



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

www.rrtv.cz

Jedn. identifikátor 372922-RRTV

Váš dopis zn. -
Naše č. j. RRTV/15284/2020-
had
Sp. zn. RRTV/2020/352/had
Zasedání Rady 18-2020/poř. č. 75

WHITE ELEPHANT s.r.o.,
m7kmh3a

Vyřizuje: AO

Datum, místo 10. 11. 2020, Praha

Rozhodnutí

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 10. listopadu 2020 takto:

1. Obviněný zadavatel obchodního sdělení, společnost WHITE ELEPHANT s.r.o., IČ 06245676, sídlem Lidická 2483, 390 03, Tábor, 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 připisovat jakékoli potravině vlastnosti umožňující zabránit určité lidské nemoci, zmírnit ji nebo ji vyléčit, ani na tyto vlastnosti odkazovat, včetně související reklamy, kterého se dopustil zadáním obchodního sdělení/teleshoppingu na doplněk stravy Bílý slon - Diaprevent, které bylo odvysíláno dne 31. 1. 2020 od 16.38 hodin na programu ŠLÁGR 2, neboť byla v předmětném obchodním sdělení uvedena tvrzení, že produkt Bílý slon – Diaprevent efektivně kompenzuje glykemii a pomáhá tak při obtížích diabetu (tato skutečnost je ilustrována na příkladu moderátora, jehož léčba díky užití produktu byla natolik úspěšná, že byl pochválen ošetřujícím lékařem). V reklamě je explicitně uvedeno: „První složka upravuje hladinu cukru v krvi. Druhá složka snižuje rizika vzniku onemocnění, pro která jsou cukrovkáři náchylnější.“ Reklamou je tak vedle účinku léčivého deklarován i preventivní účinek produktu před onemocněními souvisejícími s diabetem.

2. Za přestupek se pachateli v souladu s § 8a odst. 6 písm. b), ukládá pokuta ve výši 100 000 Kč (jedno sto tisíc korun). Pokuta je splatná ve lhůtě 30 dnů ode dne právní moci tohoto rozhodnutí na účet 3754-19223001/0710, variabilní symbol 2020352.

3. 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 jeden tisíc korun) na účet č. 3711-19223001/0710, variabilní symbol 2020352. Úhrada nákladů je splatná do pěti pracovních dnů ode dne doručení tohoto rozhodnutí.

Odůvodnění:

Rada pro rozhlasové a televizní vysílání rozhodla zahájit se zadavatelem reklamy, společností WHITE ELEPHANT s.r.o., IČ 06245676, sídlem Lidická 2483, 390 03, Tábor, 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 zadáním obchodního sdělení na doplněk stravy Bílý slon - Diaprevent, které bylo odvysíláno dne 31. 1. 2020 od 16.38 hodin na programu ŠLÁGR 2, neboť se ve verbální složce reklamy objevuje tvrzení, že produkt Bílý slon – Diaprevent efektivně kompenzuje glykémii a pomáhá tak při obtížích diabetu (tato skutečnost je ilustrována na příkladu moderátora, jehož léčba díky užití produktu byla natolik úspěšná, že byl pochválen ošetřujícím lékařem). V reklamě je explicitně uvedeno: „První složka upravuje hladinu cukru v krvi. Druhá složka snižuje rizika vzniku onemocnění, pro která jsou cukrovkáři náchylnější.“ Reklamou je tak vedle účinku léčivého deklarován i preventivní účinek produktu před onemocněními souvisejícími s diabetem.

Obchodní sdělení - teleshopping Bílý slon – Diaprevent bylo odvysíláno dne 31. 1. 2020 na programu Šlágr 2.

Podoba obchodního sdělení je následující: Moderátor: „Vítám vás ve Šlágru, vážení přátelé. Právě jsem změřil svoji glykémii, a jak máte možnost vidět, tak mám 7,8 jednotek. Každopádně ten nekompensovaný stav glykémie je někde kolem 30 jednotek, což je už hodně, díky tomu samozřejmě užívám inzulín, mám tyto dvě inzulínová pera, třikrát denně, jednou denně, ten dlouhodobý. Nicméně se musím přiznat, že teď mám velkou radost z toho, že dlouhodobě užívám Diaprevent a beru vlastně Diaprevent z těchto dvou ampulek, no a vždycky, když chodím na kontrolu k panu doktorovi, tak předtím jsem byl kárán, jak mám neuspokojivou kompenzaci svého diabetu, no a teď už dvakrát za sebou mám přímo od pana doktora napsáno, že kompenzace toho diabetu je uspokojivá, což slovo od pana doktora jsem ještě takové nikdy neslyšel. Každopádně věřím tomu, že Diaprevent mi v tomhlectom hodně pomáhá, pomáhá mi stav glykémie upravovat, no a věřím tomu, že to může pomoci i vám. Takže pokud ještě Diaprevent nemáte, určitě si zavolejte do call centra a začněte ho využívat tak, jako já.“

Mužský hlas: „Přichází dlouho očekávaná novinka od Bílého slona, Diaprevent. S unikátní dvousložkovou recepturou od doktora Pantůčka. První složka upravuje hladinu cukru v krvi. Druhá složka snižuje rizika vzniku onemocnění, pro která jsou cukrovkáři náchylnější. Více podrobností naleznete na stránkách www.slonpomaha.cz.“ Obchodní sdělení inzeruje produkt s názvem Diaprevent, který je určen při obtížích s diabetem.

Moderátor demonstruje se svým glukoměrem stav svého diabetu, který je v současné době na 7,8 jednotkách oproti nebezpečným 30 jednotkám. Dále je divák seznámen s tím, že moderátor byl dříve (před užíváním produktu) lékařem kárán. „(...) a beru vlastně Diaprevent z těchto dvou ampulek, no a vždycky, když chodím na kontrolu k panu doktorovi, tak předtím jsem byl kárán, jak mám neuspokojivou kompenzaci svého diabetu, no a teď už dvakrát za sebou mám přímo od pana doktora napsáno, že kompenzace toho diabetu je uspokojivá, což slovo od pana doktora jsem ještě takové nikdy neslyšel.“ Divák je tak přesvědčován o tom, že je lékařsky potvrzený případ moderátora, kterému se dříve nedařilo kompenzovat glykémii, a to až do doby užívání produktu Diaprevent. Dále je explicitně řečeno: „První složka upravuje hladinu cukru v krvi. Druhá složka snižuje rizika vzniku onemocnění, pro která jsou cukrovkáři náchylnější.“

Je tak deklarován preventivní účinek produktu. Byl je po celou dobu uveden text doplněk stravy, drobným písmem v dolní čtvrtině obrazovky (a je tedy splněna podmínka § 5d odst. 3 o povinnosti

uvést text „doplněk stravy“), je nutno konstatovat, že postup propagace produktu je zcela bezprecedentní. Propagace je založena na tvrzení o prokázaném efektu na konkrétním nemocném člověku, s poukazem na naměřené, výrazně pozitivně změněné, hodnoty glykemie.

Na základě uvedeného Rada konstatovala, že došlo k možnému 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.

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.

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. V předmětném obchodním sdělení jsou uvedeny takové prvky a obsahy, které zcela explicitně odkazují na lidská onemocnění, na diabetes a rovněž další onemocnění, k nimž jsou cukrovkáři náchylní. Divák/pacient je vyzýván k užívání přípravku za účelem kompenzace diabetu. Na základě uvedeného dospěla Rada k závěru, že došlo k možnému 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 a rozhodla se zadavatelem obchodního sdělení zahájit řízení o přestupku.

Řízení o přestupku bylo zahájeno dne 24. 4. 2020 pod sp. zn. RRTV/2020/352/had.

Rada v rámci řízení o přestupku spis. zn. RRTV/2020/352/had provedla důkaz zhlédnutím záznamu obchodního sdělení na doplněk stravy Bílý slon - Diaprevent, které bylo odvysíláno dne 31. 1. 2020 od 16.38 hodin na programu ŠLÁGR 2. Provedené dokazování potvrdilo skutečnosti tvrzené v zahájení řízení o přestupku.

Vyjádření účastníka:

Účastník uvádí následující skutečnosti: Shora uvedené subjektivní hodnocení výrobku Diaprevent ze strany moderátora tak v žádném případě nelze interpretovat tak, že Reklama „je založena na tvrzení o prokázaném efektu na konkrétním nemocném člověku“, jak uvádí Rada. Průměrný spotřebitel, jehož kritérium je nutné při posuzování Reklamy použít, objektivně nemůže z Reklamy nabýt Radou prezentovaný dojem, že výrobku Diaprevent je objektivně připisována vlastnost (vy)léčit diabetes. Jediné vyznění, které Reklama může na průměrného spotřebitele mít, je takové, že existuje výrobek Diaprevent, s jehož užíváním je moderátor, jakožto laik a diabetik spokojen a subjektivně věří, že mu v léčbě s diabetem pomáhá.

Moderátor ve svém monologu neprezentuje žádné kategorické vlastnosti výrobku Diaprevent, ale ryze své subjektivní zkušenosti s tímto výrobkem. Zadavatel má dále za to, že ani grafické zpracování Reklamy nemohlo v průměrných spotřebitelích vzbuzovat dojem, že výrobek Diaprevent je lékem. Reklama se neodehrává v jakémkoliv prostředí, které by evokovalo ordinaci lékaře či lékárnou. Naopak, prostředí, v němž se Reklama odehrává, plně koresponduje se shora

Zadavatelem prezentovaným celkovým vyzněním Reklamy, tj. moderátor, jako laik, sedí ve studiu a prezentuje svůj subjektivní názor na výrobek Diaprevent.

Zadavateli je dále v oznámení o přestupku kladeno za vinu, že je v Reklamě deklarován preventivní účinek výrobku Diaprevent, když v ní zaznívá: „*První složka upravuje hladinu cukru v krvi. Druhá složka snižuje rizika vzniku onemocnění, pro která jsou cukrovkáři náchylnější.*“.

Zadavatel v této souvislosti uvádí, že z pohledu Rady problematický výrok „První složka upravuje hladinu cukru v krvi.“ je přípustným zdravotním tvrzením ve smyslu čl. 13 odst. 1 nařízení EP a Rady (ES) č. 1924/2006.

Výrobek Diaprevent obsahuje 1% extrakt z borůvek, které jsou významným zdrojem antokyanů. Dle seznamu Evropskou komisí schválených výživových a zdravotních tvrzení je přípustným tvrzením vztahujícím se k antokyanům a proantokyanům, že: „*Can help to normalise blood sugar levels.*“

Z porovnání výroku v Reklamě a povoleného tvrzení je zjevné, že výrok je de facto překladem povoleného tvrzení, a jako takový je v souladu s příslušnou právní úpravou a není klamavý ani jakkoliv jinak zavádějící. Zadavatel dále uvádí, že z pohledu Rady problematický výrok: „*Druhá složka snižuje rizika vzniku onemocnění, pro která jsou cukrovkáři náchylnější.*“ nepředstavuje porušení čl. 7 odst. 3 nařízení EP a Rady (ES) č. 1924/2006. Dle tohoto ustanovení platí, že: „*S výhradou odchylek stanovených v právních předpisech Unie, které se vztahují na přírodní minerální vody a na potraviny určené pro zvláštní výživu, nesmějí informace o potravině připisovat jakékoli potraviny vlastnosti umožňující zabránit určité lidské nemoci, zmírnit ji nebo ji vyléčit, ani na tyto vlastnosti odkazovat.*“

Jak z citovaného výroku vyplývá, tento nespecifikuje a neuvádí žádnou určitou lidskou nemoc, ale zcela vágně uvádí okruh „*onemocnění, pro která jsou cukrovkáři náchylnější.*“

Není tedy splněna podmínka toho, že by byly Výrobku připisovány vlastnosti umožňující zabránit určité konkrétní lidské nemoci.

S ohledem na vše výše uvedené je Zadavatel přesvědčen, že v daném případě není naplněna skutková podstata přestupku pro možné porušení ustanovení § 5d odst. 2 zákona č. 40/1995 Sb., ve spojení s čl. 7 odst. 3 a 4 písm. a) nařízení EP a Rady (EU) č. 1169/2011. Pokud by i přes shora uvedené setrvala Rada na své interpretaci Reklamy, a tedy na tom, že se Zadavatel dopustil přestupku ve smyslu ustanovení § 8a odst. 2 písm. j) zákona č. 40/1995 Sb., zdůrazňuje Zadavatel zcela marginální dopad Reklamy daný programem, na němž byla Reklama vysílána (tj. ŠLÁGR 2, jehož sledovanost ve skupině 15+ byla v době vysílání Reklamy na úrovni 0,42 %), frekvencí vysílání Reklamy (pouze jednorázový teleshopping bez jakékoliv reprízy) a vysílacím časem (16:38, tedy zcela mimo hlavní vysílací čas).

Správní uvážení Rady:

Pokud účastník namítá, že: *Shora uvedené subjektivní hodnocení výrobku Diaprevent ze strany moderátora tak v žádném případě nelze interpretovat tak, že Reklama „je založena na tvrzení o prokázaném efektu na konkrétním nemocném člověku“, jak uvádí Rada, pak nelze na takovouto interpretaci přistoupit.*

Je zcela irrelevantní, zda se jedná o subjektivní vyjádření moderátora. V reklamě je rozhodující obsah tvrzení. Vše, co v reklamě zazní, je součástí propagačního a přesvědčovacího procesu. Rádoby „přenos osobní zkušenosti“ spokojeného zákazníka/pacienta je typickým marketingovým nástrojem, který je pro teleshoppingové nabídky signifikantní.

Jak je rozvedeno níže, v obchodním sdělení byly užity prvky, které jednoznačným způsobem evokují léčebný účinek přípravku.

Pro celkové vyznění reklamy není nikterak rozhodující ani prostředí. Zcela nepodstatný je tak argument účastníka, že „*Reklama se neodehrává v jakémkoliv prostředí, které by evokovalo ordinaci lékaře či lékárnu*“. To totiž vůbec není v daném kontextu významné. „Spokojený zákazník/pacient“ pochopitelně může svou údajnou pozitivní zkušenost s léčebným efektem produktu předávat divákovi z jakéhokoli prostředí. Mnohdy je naopak účinnost persvaze vyšší, je-li spotřebitel (tím spíše jde-li o osobu nemocnou – zranitelnou) přesvědčován z klidného, harmonického prostředí, než například z prostředí ordinace nebo nemocnice, které nemocného může zneklidňovat.

Rovněž nelze přistoupit na argumentaci účastníka, který namítá oprávněnost užití zdravotního tvrzení.

K tomuto uvádíme, že zdravotní tvrzení jsou samostatnou skutkovou podstatou vymezenou § 5d odst. 1 zákona o regulaci reklamy, přičemž podléhají svébytným pravidlům. Zaměňovat či směšovat tvrzení zdravotní a léčebná při hodnocení obchodního sdělení by bylo hrubou chybou.

Účastník uvádí, že schválené zdravotní tvrzení zní: „*Can help to normalise blood sugar levels.*“, přičemž konstatuje, že z porovnání výroku v Reklamě a povoleného tvrzení je zjevné, že výrok je de facto překladem povoleného tvrzení. Taková argumentace je mylnou a zavádějící interpretací reklamy.

V první řadě zdravotní tvrzení zní: *Anthocyanidines + proanthocyanidines can help to normalise blood fat levels.* Jak je však patrné z přepisu obchodního sdělení, v něm nezaznívá nic o antokynidech a proaktokynidech, tudíž nelze deklarovat, že by v obchodním sdělení zaznělo uvedené tvrzení.

Zcela zásadním pak je, že k tomuto tvrzení bylo ke dni 29. 10. 2020 uvedeno následující: https://ec.europa.eu/food/safety/labelling_nutrition/claims/register/public/?event=getLatestVersionOfRegister:

Non-compliance with the Regulation because on the basis of the scientific evidence assessed, this food is not sufficiently characterised for a scientific assessment of this claimed effect and the claim could not therefore be substantiated.

„Neschváleno. Na základě hodnocených vědeckých důkazů není u této potraviny dostatečně prokázán tvrzený účinek, a tvrzení tedy nebylo možné schválit.“



Nutrient, substance, food or food category	Claim	Conditions of use of the claim / Restrictions of use / Reasons for non-authorisation	Health relationship	EFSA opinion reference	Commission regulation	Status	Entry Id
Pyrus malus (Common Name Apple) extract powder containing polyphenols	Can help to moderate the postprandial blood glucose level. Can help to decrease the blood glucose level.	Non-compliance with the Regulation because on the basis of the scientific evidence assessed, this food is not sufficiently characterised for a scientific assessment of this claimed effect and the claim could not therefore be substantiated.	not validated	2011.9(6):2243		Non-authorised	2713
Anthocyanidines + proanthocyanidines	Can help to normalise blood fat levels.	Non-compliance with the Regulation because on the basis of the scientific evidence assessed, this food is not sufficiently characterised for a scientific assessment of this claimed effect and the claim could not therefore be substantiated.	not validated	2011.9(4):2083		Non-authorised	1788
Anthocyanidines + proanthocyanidines	Can help to normalise blood sugar levels	Non-compliance with the Regulation because on the basis of the scientific evidence assessed, this food is not sufficiently characterised for a scientific assessment of this claimed effect and the claim could not therefore be substantiated.	not validated	2011.9(4):2083		Non-authorised	1789
Corn protein hydrolysate (titrated at 29 % glutamine	Can help to prevent the consequences of overtraining in athletes. Can help to prevent the outbreak of the effort	Non-compliance with the Regulation because on the basis of the scientific evidence assessed, this claimed effect for this food is not sufficiently defined to be able to be assessed and the claim could not therefore be substantiated.	"Overtraining and effort prevention"	2011.9(6):2228		Non-authorised	4247

Mimo to, tvrzení se netýká potraviny Diaprevent, ale látek nazvaných Anthocyanidines + proanthocyanidines (proantokynidy – nacházejí se v brusinkách, kůře břízy). Účastník namítá, že jeho produkt obsahuje 1% výtažek z borůvek, nezmiňuje ani proantokynidy, tudíž nelze mít za prokázanou shodnost tvrzení o přípravku s posuzovaným, a mimo to neschváleným, zdravotním tvrzením. Odkaz na domněle schválené zdravotní tvrzení, které učinil účastník, je tak bezpředmětné.

Zde je potřeba zdůraznit, že argumentace, zda je uvedené tvrzení schváleno, či není, je pro předmět řízení zcela a naprosto nadbytečné. I kdyby bylo zdravotní tvrzení jakkoliv schváleno i přímo pro produkt Diaprevent, nic na věci nemění, že povinností zadavatele bylo, aby obchodní sdělení neobsahovalo léčebné tvrzení, tedy splnění povinnosti dle § 5d odst. 2 zákona o regulaci reklamy.

Účastník dále namítá: „*Jak z citovaného výroku vyplývá, tento nespécifikuje a neuvádí žádnou určitou lidskou nemoc, ale zcela vágně uvádí okruh „onemocnění, pro která jsou cukrovkáři náchylnější.“ Není tedy splněna podmínka toho, že by byly Výrobku přepisovány vlastnosti umožňující zabránit určité konkrétní lidské nemoci.*“

Jak vyplývá z popisu a rozboru obchodního sdělení, nelze mít za to, že by obchodním sdělením bylo užito „vágních“ okruhů onemocnění. Zcela jasně zaznívá zmínka o cukrovce, resp. diabetu, na který má daný přípravek léčebný efekt, a onemocněních, pro která jsou cukrovkáři náchylnější.

Dále účastník tvrdí, že „*ani grafické zpracování Reklamy nemohlo v průměrných spotřebitelích vzbuzovat dojem, že výrobek Diaprevent je lékem*“. Skutková podstata § 5d odst. 2 zákona o regulaci reklamy hovoří o nepřipustnosti deklarace léčebného či preventivního účinku. Toto, jak je uvedeno níže, bylo v obchodním sdělení naplněno, neboť byly použity takové prvky, které prokazují užité léčebných (preventivních) účinků v obchodním sdělení. Není zřejmé, proč účastník poukazuje v daném kontextu právě na „grafické zpracování“, když obchodní sdělení je vždy nutné posuzovat důsledně komplexně jako celek. Navíc je třeba zdůraznit, že příslušná zákonná povinnost nehovoří o tom, že by k přestupku došlo tím, že by reklama tvrdila, že produkt je lékem,

jak se snaží interpretovat účastník, nýbrž zákon zakazuje, aby potravině byly připisovány vlastnosti umožňující zabránit určité lidské nemoci, zmírnit ji nebo ji vyléčit, či aby na tyto vlastnosti bylo odkazováno.

Na základě zjištěných skutečností je prokázáno, že došlo k porušení povinností stanovených § 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.

Předmětem skutkové podstaty § 5d odst. 2 zákona č. 40/1995 Sb. je zamezit uvádění 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 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.“

Moderátor demonstruje se svým glukoměrem stav svého diabetu, který je v současné době na 7,8 jednotkách oproti nebezpečným 30 jednotkám.

Šlágr 2

White Elephant

BÍLÝ SLON - DIAPREVENT

1 BALENÍ

www.slompomaha.cz

898 Kč / 35 €

120 387 202 106

Šlágr_2_31.1.2020_16.38_teleshopping_Bílý_slon

Doplněk stravy

Moderátor následně demonstruje fakt, že užívá inzulín a ukazuje divákům svá inzulínová pera.



Dále je divák seznámen s tím, že moderátor byl dříve (před užíváním produktu) lékařem kárán. „(...) a beru vlastně Diaprevent z těchto dvou ampulek, no a vždycky, když chodím na kontrolu k panu doktorovi, tak předtím jsem byl kárán, jak mám neuspokojivou kompenzaci svého diabetu, no a teď už dvakrát za sebou mám přímo od pana doktora napsáno, že kompenzace toho diabetu je uspokojivá, což slovo od pana doktora jsem ještě takové nikdy neslyšel.“

Divák je tak přesvědčován o tom, že je lékařsky potvrzený případ moderátora, kterému se dříve nedařilo kompenzovat glykemií, a to až do doby užívání produktu Diaprevent.



Dále je explicitně řečeno: „První složka upravuje hladinu cukru v krvi. Druhá složka snižuje rizika vzniku onemocnění, pro která jsou cukrovkáři náchylnější.“

Je tak deklarován preventivní účinek produktu. Byť je po celou dobu uveden text doplněk stravy, drobným písmem v dolní čtvrtině obrazovky (a je tedy splněna podmínka § 5d odst. 3 o povinnosti uvést text „doplněk stravy“), je nutno konstatovat, že postup propagace produktu je založen na tvrzení o prokázaném efektu na konkrétním nemocném člověku, s poukazem na naměřené,

výrazně pozitivně změněné, hodnoty glykemie, které jsou lékařsky ověřené, a to přímo na příkladu moderátora.

V závěrečné sekvenci obchodního sdělení jsou uvedena tato tvrzení:

„Přichází dlouho očekávaná novinka od Bílého slona, Diaprevent. S unikátní dvousložkovou recepturou od doktora Pantůčka. První složka upravuje hladinu cukru v krvi. Druhá složka snižuje rizika vzniku onemocnění, pro která jsou cukrovkáři náchylnější. Více podrobností naleznete na stránkách www.slonpomaha.cz.“

Z uvedeného jasně vyplývá, že přípravek je určen ke snížení rizik onemocnění spojených s onemocněním cukrovkou.

Dle stávající judikatury reklama na potraviny nesmí uvádět v omyl zejména přisuzováním potravině vlastností prevence, ošetřování, léčby nebo vyléčení lidských onemocnění nebo takové vlastnosti naznačovat. Rada shodně jako Nejvyšší správní soud se interpretací dané zákonné povinnosti již opakovaně zabývala. V rozsudku 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.“*

Podle § 8a odst. 2 písm. j) zákona o regulaci reklamy, v platném znění, se právnická nebo podnikající fyzická osoba dopustí přestupku tím, že jako zadavatel poruší podmínky 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 připisovat jakékoli potravině vlastnosti umožňující zabránit určité lidské nemoci, zmírnit ji nebo ji vyléčit, ani na tyto vlastnosti odkazovat, včetně související reklamy.

Při určení druhu a výměry správního trestu podle § 37 písm. a) a g) se přihlédne k povaze a závažnosti přestupku, u právnické nebo podnikající fyzické osoby k povaze její činnosti,

Dle § 38 je povaha a závažnost přestupku je 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 porušení právního předpisu došlo šířením obchodního sdělení prostřednictvím televizního vysílání, tedy masovým komunikačním médiem. Dopad ani dosah vysílání nebyl v řízení hodnocen, přesto Rada shledává skutečnost, že k odvysílání závadného obsahu došlo na minimálně sledovaném programu ŠLÁGR 2, jako polehčující. Obchodní sdělení bylo odvysíláno v 16.38 hodin, tedy mimo prime time. V tuto odpolední dobu je sledovanost nízká a tedy i možný dopad na diváka. Nízkou sledovanost programu prokazuje i sám účastník ve svém vyjádření.

Co se týče trvání přestupku, 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 v 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. Navíc je zde prezentovaná pozitivní zkušenost z praxe – od uživatele produktu.

Porušení zákona je možné považovat za závažné z důvodu, že účastník užil takové formulace, které jednoznačným způsobem přisuzují doplňku stravy (potravině) vlastnosti léčby či prevence, a to formou zcela explicitního demonstrování účinků produktu na snížení hladiny glukózy v krvi – moderátor demonstruje svoji hladinu cukru po užití produktu, což následně komentuje formulací o potvrzení svého stavu lékařem.

Jako velmi závažnou shledáváme okolnost (§ 38 písm. a) zákona č. 250/2016 Sb.), 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. 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.

Ve vztahu k předmětu skutku a formy, tedy teleshopping zaměřený na léčebné či preventivní účinky doplňku stravy, spolu s demonstrováním účinků, či možného vzniklého postižení, uložila Rada v minulosti již sankce nad polovinou zákonné sazby, jelikož taková porušení vnímá jako závažná.

Rada v případě tohoto řízení neshledala dostatečný důvod pro uplatnění plného zákonného rozpětí výše sankce, byť chráněný zájem je v daném případě nutno označit za významný a porušení za závažné. V daném případě Rada shledala dostatečné důvody pro uložení mírnější sankce v dolní polovině zákonné sazby.

Rada vázána zákonnými mezemi sankce dle zákona č. 40/1995 Sb., kdy lze za přešupek podle téhož zákona uložit pokutu do 2 000 000 Kč, rozhodla po zvážení všech polehčujících a přitěžujících okolností spáchaného přešupku uložit sankci při spodní hranici, a to ve výši 100 000 Kč.

Pokuta je splatná ve lhůtě 30 dnů ode dne právní moci tohoto rozhodnutí na účet 3754-19223001/0710, variabilní symbol 2020352.

Vzhledem k tomu, že řízení vyvolal účastník řízení porušením své právní povinnosti, uložila mu Rada v souladu s ustanovením § 95 odst. 1 zákona č. 250/2016, o odpovědnosti za přešupky, a § 6 vyhlášky č. 520/2005 Sb. povinnost uhradit paušální částku nákladů řízení ve výši 1 000,- Kč (slovy jedentisíckorun) na účet č. 3711-19223001/0710, variabilní symbol 2020352. Úhrada nákladů je splatná do pěti pracovních dnů ode dne doručení tohoto rozhodnutí.

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