalmi adatokat és reklámozási jellemzőket is).⁶ Előadta, hogy a Flexagil mint izom- és ízület gyulladáscsökkentő krém a vény nélkül kapható termékek között az IMS Health Kft. hivatalos piaci adatszolgáltató vállalat besorolása szerint a Muscle Pain relief (topical) [azaz izom fájdalomcsillapítás (helyi)] elnevezésű kategóriában versenyez. Ebben a kategóriában vény nélkül kapható, helyi kezelésre alkalmas termékek vannak jelen a piacon: [ÜZLETI TITOK], krém, tableta vagy tapasz formában.

10. Az eljárás alá vont bemutatta, hogy az elmúlt években milyen módon nőtt a kategória forgalma:

	Patikából kimenő forgalom darabban			Patikából kimenő forgalom értékben (Ft)		
	2013	2014	2015	2013	2014	2015
Forgalom	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]
Növekedés	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]

11. Az eljárás alá vont előadása szerint a kategória (értékben és darabszámban) legnagyobb forgalmú márkái a következők voltak 2015-ben:^{7 8}

Piaci részesedés értékben		Piaci részesedés darabszámban	
[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]
[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]
[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]
[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]
[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]
[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]
[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]
[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]
[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]

12. Az eljárás alá vont ismertette továbbá egy általa korábban rendelt kutatás eredményeit, továbbá azt, hogy az adott területen a fájdalomcsillapítás legjellemzőbb eszköze valamilyen diklofenák tartalmú fájdalomcsillapító krém; a két piacvezető termék hatóanyaga is diklofenák. A Flexagil krém hatóanyaga a feketenadálytő gyökér kivonat, mely természetes eredetű, nem mesterséges hatóanyag.

13. A versenyfelügyeleti eljárással érintett termék keresleti oldalán szerepel minden olyan fogyasztó, akinek – különböző eredetű – ízületi vagy izomfájdalmak vannak.

14. Az ízületi fájdalmaknak több oka is lehetséges: az egyszerű ízületi fájdalmak hátterében sérülés vagy túlterhelés áll, lehet a fájdalom oka az arthrosis, azaz a porckopás, de gyulladás (arthritis) is okozhatja

⁶ VJ/46-4/2016. számú irat

⁷ Forrás: IMS Health Kft. 2015 értékbeli piacrész

⁸ Forrás: IMS Health Kft. 2015 értékbeli piacrész

a fájdalmaikat.⁹ Az izomfájdalom a legtöbb esetben a megerőltető mozgás után jelentkező izomláz, de az izomfájdalmak másik csoportja az erős fájdalommal járó lumbágó, izomgyulladás és az izomgörcs.¹⁰

IV.

A vizsgált kereskedelmi gyakorlat

15. Az eljárás alá vont vállalkozás televíziós reklámokban, nyomtatott sajtóhirdetéseken és eladáshelyi reklámeszközökön hirdette a vizsgálattal érintett terméket, azonban a vizsgált magatartás (egészségügyi szakember ajánlása) csak a televíziós reklámokban jelent meg, így az ügyindító végzés értelmében a versenyfelügyeleti eljárás csak ezen reklámokra terjed ki.
16. Az eljárás alá vont 2015. március 2-ától 20, 25, 30 és 35 mp hosszúságú reklámfilmeket alkalmazott, a következő megjelenési jellemzőkkel:¹¹

Reklámfilm hossza	Megjelenés időpontja	Megjelenés száma	Megjelenés költsége
20 mp	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]
25 mp	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]
30 mp	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]
35 mp	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]	[ÜZLETI TITOK]
Összesen:			[ÜZLETI TITOK] Ft

17. A különböző hosszúságú reklámfilmekben ugyanaz az életkép jelenik meg: egy idősebb hölgy látható egy patikában és megoldást keres a fájdalmaira, miközben a patikus nem beszél, de a hölgy kéréseit (igényeit) követően a patika polcairól eltűnnek egyes termékek, majd végül a jelen versenyfelügyeleti eljárásban érintett termék marad. A narráció egy férfi hangján hallatszik.
18. A 2015. április 6-tól alkalmazott **20 mp hosszúságú reklámfilm**ben a következő szöveg hangzik el és a szöveggel párhuzamosan az alábbi képek láthatóak:
- Vásárló hölgy: *Hatékony fájdalomcsillapító krémet keresek.*



⁹http://www.hazipatika.com/napi_egeszseg/izuleti_problemak/cikkek/izuleti_fajdalom_okok_es_kezeles/20090216112613#aj Utolsó letöltés: 2016. augusztus 22.

¹⁰http://www.hazipatika.com/napi_egeszseg/izuleti_problemak/cikkek/az_izomlaztol_a_zuzodasig/izomfajdalom_mitol_faj_ho_gy_csillapitsuk/20110923151615 Utolsó letöltés: 2016. augusztus 22.

¹¹ VJ/46-11/2016. számú adatszolgáltatás

- Vásárló hölgy: *Aha!*



- Vásárló hölgy / egy férfianggal párhuzamosan: *A Flexagil!*



- Férfihang: *Mert a Flexagil gyorsan elkezd hatni, 95%-kal csökkenti a fájdalom intenzitását és nem tartalmaz mesterséges hatóanyagot. Flexagil. Hatásos gyógyír a fájdalom ellen.*



- Férfihang: *A kockázatokról és mellékhatásokról olvassa el a betegtájékoztatót vagy kérdezze meg kezelőorvosát, gyógyszerészét!*
19. A 2016. január 11-étől alkalmazott **25 mp hosszúságú reklámfilm**ben az alábbi szöveg hangzik el és a szöveggel párhuzamosan az alábbi képek láthatóak:
- Vásárló hölggy: *Hatékony fájdalomcsillapító krémet keresek.*



- Vásárló hölgy: *Aha!*



- Vásárló hölgy / egy férfihanggal párhuzamosan: *A Flexagil!*



- Férfihang: *Mert a Flexagil gyorsan elkezd hatni, 95%-kal csökkenti a fájdalom intenzitását és nem tartalmaz mesterséges hatóanyagot. Flexagil. Hatásos gyógyír a fájdalom ellen.*



- Férfihang: *A Flexagil januárban 15% kedvezménnyel kapható a BENU Gyógyszertárakban. A kockázatokról és mellékhatásokról olvassa el a betegtájékoztatót vagy kérdezze meg kezelőorvosát, gyógyszerészét!*

20. A 2015. március 2-ától alkalmazott **30 mp hosszúságú reklám**film tartalma a következő:

- Vásárló hölgy: *Jó napot!*
- Férfihang: *Jó napot!*
- Vásárló hölgy: *Jaj a hátam, hatékony fájdalomcsillapító krémet keresek, ...*



- ... ami gyorsan elkezd hatni, mert várnak.



- Ja és nem tartalmaz mesterséges hatóanyagot.



- Létezik ilyen? Aha!



- Vásárló hölgy / egy férfihanggal párhuzamosan: A Flexagil!



- Férfihang: *Igen, mert a Flexagil gyorsan elkezd hatni, 95%-kal csökkenti a fájdalom intenzitását és nem tartalmaz mesterséges hatóanyagot. Flexagil. Hatásos gyógyír a fájdalom ellen.*



- Férfihang: A kockázatokról és mellékhatásokról olvassa el a betegtájékoztatót vagy kérdezze meg kezelőorvosát, gyógyszerészét!
21. A 2015. július 1-jétől alkalmazott **35 mp hosszúságú reklámfilm** tartalma a következő volt:
- Vásárló hölgy: *Jó napot!*
 - Férfihang: *Jó napot!*
 - Vásárló hölgy: *Jaj a hátam, hatékony fájdalomcsillapító krémet keresek, ...*



- ... ami gyorsan elkezd hatni, mert várnak.



- Ja és nem tartalmaz mesterséges hatóanyagot.



- Létezik ilyen? Aha!



- Vásárló hölgy / egy férfihanggal párhuzamosan: A Flexagil!



- Férfihang: *Igen, mert a Flexagil gyorsan elkezd hatni, 95%-kal csökkenti a fájdalom intenzitását és nem tartalmaz mesterséges hatóanyagot. Flexagil. Hatásos gyógyír a fájdalom ellen.*



- Férfihang: *A Flexagil most 15% kedvezménnyel kapható a BENÚ Gyógyszertárakban. A kockázatokról és mellékhatásokról olvassa el a betegtájékoztatót vagy kérdezze meg kezelőorvosát, gyógyszerészét!*
22. Az eljárás alá vont vállalkozás nyilatkozata szerint¹² 2016 júliusától kezdődően megváltoztatta a Flexagil krém reklámfilmjét.¹³ A 2016 júliusától alkalmazott reklámfilmekben már nem szerepel a patikai háttér.

V.

A vizsgált kereskedelmi gyakorlattal kapcsolatos kutatások

23. Az eljárás alá vont az általa alkalmazott kereskedelmi gyakorlat kapcsán előadta,¹⁴ hogy a kampány célja, hogy a kategóriában versenyző termékektől megkülönböztesse a Flexagil márkát, illetve bemutassa a célcsoportnak, hogy létezik olyan hatékony termék izom- és ízületi gyulladáscsökkentésre, mely nem tartalmaz mesterséges hatóanyagot, melynek segítségével természetes összetevőkkel is elképzelhető a fájdalomcsillapítás.
24. Előadása szerint a három főüzenet, mely megkülönbözteti a versenytársak termékeitől a Flexagil krémet az, hogy nem tartalmaz mesterséges hatóanyagot, 95%-kal csökkenti a fájdalom intenzitását, gyorsan elkezd hatni. Az eljárás alá vont az üzeneteket fogyasztói kutatás segítségével határozta meg, amelyben a célcsoport tagjait kérdezte a számukra fontos tulajdonságokról, illetve a Flexagil krém által kínált hatásról. Az eljárás alá vont által előadott további kampány-jellemzők a jelen határozat I. számú mellékletében találhatóak.
25. A társaság csatolta továbbá a reklámügynökségi brief-et (2014. évi fogyasztói kutatás), továbbá a reklámhatékonysági mérések eredményeit.¹⁵ Előadta, hogy a reklámhatékonyságot piackutatással mérte, [ÜZLETI TITOK].
26. A reklámhatékonysági mérés eredményei értelmében [ÜZLETI TITOK].

¹² VJ/46-4/2016. számú adatszolgáltatás

¹³ VJ/46-14/2016. számú irat

¹⁴ VJ/46-4/2016. számú irat

¹⁵ VJ/46-4/2016. számú irat melléklete

27. Az eljárás alá vont csatolta a TNS Hoffman Kft. által 2015-ben végzett előzetes reklámteszt eredményeit is (a jelen határozat II. számú mellékletében).¹⁶ [ÜZLETI TITOK].

VI.

Az eljárás alá vont álláspontja

28. Az eljárás alá vont a versenyfelügyeleti eljárás indítása előtt kifejtette,¹⁷ hogy álláspontja szerint az „ajánl” kifejezés többnyire verbális, az árura a vásárló figyelmét felhívó, a vásárlást a számára javasló aktív magatartás. Rögzítette, hogy álláspontja szerint a kifogásolt reklámfilmben ilyen magatartást a gyógyszerértári szereplő (gyógyszerész vagy patikus) nem tanúsít az alábbiak szerint.
29. Az eljárás alá vont álláspontja szerint a gyógyszerértári szereplő arckifejezése és fejbólintása a szokványos, mindennapi kommunikáció része, a vásárló megértését tükrözi. A hétköznapi kereskedelmi szituációban számos esetben a vásárló kér valamit, amit az eladó fejbólintással nyugtáz, ez azonban az eljárás alá vont álláspontja szerint senkiben nem kelti azt a benyomást, hogy az eladó a termékválasztást minősítené. Az eljárás alá vont kiemelte, hogy a kifogásolt reklámfilmben a vásárló már kiválasztotta a terméket és ezt követően bólint a gyógyszerértári szereplő, a megértés jeleként.
30. A gyógyszerértári szereplő derűs, mosolygó arckifejezésével kapcsolatban az eljárás alá vont vállalkozás előadta, hogy kereskedelmi szituációban elvárt viselkedés a kedves hozzáállás, amely a vásárló termékválasztásától függetlenül célszerű magatartás, és aminek a reklámfilmben való megjelenése szükségszerű is, hiszen ha nem kedves, mosolygó arckifejezéssel jelenne meg az eladó gyógyszerértári szereplő, akkor morcos és hivatalos arckifejezéssel szerepelne, amely azonban életszerűtlen egy reklámfilmben.
31. Az eljárás alá vont a fentiekben túlmenően hivatkozott az általa felkért piackutató cég által végzett (a 27. pontban már említett) felmérésre.¹⁸ Az eljárás alá vont szerint a TNS Hoffman Kft. által 2015-ben végzett előzetes reklámteszt eredményei (2015. február 4-i összefoglaló) alapján a fogyasztók nem tekintették ajánlásnak a patikus szereplését a reklámfilmben.
32. A felmérés eredményeit összefoglaló dokumentum szerint a kifogásolt reklámfilmről a megkérdezett fogyasztók azt nyilatkozták, hogy a gyógyszerértári szereplő viselkedése teljesen eltér a megszokott viselkedéstől, mivel nem ad tanácsot, meg sem szólal, inkompetens módon jelenik meg. A fogyasztók véleménye szerint továbbá a beteg és a gyógyszerész közti interakció nem életszerű, ugyanis a magyar viszonyok közt a gyógyszerértári betérő fogyasztó viselkedése kevésbé magabiztos, a beteg legtöbb esetben kifejezi, hogy segítségre szorul, ráadásul elmarad a gyógyszerész ajánlása is, így a fogyasztók álláspontja szerint a reklámfilm nem is hiteles.
33. A MERCK álláspontja szerint a fentiekből alappal következtetett arra, hogy a megkérdezett fogyasztók nem tekintenék ajánlásnak a patikus szereplését a reklámban, így álláspontja szerint az is világossá válik, hogy nem szándékosan jogsértő magatartással, hanem jóhiszeműen sugározta a filmet.
34. Az eljárás alá vont a fentiek ellenére elfogadja azt az álláspontot, hogy a Flexagil krém televízió reklámjában szereplő patikus egészségügyi szakember ajánlásának is tekinthető, ami ellentétes lehet a Gyftv. vonatkozó előírásaival. Előadta, hogy erre figyelemmel a reklámfilm 2016. év júliusától megváltoztatta, és azt a patikus szereplő nélkül sugározza már.
35. Az eljárás alá vont kérte, hogy amennyiben bírság kiszabását tervezi az eljáró versenytanács, a reklám megváltoztatását és a fenti nyilatkozatot enyhítő körülményként vegye figyelembe.

¹⁶ VJ/46-4/2016. számú irat melléklete

¹⁷ VJ/46-7/2016. számú irat melléklete

¹⁸ A versenyfelügyeleti eljárás során, szintén hivatkozott az alábbi álláspontjára, VJ/46-4/2016. számú irat

36. Az eljárás alá vont számára az eljáró versenytanács 2016. október 12-én küldte meg Vj/46-22/2016. számú előzetes álláspontját. Az eljárás alá vont a Vj/22-27/2016. számú iratban nyújtotta be észrevételeit. Ugyanezen irat értelmében az eljárás alá vont nem kérte tárgyalás tartását az ügyben.
37. Az eljárás alá vont a Vj/22-27/2016. számú észrevételeiben kiemelte, hogy nem tartja indokoltnak kereskedelmi gyakorlat értékelése során a TNS Hoffmann Kft.-vel készített előzetes reklámteszt (fókuszcsoportos kutatás) mellőzését. Igaz ugyan, hogy az előzetes reklámteszt kifejezetten nem vizsgálta a reklám ajánlás jellegét, de a megkérdezett fogyasztók szerint
- a patikus nem ad tanácsot,
 - meg sem szólal és
 - inkompetens.
38. Erre figyelemmel a társaság alappal következtetett arra, hogy a megkérdezett fogyasztók nem tekintenek ajánlásnak a patikus szereplését a reklámban, ami az eljárás alá vont szerint a társaság felróhatósága körében értékelendő, a társaság javára szóló körülmény. A versenyjogi felelősség ugyan objektív, s nem felróhatósági alapú, de a bírság kiszabása körében mindenképpen jelentősége van az eljárás alá vont vállalkozás felróhatóságának az eljárás alá vont szerint.
39. Az eljárás alá vont kifogásolta, hogy miközben az eljáró versenytanács az előzetes reklámteszt figyelmen kívül hagyását azzal indokolja, hogy az abban rögzített vélemények különbözőek, sokfélék és több tekintetben ellentmondóak voltak, addig az ajánlást is felmérő reklámhatékonysági vizsgálatokat minden további nélkül elfogadja, holott azokról is elmondható, hogy a fogyasztók eltérően ítélték meg azt, hogy patikus ajánlásnak minősül-e a reklám (kb. [ÜZLETI TITOK]% szerint igen, [ÜZLETI TITOK]% szerint nem¹⁹), vagyis ezen logikát követve ezeket sem lehetne az értékelés során figyelembe venni.
40. Az eljárás alá vont szerint így az eljáró versenytanács eltérő mércét kíván alkalmazni a társaság számára kedvező előzetes reklámteszt és a társaság számára a jelen ügy megítélése szempontjából kedvezőtlen reklámhatékonysági vizsgálatok figyelembevétele során, ami álláspontja szerint logikailag nehezen védhető, és a társaságra nézve méltánytalan.
41. Az eljárás alá vont azt is kifogásolta, hogy az eljáró versenytanács az ügyben kiszabni kívánt bírság alapjának meghatározása során a kereskedelmi gyakorlat költségéből kíván kiindulni, továbbá figyelemmel kíván lenni arra is, hogy a különböző hosszúságú reklámszpotok egy integrált reklámkampány elemeiként úgymond egymásra épülnek, egymást erősítik, ami az eljárás alá vont szerint felvetheti a kétszeres értékelés tilalmának megsértését, mivel az eljáró versenytanács a bírság kiszabása körében egyfelől a bírság kiinduló alapjaként, másfelől egy integrált reklámkampány elemeként is értékelni kívánja a reklámszpotokat, ami végeredményben ugyanazon körülmény kétszeres értékeléséhez vezetne a bírság kiszabása során.
42. Hangsúlyozta azonban az eljárás alá vont azt is, hogy elfogadta azt az álláspontot, hogy a Flexagil krém televíziós reklámjában szereplő patikus egészségügyi szakember ajánlásának is tekinthető, ami ekként ellentétes lenne a Gyftv. vonatkozó előírásaival.

VII.

Jogsabályi háttér

43. A Gyftv. – gyógyszerrel, illetve gyógyászati segédeszközzel kapcsolatos, fogyasztókkal szembeni kereskedelmi gyakorlatra vonatkozó szabályokat ismertető fejezetén belüli – 17. §-a (2) bekezdésének

¹⁹ Az eljáró versenytanács megjegyzi, hogy a reklámhatékonysági tesztek jellegénél fogva nem lehet ennyire leegyszerűsíteni a kapott eredmények interpretálását. [ÜZLETI TITOK].

g) pontja értelmében az (1) bekezdés szerinti reklám²⁰ nem tartalmazhat olyan utalást vagy kifejezést, amely tudósok, egészségügyi szakemberek vagy ismert személyiségek ajánlását tartalmazza.

44. A Gyftv. 18. §-ának (1) bekezdése értelmében a gyógyszerrel és gyógyászati segédeszközzel kapcsolatos kereskedelmi gyakorlat e törvényben, valamint a 77. § (2) bekezdésének j) pontjában foglalt felhatalmazás alapján kiadott rendeletben meghatározott szabályai megsértéséért - a (3) és a (4) bekezdésben meghatározott kivételekkel - az felel, aki a kereskedelmi gyakorlat tekintetében önálló foglalkozásával vagy gazdasági tevékenységével összefüggő célok érdekében jár el, és a kereskedelmi gyakorlattal érintett gyógyszer, illetve gyógyászati segédeszköz értékesítése, eladásának ösztönzése közvetlenül érdekében áll.
45. A Gyftv. 18/A. §-ának (1) bekezdése értelmében a gyógyszerrel és gyógyászati segédeszközzel kapcsolatos, fogyasztókkal szembeni kereskedelmi gyakorlat e törvényben, illetve a rendeletben meghatározott szabályai megsértése esetén az eljárás lefolytatására - a (2) bekezdésben foglalt kivételekkel - a fogyasztókkal szembeni tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat tilalmáról szóló törvényben meghatározott hatóság jogosult. Az eljáró hatóság a fogyasztókkal szembeni tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat tilalmáról szóló törvényben meghatározott szabályok szerint jár el.

Az Fttv. releváns rendelkezései

46. Az Fttv. 1. §-ának (1) bekezdése szerint az Fttv. állapítja meg az áruhoz kapcsolódó, a kereskedelmi ügylet lebonyolítását megelőzően, annak során és azt követően a fogyasztóval szemben alkalmazott kereskedelmi gyakorlatokra, valamint az ilyen kereskedelmi gyakorlat tekintetében alkalmazott magatartási kódexekre vonatkozó követelményeket, és az azok megsértésével szembeni eljárás szabályait. Ugyanezen cikk (2) bekezdése szerint az Fttv. hatálya arra a kereskedelmi gyakorlatra terjed ki, amely a Magyarország területén valósul meg, továbbá arra is, amely a Magyarország területén bárkit fogyasztóként érint.
47. Az Fttv. 2. §-ának d) pontja értelmében a kereskedelmi gyakorlat a vállalkozásnak, illetve a vállalkozás érdekében vagy javára eljáró személynek az áru fogyasztók részére történő értékesítésével, szolgáltatásával vagy eladásösztönzésével közvetlen kapcsolatban álló magatartása, tevékenysége, mulasztása, reklámja, marketingtevékenysége vagy egyéb kereskedelmi kommunikációja.
48. Az Fttv. 4. §-ának (1) bekezdése előírja, hogy a kereskedelmi gyakorlat megítélése során az olyan fogyasztó magatartását kell alapul venni, aki ésszerűen tájékozottan, az adott helyzetben általában elvárható figyelmességgel és körültekintéssel jár el, figyelembe véve az adott kereskedelmi gyakorlat, illetve áru nyelvi, kulturális és szociális vonatkozásait is. Ha a kereskedelmi gyakorlat a fogyasztók egy meghatározott csoportjára irányul, az adott csoport tagjaira általánosan jellemző magatartást kell figyelembe venni. Az Fttv. 4. §-ának (2) bekezdése alapján, ha a kereskedelmi gyakorlat csak a fogyasztóknak egy, az adott gyakorlat vagy az annak alapjául szolgáló áru vonatkozásában koruk, hiszékenységük, szellemi vagy fizikai fogyatkozásuk miatt különösen kiszolgáltatott, egyértelműen

²⁰ Gyftv. 17. § (1) Az embergyógyászati célra szánt, gyógyszerértékesítés nélkül is kiadható és társadalombiztosítási támogatásban nem részesülő gyógyszerek, továbbá a támogatással nem rendelhető gyógyászati segédeszközök reklámozása megengedett, ha a reklám:

- a) egyértelműen meghatározza, hogy a reklámozott termék gyógyszer, illetve gyógyászati segédeszköz,
b) tartalmazza a gyógyszer nevét és – ha a készítmény egy hatóanyagot tartalmaz – annak szokásos nemzetközi szabadnevét, illetve a gyógyászati segédeszköz nevét,
c) a gyógyszer, illetve a gyógyászati segédeszköz rendeltetészerű használatára ösztönöz,
d) a gyógyszert az engedélyezett alkalmazási előírás, a gyógyászati segédeszközt a használati útmutató alapján mutatja be,
e) tartalmazza a gyógyszer, illetve a gyógyászati segédeszköz rendeltetészerű alkalmazásához szükséges, külön jogszabályban meghatározottak szerinti tájékoztatást, figyelmeztető szöveget,
f) egyértelmű felhívást tartalmaz a gyógyszer alkalmazására vonatkozó beteg tájékoztató, illetve a gyógyászati segédeszköz esetén a használati útmutató megismerésének szükségességére.

azonosítható csoportja magatartásának torzítására alkalmas, és ez a kereskedelmi gyakorlat megvalósítója által ésszerűen előre látható, a gyakorlatot az érintett csoport tagjaira általánosan jellemző magatartás szempontjából kell értékelni.

49. A Fttv. 14. §-a kimondja, hogy a vállalkozás - az eljáró hatóság felhívására - a kereskedelmi gyakorlat részét képező tényállítás valóságát igazolni köteles. Ha a vállalkozás nem tesz eleget ennek a kötelezettségnek, úgy kell tekinteni, hogy a tényállítás nem felelt meg a valóságnak. Erre a vállalkozást a hatóság felhívásában figyelmeztetni kell.

A Tpvt. releváns rendelkezései

50. Az Fttv. 19. §-ának c) pontja értelmében a kereskedelmi gyakorlat tisztességtelenségének megállapítására irányuló eljárásra az Fttv.-ben meghatározott eltérésekkel a Gazdasági Versenyhivatal eljárása tekintetében a tisztességtelen piaci magatartás és a versenykorlátozás tilalmáról szóló 1996. évi LVII. törvény (a továbbiakban: Tpvt.) rendelkezéseit kell alkalmazni.
51. A Tpvt. 76. §-a (1) bekezdése alapján az eljáró versenytanács határozatában e) megállapíthatja a jogsértés tényét, k) bírságot szabhat ki.
52. Az eljáró versenytanács a Tpvt. 78. §-a (1) bekezdésének a) pontja értelmében bírságot szabhat ki azzal szemben, aki Gazdasági Versenyhivatal hatáskörébe tartozó jogsértő magatartást valósít meg. Az (1b) bekezdés értelmében a bírság összege legfeljebb a vállalkozás, illetve azon – a határozatban azonosított – vállalkozáscsoport a határozat meghozatalát megelőző üzleti évben elért nettó árbevételének tíz százaléka lehet, amelynek a bírsággal sújtott vállalkozás a tagja. A vállalkozások társulásával szemben kiszabott bírság összege legfeljebb a tagvállalkozások előző üzleti évben elért nettó árbevételének tíz százaléka lehet.
53. A Tpvt. 78. §-ának (2) bekezdése értelmében a bírság legmagasabb összegének meghatározásakor a nettó árbevétel a határozat meghozatalát megelőző üzleti évre vonatkozó éves beszámoló vagy egyszerűsített éves beszámoló alapján kell meghatározni. Ha a vállalkozás működési ideje az adott évben egy évnél rövidebb, az adatokat éves szintre kell vetíteni. Ha a határozat meghozatalát megelőző üzleti évben elért nettó árbevételéről nem áll rendelkezésre hiteles adat, az utolsó hitelesen lezárt üzleti év árbevétele az irányadó. Beszámolóval nem rendelkező, újonnan alapított vállalkozás esetében az eljárás megindításának évére vonatkozó üzleti tervet, ennek hiányában a vállalkozás által a vizsgáló, illetve az eljáró versenytanács felhívására közölt, a számvitelről szóló törvénynek a közbenső mérleg készítésére vonatkozó szabályai szerint az eljárás megindításának napjával mint fordulónappal kiszámított nettó árbevételt kell figyelembe venni. A nettó árbevétel számítására egyebekben megfelelően alkalmazni kell a 24. § (3) bekezdését és a 27. § (7) bekezdését.
54. A Tpvt. 78. §-ának (3) bekezdése szerint a bírság összegét az eset összes körülményeire - így különösen a jogsérelem súlyára, a jogsértő állapot időtartamára, a jogsértéssel elért előnyre, a jogsértő piaci helyzetére, a magatartás felróhatóságára, az eljárást segítő együttműködő magatartására, a jogsértő magatartás ismételt tanúsítására, gyakoriságára - tekintettel kell meghatározni. A jogsérelem súlyát különösen a gazdasági verseny veszélyeztetettségének foka, a végső üzletfelek érdekei sérelmének köre, kiterjedtsége alapozhatja meg.
55. A Tpvt. 44. §-ának (1) bekezdése értelmében a versenyfelügyeleti eljárásra – a Tpvt. eltérő rendelkezése hiányában – a közigazgatási hatósági eljárás és szolgáltatás általános szabályairól szóló 2004. évi CXL. törvény (a továbbiakban: Ket.) rendelkezéseit kell alkalmazni meghatározott kivételekkel. A Ket. 13. §-a (2) bekezdésének e) pontja alapján a Ket. rendelkezéseit a versenyfelügyeleti eljárásban csak akkor kell alkalmazni, ha a Tpvt. vagy az Fttv. eltérő szabályokat nem állapít meg.

VIII.

Az értékelés keretei

Az alkalmazandó rendelkezés és a hatáskör kérdése

56. A fentebb ismertetett tényállásra a Gyftv. rendelkezései alkalmazandók tekintettel arra, hogy az eljárás alá vont által alkalmazott tájékoztatások gazdasági reklámnak minősülnek, amelyek a gyógyszerértékelésből vény nélkül kiadható gyógyszer népszerűsítésére szolgálnak, és azok természetes személy fogyasztóknak szólnak.
57. Az Fttv. 10. § (3) bekezdése szerint a Gazdasági Versenyhivatal kizárólagos hatáskörrel rendelkezik a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat tilalmának megsértése miatt indított ügyekben, ha a kereskedelmi gyakorlat a gazdasági verseny érdemi befolyásolására alkalmas.
58. Az Fttv. 11. §-a (2) bekezdésének a) pontja alapján a gazdasági verseny érdemi érintettsége minden egyéb körülményre tekintet nélkül fennáll, ha a kereskedelmi gyakorlat országos médiaszolgáltatást végző médiaszolgáltatón keresztül valósul meg.
59. A gazdasági verseny érdemi érintettsége a jelen ügyben vizsgált kereskedelmi gyakorlat esetében fennáll, tekintettel arra, hogy a kereskedelmi kommunikáció országos médiaszolgáltatást végző médiaszolgáltatón (M1, RTL Klub stb.) jelent meg. Így az Fttv. 11. § (2) bekezdésének a) pontja alapján az eljárás a Gazdasági Versenyhivatal hatáskörébe tartozik.
60. A Gazdasági Versenyhivatal illetékességét a Tpv. 46. § állapítja meg.

Az értékelt magatartás

61. A vizsgált kereskedelmi gyakorlatban egy gyógyszerári jelenet látható, így a jelen ügyben az vizsgálendő, hogy a reklám megfogalmaz-e (utalással vagy kifejezéssel) – a Gyftv. 17. § (2) bekezdés g) pontjában tiltott – egészségügyi szakemberi ajánlást.
62. Általános követelményként fogalmazódik meg, hogy a vállalkozásnak a fogyasztók irányában tanúsított kereskedelmi gyakorlata feleljen meg a tisztesség követelményének, amely azon elvárás is magában foglalja, hogy a vállalkozásnak magáról vagy termékeinek lényeges tulajdonságáról adott, fogyasztóknak szóló tájékoztatása igaz és pontos, továbbá az ágazati szabályokat követő és – ebben az értelemben versenysemleges – legyen. A reklámok üzenetének értelmezése során a joggyakorlat nem a vállalkozások szándékát, hanem a lehetséges fogyasztói tartalmat értékeli – figyelemmel a reklámokban megjelenő állításokra, a reklám összhatására és az érintett termék jellemzőire, különös tekintettel a reklámban kiemelt jellemzőre. Egy reklámállításnak az igazolási kötelezettségre kiható értelmezése során nem bír jelentőséggel, hogy a vállalkozás a kifogásolt állítást miként értelmezi, a közléssel mit szeretett volna kifejezésre juttatni, mivel azt a fogyasztó szempontjából kell értelmezni.
63. Lényeges továbbá, hogy az Fttv. 14. §-a értelmében a vállalkozás – az eljáró hatóság felhívására – a kereskedelmi gyakorlat részét képező tényállítás valóságát igazolni köteles. Ha a vállalkozás nem tesz eleget ennek a kötelezettségnek, úgy kell tekinteni, hogy a tényállítás nem felelt meg a valóságnak. A fogyasztókhöz eljuttatott információk valóságtartalmát tehát minden esetben a közreadójának kell igazolnia. Abban az esetben azonban, ha olyan állítással valósul meg a megtévesztés, amely esetében nincs helye általános (tényekre vonatkozó) igazolásnak (pl. az adott ágazat keretében speciális korlátok vagy bizonyítási mechanizmusok, esetleg tilalmak érvényesülnek vagy éppen az állítás ténye/értelme/tartalma önmaga is vita tárgya), ott az Fttv. 14. §-a szerinti igazolási kötelezettség is eltérő tartalmat nyer. Életszerűen azon állításokat sem lehet igazolni, ahol a rendelkezésre álló tények igazolják hitelt érdemlően és kétséget kizáróan az állítás valóságtartalmának a hiányát, de azon állítások is igazolhatatlanok, amelyek jogszabályellenesek, tiltottak.
64. A fogyasztók alapvetően többféle termék-kategóriába tartozó, különböző minősítésű fogyasztási cikkekkel, szolgáltatásokkal találkozhatnak a különböző piacokon. Az egyes piacokon eltérő szabályok jelölik ki a reklámozási kereteket, azonban általánosságban elmondható, hogy a piaci

szereplőknek azt is igazolni kell tudni, hogy a jogszabályi követelményeknek (tilalmaknak, korlátoknak, mechanizmusoknak) hogyan felelnek meg. Amennyiben nem állítana fel a szabályozás és a jogalkalmazás szigorú, minden vállalkozásra kiterjedő kereteket, azon piaci szereplők, akik jogszerűen forgalmazzák és reklámozzák termékeiket, jelentős piaci hátrányba kerülnének.

65. A versenytanácsi gyakorlat szerint, amennyiben egy reklám nem határozza meg, hogy mi értendő annak üzenete alatt, akkor az üzenet tartalommal való kitöltését a reklámozó a fogyasztóra bízza. Ha azonban a tájékoztatás nem egyértelmű, annak következményeit is a vállalkozásnak kell viselnie, mindenekelőtt oly módon, hogy valamennyi értelmezés valóságnak való megfelelését igazolnia kell. A Vj-116/2007. számú versenyfelügyeleti eljárásban megállapításra került, hogy a többféle fogyasztói értelmezés következményeit a vállalkozás elkerülheti egy egyértelmű (és bizonyítottan valós vagy éppen egyértelműen jogszerű) megfogalmazással. Ezen érvelést elfogadva, a Fővárosi Ítéltábla 2.Kf.27.298/2012/7. számú döntésében rávilágított, hogy a fenti ügyben a vállalkozás csupán a saját álláspontját közölte, de nem igazolta a másik értelmezés lehetőségének szükségszerű elvetését.
66. A jelen ügyben vizsgált magatartásokra figyelemmel a versenyfelügyeleti eljárásban az eljárás alá vont feladata az Fttv. 14. §-ának értelmében az volt, hogy bizonyítsa, hogy az általa alkalmazott reklámok üzenete nem kelti azt a látszatot, hogy a vizsgált terméket egészségügyi szakember ajánlja.
67. Ebben a körben az eljáró versenytanács visszautal a 26. pontban ismertetett reklámhatékonysági mérés eredményeire, mely szerint a megkérdezettek egy jelentős, nem elhanyagolható hányada ([ÜZLETI TITOK]% -a) szerint a reklám gyógyszerész-ajánlást fogalmaz meg. Az eljárás alá vont ezen ([ÜZLETI TITOK]) eredményeket már a versenyfelügyeleti eljárás 2016. májusi indulása előtt is ismerte.
68. Szintén ebben a körben szükséges megjegyezni (tekintettel a 27. pont szerinti fókuszcsoportos kutatásra), hogy az eljárás alá vont [ÜZLETI TITOK]. Egyértelműen megállapítható továbbá, hogy az ajánlás jellegre vonatkozó kérdés nem volt a beszélgetés során, azonban a megkérdezett fogyasztók a beteget, a patikust és a szituációt is életszerűtlennek tartották (mivel a patikustól segítséget, közreműködést várnak egy patikában). Fontos azonban megjegyezni, hogy a megkérdezett, véleményüket megfogalmazó fogyasztók a tilalommal valószínűleg nem voltak tisztában, de a patikai szituációt, a patikust minden megkérdezett felismerte, csak éppen a válaszokból az olvasható ki, hogy számukra idegen, nem megnyerő volt a bemutatott életkép.
69. Az eljáró versenytanács megjegyzi azt is, hogy a kutatási összefoglaló szerint [ÜZLETI TITOK], így megállapítható, hogy nem tényekről, hanem véleményekről kérdezték a résztvevőket.
70. Az eljáró versenytanács felhívja arra is a figyelmet, hogy a csatolt kutatási összefoglaló, illetve javaslat egyértelműen rávilágít arra, hogy nem pusztán az egyes állítások tartalmának, hanem annak is jelentősége van, hogy az adott állítás mögé a fogyasztó milyen korlátokat vagy többlettartalmakat gondol (pl. [ÜZLETI TITOK]).
71. A fentiekre való tekintettel és egységes, ellentmondásmentes fogyasztói vélemények hiányában az eljáró versenytanács nem az ajánlás jelleget egyébként sem vizsgáló kutatás, hanem a reklámfilm – lentic szerinti – vizsgálata alapján jutott arra, hogy az egyébként passzívnak tűnő patikus révén a narrációra és a (szakmai véleményt, közreműködést tükröző) termékjellemzők szelekciójára is tekintettel a reklámfilmben egészségügyi szakember ajánlása jelenik meg. Egyebekben a lenticet a reklámhatékonysági vizsgálat egyes eredményei (lásd a 26. és 67. pontot) is megerősítik. Az eljáró versenytanács szerint az, hogy a reklámfilm a 27. pontban hivatkozott kutatás szerint a patikai szituációt életszerűtlenül mutatja be, még önmagában nem kérdőjelezi meg a patikusi ajánlasként való értelmezés – 26. pont szerinti kutatás által is egyértelműen megerősített és az eljárás alá vont által is elismert – értelmezési lehetőségét.
72. Ebben a körben utal az eljáró versenytanács az eljárás alá vont észrevételei (37-40. pontok) kapcsán arra, hogy szó sincs arról, hogy míg az eljárás alá vont számára kedvező kutatási eredményeket mellőzi, addig a kedvezőtlenekre figyelemmel van az eljáró versenytanács. Attól azonban nem tud

eltekinteni az eljáró versenytanács, hogy míg az előzetes reklámteszt nem tartalmazott az ajánlás jellegre (az ajánlásra mint üzenetre) vonatkozó kérdést, addig a hatékonyság-kutatások igen – így ez utóbbi eredményei a jelen versenyfelügyeleti eljárás tárgyára tekintettel releváns módon felhasználhatóak. Szükséges azonban azt is kiemelni, hogy az előzetes reklámteszt eredménye sem egyöntetű, így ebben a tekintetben nem kedvezőbb az eljárás alá vont számára, mint a másik kutatás eredménye, miközben mindkét típusú felmérés egyértelműen jelzi, hogy többféle értelmezése, üzenete is van a szpotoknak.

73. A legfontosabb megjegyzés azonban az, hogy a kutatási eredmények csupán segítik (támogatják vagy gyengítik) az értékelést: a vizsgált reklámok értékelését, értelmezését az eljáró versenytanácsnak kell elvégeznie. Ebben a körben szükséges utalni arra az európai bírósági gyakorlatban²¹ is megjelenő elvárásra, hogy ne kutatás, hanem az eljáró hatóság ítélje meg elsődlegesen azt, hogy a vizsgált tájékoztatás milyen tartalmat hordoz.
74. Az eljáró versenytanács kiemeli továbbá, hogy az emberi felhasználásra szánt gyógyszerek közösségi kódexéről szóló 2001. november 6-i 2001/83/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv 90. cikkének f) pontja úgy fogalmaz, hogy a nyilvános gyógyszerhirdetés nem tartalmazhat olyan elemeket, amelyek tudósok, egészségügyi szakemberek vagy olyan személyek ajánlására hivatkoznak, akik nem tudósok vagy egészségügyi szakemberek, de népszerűségük révén elősegíthetik a gyógyszer fogyasztását. Az irányelv megfogalmazása alapján tehát egyértelműen megállapítható, hogy a tilalom az egyes felfokozott (az adott kategória fogyasztását növelő) bizalmi jegyek alkalmazását hivatott korlátozni a versenysemlegesség védelme érdekében. A fogyasztó ugyanis hajlamos előnyben részesíteni azt a terméket, amelyet számára szakember, az adott területen szaktudással, tapasztalattal rendelkező személy vagy egyébként a fogyasztó bizalmát, figyelmét élvező személy népszerűsíti, promotálja.

Az érintett fogyasztók és a vizsgált reklámok értelmezése, tartalma

75. Az eljárás alá vont által a Flexagil krém kapcsán közzétett kereskedelmi gyakorlat elsősorban azon fogyasztók felé irányult, akik ízületi vagy izom fájdalmaik enyhítésére keresnek enyhülést, megoldást.
76. Az érintett fogyasztói kör egy része tekintetében megállapítható, hogy – mivel a fájdalom mértéke igen nagy és hosszantartó, állandó jelleggel felmerülő probléma lehet – az Fttv. 4. § (2) bekezdés szerinti sérülékeny fogyasztókról beszélhetünk, akik a fájdalom enyhítése, a gyógyulás érdekében hiszékenyebbek és érzékenyebben reagálnak a megoldást ígérő kereskedelmi kommunikációra. Ugyanakkor a jelen versenyfelügyeleti eljárásban vizsgált kereskedelmi gyakorlattal megcélzott és elért fogyasztói körbe nem csak az előzőekben jellemzett, hanem a ritkábban előforduló (pl. sportolással összefüggésben) és enyhébb mértékű fájdalmakkal küzdő fogyasztók is beletartoznak. Így – mivel a vizsgált gyakorlattal érintett fogyasztói kör heterogén – a vizsgált kereskedelmi gyakorlat értékelésekor az ésszerűen eljáró átlagfogyasztó magatartását szükséges alapul venni.
77. Az eljáró versenytanács álláspontja szerint a szpotok minősítése körében nincs jelentősége annak, hogy a bemutatott patikai dolgozó ténylegesen gyógyszerész-e vagy egyéb patikában dolgozó személy, hiszen életszerűen a fogyasztók a gyógyszertárakban dolgozó személyek esetén végzettségüktől függetlenül várnak el szakmai közreműködést, egészségügyi segítséget, így a továbbiakban az eljáró versenytanács sem tesz különbséget. Megállapítható tehát, hogy a reklámfilm férfi szereplőjét patikai dolgozóként vagy gyógyszerészként lehet azonosítani, aki egyértelműen egészségügyi szakembernek minősül, így az általa tett ajánlás olyan, egészségügyi szakember által megfogalmazott javallatnak minősül, amelyet egy, a gyógyszertárból vény nélkül kiadható gyógyszer népszerűsítésére szolgáló reklám nem tartalmazhat.
78. A szpotokban bemutatott életkép egy gyógyszertári vásárlás, ahol egy idősebb hölgy vásárló és középkorú fehér köpenyes patikai dolgozó látható, majd az egyes reklámok végén a férfihang előadja

²¹ C201/96., C220/98. számú európai bírósági döntések

„a Flexagil gyorsan elkezd hatni, 95%-kal csökkenti a fájdalom intenzitását és nem tartalmaz mesterséges hatóanyagot. Flexagil. Hatásos gyógyír a fájdalom ellen.”

79. A reklámfilm tehát egy gyógyszertári közegben játszódik, ahova egy hölgy vásárló tér be és sorolja fel a fájdalomcsillapítóval kapcsolatos elvárásait. A hölgy gyorsan és megszakítás nélkül beszél, így a fehér köpenyes gyógyszerésznek nincs esélye megszólalni, csak gesztusai, illetve testtartása tükrözik a véleményét, álláspontját. Mivel a reklámfilm két szereplős, azaz a gyógyszertárban egy vásárló hölgy és egy ott dolgozó fehérköpenyes férfi szerepel, a női szereplő mondanivalójának elhangzását követően a férfihangon elhangzó megerősítést, ajánlást az ésszerűen eljáró átlagfogyasztó akkor is a férfi szereplőnek tulajdonítja, ha a nyilvánvalóan szinkronizált reklámfilmben a férfi szereplőnek nem mozog a szája abban a töredékmásodpercben, amíg a férfihangon elhangzó narrációval egyszerre látszik a képen.
80. Továbbá a hosszabb (30, illetve 35 másodperces) szpotokban (2015. március 2-ától) a hölgy elvárásainak (legyen hatékony, hasson gyorsan és ne tartalmazzon mesterséges hatóanyagot) felsorolásával párhuzamosan a gyógyszerész háta mögött, de a gyógyszerész részleges oldalra fordulása mellett a patikai polcokról sorban tűnnek el azon termékek, amelyek nem felelnek meg a hölgy által sorolt kritériumoknak, míg végül csak egy termék, a Flexagil krém marad. A termékválasztással együtt a gyógyszerész mosolyog és bólint.
81. A kritériumok felsorolása, a termékek szelektálása után – mindegyik reklámfilmben – a hölgy megpillantja a polcon a Flexagil krém terméket és egy férfihanggal egyszerre felkiált, hogy: „Aha, a Flexagil!”.
82. A szelekció végén a felkiáltással, a termék beazonosításával párhuzamosan tehát bekapcsolódik egy férfihang is, majd ez a férfihang veszi át a szót és folytatja a narrációt. A szpotok végén pedig egy fehér köpenyes férfi kéz helyezi el a pulton (egy klaviatúra mellé) a terméket.

A vizsgált reklámok értékelése

83. Az eljáró versenytanács álláspontja szerint a reklámfilm több eleme is azt az üzenetet, utalást hordozza, hogy a Flexagil krémet gyógyszerész ajánlja:
- a szpotban, de különösen annak a végén elhangzó narráció (férfihang) arra enged következtetni, hogy a gyógyszerész beszél az adott férfihangon (az üzletbe belépő személy köszöntése, a Flexagil krém nevének kiejtése, valamint a reklámfilmek végén a termék bemutatása is azonos férfihangon történik), így a termék pozitív jellemzőinek a felsorolása is a férfihang tulajdonosához, a gyógyszerészhez köthető,
 - a reklámfilmek végén egy fehér köpenyes férfi keze helyezi a pultra az ajánlást megfogalmazó narráció („Igen, mert a Flexagil gyorsan elkezd hatni, 95%-kal csökkenti a fájdalom intenzitását és nem tartalmaz mesterséges hatóanyagot. Flexagil. Hatásos gyógyír a fájdalom ellen.”) közben a terméket,
 - a szpotokban szereplő gyógyszerész megjelenésével és annak pozitív visszajelzésével, azaz arckifejezésével és bólintásával, a testhelyzetének a változásával a fogyasztó számára azt üzeni, hogy a véleménye tükrözi a háta mögött zajló – termékjellemzők szerinti – szelekciót,
 - ugyan a vásárló hölgy mondja a fogyasztói szempontból releváns kritériumokat, azok azonban olyanok (hatékonyság, gyorsaság, összetétel), amelyek az egyes termékek esetében nem köztudottak (még egy tudatos, rendkívül körültekintően eljáró fogyasztó sem tudja az összes elérhető termék esetében, hogy az alkalmazási előírása vagy a betegtájékoztatója alapján hatékony-e, tartalmaz-e mesterséges összetevőt, illetve milyen gyorsan hat), így szükséges a szakmai közreműködés, amit a fogyasztói percepció a szpotban szereplő egészségügyi szakemberhez társít,

- sem a hatékonyság, sem a gyorsaság nem tekinthető egyértelműen objektív (illetve a laikusok általi egyszerű összehasonlítást lehetővé tevő) jellemzőnek, így ebben a tekintetben a szelekció, illetve az összehasonlítás során a patikus szakmai „vélemény”, azaz ajánlása jelenik meg.
84. A reklámfilmekben szereplő gyógyszerész tehát nem csak mosolyával, gesztusaival erősíti meg a vásárló termékválasztását, de verbálisan és a háta mögött zajló (szakmai tudást, ismereteket valószínűsítő) szelekcióval is ajánlja a terméket (erősíti a fogyasztói bizalmat a termék iránt), továbbá felsorolja a Flexagil krém előnyeit (gyorsan hat, 95%-kal csökkenti a fájdalom intenzitását, nem tartalmaz mesterséges hatóanyagot).
85. Az eljáró versenytanács szerint a fenti álláspontot (a fogyasztói percepciót, a lehetséges értelmezést) alátámasztja az eljárás alá vont reklámhatékonysági kutatásainak az eredménye is.
86. Az eljáró versenytanács ebben a körben kiemeli azt is, hogy a megjelenési jellemzőkből megállapítható, hogy a hosszabb és a rövidebb szpotok integrált módon kiegészítették, illetve erősítették egymást.
87. A fentiekre tekintettel az eljáró versenytanács megállapítja, hogy az eljárás alá vont vállalkozás reklámfilmjeiben a Flexagil krém elnevezésű, vény nélkül kapható gyógyszert egészségügyi szakember (gyógyszerész, illetve patikai dolgozó) ajánlotta.
- (Az eljáró versenytanács kiemeli, hogy a reklámokat csak az ügyindító végzésben megjelölt magatartás tekintetében vizsgálta, így például a gyors hatással és a hatékonysággal kapcsolatos állítások tekintetében nem értékelte.)

Az eljárás alá vont felelőssége

88. A Gyftv. 18. §-ának (1) bekezdése szerint a Gyftv. 17. §-a (2) bekezdése g) pontjának megsértéséért az felel, aki a kereskedelmi gyakorlat tekintetében önálló foglalkozásával vagy gazdasági tevékenységével összefüggő célok érdekében jár el, és a kereskedelmi gyakorlattal érintett gyógyszer értékesítése, eladásának ösztönzése közvetlenül érdekében áll. Mivel egyértelműen megállapítható, hogy a vizsgált kereskedelmi gyakorlattal érintett Flexagil krém értékesítése, eladásának ösztönzése az eljárás alá vont vállalkozásnak közvetlenül érdekében állt, ezért a vizsgált kereskedelmi gyakorlatért az Gyftv. alapján a MERCK felelősséggel tartozik.

Összegzés

89. Figyelemmel az előzőekben kifejtettekre az eljáró versenytanács megállapította, hogy az eljárás alá vont vállalkozás tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatot tanúsított, amikor az ágazati tilalom ellenére 2015. március 2. és 2016. július 1. között közzétett televíziós reklámfilmjeiben a Flexagil Krém elnevezésű, vény nélkül kapható gyógyszert a reklámfilmben szereplő egészségügyi szakember (gyógyszerész, illetve patikai dolgozó) ajánlotta, amely magatartással az eljárás alá vont megsértette a Gyftv. 17. §-a (2) bekezdésének g) pontját.
90. Az eljárás alá vont nyilatkozata (lásd a 22. pontot) értelmében már nem alkalmazza a jelen versenyfelügyeleti eljárásban a jogsértő szpotokat, ezért az eljáró versenytanács álláspontja szerint a jelen ügyben nem indokolt a Tptv. 76. §-a (1) bekezdés g) pontja alapján megtiltani a jogsértő magatartás további folytatását.
91. Tekintettel azonban a jogsértés jellegére, súlyára és az érintett piacra, az eljáró versenytanács a jogsértés megállapításán túlmenően a Tptv. 78. §-ának (1) bekezdés a) pontja alapján bírság kiszabását is indokoltnak tartotta az eljárás alá vont vállalkozással szemben.
92. Az eljáró versenytanács a bírság összegét a Tptv. 78. §-a (3) bekezdésének, illetőleg a Gazdasági Versenyhivatal Elnökének és a Versenytanács Elnökének 2/2015. számú, a bírság mértékének meghatározásával kapcsolatban kialakult versenytanácsai gyakorlatot rögzítő közleményben foglaltaknak megfelelően határozta meg.

93. A kiszabandó bírság összegének a meghatározása alapvetően négy, egymást követő lépésben történik. Az eljáró versenytanács először meghatározza a bírság kiinduló összegét, majd az adott ügyben figyelembeveendő, a jogsértés súlyát, hatását enyhítő és súlyosító körülmények mérlegelésével meghatározza a bírság alapösszegét. Ezt követően – amennyiben indokolt – az esetleges korrekciós tényezőkre tekintettel megváltoztatja az alapösszeget, végül figyelemmel van a bírság maximális összegére mint korlátra.
94. A jelen ügyben a bírság kiinduló összegének megállapításakor az eljáró versenytanács a jogsértő kereskedelmi gyakorlat (mintegy [ÜZLETI TITOK] Ft-os) költségéből (lásd a 16. pontot) indult ki, figyelemmel arra is, hogy a vizsgált kereskedelmi gyakorlat egyik főüzenete valósítja meg a jogsértést. Az eljáró versenytanács arra is figyelemmel van, hogy a feltárt, különböző hosszúságú szpotok – egy integrált kampány elemeiként – egymásra épülnek, egymást erősítik, így nem indokolt a bírság kiinduló összegének a csökkentése, illetve csak egyik vagy másik szpot költségének a figyelembe vétele.
95. Az eljáró versenytanács enyhítő körülményként azonosította, hogy az eljárás alá vont
- módosította a kereskedelmi gyakorlatát a versenyfelügyeleti eljárás hatására (közepes súlyú enyhítő),
 - a versenyfelügyeleti eljárás megindítását követően az eljárás alá vont elfogadta, hogy a reklámban szereplő patikus egészségügyi szakember ajánlásának is tekinthető, ami ellentétes lehet a Gyftv. vonatkozó előírásaival, továbbá ellentétes véleményt az előzetes álláspont kézhezvételét követően sem fogalmazott meg, illetve tárgyalást tartását sem kérte (kiemelt súlyú enyhítő).
96. Az eljáró versenytanács azonban kiemelt súlyosító körülményként vette figyelembe gyakorlatának megfelelően, hogy
- a jogsértő kereskedelmi gyakorlat huzamosabb ideig (2015. március 2-ától 2016. július 1-jéig) tartott, továbbá az alkalmazott reklámok jellegére (magas nézettségű televíziós csatornákon megjelenő, integrált reklámszpotok) is tekintettel jelentős számú fogyasztót ért el a célcsoporton belül is,
 - az érintett termék bizalmi és az érintett fogyasztói kör egy része sérülékenynek tekinthető,
 - az eljárás alá vont magatartása nagy mértékben felróható, nem éri el az adott helyzetben általában elvárható magatartási mércét, nem felel meg a társadalom értékítéletének.
97. Az előzőek kapcsán a felróhatóság körében az eljáró versenytanács arra is figyelemmel volt, hogy az eljárás alá vont által kifejezetten követendő ágazati szabályok sérelméről van szó, illetve hogy az eljárás alá vont kutatásai (különösen a reklámhatékonysági kutatások) is jelezték az egészségügyi szakember ajánlásával kapcsolatos értelmezési kérdéseket, aggályokat. Ebben a körben visszautal az eljáró versenytanács arra a korábbi megállapítására is, hogy a reklám előtesztelés eredménye (megfogalmazott kérdés és egyöntetű vélemények hiányában) sem volt egyértelműen kedvező az eljárás alá vont számára a reklám lehetséges ajánlás-üzenete tekintetében, továbbá az eljárás alá vontnak nem csak a kampány tesztelésekor, de már a tervezésekor is figyelemmel kellett volna lennie a tilalomra - így ez sem csökkentette az eljárás alá vont magatartása felróhatóságának a mértékét. Egyértelmű eredményt jelentett azonban a 26. pontban ismertetett hatékonysági kutatás: azt jelezte, hogy nem kevés fogyasztó számára (az adott ágazati reklámozási keretei között tiltott) gyógyszerész-ajánlást fogalmaz meg a reklám. Ezen felmérésnek az eredménye (azaz hogy a megkérdezettek [ÜZLETI TITOK]-a patikus ajánlásként értelmezi a reklámot) már 2015 nyarán ismert lehetett az eljárás alá vont előtt, ennek ellenére nem módosította a kereskedelmi gyakorlatát egészen a versenyfelügyeleti eljárás megindításáig, ami szintén a felróhatóság magasabb fokára utal.
98. Megjegyzi az eljáró versenytanács azt is, hogy az eljárás alá vont kifogásával szemben (lásd a 41. pontot) kettős értékelésre nem került sor a kampány költségének mint a bírság kiinduló összegének és az egyes reklámeszközök (a különböző hosszúságú szpotok) integrált voltának figyelembevételével.

A két tényezőnek ugyanis egyrészt más a szerepe (lásd a 94. pontot), másrészt a konkrét költségösszeg csak egyszer lett számításba véve. Egyebekben egy kampány integráltságát azért lehet figyelembe venni a jogsértő magatartás értékelése körében, mert minél összetettebb egy kampány, annál nagyobb valószínűséggel és gyakrabban találkozik annak üzenetével a fogyasztó (illetve a kampány többféle médiafogyasztási szokással rendelkező fogyasztókat tud hatékonyan elérni), így annál nagyobb eséllyel, annál nagyobb arányban (tehát nem lineáris módon) van hatással a fogyasztói magatartására, a befektetett költség annál jobban hasznosul.

99. Végezetül az eljáró versenytanács a fentieknek megfelelően kalkulált alapösszeget megvizsgálta abból a szempontból is, hogy a speciális és generális prevenció elveit figyelembe véve az – figyelemmel az ügy összes körülményeire – kellő mértékű elrettentő erőt képvisel-e, valamint, hogy nem haladja-e meg a törvényi maximumot. Az eljáró versenytanács végül a bírság alapösszegénél alacsonyabb összeget határozott meg bírságként a vizsgált kereskedelmi gyakorlat jellegére és a prevenciók célokra is tekintettel.
100. Nem tudta azonban az eljáró versenytanács jelentős mértékben csökkenteni a bírság összegét. Ebben a körben az eljáró versenytanács – a 96. pontban felsorolt súlyosító körülményeken túl - figyelemmel volt arra, hogy az eljárás alá vont esetében olyan jelentős piaci szereplőről van szó, akinek a magatartása irányadó lehet más vállalkozások számára és ekként jelentős hatású lehet az adott piacon. Az eljáró versenytanács álláspontja szerint a bírságként meghatározott összeg nem eltúlzott a kereskedelmi gyakorlat költségeihez és az eljárás alá vont, illetve a vállalkozáscsoportja piaci súlyához képest, de alkalmas arra, hogy a valós visszatartó ereje legyen az érintett piacon. A bírság mértéke kapcsán az eljáró versenytanács megjegyzi, hogy a kiszabott bírság összege csekély mértékű az eljárás alá vont 2015. évi nettó árbevételének 10%-ához [2.015.757.600 Ft] mint törvényi korláthoz képest.

IX.

Egyebek

101. A bírságot a határozat kézhezvételétől számított 30 napon belül kell megfizetni a Gazdasági Versenyhivatal 10032000-01037557-00000000 számú bírságbevételi számlája javára, függetlenül attól, hogy a határozattal szemben keresetet terjesztenek-e elő. A befizetésekor a közlemény rovatban feltüntetendő az eljárás alá vont neve, a versenyfelügyeleti eljárás száma, a befizetés jogcíme (bírság).
102. A Polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény 332. §-ának (2) bekezdése szerint a keresetlevél benyújtásának a végrehajtásra nincs halasztó hatálya, a felperes azonban a keresetlevélben a végrehajtás felfüggesztését kérheti. A végrehajtást a kérelem elbírálásáig a Versenytanács nem foganatosíthatja.
103. A Tpv. 44. §-a alapján a Ket. versenyfelügyeleti eljárásra is irányadó 140. §-ának (1) bekezdése értelmében a végrehajtást megindító hatóság vagy a bíróság függesztheti fel a végrehajtást. A Ket. 140. §-ának (3) bekezdése szerint a végrehajtást megindító hatóság a kötelezett kérelmére kivételesen akkor függesztheti fel a végrehajtást, ha a kötelezett a felfüggesztésre okot adó, méltányolható körülményt igazolta, és a kötelezettet a végrehajtási eljárás során korábban nem sújtották eljárásbírsággal.
104. A Ket. 132. §-ának (1) bekezdése szerint a pénzfizetési kötelezettségének határidőre eleget nem tevő késedelmi pótléket köteles fizetni. A (2) bekezdés szerint a késedelmi pótlék mértéke minden naptári nap után a felszámítás időpontjában érvényes jegybanki alapkamat kétszeresének 365-öd része.
105. A bírság és a késedelmi pótlék meg nem fizetése esetén a Gazdasági Versenyhivatal megindítja a határozat végrehajtását. Az eljáró versenytanács tájékoztatja a kötelezettet, hogy a Tpv. 90/A. §-ának (1) bekezdése alapján a Gazdasági Versenyhivatal által kiszabott, teljesítési határidőben meg nem fizetett bírság (valamint a meg nem fizetett bírság után felszámítandó és meg nem fizetett késedelmi pótlék) behajtása iránt az állami adóhatóság intézkedik.

106. A határozat elleni jogorvoslati jogot a Tpv. 83. §-ának (1) bekezdése biztosítja.

Budapest, 2016. november 9.

dr. Szoboszlai Izabella s.k.
előadó versenytanács tag

Dudra Attila s.k.
versenytanács tag

dr. Miks Anna s.k.
versenytanács tag

MELLÉKLET

I. számú melléklet – az eljárás alá vont nyilatkozata a kampány elemeket illetően
[ÜZLETI TITOK]

II. számú melléklet – reklámfilm előtesztelés
[ÜZLETI TITOK]