



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Městský soud v Praze rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Naděždy Řehákové a soudců JUDr. Ivanky Havlíkové a Mgr. Martina Kříže v právní věci **žalobce: Český rozhlas** se sídlem Vinohradská 12, Praha 2, zastoupen JUDr. Filipem Winterem, advokátem se sídlem Na Příkopě 25 Praha 1, proti **žalované: Rada pro rozhlasové a televizní vysílání**, Škrétova 44/6 Praha 2 o žalobě na přezkoumání rozhodnutí žalované ze dne 16.2.2010 sp.zn./Ident.: 2009/1219/VAL/Čes, zn.:VAL/879/2010,

t a k t o :

- I. Rozhodnutí Rady pro rozhlasové a televizní vysílání ze dne 16.2.2010 sp.zn./Ident.: 2009/1219/VAL/Čes, zn.:VAL/879/2010 se zrušuje a věc se vrací žalované k dalšímu řízení.**
- II. Žalovaná je povinna zaplatit žalobci náhradu nákladů řízení ve výši 16.520,- Kč do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám právního zástupce žalobce JUDr. Filipa Wintera, advokáta.**

Odůvodnění:

Žalobce se podanou žalobou domáhal přezkoumání rozhodnutí žalované uvedeného v záhlaví tohoto rozsudku, kterým byla žalobci podle § 60 odst. 1 písm. l) zákona č. 231/2001 Sb., uložena pokuta ve výši 25.000,- Kč za porušení ust. § 48 odst. 1 písm. g) zák. č. 231/2001 Sb., za jednání spočívající v tom, že dne 23.9.2009 v čase 06:45 hod. na programu Český rozhlas 2 – Praha v pořadu Dobré jitro odvysílal skrytou reklamu na internetovou lékárnu

www.lekarna-drmario.cz. Současně byla žalobci uložena povinnost nahradit náklady správního řízení ve výši 1.000,- Kč.

V odůvodnění napadeného rozhodnutí žalovaná uvedla, že provedla analýzu vysílaného pořadu na základě podnětu posluchače a shledala, že opravdu došlo k propagaci internetové lékárny www.lekarna-drmario.cz. Žalovaná ve svém rozhodnutí uvedla přepis předmětné části vysílaného pořadu, který tvořil dialog mezi moderátorkou a hostem pořadu - paní V. Bohatovou. Posuzovaná část má následující sled relevantního textu:

Moderátorka: „Pěkné počasí a zdraví k tomu, to si snad přejeme všichni. Když už to musí být a potřebujeme nějaký lék i bez předpisu, přemýšlíme, kde ho koupit nejvýhodněji. No a přichází nám poradit V. B.. Dobré jitro přeji.“

V. B.: „Hezké zářijové ráno přeju Vám.“

Moderátorka: „Je pravda, že nám vždycky v lékárně nabídnou nejdražší lék?“

V. B.: „Určitě a bohužel někdy si to zaviníme i sami pod vlivem reklam, Nurofen – chřipka z těla ven, nebo Modafen, ale nejlepší je, když už opravdu se o nás pokouší nějaká taková ta banální chřipka nebo nastydnutí, říct si přesně, co chceme. Já vám tady řeknu několik příkladů. Pokud přijдете a řeknete, že potřebujete Paralen, tak zaplatíte za něj zhruba 8,- nebo 9,- korun, kdežto když vám nabídnou Coldrex nebo Nurofen, takže tam zaplatíte podle množství tablet 60,- až 125,- korun. Nebo další třeba, dejte si pozor na generika a originální léky. To znamená, když si půjdete koupit Acylpyrin, tak za něj zaplatíte dejme tomu 10,-, 12,- korun, kdežto klasický Aspirin německý za ten už byste dala 63,- korun, potom často nás třeba po práci na zahrádce bolí záda, takže když si koupíme Ibalgin, za ten zaplatíme dejme tomu 25,- korun, kdežto Brufen už stojí dvakrát tolik, takže vždycky je lepší říct rovnou lékárníkovi, jaký lék chceme a nebo když nám vnucuje ten drahý, odmítnout a říct, že ne, protože se stejným účinkem mají samozřejmě i léky mnohem levnější.“

Moderátorka: „Teď ještě se orientovat. Kde můžeme najít informace o cenách léků a vybrat si právě ten nejlevnější?“

V. B.: „Tak na internetu byl nedávno spuštěný nový portál, který se jmenuje www.leky.sukl.cz, což znamená Státní ústav kontroly zdravotnictví a tam se dozvíte přesně nejenom ceny volně dostupných léků, ale také orientační výše třeba doplateků na léky a informace o tom, v jaké výši hradí lék zdravotní pojišťovna. A ještě jednu na závěr radu pro naše posluchače – pokud si najdou na internetu lékárnu on-line, jmenuje se lekarna-drmario.cz, tak tam si můžete i ty volně dostupné léky nakoupit za cenu asi tak o 10 až 12% levněji, než když si je půjdete koupit do lékárny.“

Moderátorka: „Takže já jsem si to napsala www.leky.sukl.cz.“

V. B.: „www.sukl.cz a druhé je www.lekarna-drmario jako doktor mario, tečka cz.“

Moderátorka: „Díky napsali jsme si to a dáme to ještě na internet. To byla V. B. pro Český rozhlas 2-Praha. Naslyšenou.“

V. B.: „Naslyšenou.“

Žalovaná dále ve svém rozhodnutí zmínila vyjádření žalobce k zahájení správního řízení o uložení pokuty, ve kterém žalobce namítal, že k posouzení skryté reklamy v daném případě chybí cíl, důvod a motiv, který je základním definičním znakem skryté reklamy, neboť zmínění zboží v pořadu bylo motivované reportážním zpravodajským záměrem autora a **není dle žalobce reklamou, byť by ve svém důsledku objektivně vedlo k prodeji.** V daném případě byla dle žalobce cílem pořadu výlučně redakční informace o úspoře peněz při nákupu léků, o obsahu vystoupení hosta nebyla uzavřena žádná smlouva, nebyla poskytnuta žádná úplata či jiná protihodnota. Žalobce dále namítal, že předmětná slova neuvedl žádný pracovník žalobce, ale host pořadu, který reagoval na otázky po telefonu do

živého vysílání. Značná část jeho telefonického sdělení byla ukázkově informační o cenách léků a redaktorka nemohla předvídat a zabránit tomu, aby host posléze uvedl webovou stránku jedné lékárny. Není totiž v silách redaktora okamžitě poznat, zda se v telefonickém příspěvku nejedná o skrytou reklamu, když netuší co bude obsahem sdělení a není možné, aby telefonní hovor přerušil. Ani následné napravení není žádným způsobem představitelné. Z tohoto důvodu se žalobce také domnívá, že v tomto případě rozhodně chybí i prokázání prvku zavinění žalobcem.

K uvedeným zjištěním i námitkám žalobce žalovaná v rozhodnutí argumentovala tím, že předmětná pasáž, z níž se posluchači dozvěděli jak obecné informace o cenách léků, tak i konkrétní informace o internetové lékárně, měla charakter slovní prezentace internetové lékárny v pořadu, který nemá charakter reklamy. Šlo o přímou prezentaci internetové lékárny s odkazem na uvedení webové adresy www.lekarna-drmario.cz, kde si posluchači mohou nakoupit volně prodejné léky a z kladného hodnocení této lékárny, konkrétně z textu „tak tam si můžete i ty volně dostupné léky nakoupit za cenu asi tak o 10 až 12 % levněji“ lze dle žalované dovodit sledování reklamního cíle. V tomto směru žalovaná odkázala na rozsudek Městského soudu v Praze sp. zn. 11 Ca 362/2008, z něhož vyplývá, že sledování reklamního cíle není splněno pouze za předpokladu, že jednoznačně nelze produkt pro běžné posluchače identifikovat. V tomto směru byla identifikace internetové lékárny, kde lze léky nakoupit levněji, zřejmá. Žalovaná dále posoudila, že informace o internetové lékárně byly poskytnuty osamoceně, nikoliv v konkurenci s dalšími podobnými lékárnami, z čehož lze také usuzovat na oznámení mající reklamní cíl a na způsob projevu, jímž by také veřejnost mohla být uvedena v omyl o povaze této prezentace. Označená internetová lékárna byla tedy jednoznačně zvýhodněna oproti dalším konkurentům, kteří neměli k podobné prezentaci přístup. O skutečnosti, že veřejnost mohla být uvedena v omyl, dle žalované svědčí stížnost posluchače na cíleně uváděnou reklamu na jedinou internetovou lékárnu. Žalovaná k námitce žalobce nevzala za rozhodující skutečnost, že k prezentaci nebyla poskytnuta žádná úplata či jiná protihodnota, a to s odkazem na rozsudek Městského soudu v Praze sp.zn. 11 Ca 362/2008, neboť zákon úplatnost (uvedenou v pouze demonstrativním odkazu) nestanoví jako nezbytnou podmínku k naplnění pojmu skrytosti reklamy. Nepodaří-li se tedy úplatu či jinou protihodnotu prokázat, nezpůsobuje to, že by se provozovatel rozhlasového vysílání vyvinil, neboť úplatnost není povinným znakem skutkové podstaty skryté reklamy. Žalovaná dále k námitkám žalobce v intencích rozsudku Městského soudu v Praze sp. zn. 7 Ca 134/2008 uvedla, že ust. § 48 odst. 1 písm. g) zák. č. 231/2001 Sb. zakládá odpovědnost provozovatele vysílání za obsah vysílání, tedy i za sdělení, které učiní i případně někdo jiný než jen zaměstnanci provozovatele. Přestože se jednalo o přímý přenos, moderátorce nic nebránilo výslovně omezit hosta pořadu v rozsahu sdělení o internetové lékárně, to však moderátorka neučinila, naopak vyžádala zopakování webové adresy internetové lékárny a dodala, že ji ještě vyvěsí na internet. Z uvedených důvodů žalovaná shledala zákonné znaky skryté reklamy jak ze zjevnosti reklamního cíle, tak i ze způsobilosti prezentace uvést v omyl o povaze předmětné prezentace a považovat ji za reklamu.

Žalovaná dále uvedla, že kuložení pokuty přistoupila na základě předcházejících upozornění na porušení § 48 odst. 1 písm. g) zák. č. 231/2001 Sb., která byla žalobci zaslána za odvysílání příspěvků o první internetové lékárně dne 20.1.2007, o týdeníku Ekonom dne 13.11.2008 a o společnosti Mediterránea dne 10.1.2008.

Při stanovení výše pokuty žalovaná vycházela ze zjištění, že žalobce je provozovatelem celoplošného rozhlasového vysílání, které může přijímat alespoň 95 % obyvatel, že Český rozhlas je veřejnoprávním provozovatelem na základě zákona a jeho odpovědnost vůči posluchačské veřejnosti je vyšší, že má významné postavení na mediálním trhu, neboť jeho podíl na trhu tzv. share je 4,1 % a denně jej poslouchá 337 tisíc lidí, profiluje

se jako důvěryhodná stanice. Z hlediska míry zavinění uvážila, že pořad bylo možné upravit tak, aby nedošlo k porušení povinností stanovených zákonem a přihlédla k opakovanému porušení § 48 odst. 1 písm. g) cit. zákona žalobcem, neboť žalobce již byl na porušení tohoto ustanovení dvakrát upozorněn a za skrytou reklamu na společnost Mediterranea mu byla uložena pokuta. V tomto směru poukázala žalovaná na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 6 Af 23/2009, v němž tento soud posoudil, že dojde-li k opakovanému porušování povinnosti zákona, svědčí to o lhotejném vztahu k následku takového jednání, což vypovídá i o míře a formě zavinění. Soud připustil, že jde-li obvykle o zavinění ve formě vědomé nedbalosti, pak v případě opakování byl již šlo o nepřímý úmysl a závažnost protiprávního jednání provozovatele se tak, vzhledem k jeho opakovanosti, nepochybně zvyšuje. Z uvedených důvodů žalovaná rozhodla, tak jak uvedeno ve výroku napadeného rozhodnutí.

Proti uvedenému rozhodnutí směřuje podaná žaloba.

Žalobce v podané žalobě namítal nezákonnost rozhodnutí žalované s námitkou, že sankcionovat lze pouze zaviněné jednání a v jeho případě nebylo zavinění provozovatele vysílání ve vztahu k vytýkanému porušení zákona prokázáno. Žalobce považuje za důležité, že webovou adresu, kterou žalovaná považuje za skrytou reklamu, neuvedl žádný pracovník žalobce, ale host pořadu, reagující na otázky po telefonu do živého vysílání. Poukázal na to, že úvodní část jeho telefonického sdělení byla ukázkově informační nestranné povahy a moderátorka nemohla žádným způsobem předvídat ani zabránit tomu, aby host posléze uvedl webovou adresu jedné konkrétní lékárny. Žalobce namítal, že není v silách moderátora okamžitě poznat, zda se v telefonickém příspěvku nejedná o skrytou reklamu, když v okamžiku vysílání navíc přirozeně netuší a nemůže tušit, co je obsahem sdělených stránek, a také není možné, aby při jakémkoli podezření okamžitě telefonní hovor „ustříhl“. Přitom ani nějaké následné napravení živě vyslovené případné skryté reklamy není žádným způsobem představitelné. Proto se žalobce domnívá, že k naplnění skutkové podstaty správního deliktu chybí v daném případě prokázání prvků zavinění. Protože žalobce porušení zákona nezavinil, ani mu nemohl zabránit, pokuta mu byla uložena neoprávněně. Z uvedených důvodů žalobce navrhl, aby soud napadené rozhodnutí zrušil.

Ve svém vyjádření v podané žalobě se žalovaná vyjádřila k jedinému žalobnímu bodu, jímž je popření zaviněného jednání ze strany žalobce, když posuzované informace se skrytým reklamním cílem sdělil host pořadu a nikoliv zaměstnanec žalobce. Žalovaná k tomu poukázala na odpovědnost provozovatele vysílání podle § 48 odst. 1 písm. g) zákona č. 231/2001 Sb., za obsah vysílání, tedy i za sdělení, které učiní nikoli jen zaměstnanci provozovatele. Za obsah vysílání i při přímém přenosu je odpovědný provozovatel vysílání a moderátorce nic nebránilo výslovně omezit hosta pořadu v rozsahu sdělení o internetové lékárně. Tato však takto neučinila a naopak vyžádala zopakování webové adresy internetové lékárny a dodala, že jí ještě vyvěsí na internet. Podle žalované moderátorka mohla a měla hosta pořadu poučit o tom, co je možné a co nikoli ve vysílání sdělit. Došlo tak ke skryté obchodní prezentaci, které mohlo ve spotřebitelích vyvolat dojem, že jde o jedinou nebo jedinečnou možnost nákupu, aniž by bylo bráno v potaz, zda existují i jiné internetové lékárny, které mohou být například pro spotřebitele ještě výhodnější.

Z uvedených důvodů žalovaná navrhla, aby soud podanou žalobu zamítl.

Při jednání před soudem právní zástupce žalobce zopakoval, že žalobce nezavinil vysílání skryté reklamy, když šlo o přímý vstup na základě živého vysílání, kde při sebemenším úsilí nelze ovlivnit to, co kdo při přímém vstupu vyjadřuje a říká. Pokud by bylo možné eliminovat tato nevhodná sdělení, pak by muselo být rezignováno na živé vstupy, na živé vysílání, což by vedlo k nudnému vysílání bez přímých vstupů tak, jak tomu bylo dříve před demokratickými principy vysílání. Ty jsou

nyní naplňovány, ovšem za cenu těchto malicherných prohřešků. V uvedené souvislosti žalobce poukázal na to, že v případě porušení zákona skrytou reklamou společnosti Mediterránea došlo rozsudkem Nejvyššího správního soudu ke zrušení pokuty udělené žalobci.

Zástupce žalované uvedl, že žalobce jako provozovatel vysílání odpovídá za obsah pořadu, objektivně bez ohledu na zavinění a bylo povinností redaktorky při živém vstupu hosta na případné porušení zákona upozornit.

K dotazu soudu zástupci účastníků řízení shodně uvedli, že přepis části pořadu, který je posuzován, odpovídá textu, který je uveden v napadeném rozhodnutí a není třeba provádět důkaz znovu audio záznamem.

Městský soud v Praze po přezkoumání napadeného rozhodnutí rozsudkem ze dne 15.9.2010, č.j. 9 A 64/2010 podanou žalobu jako nedůvodnou zamítl.

Městský soud v Praze, vycházejí z ust. § 48 odst. 1 písm. g) zák. č. 231/2001 a z účelu tohoto zákona vymezit odpovědnost právnických a fyzických osob při provozování rozhlasového a televizního vysílání a povinnosti Rady pro rozhlasové a televizní vysílání vést provozovatele k odpovědnosti za v zákoně vymezené správní delikty, uvedl, že ve svých rozsudcích (viz např. i žalovaným zmíněné rozhodnutí pod sp. zn. 7 Ca 134/2008) už několikrát právně zhodnotil odpovědnost provozovatele za obsah vysílání, tedy i za sdělení, které učiní nikoli jen zaměstnanci provozovatele, ale i hosté či jiné osoby, kteří jsou do pořadu přizváni a jejichž příspěvky jsou v pořadech prezentovány. Vycházel z toho, že příspěvky nejsou zařazovány do pořadů neprogramově a bez vedení tématu. Děje se tak přípravou pořadu a v živém vysílání prostřednictvím moderátorů, kterými jsou pracovníci provozovatele vysílání. Jejich úkolem je provázet pořadem, moderovat, utvářet a nasměrovat příspěvky vstupující do pořadu k danému tématu a obsahu vysílání. Také jejich prostřednictvím má provozovatel možnost zajistit, aby při vysílání pořadu byly dodrženy povinnosti provozovatele uložené mu mediálním zákonem. Soud nepřítakal žalobci, že není představitelné a že nelze při sebevětším úsilí předejít vysílání skryté reklamy, zvláště v případě, kdy je přizván určitý host k určitému tématu, jako tomu bylo v tomto případě (viz přepis hovoru), kdy nešlo o nahodilého posluchače, který by sám pořad kontaktoval. Soud uvážil, že i v nepředvídaných případech lze však z praxe vysílaných, a to nejen rozhlasových, ale i televizních pořadů dovodit možnost moderátora (proto je moderátorem) upozornit na nepřipustná informační sdělení a usměrňovat vystoupení hosta pořadu. V dané věci tedy soud shledal, že bylo v silách provozovatele a v možnostech moderátorky, jak vyplývá z přepisu závěrečné části pořadu, přispět k modifikaci rady hosta - paní V. Bohatové tak, aby bylo posluchačům dáno na vědomí, že jí zmíněné webové stránky konkrétně označené internetové lékárny nemají v tomto pořadu místo a nelze je ani opakovat. Soud si uvědomil, že konkrétní obsah některých sdělení osob vstupujících do vysílání nelze předem odhadnout a nelze je vyloučit, případně nelze ani přerušit telefonické hovory, nicméně je oprávněné na provozovateli požadovat, aby zvláště, jsou-li tématem prodejci a ceny, předcházel nežádoucím sdělením cestou poučení hosta před začátkem vysílání. Nelze-li tak učinit a dojde-li již k neočekávaným vyjádřením ze strany hostů a přispěvatelů, je v možnostech provozovatele zajistit alespoň návodnou a usměrňující reakci moderátora. V opačném případě by totiž došlo k naprosto samovolnému a ničím nekontrolovanému průchodu zakázaných reklamních sdělení, které provozovatelé dle § 48 odst. 1 zákona nesmějí zařazovat do vysílání, v podstatě s výsledkem, že při živém vysílání pořadu nelze nikdy respektovat ust. § 48 odst. 1 zákona. Zákon proto při vymezení těch pořadů, které nemají být zařazovány do vysílání, vychází z presumpce uváženosti koncepce a obsahu vysílaného pořadu samotným provozovatelem. V rámci tohoto předpokladu pak musí dojít k určité připravenosti na prezentaci pořadu a na dialog s tím, kdo je jako host do pořadu přizván.

Soud s v původním řízení vypořádal i se žalobní námitkou, že v posuzovaném případě chybí prokázání prvků zavinění ve vztahu k osobě provozovatele. Tuto námitku nepřijal jako důvodnou, nicméně jako navozující posouzení vysílané části hovoru jako skryté reklamy z hlediska dalších definičních znaků reklamy pro účely zákona č. 231/2001 Sb., které v sobě hledisko záměrnosti (tj. určitou míru zavinění) obsahují.

Soud v původním řízení vyšel z definice skryté reklamy. Skrytá reklama je v § 2 odst. 1 písm. g) zákona č. 231/2001 Sb. definována jako slovní nebo obrazová prezentace zboží a služeb obchodní firmy, ochranné známky, nebo činnosti výrobce zboží, nebo poskytovatele služeb uvedená provozovatelem vysílání v pořadu, který nemá charakter reklamy a teleshoppingu, pokud tato prezentace záměrně sleduje reklamní cíl a může veřejnost uvést v omyl o povaze této prezentace; taková prezentace je považována za záměrnou, zejména tehdy dojde-li k ní za úplatu nebo jinou protihodnotu.

Soud zhodnotil, že v daném případě šlo o slovní prezentaci jak zboží, jimiž byly konkrétní léky uváděné v dialogu moderátorky a hosta, tj. Nurofen, Modafen, Paralen, Coldrex, Acylpirin, Aspirin, tak i webové stránky obchodní firmy, konkrétně označené jako lékárna-drmario.cz. Uvedená slovní prezentace byla také nepochybně vysílána ve zpravodajském reportážním pořadu o cenách léků, který neměl charakter reklamy. Aby tato prezentace mohla být považována za skrytou reklamu, musí naplňovat tři kumulativní znaky, jimiž jsou:

- a) *sledování reklamního cíle*
- b) *sledování reklamního cíle záměrně*
- c) *uvedení veřejnosti v omyl o povaze této prezentace*

Soud v původním řízení považoval za náležitě a dostatečně odůvodněnou existenci *sledování reklamního cíle* dané prezentace v napadeném rozhodnutí. Reklamní cíl žalovaná dovodila jednak z výslovné slovní prezentace konkrétně označené internetové lékárny s uvedením přímé webové adresy www.lekarna-drmario.cz, jednak z textu napovídajícího posluchačům, že si na této adrese mohou přímo zakoupit volně prodejné léky a dále i z kladného hodnocení lékárny co do možnosti zakoupení volně dostupných léků za cenu o 10 až 12 % levnější. Soud přisvědčil žalované v jejím hodnocení, že zmíněnou internetovou lékárnu, kde lze koupit léky konkrétně o 10 až 12 % levnější, lze v jejím označení přesně jednoznačně identifikovat. Žalovaná také dovodila sledování reklamní cíle ze skutečnosti, že informace o internetové lékárně byly poskytnuty osamoceně, nikoliv v konkurenci s dalšími podobnými internetovými lékárnami, což soud považoval rovněž za nezpochybnitelný reklamní krok a znak, neboť v rámci reportážního pořadu o cenách léků bylo možné, aby posluchači byli obecně a vůbec informováni o možnosti internetových lékáren a o tom, že v těchto lékárnách mohou získat léky volně dostupné za nižší cenu než v běžné obchodní síti, kde léky nakupují osobně. Soud vyslovil, že není možné nevzít v úvahu, že host pořadu uvedl odkaz na internetovou lékárnu a na její webové stránky na závěr pořadu o cenách léků výslovně jako „radu pro naše posluchače“ to znamená, že cíleně informoval posluchače, kde je možné si volně dostupné léky levněji koupit. Dále tuto radu ještě specifikoval vysvětlením, že „drmario“ jako údaj internetové adresy znamená doktor Mario, tedy specifikoval firemní adresu i spojením s konkrétní firemní osobou. Uvedené hodnocení žalovanou je v souladu i s judikaturou Nejvyššího správního soudu, který ve svém rozhodnutí č. j. 6 As 47/2009-49 uvedl mezi reklamními prvky, na základě kterých lze rozpoznat reklamní cíl, informace o společnosti typu kontaktu, např. i odkazem na webové stránky a dále sdělení vybízející posluchače přímo ke koupi. Soud shledal, že to bylo v daném případě splněno.

Dále soud v původním řízení dovodil, že uvedené hodnocení reklamního cíle pak v sobě zahrnuje i hodnocení *záměrnosti* tohoto reklamního cíle, a to rovněž ve smyslu judikatury Nejvyššího správního soudu (6 As 47/2009-49), která v uvedeném rozhodnutí vychází z evropských předpisů, konkrétně ze Směrnice Rady č. 89/552/EHS ve znění Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/65/ES o koordinaci některých právních a správních předpisů členských států upravujících provozování televizního vysílání a zejména z Interpretálního sdělení komise č. 2004/C 102/02 k některým aspektům ust. směrnice Rady 89/552/EHS. Výklad Evropské komise vychází při hodnocení subjektivní podmínky úmyslu (v dané věci zákonného pojmu *záměrnosti*) z podpůrného kritéria přiměřenosti s tím, že přiměřené není to, co nepřiměřeně vyčnívá (je nepřiměřeně nápadné). Nesplnění kritéria přiměřenosti a tedy splnění znaku *záměrnosti* pak lze z vysílání předmětné skryté reklamy dovodit. Odkaz na webové stránky završuje celkovou debatu o cenách léků a o možnosti je levně zakoupit jiným způsobem než v kamenných obchodech, vyčnívá ve svém ojedinělém a konkrétním označení obchodní firmy na webových stránkách a dále splňuje i podmínku opakovanosti uvádění této firmy hostem v rámci pořadu, byť tato opakovanost nebyla vyžádána přímo a výslovně moderátorkou. Ta sice reagovala jen na webovou stránku Státního ústavu pro kontrolu léčiv, nicméně poté, kdy odkaz na lékárnu *dr Mario* byl zopakován, tento opakováný údaj přijala a zaznamenala, aniž by hosta pořadu jakkoliv poučila, nebo zmírnila dopad uvedení a opakování této reklamy vůči posluchačům. Soud tedy dospěl k závěru, že v rámci pořadu byly informace o internetové lékárně podány způsobem, který vyzdvihl jedinou konkrétní lékárnu, učinil tak opakovaně a který završil celý proces hodnocení cen léků s tím, že na uváděné adrese lze koupit léky levněji, že to je přístupným místem pro to, aby posluchači upřednostnili nákup v této obchodní firmě oproti běžným lékárnám v ulicích. Odkaz na webovou stránku byl zdůrazněn jejím opakováním a osamoceným uvedením bez konfrontace s ostatními možnostmi kontaktu na jiné internetové lékárny. I tyto znaky nepřiměřenosti žalovaná postihla ve svém hodnocení. Soud rovněž posoudil, že žalovaná se také správně vypořádala s námitkou žalobce o absenci úplatnosti či jiné protihodnoty v souladu s ust. § 2 odst. 1 písm. q) větou za středníkem zák. č. 231/2001 Sb., který pouze příkladmo spojuje *záměrnost prezentace* se situací, kdy dojde k úplatě nebo k jiné protihodnotě, což bude příznačné jediné pro případy, kdy toto protiplnění vyjde najevo.

Podle názoru soudu zastávaném v původním řízení žalovaná nepochybila ani v posouzení třetího znaku skryté reklamy, kterým je způsobilost prezentace uvést posluchače v omyl o povaze prezentace. Soud vyslovil, že ani z pohledu tohoto zákonného znaku skryté reklamy neobstojí námitka zavinění uplatněná žalobcem. Soud odkázal i na názor Nejvyššího správního soudu, podle kterého poslední podmínka skryté reklamy by měla být postavena na uvážení o objektivním působení pořadu na posluchačskou veřejnost. Městský soud v Praze nezastával názor, že by měřítkem tohoto objektivního působení mělo být přiměřené množství podnětů zaslaných Radě jako reakce na vysílání pořad. Objektivita působení skryté reklamy a její nežádoucí účinky tak, jak je spotřebitel před nimi chráněn zákonem, totiž nemusí vždy dojít subjektivního odrazu v reakci posluchačů tak, že ti budou podávat podněty a stížnosti žalované. Klíčové je působení vjemu reklamního sdělení do podvědomí diváka z hlediska způsobu slovní prezentace, u níž je pro posluchače v daný okamžik obtížné rozlišit, zda se jedná o reklamu či o pokračování reportážního pořadu a o souvislost informací s tímto reportážním pořadem. Pro objektivitu působení na posluchače je tedy rozhodující způsobilost vjemu posluchače z hlediska konkrétnosti textu, jeho „chytlavosti“ a zaujetí pro posluchače, a to z hlediska nabízeného zboží i cenové pobídky. V dané věci proto soud považoval prezentaci internetové lékárny v návaznosti na běžné ceny léků v jejím působení velmi jednoduchou, populistickou, nenáročnou a srozumitelnou cestou za dostatečný znak objektivního působení na posluchačskou veřejnost, neboť se týká obecně užívaných a

dostupných léků s tím, že jí doprovází apel na levnou dosažitelnost těchto léků u konkrétní označené firmy a to snadným a rychlým způsobem objednání prostřednictvím internetu. Objektivní působení skryté reklamy na posluchačskou veřejnost dle soudu spočívalo v tom, jak je skrytá reklama schopna svým obsahem a způsobem prezentace zasáhnout do podvědomí posluchačské veřejnosti a nabídnout možnost tuto informaci využít bez ohledu na to, zda v návaznosti na takovou reklamu posluchač nabízené možnosti využije či z různých důvodů nevyužije. Podle názoru Městského soudu v Praze v původním řízení měřítko průměrného posluchače vysílání je dáno jeho průměrnými schopnostmi vnímat vypovídající obsah a smysl informací, které k němu směřují (na rozdíl od zájmového hlediska průměrného spotřebitele charakteristického dle zákona o ochranných známkách). Soud shledal, že v dané věci ve schopnosti vnímání předmětné skryté reklamy o druhu zboží i o levnosti tohoto zboží bylo toto hledisko průměrného posluchače naplněno. Na základě všech shora uvedených skutečností a úvah o naplnění zákonných znaků skryté reklamy soud proto v původním řízení dospěl k závěru, že předmětná část pořadu vykazuje znaky skryté reklamy, že je dána odpovědnost žalobce jako provozovatele rozhlasového vysílání za vysílání této reklamy jako zakázané dle zákona č. 231/2001 Sb. a dle evropských předpisů.

Soud také doplnil, že existence a míra subjektivního vztahu žalobce k vlastnímu jednání je dána také tím, že jde již v pořadí o třetí případ porušování téhož zákonného ustanovení, když žalobce již byl po dvakrát v případě skryté reklamy na týdeník Ekonom a skryté reklamy v příspěvku o první internetové lékárně již upozorněn na porušení § 48 odst. 1 písm. g) zákona.

Uvedený rozsudek Městského soudu v Praze byl zrušen rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 31.8.2011, č.j. 6 As 23/2011 se zcela opačným závěrem, a sice, že se žalované nepodařilo prokázat naplnění znaků skryté reklamy, a proto není možné předmětný rozhovor označit za zákonem zakázanou skrytou reklamou.

Nejvyšší správní soud vycházel z toho, že se v posuzovaném případě jednalo o telefonický rozhovor s hostem, který srovnával koupi léků na internetu s koupí léku v kamenném obchodě. Jednalo se o krátký vstup, jehož zásadním sdělením byla skutečnost, že léky se stejnou účinnou látkou mohou mít různý název a různou cenu a že nakupující si má předem ujasnit, jaké jsou ceny léků, o jejichž koupi uvažuje. Nejvyšší správní soud připustil, že v tomto krátkém rozhovoru osoba, s níž byl veden telefonický rozhovor, uvedla internetovou adresu, na níž je provozován prodej léků online. Nejvyšší správní soud zpochybnil úsudek a postrádal odůvodnění, proč by každá zmínka o existenci nějaké prodejny musela mít reklamní cíl. Nejvyšší správní soud vycházel z toho, že významná část informací, s nimiž se lidé v běžném životě setkávají, má či může mít reklamní povahu, přičemž tato jejich povaha nemůže být vždy za reklamu označena. Nejvyšší správní soud proto toto posoudil nikoliv jako reklamu, ale jako dovolené šíření informací v souladu s judikaturou Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 13. 7. 2004, věc C-492/02 - žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Cour de cassation (Francie) Bacardi France SAS proti Télévision française 1 SA (TF1)]. Podle této judikatury zakázat lze jen šíření takových informací, v nichž reklamní obsah významně převažuje a zároveň je skryt.“ Nejvyšší správní soud v posuzované věci dospěl k závěru, že nebylo dostatečně prokázáno či argumentačně podloženo, že prosté sdělení internetové adresy jednoho z mnoha online prodejců léků, které bylo v rámci krátkého telefonického rozhovoru uvedeno dvakrát vedle další webové adresy, má samo o sobě vždy reklamní cíl. Nejvyšší správní soud vycházel také z toho, že žalovaná akceptovala i v pořadí sdělené názvy léků s vědomím, že toto sdělení nemělo reklamní, ale informační, charakter. Nejvyšší správní soud také s odkazem na nepřesnost uvedené adresy lékárny ve vysílání zpochybnil přepis rozhovoru žalovanou. Vyslovil, že dvojí zopakování internetové adresy osobou, která nemá

žádný prokazatelný vztah s provozovatelem příslušného online prodeje, samo o sobě nenaplnuje znak skryté reklamy. Ani ve způsobu prezentace Nejvyšší správní soud neshledal úmysl či záměrnost sledování reklamního cíle a navodil jako spornou otázku, zda zopakování internetové adresy lékárny mělo za cíl přinést reklamu či spíše upozornit posluchače na možnost internetového prodeje a na jednu z mnoha adres, kde se tento prodej uskutečňuje. Nejvyšší správní soud také považoval, že by sice k uvádění konkrétních značek či komerčních internetových adres docházet nemělo, na druhou stranu akceptoval přínosnost debaty o všech možnostech spotřebitele. Nevzal za žádoucí přílišné lpění na detailech v informativních telefonických rozhovorech a jejich selektivní sankcionování s tím, že by mohlo vést k omezení takovýchto rozhovorů a k zásahu do svobody slova i do naplňování informační úlohy veřejnoprávního média.

Nejvyšší správní soud nesouhlasil ani s názorem Městského soudu v Praze, že sankcionovaná prezentace mohla uvést posluchače v omyl a zasáhnout do podvědomí posluchačské veřejnosti. Sice souhlasil s hodnocením prezentace z hlediska jejího objektivního působení na průměrného spotřebitele, tedy spotřebitele průměrného vzdělání, průměrných znalostí, průměrného platu a průměrně povrchně vnímajícího množství informací, které k němu denně směřují, nicméně nepovažoval předmětnou prezentaci za natolik intenzivní, aby byla schopna uvést posluchače v omyl, „zarýt“ se tak značným způsobem do jeho mysli a určitým způsobem ho tak ovlivnit. Nejvyšší správní soud konstatoval, že v dnešní době, kdy je průměrný posluchač neustále doslova zasypáván reklamou, nemůže zmínění webové adresy v telefonickém rozhovoru reprodukováném v rozhlasovém vysílání mít na posluchače výrazný dopad, neboť takováto, byť i opakovaná zmínka, je v poměru k celodennímu vysílání rozhlasu zanedbatelná. Nepodstatná je i v poměru k množství informací a reklam, se kterými se posluchač celkově setkává, ať už na ulici, v televizi, v rozhlase nebo na internetu. Posluchač, na kterého působí takové množství reklam, nemůže být ovlivněn pouhým sdělením internetové adresy (navíc neúplné) v jednom z mnoha rozhlasových pořadů. Dále ani uvedení slev, které zmíněná internetová lékárna poskytuje, nemůže průměrného posluchače zvlášť ovlivnit, protože s nástupem internetového prodeje, který je populární v mnoha oblastech zboží, je běžné poskytovat podobné slevy u mnoha výrobků. Nejvyšší správní soud nepovažoval ani zdůraznění faktu, že se adresa odvíjí od slovního spojení „doktor Mario“, za způsobilé uvést diváka v omyl, neboť není příliš pravděpodobné, že se jednou vyslovený právě tento název „vryje“ průměrnému posluchači do paměti a tím ho např. v budoucím nakupování ovlivní. Nejvyšší správní soud odmítl, že by si průměrný posluchač adresu i po jejím zopakování a zdůraznění zapamatoval i s ohledem na množství reklam, kterému je v dnešní době vystaven. Dané sdělení není podle Nejvyššího správního soudu způsobilé zasáhnout do podvědomí průměrného posluchače způsobem uváděným městským soudem a nemůže ho tak uvést v omyl. Dovodil, že dvojitě zopakování obchodního označení, internetové adresy v rozhlase, nemůže dosáhnout takové úrovně vlivu na diváka jako skrytá reklama v televizním vysílání, neboť prvně zmíněná působí jen na sluchové vjemy diváka, kdežto reklama televizní jej ovlivňuje i vizuálně. Usoudil, že pokud divák slyší sdělení s případným reklamním prvkem pouze v rozhlase, působí na něj přímo, sám si jej uvědomuje a může jej také sám zhodnotit. Audiovizuálně působící skrytá reklama skýtá ale jiné nebezpečí - např. určitá značka výrobku na diváka působí nepřímým způsobem, tzn. že si divák její působení ani neuvědomuje. Tento vliv se pak projeví například až při nákupu zboží nebo služeb, kdy může mít divák tendenci zvolit si určitý výrobek právě z důvodu ovlivnění jeho podvědomí reklamou. Takové nebezpečí ale dle Nejvyššího správního soudu u verbálního zopakování jedné internetové adresy v jednom rozhovoru v rámci rozhlasového vysílání nehrozí.

Z uvedených skutečností a úvah Nejvyššího správního soudu tak vyplývá, že Nejvyšší správní soud předesťel úvahy o jednání žalobce spočívající ve sdělení o internetové lékárně izolovaně, na rozdíl od Městského soudu v Praze, který posuzoval údajnou skrytou reklamu v kontextu celého odvysílaného rozhovoru včetně porovnávání cen léků s tím, že právě obsah celého rozhovoru předmětné sdělení o internetové lékárně vyzdvihl, zdůraznil a naplnil znaky skryté reklamy. Protože však z odůvodnění napadeného rozhodnutí jednoznačně nevyplývá, zda žalovaná význam a povahu předmětného sdělení – odkaz na webové stránky posuzovala jako samostatné delikttní jednání či v kontextu s ostatními poskytovanými údaji o lécích a nákupu obsaženými v rozhovoru, přichází v úvahu a je třeba respektovat i názor vyslovený Nejvyšším správním soudem, že toliko v uvedení a zopakování předmětné informace na webových stránkách ve své intenzitě nenaplnňuje znaky správního deliktu skryté – zakázané reklamy.

Na základě shora uvedených pochybení vytknutých žalované Nejvyšším správním soudem, Městský soud v Praze, podle § 110 odst. 3 s. ř. s. vázán výše vysloveným právním názorem Nejvyššího správního soudu, napadené rozhodnutí podle § 78 odst. 1 s.ř.s. zrušil a podle § 78 odst. 4 s.ř.s. vrátil věc žalované k dalšímu řízení. V dalším řízení žalovaná, vázána právním názorem správních soudů přehodnotí jednání žalobce v intencích náhledu Nejvyššího správního soudu.-

Výrok o nákladech řízení je dán ust. § 60 odst. 1 s. ř. s. Žalobce měl ve věci úspěch, proto mu soud přiznal právo na náhradu nákladů řízení

Náklady, které žalobci v řízení vznikly, spočívají v zaplaceném soudním poplatku ve výši 2.000,-Kč za žalobu a 3.000,-Kč za podanou kasační stížnost a v nákladech souvisejících s právním zastoupením žalobce advokátem. Tyto jsou tvořeny jednak odměnou za čtyři úkony právní služby (převzetí a příprava zastoupení, sepsání žaloby, účast na ústním jednání, sepsání kasační stížnosti), přičemž sazba odměny za jeden úkon právní služby činí dle advokátního tarifu - vyhlášky č. 177/1996 Sb., částku 2.100,- Kč (§ 7, § 9 odst. 3 písm. f), § 11 odst. 1 písm. a), d) cit. vyhlášky). Náklady právního zastoupení žalobce jsou dále tvořeny čtyřmi paušálními částkami ve výši 300,-Kč (§ 13 odst. 3 cit. vyhlášky) a částkou 1.920,-Kč odpovídající dani z přidané hodnoty, kterou je advokát povinen z odměny za zastupování a z náhrad odvést podle zákona č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty (§ 57 odst. 2 s.ř.s.). Celková výše nákladů řízení činí 16.520,- Kč.

Poučení:

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 29. prosince 2011

JUDr. Naděžda Řeháková, v.r.
předsedkyně senátu

Za správnost vyhotovení: Matznerová, DiS.