



Biopol GN s.r.o.

Korunní 1740/129

13000 Praha

Fiala Jaroslav, Mgr., advokát

Jakubská 647/2

11000 Praha

Sp. zn./Ident.: 2013/155/had/Bio

Č.j.: had/4143/2013

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, účinných v době odvysílání obchodního sdělení (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 17. září 2013 takto: Rada ukládá společnosti Biopol GN s.r.o., IČ: 262 14 768, sídlem: Korunní 129, Praha 3, 130 00, v souladu s § 8a odst. 2 písm. g) a § 8a odst. 6 písm. b) zákona č. 40/1995 Sb. pokutu ve výši 250 000,- Kč za porušení povinnosti stanovené § 5d odst. 2 písm. d) zákona č. 40/1995 Sb., ke kterému došlo zadáním reklamy/teleshoppingu Nedělní receptář extra, odvysílaného dne 11. listopadu 2012 od 12:44:08 hodin na programu Prima family. V předmětném obchodním sdělení dochází k deklarování možného preventivního a léčivého účinku doplňku stravy Barny's Kolostrum, jelikož v obchodním sdělení je v souvislosti s užíváním Barny's Kolostrum prezentována ochrana před viry a bakteriemi a taktéž je prezentována možnost snazšího vypořádání s nemocí, tedy snazší vyléčení, čímž je přípravek přisuzována podpůrná léčebná vlastnost. Spotřebitel je také v důsledku informován, že projevům – kašel, rýma, které jsou symptomy onemocnění, může předejít užitím výrobku. Mimo to je uvedena možnost užití přípravku i v rámci onemocnění, kdy nárazové užití umožní snazší „vypořádání s nemocí“. Není tak sporu o tom, že výraz „snazší vypořádání s nemocí“ je synonymickým ekvivalentem pro proces léčení, potažmo vyléčení, respektive takto je nutno tento výraz interpretovat. Pokuta je splatná ve lhůtě 30 dnů ode dne právní moci tohoto rozhodnutí na účet 3754-19223001/0710, variabilní symbol 2013155.

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 2013155. Náhrada nákladů je splatná do pěti pracovních dnů ode dne doručení tohoto rozhodnutí.

Odůvodnění:

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 § 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.

Struktura obchodního sdělení je následující:

Obchodní sdělení uvozuje moderátorka dotazem na druhého moderátora, jak je na tom se svojí rodinou se zdravím. Moderátor reaguje následující odpovědí: „*Madlenka je ve Školce, to znamená rýmičky, kašlíčky, sem tam to nachlazení, dětský kolektiv větší, takže ty bacily lítají... a nejhorší je moje chlapská rýmička (v nadsázce)*“.

Následuje dotaz moderátorky: „*Neměli bychom někoho po ruce, kdo by nám mohl poradit, co můžeme dělat, proto abychom nebyli nachlazení?*“ Moderátor po té představuje lékárnici – Mgr. Jiráskovou a následuje dotaz ze strany moderátora: „*Jak podpořit dětskou imunitu?*“

Magistra následně představuje produkt Kolostrum, jakožto první mateřské mléko, přičemž v případě tohoto výrobku se jedná o mléko od kanadských krav. Dále uvádí, že obsah protilátek je velmi podobný složením a obsahem látek kolostru lidskému.

Dále pak uvádí: „*Aby se organismus mohl účinně bránit virům a bakteriím, potřebuje k tomu protilátky – imunoglobuliny.*“ *Následně je prezentován obsah 30 % imunoglobulinu a dalších obsažených látek – lactoferin, růstové faktory, vitamíny a minerály, což shrnuje jako dokonalý přírodní koktejl pro správnou funkci imunity.*

Po té je uvedeno, že přípravek je určen i pro větší děti, pro něž užívání tohoto produktu má také význam. V rámci obchodního sdělení je pak vysvětleno užívání přípravku, kdy je prezentováno doporučené užívání jakožto tříměsíční kúry, přičemž je deklarováno následující: „**...nárazově pak lze užít přípravek při propuknutí nemoci(!). Čímž organismus dostává vyšší dávku imunoglobulinu, což umožňuje snazší vypořádání s nemocí.**“

Následuje prezentace forem přípravku v podobě čokoládové příchuti ve formě cucavých bonbonů, obohacené denní doporučenou dávkou vitamínu C, což dle slov magistry postačuje jedním bonbonem „**k ochranění organismu před nepřízní počasí a viry a bakteriemi.**“

Poté jsou prezentovány možnosti koupě produktu spolu s jeho cenou.

Obchodní sdělení prezentuje výrobek Kolostrum jakožto zdroj imunity pro děti. V rámci tohoto obchodního sdělení není prezentován příčinný vztah mezi užitím výrobku a možnou prevencí konkrétní choroby, avšak je zde uváděn účinek na symptomatické projevy onemocnění: rýma, kašel (doslovně rýmička, kašlíček).

Spotřebitel je také v důsledku informován, že těmto symptomatickým projevům, které jsou symptomy onemocnění, může předejít užitím výrobku. Mimoto je uvedena možnost užití přípravku i v rámci onemocnění, kdy nárazové užití umožní snazší „vypořádání s nemocí“. Není sporu o tom, že výraz „snazší vypořádání s nemocí“ je synonymickým ekvivalentem pro proces léčení, potažmo vyléčení, respektive takto je nutno tento výraz interpretovat a takto jej i spotřebitel může vnímat.

I.

Průběh správního řízení:

Na základě výše uvedených zjištění rozhodla Rada dne 5. března 2013 o zahájení správního řízení, které bylo zahájeno pod sp. zn. 2013/155/had/Bio doručením dne 29. 3. 2013.

Rada obdržela dne 24. 4. 2013 vyjádření účastníka, který prostřednictvím svého právního zástupce sděluje, že přípravek Barny's Kolostrum Systemune™ (dále v textu „přípravek“) je zdrojem imunoglobulinu. Dále je pak uvedeno, že se jedná o mateřské mléko kanadských krav s obsahem látek, které slouží pro překonání prvních dní života.

K obsahu sdělení pak uvádí, že ze strany moderátorů není popisován zdravotní stav, ale pouze prostředí, ve kterém se v průběhu podzimních plískanic děti objevují. Dále pak právní zástupce účastníka dodává následující:

„V obchodním sdělení jsou následně popisovány imunoglobuliny, jejichž je Barny's Kolostrum Synermune™ zdrojem. Dle názoru klienta se nejedná o zdravotní tvrzení jiné, než pouhé konstatování, že jedna ze složek přípravku jsou imunoglobuliny, tedy protilátky, přičemž je biologickým faktem, že díky protilátkám se organismus může účinněji bránit virům a bakteriím. Dále je zmíněn výčet všech hlavních nutričních látek, které přípravek obsahuje a shrnutím je pouhé konstatování, že se jedná o „dokonalý přírodní koktejl pro správnou funkci imunity“ a toto je doplněno i v obraze umístěnou lištou: „Imunoglobuliny, vitamín C a zinek pro správnou funkci imunitního systému“. Zmíněné skutečnosti považuje naše strana za naprosto nesporné, v případě potřeby bez problémů prokazatelné předními evropskými i americkými uznávanými specializovanými laboratořemi.

Ve sdělení následuje prezentování „snazšího vypořádání s nemocí“ a „ochránění organismu před nepřízní počasí a viry a bakteriemi“ je nutné brát v širším kontextu, kdy jen správně a normálně fungující imunitní systém může efektivně bojovat s nástrahami podzimních „plískanic“. Snazší vypořádání s nemocí není synonymem ani ekvivalentem pro proces léčení. Po celou dobu sdělení je s nepřetržitou nadsázkou popisována „rýmička“ apod. Jak je obecně známo, veškeré přípravky „při nachlazení“, i z oblasti OTC produktů, jsou určeny pouze ke zmírnění symptomů a k vlastní léčbě v případě rhinitid nedochází působením přípravků, ale vlastním imunitním systémem tzv. léčeného organismu.

Na základě shora uvedeného si klient dovoluje shrnout, že snazší vypořádání s nemocí je v rámci předmětného obchodního sdělení ekvivalentem pro snazší boj organismu se zvládnutím např. virové rhinitidy prostřednictvím normálně fungujícího imunitního systému. Klient se proto nemůže ztotožnit s tvrzením Vašeho správního orgánu, když dle odůvodnění předmětného Oznámení „Není sporu o tom, že výraz „snazší vypořádání s nemocí“ je synonymickým ekvivalentem pro proces léčení, potažmo vyléčení, respektive takto je nutno tento výraz interpretovat a takto jej i spotřebitel může vnímat. Dle názoru klienta v předmětném obchodním sdělení v rámci teleshoppingu nevyplývá, že by se spotřebitel vyléčil pouze na základě užívání daného přípravku.

Cílem teleshoppingového pořadu bylo u spotřebitele vzbudit dojem, že Barny's

Kolostrum Synermune™ je jedinečným přípravkem pro posílení imunity. Barny's Kolostrum Synermune™ je přírodní produkt, který je fortifikován o Vitamín C a Zinek. Samotné Kolostrum, mateřské mléko savců, je přitom z hlediska nutričního a imunostimulačního jednoznačně efektivní.

V zastoupení klienta následně odkazují taktéž na zákon č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, v platném znění, kde jednou z hlavních podmínek je také dostatečné vyrozumění potencionálního klienta o vlastnostech produktu, který má být zakoupen. Ohledně, Vaším úřadem citované, právní úpravy ve smyslu zákona č. 40/1995 Sb. pak lze konstatovat, že úmyslem zákonodárce nebyla špatná informovanost spotřebitelů o nabízeném výrobku, nýbrž jejich ochrana před klamavou reklamou, zejména pak ujištěním, že doplněk stravy může nahradit případně potřebné léky, což by rozhodně mohlo ohrozit zdraví takového spotřebitele. Tak tomu v daném případě rozhodně není. Veškeré uvedené informace v předmětném teleshoppingu jsou rozhodně pravdivé, v souladu s platnou legislativou, kdy zejména obsahu Vitamínu C v konkrétní doplňkové stravě je zákonem přiznána předmětná možnost informace, a v souladu s obecným, obvyklým přístupem ostatních seriózních subjektů nabízejících doplňky stravy i ve smyslu platné judikatury. Lze konstatovat, že rigorózní přístup k nemožnosti informování spotřebitele o vlastnostech kupovaného výrobku by nejen v podstatě znemožnil podnikání jakýchkoliv subjektů s doplňky stravy, ale zejména spotřebitele samotné. To jistě nebylo a není legislativním záměrem. V opačném případě by pak nebylo možno ani doporučovat otužování jako prevenci proti nachlazení a podobně.“

V případě tohoto správního řízení bylo provedeno dne 25. 6. 2013 dokazování obrazově-zvukovým záznamem, které prokázalo podobu obchodního sdělení ve vztahu k předmětu správního řízení,

V návaznosti na provedené dokazování obrazově zvukovým záznamem byl účastník seznámen s protokolem k dokazování a vyzván usnesením k podání vyjádření, které bylo Radě doručeno dne 26. 7. 2013.

V rámci tohoto vyjádření sděluje právní zástupce účastníka, že nevznáší námitky k provedení dokazování. K předmětu řízení pak předkládá, že v rámci obchodního sdělení nebyly prezentovány informace o virovém onemocnění. Účinek produktu je deklarovaný a nesporný, stejně tak jako jsou prokázány účinky na imunitní systém. Veškeré informace uvedené v obchodním sdělení jsou pravdivé a v souladu s platnou legislativou.

II.

Správní uvážení Rady:

K obsahu obchodního sdělení uvádíme následující:

Obchodní sdělení uvozuje moderátorka dotazem na druhého moderátora, jak je na tom se svoji rodinou se zdravím. Moderátor reaguje následující odpovědí: „**Madlenka je ve školce, to znamená rýmičky, kašlíčky, sem tam to nachlazení, dětský kolektiv větší, takže ty bacily lítají... a nejhorší je moje chlupatá rýmička (v nadsázce)**“. Následuje dotaz moderátorky: „**Neměli bychom někoho po ruce, kdo by nám mohl poradit, co můžeme dělat, proto abychom nebyli nachlazení?**“ Moderátor následně představuje lékárnici – Mgr. Jiráskovou a následuje dotaz ze strany moderátora: „Jak podpořit dětskou imunitu?“

Magistra následně představuje produkt Kolostrum, jakožto první mateřské mléko, přičemž v případě tohoto výrobku se jedná o mléko od kanadských krav. Dále uvádí, že obsah protilátek je velmi podobný složením a obsahem látek kolostru lidskému.

Dále pak uvádí: „**Aby se organismus mohl účinně bránit virům a bakteriím. Potřebuje k tomu protilátky – imunoglobuliny.**“ Následně je prezentován obsah 30 % imunoglobulinu a dalších obsažených látek – lactoferin, růstové faktory, vitamíny a minerály, což shrnuje jako dokonalý přírodní koktejl pro správnou funkci imunity.

Po té je uvedeno, že přípravek je určen i pro větší děti, pro něž užívání tohoto produktu má také význam. V rámci obchodního sdělení je pak prezentováno užívání přípravku, kdy je prezentováno doporučené užívání jakožto tříměsíční kúry, přičemž je deklarováno následující: „**...nárazově pak lze užít přípravek při propuknutí nemoci (!). Čímž organismus dostává vyšší dávku imunoglobulinu, což umožňuje snazší vypořádání s nemocí.**“

Následuje prezentace forem přípravku v podobě čokoládové příchuti ve formě cucavých bonbonů, obohacené denní doporučenou dávkou vitamínu C, což *dle slov magistry postačuje jedním bonbonem „k ochranění organismu před nepřízní počasí a viry a bakteriemi.“*

Spotřebitel je také v důsledku informován, že přípravek lze užít v případě onemocnění, konkrétně při propuknutí nemoci, kdy nárazové užití umožní snazší „vypořádání s nemocí“. Není sporu o tom, že výraz „snazší vypořádání s nemocí“ je synonymickým ekvivalentem pro proces léčení, potažmo vyléčení, respektive takto je nutno tento výraz interpretovat.

Odborníkem z oblasti zdravotnictví je pak zmíněn účinek ve vztahu k bakteriím a virům, sice není explicitně vyjádřeno konkrétní onemocnění, nicméně je dána souvislost mezi užitím přípravku a „ochránění organismu před nepřízní počasí a viry a bakteriemi“. Jedná se tak o jednoznačnou indikaci preventivního účinku přípravku.

Rada považuje za nutné zdůraznit, že v rámci správního řízení nebyl rozporován účinek přípravku a skutečnost, zdali přípravek účinný je či není. **Tato skutečnost nemá v případě porušení ustanovení § 5d odst. 2 písm. d) zákona č. 40/1995 Sb. relevanci.** Smyslem tohoto ustanovení je zamezení uvádění v omyl deklarovaním léčebných či preventivních účinků potraviny, což judikoval i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 23. 9. 2009, č. j. 1 As 49/2009, že „*pro naplnění skutkové podstaty správního deliktu podle ustanovení § 5d odst. 1 písm. d) 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. Tento rozsudek judikoval správnost postupu Rady nejen z pohledu výkladu skutkové normy, ale i z aspektu jejího výkladu v případech, kdy je nutno interpretovat reklamní sdělení v širším smyslu, neboť není rozhodující jen verbální složka, ale i grafická podoba a obsah této formy sdělení vůči spotřebiteli. V důsledku tak není rozhodující v rámci obchodního sdělení explicitně vyjádřit vztah účinku přípravku ke konkrétnímu onemocnění, ani fyziologické disbalanci, ale postačí pouze odkaz na nesprávné fungování organismu, či jeho části. V případě tohoto obchodního sdělení však dochází k jednoznačnému doporučení přípravku při onemocnění, k rychlejšímu uzdravení. Současně je nabízena ochrana před bakteriemi a viry, což v intencích stávající judikatury (např. rozsudek 10 Ca 334/2007) lze hodnotit jako deklarování léčebného účinku ve vztahu k možným onemocněním těmito patogeny způsobeným.

V kontextu obsahu obchodního sdělení má v konečném důsledku Rada za prokazané, že odvysíláním obchodního sdělení došlo k porušení § 5d odst. 2 písm. d) zákona č. 40/1995 Sb., neboť jsou v daném případě přisuzovány preventivní a léčebné účinky potravině.

Podle ustanovení § 8a odst. 2 písm. g) a podle § 8a odst. 6 písm. b) zákona č. 40/1995 Sb., Rada může uložit zadavateli reklamy, která je v rozporu s tímto zákonem, pokutu až do výše 2 000 000,- Kč podle závažnosti porušení povinností, a to i opakovaně.

V případě uložení sankce dle ustanovení § 8a odst. 2 písm. g) a podle § 8a odst. 6 písm. b) zákona č. 40/1995 Sb., Rada může uložit zadavateli reklamy, která je v rozporu s tímto zákonem, pokutu až do výše 2 000 000,-Kč podle závažnosti porušení povinností, a to i opakovaně.

Při určení výměry pokuty právnické osobě se přihlídně 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:

V daném případě lze mít za to, že naznačování prevence a léčby není natolik imperativní jako v jiných případech posuzovaných Radou, nedochází ani k zmínění konkrétního onemocnění, nicméně je ze strany odborníka (lékárnice) doporučován přípravek s účinky při propuknutí nemoci, což jednoznačně lze chápat jako léčivý účinek. Taktéž dochází k jasnému a srozumitelnému vyložení účinků přípravku na lidský organismus, zejména na imunitní systém, konkrétně imunoglobuliny, které jsou přípravkem doplňovány a umožňují správnou funkci imunity. Jako citlivé je nutno vnímat, že obchodní sdělení bylo zaměřeno na užívání v případě dětí. V reklamě explicitně zazní dotaz: „Jak zvýšit dětskou imunitu?“

Rada konstatuje, že se jedná o středně závažné porušení zákona, neboť ve prospěch účastníka hovoří, že teleshopping byl uveden jednou, obchodní sdělení nedosahovalo takové intenzity vjemu účinků přípravky na lidské zdraví, jako v jiných případech ze správní praxe Rady. Nelze opominout ani fakt, že ze strany účastníka se jedná o první porušení zákona. Naopak jako více závažné Rada shledala, že reklama edukativní formou pomocí erudovaného výkladu odborníka cílí i na děti, tedy ve smyslu koncových uživatelů, respektive obchodní sdělení cílí na ochranu dětského zdraví, což je nutno vnímat senzitivněji, v případě porušení komerční komunikace, kterou předmětný teleshopping je, neboť není sporu, že lidské zdraví a zejména pak zdraví dětí je vnímáno citlivěji.

Na základě této úvahy rozhodla Rada o uložení sankce ve výši 250 000,-, tedy při spodní hranici zákonného rozmezí.

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: 17.9.2013

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