



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Městský soud v Praze rozhodl v senátě složeném z předsedkyně senátu JUDr. Ludmily Sandnerové a soudců JUDr. Hany Veberové a Mgr. Milana Taubera v právní věci žalobce: **Golden Gate marketing s.r.o. v likvidaci**, se sídlem v Praze 9-Běchovice, Podnikatelská 565, IČ: 260 99 144, proti žalovanému: **Ministerstvo průmyslu a obchodu**, se sídlem v Praze 1, Na Františku 32, o žalobě proti rozhodnutí žalovaného ze dne 18.11.2011, č.j.: 41905/11/04420, PID: MIPOX01LM9WR,

t a k t o :

- I. Žaloba se zamítá.**
- II. Žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů řízení.**

O d ů v o d n ě n í :

Žalobou podanou u Městského soudu v Praze dne 19.1.2012 se žalobce domáhal přezkoumání rozhodnutí Ministerstva průmyslu a obchodu (dále jen „ministerstvo“ nebo „odvolací orgán“) blíže označeného v záhlaví tohoto rozsudku, kterým ministerstvo zamítlo odvolání žalobce a potvrdilo rozhodnutí Magistrátu hl.m. Prahy, odboru živnostenského a občanskoprávního ze dne 22.9.2011, č.j. MHMP-1045699/09/B/FI-1307 (dále jen „magistrát“ nebo „správní orgán prvního stupně“). Tímto rozhodnutím byla žalobci podle § 8a odst. 6 písm. c) zákona č. 40/1995 Sb., o regulaci reklamy, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o regulaci reklamy“) uložena pokuta ve výši 19.000,- Kč za správní delikt podle § 8a odst. 2 písm. d) tohoto zákona, kterého se dopustil žalobce tím, že jako zadavatel reklamy zadal reklamu, která je nekalou obchodní praktikou podle zvláštního právního předpisu (§ 2 odst. 1 písm. c) zákona o regulaci reklamy ve vazbě na § 5 odst. 1 písm. a) zákona č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o ochraně spotřebitele“).

Žalobce nesouhlasí s napadeným rozhodnutím a své námitky vyjádřil v následujících žalobních bodech:

V prvním žalobním bodu namítá žalobce, že není „zadavatelem“ reklamy, za niž mu byla uložena správní sankce. Žalobce tvrdí, že neodpovídá za obsah letáku ten, kdo objednal výrobu pozvánek na propagační akci, nýbrž odpovědnost nese ten, kdo je užije v rámci své podnikatelské činnosti. Touto osobou byl v daném případě obchodní zástupce. Ze smlouvy o obchodním zastoupení vyplývá, že obchodní zástupce byl pořadatelem a organizátorem dané propagační akce, kterou realizoval v rámci své vlastní podnikatelské činnosti, na svou odpovědnost, v postavení samostatného a nezávislého podnikatele, který není zaměstnancem žalobce ani osobou zmocněnou za něj jednat.

Žalobce tedy nenese žádnou právní odpovědnost za to, jakým způsobem svou podnikatelskou činnost obchodní zástupce vykonává. Žalobce má za to, že je věcí obchodního zástupce, jaké dárky na propagační akci poskytne a zda splní to, co bylo v propagačních materiálech avizováno. Propagační materiály nemohou být samy o sobě klamavé ani nepravdivé, proto odpovědnost nese osoba, která propagovanou akci realizuje. Na straně žalobce nelze dovodit ani zavinění, a to ani nedbalostní.

Žalobce považuje za sporné i, zda předmětné letáky lze hodnotit jako reklamu.

Ve druhém žalobním bodu tvrdí žalobce, že správní orgány dospěly k nesprávným skutkovým a právním závěrům, pokud uzavřely, že předmětná reklama byla nepravdivá, a to v následujících prvcích:

- a) žalobce nesouhlasí s tím, že v rozporu s obsahem letáku *nebylo poskytnuto občerstvení zdarma*, neboť toto tvrzení nemá oporu v obsahu letáku, který se o občerstvení „zdarma“ nezmiňuje. Občerstvení bylo k dispozici a ani z šetření České obchodní inspekce nevyplývá, že by nebylo možno v průběhu akce dostat občerstvení;
- b) nelze souhlasit s tvrzením, že v rozporu s obsahem letáku nebyla *zajištěna masáž zdarma pro zájemce*, neboť takový skutkový závěr z protokolu o provedeném šetření České obchodní inspekce nevyplývá. Masáž mohla být poskytována jen zájemcům o tyto služby a z protokolu České obchodní inspekce nevyplývá, že učinila jakékoliv šetření, resp. že existující zájem o tuto službu nebyl uspokojen;
- c) žalobce nesouhlasí s tvrzením, že *nebyly poskytnuty dárky přislíbené v letáku*, neboť z něj nevyplývá povinnost vydat jakékoliv v něm uvedené či zobrazené předměty. Leták neoznačuje žádné jmenované věci jako „dárky“ ani blíže neuvádí, za jakých okolností budou takové předměty poskytnuty. Žalobce nesouhlasí s interpretací obsahu letáku, neboť správní orgán z něj vyvozuje závazky, které z něj nevyplývají. To, že vyobrazené předměty představují dárky, lze dovozovat pouze z textu, který však není čitelný dle názoru správního orgánu. Pokud nebyl spotřebitel schopen text přečíst, pak ani nemohl nabýt dojmu, že by zobrazené předměty představovaly dárky.

Ve třetím žalobním bodu nesouhlasí žalobce s „výslechy“ pracovníků České obchodní inspekce, neboť má za to, že takovým postupem je obcházena úprava, zakotvená v zákonu č. 552/1991 Sb., o státní kontrole (dále jen „zákon o státní kontrole“), který ukládá mj. státnímu orgánu povinnost zpracovat o kontrole pravdivý a úplný protokol a seznámit s ním kontrolovanou osobu. Žalobce má za to, že dodatečnými výpověďmi byl upravován kontrolní protokol dle potřeby správního orgánu. Žalobce má za to, že tím došlo k porušení jeho procesních práv, a nadto tvrdí, že výpovědi pracovníků České obchodní inspekce jsou vágní a neurčité.

Ve čtvrtém žalobním bodu namítá žalobce nepřiměřenost uložené pokuty, a to s ohledem na skutečnost, že šlo o první pochybení obdobného charakteru, které se vztahovalo k malé propagační akci, v důsledku postupu konkrétního obchodního zástupce.

V písemném vyjádření k žalobě navrhl žalovaný zamítnutí žaloby a k jednotlivým žalobním bodům uvedl následující:

- *k námitkám v prvním žalobním bodu* (kdy žalobce tvrdí, že za obsah tiskoviny odpovídá osoba, která ji užije v rámci své podnikatelské činnosti, a nikoliv osoba, která objednala její výrobu), že zadavatelem reklamy je podle § 2 odst. 5 zákona o regulaci reklamy osoba, která objednala u jiné právnické nebo fyzické osoby reklamu. Reklamou je jakákoli prezentace šířená komunikačními prostředky mající za cíl podporu podnikatelské činnosti. Podle smlouvy o obchodním zastoupení je obchodní zástupce T. V. oprávněn za žalobce podepisovat kupní smlouvy a má živnostenské oprávnění pro obor živnosti volné zprostředkování obchodu a služeb. Výše uvedené podepisování kupních smluv na účet žalobce je tedy jeho podnikatelskou činností. Podle výpisu z živnostenského rejstříku je od 23. 4. 2009 jedním z oborů činnosti, pro něž má žalobce oprávnění, také maloobchod a velkoobchod, prodej zboží je tedy podnikatelskou činností této společnosti.

Tiskovina obsahující pozvánku na předmětnou akci je prezentací sloužící k podpoře podnikání obou uvedených subjektů, je reklamou ve smyslu zákona o regulaci reklamy. Dle vyjádření právního zástupce žalobce ze dne 6. 4. 2010 byly „letáky ... zajištěny na základě objednávky společnosti“ a jejich účelem bylo „jejich využití jako pozvánek na akci pořádanou obchodním zástupcem“. Zadavatelem předmětné reklamy je tedy žalobce.

Propagační materiál nemůže být sám o sobě klamavý či nepravdivý. Takovým se stává až konfrontací se skutečností, které neodpovídá. Správní trestání je založeno na principu objektivní odpovědnosti, tedy odpovědnosti za výsledek. Pokud jsou v konfrontaci reklamního materiálu se skutečným stavem údaje v reklamním materiálu nepravdivé, odpovídá za tento nesoulad dle zákona o regulaci reklamy společně zadavatel a zpracovatel reklamy. Zákon o regulaci reklamy poskytuje zadavateli liberační důvod, a to skutečnost, že zpracovatel reklamu zpracoval v rozporu se zadáním, takovou obranu žalobce nikdy neuplatnil:

- *k námitkám ve druhém žalobním bodu*

A) k námitce týkající se poskytnutí *občerstvení zdarma* - že v napadeném rozhodnutí je uvedeno, že tiskovina obsahuje sdělení „Občerstvení zajištěno“. Nepravdivost tohoto sdělení je dovozována ze skutečnosti, že žádné občerstvení poskytnuto nebylo. Z protokolu České obchodní inspekce jednoznačně vyplývá, že občerstvení poskytnuto nebylo – „Na letáku je napsáno, že bude občerstvení zajištěno...toto nebylo uskutečněno...“.

B) k námitce týkající se *masáže zdarma* – že podmínkou uvedenou v letáku nebylo, že účastníci akce musí projevit o masáž zájem. Z protokolu České obchodní inspekce vyplývá, že masáže poskytnuty nebyly a absence masáže nebyla nijak vysvětlena, proto lze mít za to, že masáže ani nabídnuty nebyly, totéž potvrdili oba svědci;

C) k námitce týkající se tvrzení, že *předměty vyobrazené na letáku nejsou označeny jako dárky*, že z textu na posuzovaném reklamním letáku vyplývá, že vyobrazené předměty jsou považovány zadavatelem reklamy za dárky a text označující vyobrazené předměty za dárky je součástí reklamní prezentace bez ohledu na velikost písma;

- *k námitkám obsaženým ve třetím žalobním bodu* (kdy žalobce nesouhlasí s provedeným výsledkem pracovníků České obchodní inspekce a tvrdí, že došlo k obcházení právní úpravy státní kontroly), že žalovaný vyšel z protokolu České obchodní inspekce o kontrole, který byl podnětem k zahájení správního řízení, a výpovědi svědků, které opatřil správní orgán I. stupně pro doplnění zjištění obsažených v protokolu. Tyto výpovědi nemají vliv na výsledek kontroly

provedené Českou obchodní inspekcí a ani v jejich důsledku nedošlo k doplnění protokolu o kontrole. Z uvedeného důvodu nemohlo dojít ani k porušení či obcházení zákona o státní kontrole, protože zákon o státní kontrole se na dokazování ve správním řízení nevztahuje. V daném případě byli svědci řádně poučeni a jejich výpověď je v souladu s protokolem o kontrole. K časové prodlevě je možno uvést, že žalobce byl poprvé vyzván k vysvětlení nesouladu mezi reklamou a předváděcí akcí již dne 6.1.2010. Výpovědi svědků potvrzují skutečnosti uvedené v protokolu o kontrole a žalobce se k nim mohl vyjádřit;

- *k námitkám obsaženým ve čtvrtém žalobním bodu* (kdy žalobce namítá nepřiměřenost uložené sankce), že vzhledem k maximální možné výši pokuty je třeba považovat výši pokuty pouze za výchovnou, a to vzhledem k majetkovým poměrům žalobce.

Městský soud v Praze žalobou napadené rozhodnutí, jakož i řízení, které jeho vydání předcházelo, přezkoumal v rozsahu uplatněných žalobních bodů, kterými je vázán, a vycházel přitom ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správního orgánu.

Při ústním jednání před soudem dne 8. října 2014 se žalobce nedostavil k jednání a žalovaný s poukazem na odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí a vyjádření k žalobě navrhl, aby žaloba byla jako nedůvodná zamítnuta.

Městský soud v Praze věc posoudil takto:

Předně je třeba uvést, že v dané věci bylo rozhodováno opakovaně jak správním orgánem prvního stupně, tak správním orgánem druhého stupně, neboť věc byla ministerstvem dvakrát vrácena správnímu orgánu prvního stupně z procesních důvodů. Poprvé se tak stalo rozhodnutím ministerstva ze dne 17. 8. 2010, č.j. 28880/10/04420, kdy bylo zrušeno rozhodnutí Magistrátu ze dne 3. 5. 2010, č.j. MHMP-1045699/09/B/F1-1012 především z důvodu potřeby zkoumání vztahu mezi žalobcem a jeho obchodním zástupcem a potřeby zabývat se uloženou pokutou ve výši 100 000 Kč, jejíž odůvodnění bylo shledáno nedostatečným s upozorněním na nález pléna Ústavního soudu ze dne 9. 3. 2004, sp. zn. Pl. ÚS 38/02. Podruhé se tak stalo rozhodnutím ministerstva ze dne 20.12. 2010, č.j. 44349/10/04420, kdy bylo zrušeno rozhodnutí Magistrátu ze dne 29.9. 2010, č.j. MHMP-1045699/09/B/F1-1101 především z důvodu, že účastník řízení nebylo umožněno před vydáním rozhodnutí seznámit se s podklady pro rozhodnutí, nebyl respektován závazný právní názor odvolacího orgánu ohledně výše pokuty (nyní dle rozhodnutí prvostupňového orgánu ve výši 50 000 Kč), která by měla splňovat výchovný účel, aniž by vedla k likvidaci podnikatelské činnosti podnikatele, a rovněž, že dosud nebyly řádně doloženy skutkové okolnosti správního deliktu.

K námitkám obsaženým v prvním žalobním bodu (kdy žalobce namítá, že není „zadavatelem“ reklamy, za niž mu byla uložena správní sankce, nýbrž že za obsah letáku odpovídá ten, kdo jej užije v rámci své podnikatelské činnosti, v daném případě jeho obchodní zástupce pan T. V.) lze konstatovat, že takto vznesené námitky uplatňoval žalobce v průběhu celého správního řízení, a proto se jimi správní orgány již zabývaly v napadených rozhodnutích, konkrétně odvolací orgán na str. 3 napadeného rozhodnutí ze dne 18.11.2011, kde mj. uvedl „...že podle § 1 odst. 5 zákona o regulaci reklamy je zadavatelem reklamy osoba, která reklamu objednala u jiné právnické nebo fyzické osoby. Zadavatelem předmětného reklamního letáku je společnost Golden Gate Marketing s.r.o., která podle § 6

odst. 3 zákona o regulaci reklamy odpovídá za obsah reklamy v plném rozsahu. Není pochyb o tom, že reklamní leták byl zpracován pro podnikatelský záměr jmenované společnosti, což je zřejmé nejen z vyjádření odvolatele, ale i z obsahu smlouvy o obchodním zastoupení, která tvoří součást předloženého spisového materiálu, a ze které vyplývá, že odpovědnost obchodního zástupce se vztahuje pouze na uzavírání obchodních smluv pro společnost, která je distributorem spotřebního zboží, které jako provozovatel velkoobchodu prodává a dodává (viz čl. 2 Předmět smlouvy). Jak vyplývá z obsahu spisového materiálu, celá reklamní akce směřovala k podpoře podnikatelské činnosti společnosti Golden Gate Marketing s.r.o., a proto nelze dát za pravdu odvolateli, že neodpovídá za to, že nabídka na letáku neodpovídá skutečně poskytnutému plnění, resp. za to, jaké dárky a v jakém rozsahu jsou během propagační akce poskytovány.“

Podle § 1 odst. 2 zákona o regulaci reklamy, ve znění v rozhodné době, reklamou se rozumí oznámení, předvedení či jiná prezentace šířená zejména komunikačními médii, mající za cíl podporu podnikatelské činnosti, zejména podporu spotřeby nebo prodeje zboží, výstavby, pronájmu nebo prodeje nemovitostí, prodeje nebo využití práv nebo závazků, podporu poskytování služeb, propagaci ochranné známky, pokud není dále stanoveno jinak.

Podle § 1 odst. 5 zákona o regulaci reklamy, ve znění v rozhodné době, zadavatelem reklamy (dále jen "zadavatel") je pro účely tohoto zákona právnická nebo fyzická osoba, která objednala u jiné právnické nebo fyzické osoby reklamu.

Podle § 6 odst. 3 věty první zákona o regulaci reklamy, ve znění v rozhodné době, se zadavatel zproští odpovědnosti za obsah šířené reklamy, který je v rozporu se zákonem, prokáže-li, že zpracovatel nedodržel při jejím zpracování jeho pokyny, a v důsledku toho je obsah této reklamy v rozporu se zákonem.

Podle § 8a odst. 2 písm. d) zákona o regulaci reklamy, ve znění v rozhodné době, právnická nebo podnikající fyzická osoba se dopustí správního deliktu tím, že jako zadavatel zadá reklamu, která je nekalou obchodní praktikou.

S výše uvedeným hodnocením odvolacího orgánu se soud ztotožňuje a dodává, že z výše uvedené definice zadavatele reklamy, tak jak je obsažena v ust. § 1 odst. 5 zákona o regulaci reklamy, vyplývá, že zadavatelem reklamy je subjekt, který objednal u jiné právnické nebo fyzické osoby reklamu. V daném případě žalobce nijak nerozporuje, že právě firma Golden Gate Marketing s.r.o. objednala zhotovení předmětné tiskoviny – reklamního letáku, a to za účelem jeho využití jako pozvánky na akci pořádané obchodním zástupcem (viz přípis právního zástupce žalobce JUDr. J. K. ze dne 6. 4. 2010, č.l. 26 správního spisu). Svou obranu staví žalobce toliko na tvrzení, že jednak se nejedná o reklamu, a jednak že odpovědnost nese v daném případě ten subjekt, který předmětnou tiskovinu použil při vlastní prodejní akci, nikoli žalobce, který ji objednal.

Z „letáku“, který je v barevném provedení součástí správního spisu, vyplývá, že obsahuje text: „Dovolujeme si Vás pozvat na PŘEDVÁDĚCÍ AKCI“, pod oslovením „PRO DÁMY“ je uveden text: lak na vlasy, 3 ks pracího prášku, cukr, sada příborů, 4 ks porc. talířů, 2 ks chutného jídla, 2 ks trvanl. salámu, keramický nůž (včetně vyobrazení tohoto zboží), pod oslovením „PRO PÁNY“ je uveden text: americký bojový nůž, rádio, 4 ks porc. talířů, 2 ks chutného jídla, 2 ks trvanl. salámu (včetně vyobrazení tohoto zboží), pod oslovením „PRO MANŽELE“: je uveden text 2 kg balení kávy (včetně vyobrazení tohoto

zboží). Ve spodní části „letáku“ je dvakrát text MASÁŽE ZDARMA včetně následného textu: „Masáže na sále zdarma pro každého účastníka. Vstup pouze 25,- Kč. Občerstvení zajištěno, AKCE SE KONÁ čtvrtek 3.12.2009 od 9 do 12 hod, Slovanský dům, Hynaisova 11, Olomouc. Přivítáme Vás již 30 minut před začátkem akce, po naplnění sálu nebude již vstup umožněn.“ Menším písmem je dále uvedeno „Dárky vyobrazené v tomto letáku se mohou lišit od skutečných předmětů. V případě vyčerpání zásob bude dárek nahrazen jiným dárkem. Ilustrační foto. Podmínkou pro získání dárků je nerušená prezentace“.

Po posouzení obsahu výše popsaného „letáku“, který byl použit při akci, která se konala dne 3.12.2009 od 9 do 12 hodin ve Slovanském domě, v ul. Hynaisova 11 v Olomouci, a byl šířen vhazováním do poštovních schránek (viz bod 4 kontrolního protokolu ze dne 3.12.2009), učinil soud dílčí závěr, že předmětný „leták“ splňuje kritéria, jimiž zákon v ust. § 1 odst. 2 zákona o regulaci reklamy definuje pojem reklamy, a sice, že v daném případě jde o oznámení, jehož cílem byla podpora podnikatelské činnosti žalobce, konkrétně prodeje zboží, což je v souladu s předmětem jeho podnikatelské činnosti. Z tohoto důvodu žalobce zadal zhotoviteli vyhotovení „letáků“ jako pozvánek na akce pořádané obchodními zástupci, kde absentuje nejen označení firmy Golden Gate Marketing s.r.o., ale i označení jakékoli firmy, či jakéhokoli obchodního zástupce, takže lze důvodně předpokládat, že takto objednané „letáky“ byly zhotoveny za účelem jejich využití jako pozvánek na akce pořádané různými obchodními zástupci. O tom, že reklamní letáky byly vydány za účelem podpory podnikatelské činnosti žalobce, konkrétně prodeje zboží, vypovídá i skutečnost, že smlouva o rezervaci sálu ze dne 3.12.2009 na předmětnou akci, jejíž pozvánkou byl právě předmětný reklamní leták, byla uzavřena mezi firmou Golden Gate Marketing s.r.o. a městem Olomouc, a rovněž skutečnost, že na stvrzence představující potvrzení o zaplacení vstupného ve výši 25 Kč je uvedeno označení firmy Golden Gate Marketing s.r.o. s datem 3. 12.2009.

Soud nemá pochybnosti o účelu předmětného letáku, jež jednoznačně vyjádřil jeho zástupce dne 6.4.2010, a sice, že k objednání došlo za účelem jejich využití jako pozvánek na akci pořádanou obchodním zástupcem. Žalobce se brání tvrzením, že ze smlouvy o obchodním zastoupení vyplývá, že obchodní zástupce byl pořadatelem a organizátorem dané propagační akce, kterou realizoval v rámci své vlastní podnikatelské činnosti, na svou odpovědnost, v postavení samostatného a nezávislého podnikatele, který není zaměstnancem žalobce ani osobou zmocněnou za něj jednat, a proto žalobce nenese žádnou právní odpovědnost za to, jakým způsobem svou podnikatelskou činnost obchodní zástupce vykonává. Žalobce má za to, že je věcí obchodního zástupce, jaké dárky na propagační akci poskytne a zda splní to, co bylo v propagačních materiálech avizováno.

Podle ustanovení § 652 odst. 1 zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku, ve znění platném v rozhodné době (dále jen „obchodní zákoník“), smlouvou o obchodním zastoupení se obchodní zástupce jako nezávislý podnikatel zavazuje dlouhodobě pro zastoupeného vyvíjet činnost směřující k uzavírání určitého druhu smluv (dále jen "obchody") nebo sjednávat a uzavírat obchody jménem zastoupeného a na jeho účet.

Podle ustanovení § 655 obchodního zákoníku je obchodní zástupce povinen uskutečňovat činnost, k níž je zavázán, poctivě, s vynaložením odborné péče, v dobré víře, je povinen dbát zájmů zastoupeného, jednat v souladu s pověřením a rozumnými pokyny zastoupeného a sdělovat zastoupenému nutné informace, které má k dispozici. Obchodní zástupce podává zastoupenému zprávu o vývoji trhu a o všech okolnostech důležitých pro zájmy zastoupeného, zejména pro jeho rozhodování související s uzavíráním obchodů. Zahrnuje-li smlouva i uzavírání obchodů obchodním zástupcem jménem zastoupeného, je

obchodní zástupce povinen uzavírat tyto obchody jen za obchodních podmínek stanovených zastoupeným, neprojevil-li zastoupený souhlas s jiným postupem. Nemůže-li zástupce vykonávat svou činnost, musí o tom bez zbytečného odkladu podat zprávu zastoupenému.

V daném případě uzavřel žalobce (jako zastoupený) smlouvu o obchodním zastoupení ve smyslu ust. § 652 a násl. obchodního zákoníku s T. V. (jako obchodním zástupcem), v níž účastníci smlouvy nejprve konstatovali, že zastoupený je distributorem spotřebního zboží, které jako provozovatel velkoobchodu prodává a dodává. Dále ze smlouvy vyplývá, že obchodní zástupce se podpisem smlouvy zavazuje jako samostatný podnikatel k činnostem spojeným s prodejem specifikovaného zboží, k činnosti vyvíjené za účelem prodeje tohoto zboží, je zodpovědný za veškeré činnosti s tímto spojené, pronajímání prodejních, reklamních a jiných prostor, vlastního ubytování, odbornou způsobilost apod. Dle smlouvy způsob vedení propagační akce a jednání předcházející uzavření smlouvy, jsou součástí jeho vlastní podnikatelské činnosti, v rámci níž nejedná a nečiní právní úkony za zastoupeného.

K výše uvedeným ustanovením obchodního zákoníku, jež se týkají smlouvy o obchodním zastoupení, je třeba uvést, že smlouva o obchodním zastoupení (která byla mezi žalobcem a jmenovaným zástupcem uzavřena) se vyznačuje tím, že jde o soustavné zprostředkování obchodů určitého druhu jako samostatné podnikatelské činnosti. Od smlouvy o zprostředkování upravené v § 642 a násl. obchodního zákoníku se odlišuje nejen tím, že jde o soustavnou činnost, trvale vykonávanou, ale rovněž, že obsah činnosti obchodního zástupce v určitém směru překračuje pouhé zprostředkování uzavření smluv na daný druh obchodu. Je tomu tak právě proto, že obchodní zástupce je povinen vyvíjet svou činnost s odbornou péčí tak, jak bylo popsáno výše (viz § 655 obchodního zákoníku).

Z výše uvedených ustanovení obchodního zákoníku vyplývá, že ani obchodní zástupce, který uzavírá smlouvu o obchodním zastoupení jako nezávislý podnikatel, nemůže naprosto opomíjet pokyny zastoupeného a především zákonná ustanovení vztahující se k jeho činnosti.

Specifikum dané věci však spočívá v tom, že žalobci byla uložena pokuta na základě veřejnoprávní normy, z níž vyplývá jeho odpovědnost jako zadavatele předmětné reklamy v podobě tiskoviny – reklamního letáku (který se stal současně pozvánkou na předmětnou prodejní akci) a této odpovědnosti se nemůže zprostit tím, že smluvním ujednáním a priori vyloučí svou odpovědnost přenesením na jiný subjekt. Vztah založený smlouvou o obchodním zastoupení je vztahem mezi žalobcem a jeho obchodním zástupcem a případné neplnění závazku z tohoto soukromoprávního smluvního vztahu je věcí vypořádání mezi smluvními stranami, odpovědnost obchodního zástupce je dána vůči zastoupenému. Skutečnost, že obchodní zástupce je samostatným podnikatelem a předmětem jeho činnosti je zprostředkování prodeje (viz smlouva o obchodním zastoupení), je ve vztahu k povinnostem vyplývajícím z veřejnoprávní normy zcela irelevantní.

Pokud tedy žalobci byla v daném případě uložena pokuta dle § 8a odst. 2 písm. d) zákona o regulaci reklamy, a žalobce byl právnickou osobou, která jako zadavatel zadala předmětnou reklamu (což nijak nezpochybňuje), která je nekalou obchodní praktikou (viz dále), nemůže se zprostit své odpovědnosti poukazem na smluvní ujednání s jeho obchodním zástupcem. Jediným liberačním důvodem je důvod dle § 6 odst. 3 věty první zákona o regulaci reklamy, avšak tohoto důvodu se žalobce nedovolává.

K námitkám obsaženým ve druhém žalobním bodu (kdy žalobce namítá, že správní orgány dospěly k nesprávným skutkovým a právním závěrům, pokud uzavřely, že předmětná reklama

byla nepravdivá) soud předně odkazuje na skutková zjištění vyplývající z obsahu předmětné tiskoviny, tj. „letáku“ a blíže k jednotlivým námitkám uvádí:

K námitkám pod bodem a), tj. k nesouhlasu žalobce, že v rozporu s obsahem letáku *nebylo poskytnuto* občerstvení zdarma, a pod bodem b), tj. k nesouhlasu žalobce, že v rozporu s obsahem letáku nebyla zajištěna masáž zdarma pro zájemce, soud uvádí, že námitku týkající se poskytnutí občerstvení zdarma vyvrací I. výrok napadeného prvostupňového rozhodnutí, z něhož vyplývá mj., že žalobce prokazatelně užil nepravdivé údaje o zajištění občerstvení. Žalobci nebylo vytýkáno, že nebylo poskytnuto občerstvení zdarma, nýbrž, že občerstvení nebylo zajištěno vůbec. Tato skutečnost vyplývá z kontrolního protokolu České obchodní inspekce ze dne 3.12.2009 (bod 4 protokolu), který byl doplněn výpověďmi svědků, jejichž výsledky se uskutečnil dne 2. 5. 2011. Svědek F. H. k dotazu, zda bylo na akci občerstvení a jaké, uvedl, že na akci nebylo žádné občerstvení, a k dotazu, zda byla avizovaná „masáž na sále zdarma pro každého účastníka“ zajištěna pro každého účastníka, kdo ji prováděl a o jaký druh masáže se jednalo, uvedl svědek, že žádná masáž prováděna nebyla, zda o ni někdo projevil zájem, si svědek nevzpomíná. Tyto skutečnosti potvrdila i svědkyně Ing. J. B., která k dotazu, zda bylo na akci občerstvení a jaké, uvedla, že občerstvení nebylo k dispozici žádné, v průběhu akce veřejně nikdo avizované občerstvení nepožadoval, na závěr se jedna paní dotazovala, jestli bude nějaké občerstvení, a bylo jí sděleno, že může dostat jen vodu, jinak, že tam není k dispozici nic, a k dotazu, zda byla avizovaná „masáž na sále zdarma pro každého účastníka“ zajištěna pro každého účastníka, kdo ji prováděl a o jaký druh masáže se jednalo, uvedla svědkyně, že v průběhu akce žádná masáž zajištěna nebyla a nebylo ani vysvětleno, z jakého důvodu se masáže nekonaly, k dotazu, zda byla masáž poskytnuta pouze zájemcům a kolik osob projevilo o masáž zájem, uvedla svědkyně, že o masáž projevila zájem jedna osoba, které bylo vysvětleno, že ten den se předvádí jiné výrobky, tudíž se masáže ani neposkytují.

S ohledem na výše uvedené nemohl soud proto přisvědčit žalobci, že je nepravdivým, že v rozporu s obsahem letáku nebylo poskytnuto *občerstvení zdarma* a rovněž, že je nepravdivým, že v rozporu s obsahem letáku nebyla *zajištěna masáž zdarma pro zájemce*. *Stručně lze shrnout, že z provedeného šetření vyplývá, že občerstvení ani masáže nebyly poskytnuty vůbec*, byť byly předem avizovány na „letáku“ reklamními slogany „Občerstvení zajištěno“ a „Masáže na sále zdarma pro každého účastníka“.

K námitkám pod bodem c), tj. k nesouhlasu žalobce, že *nebyly poskytnuty dárky přislíbené v letáku*, soud především poukazuje na obsah předmětného reklamního letáku (soud se jeho obsahem zabýval na str. 5 tohoto rozsudku). Po zhodnocení údajů obsažených v tomto „letáku“, který je současně pozvánkou pro předmětnou prodejní akci, dospěl soud k závěru, že názorně upoutávající zobrazené předměty doplněné slovním popisem a oslovením, které skupině adresátů jsou určeny ve spojení s textem (byť uvedeným menším písmem) „Dárky vyobrazené v tomto letáku se mohou lišit od skutečných předmětů. V případě vyčerpání zásob bude dárek nahrazen jiným dárkem. Ilustrační foto. Podmínkou pro získání dárků je nerušená prezentace“, představují v daném případě nepochybně nabídku účastnit se prodejní akce s tím, že v případě účasti za vstupné 25 Kč obdarování popsány dary. Byť se žalobce brání tvrzením, že leták neoznačuje žádné jmenované věci jako „dárky“, ani blíže neuvádí, za jakých okolností budou takové předměty poskytnuty, tuto jeho obranu vyvrací závěrečný text letáku „...dárky vyobrazené v tomto letáku se mohou lišit od skutečných předmětů.“. V případě vyčerpání zásob bude dárek nahrazen jiným dárkem. Tuto skutečnost nemůže změnit ani okolnost, že citovaný text je uveden výrazně menším písmem. Zda tak bylo učiněno záměrně, či nikoliv, je nepodstatné, rozhodující je obsah tohoto textu jednoznačně užívající opakovaně označení „dárky“.

Správným shledal soud i závěr správních orgánů, že žalobce se jednáním popsaným ve výroku prvostupňového rozhodnutí dopustil porušení zákazu nekalých obchodních praktik uvedením nepravdivých údajů podle ustanovení § 5 odst. 1 písm. a) zákona o ochraně spotřebitele, resp. soud se ztotožnil s právní kvalifikací správních orgánů. Pro kvalifikaci žalobcova jednání jako nekalé obchodní praktiky podle tohoto ustanovení je třeba, aby jednak žalobce uvedl nepravdivý údaj, jednak aby bylo toto jednání v rozporu s požadavky odborné péče a způsobilé podstatně ovlivnit rozhodování spotřebitele tak, že může učinit obchodní rozhodnutí, které by jinak neučinil. V posuzovaném případě žalobce na pozvánce znázornil spotřebitelům avizované dárky nejen textem, ale i obrazem, a to tak, že jsou tato zobrazení ústředním a zdaleka nejvýznamnějším motivem pozvánky, včetně zvýraznění adresné skupiny zákazníků, jimž je určen. Žalobcův úmysl zaujmout spotřebitele právě nabídkou zobrazených dáreků slíbených za návštěvu předváděcí akce za 25 Kč vstupného je zcela zřejmý. Nejvýznamnějším poselstvím pozvánky je právě příslib darů ve znázorněné podobě. S ohledem na obecné povědomí soudu o preferencích průměrného spotřebitele lze bez větších pochybností usoudit, že slib konkrétně popsaného a znázorněného zboží (lak na vlasy, prací prášek, cukr, sada příborů, 4 ks porc. talířů, 2 ks chutného jídla, 2 ks trvanl. salámu, keramický nůž, americký bojový nůž, rádio, 2 kg balení kávy) je bez dalšího způsobilý ovlivnit rozhodování spotřebitele tak, že může učinit obchodní rozhodnutí, které by jinak neučinil, tj. přimět jej k návštěvě akce. Vzhledem ke skutečnosti, že žalobce učinil na pozvánce výhradu možné změny dárku drobným písmem na samém jejím okraji, jednal nepoctivě, tj. porušil požadavky odborné péče, jichž je povinen se jako podnikatel držet. Nepravdivost údaje ve smyslu citovaného ustanovení je relativní kategorií. I tu je třeba posuzovat z perspektivy průměrného spotřebitele, k němuž se jednání podnikatele vztahuje. Skutečnost, že žalobce na pozvánce učinil drobným písmem snadno přehlédnutelnou výhradu, je ve vztahu k průměrnému spotřebiteli zcela irelevantní.

V tomto ohledu lze poukázat na judikaturu Nejvyššího správního soudu, která konstantně aplikuje ustanovení zákona o ochraně spotřebitele eurokonformním způsobem, tj. v souladu s cíli a požadavky směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES, s níž byl zákon o ochraně spotřebitele uveden do souladu. Článek 6 směrnice, upravující klamavá jednání, stanoví, že *obchodní praktika je považována za klamavou, pokud obsahuje nesprávné informace, a je tedy nepravdivá, nebo pokud jakýmkoli způsobem, včetně celkového předvedení, uvádí nebo je schopná uvést průměrného spotřebitele v omyl*. Za klamavou obchodní praktiku je v souladu se směrnicí považováno například uvádění dvojích cen služeb v situaci, kdy cena bez DPH je znázorněna zjevně výrazněji než cena bez DPH. I takové jednání, jakkoli je konkrétně porušením ustanovení § 12 odst. 2 písm. a) zákona o ochraně spotřebitele, je třeba považovat za klamavou obchodní praktiku v širším smyslu (k tomu blíže rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 9As 38/2010). I v případě klamavého uvádění cen se jedná v obecné rovině o uvádění nesprávných (nepravdivých) údajů ve smyslu ustanovení § 5 odst. 1 zákona o ochraně spotřebitele. Analogicky je pak třeba dovodit, že jednání žalobce spočívající v poskytnutí jiného než avizovaného dárku s odkazem na výhradu, která je na pozvánce vyobrazena jako úplně okrajová, je klamavou obchodní praktikou, při níž byl užit nepravdivý údaj. Námitka žalobce, podle níž je protiprávně sankcionován za to, že spotřebitele pravdivě informoval, je proto nedůvodná.

S ohledem na výše uvedené neshledal soud žádnou z námitek uplatněných ve druhém žalobním bodu úspěšnou.

K námitkám ve třetím žalobním bodu, kdy žalobce nesouhlasí s „výsledky“ pracovníků České obchodní inspekce, neboť má za to, že takovým postupem je obcházena úprava zakotvená v zákonu o státní kontrole s tím, že došlo k porušení jeho procesních práv a výpověď pracovníků České obchodní inspekce jsou vágní a neurčité, soud ze správního spisu zjistil, že

- dne 13. 4. 2011 vydal Krajský úřad Olomouckého kraje vyrozumění o prováděném úkonu, kterým budou výsledky svědků Ing. J. B. a F. H. (oba pracovníci České obchodní inspekce) ve věci vedeného správního řízení s právnickou osobou Golden Gate marketing s.r.o., která je zadavatelem letáku na předváděcí akci, která se konala dne 3. 12. 2009 v Olomouci, Slovanský dům. Důkaz výsledkem svědků bude proveden dne 2. 5. 2011 od 14,00 do 16,00 hod. Vyrozumění bylo doručeno právnímu zástupci firmy Golden Gate marketing s.r.o. dne 15. 4. 2011 (viz poštovní doručenska);
- dne 2. 5. 2011 se uskutečnil výslech svědků Ing. J. B. a F. H., kteří po poučení dle § 55 odst. 1 správního řádu a poučení dle § 206 a § 209 trestního zákona odpovídali na dotazy týkající se předváděcí akce, která se konala dne 3. 12. 2009 v Olomouci, Slovanský dům. Oběma svědkům byly položeny otázky, které byly soudem konstatovány v posledním odstavci na str. 7 tohoto rozsudku, včetně jejich odpovědí. Kromě pracovníků správního orgánu a svědků nebyl výslechům svědků nikdo přítomen;
- přípisem ze dne 18. 5. 2011, včetně příloh (Protokoly o výslechu svědků dle ust. § 55 správního řádu) byl zástupce žalobce seznámen s protokoly o provedených výsleších s tím, že mu byla poskytnuta lhůta k vyjádření se do 3. 6. 2011, přípis byl doručen dne 23. 5. 2011 (viz poštovní doručenska).

Ani námitky obsažené ve třetím žalobním bodu nemohl shledat soud důvodnými. Především nelze souhlasit s žalobcem, že byla porušena jeho procesní práva, neboť jeho právní zástupce byl o úmyslu správního orgánu provést svědecké výsledky řádně a včas vyrozuměn, mohl se jich tedy účastnit, popř. klást svědkům otázky z vlastní iniciativy. Pokud tohoto práva účastníka řízení nebylo využito, nelze to přičítat na vrub správního orgánu. Z obsahu správního spisu vyplývá rovněž, že po uskutečnění svědeckých výsledků byl účastník řízení prostřednictvím svého zástupce s protokoly o výslechu svědků řádně seznámen a byla mu i dána možnost, aby se k nim vyjádřil. Takovému postupu nelze dle soudu nic vytknout.

Pokud žalobce namítá, že výpovědi pracovníků České obchodní inspekce jsou vágní a neurčité, nelze s ním zcela souhlasit. Jednak je pochopitelné, že s odstupem času nemusí být průběh předmetné předváděcí akce podrobně uchován v paměti svědků, ale především vypovídací hodnota výpovědí těchto svědků je vzhledem ke zjišťovaným skutečnostem zcela dostačující a výpovědi svědků toliko potvrzují průběh předváděcí akce tak, jak byl již zaznamenán v kontrolním protokole.

K nesouhlasu žalobce s „výsledky“ pracovníků České obchodní inspekce, protože takovým postupem mělo dojít k obcházení úpravy dle zákona o státní kontrole, soud uvádí, že v daném případě bylo vedeno správní řízení o správním deliktu, které bylo zahájeno na základě „Oznámení zjištění“ ze dne 8. 12. 2009, které učinila Česká obchodní inspekce. Přílohou tohoto podnětu k zahájení řízení se stal kontrolní protokol ze dne 3. 12. 2009. V souladu se zásadou materiální pravdy má kontrolní orgán nepochybně povinnost vyhotovit správný a úplný protokol o kontrole. V daném případě výsledky svědků byly toliko potvrzeny skutečnosti již zachycené v kontrolním protokolu a správní orgán prvního stupně k nim přistoupil proto, že mu tak bylo uloženo ve zrušujícím rozhodnutí odvolacím orgánem.

K námitkám ve čtvrtém žalobním bodu, kdy namítá žalobce nepřiměřenost uložené pokuty, a to s ohledem na skutečnost, že šlo o první pochybení obdobného charakteru, které se vztahovalo k malé propagační akci v důsledku postupu konkrétního obchodního zástupce, soud uvádí, že námitkou tohoto obsahu se zabýval již prvostupňový orgán, který na str. 5 rozhodnutí mj. uvedl v rámci stanoviska odvolacího orgánu, že pokuta v obecné rovině vyjadřuje postih za jednání, které by mohlo ohrozit potenciální spotřebitele. V daném případě se jedná o reklamní prezentaci, která je nekalou obchodní praktikou, směřující převážně proti účastníkům předváděcí akce, kteří jsou vyššího věku, neboť tyto osoby většinou navštěvují podobné reklamní prezentace. Z tohoto důvodu jsou zejména starší spoluobčané snadným „terčem“ klamavých obchodních praktik, jímž se většinou vůbec nedokáží bránit (nebo pouze s obtížemi). Tyto osoby často disponují omezenými finančními prostředky (v současné době finanční krize je pro ně často již samotné vstupné 25,- Kč významnou položkou v jejich domácím rozpočtu), z tohoto důvodu je reklama, která je nekalou obchodní praktikou směřující proti nim jako spotřebitelům, krajně nesolidní, ponižující a pro obchodníky nedůstojná. Snaha o ochranu spotřebitelů před nekalými obchodními praktikami v reklamě, resp. závažnost správního deliktu, kterým je jednání spočívající v zadání a použití reklamy, která je nekalou obchodní praktikou, je vyjádřena v zákoně o regulaci reklamy adekvátním způsobem, a to maximální možnou sankcí 5.000.000,- Kč. Správní orgán na str. 7 rozhodnutí dodal, že ve věci akceptace nálezu pléna Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 38/02 ze dne 9. března 2004 ve vztahu k uložené částce pokuty, prokazatelně respektoval výchovný účel pokuty a provedl další snížení z částky 50.000,- Kč na 19.000,- Kč, a to zejména s ohledem na citované rozhodnutí Ústavního soudu, a současně přihlédl ke společností zdůrazňovaným nelepším se hospodářským výsledkům. Odvolací orgán v napadeném rozhodnutí ze dne 18. 11. 2011 doplnil, že vzhledem k horní hranici možného sankčního postihu plní výše pokuty spíše výchovný účel a je v daném případě přiměřená.

Předně je třeba uvést, že v obecné rovině vzhledem ke spáchanému správnímu deliktu nepovažuje soud uloženou pokutu za nepřiměřeně tvrdou. Žalobce se konkrétně dovolává tvrdosti s poukazem na obdobné případy prvního pochybení, či z toho důvodu, že maximální výše sankce je určena pro extrémní případy porušení povinnosti zvláště hrubým způsobem.

Soud neshledal pokutu nepřiměřeně tvrdou, i když by se v daném případě mělo jednat o první případ popsaného protiprávního jednání žalobce, neboť je evidentní, že pokuta ve výši 19 000 Kč nepředstavuje z maximální možné částky pokuty ve výši 5 000 000 Kč ani půl procenta. V takovém případě námitky žalobce nemohl shledat soud adekvátní posuzované věci. Soud má za to, že v daném případě uložená pokuta skutečně představuje spíše symbolickou výši a plní toliko preventivní funkci, neboť pokuta uložená v této výši reprezentuje především upozornění žalobci, že chovat se způsobem v rozporu se zákonem není žádoucí. Represivní složka uložené sankce v daném případě ustupuje do pozadí, a to právě s ohledem na ekonomickou situaci žalobce. Přesto je soud toho názoru, že nelze zcela rezignovat na uložení sankce žalobci s ohledem na jeho aktuální ekonomickou situaci, která se jednak může změnit a jednak proto, že nelze tolerovat deliktní jednání žalobce toliko z důvodu nepostižitelnosti s poukazem na to, že jeho ekonomická činnost vykazuje negativní výsledek.

Vzhledem ke shora uvedenému soud žalobu jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s. ř. s. zamítl.

O nákladech řízení rozhodl soud podle § 60 odst. 1 s. ř. s., neboť neúspěšnému žalobci náhrada nákladů řízení nepřísluší a žalovanému žádné náklady řízení nevznikly.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí 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.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Připadne-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejblíže následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

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 8. října 2014

JUDr. Ludmila Sandnerová, v.r.
předsedkyně senátu

Za správnost vyhotovení: Matznerová, DiS.