



Jedn. identifikátor 269057 - RRTV

Naše č. j. RRTV/5990/2018-
had

Sp. zn. RRTV/2017/761/had
Zasedání Rady 2-2018/poř. č. 23

Vyřizuje: 23. 1. 2018

Datum, místo 23. ledna 2018, Praha

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

Rada pro rozhlasové a televizní vysílání (dále jen "Rada"), jakožto ústřední správní úřad, v rámci své kompetence dané § 7 písm. a) 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, účinných v době odvysílání obchodního sdělení (dále jen „zákon č. 40/1995 Sb.“), dle § 8a odst. 2 písm. j) a § 8a odst. 6 písm. b) zákona č. 40/1995 Sb., v platném znění, v řízení o přestupku vedeném podle zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „zákon o odpovědnosti za přestupky“), rozhodla dne 23. ledna 2018 takto:

I. Obviněný zadavatel reklamy, SWISS PHARMACEUTICAL INVESTMENT LLC, sídlem Charles Mathias, 942 Windemere Drive NW, Salem, Oregon, Spojené státy americké, se uznává vinným v souladu s § 8a odst. 2 písm. j) zákona č. 40/1995 Sb. pro porušení povinnosti stanovené § 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 přisuzovat jakékoli potravině vlastnosti umožňující zabránit určité lidské nemoci, zmírnit ji nebo ji vyléčit, ani na tyto vlastnosti odkazovat, včetně související reklamy, kterého se dopustil odvysíláním reklamy s motivem Enzycol DNA dne 1. července 2016 v čase 10:25:04 hodin na programu Televize Barrandov, neboť je v názvu přípravku homonymicky odkazováno na onemocnění dnou a zároveň jsou v obchodním sdělení uvedeny účinky přípravku proti projevům, které se projevují při tomto onemocnění, konkrétně zvýšené hladině kyseliny močové v krvi a kloubním obtížím, což je dokumentováno i grafickou podobou obchodního sdělení.

II. Za přestupek se pachateli v souladu s § 8a odst. 6 písm. b), ukládá pokuta ve výši 600 000,- Kč (slovy šestsettisíc korun českých).

Pokuta je splatná ve lhůtě 30 dnů ode dne právní moci tohoto rozhodnutí na účet 3754-19223001/0710, variabilní symbol 2017761. 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 2017761 úhrada nákladů je splatná do pěti pracovních dnů ode dne doručení tohoto rozhodnutí

Odůvodnění:

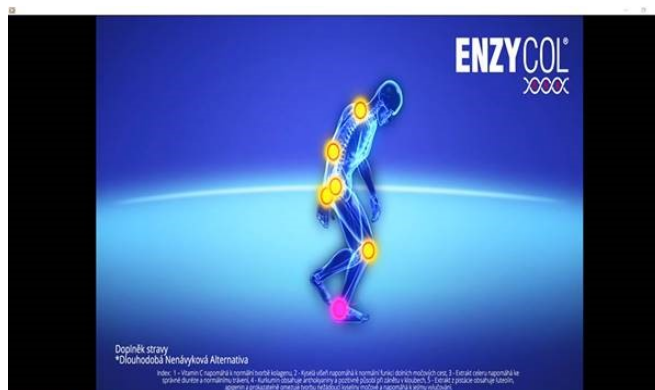
Rada rozhodla zahájit se zadavatelem reklamy, společností SWISS PHARMACEUTICAL INVESTMENT LLC, sídlem Charles Mathias, 942 Windemere Drive NW, Salem, Oregon, Spojené státy americké, prostřednictvím její organizační složky (odštěpného závodu) Organizační složka

SWISS PHARMACEUTICAL INVESTMENT LLC, IČ: 29016827, se sídlem Praha 3 - Žižkov, Kubelíkova 1224/42, PSČ 13000, řízení o přestupku pro možné 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, a to odvysíláním reklamy Enzycol DNA dne 1. července 2016 v čase 10:25:04 hodin na programu Televize Barrandov, neboť je v názvu přípravku homonymicky odkazováno na onemocnění dnou a zároveň jsou v obchodním sdělení uvedeny účinky přípravku proti projevům, které se projevují při tomto onemocnění, konkrétně zvýšené hladině kyseliny močové v krvi a kloubním obtížím.

Řízení o přestupku bylo zahájeno pod sp. zn. RRTV/2017/761/had.

Popis reklamního spotu a rozbor:

V pravém horním rohu „logo“ ENZYCOL®. V dolní části obrazovky text: „Doplněk stravy“ a „* Dlouhodobá Nenávyková Alternativa“. Dále oznámení „Index 1 – Vitamín C napomáhá k normální tvorbě kolagenu, 2 – Kyselá višňe napomáhá k normální funkci dolních močových cest, 3 – Extrakt celeru napomáhá ke správné diuréze a normálnímu trávení, 4 – Kurkumin obsahuje anthokyaniny a pozitivně působí při zánětu v kloubech, 5 – Extrakt z pistácie obsahuje luteolin, apigenin a prokazatelně omezuje tvorbu nežádoucí kyseliny močové a napomáhá k jejímu vylučování“. V modrém grafickém prostředí je vyobrazena postava se zvýrazněnými částmi pohybového aparátu. Postava se postupně stále více „hrbí“ k zemi, je evidentní, že pohyb je pro ni problematický. Následuje detail kolenního kloubu (demonstrace účinku přípravku). Vzpřímená postava (evidentně bez pohybových potíží) se dále přesunuje na obal přípravku Enzycol. Komentář: „Enzycol DNA. Když vás klouby táhnou ke dnu, je tady Enzycol DNA. Účinný přípravek při zvýšené hladině kyseliny močové v krvi. Enzycol DNA vás na dně nenechá. Enzycol DNA.“ Poznáváme, že text DNA je vysloveno dohromady a nikoliv hláskovaně. Tato skutečnost je podstatná z výkladu mediálního obsahu, tak jak může být interpretován divákem. V obchodním sdělení je uvedeno v pravém horním rohu logo přípravku ENZYCOL®, pod nímž je symbol identifikovatelný jako šroubovice DNA.



Přičemž ono označení DNA (vyslovované dohromady) je zadavatelem interpretováno jako Dlouhodobá nenávyková alternativa. Homonymický význam je však jasný, lze jej zaměnit s onemocněním nazývaným dna.

Dlouhodobá nenávyková alternativa, tak jak je prezentována v obchodním sdělení, není však žádným odborným termínem označujícím či specifikujícím jakoukoliv kategorii výrobků, ale ryze fantazijní kategorizací přípravku, který má navodit, že přípravek je alternativou (tedy možnou substitucí), kterou je možno užívat dlouhodobě a bez návyku. Toto označení, aniž by bylo

potřebné prokazovat úmysl zadavatele, v případě spotřebitele, či lépe pacienta s dnou, může být interpretovatelné jako přípravek, který se jmenuje stejně jako onemocnění, ale je nenávykový a substituující jiné přípravky k léčbě určené, a to léčiva.

Jak již bylo zmíněno výše, reklama přinejmenším homonymicky odkazuje na onemocnění dnou. Toto onemocnění způsobuje bolest kloubů a příčinou je hromadění kyseliny močové v těle, tedy příznaky, které jsou uvedeny i v obchodním sdělení, „Enzycol DNA. Účinný přípravek při zvýšené hladině kyseliny močové v krvi.“

Vjem z obrazové a zvukové složky může u spotřebitele vést k důvodnému závěru, že přípravek snižuje kyselinu močovou, a je nenávykovou alternativou. Sám název Enzycol DNA umocňuje tyto závěry. Podstatnou okolností je pak grafická modelace deklarující obtíže s klouby. V podobě záběru na kolenní kloub s výstražnou barvou.



A dále grafickým znázorněním asociujícím snadný a bezbolestný pohyb, kdy figura kráčí bez zjevných pohybových obtíží a výstražná označení napadených kloubů absentují.



Je tak možné mít za to, že obchodní sdělení odkazuje na prevenci a léčbu onemocnění, konkrétně dny. Dle ustanovení § 5d odst. 2 zákona o regulaci reklamy musí reklama na potraviny splňovat požadavky stanovené zákonem o potravinách a tabákových výrobcích, zejména pokud jde o uvedení informace naznačující, že země původu potraviny je Česká republika, přímo použitelným předpisem Evropské unie o poskytování informací o potravinách spotřebitelům a přímo

použitelnými předpisy Evropské unie, které stanoví pravidla pro použití označení původu, zeměpisných označení a tradičních výrazů.

Rada došla k závěru, že odvysíláním reklamy Enzycol DNA dne 1. července 2016 v čase 10:25:04 hodin na programu Televize Barrandov mohlo dojít k 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 je v názvu přípravku homonymicky odkazováno na onemocnění dnou a zároveň jsou v obchodním sdělení uvedeny účinky přípravku proti projevům, které se projevují při tomto onemocnění, konkrétně zvýšené hladině kyseliny močové v krvi a kloubním obtížím. Rada proto rozhodla o zahájení řízení.

Vyjádření účastníka:

„Účastník řízení podává následující vyjádření. 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.

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, nspecifické 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)

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 (účinností 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 správní 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 dle Definice dle 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 potravine 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“.

Na základě oznámení o ukončení dokazování byl ze strany účastníka doručen přípis, kde je konstatováno: „K tomu je třeba uvést, že televizní reklamu je třeba vnímat jako celek, tj. fonetickou i vizuální stránku dohromady, jako jeden celek. Správní orgán však vychází zejména ze stránky zvukové, když ze zvukové stopy, kde je daná zkratka přečtena jako jedno slovo, dovozuje, že je odkazováno na onemocnění, když však obrazová část reklamního příspěvku tento závěr jednoznačně vyvrací. Pokud pak jde o jednotlivá tvrzení, na která správní orgán poukazuje, není účastníku řízení zřejmé, zda správní orgán považuje daná tvrzení za nepřipustná či nikoliv. Prohlašuje, že se jedná o přípustná zdravotní tvrzení dle nařízení č. 1924/2006. Jedná se o schválená zdravotní tvrzení a tvrzení na on hold seznamech, která je možné dle přechodných ustanovení nařízení č. 1924/2006 a dále dle nařízení Komise č. 432/2012 užívat.“

Dále je účastníkem odkázáno na tuto skutečnost: „Důležitým faktem, který musí být vzat v potaz je sdělení o vyřízení námitek ze strany SZPI. Ředitel SZPI svá rozhodnutí po věcném přezkoumání a prostudování všech podkladů zrušil a vyhověl tak námitkám, které byly ve věci podány. Rovněž bylo uznáno, že nebylo dostatečně zohledněno grafické ztvárnění písmen DNA, kdy se pokud jde o obaly produktu vyjádřil ředitel inspektorátu tak, že nebylo kontrolujícím dostatečně zohledněno grafické ztvárnění písmen DNA, které byly na obalu zakomponovány do obecně známé šroubovice deoxyribonukleové kyseliny, a nebyla zohledněna indexová doplňující informace, že se jedná o dlouhodobě nenávykovou alternativu. Kontrolující se při posuzování tohoto označení jednostranně držel výše uvedeného v protokole zmiňovaného závěru meziresortní komise, jehož závěr byl, že název lidského onemocnění – Dna, je součástí názvu potraviny, přičemž nepřihlédl k výše popsané současnému grafickému vyobrazení písmen DNA a nepřihlédl k doplňující informaci, že se jedná o dlouhodobě nenávykovou alternativu. Této části námitek se vyhovuje. SZPI dále uvedla, že název potraviny ENZYCOL® DNA z výše uvedených důvodů tedy nelze považovat za název, ve kterém, nebo jehož součástí je užito nepovolené léčebné tvrzení. Účastník řízení se tedy zcela důvodně domníval, že reklamní prezentace odpovídá legislativním požadavkům, když daný závěr ostatně později vyslovil i kontrolní orgán.“

Současně je účastníkem předložen dokument označený jako Vyřízení námitek SZPI Olomouc č.j. SZPI/AC894-4/2017 ze dne 28.2.2017.

K průběhu řízení:

Řízení o přestupku bylo zahájeno pod sp. zn. RRTV/2017/761/had dne 1. září 2017. V průběhu řízení bylo provedeno dne 21. října 2017 dokazování, k němuž byl účastník pozván, ale jehož se nezúčastnil. Informace o ukončení dokazování včetně protokolu o průběhu tohoto procesního úkonu, byla účastníkovi doručena dne 14. 11. 2017.

Správní uvážení Rady:

Rada dodává, že součástí vyjádření účastníka řízení jsou i přílohy, které však nejsou v úředním jazyce, ani opatřeny certifikovaným překladem. Z obsahu těchto příloh vyplývají skutečnosti týkající se zápisu přípravku na on hold seznam dle databáze EFSA. 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 poznátcích.

Toto však shledáváme z hlediska kategorie případu jako bezpředmětné. Předmětem řízení nejsou zdravotní, ale léčebná tvrzení ve smyslu ustanovení § 5d odst. 2 zákona o regulaci reklamy.

V rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 9. 2008, č. j. 7 As 48/2008 – 72 je uvedeno, že *„[d]oplňěk stravy je v souladu s platnou právní úpravou potravinou, a proto nelze akceptovat reklamní sdělení, které tuto potravinu způsobem prezentace a charakteristikou přiblíží léčivům, až dokonce vyvolá dojem, že v podstatě se jedná o léčivo. Zadavatel reklamy je samozřejmě oprávněn uvádět pravdivé informace ohledně vlastností nabízeného doplňku stravy, avšak je zároveň především povinen spotřebitele zřetelně a jasně informovat o tom, že jde pouze o doplněk stravy, a nikoliv o léčivo, které by v případě onemocnění mělo léčivý účinek. (...) výklad citovaného ustanovení neznamena absolutní nemožnost reklamy na doplněk stravy nebo dokonce zákaz uvádět o nabízeném výrobku pravdivé informace. Je pouze nutné spotřebitele dostatečně informovat o povaze výrobku, kterým je doplněk stravy, se sdělením o účincích a působení látek obsažených v přípravku a zřetelně uvést, že se nejedná o léčivo a že v případě zdravotních potíží je třeba se obrátit na lékaře.“*

Citovaný právní názor byl poté potvrzen i rozsudkem NSS ze dne 23. 9. 2009, č. j. 1 As 49/2009 - 45, v němž bylo konstatováno, že *„[p]ro naplnění skutkové podstaty správního deliktu podle ustanovení § 5d odst. 1 písm. d) [nynější § 5d odst. 2] zákona o regulaci reklamy není rozhodné, zda byly v reklamě na doplněk stravy uváděny pravdivé informace o účincích užívání prezentovaného přípravku, ale zda kombinace obsahu reklamního sdělení a jejího grafického zpracování může v adresátech reklamy dojem, že prezentovaný doplněk stravy je lékem nebo přípravkem schopným lidské choroby léčit nebo jim předcházet. Nejvyšší správní soud proto dospěl ve shora jmenovaném rozhodnutí k závěru, že pro naplnění skutkové podstaty je dostačující, pokud je na takové schopnosti přípravku obsahem reklamního sdělení pouze odkazováno.“*

V posuzovaném obchodním sdělení je následující komentář: Enzycol DNA. Když vás klouby táhnou ke dnu, je tady Enzycol DNA. Účinný přípravek při zvýšené hladině kyseliny močové v krvi. Enzycol DNA vás na dně nenechá. Enzycol DNA.“ Zde je potřeba zdůraznit, že text DNA je vysloveno dohromady a nikoliv hláskovaně. Tato skutečnost je podstatná z výkladu mediálního obsahu, tak jak může být interpretován divákem. Neboť je zde vyjádřen název onemocnění dna a nikoliv odkaz na deoxyribonukleovou kyselinu neboli D.N.A., jejíž symbol je vyjádřen emblémem dvoušroubovice.

Jak již bylo zmíněno výše, reklama přinejmenším homonymicky odkazuje na onemocnění dnou. Toto onemocnění způsobuje bolest kloubů a příčinou je hromadění kyseliny močové v těle, tedy příznaky, které jsou uvedeny i v obchodním sdělení: **„Enzycol DNA. Účinný přípravek při zvýšené hladině kyseliny močové v krvi.“**

Vjem z obrazové a zvukové složky může u spotřebitele vést k důvodnému závěru, že přípravek snižuje kyselinu močovou, a je nenávykovou alternativou. Sám název Enzycol DNA umocňuje tyto závěry. Podstatnou okolností je pak grafická modelace deklarující obtíže s klouby v podobě záběru na kolenní kloub s výstražnou barvou.

A dále grafickým znázorněním asociujícím snadný a bezbolestný pohyb, kdy figura kráčí bez zjevných pohybových obtíží a výstražná označení napadených kloubů absentují.

Je tak nutné mít za to, že obchodní sdělení odkazuje na prevenci a léčbu onemocnění, konkrétně dny. Dle ustanovení § 5d odst. 2 zákona č. 40/1995 Sb., čl. 7 odst. 3 a 4 písm. a) Nařízení EP a Rady (EU) č. 1169/2011, 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

Účastník ve svém vyjádření dále namítá, že v reklamním spotu byla využita schválená zdravotní tvrzení, respektive, že jde o tvrzení z tzv. on hold seznamu. V tomto případě odkazuje Rada 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. Případné zpochybnění aplikace § 5d odst. 2 písm. d) [nynější § 5d odst. 2] 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 postížena, jak vyplývá z napadeného rozhodnutí, za televizní reklamu připsující doplňku stravy multiMUN akut vlastností vyléčení lidské nemoci.“

To, že jsou v reklamě využita schválená zdravotní tvrzení, neznamená, že reklama nemůže být v rozporu s § 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. Tuto skutečnost potvrdil i Nejvyšší správní soud.

K námitce účastníka spojené s odkazem na vyjádření SZPI v kontextu Vyřízení námitek SZPI Olomouc č.j. SZPI/AC894-4/2017 ze dne 28.2.2017 je nutno namítat fakt, že se uvedené netýká předmětné reklamy, ani vedeného správního řízení, ale řízení vedeného před jiným správním orgánem v jiné věci (obal přípravku). Z tohoto důvodu nelze k uvedenému přihlížet.

S ohledem na výše uvedené Rada konstatuje, že došlo k 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 připsovat jakékoli potravině vlastnosti umožňující zabránit určité lidské nemoci, zmírnit ji nebo ji vyléčit, ani na tyto vlastnosti odkazovat, včetně související reklamy, a to od vysílání reklamy Enzycol DNA dne 1. července 2016 v čase 10:25:04 hodin na programu Televize Barrandov, neboť je v názvu přípravku homonymicky odkazováno na onemocnění dnou a zároveň jsou v obchodním sdělení uvedeny účinky přípravku proti projevům, které se projevují při tomto onemocnění, konkrétně zvýšené hladině kyseliny močové v krvi a kloubním obtížím.

Podle ustanovení § 8a odst. 2 písm. j) a § 8a odst. 6 písm. b) zákona č. 40/1995 Sb. Rada může uložit zadavateli reklamy, která je v rozporu s § 5d odst. 2 zákona č. 40/1995 Sb., pokutu až do výše 2 000 000,- Kč podle závažnosti porušení povinností, a to i opakovaně. V souladu se zákonem č. 250/2016 Sb., odpovědnosti za přestupky, konkrétně ustanoveními § 37 a § 38, navrhuje přihlídnout k těmto okolnostem.

Při určení druhu a výměry správního trestu podle § 37 písm. a) a g) se přihlídnou k povaze a závažnosti přestupku, u právnické nebo podnikající fyzické osoby k povaze její činnosti, Dle § 38 je povaha a závažnost přestupku dána zejména

- a) významem zákonem chráněného zájmu, který byl přestupkem porušen nebo ohrožen,
- b) významem a rozsahem následku přestupku,
- c) způsobem spáchání přestupku,
- d) okolnostmi spáchání přestupku,

- e) u fyzické osoby též druhem a mírou jejího zavinění, popřípadě pohnutkou, je-li tato známkou skutkové podstaty přestupku,
- f) délkou doby, po kterou trvalo protiprávní jednání pachatele nebo po kterou trval protiprávní stav udržovaný protiprávním jednáním pachatele,
- g) počtem jednotlivých dílčích útoků, které tvoří pokračování v přestupku.

K přestupku, tedy způsobu spáchání, došlo šířením obchodního sdělení prostřednictvím televizního vysílání, tedy masovým komunikačním médiem, dopad ani dosah vysílání nebyl v řízení o přestupku hodnocen, proto, byť k porušení právních předpisů došlo na programu Televize Barrandov, nelze k této okolnosti přihlížet, resp. nelze ji hodnotit jako přitěžující. Rozhodující pro řízení nebyl ani počet repríz, byť je možno očekávat významný zásah a časově dlouhou reklamní kampaň, v řízení byl tedy posuzován jen jeden skutek v podobě jednoho konkrétního odvysílání reklamy.

Za rozhodnou okolnost však považujeme fakt, že oblast zdraví a s tím spojeného inzerování přípravků určených ke zlepšení zdravotního stavu je citlivou kategorií, která podléhá přísné regulaci, jelikož nemocný a zranitelný spotřebitel vyžaduje zvýšenou ochranu. Jakékoliv porušení předpisů v této oblasti je nutno hodnotit jako závažné. Za bezprecedentní je třeba považovat jmenovitý odkaz na nemoc, konkrétně dnu, tedy vážné a bolestivé onemocnění pohybového aparátu. Význam chráněného zájmu je tak možno označit za významný.

Tuto skutečnost se účastník snaží maskovat odkazem na uměle vykonstruovaný, bezobsažný termín Denní nenávyková alternativa, zkráceně DNA. Reklama tak přímo cílí na osoby onemocnělé dnou, případně si touto nemocí postižené spotřebitelé mohou tvrzení obsažená v reklamě interpretovat, že právě tento produkt je zaměřen na toto onemocnění.

Jednání účastníka je tak možno hodnotit v důsledku jako bezskrupulózní snahu o inzerci produktu, který sice maskovaně, avšak zcela prokazatelně využívá podobností slov a termínů závažného onemocnění pohybového ústrojí a terminologického konstruktů. To vše doplněno o grafické znázornění pohybového ústrojí stíženého onemocněním. Tuto okolnost je nutno označit za přitěžující.

Na základě této skutečnosti rozhodla Rada uložit pokutu ve výši 600 000 Kč, tedy v dolní polovině zákonné meze, přičemž, jak bylo zmíněno výše, horní hranice pro uložení peněžité sankce je omezena výší dvou milionů korun. Rada neshledala důvod pro uplatnění plného zákonného rozpětí, byť chráněný zájem je v daném případě nutno označit za významný. Nelze ani konstatovat, že by ze strany účastníka došlo k deklaraci zamezení vysílání spotu, či jiných postupů, které by bylo možno hodnotit jako polehčující okolnost. Přesto Rada konstatuje, že sankce v této výši je dostačující.

Vzhledem k tomu, že správní řízení vyvolal účastník řízení porušením své právní povinnosti, uložila mu Rada v souladu s ustanovením § 79 odst. 5 správního řádu a § 6 vyhlášky č. 520/2005 Sb. povinnost uhradit paušální částku nákladů správního řízení ve výši 1 000,- Kč.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze v souladu s ustanovením § 65 a násl. zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, podat žalobu k Městskému soudu v Praze ve lhůtě dvou měsíců od doručení písemného vyhotovení tohoto rozhodnutí. Podání žaloby má odkladný účinek.

Ivan Krejčí
předseda Rady
pro rozhlasové a televizní vysílání
elektronicky podepsáno