

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Lenky Matyášové a soudců Mgr. Ondřeje Mrákoty a JUDr. Viktora Kučery v právní věci žalobce: **Biopol GN s.r.o.,** se sídlem Jakubská 647/2, Praha 1, zast. Mgr. Jiřím Solilem, advokátem, se sídlem Jakubská 2, Praha 1, proti žalované: **Rada pro rozhlasové a televizní vysílání,** se sídlem Škrétova 44/6, Praha 2, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 12. 10. 2017, č. j. 6 A 240/2013 – 43,

takto:

I. Kasační stížnost se zamítá.

II. Žalované se náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti nepřiznává.

Odůvodnění:

[1] Dne 17. 9. 2013 vydala žalovaná rozhodnutí č. j. had/4143/2013, kterým uložila žalobci podle § 8a odst. 2 písm. g) a § 8a odst. 6 písm. b) 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"), pokutu ve výši 250 000 Kč za porušení povinnosti stanovené v § 5d odst. 2 písm. b) zákona o regulaci reklamy, kterého se dopustil zadáním obchodního sdělení v rámci teleshoppingu „Nedělní receptář extra", odvysílaného dne 11. 11. 2012 od 12:44:08 hodin na programu Prima family, neboť v reklamě byl deklarován možný preventivní a léčivý účinek doplňku stravy Barny's Kolostrum.

[2] Žalovaná v odůvodnění svého rozhodnutí uvedla, že reklama na doplněk stravy Barny's Kolostrum uváděla spotřebitele v omyl tím, že deklarovala možný preventivní a léčivý účinek doplňku stravy Barny's Kolostrum. Konkrétně žalovaná poukazovala na skutečnost, že v obchodním sdělení je v souvislosti s užíváním Barny's Kolostrum prezentována ochrana před viry a bakteriemi, a taktéž je prezentována možnost snazšího vypořádání se s nemocí, tedy snazší vyléčení, čímž je přípravku přisuzována podpůrná léčebná vlastnost. Spotřebitel je dle žalované rovněž informován o tom, že projevům jako

je kašel, rýma, které jsou symptomy onemocnění, může předejít užíváním Barny's Kolostrum. Žalovaná poukázala rovněž na to, že v obchodním sdělení je uvedena možnost užití přípravku v rámci onemocnění, přičemž nárazové užití umožní snazší vypořádání s nemocí. Výraz *„snazší vypořádání s nemocí"* interpretovala žalovaná jako ekvivalent pro proces léčení, potažmo vyléčení.

[3] Žalobce podal proti rozhodnutí žalované žalobu k Městskému soudu v Praze, který ji zamítl rozsudkem označeným v záhlaví tohoto rozhodnutí.

[4] Městský soud shledal rozhodnutí žalované přezkoumatelným a přisvědčil jejím závěrům. Především konstatoval, že posuzovaná reklama cílí na nemocné děti, tedy velmi zranitelnou skupinu spotřebitelů, u které je třeba zohlednit nižší kritičnost a větší důvěřivost vůči reklamě slibující vyléčení nemoci. Městský soud dále konstatoval, že přípravek v reklamě není dostatečně prezentován jako potravina. Kombinace obsahu reklamy a jejího grafického zpracování vyvolává dle městského soudu dojem, že přípravek má preventivní a léčebné účinky, a průměrný spotřebitel nemusí rozpoznat, že se nejedná o léčivo, ale doplněk stravy. Městský soud odmítl tvrzení žalobce, že přípravek v reklamě prezentovala osoba označená jako *„odborník na doplňky stravy"*, neboť podle zjištění městského soudu pod jménem Mgr. J., která přípravek prezentovala, je uvedeno *„lékárnice"*, což ve spotřebitelích rovněž vyvolává dojem, že se bude hovořit o léčivech. Vjem přípravku jako léčiva je umocněn tím, že přípravek je doporučován i v průběhu nemoci a je dostupný v lékárnách. Městský soud dále konstatoval, že žalovaná nebyla povinna zabývat se obsahem vitamínu C v přípravku, stejně jako nebyla povinna se zabývat tím, zda jsou tvrzené účinky přípravku pravdivé či nikoliv. Pro moderaci uložené pokuty neshledal městský soud důvody a žalobu jako nedůvodnou zamítl.

[5] Proti rozsudku městského soudu podal žalobce (dále „stěžovatel") včasnou kasační stížnost z důvodů podle § 103 odst. 1 písm. a), d) s. ř. s. Podle stěžovatele se městský soud nevypořádal se všemi žalobními námitkami, v napadeném rozhodnutí zcela absentují úvahy soudu, který přejal názory žalovaného, naopak s názory stěžovatele se soud nevypořádal nebo je odmítl bez bližšího odůvodnění.

[6] Stěžovatel uvedl, že v rámci posuzované reklamy kladl důraz na dostatečné vyobrazení přípravku, jehož hlavním účelem je doplnění běžné stravy spotřebitele na úroveň příznivě ovlivňující jeho zdravotní stav. Spotřebitel, mající příznivě ovlivněný zdravotní stav na základě užívání přípravku, bude schopen snazšího vypořádání s nemocí oproti tomu, jak by byl spotřebitel schopen vypořádat se s nemocí, kdyby jeho zdravotní stav nebyl užíváním přípravku příznivě ovlivněn. Samotné uzdravení či zabránění nemoci nejsou primárními účinky přípravku, a reklama to ani netvrdí. Stěžovatel odmítl závěr, že je reklama zaměřena na nemocné děti, neboť jakkoli informuje o doplňku stravy určeném pro dětskou výživu, děti si zřejmě samy doplňky stravy neobstarávají, nýbrž tak za ně činí jejich rodiče, kteří jsou schopni samostatného a neovlivněného rozhodnutí, zda přípravek svému dítěti zakoupí či nikoli. Soud se dopustil stejného pochybení jako žalovaná, neboť nezdůvodnil své závěry o tom, jak průměrný spotřebitel vnímá obchodní sdělení. Rozhodující úřední osoby nejsou psychologickými pracovníky, kteří by zkoumali chování a reakce spotřebitelů, proto by dle stěžovatele bylo vhodné předložit psychologickou studii, která by chování a reakce průměrného spotřebitele zachycovala a vyhodnocovala.

[7] Stěžovatel nesouhlasil se závěrem městského soudu, že nedostatečně prezentoval přípravek jako doplněk stravy. Dle stěžovatele kombinace obsahu reklamního sdělení a jeho grafického zpracování nemohla vzbuzovat v adresátech sdělení dojem, že prezentovaný doplněk stravy je lékem nebo přípravkem schopným lidské choroby léčit nebo jim předcházet. Stěžovatel odmítl rovněž závěr městského soudu, že Mgr. J. byla v reklamě označena jako *„lékárnice“*, podle stěžovatele takové označení Mgr. J. v reklamě užito není. K uvedené argumentaci stěžovatel odkázal na důkaz videozáznamem reklamy, v jehož úvodu, kdy slovo dostává Mgr. R. J., *„vyskočí výrazný medailonek se jménem Mgr. R. J. a ihned pod jménem je dostatečně velikým písmem napsáno odborník na doplňky stravy“*. Podle stěžovatele v případě, kdy slovo dostane osoba s takovým označením své odbornosti, musí být průměrnému spotřebiteli zcela zřejmé, že taková osoba bude následně po celou dobu hovořit o doplňku stravy, zejména, pokud je takto přítomnými moderátory i poptávána. Stěžovatel dále poukázal na časové úseky reklamy, ve kterých je detailně zabírán obal přípravku, v jehož pravém horním rohu je rovněž viditelné označení *„doplněk stravy“*. Upozornění *„doplněk stravy“* pak bylo v reklamě uváděno i v čase 00:04:26 až 00:04:46 v rámci informace o tom, kde je možno přípravek objednat. Doba cca 20 vteřin je dle stěžovatele dostatečná pro to, aby se i průměrný spotřebitel měl možnost seznámit s touto informací. Stěžovatel dále poukázal na skutečnost, že v současné době se nabídka doplňků stravy stala velice rozšířenou, průměrný spotřebitel se proto pravidelně setkává s termínem *„doplněk stravy“*, a díky mediální a zpravodajské osvětě si dokáže vytvořit přesnou představu, co je tímto označením míněno.

[8] Stěžovatel dále nesouhlasí s tím, jak městský soud vypořádal jeho námitku ohledně citací obchodního sdělení v rozhodnutí žalované. Za nesprávný má závěr městského soudu, že žalovaná ve svém rozhodnutí obchodní sdělení převyprávěla, aniž by se změnil smysl sdělení. Stěžovatel trvá na tom, že smysl sdělení byl jiný, než jak vyplynul ze sdělení převyprávěného žalovanou. Dle stěžovatele žalovaná obchodní sdělení necitovala doslovně, činila tak účelově ve snaze zkreslit smysl obchodního sdělení.

[9] Stěžovatel shodně jako v žalobě poukazuje na obsah vitaminu C v přípravku Barny’s Kolostrum a namítá, že žalovaná ani soud tuto skutečnost bez odůvodnění nezohlednily. Dle stěžovatele je všeobecně známým a zákonem uznávaným faktem, že vitamín C má preventivní účinek v případě nachlazení a chřipky, proto je reklamní sdělení třeba posuzovat i s ohledem na tuto skutečnost. Obsah vitamínu C v přípravku byl v reklamě zřetelně a jasně deklarován; jde o vitamín, který je indikován například těhotným ženám jako lék v případech, kdy není možno indikovat léky. Vitamín C je proto nutno vnímat *„jako léčivo s unikátními charakterovými vlastnostmi, jehož účinky jako prevence či zvýšení imunity jsou uznávány napříč spektrem lékařské praxe“*. Obsah vitamínu C v doplňku stravy nelze opomenout a je nutné, aby se žalovaná, resp. soud, s touto skutečností vypořádal.

[10] Stěžovatel dále namítl nevyváženost v rozhodování správních orgánů. Uvedl, že v celé řadě obdobných případů zůstala žalovaná nečinná a akceptovala propagaci ve stejném duchu, jako byla učiněna v předmětné věci *„či daleko odvážnější“*. Zavedená praxe, podle které, je-li *„zmíněn ve složení výrobků jakýkoliv vitamín, lze v podstatě výrobek propagovat jakýmkoliv možným způsobem, je neudržitelná. Kdyby v překladu byla zmíněna v předmětné věci skutečnost, že výrobek obsahuje vitamín, jak tomu mimo jiné i je, dle tohoto*

výkladu by pravděpodobně vůbec nemohlo dojít k předmětnému sporu! Zcela rozhodně se tedy nemůže jednat o naplnění snahy a vůle zákonodárce, jehož cílem a motivem byla ochrana spotřebitele, která v předmětné věci nebyla nikterak narušena a dokonce to nikdo ani netvrdí!" Soud prvního stupně se těmito skutečnostmi nezabýval a jeho rozhodnutí je proto nedostatečně odůvodněné a nepřezkoumatelné.

[11] Stěžovatel dále namítl, že se městský soud nezabýval skutkovými tvrzeními, která učinil *„ve vyjádření učiněným k žalované*" (myšleno zřejmě vyjádření stěžovatele ze dne 22. 4. 2013, pozn. soudu). Stěžovatel nesouhlasí se závěrem městského soudu, že *„se tímto žalovaný údajně neměl povinnost vůbec zabývat, neboť vyjádření se má pouze zabývat tím, zda jsou tvrzené účinky pravdivé či nikoli."* Stěžovatel uvedl, že jeho vyjádření se zabývalo i základními skutkovými okolnostmi případu, považoval za nutné tyto skutečnosti opětovně uvést, a stejně jako v žalobě, i v kasační stížnosti ze svého vyjádření obsáhle cituje.

[12] Z uvedených důvodů stěžovatel Nejvyššímu správnímu soudu navrhl, aby rozsudek městského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

[13] Žalovaná ve vyjádření ke kasační stížnosti vyslovila souhlas se závěry městského soudu, setrvala na závěrech přijatých v jejím rozhodnutí a navrhla, aby Nejvyšší správní soud kasační stížnost zamítl jako nedůvodnou.

[14] Nejvyšší správní soud posoudil důvodnost kasační stížnost ve výše vymezeném rozsahu a zkoumal přitom, zda napadené soudní rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3, 4 s. ř. s.).

[15] Kasační stížnost není důvodná.

[16] Stěžovatel namítal, že se městský soud nevypořádal se všemi žalobními námitkami, v napadeném rozsudku neuvedl své vlastní úvahy a jen přejal názory žalované. Namítal tedy nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí. Nejvyšší správní soud se zabýval nejprve touto kasační námitkou; bylo by předčasné zabývat se právním posouzením věci, pokud by napadené rozhodnutí bylo nepřezkoumatelné. Námitka nepřezkoumatelnosti není opodstatněná.

[17] Skutečnost, že se městský soud ztotožnil s posouzením žalované, neznamená, že pouze převzal její názory, a nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku nezpůsobuje. Městský soud se zabýval přezkumem napadeného rozhodnutí žalované v mezích žalobních bodů. Veškeré žalobní námitky byly městským soudem vypořádány a dostatečně odůvodněny a napadený rozsudek odpovídá požadavkům Nejvyššího správního soudu na přezkoumatelnost (např. rozsudek ze dne 4. 12. 2003, č. j. 2 Ads 58/2003 – 75). Z odůvodnění rozsudku je zřejmé, z jakého skutkového stavu městský soud vycházel, jak vyhodnotil pro věc rozhodné skutkové okolnosti a jak je následně právně posoudil. Nejvyšší správní soud proto uzavírá, že rozsudek městského soudu není nepřezkoumatelný a lze tak přistoupit k jeho věcnému přezkumu.

[18] Meritem věci je posouzení, zda výše označený reklamní spot připisoval doplňku stravy léčebné a preventivní vlastnosti.

[19] Podle § 8a odst. 2 písm. g) zákona o regulaci reklamy v relevantním znění se právnická nebo podnikající fyzická osoba dopustí správního deliktu tím, že jako zadavatel poruší podmínky stanovené pro obsah reklamy v některém z vyjmenovaných ustanovení citovaného zákona.

[20] U reklamy na potraviny je konkretizován obecný zákaz klamavé reklamy tím, že je uvedeno, co je považováno za obzvláště klamavý údaj. Stěžovatel byl sankcionován za porušení § 5d odst. 2 písm. d) citovaného zákona, podle kterého „*nesmí reklama na potraviny uvádět v omyl zejména přisuzováním potravině vlastností prevence, ošetřování, léčby nebo vyléčení lidských onemocnění nebo takové vlastnosti naznačovat; to však nesmí bránit u potravin pro zvláštní lékařské účely uvádění informací nebo doporučení určených výhradně osobám kvalifikovaným v oboru lékařství, výživy nebo farmacie; rovněž tak u minerální vody nesmí tato omezení bránit uvádění údajů o tom, že minerální voda podporuje nebo usnadňuje určité životní funkce lidského organismu.*“

[21] Shodná úprava je obsažena v právu EU, a to ve směrnici Evropského parlamentu a Rady 2000/13/ES ze dne 20. března 2000 o sbližování právních předpisů členských států týkajících se označování potravin, jejich obchodní úpravy a související reklamy. V bodě 14 odůvodnění této směrnice se uvádí, že „*pravidla pro označování musí rovněž zakázat používání údajů, které by kupujícího uváděly v omyl nebo které připisují potravinám léčebné vlastnosti. Má-li tento zákaz být účinný, musí se vztahovat také na obchodní úpravu potravin a na související reklamu.*“ V čl. 2 odst. 1 této směrnice pak je uvedeno, že „*použité způsoby označování nesmějí: b) s výhradou předpisů Společenství, které se vztahují na přírodní minerální vody a na potraviny určené pro zvláštní výživu, připisovat potravině vlastnosti umožňující předcházet určité lidské nemoci, léčit ji nebo ji vyléčit, nebo tyto vlastnosti uvádět.*“ Podle směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/46/ES ze dne 10. června 2002 o sbližování právních předpisů členských států týkajících se doplňků stravy, platí shora uvedená obecná ustanovení a definice i pro doplňky stravy (bod 17 odůvodnění směrnice). Výše uvedená úprava nebyla překonána ani nařízením Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1924/2006 ze dne 20. prosince 2006 o výživových a zdravotních tvrzeních při označování potravin, které v bodě 3 odůvodnění říká, že „*obecná ustanovení o označování potravin jsou uvedena ve směrnici Evropského parlamentu a Rady 2000/13/ES ze dne 20. března 2000 o sbližování právních předpisů členských států týkajících se označování potravin, jejich obchodní úpravy a související reklamy. Směrnice 2000/13/ES obecně zakazuje používání údajů, které by kupujícího uváděly v omyl nebo které připisují potravinám léčebné vlastnosti.*“

[22] Interpretací § 5d odst. 2 písm. d) zákona o regulaci reklamy se Nejvyšší správní soud zabýval mimo jiné v rozsudku ze dne 25. 9. 2008, č. j. 7 As 48/2008 – 72, na který odkázal i městský soud. V jiném svém rozhodnutí ze dne 23. 9. 2009, č. j. 1 As 49/2009 – 45, Nejvyšší správní soud k uvedené problematice dále uvedl: „P*ro 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 jeho grafického zpracování může vzbuzovat v adresátech reklamy dojem, že prezentovaný doplněk*

stravy je lékem nebo přípravkem schopným lidské choroby léčit nebo jim předcházet. Nejvyšší správní soud proto dospěl ve shora jmenovaném rozhodnutí k závěru, že pro naplnění skutkové podstaty je dostačující, pokud je na takové schopnosti přípravku obsahem reklamního sdělení pouze odkazováno."

[23] Nejvyšší správní soud se seznámil s obsahem reklamního spotu, jehož záznam je obsažen ve správním spisu žalované a ztotožnil s hodnocením reklamního sdělení učiněným městským soudem.

[24] Stěžovatel nesouhlasil se závěrem, že reklamní sdělení vyvolává dojem, že přípravek Barny's Kolostrum, který je potravinou, má preventivní a léčebné účinky, a že průměrný spotřebitel může nabýt dojmu, že se jedná o léčivo. Namítl, že v reklamním spotu kladl důraz na dostatečné vyobrazení přípravku, jehož hlavním účelem je doplnění běžné stravy spotřebitele na úroveň příznivě ovlivňující jeho zdravotní stav. Jak uvedl stěžovatel, samotné uzdravení spotřebitele či zabránění lidské nemoci nejsou primárními účinky přípravku a reklama to ani netvrdila.

[25] K uvedenému Nejvyšší správní soud s ohledem na shora citovanou judikaturu konstatuje, že při posuzování reklamního sdělení nelze vycházet z jednoho konkrétního tvrzení o tom, že prezentovaný výrobek určitou vlastnost má či nemá, ale je nutno vyhodnotit, zda celkové vyznění reklamy je způsobilé v průměrném spotřebiteli vyvolat mylný dojem, že přípravek má preventivní a léčebné účinky. V posuzované reklamě moderátoři v úvodu poukazují na to, že je podzim, období plískanic, kdy se v dětském kolektivu šíří rýma a kašel („rýmička", „kašlíček", „nachlazení", „bacily létají") a moderátorka se ptá: „*Co můžeme dělat pro to, abysme nebyli nachlazení?*". Na otázku moderátora *"Jak podpořit dětskou imunitu?*", představuje lékárnice Mgr. R. J. přípravek Barny's Kolostrum. V rámci prezentace přípravku Mgr. J. uvádí, že aby se organismus mohl účinně bránit virům a bakteriím, potřebuje k tomu protilátky, tzv. imunoglobuliny a Barny's Kolostrum jich obsahuje 30% v každé kapsli. Kromě imunoglobulinu obsahuje laktoferin, růstové faktory, vitamíny, minerály. Pokud jde o dávkování přípravku, doporučuje tříměsíční kůru pro posílení imunity a nárazově pak ve vyšších dávkách, „*když už nemoc propukne*". Organismus tak dostává ještě vyšší dávku imunoglobulinu a snáze se může s nemocí vypořádat. V reklamě je představováno i kolostrum ve formě bonbonů, ke kterému se uvádí, že jeden bonbon denně významně pomůže ochránit organismus před nepřízní počasí, ale i viry a bakteriemi, a tuto jedinečnou formu ocení především rodiče, protože nákaza v dětském kolektivu je častou příčinou opakovaných nemocí. V závěru reklamy je divák informován, že přípravek je možné zakoupit na webových stránkách výrobce a „*samozřejmě všechny produkty lze zakoupit také v lékárnách.*" Nejvyšší správní soud je stejně jako městský soud názoru, že sdělení, která zazněla v reklamě, mohou ve spotřebiteli vyvolat dojem, že prezentovaný přípravek má preventivní a léčebné účinky a pokládá za irelevantní stěžovatelovu námitku, že reklama netvrdila, že primárním účinkem přípravku je uzdravení či zabránění nemoci. Klíčové v daném případě je, že posuzovaná reklama svým celkovým vyzněním a zpracováním mohla u diváka vzbudit dojem, že prezentovaný přípravek je lékem nebo přípravkem s léčebnými či preventivními účinky.

[26] Nejvyšší správní soud musí odmítnout námitku stěžovatele vznesenou proti závěru městského soudu, že Mgr. J., která přípravek v reklamě představovala, byla označena jako *„lékárnice“*, nikoliv jako *„odborník na doplňky stravy“*, jak v žalobě tvrdil stěžovatel. Nejvyšší správní soud přisvědčuje městskému soudu, že Mgr. R. J. je v reklamě označena jako *„lékárnice“*. Označení *„lékárnice“*, a žádné jiné, se objevuje pod jménem Mgr. R. J. v úvodu reklamy, vzápětí poté, kdy moderátor Mgr. J. představí, ve chvíli, kdy Mgr. J. dostává slovo. Označení *„odborník na doplňky stravy“* v reklamě nezaznělo, v průběhu reklamy nebylo napsáno ani jinak vyobrazeno. V této souvislosti je proto třeba odmítnout jako zcela lichou argumentaci stěžovatele, podle jehož přesvědčení, muselo být průměrnému spotřebiteli zcela zřejmé, že se v reklamě bude po celou dobu hovořit o doplňku stravy, dostala-li v reklamě slovo osoba s označením *„odborník na doplňky stravy“*. Naopak Nejvyšší správní soud přisvědčuje závěru městského soudu, že jestliže v reklamě přípravek představovala osoba profesí lékárnice, vyvolává tato skutečnost dojem, že se bude hovořit o léčivech.

[27] Pokud jde o rozlišující označení přípravku jako doplňku stravy, souhlasí Nejvyšší správní soud s městským soudem, že je v reklamě nedostatečné. Jak správně konstatoval městský soud, informace, že se jedná o doplněk stravy, v reklamě ani jednou nezazní, nelze proto souhlasit se stěžovatelem, že je zřejmé, že se v reklamě hovoří o doplňku stravy, když je Mgr. R. J. moderátory „takto poptávána“. Popisek *„doplněk stravy“* se v reklamě objeví jednou, napsaný nenápadným černým, a ve srovnání s ostatním textem, malým písmem. Popisek je umístěn nad výrazně barevným rámečkem s informací o místě, kde je možno přípravek koupit, přičemž, jak podotkl městský soud, v této pasáži je zobrazeno mnoho dalšího lépe viditelného textu. Stěžovatel sice argumentuje rovněž tím, že označení doplněk stravy je viditelné v detailním záběru na obaly přípravku, a to v pravém horním rohu obalu, pomíjí ale skutečnost, na kterou poukázal městský soud, že záběry na obaly přípravku jsou překryty jiným textem ve fialovém rámečku. Jestliže jsou zabrány obaly přípravku bez jiného rušivého textu, tak jsou tyto záběry velmi krátké a pro diváka nezachytitelné. Záběr na obaly přípravku proto nelze za těchto okolností považovat za informaci o charakteru přípravku.

[28] Městský soud správně akcentoval i to, že reklama primárně cílila na užívání přípravku dětmi. Je nepochybné, jak namítá stěžovatel, že samotné děti si samy doplňky stravy neobstarávají a činí tak za ně jejich rodiče. Z rozhodnutí žalované je však zřejmé, že zohlednila, že reklama cílí na děti ve smyslu koncových uživatelů, když konstatovala, že obchodní sdělení cílí na ochranu dětského zdraví, což je nutno vnímat senzitivněji, neboť zdraví dětí je vnímáno citlivěji. Městský soud rovněž poukázal na skutečnost, že reklamní sdělení cílí na nemocné děti a konstatoval, že je nutno tuto skutečnost zohlednit při hodnocení reklamního sdělení z pohledu průměrného spotřebitele. Jestliže stěžovatel namítá, že za děti obstarávají doplňky stravy jejich rodiče, kteří jsou jako průměrní spotřebitelé schopni samostatného a neovlivněného rozhodnutí, je třeba konstatovat, že i rodiče nemocných nebo onemocněním ohrožených dětí, jsou v pozici snadněji ovlivnitelného spotřebitele, jestliže je propagován produkt určený dětem, který v celkovém kontextu reklamy může vzbuzovat dojem, že má preventivní a léčebné účinky.

[29] S uvedeným souvisí i další kasační námitka, ve které stěžovatel namítl, že žalovaná, resp. městský soud, nejsou schopni relevantně hodnotit chování a reakce průměrného spotřebitele a doporučil předložení psychologické studie, která by chování a reakce průměrného spotřebitele zachycovala a vyhodnocovala. Námitka je nedůvodná.

[30] Nejvyšší správní soud především podotýká, že stěžovatel v kasační stížnosti pojem *„průměrný spotřebitel“* sám opakovaně používá, předvídá názory a znalosti takového spotřebitele a opírá o ně své argumenty, aniž by bylo zřejmé, jakým způsobem názory průměrného spotřebitele zjistil.

[31] Městskému soudu nelze použití hlediska *„průměrného spotřebitele“* při posuzování reklamy na doplněk stravy vytýkat, neboť na tento pojem nahlížel optikou judikatury zdejšího soudu, která za takového spotřebitele považuje osobu průměrně informovanou, pozornou a rozumnou. Nejvyšší správní soud např. v rozsudku ze dne 17. 1. 2014, č. j. 4 As 98/2013 - 88, uvedl: *„(...)model průměrného spotřebitele jakožto měřítka pro aplikaci předpisů EU na ochranu spotřebitele vyvinul Soudní dvůr ve své rozsáhlé judikatuře. K posouzení, zda je reklama klamavá z pohledu průměrného spotřebitele, jsou soudy členských států (respektive zde žalovaná) zpravidla kompetentní i bez zadávání znaleckých posudků či zpracovávání průzkumů trhu, přičemž ohledně vnímání reklamy průměrným spotřebitelem berou v úvahu rozumnou míru pravděpodobnosti. Reklama je přitom považována za klamavou, pokud je pravděpodobné, že (by) zavádějící sdělení podstatně ovlivnilo chování značného počtu spotřebitelů (srov. např. rozsudek Soudního dvora ze dne 16. července 1998 ve věci C-210/96, Gut Springenheide GmbH, Recueil, s. I-4657, body 27 až 37). To, že se kritérium průměrného spotřebitele použije i na posuzování reklamy na doplňky stravy, vyplývá jak z odůvodnění nařízení č. 1924/2006 (bod 15), tak i z rozsudku Soudního dvora EU ze dne 18. 6. 2013 ve věci C-299/2012, Green Swan Pharmaceuticals CR, kde Soudní dvůr výslovně uvedl, že pro kvalifikaci tvrzení jakožto zdravotního tvrzení ve smyslu nařízení č. 1924/2006 je rozhodující výsledný dojem průměrného spotřebitele. (...) Průměrnost spočívá ve vyloučení extrémních poloh: na jedné straně se nejedná o spotřebitele, který by měl být nesoudný, a proto je zapotřebí jej chránit jako malé dítě, aby se mu náhodou něco nestalo, protože nemá vlastní rozum a je závislý toliko na tom, co za něj rozhodne moudře správní orgán, na druhé straně se ovšem ani nejedná o osobu natolik kritickou, která by byla zcela imunní vůči reklamním sdělením, jak stěžovatelka uvádí. Chování průměrného spotřebitele je zajisté reklamou, zejména pak televizní, ovlivňováno, v opačném případě by výrobci doplňků stravy i jiného zboží nevynakládali na reklamu vysoké prostředky, jak v reálném světě činí (...).“*

[32] Stěžovatel dále nesouhlasil s tím, jak městský soud vyhodnotil jeho námitku proti citacím obchodního sdělení v rozhodnutí žalované. Nejvyšší správní soud rovněž tuto námitku shledal nedůvodnou. Stěžovatelem namítané nepřesnosti v citacích použitých žalovanou považuje zdejší soud za naprosto marginální. Obsah reklamního spotu je v napadeném rozhodnutí žalované popsán dostatečně, a přestože žalovaná necitovala doslovně, nedošlo ke zkreslení smyslu reklamy a jejího celkového vyznění.

[33] Stěžovatel v kasační stížnosti shodně jako v žalobě zdůraznil význam vitamínu C, který je *„nutno povahou vnímat jako léčivo s unikátními charakterovými vlastnostmi“*. Nejvyšší správní soud ale nepřisvědčil námitce, že městský soud otázku obsahu vitamínu C v přípravku Barny’s Kolostrum v napadeném rozhodnutí nezohlednil, ač tak měl učinit.

Zabývat se účinností posuzovaného přípravku s ohledem na obsah vitaminu C by bylo nadbytečné, neboť skutková podstata deliktu v daném případě spočívá v tom, že se potravině připisují účinky prevence nebo léčby lidských nemocí, což v posuzovaném případě bylo splněno, bez ohledu na složení přípravku a na to, zda má daný přípravek účinky lidskému zdraví prospěšné, či nikoli. Uvedené platí i ve vztahu k námitce, že se městský soud nevypořádal se skutkovými tvrzeními, která stěžovatel uvedl ve vyjádření ze dne 22. 4. 2013, pokud v něm stěžovatel deklaroval složení přípravku a jeho účinky.

[34] Další námitka směřovala proti nevyváženosti rozhodnutí správních orgánů, resp. žalované, která podle stěžovatele v celé řadě případů akceptuje propagaci ve shodném duchu, jako byla učiněna v předmětné věci či daleko odvážnější, aniž by však jakkoliv konkretizoval, které případy má na mysli. Nejvyšší správní soud konstatuje, že v této části (poslední odstavec bodu II. kasační stížnosti) je kasační stížnost obecná, místy nesrozumitelná, proto jestliže stěžovatel v tomto bodě namítá, že se městský soud uvedenými skutečnostmi vůbec nezabýval, považuje Nejvyšší správní soud za dostačují odkaz na svůj závěr o přezkoumatelnosti napadeného rozsudku.

[35] Nejvyšší správní soud neshledal napadený rozsudek městského soudu nezákonným, proto kasační stížnost zamítl (§ 110 odst. 1 s. ř. s.).

[36] O náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti Nejvyšší správní soud rozhodl podle § 60 odst. 1 věty první s. ř. s. za použití § 120 s. ř. s. Stěžovatel nebyl v řízení o kasační stížnosti úspěšný, proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalované, jíž by jinak právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti příslušelo, soud náhradu nákladů řízení nepřiznal, neboť jí v řízení o kasační stížnosti žádné náklady nad rámec běžné úřední činnosti nevznikly.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **nejsou** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 12. září 2018

JUDr. Lenka Matyášová
předsedkyně senátu