



**RADA
PRO ROZHLASOVÉ A TELEVIZNÍ
VYSÍLÁNÍ**

Rada pro rozhlasové a televizní vysílání

Škrétkova 44/6, 120 00 Praha 2

Tel.: + 420 274 813 830 / Fax: + 420 274 810 885 / e-mail: info@rrtv.cz

www.rrtv.cz

WALMARK, a.s.

44/0

73961 Třinec 1

Česká republika

AK Čalfa Bartošík a partneři

Karlovo náměstí 24

11000 Praha 1

Česká republika

Sp. zn./Ident.: 2012/134/had/WAL

Č.j.: had/3970/2012

Zasedání Rady č. 20 - 2012 / poř.č.: 26

ROZHODNUTÍ

Rada pro rozhlasové a televizní vysílání (dále jen „Rada“), jakožto ústřední správní úřad v rámci své kompetence dané § 7 odst. 1 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 (dále jen „zákon č. 40/1995 Sb.“), dle § 8a odst. 2 písm. g) a podle § 8a odst. 6 písm. b) téhož zákona a dle § 67 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, v platném znění (dále jen zákon č. 500/2004 Sb.), rozhodla dne 30. října 2012 takto: Rada ukládá společnosti Walmark, a. s., Oldřichovice 44, 739 61 Třinec, IČ CZ00536016, pokutu ve výši 1 100 000,- Kč dle § 8a odst. 2 písm. g) a podle § 8a odst. 6 písm. b) zákona č. 40/1995 Sb., neboť zadáním obchodního sdělení v rámci teleshoppingu Tipy Ptáka Loskutáka s podtitulem teleshoppingový blok, odvysílaného dne 30. 10. 2011 od 18:15 hodin na programu NOVA porušil § 5d odst. 2 písm. d) zákona č. 40/1995 Sb., kterým se zakazuje uvádět v omyl přisuzováním potravině vlastností prevence a ošetřování, léčby nebo vyléčení lidských onemocnění, neboť v předmětném obchodním sdělení dochází k deklarování preventivního účinku doplňku stravy Proenzi 3+ a jeho možného léčivého účinku ve vztahu k potlačení zánětu kloubů při užívání, a to konkrétně odvoláváním se na protizánětlivý účinek přípravku Proenzi 3+ ("existuje doplněk stravy Proenzi 3+, jehož účinné složky vstupují do bolestivého kloubu, zpevňují ho, tlumí zánět"); případně na užití v případě poškození kloubu ("vetřeme ho do postiženého kloubu, takže získáme výhodu dvojího vlivu na kloub"; "Tyto látky patří do skupiny Sisadoa, to jsou látky pomalu vstřebatelné s protizánětlivým účinkem"; "zejména s protizánětlivým a částečně strukturálním účinkem") spolu s deklarací preventivního účinku tohoto přípravku, kdy moderátor uvádí: „Když vám začne loupat v koleně nebo vám diagnostikují tenisový loket, tak to už je většinou na prevenci pozdě, ale nikdy není pozdě na to začít se o své klouby starat“. Načež v rámci obchodního sdělení jsou prezentovány účinky přípravku na obtíže spojené s klouby, zejména pak na jejich prevenci, či odstranění příznaků onemocnění, konkrétně zánětu. V rámci obchodního sdělení je tak deklarována prokazatelná souvislost mezi užitím přípravku a prevencí, případně odstraněním projevů nemocí kloubního aparátu. V souladu s ustanovením § 79 odst. 5 správního řádu a § 6 vyhlášky č. 520/2005 Sb. uložila Rada účastníkovi řízení povinnost uhradit paušální částku nákladů správního řízení ve výši 1 000,- Kč (slovy jedentisíckorun) na účet č. 3711-19223001/0710, variabilní symbol 2012134. Náhrada nákladů je splatná do pěti pracovních dnů ode dne doručení tohoto rozhodnutí. Pokuta je splatná ve lhůtě 30 dnů ode dne právní moci tohoto rozhodnutí na účet 3754-19223001/0710, variabilní symbol 2012134.

Odůvodnění:

I.

Radě byl dne 20. ledna 2012 doručen podnět stěžovatele Green Swan Pharmaceuticals ČR, a. s. k prošetření pořadu Rady ptáka Loskutáka, odvysílaného dne 30. 10. 2011, v jehož sekci teleshopping (Tipy ptáka Loskutáka) byl odvysílán rozhovor s výživovým poradcem. Předmětem rozhovoru byla propagace doplňku stravy Proenzi. Sdělení o tomto produktu byla, dle předmětné stížnosti, v přímém rozporu s ustanovením § 5d odst. 2 písm. d) zákona č. 40/1995 Sb., o regulaci reklamy, kterým se zakazuje uvádět v omyl přisuzováním potravině vlastností prevence a ošetřování, léčby nebo vyléčení lidských onemocnění

Popis dialogu:

Moderátor: „Když vám začne loupat v koleně nebo vám **diagnostikují tenisový loket**, tak to už je většinou na prevenci pozdě, ale nikdy není pozdě na to začít se o své klouby starat. Jak, to nám poradí výživový poradce Ivan Mach.“pokračuje v hovoru „Ivane, dobrý den.“

Výživový poradce Ivan Mach odpovídá: „Dobrý den. Řešení je poměrně jednoduché, **existuje doplněk stravy Proenzi 3+, jehož účinné složky vstupují do bolestivého kloubu, zpevňují ho, tlumí zánět** a vlastně doplňují stavební látky jak chrupavky, tak kostního zakončení, tak i okolní pojivové tkáň.“

Moderátor: „V jaké se užívá formě a jaké má složení?“

Výživový poradce Ivan Mach: „Ta forma je tabletová, ty tablety jsou polykací, užívají se tři tablety denně po jídle, zapijí se vodou a tady vidíme ty účinné složky. Jsou to ty dvě krajní (myšleny nádobky s přípravkem), **zejména s protizánětlivým a částečně strukturálním účinkem**, to je Glukosamin sulfát a monosulfonin metan a ta prostřední to je látka zejména s tím strukturálním stavebním účinkem, to znamená Chondroitin sulfát.“

Moderátor: „Je ta účinnost nějak doložena?“

Výživový poradce Ivan Mach: „Nejenom, že je doložena, je přímo prokázána. Tyto látky patří do skupiny Sisadoa, to jsou látky pomalu vstřebatelné **s protizánětlivým účinkem**, na jejichž účinnost existuje celá řada vědeckých studií, které nade vsí pochybnost prokazují, že mají tyto účinky.“

Moderátor: „Jsou někde k nahlédnutí?“

Výživový poradce Ivan Mach: „Ano, jsou všechny studie na stránkách www.proenzi.cz.“ Redaktor se ptá „A jak se používá tento gel?“ (a ukazuje přítom na tuby s gelem položené na stole před nimi).

Výživový poradce Ivan Mach: „Gel má podpurný účinek, **vetřeme ho do postiženého kloubu, takže získáme výhodu dvojího vlivu na kloub**, zevnitř ze stravy, po užívání tablet a z venku, protože tento gel je ideálně vstřebatelný přes kožní stěnu.“

Moderátor: „Ivane, koho se tento doplněk týká?“

Výživový poradce Ivan Mach: „Říkáme, že cílovou skupinou pro tento doplněk jsou osoby starší čtyřiceti let, ale to neznamená, že by jej neměli **preventivně užívat i osoby mladší, které zjevně přetěžují svoje klouby nošením těžkých břemen, těžkou fyzickou prací nebo vrcholovým sportem a osoby obézní a samozřejmě i osoby starší**. U většiny lidí není kontraindikován, to znamená, že ho mohou užívat prakticky všichni.“

Moderátor: „To znamená, když máme doma aktivní malé sportovce, mohou ho užívat i děti?“

Výživový poradce Ivan Mach: „Nepochybně, protože i u nich dochází k přetěžování kloubů a tím se zkracuje jejich sportovní kariéra v dospělém věku.“

Moderátor: „**A co je tou blikající kontrolku, tou indikací toho, že bych měl začít s prevencí?**“

Výživový poradce Ivan Mach: „Ztuhlé klouby po ránu, bolestivost při změnách počasí, popřípadě píchání kloubů, a to všechno jsou signály, které nám říkají, že něco není zcela v pořádku, a to je zároveň okamžik, kdy bychom měli sáhnout po Proenzi 3+.“

Moderátor: „Jak často se užívá, je to nějaká kúra?“

Výživový poradce Ivan Mach: „Ideální je opravdu využít celého balení, to znamená kúry na dva a půl měsíce, poté počkat, než se ty užité látky vstřebají do všech částí kloubů a zpevní ho, a potom postoupit o stupínek výš a dopřát si zase další kúru a tak **neustále pokračovat v tom preventivním působení na klouby**.“

Moderátor: „Kolik to balení stojí?“

Výživový poradce Ivan Mach: „Zvýhodněné ekonomické balení, kde je 25% zdarma, kde jsou tyto tři dózy (na obrazovce vidíme tři dózičky s tabletami) stojí 629 korun.“

Moderátor: „Kde si ho mohu objednat nebo koupit?“

Výživový poradce Ivan Mach: „Objednat lze velice snadno v Klubu zdraví Walmark na www.kzw.cz a nebo je k dostání v lékárnách.“

Moderátor: „Ivane, **děkuji za cenné rady, uklidnil jste mě**, na shledanou.“

Výživový poradce Ivan Mach: „Na shledanou.“

Moderátor: „Vidíte, když se včas budeme o své klouby starat, nemusíme se o ně bát.“

Rozebíráme předmětného obchodního sdělení:

V případě tohoto obchodního sdělení, které je označeno jako teleshopping, je nutno konstatovat, že se jedná o reklamu ve smyslu zákona č. 40/1995 Sb., konkrétně v § 1 odst. 2, dle kterého se reklamou rozumí, *předvedení či jiná prezentace šířené zejména komunikačními médii, mající za cíl podporu podnikatelské činnosti, zejména podporu spotřeby nebo prodeje zboží, výstavby, pronájmu nebo prodeje nemovitostí, prodeje nebo využití práv nebo závazků, podporu poskytování služeb, propagaci ochranné známky.*

Pokud tedy zákon č. 40/1995 Sb. hovoří ve svých ustanoveních o reklamě, pak se tato ustanovení vztahují i na teleshopping, neboť tento typ obchodního sdělení má všechny znaky reklamy, což konstatuje i definice teleshoppingu, jímž se rozumí přímá nabídka zboží, a to včetně nemovitého majetku, práv a závazků, nebo služeb, určená veřejnosti a zařazená do rozhlasového či televizního vysílání za úplatu nebo obdobnou protihodnotu, která vyplývá z ustanovení § 2 odst. 1 písm. r) zákona č. 231/2001 Sb.

Z pohledu zákona č. 40/1995 Sb., pak je zřejmé, že na předmětné obchodní sdělení jsou aplikovatelná ustanovení a tedy i požadavky tohoto zákona.

Jak je patrné již z dialogu, dochází v daném případě k deklaraci preventivního účinku přípravku Proenzi3+ na klouby:

- „*Ideální je opravdu využít celého balení, to znamená kúry na dva a půl měsíce, poté počkat, než se ty užité látky vstřebají do všech částí kloubů a zpevní ho, a potom postoupit o stupínek výš a dopřát si zase další kúru a tak **neustále pokračovat v tom preventivním působení na klouby.***“
- Moderátor: „**A co je tou blikající kontrolkou, tou indikací toho, že bych měl začít s prevencí?**“
Výživový poradce Ivan Mach: „*Ztuhlé klouby po ránu, bolestivost při změnách počasí, popřípadě píchání kloubů, a to všechno jsou signály, které nám říkají, že něco není zcela v pořádku, a to je zároveň okamžik, kdy bychom měli sáhnout po Proenzi 3+.*“
- **preventivně užívat i osoby mladší, které zjevně přetěžují svoje klouby nošením těžkých břemen, těžkou fyzickou prací nebo vrcholovým sportem a osoby obézní a samozřejmě i osoby starší**

V případě odvolávání se na protizánětlivý účinek pak lze mít za to, že tímto dochází k propagaci léčivého účinku přípravku, (***existuje doplněk stravy Proenzi 3+, jehož účinné složky vstupují do bolestivého kloubu, zpevní ho, tlumí zánět, vetřeme ho do postiženého kloubu, takže získáme výhodu dvojího vlivu na kloub; Tyto látky patří do skupiny Sisadoa, to jsou látky pomalu vstřebatelné s protizánětlivým účinkem; zejména s protizánětlivým a částečně strukturálním účinkem***), což je v možném rozporu s § 5d odst. 2 písm. d) zákona č. 40/1995 Sb., kterým se zakazuje uvádět v omyl přisuzováním potravině vlastností prevence a ošetřování, léčby nebo vyléčení lidských onemocnění.

Vzhledem k těmto zjištěním rozhodla Rada vydat usnesení o zahájení správního řízení pro možné porušení § 5d odst. 2 písm. d) zákona č. 40/1995 Sb., o regulaci reklamy, kterým se zakazuje uvádět v omyl přisuzováním potravině vlastností prevence a ošetřování, léčby nebo vyléčení lidských onemocnění.

II.

Správní řízení s účastníkem bylo zahájeno dne 25. 5. 2012 pod sp. zn. 2012/134/had/WAL.

Dne 12. 6. 2012 pod č. j. 5636/2012 byla Radě doručena žádost o prodloužení lhůty k vyjádření, která byla následně prodloužena usnesením č. j. 5871 ze dne 15. 6. 2012.

Dokazování audiovizuálním záznamem bylo provedeno dne 17. 7. 2012. Vyjádření účastníka bylo doručeno Radě dne 19. 7. 2012 pod č.j. 6729/2012.

V návaznosti na provedené dokazování a následné doplnění spisu o protokol z tohoto dokazování byl účastník seznámen s touto skutečností a byla mu dána možnost se k obsahu spisu opětovně vyjádřit. Účastník této možnosti již nevyužil.

Vyjádření účastníka:

Účastník ve svém vyjádření podaném prostřednictvím právního zástupce vyjadřuje přesvědčení, že Rada by obchodní sdělení použitá v teleshoppingu neměla posuzovat tak, jak to činí stěžovatel, ale měla by použitá sdělení posuzovat v kontextu celého pořadu. V té souvislosti především poukazuje na skutečnost, že na počátku teleshoppingu je zcela zřetelně ze strany výživového poradce poukázáno na skutečnost, že přípravek Proenzi 3+ je doplněk stravy. V teleshoppingu se pak v souvislosti s přípravkem Proenzi 3+ vždy hovoří jako o výživě pro klouby.

Z toho je zcela zjevné, že v teleshoppingu je vždy poukazováno na limitovaný - omezený účinek přípravku a průměrný spotřebitel je tak schopen jednoznačně identifikovat, o jaký přípravek se jedná, tedy že se nejedná o lék, který by jej mohl léčit či vyléčit ale pouze o doplněk stravy, který vyživuje jeho klouby.

Spotřebitel - divák tak v žádném případě nemůže být uváděn v omyl o povaze inzerovaného přípravku. Proto také v pořadu nevystupuje lékař, ani lékárník, ale „výživový poradce“ a spotřebiteli je doporučováno, aby se o své klouby „staral“.

Pokud jde o způsobilost uvést v omyl, musí být brána v úvahu především reklamní povaha předmětné informace. Aktuální rozhodovací praxe vychází z názoru, že současný průměrný spotřebitel, který je s reklamními informacemi i ve formě teleshoppingu denně konfrontován, nepřidává k jejím vlastním slovům další významy, jimiž by byl uváděn v omyl. Zvláště to pak platí, vycházíme-li z normativního modelu současného průměrného evropského spotřebitele, který má dostatek informací a je v rozumné míře pozorný a opatrný, jak je taková koncepce uplatňována i Evropským soudním dvorem a v návaznosti na to i českými soudy.

Je tedy zcela zřejmé, že posuzovaný teleshopping nemůže průměrného spotřebitele (viz komentář v předcházejícím odstavci), uvádět v omyl, neboť vněm vystupuje „výživový specialista“, který poukazuje na skutečnost, že se nejedná o žádné léčivo, ale o „kloubní výživu“ a dále pak je v něm jasně uvedeno, že se jedná o „doplněk stravy“.

Tvrzení používaná v rámci teleshoppingu je nutné vždy posuzovat v celém jejich kontextu a v této souvislosti má účastník za to, že nelze než konstatovat, že z celkového vyznění teleshoppingu v žádném případě nelze usuzovat, že by přípravku Proenzi 3+ byly přisuzovány vlastnosti prevence, ošetřování, léčby nebo vyléčení lidských nemocí nebo, že by takové vlastnosti byly naznačovány.

III.

Správní uvážení Rady:

Úkolem správního orgánu, jímž Rada je, bylo v daném případě posoudit obsah předmětné reklamy tak, aby mohl být učiněn závěr o tom, zda divákovi, jemuž je reklama určena jako potenciálnímu spotřebiteli, podává informace takového obsahu, aby z nich divák (potažmo spotřebitel) seznal, že doplněk stravy „Proenzi3+“ má schopnost předcházet, ošetřovat nebo léčit lidské choroby, popř. na takové to schopnosti doplňku stravy odkázal.

Okruh argumentace vyplývající z vyjádření účastníka lze segmentovat následujícím způsobem:

Průměrný spotřebitel nemohl být uveden v omyl o povaze výrobku, který byl po dobu obchodního sdělení identifikován jako výživový prostředek a doplněk stravy.

- *Rada ve správním řízení nevytýká, že by spotřebitel byl uveden v omyl tím, že by přípravek nebyl deklarován jako doplněk stravy, ale tím, že tomuto doplňku stravy byly přisuzovány vlastnosti prevence a ošetřování, léčby nebo vyléčení lidských onemocnění.*

Tvrzení v rámci obchodního sdělení je nutno posuzovat v kontextu.

- *Rada vždy důsledně vyhodnocuje každý mediální obsah v celém kontextu, a to jak jeho zvukovou tak obrazovou složku. V daném případě je z popisu obchodního sdělení zřejmé, že jej Rada vyhodnocovala komplexně.*

Spotřebitel - divák tak v žádném případě nemůže být uváděn v omyl o povaze inzerovaného přípravku, neboť v pořadu nevystupuje lékař, ani lékárník, ale „výživový poradce“ a spotřebiteli je doporučováno, aby se o své klouby „staral“.

- *Jak bylo uvedeno výše, k uvedení v omyl dochází tím, že je odkazováno na vlastnosti prevence a ošetřování, léčby nebo vyléčení lidských onemocnění, neboť v předmětném obchodním sdělení dochází k deklarování preventivního účinku doplňku stravy Proenzi 3+. Není rozhodující, zda k tomuto deklarování dochází z úst lékaře, lékárníka nebo výživového poradce. Ten, kdo v teleshoppingu uvedené vlastnosti deklaruje, vystupuje z pozice znalce výrobku a jeho účinků, tedy jako autorita.*

Pokud jde o způsobilost uvést v omyl, musí být brána v úvahu především reklamní povaha předmětné informace. Aktuální rozhodovací praxe vychází z názoru, že současný průměrný spotřebitel, který je s reklamními informacemi i ve formě teleshoppingu denně konfrontován, nepřidává k jejím vlastním slovům další významy, jimiž by byl uváděn v omyl. Zvláště to pak platí, vycházíme-li z normativního modelu současného průměrného evropského spotřebitele, který má dostatek informací a je v rozumné míře pozorný a opatrný, jak je taková koncepce uplatňována i Evropským soudním dvorem a v návaznosti na to i českými soudy.

- *Rada při svém hodnocení pochopitelně důsledně zvažuje i českou a evropskou judikaturu, a tím spíše musí konstatovat, že ochrana spotřebitele v oblasti, jakou je lidské zdraví, je vnímána jako jeden z hlavních úkolů regulace. Ukládá-li zákon o regulaci reklamy povinnost, aby reklama propagující potraviny neuváděla v omyl přisuzováním potravině vlastností prevence a ošetřování, léčby nebo vyléčení lidských onemocnění, pak chrání spotřebitele právě před takovými situacemi, jaké byl vystaven jako divák teleshoppingu propagujícího Proenzi3+.*

Rada dospěla k závěru, že uvedená tvrzení účastníka nejsou v daném případě relevantními. V první řadě má za prokázané, že v rámci tohoto obchodního sdělení jsou deklarovány léčebné i preventivní účinky přípravku Proenzi 3+, a to s ohledem na následující tvrzení a prvky:

Již v úvodu moderátor uvádí: „Když vám začne loupat v koleně nebo vám **diagnostikují tenisový loket**, tak to už je většinou na prevenci pozdě, ale nikdy není pozdě na to začít se o své klouby starat. Jak, to nám poradí výživový poradce Ivan Mach.“

V případě tenisového lokte se jedná o onemocnění odborně nazývané Epikondylitida. Jedná se o zánět zevního epikondylu pažní kosti projevující se silnou bolestivostí na zevní straně lokte. Není sporu o to, že v teleshoppingu je dána příčinná souvislost mezi onemocněním a možnou prevencí, která spočívá právě v užití přípravku Proenzi 3+. Jinými slovy kontextuálně vyplývá, že bez řádné prevence mohou být způsobeny obtíže, nicméně existuje přípravek určený k prevenci, z čehož jednoduše implikuje, že tento přípravek může napomoci před vznikem případných zdravotních obtíží – onemocnění.

Nejinak tomu je i v případě odvolávání se na protizánětlivý účinek - **(existuje doplněk stravy Proenzi 3+, jehož účinné složky vstupují do bolestivého kloubu, zpevňují ho, tlumí zánět, vetřeme ho do postiženého kloubu, takže získáme výhodu dvojího vlivu na kloub; Tyto látky patří do skupiny Sisadoa, to jsou látky pomalu vstřebatelné s protizánětlivým účinkem; zejména s protizánětlivým a částečně strukturálním účinkem).**

Z tohoto hlediska je nutno označit za jednoznačně prokazatelné, v kontextu celého sdělení, a to jak po stránce verbální tak obrazové, že v rámci teleshoppingu je dána příčinná souvislost mezi užitím přípravku a odstraněním zánětu, či prevencí obtíží spojených s tenisovým loktem, či zánětlivými projevy.

Pokud účastník namítá, že průměrný spotřebitel nebyl, respektive nemohl být uveden v omyl o povaze výrobku, ale i o jeho limitovaných účincích, neboť se jedná o doplněk stravy, pak máme za to, že kritérium průměrného spotřebitele nemá relevanci, neboť pokud je v rámci obchodního sdělení vysloveně uveden účinek, navíc podpořen odborníkem na výživu, pak otázka výkladu uvedených vlastností výrobků není záležitostí schopností spotřebitele, neboť jsou mu předkládána podložená fakta. Na této skutečnosti nemění nic ani fakt, že obchodní sdělení není doprovázeno prvky, jakými je například prostředí lékárny. Již v tomto případě lze označit propagaci výrobku za erudovanou, podpořenou vyjádřením odborníka za doprovodu grafických prostředků, znázorňujících změny na kloubech, či účinek přípravku.

Pokud by bylo možné akceptovat vyjádření účastníka, pak by v zákoně vůbec předmětné zákonné ustanovení nemuselo být obsaženo a postačovala by zákonná povinnost upozornit spotřebitele na fakt, že produkt je doplňkem stravy.

Předmětem skutkové podstaty § 5d odst. 2 písm. d) zákona č. 40/1995 Sb. je zamezit uváděním v omyl přisuzováním léčebných či preventivních účinků potravině. Pokud v reklamě zazní, že potravina takovéto účinky má, pak je zcela nepodstatné, komu je reklama určena a jak ji divák porozumí, neboť tyto účinky nemají být v žádném případě prezentovány. V tomto případě lze na podporu těchto závěrů uvést i příklady z judikatury, konkrétně rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 9. 2009, č. j. 1 As 49/2009, že „pro naplnění skutkové podstaty správního deliktu není rozhodné, zda byly v reklamě na

doplňěk 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 doplňěk stravy je lékem nebo přípravkem schopným lidské choroby léčit nebo jim předcházet.“

V daném případě užití slova prevence a dalších jeho tvarů není uvedeno izolovaně, ale vždy dáno do souvislosti s užitím výrobku. Je tak jednoznačně dána příčinná souvislost mezi užíváním přípravku a jeho účinky, které jsou v případě tohoto obchodního sdělení prezentovány jako preventivní.

Při interpretaci § 5d odst. 2 písm. d) zákona č. 40/1995 Sb. je nutno vycházet ze skutečnosti, že zákon o regulaci reklamy ve svých ustanoveních chrání spotřebitele, který jako adresát reklamy má pozici toho, komu jsou předávány konkrétně zaměřené informace o výrobcích (např. doplňcích stravy). Tyto informace nejsou však podávány ve své kompletnosti, nýbrž zcela účelově, selektivně se zaměřením na propagaci konkrétního výrobku. Reklama vždy slouží k podpoře prodeje či nákupu výrobku nebo služeb, toto je její definiční znak, od kterého nelze odhlédnout, a proto zákon ve svých ustanoveních chrání toho, komu jsou takovéto výběrové informace předávány. Z toho pohledu má adresát reklamy (spotřebitel) pozici slabšího subjektu, jemuž výše uvedený zákon poskytuje ochranu tím, že reklamu reguluje s ohledem na celospolečenské zájmy, nikoli zájmy jednotlivce, které upozaduje.

Rada má za prokázané, že odvysíláním teleshoppingu Tipy Ptáka Loskutáka s podtitulem teleshoppingový blok, odvysílaným dne 30. 10. 2011 od 18:15 hodin na programu NOVA, došlo k porušení § 5d odst. 2 písm. d) zákona č. 40/1995 Sb., kterým se zakazuje uvádět v omyl přisuzováním potravině vlastností prevence a ošetřování, léčby nebo vyléčení lidských onemocnění, neboť v předmětném obchodním sdělení dochází k deklarování preventivního účinku doplňku stravy a možného léčivého účinku ve vztahu k potlačení zánětu kloubů při užívání tohoto přípravku.

Podle ustanovení § 8a odst. 2 písm. g) a podle § 8a odst. 6 písm. b) zákona č. 40/1995 Sb., může Rada uložit zadavateli reklamy, která je v rozporu s § 5d odst. 2 písm. d) tohoto zákona, pokutu až do výše 2 000 000,- Kč.

Při určení výměry pokuty právnické osobě se přihlédne dle § 8b odst. 2 k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.

Výše sankce se v tomto případě odvíjí od následujících skutečností:

Předmětný teleshopping byl prezentován v rámci televizního vysílání na programu Nova, který patří dlouhodobě ke komerčně nejúspěšnějším provozovatelům televizního vysílání, což je odrazem zejména jeho divácké sledovanosti.

Co se týče trvání deliktu, je k tomuto aspektu nutno přihlédnout z toho hlediska, že předmětný teleshopping byl odvysílán jen jednou. Je zde tedy rozdílná situace od případů, kdy k porušení zákona dojde odvysíláním reklamy v premiéře a reprízách a kdy lze odvíjet dopad na diváka z kvantitativního hlediska od počtu repríz. V případě teleshoppingu je podstatný „kvalitativní“ dopad na diváka, neboť z tohoto pohledu může mít na něj závažnější dopad, jelikož zde není zkratkovitá prezentace v řádu několika sekund jako v případě reklamy v běžné televizní formě, ale naopak je zde dán prostor pro sofistikovanější přístup k informování diváka o charakteru a účincích produktu, což je i případem tohoto předmětného obchodního sdělení, kdy erudovanou formou, ze strany odborníka na výživu je divák přesvědčován o účincích přípravku, která je přímo prokázána ve formě studií.

Nutno je taktéž podotknout, že teleshopping nebyl zaměřen na určitou cílovou skupinu, ale cílí slovy výživového poradce na osoby starší čtyřicet let, a dále pak i na osoby mladší, které zjevně přetěžují svoje klouby nošením těžkých břemen, těžkou fyzickou prací nebo vrcholovým sportem a osoby obézní a samozřejmě i osoby starší. S tím, že poznamenává, že u většiny lidí není kontraindikován, to znamená, že ho mohou užívat prakticky všichni.

Rada má za to, že porušení zákona lze shledat za prokazatelně závažné. Účastník užil takové formulace, které jednoznačným způsobem přisuzují doplňku stravy (potravině) vlastnosti léčby či prevence. Tyto formulace jsou podpořeny doporučením odborníka, tedy autoritou a lze tedy od diváka, bez ohledu na

fakt, zdali se jedná o spotřebitele průměrného, očekávat, že nemá pochybnosti o účincích přípravku na obtíže spojené s pohybovým aparátem. Navíc účastník účinky výrobku směřuje napříč věkovými skupinami ve snaze oslovit co největší počet spotřebitelů.

Tolerovat porušení zákona v tak citlivé oblasti jakou je reklama, respektive teleshopping, která se přímo dotýká lidského zdraví, by znamenalo rezignovat na základní funkce státu při ochraně chráněných zájmů a hodnot, na jejichž žebříčku ochrana zdraví a života jistě zaujímají přední místa. Účastník je významnou společností na trhu s doplňky stravy. A trest uložený nad polovinou zákonné sazby je přiměřený s ohledem k postavení účastníka na trhu a zejména pak k intenzitě způsobu prezentace výrobku a způsobu, jímž zasáhl do rozhodování spotřebitelů/pacientů.

Rada uložila pokutu ve výši 1 100 000,-Kč, jakožto soulad s principem generální i individuální prevence. Rada tak upustila od uložení sankce v plné výši, neboť přihlédla k okolnostem hovořícím ve prospěch účastníka a to zejména ke skutečnosti, že k prezentaci obchodního sdělení došlo v rámci jednoho odvysílání a současně s ohledem na fakt, že nelze přesně kvantifikovat počet dotčených spotřebitelů, respektive diváků.

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.

V Praze dne: 31.10.2012

JUDr. Kateřina Kalistová
*předsedkyně Rady
pro rozhlasové a televizní vysílání*