



Jedn. identifikátor 280629-RRTV

Naše č. j. RRTV/13032/2018-
had
Sp. zn. RRTV/2017/1092/had
Zasedání Rady 10-2018/poř. č. 51

Organizační složka SWISS
PHARMACEUTICAL INVESTMENT
LLC, Kubelíkova 1224/42,
13000 Praha 3

Vyřizuje: AO

Datum, místo 18. 6. 2018, Praha

NAPOMENUTÍ

I. Rada pro rozhlasové a televizní vysílání (dále jen "Rada"), jakožto ústřední správní úřad, v rámci své kompetence dané § 7 písm. a) a dle § 8a odst. 2 písm. j) zákona č. 40/1995 Sb., o regulaci reklamy a o změně a doplnění zákona č. 468/1991 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání, ve znění platných předpisů, účinného v době odvysílání obchodního sdělení (dále jen „zákon č. 40/1995 Sb.“), a ustanovení § 45 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen zákon č. 250/2016 Sb.), v platném znění, vydala dne 5. června 2018 následující rozhodnutí: Obviněný zadavatel reklamy, SWISS PHARMACEUTICAL INVESTMENT LLC, sídlem Charles Mathias, 942 Windemere Drive NW, Salem, Oregon, Spojené státy americké, prostřednictvím její organizační složky (odštěpného závodu) Organizační složka SWISS PHARMACEUTICAL INVESTMENT LLC, IČ: 29016827, se sídlem Praha 3 - Žižkov, Kubelíkova 1224/42, PSČ 13000, se uznává vinným v souladu s § 8a odst. 2 písm. j) zákona č. 40/1995 Sb., neboť zadáním reklamy Imunit Hlíva ústříčná 800 mg, odvysílané dne 20. 12. 2016 od 22:31:45 hodin na programu Nova, se dopustil porušení § 5d odst. 2 zákona č. 40/1995 Sb., dle čl. 7 odst. 3 a 4 písm. a) Nařízení EP a Rady (EU) č. 1169/2011, kterým se stanoví, že informace o potravině nesmějí připisovat jakékoli potravině vlastnosti umožňující zabránit určité lidské nemoci, zmírnit ji nebo ji vyléčit, ani na tyto vlastnosti odkazovat, včetně související reklamy, neboť z obsahu obchodního sdělení jednoznačně vyplývá, že přípravek je určen pro vyléčení onemocnění, případně jeho prevenci. V obraze dochází k ztvárnění osoby s projevy onemocnění, současně je pak deklarován, byť kontextově, účinek přípravku na onemocnění. Kontext vyplývá z uvedení tvrzení, že přípravek napomáhá komplexně udržovat obranyschopnost a přirozenou imunitní odpověď.

II. Rada dle ustanovení § 45 zákona č. 250/2016 Sb., rozhodla uložit pachateli SWISS PHARMACEUTICAL INVESTMENT LLC, sídlem Charles Mathias, 942 Windemere Drive NW, Salem, Oregon, Spojené státy americké, prostřednictvím její organizační složky (odštěpného závodu) Organizační složka SWISS PHARMACEUTICAL INVESTMENT LLC, IČ: 29016827, se sídlem Praha 3 - Žižkov, Kubelíkova 1224/42, PSČ 130 00 za spáchání uvedeného přestupku trest ve formě napomenutí, kterým se pachatel výslovně upozorňuje na důsledky svého protiprávního jednání, které mu hrozí v případě opakování výše uvedeného protiprávního jednání, a to peněžitý trest. Pachateli je možné v budoucnu uložit pokutu ve výši 2 000 000 Kč.

III. V souladu s ustanovením § 95 odst. 1 zákona č. 250/2016, o odpovědnosti za přestupky, a § 6 vyhlášky č. 520/2005 Sb. uložila Rada účastníku řízení povinnost uhradit paušální částku nákladů řízení ve výši 1 000,- Kč (slovy jedentisíckorun) na účet č. 3711-19223001/0710, variabilní symbol 20171092, úhrada nákladů je splatná do pěti pracovních dnů ode dne doručení tohoto rozhodnutí.

Odůvodnění:

Rada obdržela podnět stěžovatelky (č. j. 11/2017) ve věci obchodního sdělení Imunit® Hlíva ústřičná 800 mg. Dle zjištěných dat se jedná o obchodní sdělení Imunit® Hlíva ústřičná 800 mg, které bylo odvysíláno dne 20. 12. 2016 od 22:31:45 hodin na program Nova. Dle obsahu stížnosti byla provedena analýza předmětného obchodního sdělení a bylo zjištěno následující.

Popis:

V pravém horním rohu je umístěno logo „Imunit® Hlíva ústřičná 800 mg“. V prostředí kuchyně sedí u stolu žena v županu, má obalený krk šátkem. V popředí je konvice, med, talíř s hlívou a citrony. Žena se napije a náhle se rozkašle. Následuje detailní záběr na hlívu ústřičnou. Dále na misky vah, kde je na jedné straně jedna tobolka produktu evidentně těžší než plná miska hlívy. Pod tímto je uvedeno oznámení ve znění: „Imunit® Hlíva ústřičná 800 mg s rakytníkovým olejem a echinaceou. Díky obsaženému selenu napomáhá komplexně udržovat obranyschopnost a přirozenou imunitní odpověď. Nejsilnější hlíva na trhu, dle průzkumu z lékáren duben 2016, srovnání s produkty obsahujícími jemně pomletou plodnici hlívy ústřičné. DOPLNĚK STRAVY“. Po střihu následuje pohled do grafického prostředí s balením produktu, opět za přítomnosti misky vah s hlívou. Postupně se odkrývá spodní část balení s nápisem „100 tobolek + BONUS 100 tob. NAVÍC; LIMITOVANÁ EDICE“. Vedle tohoto je přítomno dominantní logo „Imunit® Hlíva ústřičná 800 mg“ a menším písmem oznámení „doplnek stravy“.

Z obsahu obchodního sdělení plyne, že přípravek je určen pro vyléčení onemocnění, případně jeho prevenci. V obraze dochází k uvedení osoby s onemocněním, současně je pak deklarován, byť kontextově, účinek přípravku na onemocnění. Kontext vyplývá z uvedení tvrzení, že přípravek napomáhá komplexně udržovat obranyschopnost a přirozenou imunitní odpověď. Zdá se mimo jiné ztvárněnou osobou s projevy onemocnění.

Ačkoliv nejsou v obchodním sdělení zmíněna žádná konkrétní onemocnění, jsou uvedeny takové vizuální informace, které mohou naznačovat, že přípravek slouží jako prevence před onemocněními, potažmo přímo k jejich vyléčení.

V kontextu Nařízení EP a Rady č. 1169/2011 ze dne 25. října 2011, článku 7 odst. 3, nesmějí informace o potravině připisovat jakékoli potravině vlastnosti umožňující zabránit určité lidské nemoci, zmírnit ji nebo ji vyléčit, ani na tyto vlastnosti odkazovat, včetně související reklamy.

Na základě obrazové složky znázorňující nemocnou ženu s deklarací účinku přípravku, je možné dovodit, že divák může účinky přípravku spojovat s léčebným účinkem.

Řízení o přestupku bylo zahájeno 8. prosince 2017 a bylo vedeno pod sp. zn. RRTV/2017/1092/had. Dokazování zhlédnutím audiovizuálního záznamu obchodního sdělení bylo provedeno dne 20. února 2018.

O ukončení dokazování ve věci byl účastník informován písemností č.j. RRTV/6611/2018-had, doručenou účastníkovi dne 23. února 2018.

Vyjádření účastníka:

Účastník řízení nesouhlasí s tím, že by měl zadáním dané reklamy porušit ust. § 5d odst. 2 zákona č. 40/1995 Sb., dle čl. 7 odst. 3 a 4 písm. a) Nařízení EP a Rady (EU) č. 1169/2011.

Účastník řízení uvádí:

Dle správního orgánu z obchodního sdělení jednoznačně vyplývá, že přípravek je určen pro vyléčení onemocnění, případně jeho prevenci. V obraze dochází k ztvárnění osoby s projevy onemocnění, současně je pak deklarován, byť kontextově, účinek přípravku na onemocnění. Kontext vyplývá z uvedení tvrzení, že přípravek napomáhá komplexně udržovat obranyschopnost a přirozenou imunitní odpověď. Daný závěr dovozuje z obrazové složky reklamního příspěvku, který znázorňuje dle názoru správního orgánu nemocnou ženu s deklarací účinku přípravku, a tedy je možné dovodit, že divák může účinky přípravku spojovat s léčebným účinkem.

K tomu je třeba konstatovat, že léčebný účinek z dané reklamy nevyplývá a ostatně se lze pozastavit nad klasifikací správního orgánu, že z obchodního sdělení jednoznačně vyplývá, že přípravek je určen pro vyléčení onemocnění, případně jeho prevenci. Je zřejmé, že podtržené výrazy se vzájemně vylučují.

Z reklamy se nepodává, že by měla být vyobrazená žena z tvrzené nemoci vyléčena, není již dále zobrazována „v lepší formě“ (tj. není zobrazen jakýkoliv náznak uzdravení či jiné změny stavu), naopak, jsou uvedena pouze přípustná zdravotní tvrzení, která jsou však účastníku řízení přičítána k tíži, přestože je uvedeno, že nejsou zmíněna žádná konkrétní onemocnění. Nelze tedy souhlasit s tím, že by na základě obrazové složky bylo možné spojovat účinky přípravku s léčivými účinky.

Průměrný spotřebitel má navíc možnost si nejen z hrané obrazové části, ale také z textové části, která je uvedena v dolní části obrazovky přečíst, na základě čeho jsou produktu přisuzovány jeho vlastnosti. Konstatováním přípustných vlastností přípravků na zdraví člověka, tj. funkčních zdravotních tvrzení, nelze porušit ust. § 5d odst. 2 zákona o regulaci reklamy. Jak tedy bylo výše uvedeno, vytýkané tvrzení „díky obsaženému selenu napomáhá komplexně udržovat obranyschopnost a přirozenou imunitní odpověď“ je přípustné schválené zdravotní tvrzení pro selen, když účastník řízení je přesvědčen, že již jen z tohoto tvrzení lze dovodit přípustnost i „hrané“ části reklamního příspěvku, když to je odůvodnění zásadou flexibility zdravotních tvrzení.

Obrazovou část reklamního příspěvku je pak třeba považovat v souladu se zásadou flexibility zdravotních tvrzení považovat za tzv. obecné tvrzení dle čl. 10 Nařízení č. 1924/2006. Úprava tzv. obecných tvrzení je uvedena v čl. 10 odst. 3 Nařízení: Odkaz na obecné, nespécifické příznivé účinky živiny nebo potraviny na celkové dobré zdraví a duševní a tělesnou pohodu je přípustný pouze tehdy, pokud je doplněn zvláštním zdravotním tvrzením, které je uvedeno v seznamech podle článku 13 nebo 14. Doprovodným schváleným tvrzením je tvrzení schválené nařízením č. 432/2012 pro selen, které lze za užití principu flexibility zdravotních tvrzení vztáhnout i na vytýkané tvrzení.

Rovněž nelze odhlédnout od toho, že pro v reklamě uvedené složky, tj. zejména echinaceu a rakytník, jsou v on hold seznamu uvedena následující tvrzení:

- pro rakytník: přispívá k přirozené obranyschopnosti organismu, přispívá k fyzické pohodě, přispívá k odolnosti vůči mikroorganismům, možnost k posílení kardiovaskulárního systému (ID 2067, 2452)
- pro echinaceu: podporuje imunitní systém a obranyschopnosti (antioxidant), podporuje přirozený obranný mechanismus, a to zejména na úrovni horních cest dýchacích, podporuje přirozený obranný mechanismus, a to zejména na úrovni horních cest dýchacích, přispívá k ústní pohodě; platná a účinná pomoc při chladném období (období nachlazení), úleva pro hrdlo pomáhá horním cestám dýchacím, podporuje imunitu během nachlazení, pomocná látka terapie opakujících se infekcí horních cest dýchacích, prevence opakující se infekcí horních cest dýchacích, podpůrná terapie pro nachlazení, opora při nachlazení a infekci (ID 3336, 3751, 4257, 4032, 3950, 3342, 2366)

Dle účastníka řízení se tedy jedná o funkční zdravotní tvrzení, když je poukazováno na: význam živiny nebo jiné látky pro růst a vývoj organismu a jeho fyziologické funkce, přičemž tato tvrzení jsou založena na všeobecně uznávaných vědeckých poznatcích.

K tomu je třeba odkázat na výklad tvrzení „on hold“, jak jej učinil Městský soud v Praze ve věci 7 A 70/2012: V této souvislosti pak Městský soud v Praze přisvědčil námitce žalobce, že významným interpretačním vodítkem je právě nařízení 432/2012, resp. tzv. „on-hold“ seznam zdravotních tvrzení dle čl. 13, na který uvedené nařízení odkazuje. Žalovanému lze dát za pravdu v tom smyslu, že v době jeho rozhodnutí nařízení 432/2012 ještě nebylo účinné (účinnosti nabylo 14. 12. 2012).

To však nemění nic na skutečnosti, že bylo již platnou součástí právního řádu (platnosti nařízení nabylo dvacátým dnem po vyhlášení v Úředním věstníku Evropské unie, ke kterému došlo 25. 5. 2012) a mohlo nepochybně sloužit jako indikátor toho, která tvrzení (tedy jaký typ tvrzení) hodnotí Evropská komise po přechodnou dobu jakožto přípustná funkční zdravotní tvrzení dle čl. 13 odst. 1 písm. a) nařízení 1924/2006. Obsah tzv. „on-hold“ seznamu, na který nařízení 432/2012 odkazuje v čl. 11 odůvodnění, přitom ukazuje, že tvrzení obdobná, resp. v několika případech naprosto shodná s tvrzeními výše vypsány, jsou přinejmenším do ukončení jejich hodnocení Evropskou komisí posuzována jako tzv. funkční zdravotní tvrzení dle čl. 13 odst. 1 písm. a) nařízení 1924/2006, a nikoli jako zdravotní tvrzení o snižování rizika onemocnění dle čl. 14 odst. 1 písm. a) nařízení 1924/2006, jak dosvědčuje následující tabulka: Dle názoru soudu bylo tedy v rozhodném období možné tzv. funkční zdravotní tvrzení dle čl. 13 odst. 1 písm. a) v souladu s čl. 28 odst. 5 nařízení 1924/2006 na odpovědnost provozovatelů potravinářských podniků používat tehdy, pokud byla založena na obecně uznávaných vědeckých údajích a byla dobře srozumitelná průměrnému spotřebiteli. Z výše uvedeného vyplývá nepochybný závěr, že je-li tvrzení na on hold seznamu, je považováno za tvrzení funkční dle čl. 13 odst. 1 písm. a) nařízení č. 1924/2006. I pokud by tedy žena zobrazená v reklamě měla být posuzována jako „nemocná“ – ačkoliv správný orgán žádné konkrétní onemocnění, kterým by měla trpět, neuvádí, pak je dané zobrazení zcela odůvodněno tím, že výrobek obsahuje selen, rakytník a echinaceu. Zároveň pak nelze odhlédnout od podstaty existence doplňků stravy. Podstatou doplňků stravy je, dodat do organismu látky nezbytné pro to, aby se lidský organismus nemusel potýkat s nežádoucími stavy.

Ostatně i v samotné definici zákona č. 110/1997 se říká „Doplňkem stravy potravina, jejímž účelem je doplňovat běžnou stravu a která je koncentrovaným zdrojem vitaminů a minerálních látek nebo dalších látek s nutričním nebo fyziologickým účinkem, obsažených v potravině samostatně nebo v kombinaci, určená k přímé spotřebě v malých odměřených množstvích.“ Pokud je tedy veškerých látek v organismu dostatek, lidský organismus se nemusí potýkat s žádnými nepříznivými stavy. Zdravý člověk, se zdravým imunitním systémem a obranyschopností se z podstaty věci nebude potýkat s nemocemi. Doplňky stravy pak mají sloužit k udržení tohoto „normálního stavu“, resp. k němu přispívat.

Pokud nebude „normální stav“ udržen, lze předpokládat, že člověk bude k onemocnění náchylnější. Určitá prevence onemocnění je tedy podstatou doplňků stravy a vyplývá i z evropské legislativy definující zdravotní tvrzení. Prevence je tedy stav, kterému je člověk vystavován v době, kdy je zcela zdravý a nemůže tak být vůbec považován za stav kdy se již léčí jakékoliv onemocnění a kdy je tak tělo vystaveno nějakému „napadení“. Vzhledem k výše uvedenému je zřejmé, že účastník nemohl porušit ust. § 5d odst. 2 zákona o regulaci reklamy, a čl. 7 odst. 3 a 4 písm. a) nařízení č. 1169/2011, a tedy nebyl důvod pro zahájení řízení v dané věci. Účastník řízení proto navrhuje, aby bylo řízení zastaveno.

Správní uvážení Rady:

Reklama svým zpracováním záměrně vyvolává dojem, že přípravek je určen pro vyléčení onemocnění, případně jeho prevenci. V obraze dochází k uvedení osoby s onemocněním, současně je pak deklarován, byť kontextově, účinek přípravku na onemocnění. Kontext vyplývá z uvedení tvrzení, že přípravek napomáhá komplexně udržovat obranyschopnost a přirozenou imunitní odpověď. Je nesporné, že je-li konkrétní produkt – v tomto případě Hlíva ústříčná – nabízen v kontextu ztvárněné scény, tedy scény, v níž sledujeme zjevně nemocnou ženu, běžný divák/spotřebitel bude situaci interpretovat tak, že tato nemocná žena bude užívat nabízený produkt za účelem zlepšení svého neuspokojivého zdravotního stavu (tedy za účelem vyléčení).



V kontextu Nařízení EP a Rady č. 1169/2011 ze dne 25. října 2011, článku 7 odst. 3, nesmějí informace o potravině připisovat jakékoli potravině vlastnosti umožňující zabránit určité lidské nemoci, zmírnit ji nebo ji vyléčit, ani na tyto vlastnosti odkazovat, včetně související reklamy.

Na základě obrazové složky znázorňující nemocnou ženu s deklarací účinku přípravku, je možné dovodit, že divák může účinky přípravku spojovat s léčebným účinkem. Vyjádření účastníka fakticky nerozporuje podobu reklamy, přičemž jádrem vyjádření je, že v reklamě byla použita schválená zdravotní tvrzení.

Obsahem přestupku je skutečnost, že v reklamě jsou uvedena tvrzení léčebná, která jsou bez ohledu na tvrzení zdravotní, zakázána.

V tomto případě považuje Rada za vhodné odkázat na rozsudek ze dne 17. 1. 2014, č. j. 4 As 98/2013 - 88, kde Nejvyšší správní soud ve vztahu k užití zdravotních tvrzení konstatoval: „je třeba zásadně odlišovat (zakázané) tvrzení o vlastnostech vyléčení lidské nemoci na jedné straně a zdravotní tvrzení ve smyslu nařízení č. 1924/2006, včetně tvrzení o snižování rizika onemocnění, která jsou za určitých podmínek přípustná, na straně druhé. V případě zdravotních tvrzení ve smyslu citovaného nařízení je pak nutné provést podrobnější posouzení toho, zda se jedná o tvrzení schválená, případně o tvrzení dočasně povolená ve smyslu přechodných ustanovení nařízení č. 1924/2006, jak Nejvyšší správní soud vyložil v citovaném rozsudku ve věci Hemostop. Případně zpochybnění aplikace § 5d odst. 2 písm. d) zákona o regulaci reklamy tak přichází v úvahu pouze v případě, že by stěžovatelce bylo kladeno za vinu klamavé reklamní sdělení týkající se prevence, respektive snižování rizika onemocnění. V nyní posuzované věci byla stěžovatelka postižena, jak vyplývá z napadeného rozhodnutí, za televizní reklamu připisující doplňku stravy multiMUN akut vlastnosti vyléčení lidské nemoci.“

Ani využití schválených zdravotních tvrzení, v kontextu rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, nijak nebrání tomu, aby celkové vyznění reklamy nebylo v rozporu s § 5d odst. 2 písm. d) dle čl. 7 odst. 3 a 4 písm. a) Nařízení EP a Rady (EU) č. 1169/2011, kterým se stanoví, že informace o potravině nesmějí připisovat jakékoli potravině vlastnosti umožňující zabránit určité lidské nemoci, zmírnit ji nebo ji vyléčit, ani na tyto vlastnosti odkazovat, včetně související reklamy.

V daném obchodním sdělení byla legitimně užita zdravotní tvrzení, ovšem v rozporu se zákonem došlo i k deklaraci léčebného, resp. preventivního účinku.

Na základě výše uvedeného rozhodla Rada, že nejsou dány důvody pro zastavení řízení o přestupku.

Současně nejsou na základě správní úvahy Rady dány dostatečné důvody pro uložení pokuty, neboť reklama byla odvysílána v roce 2016, a řízení na základě podnětu bylo zahájeno dne 8. prosince 2017.

Rada považuje za účelné a plně odpovídající uložit sankci ve formě napomenutí. Již s ohledem na přístup účastníka je v daném případě postačující napomenutí, jakožto institut generální prevence, a proto Rada za spáchání uvedeného přestupku rozhodla uložit správní trest ve formě napomenutí, kterým se pachatel výslovně upozorňuje na důsledky svého protiprávního jednání, které mu hrozí v případě opakování výše uvedeného protiprávního jednání, a to peněžité trest.

Pachateli je možné v budoucnu uložit pokutu ve výši 2 000 000 Kč v případě porušení § 5d odst. 2 zákona č. 40/1995 Sb.

V souladu s ustanovením § 95 odst. 1 zákona č. 250/2016, o odpovědnosti za přestupky, a § 6 vyhlášky č. 520/2005 Sb. uložila Rada účastníku řízení povinnost uhradit paušální částku nákladů řízení ve výši 1 000,- Kč (slovy jedentisíckorun) na účet č. 3711-19223001/0710, variabilní symbol 20171092, úhrada nákladů je splatná do pěti pracovních dnů ode dne doručení tohoto rozhodnutí.

Poučení

Proti tomuto usnesení není dle § 66 zákona č. 231/2001 Sb. možno podat žalobu.

Ivan Krejčí

předseda Rady
pro rozhlasové a televizní vysílání
elektronicky podepsáno