

Váš dopis zn./ze dne:

Vyřizuje/tel.:

Č. j.:

MHMP 1727391/2018

Sp. zn.:

S-MHMP 1073597/2018/B/Šef-5893

Počet listů/příloh: 5/0

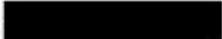

Datum:



8.11.2018

PŘÍKAZ

Odbor živnostenský a občanskosprávní Magistrátu hlavního města Prahy jako orgán dozoru podle § 7 písm. i) 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 pozdějších předpisů (dále jen „zákon o regulaci reklamy“), v souladu s ustanovením § 90 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „zákon o odpovědnosti za přestupky“), ve spojení s ustanovením § 150 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“)

I. uznává vinnou z přestupku

podle ustanovení § 8a odst. 2 písm. d) zákona o regulaci reklamy společnost  (dále jen „obviněná“), kterého se dopustila v červnu 2018 jako zadavatel reklamy na počáteční kojeneckou výživu Kendamil kojenecké mléko 1, zjištěné na úvodní straně internetových stránek  zadokumentovaných výtiskem dne 13.6.2018, neboť reklama obsahovala vyobrazení kojence a tvrzení „*Naše prémiové řady kojenecké výživy obsahují plnotučné mléko od volně se pasoucích krav lokálních farmářů z oblasti panensky čisté přírody v chráněné krajinné oblasti Lake District.....Mléka Kendamil jsou vyrobená podle tradiční receptury, aby bylo zachováno to nejlepší z přírody.*“, které by mohlo idealizovat náhradu mateřského mléka, čímž porušila podmínky stanovené pro obsah reklamy podle § 5f odst. 2 písm. b) zákona o regulaci reklamy.

II. Za spáchání přestupku se obviněné ukládá podle § 8a odst. 6 písm. b) zákona o regulaci reklamy, s přihlédnutím k ust. § 35 písm. b), § 46 zákona o odpovědnosti za přestupky, **správní trest pokuty ve výši  Kč** (slovy: ).



Pokuta je splatná do 15 dnů ode dne nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet hlavního města Prahy u PPF banky a.s., číslo účtu **1400110005157998/6000** (platba bankovním převodem č.ú. 140011-5157998/6000), variabilní symbol **3600005893**, konstantní symbol **379** (placeno složenkou, složenka není připojena k tomuto rozhodnutí – doručováno do datové schránky), **558** (placeno příkazem), specifický symbol **1073597**, nebo ji lze složit v hotovosti na přepážce u PPF banky a.s., na adrese: Mariánské nám. 2, Praha 1, přízemí, s uvedením příslušných symbolů.

Odůvodnění

Odboru živnostenskému a občanskosprávnímu Magistrátu hlavního města Prahy (dále jen „orgán dozoru“) byl postoupen Státní zemědělskou a potravinářskou inspekcí, Inspektorát v Praze podnět pisatele, aby v rámci svých kompetencí posoudil, zda se obviněná nedopustila reklamou na počáteční kojeneckou výživu Kendamil kojenecké mléko 1, zjištěnou na stránkách [redacted] porušení podmínky stanovené pro obsah reklamy podle § 5f odst. 2 písm. a) a písm. b) zákona o regulaci reklamy.

Pisatel podnětu upozorňuje, že na stránkách [redacted] je zobrazena - propagována počáteční kojenecká výživa, u které jsou vyobrazeny rodiče s dítětem mladším šesti měsíců. U zobrazených kojeneckých mlék, kde je v popředí počáteční kojenecká výživa, je uveden text, který ji, resp. její surovinu mléko, má idealizovat – mléko od volně se pasoucích krav, čistá příroda, tradiční receptura, to nejlepší z přírody. Podle pisatele podnětu stránky neobsahují zřetelný text: „Důležité upozornění“ poukazující na přednost kojení a doporučující, aby výrobek byl užíván jen na radu nezávislých odborníků z oboru medicíny, výživy nebo léčiv nebo jiných osob profesionálně se zabývajících péčí o kojence a malé děti. Pisatel podnětu má rovněž za to, že odkaz „Koupit“ umístěný u zobrazených kojeneckých mlék a dětských kaší je agresivní reklamou, která působí proti kojení. Součástí podnětu je zadokumentovaná úvodní stránka [redacted] výtiskem ze dne 13.6.2018.

Orgán dozoru přezkoumal stránky zadokumentované pisatelem podnětu dne 13.6.2018. Jedná se o úvodní stránku [redacted]. V pravém horním rohu stránky jsou uvedena v modrém rámečku slova „DULEŽITÉ UPOZORNĚNÍ“ a nalevo od rámečku je uvedeno: „*Kojení je pro kojence nejlepší a nejpřirozenější zdroj výživy, který mu můžete poskytnout. Pokud se rozhodnete začít miminko dokrmovat kojeneckým mlékem, může to snížit vaši schopnost kojit a toto rozhodnutí může být později nevratné. Používání počáteční náhrady mateřského mléka je také přirozeně dražší než kojení a měly by být zváženy finanční důsledky. Před rozhodnutím se poraďte s vaším pediatrem. Pro zdraví miminka je důležité vždy dodržovat správné dávkování, postup přípravy a skladování dle pokynů výrobce.*“. Pod tímto upozorněním jsou uvedeny odkazy „Domů, KENDAMIL, KENDALIFE, E-SHOP, BLOG, O NÁS, DOTAZY, KONTAKT“. Pod odkazy je uveden nápis „Kojenecká mléka a dětské kaše“, pod kterým je zobrazena řada kojeneckých mlék a dětských kaší Kendamil, přičemž v popředí této řady výrobků je umístěno balení Kendamil kojenecké mléko 1. Napravo od výrobků jsou vyobrazeni rodiče chovající kojence a nalevo od produktů je uveden v tmavě modrém oválu odkaz „KOUPIT“. Kliknutím na odkaz „KOUPIT“ se spotřebitel dostane na stránky E-SHOPU, kde lze zakoupit výrobky řady Kendamil.

Pod popsanou částí úvodní stránky je vyobrazena matka chovající kojence a řada Kendamil kojeneckých mlék, přičemž v popředí této řady výrobků je také umístěno balení Kendamil kojeneckého mléka 1. Vedle popsaného vyobrazení je pod nadpisem „Kendamil kojenecká mléka“ uveden text: „*Naše prémiové řady kojenecké výživy obsahují plnotučné mléko od volně se pasoucích krav lokálních farmářů z oblasti panensky čisté přírody v chráněné krajinné oblasti Lake District. Tak víme, odkud pochází každá sklenice plnotučného mléka, ze které je Kendamil vyroben. Mléka Kendamil jsou vyrobena podle tradiční receptury, aby bylo zachováno to nejlepší z přírody. Speciální postup zpracování zajišťuje nejen plnou a krémovou*

chuť, ale také vysoké nutriční hodnoty plnotučného mléka v kombinaci se všemi základními vitamíny a minerál, které vaše dítě potřebuje pro zdravý rozvoj a růst.“

Orgán dozoru provedl dne 20.7.2018 vlastní dokumentaci reklamy a zjistil, že balení počáteční kojenecké výživy – Kendamil kojenecké mléko 1 bylo z popředí řady produktů Kendamil v obou výše popsaných případech již odstraněno. Orgán dozoru zahájil šetření u obviněné, k podpoře její podnikatelské činnosti byla reklama namířena. Požádal obviněnou o podání vysvětlení k podnětu, o sdělení, jaké má postavení v reklamním procesu a ostatních údajů vztahujících se k šetřené reklamě.

Z vysvětlení obviněné (přípisy ze dne 26.7.2018 a 1.9.2018) vyplynulo, že reklama na Kendamil kojenecké mléko 1 ve spojení s vyobrazeným kojencem byla aktivní na jejich domovských stránkách v podobě zadokumentované dne 13.6.2018 pisatelem pouze několik hodin, konkrétně dvě a půl hodiny. Jednalo se o krátkodobou chybu grafika, která byla odstraněna, jak vyplynulo i ze samotné dokumentace orgánem dozoru dne 20.7.2018. Obviněná rovněž uvedla, že reklama obsahuje povinný text „Důležité upozornění“, který poukazuje na přednost kojení a doporučuje, aby výrobek byl užíván jen na radu pediatra. Text je umístěn v patičce stránky a je na něj vícekrát upozorňováno s tím, že si ho adresát jejich stránek může na krátkou dobu skrýt. Po načtení stránek se mu ale tento text objeví znovu. Z šetření rovněž vyplynulo, že obviněná reklamu sama pro sebe zpracovala. Z údajů, které ve vysvětlení uvedla, tj. že reklama byla v dané podobě aktivní dne 13.6.2018 pouze několik hodin, vyplynulo, že obviněná pro sebe reklamu zpracovala v červnu 2018.

Orgán dozoru posoudil všechny podklady ve spisovém materiálu a dospěl k závěru, že podnět pisatele týkající se možného porušení § 5f odst. 2 písm. a) zákona o regulaci reklamy je nedůvodný, neboť reklama text „Důležité upozornění“ obsahovala. Orgán dozoru rovněž nezjistil rozpor se zákonem o regulaci reklamy uvedením odkazu „Koupit“, přes který se potenciální zákazník dostane na E-SHOP, kde lze výrobky řady Kendamil zakoupit. Shledal však, že obviněná svým jednáním naplnila jako zadavatel reklamy skutkovou podstatu přestupku podle § 8a odst. 2 písm. d) zákona o regulaci reklamy porušením § 5f odst. 2 písm. b) cit. zákona. Skutkové zjištění je dostatečné a průkazné samotným vizuálem reklamy, a tudíž přistoupil k rozhodnutí věci ve „zjednodušeném“ příkazním řízení.

Právní úprava a závěry, ze kterých orgán dozoru vycházel:

Podle § 1 odst. 2 zákona o regulaci reklamy se reklamou rozumí oznámení, předvedení či jiná prezentace šířené zejména komunikačními médii, mající za cíl podporu podnikatelské činnosti. Obviněná prezentovala komunikačním médii, kterým jsou její internetové stránky, mimo jiné i Kendamil kojenecké mléko 1. Prezentace nesporně podporovala podnikatelskou činnost obviněné, která distribuuje výrobky značky Kendamil v rámci živnosti volné s předmětem podnikání: Výroba, obchod a služby neuvedené v přílohách 1 až 3 živnostenského zákona. S odkazem na výše uvedené má orgán dozoru za prokázané, že se v posuzovaném případě jedná o reklamu.

V § 1 odst. 6 zákona o regulaci reklamy je uvedeno „Pokud zpracovatel zpracuje reklamu pro sebe, je pro účely tohoto zákona zároveň v postavení zadavatele.“

Podle § 6b odst. 1 zákona o regulaci reklamy v případě reklamy na počáteční a pokračovací kojeneckou výživu odpovídají za její soulad se zákonem zadavatel a šířitel společně a nerozdílně. Z přípisu obviněné ze dne 26.7.2018 vyplývá, že si reklamu zpracovala sama pro sebe. Z údajů, které uvedla, tj. že reklama byla v šetřené podobě aktivní pouze několik hodin dne 13.6.2018, vyplynulo, že reklamu pro sebe zpracovala v červnu 2018. Obviněná je, s odkazem na výše uvedenou právní úpravu v postavení zadavatele reklamy na počáteční kojeneckou výživu a datum „červen 2018“ představuje dobu spáchání přestupku.

V článku 2 odst. 2 písm. c) nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 609/2013 ze dne 12.června 2013 jsou potraviny pro počáteční kojeneckou výživu definovány jako „*potraviny*,

které jsou určeny pro kojence během prvních měsíců života a které odpovídají samy o sobě výživovým požadavkům těchto kojenců až do doby zavedení vhodných příkrmů,“. Podle článku 2 odst. 2 písm. a) cit. nařízení se za kojence považuje dítě do dvanácti měsíců věku. Kendamil kojenecké mléko 1 je počáteční kojeneckou výživou ve smyslu výše uvedené definice a v reklamě zobrazené děti odpovídají uvedené definici kojence.

Podle § 5f odst. 2 písm. b) zákona o regulaci reklamy nesmí reklama na počáteční kojeneckou výživu obsahovat vyobrazení kojence ani jiný obrázek nebo tvrzení, které by mohlo idealizovat náhradu mateřského mléka.

Podle § 8a odst. 2 písm. d) zákona o regulaci reklamy se právnická nebo fyzická osoba dopustí přestupku tím, že jako zadavatel poruší podmínky stanovené pro obsah reklamy mimo jiné v § 5f cit. zákona. Podle § 8a odst. 6 písm. b) zákona o regulaci reklamy lze uložit za výše uvedený přestupek pokutu do 2 000 000,- Kč.

Reklama na počáteční kojeneckou výživu je zaměřena na skupinu spotřebitelů, kterou jsou zejména matky, které nemohou své miminko od narození kojít. Mateřské mléko je nepochybně ideální výživa pro kojence a kojení je doporučováno alespoň po období 6 měsíců. Počáteční kojenecká mléka, která jsou svým složením a nutričními hodnotami podobná mateřskému mléku, tak mají být náhradkou pouze v případech, kdy maminka nemůže z nějakého důvodu, zejména zdravotního, kojít a jsou určena pro kojence od 1. do 6. měsíce.

Reklama na počáteční kojeneckou výživu byla do § 5e a § 5f zakotvena novelou zákona o regulaci reklamy publikovanou pod č. 138/2002 Sb. podle Směrnice Komise EU 91/321/EHS ze dne 14.5.1991 o počáteční a pokračovací kojenecké výživě (pozbyla platnosti dne 31.12.2007). Z důvodové zprávy k zákonu č. 138/2002 Sb. vyplývá, že cílem regulace v této oblasti je „zamezení takové reklamy, v jejímž důsledku by docházelo k neodůvodněnému závěru, že počáteční kojenecká výživa je rovnocenná mateřskému mléku nebo je lepší.“

Je obecně známo, že kojení je upřednostňováno. Pediatři zásadně podporují kojení, neboť mateřské mléko obsahuje protilátky, brání infekcím, posiluje imunitu a rovněž utváří vzájemný citový vztah mezi matkou a dítětem. Z tohoto důvodu má reklama na počáteční kojeneckou výživu přísná pravidla, neboť je třeba zamezit takovým reklamám, které by význam kojení jakkoliv snižovaly a mohly tak ovlivnit matky, které kojít mohou, aby upřednostnily umělou výživu.

Jedno z těchto pravidel je zakotveno v § 5f odst. 2 písm. b) zákona o regulaci reklamy, podle kterého nesmí reklama na počáteční kojeneckou výživu obsahovat obrázek kojence nebo jiný obrázek nebo tvrzení, které by mohlo idealizovat náhradu mateřského mléka. V reklamě bylo, byť po omezenou dobu, na úvodní internetové stránce dvakrát vyobrazeno balení Kendamil kojeneckého mléka 1 spolu s kojencem. Jednou v popředí řady kojeneckých mlék a dětských kaší, kde byl připojen obrázek rodičů chovajících malého kojence (dle vizuálu dítěte by se mohlo jednat dokonce o novorozence) a podruhé v popředí řady kojeneckých mlék, kde byl připojen obrázek matky chovající kojence. U tohoto případu je uveden text, že plnotučné mléko, které je hlavní složkou prémiové řady kojenecké výživy, pochází od volně se pasoucích krav lokálních farmářů z oblasti panensky čisté přírody v chráněné krajinné oblasti Lake District, že mléka jsou vyrobena podle tradiční receptury, aby bylo zachováno to nejlepší z přírody. Spotřebitel slyší na informaci, že potraviny, příp. její složky, jsou farmářským produktem, že se jedná o produkty z čisté přírody a že jsou zpracovány šetrným způsobem. Posoudíme-li reklamu na úvodní stránce v celém jejím kontextu, může takové tvrzení, byť je pravdivé, ve spojitosti se zobrazením balení počátečního kojeneckého mléka a kojenců vyvolat u spotřebitele představu, že je umělá výživa něco lepšího než ve skutečnosti je, že se může vyrovnat mateřskému mléku.

Orgán dozoru nepochybuje, že protiprávní reklama byla neúmyslným jednáním obviněné, které trvalo krátkou dobu. Tvrzení obviněné, že protiprávní stav trval pouze několik hodin dne 13.6.2018 nelze ověřit, nicméně dne 20.7.2018, v době dokumentace orgánem dozoru, byla reklama upravená. Odpovědnost právnické osoby za přestupek podle zákona o regulaci reklamy je však odpovědností objektivní. Obviněný odpovídá za výsledek a není tedy vyžadováno

zavinění v žádné formě. Krátká doba protiprávního stavu je zohledněna jako polehčující okolnost při stanovení výše pokuty.

Správní orgán uložil pokutu ve výši 0,25 % maximální výše 2 000 000,- Kč, kterou platná právní úprava umožňuje. Při úvaze o výši správního trestu přihlížel k povaze a závažnosti přestupku, kterého se obviněná dopustila. Veřejnoprávní ochrana spotřebitele patří mezi sledovanou oblast, která je zakotvena do řady právních norem, mezi nimiž je i zákon o regulaci reklamy. Pokud podnikatel vstupuje do kontaktu se spotřebitelem a prostřednictvím reklamy mu nabízí produkt nebo službu, musí dodržovat ustanovení cit. zákona, aby spotřebitel jako slabší subjekt v ekonomických vztazích byl chráněn před poškozováním svých zájmů. Takové jednání obviněné, kdy je v reklamě na počáteční kojenecké mléko vyobrazen kojeneček a která obsahuje tvrzení, které může takovou výživu idealizovat a v důsledku kterého může u spotřebitele dojít k neodůvodněnému závěru, že počáteční kojenecká výživa je rovnocenná mateřskému mléku nebo je i lepší, lze kvalifikovat jako závažné.

Ve prospěch obviněné byla zohledněna skutečnost, že protiprávní reklama byla šířena na jejích internetových stránkách pouze po omezenou dobu, a tudíž mohla oslovit pouze omezenou část adresátů, kteří zrovna v rozhodnou dobu stránky otevřeli. Navíc se nejednalo o tak masivní šíření reklamy jako např. v televizním vysílání.

Jako k polehčující okolnosti přihlédl orgán dozoru také ke skutečnosti, že se obviněná dopustila přestupku podle zákona o regulaci reklamy poprvé, poskytla orgánu dozoru při šetření podnětu maximální součinnost a neprodleně, po zjištění rozporu reklamy se zákonem o regulaci reklamy, vyvinula veškeré úsilí k zjednání nápravy.

Orgán dozoru nahlédl prostřednictvím internetu do obchodního rejstříku a zjistil, že obviněná má základní kapitál 1 000,- Kč. Ve veřejně přístupné sbírce listin v obchodním rejstříku není dosud zveřejněna žádná účetní závěrka, neboť obviněná vznikla 23.3.2017. Orgán dozoru rovněž zjistil, že obviněná nemá žádný záznam v insolvenčním rejstříku. Uložená pokuta je v souladu s judikátem, který uvádí, že pokuta by měla především splňovat výchovný účel, aniž by vedla k likvidaci podnikatelské činnosti podnikatele (viz nálezy pléna Ústavního soudu ze dne 9.3. 2014, sp. zn. Pl. ÚS 38/02: „Z charakteru pokuty jako majetkové sankce nutně vyplývá, že má-li být individualizována a přiměřená, musí reflektovat i majetkové poměry potrestaného. Stejná výše pokuty uložená majetnému se bude jevit směšná a neúčinná, zatímco v případě nemajetného může působit drakonicky a likvidačně...“). Dle judikatury Nejvyššího správního soudu (rozsudek č.j. 5 As 46/2008-50 ze dne 19.6.2009 a č.j. 1 As 35/2009-69 ze dne 24.6.2009) nelze považovat za likvidační pokutu uloženou fyzické osobě ve výši 25 000,- až 50 000,- Kč. Orgán dozoru má s odkazem na výše uvedené za to, že pokuta ve výši 0,35 % maximální výše 2 000 000,- Kč je s přihlednutím k závažnosti přestupku přiměřená, má symbolický charakter a není pro obviněnou likvidační.

P o u č e n í:

Proti příkazu lze podat odpor ve lhůtě 8 dnů ode dne oznámení (doručení) příkazu, přičemž za první den lhůty se považuje den následující po dni, kdy byl příkaz oznámen (doručen). Případně-li konec lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší příští pracovní den. Podáním odporu se příkaz ruší a řízení o přestupku pokračuje.

Odpor se podává u odboru živnostenského a občanskosprávního Magistrátu hlavního města Prahy, Jungmannova 29/35, 110 00 Praha 1.

Příkaz, proti němuž nebyl podán odpor, se stává pravomocným a vykonatelným rozhodnutím.

