



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Městský soud v Praze rozhodl v senátu složeném z předsedkyně JUDr. Ivanky Havlíkové a soudců JUDr. Naděždy Řehákové a Mgr. Martina Kříže v právní věci **žalobce: Delpharmea Nutraceuticals, a.s** se sídlem Praha 1, Nové město, Panská 895/6, IČO 63080940, proti **žalované: Rada pro rozhlasové a televizní vysílání** se sídlem Praha 2, Škrétova 44/6, o žalobě proti rozhodnutí žalované ze dne 2.12.2008, sp. zn. 2007/184/tyl, č.j. had/446/09,

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 :

Žalobce se podanou žalobou pomáhal přezkoumání v záhlaví uvedeného rozhodnutí žalované, který mu byla uložena pokuta ve výši 630 000 Kč za porušení povinnosti stanovené v § 5d odst. 2 zákona č. 40/1995 Sb., o regulaci reklamy (dále jen zákon o reklamě) v souladu s § 8a odst. 2 písm. g) a odst. 6 písm. b) téhož zákona. K porušení povinnosti došlo zařazením reklamy na doplněk stravy Cortisil (mutace 2) do televizního vysílání ode dne 8.1.2007 do 31.1.2007, ve které nebyl text „doplněk stravy“ zřetelný. Zároveň žalovaná rozhodla o lhůtě splatnosti a místě plnění.

Žalobce v podané žalobě namítl, že rozhodnutí žalované je založeno na nesprávném právním posouzení, některé závěry nejsou doloženy relevantními skutečnostmi a důkazy, rozhodnutí chybí správní úvaha o uložení pokuty.

K procesním a jiným vadám žalobou napadeného rozhodnutí a jemu předcházejícího správního řízení žalobce tvrdil, že v daném správním řízení již bylo jednou rozhodnuto a Městský soud v Praze toto rozhodnutí zrušil. V nynějším rozhodnutí žalovaná nerespektuje závazné právní závěry soudu. Nadto žalovaná vydala nové rozhodnutí, aniž by žalobce

seznámila s podklady a umožnila mu vyjádřit se k nim. Tím postupovala v rozporu s § 36 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb. správní řád (dále jen správní řád).

Žalobce dále tvrdil, že není zadavatelem napadené reklamy, ale jejím zpracovatelem. Tato skutečnost jednoznačně vyplývá z jeho vyjádření k usnesení o zahájení správního řízení ze dne 23.4.2007. Žalobce tak byl sankcionován za skutek, který nemohl spáchat. K tomu žalobce poukázal na tři rozhodnutí žalované, která v žalobě konkrétně označil. V těchto řízeních žalovaná jiná řízení zahájena proti žalobci jako zadavateli reklamního spotu zastavila, neboť po upozornění žalobce shledala, že není zadavatelem, ale jeho zpracovatelem. Žalobce rovněž poukázal na rozhodovací praxi Městského soudu v Praze, podle které je-li účastník žalovanou nesprávně označen jako zadavatel, nikoliv zpracovatel, a jako zadavatel je i sankcionován, je to důvod pro zrušení rozhodnutí a vrácení k dalšímu řízení. Žalovaná měla po zjištění, že žalobce je zpracovatelem a nikoliv zadavatelem pro neexistenci skutku řízení zastavit a zahájit nové řízení proti žalobci jako zpracovateli. O domnělém správním deliktu spočívajícím ve zpracování napadené reklamy v rozporu s § 5d odst. 2 zákona o reklamě se však žalovaná dozvěděla 23.4.2007 z vyjádření žalobce. Lhůta podle § 8b odst. 3 zákona o reklamě tak již uplynula, respektive odpovědnost za případný správní delikt zanikla.

Žalobce rovněž upozornil, že žalovaná sankcionovala žalobce v obdobném řízení ve věci Cortisil mutace 1 (u zdejšího soudu vedeno pod sp. zn. 9 Ca 79/2009). Žalovaná tak vedla dvě samostatná správní řízení o jednom skutku a v obou řízeních vydala samostatná rozhodnutí. Tím porušila zásadu ne bis in idem. Přitom napadená reklama vychází ze stejného základu jako reklamní spot, ať už se jedná o mutaci 1 či 2. Tím došlo k porušení zásady hospodárnosti dle § 6 odst. 2 správního řádu.

Žalobce nesouhlasil s výkladem pojmu „zřetelný“ a tvrdil, že žalovaná neuvedla v odůvodnění svého rozhodnutí žádné relevantní tvrzení či důkaz, kterým by skutečnost, že text „doplňek stravy“ byl v napadené reklamě uveden zřetelně, jakkoliv vyvrátila. Žalovaná vyložila text pojmu zřetelný, aniž si nechala vypracovat znalecký posudek či učinila průzkum. K tomu poukázal na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu (dále jen NSS) ze dne 30.11.2006, č.j. 5As 59/2006-85. Žalobce zdůraznil existenci ustanovení § 50 odst. 3 správního řádu a rovněž upozornil, že úvaha žalované, která vykládá neurčitý právní pojem „zřetelný“, musí relevantním způsobem zohledňovat hledisko průměrného spotřebitele a nemůže vykládat zákonná ustanovení, jejichž cílem je ochrana spotřebitelů tak, aby nad rámec potřeby zasáhla do práv subjektů ostatních.

Žalobce dále poukázal na to, že právní úprava ustanovení § 5d odst. 2 zákona o reklamě byla začleněna do právního řádu zákonem č. 25/2006 Sb., účinným od 25.1.2006, tj. relativně krátce před vytvořením a vysíláním napadené reklamy. I pro případ, že by mohlo být považováno jednání žalobce za porušení ustanovení § 5d odst. 2 zákona o reklamě, pak by udělená pokuta byla neadekvátní.

Způsob, jakým žalovaná stanovila výši pokuty je podle žalobce nezákonný a v rozporu s principy a zásadami pro ukládání sankcí ve smyslu § 8b odst. 2 zákona o reklamě, s požadavkem řádného odůvodnění a přezkoumatelnosti, posouzení závažnosti deliktu, respektive přiměřenosti sankce okolnostem případu, principem ochrany legitimního očekávání a s povinností žalované respektovat závazné pokyny soudu rozhodujícím o předchozím rozhodnutí. Část žalobou napadeného rozhodnutí týkající se pokuty a jejího uložení je tak nelogická, nepřezkoumatelná, respektive nezákonná, porušující ustanovení § 50 odst. 3 správního řádu, neboť nesprávně posoudila znaky skutkové podstaty jako přitěžující okolnost. Je třeba odmítnout s tím související úvahu žalované, že nedostatečným uvedeným textu „doplňek stravy“ může dojít k záměně za léčivo. Taková úvaha jde nad rámec zákona. Žalovaná přitom v jiné souvislosti (článek II rozhodnutí) v rozporu s tímto závěrem uvádí, že zákonná podmínka zřetelnosti textu neobsahuje podmínku matení zákazníka. Žalovaná dále nezohlednila kritéria dle § 8b odst. 2 zákona o reklamě a jediným z kritérií, které vzala do

úvahy, byly následky spáchaného správního deliktu. Ty však posoudila nedostatečně, neboť neuvážila, kdy byla napadená reklama uvedena, kolik diváků a jakého složení ji mohlo sledovat, jaký měla či mohla mít dopad na příjemce reklamy. Tvzení žalované, že premiérově uvedená reklama byla vysílána v tzv. prime time nic nemění na skutečnosti, že žalovaná již dále neposuzovala, kdy byla reklama vysílána v následujících reprízách. Žalovaná rovněž nezohlednila existenci řízení o jiné mutaci reklamy (mutaci 1).

Zcela nepřisvědčivě žalovaná konstatovala, že oba reklamní spoty jsou odlišného obsahu, různé délky trvání, odlišné doby premiéry a doby vysílání repríz a bez bližšího odůvodnění uvedla, že v tom neshledává polehčující okolnost. Nevzala v úvahu souvislost mezi oběma mutacemi, postupovala schématicky a sankcionovala žalobce za totéž jednání dvakrát. Žalovaná rovněž nezohlednila, že žalobcem bylo v podstatě okamžitě opuštěno od dalšího vysílání obou mutací reklamy. Žalovaná uložila pokutu ve stejné výši jako v předchozím rozhodnutí a svou výši navíc zcela vybočila z mezí, neboť v obdobných případech je výše pokuty zpravidla 100 000 Kč. K tomu žalobce poukázal na konkrétní správní řízení. Rozhodnutí žalované v projednávané věci je tak navíc nepředvídatelné a tím v rozporu s § 2 odst. 4 správního řádu. Žalovaná měla uložit sankci souhrnnou, neboť se jedná o zbíhající správní delikt. Za zbíhající správní delikt by přitom měly být považovány i další domnělé správní delikty o nichž vedla žalovaná proti žalobci správní řízení již dříve. K tomu žalobce poukázal na konkrétní správní řízení.

Žalobce žádal, aby soud žalobou napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil žalované k dalšímu řízení, eventuelně v případě, že shledá porušení zákona, výši uložené pokuty snížil či od potrestání upustil.

V písemném vyjádření k žalobě žalovaná argumentovala obdobně jako v odůvodnění svého rozhodnutí. K námitce nerespektování předchozího soudního rozhodnutí uvedla, že žaloba tuto námitku nijak nekonkretizuje a pouze konstatuje, že došlo k udělení pokuty ve stejné výši. K tomu žalovaná poukázala na předchozí rozhodnutí soudu, který se k výši pokuty vyjádřil v té míře, že ji shledat nedostatečně odůvodněnou. K námitce, že nebyl seznámen s obsahem spisu, poukázala na nahlížení zástupce žalobce do spisu dne 18.4.2008 s tím, že od té doby spis nebyl doplňován. K nesprávné identifikaci žalobce jako zadavatele poukázala na vyjádření žalobce ze dne 23.4.2007. Analogie se správními řízení, která žalobce v žalobě označil, je bezpředmětná, neboť v těchto řízeních žalobce již ve vyjádření rozporoval skutečnost, že je zadavatelem. K nesprávnosti spočívající ve vedení dalších správních řízení žalovaná poukázala, že každá mutace reklamního spotu je samostatným reklamním spotem a proto může být podle zákona o reklamě posuzován samostatně, což odpovídá praxi správních soudů, např. ve věci 9Ca 406/2007. K výkladu pojmu zřetelný žalovaná poukázala na judikaturu správních soudů, ze které vyšla s tím, že její výklad jednoznačně odráží hledisko průměrného spotřebitele. K nezákonnosti uložené sankce žalovaná poukázala na svou správní úvahu v odůvodnění rozhodnutí. K návrhu moderace uvedla, že je oprávněna uložit sankci, zjistí-li porušení zákona o reklamě, v její kompetenci není vydávat závazná výkladová stanoviska. K námitce souhrnné sankce znovu poukázala na to, že každá mutace reklamního spotu je samostatným reklamním spotem a proto může být její soulad se zákonem o reklamě posuzován samostatně. Na závěr žalovaná shrnula, že žalobce je prokazatelně i zadavatelem reklamního spotu, reklamní spot je řádně popsán a je z něj zřejmé vše podstatné pro účely správního řízení. Popis audiovizuálního záznamu nemůže být nikdy explicitním vyjádření zvukově obrazové složky. Žalobce v této skutečnosti opomíjí nezvratný fakt, že žalovaná má pro účely správního rozhodnutí k dispozici záznam uvedeného spotu. Reklamní spot nesplnil zákonné podmínky § 5d odst. 2 zákona o reklamě. Žalovaná postupovala ve správním řízení přecházejícím vydání žalobou napadenému rozhodnutím v souladu se zákonem. Žalovaná

žádala, aby soud žalobu zamítl a návrh na upuštění od potrestání či moderaci pokuty neshledala důvodným.

V průběhu řízení před soudem bylo zjištěno, že na majetek žalobce byl prohlášen konkurz a byl ustanoven insolvenční správce. Ten k dotazu soudu zaujal procesní stanovisko, že se necítí být účastníkem řízení, neboť řízení nebylo prohlášením konkurzu přerušeno. K tomu poukázal na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 5As 64/2009, podle kterého se ve smyslu § 266 odst. 1 zákona č. 172/2006 Sb. o úpadku a způsobech jeho řešení (dále jen insolvenční zákon) nepřerušují mimo jiné i řízení o jiných správních deliktech, přičemž je třeba vzít v úvahu rovněž ustanovení § 170 odst. 1 písm. d) téhož zákona, podle něhož se žádným ze způsobu řešení úpadku neupokojí, není-li dále stanoveno jinak, mimosmluvní sankce postihující majetek dlužníka s výjimkou případů zde uvedených. Podle NSS tak v konkurzu nemohou být uspokojeny mimo jiné veřejnoprávní pohledávky z pokut udělených za správní delikty.

V nyní projednávané věci byla žalobci udělena pokuta za správní delikt. Soud proto dospěl k závěru, že řízení nebylo prohlášením insolvence na majetek žalobce přerušeno a nadále jednal se žalobcem jako účastníkem řízení.

Při ústním jednání soud jednal v nepřítomnosti žalobce. Soud provedl důkaz záznamem reklamního spotu na DVD z obsahu správního spisu žalované. Zástupce žalované poukázal na judikaturu NSS k výkladu pojmu zřetelnost, kterou se řídil, např. sp. zn. 7As 48/2008, a žádal, aby soud žalobu zamítl.

Soud přezkoumal žalobou napadené rozhodnutí, jakož i řízení, které předcházelo jeho vydání, v rozsahu žalobou tvrzených bodů nezákonnostmi, kterými je vázán, podle skutkového a právního stavu ke dni vydání žalobou napadeného rozhodnutí, a dospěl k závěru, že žaloba není opodstatněná.

Při posouzení soud vyšel z následující právní úpravy:

Podle ustanovení § 5d odst. 2 zákona o reklamě v rozhodném znění reklama na doplněk stravy musí obsahovat zřetelný, v případě tištěné reklamy dobře čitelný, text "doplněk stravy".

Podle ustanovení § 8a odst. 2 písm. g), odst. 6 písm. b) téhož zákona Právnická nebo podnikající fyzická osoba se dopustí správního deliktu tím, že jako zadavatel poruší podmínky stanovené pro obsah reklamy v § 2 odst. 3 nebo 4, § 2b, 2c, § 3 odst. 6, § 4, § 5 odst. 3, 4 nebo 5, § 5a odst. 1, 2, 5, 6, 7 nebo 8, § 5b odst. 2 nebo 8, § 5d, § 5e odst. 1, § 5f, § 5g odst. 1, § 5h nebo § 6a odst. 1 (odst. 2 písm.g)), za správní delikt podle odstavce 2 se uloží pokuta do 2 000 000 Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 2 písm. b), e), f), g) nebo h) (odst. 6 písm. b)).

Podle ust. § 8b odst. 2 téhož zákona při určení výměry pokuty právnické osobě se přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.

Podle ustanovení § 2 odst. 4 téhož zákona správní orgán dbá, aby přijaté řešení bylo v souladu s veřejným zájmem a aby odpovídalo okolnostem daného případu, jakož i na to, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly.

Podle ustanovení § 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 ustanovení § 50 odst. 3 správního řádu právní orgán je povinen zjistit všechny okolnosti důležité pro ochranu veřejného zájmu. V řízení, v němž má být z moci úřední uložena povinnost, je správní orgán povinen i bez návrhu zjistit všechny rozhodné okolnosti svědčící ve prospěch i v neprospěch toho, komu má být povinnost uložena.

Žalobce v podané žalobě předně namítal, že žalovaný nerespektoval závazné právní závěry soudu vyslovené v jeho předchozím rozhodnutí, nadto rozhodnutí žalovaná vydala, aniž by mu umožnila seznámit se s jeho podklady.

Z obsahu spisového materiálu a odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí k tomu vyplynulo, že rozsudkem ze dne 30.10.2008 č.j. 11Ca 67/2008-69 Městský soud v Praze rozhodnutí žalované ze dne 7.11.2007, sp. zn. 2007/184/tyl, č.j. had/1113/08 (dále jen předchozí rozhodnutí) zrušil a věc vrátil žalované k dalšímu řízení. Za důvodnou soud považoval námitku o výši uložené pokuty, kdy dospěl k závěru, že žalovaná pochybila a nedostála své povinnosti hodnotit při úvaze o výši pokuty ta hlediska, která stanoví zákon o reklamě. Soud se neztotožnil rovněž s právním názorem žalované o tom, že zákon připouští, respektive nevylučuje, možnost matematického vzorce pro výpočet výše ukládané pokuty v závislosti na počtu odvysílaných reklamních spotů obsahující v daném případě mutaci 2 reklamy na přípravek Cortisil s tím, že násobek částky 10 000 Kč se soudu jeví jako mechanické hledisko, které zákon nezná a jehož uplatnění brání právě zákonem o reklamě formulovaná hlediska pro ukládání pokut. Podle soudu bylo nepochybně zřejmé, že opakované odvysílání téhož reklamního spotu se může ve výši ukládané pokuty projevit, avšak za současného přihlídnutí např. k tomu o jaký charakter vysílání se jedná, v jakém vysílacím čase k odvysílání došlo, dále co je předmětem reklamního spotu a třeba i ke skutečnosti, že jde o opakované působení na adresáta televizního vysílání. Všechna tato hlediska jsou ze své povahy i díkce zákona hledisky, které je správní úřad povinen zohlednit v rámci úvahy o výši ukládané sankce. Matematický vzorek však takovým hlediskem není a být nemůže, neboť jde o formalistický nástroj, který v podstatě vylučuje, aby se v rozhodnutí správního úřadu mohla projevit hlediska zákonem předvídaná a výslovně upravena. Naproti tomu soud neshledal důvodnými námitky předně podané žaloby týkající se údajného porušení tzv. absorpční zásady při ukládání sankce za více jednání, tj. za opakující se jednání, ve kterém je spatřováno porušení zákona. K tomu soud uvedl, že v projednávané věci došlo k odvysílání dvou, byť nepatrně odlišných, pořadů, bylo proto možné, aby správní úřad o těchto pořadech vedl dvě samostatná řízení. Částečnou důvodnost lze spatřovat v této souvislosti s námitkou, že z odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí není jednoznačně patrné, jakým způsobem správní úřad při ukládání sankce za odvysílání mutace 1 a mutace 2 reklamy na přípravek Cortisil zohlednil to, že jde o pořady téhož zadavatele, na týž přípravek, velmi podobného obsahu, které se liší délkou spotu, obrazovým ztvárněním a jak vyplývá z obsahu spisového materiálu i celkovým množstvím odvysílaných repríz. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí není zřejmé, jaký způsobem správní úřad přihlížel k tomu, že základní účely reklamního spotu, to je propagace přípravku Cortisil, je v případě obou mutací shodný. Soud zastával názor, že správní úřad byl povinen při úvaze o výši uložené sankce tyto okolnosti zohlednit, vzít v úvahu, že žalobcem bylo v podstatě okamžitě upuštěno od dalšího vysílání obou mutací reklamy a skutečnost, že hodnocení následku je v případě obou mutací stejné. Soud se dále neztotožnil s žalobními námitkami, jimiž žalobce napadl způsob výkladu pojmu „zřetelný“ tak, jak je provedl v odůvodnění napadeného rozhodnutí žalovaný správní

úřad. Nedůvodnost této žalobní námitky soud spatřoval v tom, že sice na rozdíl od žalované podle názoru soudu je pojem zřetelný pojmem obecnějším než pojem čitelný, ale za správnou označil úvahu žalované, že jej lze hodnotit v kontextu uvedené věci a aplikovaného právního ustanovení i jako viditelný, výrazný, jasný, nepochybný či patrný. Soud považoval na druhé straně za nutné vyjádřit své výhrady k tomu, pokud je hodnocena otázka srozumitelnosti, respektive, je-li ztotožňován pojem nezřetelný s pojmem nesrozumitelný, protože v různých případech může být ten který daný výraz zcela jasný i zřetelný, ale to samo o sobě nemusí mít nutně vliv na jeho srozumitelnost z hlediska vhodnosti jeho použití, logiky apod. Pokud jde o pojem čitelný, ten nepochybně připadá v úvahu tam, kde činnost vůbec připadá pojmově v úvahu, to je kde adresát čte ať již text na papíře či na obrazovce. V daném případě byla podle soudu žalobci pokuta uložena za jednání v podobě televizního vysílání, takže má soud za to, že pojem čitelný je s ohledem na povahu projednávaného jednání podřaditelný i pod pojem zřetelný. Závěrem soud uvedl, že označený doplněk stravy v případě propagace přípravku Cortisil bylo u obou mutací reklamy voleno malými písmeny umístěnými na okraji obrazu odvysílané reklamy, což vyvolalo vážné pochybnosti o tom, na kolik takto umístěný a provedený údaj byl zřetelný.

Z uvedeného je zřejmé, že senát 11Ca projednávající žalobu proti předchozímu rozhodnutí žalované zavázal žalovanou právním názorem ohledně posouzení výše uložené pokuty (630 000 Kč) z hlediska zákona o reklamě, když se neztotožnil s použitím matematického vzorce pro její výpočet. K tomu měla vzít žalovaná dále v úvahu, že byly odvysílány pořady téhož zadavatele, na týž přípravek, velmi podobného obsahu (mutace 1 a mutace 2), které se liší délkou spotu, obrazovým ztvárněním, celkovým množstvím odvysílaných repríz, že základní účel reklamního sportu, to je propagace přípravku Cortisil, byl v případě obou mutací shodný, že žalobcem bylo v podstatně okamžité upuštěno od dalšího vysílání obou mutací reklamy a že následky porušení zákona o reklamě mohlo mít na adresáty vysílání v případě obou mutací totožný dopad. Pouze v tomto rozsahu byl tedy správní úřad vázán právním názorem soudu, který ve zrušujícím rozsudku vyslovil (§ 78 odst. 5 s.ř.s.). Ostatní námitky týkající se výkladu pojmu zřetelný a tzv. absorpční zásady při ukládání sankce za více jednání či za opakující se jednání, ve kterém je spatřováno porušení zákona soud shledal neopodstatněnými z důvodu shora uvedených.

V odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí žalovaná, vázána právním názorem soudu, uvedla, že žalobce je zadavatelem reklamy, kterou blíže popsala. Konstatovala skutečnosti, které žalobce uvedl ve vyjádření účastníka řízení dne 23.4.2007 a jak se s jeho námitkami a návrhy vypořádala. Dospěla k závěru, že reklamou na doplněk stravy Cortisil (mutace 2) byla porušena povinnost daná ustanovením § 5d odst. 2 zákona o reklamě a uvedla, kterými úvahami byla při svém rozhodování vedena a proč považuje text za nezřetelný, tedy nevýrazný a nesrozumitelný. Při rozhodování o výši pokuty žalovaná vyšla z ust. § 8a odst. 6 písm. c) zákona o reklamě ve spojení s ust. § 8a odst. 6 písm. b) téhož zákona s možnou výší maximální sankce 2 000 000 Kč. Žalovaná shledala porušení ustanovení § 5d odst. 2 zákona o reklamě za závažné a uvedla, že doplněk stravy je potravinou charakterizovanou podle § 2 písm. j) zákona č. 110/1997 Sb. ve znění zákona č. 296/2007 Sb. a nedostatečně zřetelné ztvárnění textu doplněk stravy u diváků vyvolává možnou záměny za léčivo dle zákona 296/2003 Sb. Léčivo ve své podstatě podléhá zvýšené kontrole a dozoru a jako takové je vnímáno spotřebiteli jako prostředek spojený s odbornou lékařskou erudicí a tedy zaručené účinnosti. Možná záměna doplňku stravy za léčivo může vyvolat u spotřebitele dojem o „větší exkluzivitě a účinku“ přípravku a je tak jednoznačným hlediskem u ekonomického rozhodování diváka. Při rozhodování o výši pokuty žalovaná přihlédla i k faktu, že na totožný výrobek Cortisil byla odvysílána reklama v mutaci 1 a měla za to, že se jednalo o samostatný reklamní spot, který byl odlišný obsahem (zde žalovaná uvedla podrobný přepis obsahu mutace 1), odlišný délkou trvání (stopáž mutace 1 trvala 30

sekund) a odlišných v premiéře a době vysílání repríz (zde žalovaná uvedla konkrétní data týkající se vysílání mutace 1 a mutace 2). Žalovaná neshledala ve skutečnosti, že byla v určitém časovém období odvysílána reklama na stejný výrobek, avšak v jiné mutaci, žádnou polehčující okolnost a dospěla k závěru, že divák byl kontinuálně ovlivňován reklamními spoty, které nesplnily podmínku danou § 5d odst. 2 zákona o reklamě. Shledala tak splněné všechny zákonné podmínky pro udělení sankce v mezích zákona o reklamě ohraničené zákonnou hranicí 2 000 000 Kč, přitom přihlédla ke skutečnosti, že reklama byla vysílána na dvou celoplošných televizních plnoformátových programech (Nova a Prima televize), přičemž oba programy patří mezi dva komerčně nejúspěšnější, což je skutečnost obecně známá. Dále poukázala na zákon č. 231/2001 Sb. a jeho definici plnoformátového programu a uvedla, že reklama byla do vysílání zařazena premiérově v tzv. prime timu, tedy v času s předpokládanou nejvyšší sledovaností a byla odvysílána celkem 63x v době od 8.1. do 31.1.2007. Podle žalované lze tak mít za nepochybné, že během tohoto období byla reklamním spotem oslovena řada diváků, čímž mohlo dojít k jejich zmatení a záměně tohoto potravinového doplňku za lék. K tvrzení žalobce, že reklama byla stažena z vysílání žalovaná nemohla přihlédnout jako k polehčující okolnosti, neboť v rámci správního řízení nebyla prokazována délka reklamní kampaně. Žalovaná o zahájení správního řízení rozhodovala v měsíci březnu 2007, tedy více jak jeden měsíc po ukončení vysílání reklamy.

Podle stanoviska soudu tak žalovaná dostala své povinnosti respektovat závazný právní názor, který soud v předchozím zrušujícím rozsudku vyslovil. Z odůvodnění jejího rozhodnutí stran výše uložené pokuty je nadevší pochybnost zřejmé, že se zabývala tím o jaký charakter vysílání se jedná, v jakém vysílacím čase k odvysílání došlo, co bylo předmětem reklamního spotu, že se jednalo o opakované působení na adresáta televizního vysílání, o odvysílání dvou mutací téhož přípravku od téhož zadavatele, reklamního spotu velmi podobného obsahu, který se lišil délkou spotu, obrazovým ztvárněním i počtem odvysílaných repríz, i s tím, že účel reklamního sdělení byl v případě obou mutací shodný. Žalovaná se zabývala rovněž obranou žalobce, že od dalšího vysílání upustil a otázkou dopadu vysílání na jeho adresáty. Lze tak uzavřít, že žalovaná výši pokuty uloženou být ve stejné výši jako v předchozím rozhodnutí důkladně odůvodnila hledisky danými zákonem o reklamě ve smyslu shora citovaného ustanovení § 8a odst. 6 písm. b) a § 8b odst. 2 zákona o reklamě a hodnotila celkovou výši možné sankce, přihlédla k tomu, že reklama byla vysílána na dvou celoplošných televizních plnoformátových programech v čase s předpokládanou nejvyšší sledovaností v uvedeném období a počtu, zabývala se odlišnostmi jednotlivých mutací téhož výrobku. K tomu soud poukazuje na své rozhodnutí ve věci sp. zn. 9Ca 406/2007, kde judikoval, že pokud došlo k prezentaci jednotlivých reklamních spotů v různých časech a na různých televizních stanicích, pak tím, že se jednalo o působení na diváka – spotřebitele - v různých časech na různých programech, došlo k působení na rozdílnou skupinu diváků a bylo tedy právem hodnoceno z hlediska zákonem garantované ochrany diváka – spotřebitele jako samostatná skutková podstata, byť šlo o stejný potravinový doplněk. Rozhodující pro posouzení jednání byl obsah konkrétní reklamy, pro kterou byl vždy vyhrazen jiný čas a byla odvysílána u jiného provozovatele. Nevedení společného řízení a možnost vést samostatná a oddělená správní řízení tak nemělo vliv na přiměřenost výše pokuty. Ta byla žalovanou důvodně posouzena s ohledem na četnost vysílání, samostatné působení na diváka ve vysílání různých provozovatelů a s ohledem na počet repríz. Soud tak dospěl k závěru, že žalovaná ve své úvaze nepřekročila meze správního uvážení o výši pokuty a na zákonnost její úvahy nemohla mít vliv skutečnost, že uložila pokutu ve stejné výši. Je tomu tak proto, že žalovaná již nepoužila mechanického sčítání pokut za jednotlivé vysílané spoty matematickým vzorcem, jak tomu bylo v předchozím rozhodnutí, ale uvážila jednotlivá kritéria a skutkové okolnosti v nyní projednávané věci. Žalovaná se zabývala i tvrzením žalobce, že reklama byla stažena z vysílání a uvedla, že tuto okolnost nemohla považovat za polehčující, neboť v rámci

správního řízení nebyla prokazována délka reklamní kampaně. Soud k tomu doplňuje, že z vyjádření žalobce ani z obsahu správního spisu nevyplývá, kdy a z jakého důvodu mělo dojít ke stažení vysílání reklamního spotu a nelze tak posuzovat, zda k tomu došlo před zahájením správního řízení (v březnu 2007), v jeho průběhu či dokonce již v průběhu reklamní kampaně. Přičemž z obsahu správního spisu a odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí je zřejmé, že Rada o zahájení správního řízení rozhodovala v březnu 2007, tedy víc jak jeden měsíc po ukončení vysílání reklamy. Ze všech těchto důvodů soud považuje žalobní námitky nezohlednění předchozího soudního rozhodnutí, neuvážení existence dalšího správního řízení ve věci mutace 1, nevedení společného řízení obou mutacích, nezákonnosti uložené sankce, nezohlednění kritérií pro uložení pokuty a upuštění od dalšího jednání žalobcem za nedůvodné. Podrobněji své závěry k nim uvádí dále v odůvodnění rozsudku.

Pokud žalobce v této souvislosti ještě namítal, že mu v rozporu s ust. § 36 odst. 3 správního řádu nebylo umožněno nahlédnout před vydáním žalobou napadeného rozhodnutí do podkladů spisového materiálu soud k tomu z obsahu správního spisu zjistil, že žalobce nahlížel do spisu dne 18.4.2008, zrušující rozsudek č.j. 11 Ca 167/2008-69 byl vydán dne 30.10.2008, žalobou napadeným rozhodnutím žalovaná rozhodla dne 2.12.2008, přičemž od doby nahlížení žalobcem do spisu nebyl spisový materiál doplňován. Z uvedeného je patrné, že k porušení ust. § 36 odst. 3 správního řádu nedošlo, neboť ve spise nepřibýly podklady pro rozhodnutí, se kterými by nebyl žalobce seznámen.

Žalobce dále tvrdil, že není zadavatelem napadené reklamy, ale jejím zpracovatelem. Poukazoval na své vyjádření k usnesení o zahájení správního řízení ze dne 23.4.2007, kde uvedl, že zpracovatelem reklamy je on a že tak byl sankcionován za skutek, který nemohl spáchat. K tomu zmínil tři rozhodnutí žalované, v nichž byla jiná řízení proti žalobci jako zadavateli reklamního spotu zastavena, protože po upozornění žalobce žalovaná shledala, že není zadavatelem, ale zpracovatelem spotu. Dále poukázal na rozhodovací praxi Městského soudu v Praze, podle které nesprávné označení účastníka řízení jako zadavatele nikoliv zpracovatele a sankcionování účastníka jako zadavatele bylo opakovaně shledáno jako důvodem pro zrušení rozhodnutí Rady a vrácení k dalšímu řízení. V této souvislosti žalobce upozornil, že již uplynula lhůta podle § 8b odst. 3 zákona o reklamě, neboť žalovaná se o tom, že žalobce je zpracovatel reklamy dozvěděla dne 23.4.2007 a odpovědnost za případný správní delikt tedy zanikla.

K tomu z obsahu spisového materiálu a odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí, jakož i písemného vyjádření žalované k podané žalobě, vyplynulo, že žalobce ve svém vyjádření k oznámení o zahájení správního řízení ze dne 23.4.2007 uvedl, že reklama byla vytvořena žalobcem v prosinci roku 2006 a žalobce je tak zadavatel, ale i zpracovatel reklamy. Již v předchozím správním rozhodnutí žalovaná sankcionovala žalobce jako zadavatele reklamy podle § 5d odst. 2 ve spojení s ustanovení § 8a odst. 2 písm. g) zákona o reklamě, odst. 6 písm. b) téhož zákona a žalobce v předchozí žalobě projednané pod sp. zn. 11Ca 167/2008 proti tomu ničeho nenamítal. Činí tak až v nyní podané žalobě proti žalobou napadenému rozhodnutí a soud ve shodě se žalovanou má za to, že skutkový stav, tak jak byl žalovanou zjištěn, právem vycházel z vyjádření žalobce k usnesení o zahájení správního řízení, kde žalobce skutečnost, že je zadavatelem reklamního spotu nerozporoval, ale naopak to výslovně prohlásil. Soud tedy považuje žalobní námitku za neopodstatněnou. Pokud žalobce poukazoval na jiná správní řízení, která byla vůči němu žalovanou zastavena po zjištění, že není zadavatelem reklamního spotu, ale jeho zpracovatelem, nelze z toho mít za to, že došlo k porušení jednotnosti správní praxe ve smyslu ust. § 2 odst. 4 správního řádu, neboť v nyní projednávané věci žalobce je skutečnost, že je zadavatelem reklamního spotu zcela zřejmá z jeho vyjádření ve správním řízení. Soudu jsou z jeho rozhodovací činnosti známa rozhodnutí zdejšího soudu, kterými byla zrušena rozhodnutí žalované z důvodu zmatečnosti

ohledně postavení účastníka řízení, to je zda byl účastník řízení zadavatelem nebo zpracovatelem reklamy. Soud důvod pro zrušení žalobou napadeného rozhodnutí neshledal, neboť žalobce byl zadavatelem reklamního spotu. Námitkou uplynutí lhůty podle § 8b odst. 3 zákona o reklamě se soud z tohoto důvodu již nezabýval.

Žalobce dále nesouhlasil s tím, že žalovaná posuzovala každou mutaci přípravku Cortisil v samostatných správních řízeních ač jsou obsahově velmi blízké, reklama vychází ze stejného základu, byla vysílána v úzké časové souvislosti na stejných televizních programech a tvrdil, že je třeba považovat je za jeden skutek. Tím, že žalovaná vydala v každém z řízení samostatná rozhodnutí, porušila podle žalobce zásadu ne bis in idem a rovněž zásadu hospodárnosti řízení podle § 6 odst. 2 správního řádu. Soud ani tuto žalobní námitku nepovažuje za relevantní důvod pro zrušení žalobou napadeného rozhodnutí. K tomu poukazuje na předchozí zrušující rozsudek zdejšího soudu ve věci sp. zn. 11Ca 167/2008, který k totožné žalobní námitce uvedl, že k porušení tzv. absorpční zásady při ukládání sankce za více jednání či za opakující jednání nedošlo. Konstatoval, že ve věci došlo k odvysílání dvou byt' nepatrně odlišných pořadů a bylo proto možné, aby správní úřad o těchto pořadech vedl dvě samostatná řízení. Z uvedeného je zřejmé, že již v předchozím rozsudku zdejší soud tuto žalobní námitku vypořádal a v nyní projednávané věci k tomu soud dodává, že správní praxe, kdy je každá jednotlivá mutace reklamy posuzována samostatně a je o ní vedeno samostatné správní řízení se samostatně udělenou sankcí byla opakovaně potvrzena rozsudky zdejšího soudu, jako postup v souladu se zákonem. K tomu soud ve shodě se žalovaným poukazuje na již shora zmíněné rozhodnutí sp. zn. 9Ca 406/2007.

Stejně stanovisko jako v předchozím rozsudku ve věci sp. zn. 11Ca 167/2008 soud shledal v nyní projednávané věci i ve vztahu k další žalobcově námitce nesprávnosti výkladu pojmu „zřetelný“, jak jej učinila žalovaná v žalobou napadeném rozhodnutí. Soud pro stručnost na závěry k posouzení výkladu pojmu „zřetelný“ učiněné v rozsudku č.j. 11Ca 167/2008-69 odkazuje a zdůrazňuje, že obdobné stanovisko, tj. souladnost výkladu žalované pojmu „zřetelný“ ve vztahu k reklamnímu spotu zdejší soud zaujal opakovaně a jedná se tak o ustálenou judikaturní praxi, kterou žalovaná v odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí plně respektovala. Pokud žalobce v této souvislosti poukazoval na to, že ustanovení § 5d odst. 2 zákona o reklamě bylo v rozhodném znění začleněno do této právní úpravy až s účinností od 25.1.2006, tedy relativně krátce před vytvořením vysílání reklamního spotu, soud k tomu uvádí, že žalobce je sankcionován za odvysílání reklamy na doplněk stravy Cortisil mutace 2 do televizního vysílání ode dne 8.1.2007 do 31.1.2007 a že tak nelze hovořit o krátkém časovém úseku od účinnosti novely zákona o reklamě. Zákon žádné liberační důvody v tomto smyslu neobsahuje a odstup jednoho roku od účinnosti zákona do porušení právní povinnosti žalobcem soud nepovažuje za krátký časový úsek.

Pokud žalobce tvrdil, že se správního deliktu nedopustil a sankce mu byla uložena v rozporu se zákonem, soud po přezkoumání obsahu spisového materiálu, odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí, a na základě důkazu, které provedl při ústním jednání shlednutím reklamního spotu na DVD, přisvědčil předběžnému závěru senátu 11Ca ve věci 11Ca 164/2008, že označení „doplněk stravy“ v případě propagace přípravku Cortisil mutace 2 bylo voleno malými písmeny umístěnými na okraji obrazu odvysílané reklamy a reklama na doplněk stravy tak neobsahovala zřetelný text „doplněk stravy“. Ke stejnému právnímu závěru dospěl zdejší soud při posuzování téhož doplněku stravy mutace 1 ve věci 9 Ca 76/2009 a soud k tomu dodává, že zákonem požadovaný text „doplněk stravy“ musí být ve smyslu § 5d odst. 2 zákona o reklamě zřetelný ve smyslu požadavku, aby průměrný divák – spotřebitel rozeznal sdělení v textu v přiměřené rychlé době, po kterou je text ve spotu vysílán tak, aby mohl vnímat sdělenou informaci. K tomu v projednávané věci nedošlo a žalobce tak byl

právem sankcionován za to, že reklama na doplněk stravy zřetelný text doplněk stravy neobsahovala.

Podle žalobce žalovaná nesprávně spatřuje závažnost správního deliktu v naplnění znaku správního deliktu a nesprávně tak posoudila znaky skutkové podstaty jako přitěžující okolnost. Nedostatečné ztvárnění textu „doplněk stravy“ je základním znakem skutkové podstaty podle § 5d odst. 2 zákona o reklamě a pokud žalovaná údajný správní delikt považuje za závažný, protože spočívá v nedostatečném ztvárnění textu „doplněk stravy“, což může vyvolat záměnu jeho za léčivo, nemůže být tato okolnost považována za přitěžující, respektive zvyšující závažnost domnělého správního deliktu. Související úvahu žalované, že tak může dojít k záměně za léčivo, žalobce považuje za zcela nad rámec zákona a neopodstatněnou, když Rada v jiné souvislosti uvádí, že zákonná podmínka zřetelnosti textu neobsahuje podmínku matení zákazníka. K tomu z obsahu spisového materiálu a žalobou napadeného rozhodnutí vyplynulo, že žalovaná shledala porušení § 5d odst. 2 zákona o reklamě za závažné, neboť doplněk stravy je potravinou charakterizovanou podle § 2 písm. j) zákona č. 110/1997 Sb. ve znění pozdějších předpisů a nedostatečně zřetelné ztvárnění textu doplněk stravy u diváků vyvolává možnou záměnu za léčivo dle zákona č. 296/2003 Sb. Léčivo ve své podstatě podléhá zvýšené kontrole a dozoru a jako takové je vnímáno spotřebiteli jako prostředek spojený s odbornou lékařskou erudicí a tedy zaručené účinnosti. Možná záměna doplňku stravy za léčivo může vyvolat u spotřebitele dojem o „větší exkluzivitě a účinku“ přípravku a je tak jednoznačným hlediskem u ekonomického rozhodování diváka. Ani tato žalobní námitka není opodstatněná. Jak vyplývá ze shora citovaného ustanovení § 5d odst. 2 zákona o reklamě reklama na doplněk stravy musí obsahovat zřetelný text „doplněk stravy“. Podle ustanovení § 8b odst. 2 téhož zákona je jedním z kritérií při určení výměry pokuty závažnost správního deliktu, zejména způsob jeho spáchání, následky a okolnosti za nichž byl spáchán. Z obou zákonných ustanovení žalovaná Rada při hodnocení správního deliktu vyšla. Z obsahu žalobní námítky není zřejmé, z čeho žalobce dovozuje, že žalovaná spatřuje závažnost správního deliktu v naplnění znaku správního deliktu, neboť žalovaná spatřovala závažnost spáchaného skutku v tom, že doplněk stravy je potravinou a nedostatečně zřetelné ztvárnění textu doplněk stravy u diváků může vyvolat záměnu za léčivo, které spotřebitel vnímá jako prostředek spojený s odbornou lékařskou erudicí a tedy zaručenou účinností. Podle stanoviska soudu žalovaná svou úvahu o závažnosti správního deliktu nepostavila na znacích skutkové podstaty deliktu podle ustanovení § 5d odst. 2 zákona o reklamě, ale posuzovala ji zcela v souladu se zákonem v rámci úvahy o naplnění kritérií vymezených v ustanovení § 8b odst. 2 téhož zákona. Soud proto žalobní námitku nepovažuje za důvodnou.

Námítky žalobce ohledně nezohlednění kritérií § 8b odst. 2 zákona o regulaci reklamy, nezohlednění existence řízení o jiné mutaci reklamy, nezohlednění upuštění od závažného jednání, námítky směřující proti tomu, že žalovanou byla uložena pokuta ve stejné výši jako v předchozím rozhodnutí a postup žalované v rozporu s absorpční zásadou soud hodnotil již ve vztahu k prvnímu žalobnímu bodu, ve kterém žalobce tvrdil, že žalovaná postupovala v rozporu s právním názorem, který soud vyslovil v předchozím zrušujícím rozsudku. Soud proto na své závěry odkazuje.

Na základě všech shora uvedených skutečností soud dospěl k závěru, že žalobou napadené rozhodnutí bylo vydáno v souladu se zákonem a žalobu proto jako nedůvodnou ve smyslu ustanovení § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítl. Soud při tom neshledal důvod pro postup podle ustanovení § 78 odst. 2 s.ř.s., neboť dospěl k závěru, že trest nebyl uložen ve zjevně nepřiměřené výši, když podle obsahu spisového materiálu a odůvodnění žalobou napadeného

rozhodnutí uložená pokuta ve výši 630 000 Kč při maximální možné výši 2 000 000 Kč je uložena v dolní polovině zákonné sazby a důvody, které žalovaná pro takto stanovenou výši sankce uvedla, soud považuje za souladné se zákonem. Ze stejných důvodů soud neshledal opodstatněné od potrestání žalobce upustit.

Výrok o nákladech řízení je odůvodněn ustanovením § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce neměl ve věci úspěch, žalovaný správní orgán byl procesně úspěšný, důvodně vynaložené náklady řízení mu však nevznikly.

P o u č e n í :

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) 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 7. března 2012

JUDr. Ivanka Havlíková, v.r.
předsedkyně senátu

Za správnost vyhotovení: Matznerová, DiS.