



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Městský soud v Praze rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Ivanky Havlíkové a soudců Mgr. Martina Kříže a Mgr. Gabriely Bašné v právní věci žalobce: **FTV Prima, spol. s r.o.**, se sídlem Praha 8, Na Žertvách 24/132, IČ: 48115908, proti žalované: **Rada pro rozhlasové a televizní vysílání**, se sídlem Praha 2 – Vinohrady, Škrétova 44/6, v řízení o žalobě proti rozhodnutí žalované ze dne 29.4.2014 sp. zn./Ident. 2014/18/LOJ/FTV, č.j. LOJ/1666/2014 a proti rozhodnutí žalované ze dne 29.4.2014 sp. zn./Ident. 2014/35/LOJ/FTV, č.j. LOJ/1664/2014

t a k t o:

- I. **Rozhodnutí Rady pro rozhlasové a televizní vysílání ze dne 29.4.2014 sp. zn./Ident. 2014/18/LOJ/FTV, č.j. LOJ/1666/2014 a rozhodnutí Rady pro rozhlasové a televizní vysílání ze dne 29.4.2014 sp. zn./Ident. 2014/35/LOJ/FTV, č.j. LOJ/1664/2014 se zrušují a věci se vrací žalované k dalšímu řízení.**
- II. **V části, ve které se žalobce domáhal zrušení upozornění ze dne 31.1.2012 sp. zn. 2011/676/LOJ/FTV, č.j. LOJ/527/2012, se žaloba odmítá.**
- III. **Žalovaná je povinna zaplatit žalobci náhradu nákladů řízení ve výši 6.000,- Kč do jednoho měsíce od právní moci tohoto rozsudku.**

O d ů v o d n ě n í:

Rozhodnutím ze dne 29.4.2014 sp. zn./Ident. 2014/18/LOJ/FTV, č.j. LOJ/1666/2014 žalovaná uložila žalobci podle § 60 odst. 1 písm. l) zákona č. 231/2001 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 231/2001 Sb.“ nebo „zákon“) pokutu 50.000,- Kč za porušení § 49 odst. 1 písm. a) téhož

zákona, jehož se dopustil tím, že dne 18.9.2013 v čase 18:49:55 hodin odvysílal premiérově na programu Prima obchodní sdělení „Hervis SPORTS“, které obsahovalo pobídku („zažij v Hervisu daňové prázdniny i po prázdninách“) a dále přímou výzvu k nákupu („nakup v Hervis a neplat DPH“). Obchodní sdělení, které naplňovalo definiční znaky reklamy, nebylo ve vysílání rozeznatelné jako reklama a nebylo zřetelně zvukově, obrazově nebo zvukově-obrazově nebo prostorovými prostředky odděleno od ostatních částí vysílání.

Rozhodnutím ze dne 29.4.2014 sp. zn./Ident. 2014/35/LOJ/FTV, č.j. LOJ/1664/2014 žalovaná uložila žalobci podle § 60 odst. 1 písm. l) zákona č. 231/2001 Sb., pokutu 50.000,- Kč za porušení § 49 odst. 1 písm. a) téhož zákona, jehož se dopustil tím, že dne 23.10.2013 v čase 22:38:00 hodin na programu Prima COOL odvysílal obchodní sdělení „Tesco“, které obsahovalo přímou výzvu k využití služby/sjednání půjčky („Vyberte si třeba sedmdesát tisíc, řádně splácejte jen třináct set devadesát devět korun a měsíčně získáte tisíc bodů...“) a dále pobídku („Navštivte stánek finanční služby ve vaší prodejně“). Obchodní sdělení, které naplňovalo definiční znaky reklamy, nebylo ve vysílání rozeznatelné jako reklama a nebylo zřetelně zvukově, obrazově nebo zvukově-obrazově nebo prostorovými prostředky odděleno od ostatních částí vysílání.

Žalobou podanou u Městského soudu v Praze se žalobce domáhal zrušení rozhodnutí žalované označených v záhlaví tohoto rozsudku (dále jen „napadená rozhodnutí“) a současně též zrušení upozornění ze dne 31.1.2012 sp. zn. 2011/676/LOJ/FTV, č.j. LOJ/527/2012. V žalobě předně namítl, že tím, že mu žalovaná neposkytla koncept výrokové části a odůvodnění napadených rozhodnutí, bylo závažným způsobem porušeno jeho právo na obranu ve správním řízení, což představuje podstatné porušení ustanovení o řízení před správním orgánem, které mohlo mít za následek nezákonné rozhodnutí o věci samé. V této souvislosti uvedl, že pro možnost naplnění práva účastníka správního řízení na obranu ve správním řízení je podstatné, aby se účastník od správního orgánu před vydáním rozhodnutí dozvěděl, co je mu kladeno za vinu a proč, zda správní orgán považuje jeho čin za trestný a proč a jaká je mu navrhována výše sankce a proč. Pokud správní orgán účastníku řízení tyto informace nesdělí a účastník se je dozví až z rozhodnutí o uložení sankce, nejedná se o transparentní proces. Z judikatury Nejvyššího správního soudu přitom vyplývá, že pro oblast trestního práva i pro oblast správního trestání platí stejné principy.

V rámci trestního řízení umožňuje obžalovanému plnohodnotnou obranu institut obžaloby. Z ní se obžalovaný dozví, co je mu kladeno za vinu a proč, zda správní orgán považuje jeho čin za trestný a proč, a jaká je mu navrhována výše sankce a proč. Obviněný má v trestním řízení možnost reagovat jak na obžalobu, tak na závěrečnou řeč státního zástupce. Ve správním řízení plní funkci obžaloby a závěrečné řeči státního zástupce z hlediska práva na obranu a spravedlivý proces institut výzvy podle ust. § 36 odst. 3 SŘ, která musí obsahovat koncept výrokové části a odůvodnění rozhodnutí. Žalobce tento svůj názor opírá o znění důvodové zprávy k ust. § 36 odst. 3 SŘ (původně se jednalo o § 49 SŘ). Zdůrazňuje, že proces před žalovanou je jednoinstanční a že jedinou možností, jak brojit proti rozhodnutí žalované, je podat správní žalobu. Uvádí, že ve svém vyjádření ze dne 10. února 2014 požádal žalovanou, aby mu byl po shromáždění podkladů pro rozhodnutí zaslán koncept výrokové části a odůvodnění rozhodnutí, aby se mohl vyjádřit k tomu, čím měly být dle žalované naplněny znaky skutkové podstaty správního deliktu, z čeho žalovaná hodlala dovozovat trestnost a co hodlala brát v úvahu při stanovení výše trestu. Žalovaná na tuto žádost žalobce nereagovala. Kdyby žalobce znal koncept výrokové části a odůvodnění rozhodnutí, mohl proti těmto a dalším nezákonnostem brojit již ve správním řízení.

Žalobce dále namítl, že žalovaná se řádně nevypořádala s jeho námitkou směřující k otázce naplnění definičního znaku reklamy, neseznámila a nezabývala se ani navrhovaným listinným důkazem a nevypořádala se s námitkou neexistence věcné souvislosti mezi upozorněním a zkoumaným případem. Ve svém vyjádření ze dne 10. února 2014 žalobce mj. argumentoval tím, že v obou případech se jednalo o spoty, které byly provozovateli vysílání dodány za účelem jejich odvysílání jako reklamních spotů v rámci reklamních bloků, nikoli tedy v rámci bloků oznámení o sponzorování. Odbavování reklamních spotů zajišťuje u žalobce tzv. back office obchodního oddělení. V rámci back office jeden ze zaměstnanců reklamní spoty nasazuje do vysílání (booker) a jeden jejich nasazení kontroluje (koordinátor reklamního vysílání). Začátkem září 2013 odešli z back office celkem 4 zkušení zaměstnanci na pozicích bookerů i koordinátorů, což představovalo polovinu všech zaměstnanců back office. Namísto nich nastoupili noví zaměstnanci, kteří sice byli zaškoleni, pokud se jedná o práci v informačním systému účastníka řízení, ale neměli s touto prací zkušenosti. Zároveň v tomto období vzhledem k sezónnímu zvýšení poptávky došlo k situaci, že bylo výrazně navýšeno množství odbavovaných spotů. Bohužel se ve vztahu k předmětným spotům stalo, že se na pozicích bookera i koordinátora „sešli“ noví zaměstnanci. Booker nesprávně nasadil spoty navíc do bloku oznámení o sponzorování a koordinátor tuto jeho chybu přehlédl. Protože se nejednalo o sjednané nasazení spotů do vysílání, žalobce neobdržel za takovéto vadné nasazení žádnou odměnu. K důkazu tohoto tvrzení žalobce navrhl listiny - potvrzení od mediálních agentur, které odvysílání spotů v jiných, sjednaných časech objednávaly, s tím, že tato potvrzení dodá správním orgánům do 7 dnů. Dodal, že při vysílání spotové reklamy se obchoduje jednotkou sledovanosti reklamního bloku mezi diváky staršími patnácti let. Tato proměnná není ohledně bloků oznámení o sponzorování v rámci TV metrového průzkumu k dispozici, a objednatelům reklamy tudíž takovéto vadné vysílání spotů nepřináší obchodovatelnou hodnotu (a nelze je účtovat). Pro právní kvalifikaci skutku jsou výše popsané okolnosti podstatné v tom smyslu, že z nich vyplývá, že nebyl naplněn definiční znak reklamy „vysílané za úplaty nebo obdobnou protihodnotu nebo vysílané za účelem vlastní propagace provozovatele vysílání. Protože se vzhledem k okolnostem ve skutečnosti nejednalo o reklamu ve smyslu zákona č. 231/2001 Sb., nemohlo se jednat ani o reklamu neoddělenou či nerozeznatelnou. Žalobce následně dodal žalované potvrzení od mediálních agentur TSM Global s.r.o., a Mindshare s.r.o., ze kterých jednoznačně vyplývá, že si vysílání spotů v předmětných časech neobjednaly a že za ně žalobci nic nezaplatily.

Žalovaná se ve správních řízeních a v napadených rozhodnutích vůbec nezabývala otázkou, zda vysílání spotů v předmětných časech, tedy právě ta vysílání, o kterých byla správní řízení vedena, byla za úplaty či protihodnotu nebo nikoli. Žalovaná ani neprovedla k této otázce žalobci navržené důkazy listinami - potvrzeními od mediálních agentur. Ve věci neproběhlo žádné ústní jednání. Ve správním spisu nejsou žádné protokoly o provedení takového důkazu ve smyslu § 18 odst. 1 správního řádu. Žalobce je přesvědčen, že členové Rady, kteří o věci rozhodovali, tyto listiny nikdy neviděli a vůbec neznají jejich obsah; kdyby je znali, nemohlo by v odůvodnění napadených rozhodnutí být v rozporu s obsahem správního spisu uvedeno „...je tedy nepochybné, že tento spot byl do vysílání zařazen za úplaty...“ Dokonce, i kdyby mělo mít význam, že předmětný spot byl do vysílání někdy jindy než v rámci skutku, který žalovaná zkoumala, zařazen za úplaty, měla žalovaná povinnost zjistit, zda to vysílání, o které se jednalo, bylo za úplaty či nikoli, a řádně se vypořádat se s námitkou žalobce a jeho důkazním návrhem, což neučinila. Otázka úplatnosti vysílání má přitom rozhodující význam pro posouzení, zda se jednalo o porušení zákona, a je podstatná i z hlediska ukládání trestu, takže pochybení žalované mohlo mít (a mělo) za následek nezákonnost napadených rozhodnutí. V tom, že se žalovaná řádně nevypořádala s jeho

námitkou a důkazním návrhem, žalobce spatřuje mj. porušení povinnosti správního orgánu postupovat tak, aby byl v potřebném rozsahu zjištěn stav věci (§ 3 správního řádu).

Žalobce dále namítl, že ve svém vyjádření ze dne 10. února 2014 ve správním řízení požádal o sdělení, v čem správní orgán spatřuje věcnou souvislost mezi skutkem a skutkem dle dokumentu označeného ve výzvách, aby se k této součásti obvinění mohl vyjádřit. Zároveň ve vyjádření tvrdil, že žádná taková věcná souvislost neexistuje. V případě dle dokumentu označeného ve výzvách bylo podstatou věci hledání hranic dovolené propagace v rámci sponzorování. V tomto případě je podstatou věci otázka omylu při nasazování a absence úplatnosti vysílání spotu. Žalovaná se však s touto námitkou vůbec nevypořádala. Napadená rozhodnutí neobsahují žádnou úvahu o tom, co bylo a co nebylo podstatou případu dle upozornění.

Napadená rozhodnutí jsou dle mínění žalobce nezákonná i z toho důvodu, že ve skutečnosti se nejednalo o reklamu, neboť nebyl naplněn definiční znak „vysílané za úplatu nebo obdobnou protihodnotu ani definiční znak „s cílem propagovat dodání zboží nebo poskytnutí služeb za úplatu.“ Napadená rozhodnutí jsou ve vztahu k těmto definičním znakům reklamy nepřezkoumatelná pro nedostatek důvodů. Skutkový stav, který vzal správní orgán v této otázce za základ napadených rozhodnutí, je v rozporu se spisem.

Aby mohla být nějaká část vysílání nerozeznatelnou či neoddělenou reklamou ve smyslu zákona č. 231/2001 Sb., musí být nutně reklamou ve smyslu legální definice obsažené v § 2 odst. 1 písm. n) tohoto zákona. V případě skutků, které byly předmětem správních řízení, tzn. vysílání spotu Hervis Sports dne 18. září 2013 v čase 18:49:55 hodin a spotu Tesco dne 23. října 2013 v čase 22:38:00 hodin, se jednalo o nikým neobjednané a nikým nezaplacené vysílání. Z tohoto důvodu nebyl naplněn definiční znak reklamy vysílané za úplatu nebo obdobnou protihodnotu nebo vysílané za účelem vlastní propagace provozovatele vysílání. Žalobce je toho názoru, že žalovaná vykládá zákon euro non-konformně. Zákon č. 231/2001 Sb., provádí Směrnici Evropského parlamentu a Rady 2010/13/EU. Český zákonodárce volí stejné definiční znaky reklamy jako evropský. Žalobce v této souvislosti požádal soud, aby v případě, že by byl opačného názoru než žalobce, požádal SD EU o vyřešení předběžné otázky, zda pro kvalifikaci spotu jako reklamy je či není nutné, aby bylo za úplatu či obdobnou protihodnotu právě to vysílání, o které se jedná, či zda pro naplnění tohoto znaku postačí, že byl spot vysílán za úplatu někdy jindy (popř. i někým jiným).

Podstatou problému, který ve vysílání nastal, byla dle žalobce skutečnost, že tzv. booker nesprávně nasadil spoty do bloku oznámení o sponzorování (ačkoli se nejednalo o sponzory) namísto jejich nasazení do reklamního bloku a koordinátor tuto jeho chybu přehlédl. Žalobce tedy spoty nasadit do vysílání v předmětných časech vůbec nechtěl a nesledoval tím vůbec žádný cíl, tedy ani cíl propagovat dodání zboží nebo poskytnutí služeb za úplatu. Kvalifikace spotu jako reklamy závisí dle mínění žalobce na subjektivní stránce na straně provozovatele vysílání; ten samý spot není reklamou, pokud je vysílán např. jako součást zábavního pořadu, a je reklamou, pokud je vysílán za úplatu a s cílem propagovat produkt objednatel vysílání (pokud jsou naplněny ostatní definiční znaky reklamy). Žalobce v této souvislosti požádal soud, aby v případě, že by byl opačného názoru než žalobce, požádal SD EU o vyřešení předběžné otázky, zda pro kvalifikaci spotu jako reklamy, která není vysílána za účelem vlastní propagace, je či není nutné zkoumat existenci cíle propagovat dodání zboží nebo poskytnutí služeb za úplatu na straně provozovatele vysílání (či existenci jiného jeho cíle či absenci jakéhokoli jeho cíle). Zopakoval, že při vysílání spotové reklamy se obchoduje jednotkou sledovanosti reklamního bloku mezi diváky staršími patnácti let. Tato

proměnná není ohledně bloků oznámení o sponzorování v rámci TV metrového průzkumu k dispozici (není měřena), a objednatelům reklamy (typicky mediálními agenturám) tudíž takovéto vadné vysílání spotů nepřináší obchodovatelnou hodnotu, nelze je ocenit a účtovat jejich klientům. Realita je tudíž taková, že objednatelé reklamy ani jejich klienti nejenže nemají, ale v podstatě ani nemohou mít zájem o vysílání spotů v rámci bloků oznámení o sponzorování.

Žalovanou „zjištěný“ skutkový stav „...je tedy nepochybné, že tento spot byl do vysílání zařazen za úplatu.“ je dle přesvědčení žalobce v rozporu se správním spisem, který obsahuje potvrzení od agentur o tom, že vysílání spotu neobjednaly a nezaplatily. Ke znaku „vysílané za úplatu nebo obdobnou protihodnotu“ tak, jak vyplývá ze zákona, žalovaná něco zjistit mohla, ale nezjistila nic. Rovněž pokud se jedná znak „s cílem propagovat dodání zboží nebo poskytnutí služeb za úplatu“ tak, jak vyplývá ze zákona, žalovaná vůbec nic nezjišťovala a nezjistila. Napadená rozhodnutí jsou tak v daném ohledu nepřezkoumatelná pro nedostatek důvodů.

Žalobce dále namítl, že napadená rozhodnutí jsou nezákonná, neboť nebyla naplněna podmínka trestnosti spočívající v předchozím upozornění dle § 59 odst. 1, 3 zákona č. 231/2001 Sb. Upozornění, na která napadená rozhodnutí odkazují, bylo vydáno v rozporu se zákonem. Napadená rozhodnutí odkazují na upozornění sp. zn. 2011/676/LOJ/FTV. Upozornění vydané pod uvedenou spisovou značkou se však netýká vysílání stejného spotu a netýká se dokonce ani případu, který by mu byl v podstatných rysech podobný. V případě dle uvedeného upozornění bylo podstatným rysem hledání hranice mezi dovoleným a zakázaným obsahem oznámení o sponzorování. Tato otázka však nehraje v případě dle napadených rozhodnutí vůbec žádnou roli. Není tak dána věcná souvislost mezi upozorněním a sankcionovaným případem, což znamená, že nebyla naplněna podmínka trestnosti dle § 59 odst. 1, 3 zákona č. 231/2001 Sb. Jediným podobným, avšak nepodstatným rysem případu dle upozornění a případů dle napadených rozhodnutí je paradoxně skutečnost, že ve vztahu k předmětnému vysílání žalobce nebyly naplněny definiční znaky reklamy „vysílané za úplatu nebo obdobnou protihodnotu nebo vysílané za účelem vlastní propagace provozovatele vysílání“ a „vysílané s cílem propagovat dodání zboží nebo poskytnutí služeb za úplatu“. Skutkové důvody však byly zcela odlišné - v případě dle upozornění se jednalo o oznámení o sponzorování pořadu ve vysílání provozovatele regionálního vysílání, přičemž toto oznámení bylo následně žalobcem odvysíláno jen proto, že se jednalo o nezměněný pořad provozovatele regionálního vysílání, odvysíláný v souladu s licenčními podmínkami žalobce.

Žalobce v řízení předcházejícím vydání upozornění namítl, že nejsou naplněny výše uvedené definiční znaky reklamy. Žalovaná nicméně v rozporu se zákonem vůbec nezkoumala úplatnost vysílání na straně provozovatele vysílání a subjektivní stránku na straně provozovatele vysílání; upozornění je tedy v tomto ohledu nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů. Její teze, podle níž „vzhledem k existenci komerčního prostředí lze jen stěží předpokládat, že takováto prezentace byla učiněna nezištně“ je ryzí spekulací, pro kterou neexistuje žádná opora ve správním spisu. Cíl propagovat dodání zboží nebo poskytnutí služeb za úplatu nikdy nelze dovodit ze samotného faktu odvysílání (spot mohl být hypoteticky odvysílán např. v rámci zábavního pořadu s cílem pobavit nebo omylem bez jakéhokoli cíle). Důvody, proč žalovaná považovala případ dle upozornění sp. zn. 2011/676/LOJ/FTV za porušení zákona, jsou následující:

Obchodní sdělení obsahuje kvalitativní hodnocení sponzora, resp. zadavatele reklamy: „Váš spolehlivý dodavatel.“ Formulací „Váš“ jsou pak oslokováni potenciální spotřebitelé.

Informace spolehlivý dodavatel tepelné techniky je navíc rozvíjena další klasifikací vlastností a určení produktu („pro využití obnovitelných zdrojů energie“), Slogan „Regulus úsporné řešení pro vaše topení“ je nutno chápat jako přímé oslovení diváků, resp. spotřebitelů. Nakonec je v obchodním sdělení uveden kontakt - internetová adresa, kde je možné získat podrobné informace o nabídce firmy a rovněž je možno objednat konkrétní produkty a jejich instalace. (Tato skutečnost byla ověřena přímo na internetových stránkách). Celý spot je zpracován dynamickou formou - nabízí řadu obrazových sekvencí propagujících činnost a produkty firmy, čímž je jeho reklamní charakter výrazně podtržen. Sponzorský vzkaz může prezentovat výrobek nebo službu, avšak nesmí též prezentovat vlastnosti a rozsah využití produktu nebo služby. Všechny tyto popsání znaky podporují prodej zboží, a to ne ve smyslu běžné propagace, ale již v rámci superlativních reklamních taktik. Obchodní sdělení nabývá tedy definičních znaků reklamy, a proto ho musíme za reklamu považovat.

K tomu žalobce uvádí, že oslovování diváků formulací typu „Váš“ dle již ustálené judikatury Nejvyššího správního soudu není považováno za přímou pobídku k nákupu produktu (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 7 As 30/2010, slogan „Globus, pro Vás cokoli“). Prezentace základní charakteristiky produktu je dokonce výslovně povolena v ust. § 53 odst. 4 zákona č. 231/2001 Sb., které umožňuje odkaz na charakteristický znak produktu. Uvádění internetové adresy ani dynamická forma nejsou v rámci oznámení o sponzorování zakázány (viz rovněž rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 7 As 30/2010). O překročení hranic dovoleného obsahu oznámení o sponzorování se tudíž nejednalo. Žalobce z výše uvedených důvodů dle ust. § 75 odst. 2 s.ř.s. navrhl, aby soud přezkoumal zákonnost upozornění sp. zn. 2011/676/LOJ/FTV a uvedené upozornění zrušil.

Dalším důvodem nezákonnosti napadených rozhodnutí je dle žalobce to, že žalovaná postupovala při ukládání pokuty v rozporu s § 61 odst. 2 a 3 zákona č. 231/2001 Sb. Některými z kritérií pro uložení a určení výše pokuty se nezabývala, některá vyhodnotila mimo zákonný rámec správního uvážení a některá vyhodnotila nedostatečně. Bez ohledu na konkrétní okolnosti případu a zákonná kritéria stanovila pokutu ve výši dle své obvyklé taxy. Zákon žalované předepisuje, aby se zabývala a vypořádala se všemi kritérii pro ukládání pokut uvedenými v § 61 zákona č. 231/2001 Sb. Zákonodárci se jedná o to, aby žalovaná diferencovala mezi jednotlivými provozovateli vysílání a také mezi jejich jednotlivými případy. Žalovaná se však ve svých rozhodnutích dlouhodobě neobtěžuje řádně zkoumat konkrétní okolnosti jednotlivých případů, píše do odůvodnění stále stejná slohová cvičení a spokojuje se se „zjištěními“ typu, že je žalobce provozovatelkou celoplošného komerčního vysílání, které může sledovat více než 70% obyvatel. Pokud výjimečně ke konkrétním okolnostem případu něco skutečně zjistí, jako například údaj o sledovanosti stanice či dokonce konkrétního úseku vysílání, nemá to stejně na výši sankce vůbec žádný vliv a sankce je fakticky udělena podle „taxy“, kterou pro porušení daného zákonného ustanovení žalovaná má.

Žalovaná měla povinnost zkoumat kritérium dosahu závadného vysílání. Žalovaná zjistila, že spot dle prvního napadeného rozhodnutí byl odvysílán v čase 22:38 na program Prima COOL, který měl v měsíci říjnu 2013 share 15+ 3,47%. Spot dle druhého napadeného rozhodnutí byl odvysílán v čase 18:49 na program Prima, který měl v měsíci září 2013 share 15+ 14,34%. Kromě těchto údajů se obsah napadených rozhodnutí ohledně kritérií pro ukládání sankce ničím neliší. Je náležité, že dosah vysílání v čase 22:38 je jiný než dosah vysílání v čase 18:49. Dosah vysílání na program, který má share 3,47%, je jiný než dosah vysílání na program, který má share 14,34%. Přesto byla prvním i druhým napadeným rozhodnutím žalobci udělena pokuta ve stejné výši. Kritérium dosahu závadného vysílání tedy

fakticky vůbec nebylo zohledněno a žalovaná k němu nepřihlédla, ačkoli jí to zákon přikazuje.

Žalovaná měla povinnost zkoumat též kritérium výše případného finančního prospěchu. Měla k tomu k dispozici dobré podklady, když jí žalobce doložil, že předmětné odvysílání spotu nebylo za úplat. Žalovaná se však s tímto zákonným kritériem „vypořádala“ pro žalobce naprosto neuvěřitelně tímto způsobem: *„Účastník řízení doložil Radě dokumenty mající doložit, že šlo o chybné zařazení spotů a tento tak nedostal za takového odvysílání žádnou odměnu. Jedná se o listiny - potvrzení od mediálních agentur (doručené Radě dne 13.2.2014). Rada zkonstatovala, že sám účastník výše uvedl, že se jedná o reklamní spot, který byl jako reklama vyroben a byl určen k zařazení do reklamního bloku. Lze se tedy důvodně domnívat, že byl účastníkovi dodán za úplatu. Skutečnost, že omylem došlo k jeho nesprávnému časovému zařazení, nikterak neznamená absenci finančního prospěchu. Je však také třeba zkonstatovat, že nelze jednoznačně říci, že finanční prospěch byl generován jako následek neodděleného obchodního sdělení. Rada na základě výše uvedeného konstatuje, že toto kritérium není možné vzít při úvaze o jeho vlivu na výši sankce v potaz.“*

Žalobce je toho názoru, že z napadených rozhodnutí nelze seznat, zda žalovaná tvrdí a něčím prokázala, že na straně žalobce došlo k finančnímu prospěchu, nebo se jen domnívá, že na straně žalobce došlo k finančnímu prospěchu nebo zda k této okolnosti podle ní nelze nic zjistit. Proto jsou napadená rozhodnutí ve vztahu k tomuto kritériu nepřezkoumatelná pro nesrozumitelnost. Má za to, že k otázce finančního prospěchu žalovaná něco zjistit mohla, ať již z listinného důkazu navrhovaného žalobcem nebo výsledkem zástupců agentur nebo jakkoli jinak, jen se o to z vlastního rozhodnutí ani nepokusila. Tím porušila zákon, neboť v daném ohledu vůbec nezjišťovala skutkový stav.

Skutečnost, že žalovaná na jedné straně ve vztahu k naplnění znaků skutkové podstaty reklamy (nepravdivě) tvrdí, že vysílání spotů bylo za úplatu, a na druhé straně ve vztahu ke kritériu finančního prospěchu dochází k závěru, že toto kritérium není možné vzít v úvahu, činí napadená rozhodnutí nesrozumitelnými jako celek. Otázka úplaty za vysílání či její absence je přitom pro rozhodnutí o vině a trestu naprosto klíčová.

Z napadených rozhodnutí není dále dle žalobce seznatelné, jestli žalovaná považuje jeho tvrzení o tom, že předmětná odvysílání spotů nebyla vysílána za úplatu, která byla doložena potvrzeními agentur, za pravdivá a relevantní či nikoli. I to podle něj činí napadená rozhodnutí nepřezkoumatelnými.

Žalovaná navrhla, aby soud žalobu jako nedůvodnou zamítl. Ve vyjádření k žalobě označila za neopodstatněnou námitku, že neposkytla žalobci koncept výrokové části a odůvodnění napadených rozhodnutí. Ze samotné specifikace této námitky je dle žalované seznatelný nesprávný právní názor žalobce, který tvrdí, že se jako účastník správního řízení dozví až ve správním rozhodnutí o uložení sankce, co je mu kladeno za vinu a proč. Jak ale žalobce správně uvádí, byl účastníkem v rámci správního řízení, a aby tak mohlo být, muselo být správní řízení zahájeno. K formě oznámení o zahájení správního řízení z moci úřední může žalovaná odkázat například na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 26. ledna 2012 č.j. 7 Afs 61/2011-50. V rámci nyní projednávaného správního řízení byl žalobce uvědoměn písemným přípisem č.j. LOJ/138/2014 a č.j. LOJ/44/2014 o zahájení správních řízení. Již ze samotných usnesení o zahájení je zřejmé, s kým bylo správní řízení zahájeno, co je mu kladeno za vinu a proč, přičemž dále jsou v usnesení o zahájení správních řízení specifikovány skutečnosti, které Rada shledala a o kterých se domnívá, že mohly být jiným

správním deliktem, stejně jako proč se tak domnívá a rovněž co účastníkovi řízení hrozí v případě shledání viny. Oznámení o zahájení správního řízení obsahovala informaci o zákonném rozmezí možné sankce. Výše sankce se odvíjí pouze od zákonného rozmezí a podle vyhodnocení zákonem daných kritérií. Jednotlivá kritéria Rada vyhodnocuje v rámci své správní úvahy. Neexistuje něco jako „navrhovaná sankce“, jak se žalobce domnívá. Výše sankce je až výsledkem komplexní správní úvahy dozorového orgánu, která probíhá na zasedání Rady, která vyhodnocuje všechny podklady shromážděné ve spise. Jedná se o podklady, s nimiž se účastník kdykoli může seznámit prostřednictvím využití institutu nahlížení do spisu. Co se týče požadavku žalobce na zasílání konceptu výrokové části rozhodnutí a jeho odůvodnění, Rada upozorňuje na svou zákonnou povinnost nepředjímat výsledek správního řízení. K tomu, zda a jak došlo ke spáchání jiného správního deliktu, dochází Rada až na samotném konci správního řízení a jakožto kolegiální orgán tak činí na svém zasedání. V žádném případě nelze před tímto momentem předjímat podobu výroku ani odůvodnění případného správního rozhodnutí, protože Rada jakožto správní orgán neví, zda se po vyhodnocení všech nashromážděných podkladů usnese na uložení sankce a v jaké výši.

Dle mínění žalované je spekulací žalobce, že kolegiální orgán nevěděl při rozhodování o obsahu správního spisu. Takovéto tvrzení je nemístné, jelikož správní orgán rozhoduje právě a pouze na základě znalosti všech shromážděných podkladů v rámci správního řízení, resp. správního spisu. To, že Rada byla adekvátně obeznámena s vyjádřeními účastníka, v nichž mimo jiné dokládá, že k odvysílání spotů nedošlo za odměnu, a jak tyto doklady Rada interpretovala, vyplývá i z textu napadených správních rozhodnutí. Pokud žalobce tvrdí, že členové kolegiálního orgánu neměli možnost seznámit se se všemi podklady, jež obsahoval správní spis, tedy i s vyjádřením účastníka k zahájení řízení, jehož součástí byly jím uvedené listiny, žalovaná ve vyjádření k žalobě odkázala na svůj jednací řád (článek 5, odst. 2) uveřejněný na svých webových stránkách s tím, že tato námitka není důvodná. Žalovaná se domnívá, že stav věci byl dostatečně zjištěn a tato námitka je tedy nedůvodná.

Co se týče námítky žalobce ohledně nesdělení věcné souvislosti mezi vydanými upozorněními a nyní projednaným skutkem, žalovaná odkázala na odůvodnění napadených rozhodnutí, kde se k dané problematice vyjadřuje. Věcná souvislost s předchozím upozorněním je podle ní zcela zřejmá. V případě předchozího upozornění a stejně tak v nyní sankcionovaných případech byl do vysílání programu žalobce zařazen spot, který naplňoval definiční znaky reklamy, a přesto nebyl ve vysílání jako reklama oddělený a pro diváky rozeznatelný

K žalobnímu tvrzení, podle něhož nebyly naplněny definiční znaky reklamy dle zákona č. 231/2001 Sb., žalovaná rovněž odkázala na napadená rozhodnutí a v nich obsažený popis předmětných spotů. Z nich je zřejmé, že obchodní sdělení „Tesco“ obsahuje přímou výzvu k využití finanční služby (sjednání půjčky/úvěru) i pobídku „Navštivte stánek finanční služby ve vaší prodejně“. V rámci obchodního sdělení „Hervis“ je přítomna pobídka („zažij v Hervis daňové prázdniny i po prázdninách“) a dále přímá výzva k nákupu („nakup v Hervis a neplať DPH“). Obě tato obchodní sdělení tedy působí jako přímá podpora prodeje, a proto je nutné posuzovat je jako reklamu. Tato reklama však ve vysílání nebyla oddělena od ostatních částí vysílání, jak zákon vyžaduje, a proto nebyla pro diváka snadno rozeznatelná jako reklama a divák byl reklamním účinkům vystaven, aniž by si toho byl vědom. Sám žalobce uvedl, že se jedná o reklamní spot, který byl jako reklama vyroben a byl určen k zařazení do reklamního bloku. Pokud by žalobcova argumentace byla Radou či soudy přijata, došlo by de facto k nemožnosti cokoliv identifikovat jako reklamu, neboť by vždy bylo účastníkem argumentováno, že nedošlo k žádnému finančnímu prospěchu. Rada se

domnívá, že v tomto případě je rozhodné, že jak již žalobce sám potvrdil, je daný spot vyroben jako reklama, byl i tak dodán provozovateli vysílání, aby jej tento jako reklamu zařadil. Je tedy nepochybné, že tento spot byl do vysílání zařazen za úplat. Skutečnost, že omylem došlo k jeho nesprávnému časovému zařazení, už na samotnou definici reklamy nemůže mít vliv co do nenaplnění jednoho ze zásadních definičních znaků reklamy. Zcela zásadní v daném kontextu je, že divák se stal konzumentem neoddělené reklamy. Divákovi, který je tím, kdo byl poškozen, jelikož sledoval reklamu, aniž by byl informován a varován, že sleduje mediální obsah, jehož cílem je ovlivnit jeho spotřebitelské chování, je lhostejné, zda k tomuto jevu došlo v důsledku selhání odbavovacího pracoviště provozovatele.

K námitce týkající se absence předchozího upozornění dle § 59 odst. 1 zákona žalovaná odkázala též na nejnovější judikaturu rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 14. července 2014 č.j. 8 As 85/2012-88 s tím, že uvedená námitka je v kontextu této judikatury naprosto bezpředmětná. Podle závěrů obsažených ve zmíněném rozhodnutí *„upozornění proto bude účinné ve vztahu k takovým budoucím jednáním, u kterých bude právě s ohledem na obsah upozornění zřejmé, že tato jednání jsou svými skutkovými okolnostmi typově obdobná tomu, na jehož závadnost již byl provozovatel upozorněn, a jsou i shodně právně kvalifikována. U takových jednání si provozovatel jako profesionál v tomto oboru může a musí být jist, že by - stejně jako jednání, na jehož závadnost byl upozorněn - byla regulátorem hodnocena jako protiprávní, a to bez ohledu na to, v jakém konkrétním spotu či pořadu se takového jednání dopustí.“*

Žalovaná má za to, že žalobce se nemístně snaží soud i Radu přesvědčit, že věcnou souvislost je třeba shledávat v „hledání hranice mezi dovořeným a zakázaným obsahem oznámení o sponzorování“. Nejenže toto spadá do pravomoci Rady jakožto ústředního správního orgánu, ale dokonce by bylo takového typové rozhraní v podstatě nic neříkající a účastníci řízení by byli kráceni na svých právech, přičemž rovněž rozhodovací praxe Rady by nebyla dostatečně předvídatelná. Tzv. typovost v případě porušení ustanovení zabývajících se limity pro reklamu je třeba shledávat například v tom, že spot jako takový obsahoval mimo jiné přímé oslovení spotřebitelů (viz odůvodnění napadených rozhodnutí). Poznámku žalobce, že by typovou shodnost bylo možné shledat (resp. neshledat) v momentu, že se v případě dle upozornění jednalo o vysílání regionální, je třeba označit minimálně za nesmyslnou, pokud ne přímo za nezákonnou. Upozornění bylo uloženo provozovateli vysílání – žalobci, neboť to on odvysílal spot, k němuž se dané upozornění vztahuje. Žalovaná shledává tuto námitku za obstrukční a nedůvodnou.

Žalovaná ve vyjádření k žalobě dále uvedla, že vzhledem k opozitivnímu postavení žalobce chápe jeho naprostý nesouhlas nejen s pokutou jako takovou, ale i s její výší. Žalobce však není obdařen možností správní úvahy dle zákona č. 231/2001 Sb., a proto nemůže ústřednímu správnímu orgánu doporučovat, co má v jakém kritériu a jakým způsobem zohlednit. Jediný, kdo může daná kritéria přezkoumat, a to pouze co do jejich logičnosti, návaznosti a argumentační podloženosti, je soud, ale ani ten není obdařen pravomocí rozhodovat, co má v jakém kritériu být a jaká výše sankce by z celkového hodnocení kritérií byla vhodná. Soud může zasáhnout do výše sankce pouze v případě, pokud by její výše byla zjevně nepřiměřená, což při výši sankce 2 x 50 000,- Kč u správního deliktu, kde je možné uložit pokutu až 2.500.000,- Kč, rozhodně dovozovat nelze. Žalovaná má za prokázané, s odkazem na kritéria nyní napadených sankcí, že tato jsou přezkoumatelná, srozumitelná, zákonná a bezvadná.

Při ústním jednání před soudem setrvaly obě strany na svých procesních stanoviscích. Žalobce v rámci přednesu k věci samé označil za nejdůležitější ze všeho, že se nejednalo o reklamu ve smyslu její zákonné definice. Reklama není definována jen tím, co je vidět na obrazovce, ale vždycky je nutné zkoumat, jestli existuje nějaký obchodní vztah, který se toho týká. Podle definice reklamy se musí jednat o veřejné oznámení vysílané za úplatu. Ve spise jsou však potvrzení od agentury, že úplata nebyla poskytnuta. Pokud se jedná o předchozí upozornění, to směřovalo na úplně jinou situaci, kdy se řešila otázka, jaké jsou dovolené limity obsahu sponzorského vzkazu. Neřešila se otázka nasazení nějakého spotu do vysílání omylem, což jsou podstatné rysy těchto dvou případů. To znamená, že v podstatných rysech se ta situace odlišuje. Napadená rozhodnutí jsou dále problematická, pokud jde o kritérium výše pokuty, kterým je finanční prospěch. Na jedné straně žalovaná tvrdí, že se jednalo o úplatné odvysílání, na druhé straně ale tvrdí, že kritérium finančního prospěchu nelze posoudit. Napadená rozhodnutí v tomto směru obsahují vnitřně nekonzistentní a zmatenou úvahu, i pokud člověk uvažuje jen uvnitř vyhodnocení tohoto kritéria, ale pokud se porovná posouzení znaku skutkové podstaty, že se jednalo o vysílání za úplatu, a to, že žalovaná tvrdí, že kritérium finančního prospěchu není možné vzít při úvaze o jeho vlivu na výši sankce v potaz, tak to podle žalobce činí rozhodnutí nesrozumitelnými, a proto nepřezkoumatelnými. Další velký problém vidí žalobce v nevypořádání se s kritériem dosahu závadného vysílání. V jednom případě se jednalo o vysílání na programu Prima, který je plnoformátový. Žalovaná správně zjistila, jakou má průměrnou roční sledovanost v minulém roce - bylo to přes 15 %. Ten druhý program je specializovaný, má sledovanost velmi nízkou, okolo 2 %, žalovaná to také zjistila. Není to plnoformátový program, ale to není důležité, že není plnoformátový, důležité je, že má podstatně nižší sledovanost. Přitom žalovaná uložila za oba případy stejnou pokutu ve výši 50.000,- Kč, když je jasné, že ten dosah musel být jiný. Pokud jde o koncept rozhodnutí, žalobce má za to, že platí základní principy, které platí pro trestní řízení, tedy že musí být obeznámen s tím, co se mu klade za vinu, s tím, jaké okolnosti žalovaná hodlá vzít v úvahu, když bude posuzovat výši trestu, v čem spatřuje věcnou souvislost mezi upozorněním a současným případem. To se však žalobce dozví až z napadeného rozhodnutí, a proto se následně obrací na soud.

Žalovaná při jednání před soudem k věci samé uvedla, že v odůvodnění napadených rozhodnutí rozvádí, proč se domnívá, že i když to bylo odvysíláno omylem v jiný čas, tak je to pořád zaplacené jako reklama. Předchozí upozornění a nyní sankcionované skutky mají typovou shodnost zejména v tom, že reklama byla neoddělná a nerozeznatelná, a nikoliv v tom, zda se jednalo o sponzorský vzkaz nebo reklamu. Žalovaná poukázala na rozsudek Nejvyššího správního soudu z 30.9.2014 č.j. 6 As 155/2013-34, který se zabývá zejména procesními námitkami téhož žalobce, mj. též námitkou požadující zaslání konceptu rozhodnutí.

Soud při jednání rozhodl, že nebude provádět dokazování žalobcem navrženými důkazy, neboť dospěl k závěru, že o žalobě lze rozhodnout na základě správního spisu; provádění jakýchkoliv dalších důkazů proto soud shledal nadbytečným. K tomu je nutno dodat, že při přezkoumání napadeného rozhodnutí soud nutně vycházel z obsahu správního spisu, neboť jeho povinností bylo mj. posoudit, zda skutkový stav, který vzal správní orgán za základ napadeného rozhodnutí, je se správním spisem v souladu a zda v něm má oporu (§ 76 odst. 1 písm. b/ s.ř.s.). Soud nevyhověl ani návrhu žalobce na položení předběžné otázky Soudnímu dvoru EU, neboť tento úkon by nemohl nijak ovlivnit rozhodnutí soudu ve věci samé.

V posuzované věci vyšel soud z následně uvedené právní úpravy:

Podle § 2 odst. 1 písm. n) zákona č. 231/2001 Sb., pro účely tohoto zákona se rozumí reklamou jakýkoliv veřejné oznámení, vysílané za úplatu nebo obdobnou protihodnotu nebo vysílané za účelem vlastní propagace provozovatele vysílání, s cílem propagovat dodání zboží nebo poskytnutí služeb za úplatu, včetně nemovitého majetku, práv a závazků.

Podle § 2 odst. 1 písm. s) zákona č. 231/2001 Sb., pro účely tohoto zákona se rozumí sponzorováním jakýkoliv příspěvek od osoby, která neprovozuje rozhlasové nebo televizní vysílání, neposkytuje audiovizuální mediální služby na vyžádání, ani nevyrábí audiovizuální díla, poskytnutý k přímému nebo nepřímému financování rozhlasového nebo televizního programu nebo pořadu s cílem propagovat své jméno nebo název, ochrannou známku, výrobky, služby, činnosti nebo obraz na veřejnosti.

Podle § 49 odst. 1 písm. a) zákona č. 231/2001 Sb., provozovatel vysílání je povinen zajistit, aby reklamy a teleshopping byly snadno rozeznatelné; u provozovatele rozhlasového vysílání zřetelně zvukově a u provozovatele televizního vysílání zřetelně zvukově, obrazově nebo zvukově-obrazově nebo prostorovými prostředky oddělené od ostatních částí vysílání.

Podle § 59 odst. 1 zákona č. 231/2001 Sb., jestliže provozovatel vysílání a provozovatel převzatého vysílání porušuje povinnosti stanovené tímto zákonem nebo podmínky udělené licence, upozorní jej Rada na porušení tohoto zákona a stanoví mu lhůtu k nápravě.

Podle § 59 odst. 3 zákona č. 231/2001 Sb., dojde-li k nápravě ve stanovené lhůtě, Rada sankci neuloží.

Podle § 60 odst. 1 písm. l) zákona č. 231/2001 Sb., pokutu ve výši od 5 000 Kč do 2 500 000 Kč Rada uloží provozovateli vysílání a provozovateli převzatého vysílání, pokud nedodrží povinnosti stanovené pro obchodní sdělení a skrytá obchodní sdělení.

Podle § 61 odst. 2 zákona č. 231/2001 Sb., při ukládání pokuty za porušení povinnosti podle tohoto zákona Rada přihlíží k povaze vysílaného programu a k postavení provozovatele vysílání a provozovatele převzatého vysílání na mediálním trhu se zřetelem k jeho odpovědnosti vůči divácké veřejnosti v oblasti informací, výchovy, kultury a zábavy.

Podle § 61 odst. 3 zákona č. 231/2001 Sb., Rada stanoví výši pokuty podle závažnosti věci, míry zavinění a s přihlédnutím k rozsahu, typu a dosahu závadného vysílání, k výši případného finančního prospěchu, a ke stanovisku věcně příslušného samoregulačního orgánu uvedeného v seznamu samoregulačních orgánů, obdrží-li toto stanovisko písemně do 10 pracovních dnů ode dne zahájení řízení o správním deliktu.

Podle § 18 odst. 1 správního řádu o ústním jednání (§ 49) a o ústním podání, výsledku svědka, výsledku znalce, provedení důkazu listinou a ohledání, pokud jsou prováděny mimo ústní jednání, jakož i o jiných úkonech souvisejících s řízením v dané věci, při nichž dochází ke styku s účastníky řízení, se sepisuje protokol. Kromě protokolu lze též pořídit obrazový nebo zvukový záznam.

Podle § 18 odst. 2 správního řádu protokol obsahuje zejména místo, čas a označení úkonů, které jsou předmětem zápisu, údaje umožňující identifikaci přítomných osob, vylíčení průběhu předmětných úkonů, označení správního orgánu a jméno, příjmení a funkci nebo

služební číslo oprávněné úřední osoby, která úkony provedla. Údaji umožňujícími identifikaci fyzické osoby se rozumějí jméno, příjmení, datum narození a místo trvalého pobytu, popřípadě jiný údaj podle zvláštního zákona.

Podle § 36 odst. 1 správního řádu nestanoví-li zákon jinak, jsou účastníci oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy po celou dobu řízení až do vydání rozhodnutí; správní orgán může usnesením prohlásit, dokdy mohou účastníci činit své návrhy.

Podle § 36 odst. 2 správního řádu účastníci mají právo vyjádřit v řízení své stanovisko. Pokud o to požádají, poskytne jim správní orgán informace o řízení, nestanoví-li zákon jinak.

Podle § 36 odst. 3 správního řádu nestanoví-li zákon jinak, musí být účastníkům před vydáním rozhodnutí ve věci dána možnost vyjádřit se k podkladům rozhodnutí; to se netýká žadatele, pokud se jeho žádosti v plném rozsahu vyhovuje, a účastníka, který se práva vyjádřit se k podkladům rozhodnutí vzdal.

Podle § 46 odst. 1 správního řádu řízení z moci úřední je zahájeno dnem, kdy správní orgán oznámil zahájení řízení účastníkovi uvedenému v § 27 odst. 1 doručením oznámení nebo ústním prohlášením, a není-li správnímu orgánu tento účastník znám, pak kterémukoliv jinému účastníkovi. Oznámení musí obsahovat označení správního orgánu, předmět řízení, jméno, příjmení, funkci nebo služební číslo a podpis oprávněné úřední osoby.

Po provedeném řízení dospěl soud k závěru, že žaloba je zčásti důvodná.

Prisvědčit nelze námitce žalobce, že byl podstatně zkrácen na svých procesních právech účastníka řízení tím, že mu žalovaná před vydáním napadených rozhodnutí neposkytla koncept výrokové části a odůvodnění napadených rozhodnutí. Soud nikterak nezpochybňuje závěr, který byl opakovaně potvrzen judikaturou správních soudů (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 10. 2004, čj. 6 A 126/2002-27), že trestání za správní delikty musí podléhat stejnému režimu jako trestání za trestné činy. Z tohoto závěru, ani ze znění shora citovaného ustanovení § 36 správního řádu, však rozhodně nelze dovodit právo účastníka, proti němuž je vedeno řízení o uložení sankce za spáchání správního deliktu, na to, aby mu správní orgán před vydáním rozhodnutí ve věci samé poskytl koncept (nástin) rozhodnutí, které hodlá vydat.

O předmětu řízení, tj. o tom, jaký konkrétní správní delikt je mu kladen za vinu, jakým jednáním se měl tohoto správního deliktu dopustit a jaká sankce mu za jeho spáchání hrozí, byl žalobce řádně vyrozuměn již v oznámeních o zahájení řízení, vydaných žalovanou podle § 46 odst. 1 správního řádu. Také další procesní práva přiznaná žalobci ustanovením § 36 správního řádu byla v řízení zachována - žalobci bylo umožněno navrhopvat (a předkládat) důkazy, vyjádřit v řízení své stanovisko k věci, a stejně tak mu byla před vydáním rozhodnutí dána možnost vyjádřit se k podkladům rozhodnutí, které žalovaná shromáždila.

Žalovaná při ústním jednání před soudem poukázala na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30.9.2014 č.j. 6 As 155/2013 - 34, v němž se jmenovaný soud zabýval mj. též námitkou totožného žalobce ohledně zaslání konceptu rozhodnutí. Nejvyšší správní soud podotkl, že „důvodová zpráva k zákonu (které se žalobce v této souvislosti dovolává) není formálním pramenem práva. V důvodové zprávě ke správnímu řádu zmíněný „koncept“ rozhodnutí není pak konceptem v pravém smyslu slova. Důvodová zpráva pracuje s tímto pojmem v pasáži věnované § 49 správního řádu, upravujícímu ústní jednání ve správním řízení, kde uvádí: „Jako nejpodstatnější se jeví právo účastníka vyjádřit se k podkladům

správního aktu před jeho vydáním. (...) Institut vyjádření se k podkladům rozhodnutí má v evropském správním právu určitý vývoj. Původně byl judikaturou chápán tak, že správní orgán nesmí rozhodnout např. na základě vnitřních směrnic, které odmítne účastníku sdělit, avšak nyní vývoj tenduje spíše k tomu, že by se účastníci měli mít možnost vyjádřit k jakémusi „konceptu“ rozhodnutí, tedy po provedení všech důkazů a po jejich předběžném vyhodnocení správním orgánem.“ Nelze však text důvodové zprávy vykládat doslovně ve smyslu práva na koncept rozhodnutí žalované, neboť zákon žalované zpřístupnění něčeho, co by bylo výsledkem předběžného projednání věci kolektivním orgánem, výslovně neukládá. Lze se do jisté míry ztotožnit se žalovanou, která na takový procesní postup nazírá jako na nepřípustné předjímání budoucího rozhodnutí v dané věci. Ani to, že řízení o jiném správním deliktu podle zákona o vysílání probíhá v jediné instanci (podobně jako např. řízení o udělení mezinárodní ochrany), nemůže být dostatečným důvodem pro zavedení takové správní praxe, jakou na podkladě důvodové zprávy k zákonu požaduje žalobkyně. Zásadní povinností správního orgánu je vést správní řízení tak, aby účastník řízení, který je přiměřeně procesně aktivní, nebyl jeho výsledkem překvapen. To ale současně neznamená, že by musel do nejmenších podrobností znát veškeré (ne pouze podstatné, nosné) důvody, na nichž správní orgán vzápětí postaví své rozhodnutí o vině a trestu za správní delikt.“ Právě citované závěry lze bez dalšího vztáhnout i na nyní projednávanou věc.

Soud však shledal důvodnou žalobní námitku brojící proti nesplnění zákonem stanovené podmínky pro uložení sankce, kterou je existence předchozího upozornění podle § 59 odst. 1 zákona č. 231/2001 Sb. Soud má ve shodě s názorem žalobce za to, že upozornění ze dne 31.1.2012 sp. zn. 2011/676/LOJ/FTV, č.j. LOJ/527/2012, na která napadená rozhodnutí odkazují, bylo vydáno v rozporu se zákonem, neboť spot, ke kterému se toto upozornění vztahuje, je dle svého obsahu sponzorským vzkazem a nikoliv (neoddělenou) reklamou. Předmětné upozornění se navíc ani netýká případu, který by se v podstatných rysech podobal těm, za které byl žalobce sankcionován napadenými rozhodnutími.

Žalobci adresované upozornění žalované ze dne 31.1.2012 sp. zn. 2011/676/LOJ/FTV, č.j. LOJ/527/2012, se vztahuje k obchodnímu sdělení „Regulus“, uvedenému jako „sponzor počasí“ na Programu Prima love premiérově dne 21.4.2011 od 6:28:46 hodin a dále v reprízách dne 21.4.2011 od 7:28:46 hodin a 28.4.2011 od 6:28:46 hodin a od 7:28:47 hodin na téže programu. V samotném upozornění je odvysílaný spot popsán následovně:

Dominantou vizuální složky obchodního sdělení v prvním záběru se stává nízký červený dům, výjev je doplněn nápisem Regulus, který efektivně nabíhá přes obrazovku. První písmeno R je červené, zbytek nápisu modrý. V pravém horním rohu je umístěn nápis sponzor počasí, v levém horním rohu logo televize Primalove. Hlas oznamuje, že sponzorem počasí je Regulus. V ten moment se obraz změní a nabízí se pohled na technické zázemí tepelné instalace uvnitř v domě. Komentář pak upřesňuje, čím se společnost Regulus zabývá: „*Váš spolehlivý dodavatel tepelné techniky pro využití obnovitelných zdrojů energie.*“ Během této věty se mění střih na různé výjevy: v prvním střihu zaplňují výhled větší zelenobílá kamna s hořícím ohněm, dále je vidět skupinu mužů, kteří diskutují nad papíry a něco řeší. Při předposledním komentáři: „*Regulus úsporné řešení pro vaše topení*“ nás střih přenesl opět jinam a na obrazovce vidíme skupinu mužů v montérkách přikrčených v podřepu a pozorujících vnitřek jakéhosi zařízení. Jako poslední informaci uvede hlas kontakt: www.regulus.cz, na obrazovce se přitom nachází logo společnosti Regulus.

Žalobci je nutno přisvědčit v tom, že tento spot nijak nepřekračuje hranice dovoleného obsahu oznámení o sponzorování, které byly vytyčeny judikaturou správních soudů. Soud při

posouzení věci vyšel z následujících závěrů obsažených v rozsudcích Nejvyššího správního soudu ze dne 9.11.2006 č.j. 7 As 81/2005 – 79, ze dne 26.5.2010 č.j. 7 As 30/2010 – 73, ze dne 18. 2. 2010 č. j. 7 As 63/2009 – 69 a ze dne 29.6.2011 č.j. 7 As 39/2011 – 66, které se týkají rozlišení mezi reklamou a sponzorským vzkazem:

- obsah sponzorského vzkazu lze tvořit nejenom obchodní firmou, logem, ochrannou známkou, známkou služeb identifikující sponzora, ale i dalšími prvky, neboť zákon o provozování rozhlasového a televizního vysílání v § 2 odst. 1 písm. s) zákona č. 231/2001 Sb., použití jiných skutečností nezakazuje;

- sponzorský vzkaz může ve svém důsledku obsahovat reklamní sdělení v širším slova smyslu, tj. sdělení veřejně propagující obchodní firmu, výrobek, zboží či službu, a dále i slogan, tj. určité slovní spojení charakterizující podnikatele či jeho výrobek, zboží nebo službu;

- základním účelem sponzorování je vytvoření dobrého jména, pověsti právnické či fyzické osoby či jeho výrobků (tzv. goodwill). Tento účel proto musí sloužit jako odlišující kritérium pro reklamu a sponzorování, protože tam, kde by sponzorský vzkaz vybízel ke koupi určitého výrobku podnikatele, by se již nejednalo o sponzorský vzkaz, nýbrž o reklamu. Sponzorováním si tak sponzor vytváří goodwill, povědomí u diváka, prezentuje svou existenci, předmět činnosti a výsledek tohoto předmětu, aby ho následně reklamou přesvědčil o koupi tohoto konkrétního výrobku;

- klasickým příkladem sponzorského vzkazu vytvořeného dle zákona o provozování rozhlasového a televizního vysílání tak bude grafická prezentace loga sponzora či jeho výrobku doprovázená sloganem charakterizujícím sponzora či výrobek, spíše statického charakteru, s uvedením, že se jedná o sponzora konkrétního pořadu. V žádném případě však nemůže jít o takové ztvárnění, kde by ústředním motivem bylo přesvědčení diváka o koupi určitého výrobku zdůrazňováním jeho kvalit, srovnáváním s podobnými či nějaký reklamní příběh, tj. dynamický charakter vysílaného sdělení;

- pro posouzení může být podstatný např. slogan (ať již v textové či zvukové formě), nebo naopak jeho absence. Relevanci má nepochybně zřetelný poukaz na určitou vlastnost propagovaného výrobku, na to, že je výrobek novinkou či informace o tom, kde jej lze zakoupit. Evidentně reklamní pak bude sdělení informující o ceně výrobku, nabízených slevách nebo přímo srovnávající určitý produkt s konkurencí;

- dynamika spotu bude relevantní v případě, že (spolu)vytváří reklamní sdělení, tj. přesvědčovací proces, který je pro diváka přímou pobídkou k nákupu výrobku (produktu). I dynamický spot však může být pouze sponzorským vzkazem, a to zejména, pokud se v něm neobjevují vedle dynamického ztvárnění žádné další pobídky ke koupi, nejsou zmiňovány určité kvality nebo vlastnosti produktu, případně pokud není produkt vůbec zmiňován. Naopak i statický spot může být reklamou, a to v případě, kdy přes statické ztvárnění ostatní složky odvysílaného spotu mají jednoznačně reklamní obsah (např. statická informace o ceně výrobku);

- i sponzorský vzkaz, aby vůbec mohl plnit svůj účel, se musí snažit diváka zaujmout. Použití hudby, fotografií či filmové sekvence proto nelze a priori vyloučit, a vždy je nutno zvažovat, jaký dopad má užití těchto prostředků na celkové vyznění spotu;

- každý vysílaný spot je nutno posuzovat komplexně, zohlednit všechny jeho rozhodné aspekty ve vzájemných souvislostech a vážit, který z nich je v konkrétním případě významnější a který ustupuje do pozadí. Podstatné je celkové vyznění spotu, nikoli jeho izolované dílčí aspekty;

- vždy je třeba hodnotit celkové vyznění spotu, a to z hlediska ústředního motivu, který by měl vycházet z jeho jednotlivých prvků a z jejich vzájemné souvislosti;

- pro reklamu je typické, že její primární funkcí je přesvědčit diváka k prodeji, nákupu nebo pronájmu výrobků nebo služeb. Je-li naopak primárním cílem spotu informovat diváka pouze o existenci výrobku nebo služby, nejedná se o reklamu.

Při respektování výše popsaných hledisek umožňujících rozlišení mezi sponzorským vzkazem a reklamou soud na rozdíl od žalované dospěl k jednoznačnému závěru, že obchodní sdělení „Regulus“, k němuž se váže předchozí upozornění žalované ze dne 31.1.2012 sp. zn. 2011/676/LOJ/FTV, č.j. LOJ/527/2012, je dle svého obsahu skutečně označením sponzora pořadu (sponzorským vzkazem) a nikoliv reklamou. Předmětný spot obsahuje toliko reklamní sdělení v širším slova smyslu, které propaguje obchodní firmu sponzora pořadu a obecně jeho výrobky (tepelnou techniku), a též přípustný slogan, který charakterizuje daného podnikatele a jeho výrobky („*Regulus úsporné řešení pro vaše topení*“). Podstatné je to, že ve spotu nejsou zmiňovány konkrétní kvality nebo vlastnosti produktů a spot nikterak nevybízí ani nepřesvědčuje diváky ke koupi určitého výrobku daného podnikatele. Ani použití adjektiv „spolehlivý“ či „úsporné“, která jsou obecně vnímána jako vyjádření pro kvalitu, neposouvá spot za hranici sponzorského vzkazu. Jde totiž pouze o obecnou informaci, jejíž vypovídací hodnota ve vztahu ke konkrétním vlastnostem propagovaného výrobku je minimální (obdobným způsobem hodnotil Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 29.6.2011 č.j. 7 As 39/2011 – 66 použití adjektiva „profesionální“ ve sloganu „Nikon představuje binokulární dalekohled z řady Monarch. Myslivecký dalekohled profesionálních parametrů! Pro Váš lov – NIKON!“). Dále je třeba uvést, že dynamické prvky v obrazovém zpracování spotu nevytvářejí žádný reklamní příběh a mají pouze ilustrativní a obecný ráz, tj. nevztahují se ke konkrétnímu výrobku. Z celkového vyznění spotu a použitých výrazových prostředků je tak zřejmé, že jeho ústředním motivem a primární funkcí nebylo přesvědčit diváka ke koupi konkrétního produktu sponzora pořadu, ale informovat diváka o jeho existenci a současně o jím produkovaných výrobcích za účelem jejich propagace na veřejnosti. Na tom nic nemění ani uvedení internetových stránek sponzora pořadu, které ostatně jako přípustnou součást sponzorského vzkazu akceptoval Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 26.5.2010 č.j. 7 As 30/2010 – 73. Daný spot není z výše popsaných důvodů reklamou ve smyslu § 2 odst. 1 písm. n) zákona č. 231/2001 Sb., nýbrž je sponzorským vzkazem ve smyslu § 2 odst. 1 písm. s) téhož zákona.

Protože spot, k němuž se váže předchozí upozornění žalované ze dne 31.1.2012 sp. zn. 2011/676/LOJ/FTV, č.j. LOJ/527/2012, není reklamou, nemohl žalobce jeho odvysíláním porušit povinnost stanovenou v § 49 odst. 1 písm. a) zákona č. 231/2001 Sb., tj. povinnost zajistit, aby reklama byla snadno rozeznatelná a zřetelně zvukově, obrazově nebo zvukově-obrazově nebo prostorovými prostředky oddělená od ostatních částí vysílání. Napadená rozhodnutí, jimiž byla žalobci uložena pokuta za porušení této povinnosti, k nimž mělo dojít v souvislosti s odvysíláním obchodních sdělení „Hervis SPORTS“ a „Tesco“, jsou tudíž nutně nezákonná, neboť postrádají nezbytný podklad, jímž je předchozí upozornění na porušení téže povinnosti, které by bylo vydáno v souladu s § 59 odst. 1 zákona č. 231/2001

Sb. Tato nezákonnost je sama o sobě dostatečným důvodem pro zrušení napadených rozhodnutí.

Soud se navíc ztotožňuje i s názorem žalobce, že předchozí upozornění žalované ze dne 31.1.2012 sp. zn. 2011/676/LOJ/FTV, č.j. LOJ/527/2012 se netýká případu, který by se v podstatných rysech podobal těm, za které byl žalobce sankcionován napadenými rozhodnutími. Jak je z výše uvedeného patrné, dané upozornění mířilo na odvysílání obchodního sdělení, které dle přesvědčení žalované z určitých, v upozornění rozvedených důvodů, překročilo dovolené hranice sponzorského vzkazu. Naproti tomu v případech, k nimž se upínají napadená rozhodnutí, nebylo žádných pochyb o tom, že se obsahově jedná o reklamní sdělení a nikoliv o sponzorský vzkaz. Ostatně ani žalobce nikdy v průběhu řízení netvrdil, že předmětná obchodní sdělení jsou sponzorským vzkazem, a naopak výslovně uváděl, že k jejich odvysílání v rámci bloku sponzorských vzkazů došlo omylem. Skutkové okolnosti případu, k němuž se vztahuje předchozí upozornění, se tedy podstatně odlišují od skutkových okolností případů řešených napadenými rozhodnutími. Jak dovodil rozšířený senát Nejvyššího správního soudu v usnesení ze dne 14. 7. 2014, č.j. 8 As 85/2012-88, upozornění vydané Radou pro rozhlasové a televizní vysílání podle § 59 odst. 1 zákona č. 231/2001 Sb., je způsobilým podkladem pro uložení sankce za následná porušení povinností provozovatele stanovených tímto zákonem nebo podmínek udělené licence, *pokud obsahuje obdobné skutkové okolnosti*, které by naplnily příště stejnou skutkovou podstatu deliktu jako ve skutku, na jehož protiprávnost byl provozovatel po odvysílání upozorněn. V souzené věci tomu tak z výše popsaného důvodu není.

Přestože žalobce učinil součástí žaloby i návrh na zrušení předchozího upozornění žalované ze dne 31.1.2012 sp. zn. 2011/676/LOJ/FTV, č.j. LOJ/527/2012 pro jeho nezákonnost, soud tomuto návrhu nevyhověl a žalobu v této části podle § 46 odst. 1 písm. d) ve spojení s § 70 písm. a) s.ř.s. odmítl, protože předmětné upozornění není rozhodnutím správního orgánu ve smyslu § 65 odst. 1 s.ř.s., které by bylo možné na základě žaloby ve správním soudnictví zrušit (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 6.8.2009, č.j. 6 As 46/2008-97). Upozornění na porušení zákona vydávané žalovanou podle § 59 odst. 1 zákona č. 231/2001 Sb., představuje úkon správního orgánu, který je toliko podkladem pro vydání následného rozhodnutí o uložení sankce. Soud může v souladu s § 75 odst. 2 věta druhá s.ř.s. zákonnost tohoto úkonu přezkoumat v rámci řízení o žalobě podané proti rozhodnutí, k němuž se tento podkladový úkon vztahuje, není však oprávněn tento úkon, který rozhodnutím není, zrušit.

Podstatnou vadou řízení, které se žalovaná dopustila a která mohla mít za následek nezákonnost rozhodnutí o věci samé, je opomenutí žalobcem předložených listinných důkazů - potvrzení mediálních agentur TSM Global s.r.o., a Mindshare s.r.o., že si neobjednaly vysílání předmětných spotů v uvedených časech v rámci bloku o sponzorování a že za toto neobjednané odvysílání spotů žádnou odměnu nezaplatily a nezaplatí. Přestože žalobce, jak plyne z jeho argumentace obsažené ve vyjádření účastníka správního řízení a stejně tak i v žalobě, považuje tento důkaz v dané věci za klíčový, neboť právě na něm staví svou obranu, že předmětné spoty nebyly odvysílány za úplatu, takže se nemůže jednat o reklamu ve smyslu její legální definice obsažené v § 2 odst. 1 písm. n) zákona č. 231/2001 Sb., z obsahu spisového materiálu je zřejmé, že žalovaná důkaz těmito listinami neprovedla a v napadených rozhodnutích nezdůvodnila, proč tak neučinila. Protokoly o provedení důkazu založené ve správních spisech vztahujících se k projednávaným věcem svědčí o provedení pouze jednoho důkazu, a sice důkazu zhlédnutím záznamu předmětných obchodních sdělení (spotů) Radou. Žalobce právem poukazuje na to, že v dané věci neproběhlo žádné ústní jednání, při kterém

by byly tyto listinné důkazy provedeny, a že ve spise ani nejsou založeny protokoly o provedení důkazu listinou mimo ústní jednání, sepsané podle § 18 odst. 1 správního řádu. Nutno dodat, že ačkoliv žalovaná dokazování žalobcem předloženými listinami - potvrzeními mediálních agentur vůbec neprovedla, přesto se o těchto listinách v napadených rozhodnutích zmiňuje, aniž by je však blíže hodnotila z hlediska jejich vypovídací hodnoty, pravdivosti či věrohodnosti. Je tomu tak např. v části odůvodnění týkající se hodnocení finančního prospěchu jako jednoho z kritérií pro stanovení výše sankce.

Skutečnost, že rozsah zjišťování podkladů pro rozhodnutí určuje správní orgán, jej nezbavuje povinnosti zdůvodnit, proč neprovedl důkazy navržené (a předložené) účastníkem řízení. To platí tím spíše, jedná-li se o důkazy, které jsou dle názoru účastníka řízení pro posouzení dané věci zásadní. Dospěla-li žalovaná k závěru, že žalobcem předložené listinné důkazy jsou – ať již z jakýchkoliv důvodů – nadbytečné či pro rozhodnutí ve věci nepodstatné, bylo její zákonnou povinností tento svůj závěr v napadených rozhodnutích zdůvodnit. V opačném případě se jedná o opomenutý důkaz, zakládající téměř vždy nejen nepřezkoumatelnost vydaného rozhodnutí, ale současně též jeho protiústavnost (viz nálezy Ústavního soudu ČR sp. zn. I. ÚS 113/02 dopadající na rozhodování soudů, který je ovšem nutno *mutatis mutandis* vztáhnout též na rozhodování správních orgánů).

Vzhledem k neprovedení výše zmíněných listinných důkazů žalovanou bez řádného zdůvodnění neobstojí klíčový skutkový závěr žalované, že předmětné spoty byly do vysílání zařazeny za úplaty, a jednalo se tak o reklamu. Tento závěr žalovaná zbuchovala na tvrzení samotného žalobce, že tyto spoty byly jako reklama vyrobeny a určeny k zařazení do reklamního bloku, o čemž není mezi stranami sporu. Předmětné spoty, za jejichž odvysílání byl žalobce sankcionován, však nebyly žalobcem ve skutečnosti odvysílány v rámci reklamního bloku, ale (jak žalobce tvrdí, omylem) v rámci bloku oznámení o sponzorování pořadu. Žalobce současně argumentoval tím, že za toto mylné odvysílání předmětných spotů žádnou úplatu nezískal, a právě toto tvrzení dokládal výše zmíněnými listinami. Žalovaná se dle přesvědčení soudu měla touto argumentací blíže zabývat, neboť v případě, že by žalobce skutečně žádnou úplatu nebo jinou protihodnotu za odvysílání daných spotů neobdržel, nebyl by naplněn zákonný znak reklamy spočívající v tom, že se jedná o veřejné oznámení *vysílané za úplatu* (nebo obdobnou protihodnotu). Jinak řečeno, ze zjištění, že určitý spot *měl být* vzhledem ke svému určení odvysílán jako reklamní sdělení, a z obecně známého faktu, že provozovatelé televizního vysílání komerční reklamy nevysílají zdarma, ale za úplatu, nelze v daném případě automaticky dovozovat, že žalobce jako provozovatel vysílání nutně obdržel úplatu i za (jediné) mylné odvysílání daného spotu v rámci bloku oznámení o sponzorování pořadu, zvláště když žalobce s poukazem na tento omyl výslovně tvrdí (a dokládá příslušnými listinami), že za odvysílání těchto spotů ničeho neobdržel. V takovém případě bylo na žalované, aby svůj závěr o úplatnosti vysílání předmětných spotů doložila příslušnými skutkovými zjištěními vycházejícími z důkazů, které v řízení řádně provedla a jimiž by bylo vyvráceno opačné tvrzení žalobce. Protože tak žalovaná neučinila, nelze přisvědčit jejímu závěru, že předmětné spoty byly žalobcem odvysílány za úplatu, a jednalo se tak o (neoddělenou) reklamu. I z tohoto důvodu jsou napadená rozhodnutí nezákonná.

Soud pro úplnost dodává, že nesdílí přesvědčení žalobce, že na posouzení spotu jako reklamy má vliv subjektivní přesvědčení provozovatele televizního vysílání. To totiž vůbec není zákonným znakem reklamy ve smyslu její definice zakotvené v zákoně. Úplatnost reklamy, stejně jako její cíl, kterým je propagace dodání zboží nebo poskytnutí služeb za úplatu, je objektivní znak. Pokud je určité obchodní sdělení provozovatelem televizního

vysílání odvysíláno za úplaty a sleduje zákonem vymezený cíl, jedná se o reklamu bez ohledu na to, jaké je subjektivní přesvědčení provozovatele vysílání o povaze daného sdělení.

Jako obiter dictum soud uvádí, že dle jeho názoru je znak úplatnosti obchodního sdělení (reklamního spotu) naplněn, jestliže provozovatel vysílání obdržel úplatu za jakékoliv jeho odvysílání. V případě opakovaného vysílání daného spotu tedy k závěru o jeho úplatnosti postačí i to, byla-li provozovateli vysílání poskytnuta úplata pouze za premiérové vysílání, popř. za vysílání pouze několika z více repríz (ačkoliv provozovatel vysílání zřejmě nebude mít důvod vysílat daný spot ve větším počtu repríz, než za kolik mu bylo podle smluvního ujednání se zadavatelem reklamy zapláceno). Spot, jenž byl jedenkrát odvysílán jako reklama, tj. za úplatu, nutně zůstává reklamou ve všech svých opakováních. Opačný závěr, kdy by jeden a tentýž spot byl jednou posouzen jako reklama a podruhé nikoliv, a to jen proto, že provozovatel vysílání dostal ve skutečnosti zapláceno pouze za jedno jeho odvysílání a za další nikoliv, je zjevně nesmyslný a neobhajitelný.

V souzené věci nicméně nebylo žalovanou v napadených rozhodnutích tvrzeno, že předmětné spoty byly žalobcem následně reprízovány a že žalobce jako provozovatel vysílání obdržel úplatu za jiná odvysílání týchž spotů než ta, která byla předmětem řízení. Závěr uvedený soudem jako obiter dictum v předchozím odstavci proto nemůže mít vliv na posouzení zákonnosti napadených rozhodnutí.

Definiční znak reklamy spočívající v tom, že se musí jednat o veřejné oznámení *vysílané za úplatu*, nelze směřovat s dalším definičním znakem tohoto pojmu zakotveným v zákoně, a sice že cílem vysílaného oznámení je propagovat *dodání zboží nebo poskytnutí služeb za úplatu*. Zatímco v případě prvního znaku se úplatnost váže k odvysílání oznámení (provozovatel vysílání má, zpravidla na základě smluvního ujednání se zadavatelem reklamy, obdržet za odvysílání reklamního spotu úplatu), druhý znak souvisí s cílem, který podnikatel odvysíláním reklamního spotu sleduje a který samozřejmě ovlivňuje i obsah vysílaného spotu. Žalobce sám po celou dobu řízení tvrdí, že předmětné spoty byly skutečně vyrobeny jako reklama a byly určeny k odvysílání v rámci reklamního bloku. Tomuto tvrzení plně odpovídá i obsah předmětných spotů, detailně popsany v odůvodnění napadených rozhodnutí. Cílem obou spotů zjevně bylo propagovat dodání zboží nebo poskytnutí služeb *za úplatu* (nákup zboží v prodejnách Hervis či využití finančních služeb v podobě půjčky nabízené společnostmi Tesco jsou samozřejmě úplatné), takže tento definiční znak reklamy byl v obou posuzovaných případech naplněn, ačkoliv to žalobce bez bližšího zdůvodnění v žalobě zpochybňuje.

Ke zrušení napadených rozhodnutí vedly soud primárně shora popsané důvody jejich nezákonnosti (absence předchozího upozornění vydaného v souladu s § 59 odst. 1 zákona č. 231/2001 Sb., opomenutí žalobcem předložených listinných důkazů, skutečnost, že závěr žalované o úplatnosti odvysílání předmětných spotů nemá oporu ve skutkových zjištěních). I kdyby však soud neshledal vytčená pochybení, napadená rozhodnutí by nemohla obstát (a musela by být soudem zrušena) v důsledku další jejich vady, spočívající v nedostatečném a nepřesvědčivém vypořádání kritérií pro stanovení výše pokuty. Žalobce právem vytýká žalované, že naprosto nezohlednila zjištěný podstatný rozdíl ve sledovanosti obou programů, na kterých byly předmětné spoty vysílány. Není pochyb o tom, že míra sledovanosti daných programů zásadním způsobem ovlivňuje dosah závadného vysílání. Pakliže žalovaná v posuzovaných věcech, o kterých rozhodovala v tentýž den, zjistila diametrálně odlišnou míru sledovanosti obou programů, mělo toto zjištění vést buď ke stanovení pokut v rozdílné výši (na tomto místě je nutno dodat, že dle odůvodnění napadených rozhodnutí se jednalo o jediný zjištěný skutkový rozdíl mezi posuzovanými věcmi, pokud jde o kritéria, k nimž

žalovaná přihlížela při stanovení výše pokuty), nebo měla žalovaná zdůvodnit, proč má za to, že zjištěný rozdíl ve sledovanosti obou programů nemůže mít žádný vliv na stanovení výše pokuty. Žalovaná tak ale neučinila, a žalobce proto oprávněně brojí proti tomu, že rozhodovala schématicky a bez ohledu na zjištěné rozdíly mezi jednotlivými případy při stanovení výše pokuty nijak nerozlišovala. Takový postup žalované je v rozporu s ustanovením § 2 odst. 4 správního řádu, které správnímu orgánu ukládá povinnost rozhodovat obdobně o skutkově shodných nebo podobných případech (a tedy různě o případech skutkově odlišných).

Rozpornost hodnocení kritéria finančního prospěch provedeného žalovanou v odůvodnění napadených rozhodnutí úzce souvisí s nevypořádáním žalobcem předložených listinných důkazů v podobě potvrzení mediálních agentur TSM Global s.r.o., a Mindshare s.r.o. (viz výše). Aby bylo možné akceptovat domněnku vyslovenou žalovanou, že k odvysílání předmětných spotů došlo za úplatu, musela by žalovaná přesvědčivě zdůvodnit, proč považuje žalobcem překládaná potvrzení mediálních agentur za nepravdivá či nevěrohodná, popř. na základě jakých jiných zjištění má za to, že žalobce v rozporu se svými tvrzeními za odvysílání spotů úplatu obdržel. Soud dále nemohl přehlédnout, že žalovaná na jednu stranu dovozuje finanční prospěch na straně žalobce („*Skutečnost, že omylem došlo k jeho nesprávnému časovému zařazení, nikterak neznamená absenci finančního prospěchu.*“), současně však uvádí, že „*nelze jednoznačně říci, že finanční prospěch byl generován jako následek neodděleného obchodního sdělení.*“ Soud, stejně jako žalobce, spatřuje v tomto hodnocení rozpor. Není z něj totiž zřejmé, zda žalovaná určitý finanční prospěch na straně žalobce shledala či nikoliv. Na okraj soud podotýká, že finančním prospěchem, jenž je jedním z kritérií, k nimž má žalovaná podle § 61 odst. 3 zákona č. 231/2001 Sb., při stanovení výše pokuty přihlížet, se nepochybně rozumí finanční prospěch, který provozovatel vysílání získal sankcionovaným *protiprávním jednáním*. Cílem zákonodárce jistě nebylo, aby výše ukládané pokuty byla ovlivňována výší finančního prospěchu, který provozovatel vysílání získal za jednání jsoucí v souladu se zákonem.

S přihlédnutím ke všem shora uvedeným skutečnostem a citovaným zákonným ustanovením soudu nezbylo než napadená rozhodnutí pro nezákonnost a pro výše vytkené vady řízení zrušit (§ 78 odst. 1 s.ř.s.). V souladu s § 78 odst. 4 s.ř.s. soud současně vyslovil, že věci se vrací žalované k dalšímu řízení. Právním názorem, který soud ve zrušujícím rozsudku vyslovil, je v dalším řízení správní orgán vázán (§ 78 odst. 5 s.ř.s.).

Ve třetím výroku tohoto rozsudku přiznal soud v souladu s § 60 odst. 1 věta první s.ř.s. žalobci, který měl ve věci úspěch, právo na náhradu nákladů řízení tvořených soudním poplatkem zaplaceným za řízení o žalobě v celkové výši 6.000,- Kč.

P o u č e n í :

Proti tomuto rozsudku lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud. Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s.ř.s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno. V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho

zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie. Soudní poplatek za kasační stížnost vybírá Nejvyšší správní soud. Variabilní symbol pro zaplacení soudního poplatku na účet Nejvyššího správního soudu lze získat na jeho internetových stránkách www.nssoud.cz.

V Praze dne 17. října 2014

JUDr. Ivanka Havlíková v. r.
předsedkyně senátu

Za správnost vyhotovení: Lucie Horáková