



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Městský soud v Praze rozhodl v senátě složeném z předsedkyně Mgr. Jany Brothánkové a soudců JUDr. Ing. Viery Horčicové a Mgr. Jana Kašpara v právní věci žalobce: **Česká televize**, se sídlem Kavčí hory, Praha 4, IČ 00027383, proti žalované: **Rada pro rozhlasové a televizní vysílání**, se sídlem Škrétova 44/6, Praha 2, v řízení o žalobě proti rozhodnutí žalované dne 8.2.2011, sp.zn. 2010/1083/VAL/ČTV, naše zn. VAL/695/2011,

t a k t o :

- I. **Rozhodnutí Rady pro rozhlasové a televizní vysílání ze dne 8. 2. 2011, sp. zn. 2010/1083/VAL/ČTV, naše zn. VAL/695/2011 se zrušuje a věc se vrací žalované k dalšímu řízení.**
- II. **Žalovaná je povinna žalobci zaplatit náhradu nákladů řízení ve výši 2.000,- Kč, a to do třiceti dnů od právní moci tohoto rozsudku.**

Odůvodnění

Žalobce se podanou žalobou domáhá přezkoumání rozhodnutí Rady pro rozhlasové a televizní vysílání (dále jen Rada) ze dne 8.2.2011, čj. val/695/2011, sp.zn. 2010/1083/VAL/ČES, kterým Rada žalobci uložila pokutu ve výši 50.000,- Kč za porušení ustanovení § 49 odst. 1 písm. a) zákona č. 231/2001 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen zákon o vysílání), neboť odvysílal reklamu na produkt Tena lady s premiérou vysílání dne 21.4.2010 v čase 18:26:25 hod na programu ČT1 s šesti reprízami na programech ČT1 a ČT2 specifikovaných ve výroku rozhodnutí, která nebyla jako reklama rozeznatelná, jelikož byla zařazena v teleshoppingovém bloku Nákup extra, a tím žalobce porušil podle § 49 odst. 1 písm. a) zákona o vysílání povinnost zajistit, aby reklamy a teleshopping byly snadno rozeznatelné, u provozovatele televizního vysílání zřetelně zvukově, obrazově nebo zvukově - obrazově nebo prostorovými prostředky oddělené od ostatních částí vysílání. Současně byla žalobci uložena povinnost nahradit náklady řízení paušální částkou ve výši 1.000,- Kč. Podle výroku napadeného rozhodnutí předmětnému obchodnímu sdělení chybí základní znak

teleshoppingu vyplývající ze zákonné definice, kterým je právě ona přímá nabídka produktu nebo služby. Divák neobdrží dostatek informací, na základě kterých může dojít k objednání výrobku nebo služby po zhlédnutí spotu, neboť ten postrádá konkrétní popis služby, její výhody, srovnání atd., tedy atributy, které má teleshopping obsahovat. Od příjemce spotu se tak neočekává okamžitá aktivita spočívající v přijetí nabídky, objednání služby a podobně. Spot není koncipován jako přímé marketingové oslovení příjemce, ale jako veřejné oznámení určené k podpoře prodeje produktů či služeb společnosti vysílané za úplatu či jinou protihodnotu. Rada vyhodnotila jednání žalobce jako pokračující správní delikt sestávající ze 7 skutků.

Žalobce v žalobní námitce I namítá, že Rada ve správním řízení neprokázala, že spot nesplňoval znaky teleshoppingu. K tomu uvádí, že z rozhodnutí není seznatelné, jaké konkrétní informace považuje Rada za dostatečné, jaké informace ve spotu chybí, a proč informace uvedené ve spotu shledala za nedostatečné.

Pod bodem 1.a.) této námitky žalobce uvádí, že pokud Rada žalobci vytýká *absenci přímé nabídky produktu/služby*, opomenula kontaktní údaje uvedené ve spotu. Jak je patrné ze záznamu spotu, i z jeho přepisu, obsahoval spot tyto kontaktní údaje: www.tenavzorky.cz a telefonní číslo 800 111 121. Tento kontaktní údaj umožňuje podle názoru žalobce spotřebiteli *přímo objednat vzorky prezentovaného výrobku*. Spot tak bezesporu splňoval žalovanou stanovenou definici přímé nabídky. Žalovaná se s tímto faktem nevypořádala a tyto údaje v rozhodnutí ignorovala a nijak se s jejich přítomností ve spotu nevypořádala.

Pod bodem 1b) této námitky žalobce nesouhlasí s názorem Rady, že *divák neobdrží dostatek informací, na základě kterých může dojít k objednání výrobku/služby po shlédnutí spotu*. Žalobce k tomu upozorňuje, že spot obsahuje následující informace:

- ve spotu je nabízen produkt – bezplatný vzorek inkontinenční vložky
- spot je cílen na osoby s problémem úniku moči
- produkt je výjimečný systémem kontroly zápachu, konkrétně „Fresh Odour Kontrol“
- figurantka prezentuje, že použití výrobku jí při problémech s únikem moči umožňuje bez problémů se věnovat svému hobby – tanci . Zjevně tedy prezentovaný produkt neomezuje pohyb a plní svou funkci.

Žalovaná v napadeném rozhodnutí tak neuvádí, jaké informace jsou pro spotřebitele dále nutné, aby si prezentovaný vzorek zdarma objednal; žalobce má za to, že spot (svou obrazovou i zvukovou složkou) předmětný produkt představuje pro průměrného spotřebitele dostatečně, a že informace obsažené ve spotu jsou pro rozhodnutí vyzkoušet si daný produkt zcela postačující.

Pod bodem 1c) této námitky žalobce nesouhlasí s výtkou Rady, že *spot postrádá konkrétní popis výrobku, jeho výhody, srovnání, atd. tedy atributy, jež má teleshopping obsahovat*. Podle názoru žalobce spot všechny požadované atributy s výjimkou srovnání obsahuje (ve spotu je uveden popis problému, řešení – nabízený produkt, výhody: chrání při úniku moči; umožňují nerušený pohyb; mají unikátní systém kontroly zápachu). K tomu pak žalobce poukazuje na to, že atributy požadované Radou jdou nad rámec zákonných povinností provozovatele televizního vysílání při vysílání teleshoppingu, neboť zákon o vysílání uvádí přesnou definici teleshoppingu a ta požadované atributy neobsahuje.

Pod bodem 1d) této námitky žalobce tvrdí, že *od příjemce spotu se neočekává okamžitá aktivita spočívající v přijetí nabídky, objednání služby*, oponuje, neboť takové

tvrzení je zcela v rozporu s podobou spotu a jeho obsahem. Spot obsahuje výzvy v tomto znění:

„Objednávejte zdarma vzorky produktů Tena na www.tenavzorky.cz”,

„Vzorky zdarma tel.: 8000 111 121 www.tenavzorky.cz“,

„Vzorky zdarma získáte na tel. 800111121 nebo na tenavzorky.cz“,

Je tedy zřejmé, že spotřebitel byl opakovaně vyzván ke spotřebě produktu a opakovaně seznámen s kontakty, na kterých lze produkt okamžitě objednat. O příjemce se tak očekávala okamžitá aktivita spočívající v přijetí nabídky.

Pod bodem 1e) této námitky žalobce uvádí, že považuje za zcela nesrozumitelné konstatování Rady, že „...*Spot není koncipován jako přímé marketingové oslovení příjemce, ale jako veřejné oznámení určené k podpoře prodeje produktu či služeb společnosti vysílané za úplatu či jinou protihodnotu.*“

Žalovaná tak vytýká absenci prvků ve spotu, které ve skutečnosti spot obsahuje.

Pod bodem 2 této námitky žalobce uvádí, že předmětný spot byl teleshoppingem a odpovídal jeho zákonné definici. Napadené rozhodnutí podle názoru žalobce neobsahuje prakticky žádné odůvodnění, proč byl předmětný spot shledán reklamou. Rozhodnutí v podstatě polemizuje s definicí teleshoppingu a rozdíly mezi teleshoppingem a reklamou v obecné rovině, aniž by do této polemiky a tohoto odůvodnění byl vsazen konkrétní spot. Podle názoru žalobce bylo povinností Rady, aby v rámci správního řízení prokázala, že předmětný spot nesplňuje znaky, které si Rada pro teleshopping vymezila. Žalobce opakovaně poukazuje na to, že předmětný spot vykazuje následující znaky teleshoppingu:

- oslovuje spotřebitele, navazuje s nimi prostřednictvím figurantky osobní kontakt,
- slovně i obrazově představuje konkrétní výrobek,
- spotřebitel se dozvídá výhody daného výrobku, že vedle své primární funkce výrobek neomezuje pohyb a obsahuje unikátní kontrolu zápachu,
- spotřebitel je seznámen se skutečností, že si může objednat vzorky výrobku, a to zdarma,
- obsahuje opakovaně (zvukově i obrazově) variabilní kontaktní údaje. Objednání výrobků je tedy umožněno nejen osobám, které mají ihned k dispozici internetové připojení, ale také osobám, které vlastní pouze telefonické připojení (což lze dnes považovat u průměrného spotřebitele za zcela běžné a standardní vybavení).

V žalobní námitce **II** žalobce namítá, že Rada ve správním řízení neprokázala, že spot naplňoval znaky reklamy. K tomu žalobce uvádí, že z napadeného rozhodnutí nelze dovodit správní úvahu tento závěr odůvodňující. Z definice reklamy vyplývá, že „se jedná o veřejné oznámení určené k podpoře prodeje...“. V případě spotu však bylo cílem seznámit spotřebitele s novým výrobkem a nabídnout mu zkoušku výrobku **ZDARMA**. Tím tedy nebyl naplněn definiční znak reklamy - podpora prodeje.“

V žalobní námitce **III** žalobce namítá, že Rada se nevypořádala s námitkami žalobce.

Pod bodem 1) tvrdí, že v průběhu správního řízení namítal, že podmínka přímé nabídky byla ve spotu splněna, když obsahuje internetové stránky i telefonní číslo. Rada na to reagovala tím, že ... „je zjevné, že zákonodárce měl na mysli přímou nabídku prodeje zboží či

služby, nikoli nabídku čehokoli“ a tím Rada nereaguje na podstatu této námitky a pouze konstatuje, že zákonodárce měl na mysli přímou nabídku prodeje nikoliv objednání vzorků zdarma. K svým závěrům žalovaná nedoplnila správní úvahu ani neuvedla zákonné podklady.

Pod bodem 2) namítá, že se Rada nevypořádala s jeho oponenturou ve vyjádření k závěrům Rady, že... „*povinným obsahem teleshoppingu by měla být možnost, aby si divák produkt prohlížel, dozvídal se o jeho přednostech...*“, kteréžto požadavky Rady, a ani další (např. *že definičním znakem teleshoppingu je nabídka dalších pomocných produktů, dárky.., je-li reakce diváka dostatečně rychlá*) se neopírají o konkrétní ustanovení zákona, zákon nestanoví požadavek vymezení kontaktu, ne kterém divák produkt objednává, není vymezen rozsah stopáže spotu. Podle žalobce se Rada s touto námitkou řádně nevypořádala, když uvedla, že definiční znaky poskytují kompletní osvětlení rozdílu, neznamená to, že každý prvek musí být v každém spotu obsažen, ale musí být od sebe oba instituty rozeznatelné.

Pod bodem 3) žalobce uvedl, že v průběhu řízení namítal, že předmětný spot byl v souladu se zákonnou definicí teleshoppingu, ačkoliv se jednalo o jinou, pro většinu diváků vhodnější a modernější formu teleshoppingu, než bylo doposud obvyklé. K tomu Rada bez dalšího uvedla pouze to, že u předmětný moderní teleshoppingový spot se od standardního teleshoppingu liší tím, že je reklamou.

V žalobní námitce **IV** žalobce namítá, že z obsahu žalobou napadeného rozhodnutí není patrné, na základě jakých podkladů Rada rozhodovala, ačkoliv výčet podkladů pro vydání rozhodnutí je zákonem stanovenou náležitostí obsahu rozhodnutí (§ 68 odst. 2 správního řádu).

V žalobní námitce **V** žalobce namítá, že Rada uložila sankci, ačkoliv žalobce nebyl upozorněn na porušení zákona.

Pod bodem 1 této námitky uvádí, že upozornění, na něž se Rada v této souvislosti odvolává, trpí tou vadou, že v nich absentuje popis konkrétního spotu, není uvedeno, jaké informace spot obsahoval. Z vydaných upozornění tedy není vůbec zřejmé ani odvoditelné, jakým konkrétním chováním žalobce porušil zákonná ustanovení. Z těchto důvodů nemohl žalobce napravit své chování, neboť z upozornění není zřejmé, v čem chybí.

Pod bodem 2 této žalobní námitky pak žalobce uvádí, že pokud je v předmětných upozorněních uvedeno, že „chybí konkrétní informace o produktu a o jeho ceně“, pak žalobce namítá, že předmětný spot obsahoval jak konkrétní informace o produktu, tak i informace o ceně spotřebitel byl seznámen s možností získat jej zdarma.. Uvedená upozornění se tedy netýkají typově shodného jednání a chybí zde vazba mezi upozorněním a konkrétním postihovaným skutkem.

Pod bodem 3 této žalobní námitky pak žalobce uvádí, že nebyly splněny podmínky pro uložení sankce, protože Rada nevydala upozornění pro odvysílání konkrétního spotu, který je předmětem napadeného správního řízení. V tomto ohledu žalobce odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 10.11. 2010 sp. zn. 3 As 123/2010.

Žalobní námitku **VI** žaloba neobsahuje.

Pod bodem **VII** žaloby pak žalobce namítá, že odůvodnění kritérií výše pokuty je nezákonné a nesrozumitelné.

Ke kritériu (1) postavení provozovatele na mediálním trhu se zřetelem k jeho odpovědnosti vůči divácké veřejnosti v oblasti informací, výchovy, kultury a zábavy žalobce

uvádí: Rada rozdělila kritérium na kritérium „postavení provozovatele na mediálním trhu se zřetelem k jeho odpovědnosti vůči divácké veřejnosti” a „odpovědnost provozovatele vůči divácké veřejnosti”. Rada tak dle názoru žalobce ignorovala, že postavení provozovatele je odvislé od jeho odpovědnosti vůči divákům, přičemž odpovědnost vůči divákům je vázána na oblast informací, výchovy, kultury a zábavy. Rada tak v podstatě nehodnotila zákonné kritérium v § 61 odst. 2 a rozhodnutí je v důsledku toho nezákonné.

Ke kritériu (2) postavení provozovatele na mediálním trhu se zřetelem k jeho odpovědnosti vůči divácké veřejnosti žalobce uvádí, že hodnocení tohoto umně vytvořeného hlediska žalovaná postavila na zcela jiných důvodech, než předpokládá zákon. Rada v rámci tohoto kritéria konstatuje pokles podílu v roce 2009 oproti roku 2008, nicméně není vůbec zřejmé, jaký dopad má tato informace na stanovení výše pokuty. Protože předmětný spot byl vysílán v dubnu 2010, nelze ani dovodit, z jakého důvodu hodnotila Rada podíl na publiku v uplynulých letech.

Ke kritériu (3) odpovědnost provozovatele vůči divácké veřejnosti žalobce uvádí následující: Rada zde tvrdí, že žalobce užívá finanční prostředky získané prostřednictvím platby koncesionářských poplatků k úhradě sankcí. Toto tvrzení však ničím nedokládá a zcela pomíjí možnost smluvní právní ochrany, které žalobkyni skýtá český právní řád. Rada také zcela opomíjí fakt, že žalobce je zákonem zřízenou právnickou osobou, která je oprávněna podnikat. Tvrzení žalované tak nemají oporu ve správním spisu a jsou tudíž nezákonná.

Ve vztahu ke kritériu závažnost věci (4) žalobce namítá, že v odůvodnění tohoto kritéria absentuje zcela zhodnocení závažnosti věci. Rada tu pouze konstatuje, že závažnost věci je významná, resp. středně závažná. Takové konstatování se jeví žalobkyni jako naprosto zmatečné. Podle názoru žalobce tak zcela absentuje hodnocení závažnosti konkrétního správního deliktu, za nějž Rada uložila sankci, v druhé řadě není srozumitelné, zda závažnost je významná či středně závažná. Současně není nijak odůvodněna stupnice závažnosti, a tak nelze seznat, co je míra závažnosti - středně závažná ...

Žalobce má také za to, že závažnost věci nelze hodnotit pouze s ohledem na předchozí opakovaná porušení zákona, ale je nezbytné, aby závažnost věci byla hodnocena ve vztahu ke konkrétnímu správnímu deliktu.

Ke kritériu míra zavinění (5) Rada uvedla, že žalobce si byl vědom toho, jaký obsah vysílání zařazuje, a že z tohoto důvodu došlo ke správnímu deliktu vědomě a úmyslně. Rada však v této souvislosti dle názoru žalobce zcela ignorovala, že žalobce s právní kvalifikací nesouhlasí.

Ke kritériu finančního prospěchu (6) žalobce uvádí, že Rada finanční prospěch nehodnotila, neboť neměla k dispozici konkrétní informace. Nicméně z průběhu správního řízení lze jednoznačně dovodit, že Rada nevyvinula žádnou snahu o získání takových důkazních prostředků. Vzhledem k tomu, že se jedná o jedno ze zásadních kritérií pro stanovení výše pokuty, pokud je jiný správní delikt spáchán v oblasti vysílání obchodních sdělení, jedná se o zásadní nezákonnost rozhodnutí.

Závěrem v této části žaloby (7) žalobce poukazuje na to, že ačkoli Rada vyvinula snahu odůvodnit některá kritéria, zcela opomněla do rozhodnutí uvést úvahu, jaký vliv měla jednotlivá kritéria na konečnou výši pokuty. Nelze tedy žádným způsobem dovodit, proč byla pokuta uložena právě ve výši 50.000,- Kč .

Ve vyjádření k podané žalobě Rada navrhl, aby byla žaloba zamítnuta. Jednotlivé žalobní námitky Rada podrobně vyvracela poukazem na konkrétní pasáže odůvodnění

žalobou napadeného rozhodnutí. Přitom důrazně odmítla námitku žalobce (od níž se pak odvíjí i jeho další podle Rady nedůvodná argumentace), že Rada opominula obchodní sdělení umožňující spotřebiteli přímo objednat vzorky prezentovaného výrobku. Podle Rady nelze mít pochyb o faktu, že obchodní sdělení propaguje inkontineční vložky Tena lady a nabídka možnosti objednat si vzorky tohoto produktu zdarma je pak jakýmsi bonusem pro zákazníky, který má následně ovlivnit jejich rozhodování o zakoupení předmětného výrobku. Ze samotného rozhodnutí Rady je pak patrné, že nelze zaměňovat možnost zakoupit propagovaný produkt (což je jedním ze znaků teleshoppingového obchodního sdělení (přímá nabídka produktu/služby) a možnost objednat si vzorky zdarma, což je prvek sloužící k podpoře budoucího prodeje samotného produktu. Zadavatel reklamy se v daném případě pokusil zvýšit zájem o koupi svého produktu, nikoliv na bezplatný vzorek a jeho poskytnutí. Tím se potvrzuje, že předmětné obchodní sdělení je proto nutno vnímat jako reklamu, neboť cílem nebyla přímá nabídka propagovaného produktu, jak by mělo být v případě teleshoppingu, ale podpora prodeje tohoto produktu v budoucnu.

K námitce překročení zákonného rámce (bod I.1.c) pokud jde o znaky teleshoppingu Rada poukázala na dne 1.7.2009 přijatou výkladovou analýzu teleshoppingu s tím, že odlišení reklamy a teleshoppingu je principiální otázkou, přijatý právní rozbor Rada zveřejnila na svých webových stránkách, výklad Rady byl pak učiněn na základě ust. § 5 písm.a) zákona o vysílání (po novele účinné od 1.6.2010 ust. § 5 písm.y). Správnost takového postupu dokládá odkazem na rozsudek 8A 209/2010-34-36.

Rada proto odmítla s odkazem na odůvodnění svého rozhodnutí námitky v bodě II. a III., že Rada neprokázala, že předmětný spot nesplňuje znaky teleshoppingu, ale naopak naplňuje znaky reklamy.

Rada trvala na správnosti své formulace ohledně nepřítomnosti „přímé nabídky“ prodeje zboží/ služeb v daném spotu, když samotný pojem teleshopping představuje televizní –nákup zboží/služby, tedy „nikoli nabídku čehokoli (např. objednání vzorku zdarma....)“. K bodu IV. žalovaná poukázala na patrně záměnu ust. § 68 odst. 2 a 3 správního řádu s tím, že rozhodnutí splňuje požadavky obou ustanovení, podkladem rozhodnutí je pak předně audio-vizuální záznam spotu, který byl Radou k důkazu proveden 8.2.2011, žalobce byl pozván. K počtu a časové identifikaci repríz Rada dospěla na základě monitoringu a žalobcem toto zjištění nebylo v řízení nijak zpochybněno.

K námitkám v bodě V. ohledně vydaných upozornění rada poukázala na jejich obsah a na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp.zn. 4 As 34/2007, ohledně rozsudku jehož se žalobce dovolává č.j. 3 As 123/2010 pak na to, že se vymyká rozhodovací praxi a je nyní důvodem předložení věci rozšířenému senátu senátem šestým NSS (Rada následně cituje z usnesení šestého senátu).

Závěrem uvedla, že vydáním žalobou napadeného rozhodnutí nebyl porušen zákon, když rovněž vypořádání se s hledisky pro stanovení výše pokuty v rozhodnutí považuje za dostatečné a odpovídající judikatuře (např. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu 4 As 60/2008).

Ze správního spisu byly zjištěny následující pro rozhodnutí soudu podstatné skutečnosti:

Opatřením ze dne 7.9. 2010 bylo se žalobcem zahájeno správní řízení pro možné porušení § 49 odst. 1 písm. a) zákona o vysílání. Ve spise jsou dále založena upozornění na porušení zákona vydaná žalobci, a to upozornění ze dne 28.7. 2009 č.j. vav/5870/09 a upozornění ze dne 28.7. 2009 č.j. vav/5871/09 na porušení § 48 odst. 4 písm. a) zákona

o vysílání, kterého se měl žalobcem dopustit zařazením specifikované reklamy, která nebyla jako reklama rozeznatelná a zřetelně zvukově, obrazově či zvukově - obrazově oddělená od ostatních částí programu, jelikož byla zařazena v teleshoppingovém bloku s názvem Nákup extra. Z odůvodnění těchto upozornění vyplývá, že ve spotech chybí základní znaky teleshoppingu, kterým je přímá prezentace či nabídka produktu. Divák se dozvídá pouze částečné výhody, chybí konkrétní informace o produktu a o jeho ceně. Divák neobdrží dostatek informací, na základě kterých může dojít k objednání výrobku po zhlédnutí spotu. Od příjemce spotu se tak neočekává okamžitá aktivita spočívající v přijetí nabídky, objednání služby a podobně. Spot pak není koncipován jako přímé marketingové oslovení příjemce, ale jako veřejné oznámení určené k podpoře prodeje produktů či služeb společností vysílané za úplatu či jinou protihodnotu.

Žalobce ve vyjádření k zahájenému řízení uvedl, že má za to, že spot byl zcela v souladu se zákonnou definicí teleshoppingu podle § 2 odst. 1 písm. r) zákona o vysílání. Žalobce uvedl, že podle jeho názoru byl divák seznámen s konkrétním nabízeným produktem, a to způsobem dostatečným pro to, aby vyvolal případný zájem o produkt či jeho užití, včetně uvedení jednoznačných údajů, které mu umožní využití této služby. V tomto případě se jednalo o přímou nabídku SCA Hygiene Products na produkt Tena lady, konkrétně možnosti získání vzorků produktu TENA zdarma. Využití nabídky bylo možné prostřednictvím prodejce, kontaktováním prostřednictvím jeho webových stránek. V předmětném spotu byla uvedena výzva: „Objednávejte zdarma vzorky produktu TENA na www.tenavzorky.cz nebo také možnost objednání telefonicky na čísle 800 111 121. ČT má zato, že spot naplnil definici teleshoppingu.

Žalobce dále (obdobně jako v žalobě) uvedl, že vymezení definičních znaků přímé nabídky, jak je obsaženo v odůvodnění rozhodnutí Rady, nemá v zákoně oporu.

Pokud Rada uvádí, že zásadní rozdíl mezi reklamou a teleshoppingem spočívá právě v přímé nabídce s možností individuální okamžité reakce příjemce sdělení, rozporuje žalobce i tento závěr, neboť z dikce zákona nevyplývá. Podle názoru žalobce nemůže obstát závěr Rady, že prvek přímé nabídky nebyl naplněn proto, že příjemce spotu nemusí okamžitě reagovat. Zákon totiž nestanovuje povinnost okamžitého uzavření kupní smlouvy, například po zhlédnutí odvysílání spotu. Skutečnost, že spot neobsahuje vtíravé opakované výzvy k objednání, nevede k tomu, že v rozporu s požadavkem na přímou nabídku divák nezíská všechny informace potřebné k objednání či užití produktu.

Žalobce rovněž poukazuje na to, že teleshopping stejně jako reklama jsou zákonem řazeny mezi obchodní sdělení. Jedná se o formy komerční komunikace a sledující shodný cíl, tj. podporu odbytu. Cíl teleshoppingu spočívá rovněž v ovlivnění spotřebitele tak, aby uzavřel konkrétní smlouvu a bylo tak dosaženo zvýšení odbytu inzerenta.

Podle žalobce nemohlo dojít k porušení ust. § 49 odst. 1 písm.a) zákona o vysílání tím, že divák byl uveden v omyl o povaze prezentace, neboť podle označení šlo o teleshoppingový prodej, avšak podle obsahu spotu se jednalo o reklamu, když znění tohoto ustanovení klade požadavek na rozeznatelnost teleshoppingu od ostatních částí vysílání i podle rady bylo možné dovodit z označení, že se jedná o teleshoppingový prodej.

Žalobce dále uvedl, že předmětný spot, přestože se od obvyklé formy teleshoppingových spotů svým ztvárněním jistě odlišuje, byl zcela v souladu se zákonnou definicí teleshoppingu. Přípustnost pouze tradičních teleshoppingových spotů, ostatně řadou diváků vnímaných jako nevěrohodné a obtěžující, nelze z příslušných zákonných ustanovení dovodit. Žalobce se tedy nemůže ztotožnit se závěry Rady, že spot by byl v rozporu s definicí teleshoppingu obsaženou v zákoně o vysílání. Žalobce odvysílal pouze jinou, pro většinu diváků vhodnější a modernější, formu teleshoppingu než bylo doposud obvyklé, která je v

souladu se zákonem o vysílání a která odpovídá požadavku přímé nabídky zboží nebo služeb divákovi.

Vzhledem k uvedeným skutečnostem žalobce navrhl, aby bylo zahájené řízení zastaveno.

Opatřením ze dne 12.1. 2011 bylo žalobci oznámeno doplnění podkladů pro rozhodnutí ve věci, a to vydaná upozornění na porušení zákona, která již byla citována shora.

Dalším opatřením ze dne 25.1. 2011 Rada žalobci oznámila, že na svém zasedání dne 8.2. 2011, 13:40 hod., bude proveden důkaz zhlédnutím záznamu předmětných částí vysílání.

Dále je ve spise založen protokol o provedení důkazu ze dne 8.2. 2011, podle něhož přítomní členové Rady zhlédli záznam předmětného obchodního sdělení.

Rozhodnutím ze dne 8.2. 2011, které bylo žalobci doručeno dne 11.3. 2011 a je napadeno nyní projednávanou žalobou, Rada uložila žalobci pokutu ve výši 50.000,- Kč za správní delikt, jak již bylo uvedeno shora.

Rada v odůvodnění nejprve uvedla popis spotu, a to následovně: Záběr na obličej žena, která má výrazně zelené oči, následuje záběr na nohy tančícího páru a záběr na tři balení Tena lady v trávě. Spot končí záběrem na tančící pár. Ve spodní části obrazovky je v průběhu spotu umístěn text: „Unikátní systém kontroly zápachu Fresh Odour Control. Objednávejte zdarma vzorky produktů Tena na www.tenavzorky.cz“. V závěru spotu je v pravém horním rohu obrazovky umístěn text: Vzorky ZDARMA tel. 800 111 121 www.tenavzorky.cz“. Celý spot je doprovázen hudbou a mluveným slovem: „Čeho si na mně všimnete na první pohled? Mých pronikavých očí nebo jak tančím salsu? Určitě nepostřehnete, že mívám trápení s únikem moči. Chrání mě vložky Tena lady s Fresh Odour Control, které dokonale pohltí každá zápa. Vzorky zdarma získáte na 800 111 121 nebo na tenavzorky.cz“. Dále Rada v odůvodnění rozhodnutí rekapitulovala vyjádření žalobce k zahájenému správnímu řízení a následně vymezila rozdíl mezi teleshoppingem a reklamou. Z definice reklamy uvedené v § 2 odst. 1 písm. n) zákona o vysílání a definice teleshoppingu uvedené v § 2 odst. 1 písm. r) zákona vysílání je patrné, že reklama i teleshopping se týkají stejných kategorií s tím, že u teleshoppingu není zdůrazněna možnost vlastní propagace provozovatele vysílání, s tím, že tato možnost není současně vyloučena. Oboje je vysíláno za úplatu či jinou protihodnotu, tedy i forma financování či náhrad je shodná. Rozdíl potom spočívá ve faktu, že reklama je veřejné oznámení určené k podpoře prodeje, nákupu nebo pronájmu, naproti tomu teleshopping je přímá nabídka určená veřejnosti. Jinými slovy, teleshopping se na rozdíl od reklamy řadí mezi tzv. direkt marketing neboli přímý marketing a zahrnuje všechny marketingové aktivity, při nichž jsou používány komunikační techniky s cílem navázat interaktivní vztah s cílovými osobami (klienty), a to za účelem vyvolání individuální reakce, nejlépe okamžité.

Specifika teleshoppingového spotu ve srovnání s reklamou spočívají podle názoru Rady v následujících skutečnostech:

- ve snaze vytvořit interaktivní vztah mezi tvůrcem spotu a divákem (navázání kontaktu, oslovení konkrétní skupiny příjemců) a vyvolání individuální reakce spočívající v okamžitém zkontaktování prodejce a objednání nebo nákupu produktu. Teleshopping nabízí okamžitý přímý prodej, kdežto reklama nutí vyhledat obchodníka nebo kontaktovat výrobce za účelem vytvoření objednávky.

- ve formě - definičním znakem teleshoppingu musí být vždy přímá nabídka obsahující:

- konkrétní produkt - přesně specifikovaný výrobek nebo zboží, který si divák v rámci vysílání prohlíží, dozvídá se jeho předností, možností využití s tím, že při využití nabídky to bude právě tento typ produktu, který získá

- cenu - teleshoppingový spot se vždy vyznačuje uvedením přesné ceny za prezentovaný produkt; využije-li divák nabídky, ví, za jakou cenu objednává. Obvykle bývají nabízeny další pomocné produkty či dárky zdarma nebo za zvýhodněnou cenu. Časté je také snížení ceny, pokud bude divákova odezva dostatečně rychlá, například do třiceti minut po odvysílání pořadu a podobně.

- kontakt, na kterém si divák dané objekty objednává - nejčastějším údajem je telefonní číslo, dále to může být adresa nebo e-mail.

- v délce spotu - teleshopping trvá řádově několik minut, zatímco reklamní spot několik vteřin.

- v obsahu spotu - z teleshoppingu se divák dozvídá mnohem více podrobných informací o konkrétním produktu, aby na jejich základě mohl učít přímou objednávku, zatímco reklama se snaží spíše podpořit prodej obecně, zanechat povědomí o produktech a podobně.

Základní rozdíl mezi reklamou a teleshoppingem spočívá v „přímé nabídce“ s možností individuální přímé reakce příjemce sdělení, v konkrétním spotu SCA Hygiene Products na produkt Tena lady podle Rady chybí základní znak teleshoppingu vyplývající ze zákonné definice, kterým je právě ona přímá nabídka produktu nebo služby. Divák neobdrží dostatek informací, na základě kterých může dojít k objednání výrobků nebo služby po zhlédnutí spotu, neboť ten postrádá konkrétní popis služby, její výhody, srovnání atd., tedy atributy, jež má teleshopping obsahovat. Od příjemce spotu se tak neočekává okamžitá aktivita spočívající v přijetí nabídky, objednání služby a podobně. Spot není koncipován jako přímé marketingové oslovení příjemce, ale jako veřejné oznámení určené k podpoře prodeje produktu či služeb společností vysílané za úplatu či jinou protihodnotu. Tím jsou naplněny zákonné definiční znaky reklamy podle § 2 odst. 1 písm. n) zákona o vysílání, nikoliv definiční znaky teleshoppingu, a proto se jedná o reklamní spot.

K námitce žalobce, že reklama a teleshopping sledují shodný cíl, a to podporu odbytu, Rada opět poukázala na hlavní rozdíl mezi těmito dvěma obchodními sděleními, obranu provozovatele, že jde o neobvyklou formu teleshoppingu neuznala s tím, že danému spotu chybí právě ona přímá nabídka produktu/služby a jedná se proto o reklamní spot.

V další části s citací ust. § 48 odst. 4 písm. a) zákona o vysílání ve znění před novelou a ust. § 49 odst. 1 písm. a) ve znění platném v době rozhodování Rada uzavřela, že požadavek rozeznatelnosti se vztahuje i k oběma institutům navzájem, divák musí rozeznat, zda sleduje reklamu, teleshopping nebo ostatní části programu, důležité pak není pouze označení, když zákon oba instituty rozlišuje. S odkazem na rozsudek tohoto soudu 5 Ca 190/2009 Rada pod pojem „rozeznatelnost“ subsumuje nikoli každý způsob oddělení (předěl vysílání), ale takový, který umožňuje divákovi rozeznat, zda následuje reklama nebo teleshopping nebo jiné oznámení. Toto je také smyslem zákonem uložené povinnosti, kdy je požadováno zřetelné oddělení od ostatních částí vysílání a také jejich rozeznatelnost, tedy označit je tak, aby byly nezaměnitelné. V daném případě byl reklamní spot zařazen v rámci teleshoppingu : Nákup extra“ a divák tak byl uveden v omyl o povaze prezentace, neboť z jejího označení bylo možné odvodit, že se jedná o teleshoppingový prodej, avšak podle obsahu spotu se zjevně jednalo o reklamu. Došlo proto k porušení povinnosti, neboť do vysílání byla zařazena reklama na produkt Tena lady, která nebyla jako reklama rozeznatelná.

Dále Rada odkázala na upozornění vydaná podle ust. § 59 zákona o vysílání, shora označená.

Následně uvedla, že podle § 60 odst. 1 písm. l) zákona o vysílání, ve znění účinném v době spáchání správního deliktu i v době rozhodování Rady, je možno uložit za porušení

povinnosti stanovené pro vysílání reklam, teleshoppingu a sponzorovaných pořadů, resp. povinností stanovených pro obchodní sdělení a skrytá obchodní sdělení pokutu ve výši od 5.000,- Kč do 2.500.000,- Kč. Při úvaze o konkrétní výši pokuty byla Rada vedena následujícími úvahami a skutečnostmi:

Povaha vysílaného programu: program ČT1 je plnoformátový program, který žalobce vysílá na základě zákona č. 483/1991 Sb.

Postavení provozovatele na mediálním trhu se zřetelem k jeho odpovědnosti vůči divácké veřejnosti: Rada uvedla, že podle výroční zprávy žalobce za rok 2009 celoplošné programy České televize zaznamenaly ve srovnání s rokem 2008 pokles podílu, a to program ČT1 o 2 % a celoročně činil 19,14 %. Odkázala k tomu na zdroj výsledků zveřejněných účastníkem.

Odpovědnost provozovatele vůči divácké veřejnosti: odpovědnost lze považovat za nejvyšší s ohledem na to, že žalobce je zřízen zákonem, je povinen plnit veřejnou službu a je financován prostřednictvím koncesionářských poplatků. Rada má za to, že žalobce je morálně zodpovědný vůči divácké veřejnosti za způsob svého hospodaření, přičemž i divácká veřejnost má ze stejného principu právo, aby vysílání bylo v souladu se zákonem a nebylo nutno finanční prostředky užívat k úhradám sankcí, k jejichž uložení zavdal žalobce příčinu svým nezákonným postupem.

Závažnost věci: žalobce byl seznámen s vydanými upozorněními, která se týkají totožné podstaty deliktu, jedná se tedy o opakované porušení zákona. Rada proto shledává závažnost věci za „významnou, resp. středně závažnou“.

Míra zavinění: žalobce je odpovědný v zákonem stanovených případech také za obsah reklamy a teleshoppingu. Žalobce si byl vědom toho, jaký obsah vysílání, v jaký čas a na jaký program reklamu zařazuje. Proto Rada dospěla k závěru, že ke správnému deliktu došlo vědomě a úmyslně.

Rozsah, typ a dosah závadného vysílání: žalobcem bylo potvrzeno, že reklama trvala 20 sekund, byla zařazena do vysílání jednoho celoplošného programu a reprizována na tomto programu v průběhu jednoho měsíce v celkem 6 případech. Reklama tak byla vysílána na programu, který je definován jako celoplošný, tj. s územním pokrytím alespoň 70 % obyvatel České republiky. Sledovanost tohoto programu za rok 2009 byla 19,14 %..

Případný finanční prospěch: přestože dle výroční zprávy žalobce za 2009 výnosy z prodeje klasické reklamy na všech programech České televize byly oproti plánu výrazně nižší a dosáhly pouze 469,3 mil. Kč, Rada v konkrétním případě otázku finančního prospěchu nehodnotila, neboť neměla dostupné konkrétní informace.

Závěrem Rada uvedla, že má za to, výše udělené pokuty povede žalobce k plnění právních povinností vyplývajících ze zákona o vysílání a zároveň splňuje i represivní funkci sankce.

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.

K námitkám uvedeným **pod bodem I**, kdy žalobce Radě vytýká, že neprokázala, že spot nesplňoval znaky teleshoppingu, soud předně musí uvést, že nelze souhlasit s názorem žalobce, že rozhodnutí je v tomto směru nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů. Rada

v rozhodnutí správně přihlížela k právní úpravě platné v době spáchání deliktu a rozhodovala podle právní úpravy platné v době rozhodování (tj. po novele provedené zákonem č. 132/2010 Sb. účinné od 1. 6. 2010) a uvedla, který konkrétní a základní znak teleshoppingu předmětný spot nenaplnuje a proč. Výslovně uvedla, že ve spotu chybí základní znak teleshoppingu, kterým je přímá nabídka produktu/ služby. Nejlepším dokladem této skutečnosti je ostatně fakt, že žalobce s úvahami Rady v tomto ohledu v žalobě obsáhle polemizuje, což by při jejich absenci možné nebylo.

Podle § 2 odst. 1 písm. r) zákona o vysílání se rozumí teleshoppingem přímá nabídka zboží, a to včetně nemovitého majetku, práv a závazků, nebo služeb, určená veřejnosti a zařazená do rozhlasového či televizního vysílání za úplatu nebo obdobnou protihodnotu.

Soud se s Radou ztotožňuje v tom, že předmětný spot nepředstavuje přímou nabídku zboží, nebo služby. V předmětném spotu, jak je podrobně jeho obsah popsán Radou a jak je doložen obrazově zvukovým záznamem, je prezentován produkt inkontinenční vložka Tena lady, nejde však o přímou nabídku na tento výrobek (neboť aby se mohlo jednat o přímou nabídku tohoto zboží, musela by nabídka obsahovat všechny údaje potřebné k tomu, aby mohl spotřebitel okamžitě (=přímo) učinit rozhodnutí a realizovat je), nýbrž, jak tvrdí sám žalobce, ve spotu učiněná přímá nabídka se týká nikoli tohoto produktu – vložky samotné, ale možnosti objednat si vzorek tohoto produktu k vyzkoušení zdarma. Žalobce tvrdí, že Rada „zaměňuje obchodní sdělení na možnost objednat si vzorek inkontinenční vložky zdarma za nabídku tohoto produktu. Žalobce tak sám doznává, že ve spotu není přímá nabídka zboží, tedy přímá nabídka na koupi inkontinenční vložky. Ze zákonné definice teleshoppingu (i prostého jazykového překladu tohoto pojmu, jak Rada podotýká ve vyjádření) nesporně plyne, že jde o takové obchodní sdělení, jehož odvysílání umožňuje divákovi bezprostřední (přímou) akceptaci takto učiněné nabídky produktu nebo služby a uzavření smlouvy o koupi nabízeného zboží (popř. smlouvy o poskytování nabízených služeb) přes ve spotu uvedený kontaktní údaj. Zbožím nebo službou, které je tímto způsobem přímého prodeje/nákupu nabízeno je tak věc (včetně nemovitého majetku, práv a závazků), které lze nabýt nebo služba, jejíž poskytnutí /jednorázové či opakované/ jako plnění je samo předmětem smluvního vztahu, a tedy, jak Rada uvedla i v rozhodnutí (str. 4) nemůže se jednat o nabídku čehokoli. Nabídka vzorku produktu zdarma není nabídkou zboží nebo služby ve smyslu zákonné definice teleshoppingu, ale jde o nabídku směřující k podpoře budoucího eventuálního nákupu tohoto produktu. Smyslem odvysílání spotu a prezentace inkontinenční vložky Tena lady v něm a samotné nabídky objednávky vzorku tohoto produktu zdarma je ovlivnit rozhodnutí potenciálního zájemce při rozhodování o koupi tohoto zboží tak, aby z široké nabídky podobných produktů různých značek upnul svoji pozornost ke kvalitám právě inkontinenční vložky Tena lady, a aby si prezentované kvality a výhody tohoto produktu ověřil vyzkoušením testovacího vzorku zdarma. Nabídka možnosti objednat si vzorek zdarma tak nemůže naplňovat základní znak teleshoppingu, po níž je možné bezprostředně učinit spotřebitelské rozhodnutí a objednávku nabízeného zboží; objednávka vzorku zdarma, kterou je možno učinit na uvedeném kontaktu, podle názoru soudu shodném s Radou, představuje jeden ze způsobů podpory prodeje, určitý bonus, který v rámci prezentace určitého výrobku divákovi a přesvědčovacího procesu o jeho kvalitách, před nákupem tohoto produktu, bývá užíván, obdobně jako jiné nabídky, např. možnost využití testovací jízdy, objednání katalogu zdarma a pod. v reklamních spotech.

Soud proto shodně s Radou uzavírá, že pro absenci základního znaku, a to přímé nabídky zboží/služby, předmětný spot teleshoppingem není, ale naplňuje znaky reklamy. Obstát proto v tomto směru nemohla ani námitka žalobce, že předmětný spot představuje jinou, vhodnější formu teleshoppingu (v žalobě pod bodem III/3), a že se Rada s tímto nevypořádala, když uvedla, že se předmětný spot liší od standardního právě tím, že je

reklamou. Vzhledem k chybějícímu základnímu znaku teleshoppingu, tj. že musí jít o nabídku zboží/služby, nikoli čehokoliv jiného a k odůvodnění rozhodnutí Rady ve svém celku, nemůže dílčí věta vyňatá z kontextu rozhodnutí, představovat nedostatek odůvodnění dílčí obraně žalobce. Rada dospěla ke správnému závěru a její rozhodnutí je v tomto ohledu přezkoumatelné a logicky odůvodněné.

V daném případě tak je zřejmé, že důvodem ke zrušení žalobou napadeného rozhodnutí již nemohou být další žalobní námitky žalobce v bodech I/1b), c), d) a ,e) žaloby vyvracející názor Rady o absenci dalších znaků teleshoppingu, vztahují-li se k tvrzení žalobce, že v daném případě přímou nabídkou byla nabídka služby, spočívající v objednání vzorku inkontinenční vložky Tena lady zdarma. Namítá-li současně žalobce obecně, že atributy požadované Radou jdou nad rámec zákonných povinností provozovatele vysílání při vysílání teleshoppingu, soud k tomu odkazuje na závěry níže k bodu III/2 žaloby.

Důvodná není ani žalobní námitka vznesená v bodě I/2 ve spojení s bodem II. žaloby kdy žalobce namítá, že Rada údajně neprokázala naplnění znaků reklamy, resp. rozhodnutí neobsahuje žádné odůvodnění, proč byl předmětný spot shledán reklamou. Jak již bylo shora uvedeno, s žalobcem není možno souhlasit v tom, že by Rada „jen stroze konstatovala“, že předmětný spot není teleshoppingem.

Podle § 2 odst. 1 písm. n) zákona o vysílání se rozumí reklamou jakékoliv veřejné oznámení, vysílané za úplatu nebo obdobnou protihodnotu nebo vysílané za účelem vlastní propagace provozovatele vysílání, s cílem propagovat dodání zboží nebo poskytnutí služeb za úplatu, včetně nemovitého majetku, práv a závazků.

V odůvodnění rozhodnutí Rady (str. 6), kde Rada vyšla z definic reklamy a teleshoppingu, se uvádí, že jde o instituty týkající se stejných kategorií, rozdíl mezi reklamou a teleshoppingem Rada spatřuje ve faktu, že „reklama je veřejné oznámení určené k podpoře prodeje, nákupu nebo pronájmu, naproti tomu teleshopping je přímá nabídka, tedy se řadí mezi tzv. „direkt marketing“ a zahrnuje všechny marketingové aktivity . . . s cílem navázat interaktivní vztah s cílovými osobami(klienty) a to za účelem vyvolání individuální reakce, nelépe okamžité“. Za zásadní rozdíl Rada označila „přímou nabídku zboží/služby“ v případě teleshoppingu a právě tento znak označila za chybějící v daném spotu. Z popisu spotu a z důvodů, proč tento není přímým oslovením příjemce nabídkou produktu (inkontinenční vložky Tena lady) pak vyplývá důvod hodnocení uvedeného spotu jako reklamy. Který ze zákonných znaků reklamy nemá žalobce za naplněné není z jeho obrany zřejmé; žalobce nepopírá, že spot byl vysílán za úplatu či jinou protihodnotu, žalobce sice zpochybňuje předmět nabídky (tvrdí, že šlo o nabídku vzorku zdarma, viz shora), skutečnost, že jeho účelem bylo propagovat dodání zboží a to právě inkontinenční vložky Tena lady je však na první pohled zcela zřejmá právě z popisu spotu, který je uveden v odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí a tento závěr je možno učinit na základě prosté aplikace zákona. Vysílaný spot způsobem zpracování obrazu i textu, zdůrazněním kvalit a výhod, a pod. představuje nepochybně veřejné oznámení směřující k podpoře prodeje uvedeného produktu. Dle názoru soudu předmětný spot všechny definiční znaky reklamy naplňuje (když o teleshopping se jednat nemůže, jak bylo odůvodněno shora), a proto tuto námitku neshledal důvodnou.

Rovněž třetí žalobní námitka **(bod III.)** týkající se nevypořádání námitek žalobce uvedených ve vyjádření k zahájení řízení Radou, není důvodná.

V bodech 1) a 3) této námitky se žalobce vrací k argumentaci Rady o nenaplnění znaků teleshoppingu, k nimž se soud vyjádřil již výše. Soud proto jen obecně dodává, že

k tomu, aby mohl spotřebitel učinit okamžité spotřebitelské rozhodnutí po zhlédnutí spotu, tj. v daném případě uzavřít kupní smlouvu, musí mu být učiněna nabídka na koupi zboží/služby, nikoli nabídka čehokoli, a sděleny všechny rozhodné skutečnosti k realizaci koupě. Soud nemá za to, že by Rada nereagovala na podstatu námitky z vyjádření žalobce, když v oznámení o zahájení řízení byl žalobce seznámen s předběžným posouzením uvedeného spotu jako typického reklamního spotu s tím, že chybí popis nabízeného produktu a kontakt na přímé objednání, neboť Rada reagovala na oponenturu žalobce tvrzením, že spot pouze odkazuje na webové stránky a telefonický kontakt, kde lze požádat zdarma o zaslání vzorků.

K bodu 2) této námitky, kde žalobce namítá, že není zřejmé, na základě jakého právního ustanovení Rada vytvořila definiční znaky teleshoppingu, soud uvádí, že v tomto ohledu nelze postupu Rady ničeho vytknout a její postup je zcela v souladu s principy dobré správy a zásadou předvídatelnosti správních rozhodnutí a ochrany legitimního očekávání. Rada (jak uvádí i ve vyjádření k žalobě) již 1.7.2009 přijala výkladovou analýzu teleshoppingu, kterou zveřejnila, a to na základě zákonného oprávnění - působnosti jí svěřené dle ust. § 5 mimo jiné posuzovat porušování povinností stanovených v zákoně o vysílání. Dala tak provozovatelům vysílání najevo hlediska a způsob jakým posuzuje naplnění pojmu teleshopping a takto zveřejněný přístup promítla ve svém rozhodnutí, kde nejprve obecně vymezila rozdíl mezi teleshoppingem a reklamou, aby žalobci jednoznačně dala najevo, na základě čeho a jakým způsobem mezi těmito dvěma pojmy rozlišuje. Její výklad má oporu v zákoně o televizním vysílání. Rada tak postupovala ve smyslu ust. § 68 odst. 3 správního řádu, podle něhož správní orgán v odůvodnění rozhodnutí mj. uvede „podklady pro rozhodnutí, úvahy, kterými se správní orgán řídil při jejich hodnocení a při výkladu právních předpisů...“

Čtvrtá žalobní námitka (**bod IV. žaloby**) týkající se absence výčtu podkladů pro rozhodnutí v odůvodnění rozhodnutí není důvodná. Žalobce předně odkazuje na ustanovení § 68 odst. 2 správního řádu, které se týká výroku rozhodnutí, i pokud měl na mysli ust. § 68 odst. 3 správního řádu, nelze s ním souhlasit. Pokud žalobce namítá, že z napadeného rozhodnutí není zřejmé, zda se Rada seznámila s obsahem spotu a zda bylo provedeno dokazování, soud poukazuje na to, že sdělením doručeným žalobci dne 28. 1. 2011 Rada žalobci oznámila, že na svém zasedání dne 8. 2. 2011 provede důkaz zhlédnutím záznamu předmětného spotu. Ve spise je dále založen protokol o provedení důkazu ze zasedání z tohoto dne, podle něhož přítomní členové Rady zhlédli předmětný spot. Fakt, že tato skutečnost není výslovně uvedena v odůvodnění napadeného rozhodnutí, nemohl žalobce nijak zkrátit na jeho právech, a to zvláště za situace, kdy samotný obsah spotu nebyl žalobcem rozporován ani v průběhu správního řízení ani v žalobě, rozporováno bylo toliko jeho vyhodnocení Radou.

Pokud žalobce namítá, že žalobou napadené rozhodnutí neobsahuje explicitně uvedený seznam podkladů pro rozhodnutí, rovněž se nejedná o skutečnost, která by žalobce mohla jakkoli v jeho právech zkrátit. Z odůvodnění rozhodnutí je totiž zřejmé, že žalobou napadené rozhodnutí vychází především z obsahu spotu (přičemž žalobce byl vyrozuměn o tom, že bude proveden důkaz zhlédnutím záznamu tohoto spotu) a dále z vydaných upozornění žalobci. Na to, že tato upozornění jsou součástí spisového materiálu, byl žalobce výslovně upozorněn sdělením Rady ze dne 12. 1. 2011, v jehož příloze Rada žalobci tato upozornění znovu zaslala.

Soud proto uzavírá, že žalobcem tvrzené vady odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedené ve čtvrté žalobní námitce nemohly mít žádný negativní dopad do žalobcových práv.

Pátá žalobní námitka (**bod V. žaloby**) týkající se absence předchozího upozornění rovněž není důvodná.

Pod bodem 1) této námitky žalobce tvrdí, že v obou vydaných upozorněních, o něž se Rada opírá a která jsou v podstatě totožná, absentuje popis konkrétního spotu a není v nich uvedeno, jaké informace spot obsahoval. Nelze proto dle názoru žalobce dovodit, zda spot obsahoval kontaktní údaje či nikoli. Žalobce má za to, že z upozornění není zřejmé, jakým konkrétním jednáním porušil zákon a nemohl tak napravit své chování, neboť mu nebylo zřejmé, v čem chybí.

Žalobce však sám z předmětných upozornění cituje v žalobě, *a to... „že ve spotu T-Mobile(X90)(118) chybí základní znak teleshoppingu vyplývající ze zákonné definice, kterým je právě ona přímá prezentace/nabídka produktu. Divák se zde dozvídá pouze částečně výhody produktu. Divák neobdrží dostatek informací, na základě kterých může dojít k objednání výrobku po zhlédnutí spotu...“*. V obou upozorněních je vytýkáno porušení ust. § 48 odst. 4 písm.a) zákona ve znění před 1.6.2010, k jehož porušení došlo i v daném případě, kdy po novele od 1.6.2010 je zakotvena totožná povinnost provozovatele vysílání v ust. § 49 odst. 1 písm.a) zákona o vysílání. V upozornění je rovněž vytýkáno, že spot není koncipován jako marketingové oslovení příjemce, nabízen okamžitý přímý prodej (teleshopping), ale je zpracován jako veřejné oznámení určené k podpoře prodeje produktů..., a tím byly naplněny zákonné definiční znaky reklamy. Z uvedeného vyplývá, že i v případech, na které byl žalobce upozorněn, chyběl pro naplnění pojmu teleshoppingu základní znak – přímá nabídka produktu; podstatné pak v daném případě není, že spoty, na které byl žalobce upozorněn, neobsahovaly jen některý konkrétní údaj, a spot v nyní projednávané věci učinil předmětem nabídky nikoli vlastní výrobek – zboží, ale vzorek zdarma zdarma, a tím vybočil z pojmu teleshoppingu jako formy prodeje zboží nebo služeb vůbec, neboť vydaná upozornění obsahují v plné šíři výklad Rady, převzatý i následně do napadeného rozhodnutí, ohledně rozdílu mezi reklamou a teleshoppingem, včetně specifik teleshoppingu a zdůrazňují, že teleshopping nabízí okamžitý přímý prodej a musí tak obsahovat přímou nabídku konkrétního produktu, tj. výrobku/zboží (včetně jeho ceny a kontaktu pro akceptaci nabídky).

Soud proto uzavírá, že obě vydaná upozornění dostatečně identifikovala jednání, jímž se žalobce dopustil porušení zákona o vysílání a muselo mu tedy být zřejmé, „v čem chybí“ a jak má své chování napravit, resp., že v daném případě zařazení uvedeného spotu pod označením teleshoppingu „Nákup extra“ není v souladu se zákonem o vysílání, pakliže pod tímto označením je nabízeno využití určitého bonusu, který sleduje podporu prodeje vlastního výrobku (a to nehledě na možné obcházení časových limitů pro vysílání reklam, jimiž je tento provozovatel vysílání zákonem vázán).

Pod bodem 2) žalobce uvádí, že v případě nyní projednávaného spotu neabsentují konkrétní informace o produktu a o ceně, míní však produktem nabídku vzorku zdarma a kontakt na webové stránky a telefonické spojení, podle žalobce tak nejde o typově shodné jednání. Soud k tomu odkazuje na předchozí své závěry k námitce I a V/1), nebylo-li předmětem nabídky dodání výrobku, ale jen jeho vyzkoušení, vymyká se uvedená námitka žalobce podstatě definice teleshoppingu, která z vydaných upozornění byla zjevná.

V bodě 3) této žalobní námitky se žalobce s odkazem na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 10. 11. 2010 čj. 3 As 123/2010 dovolává toho, že vydané upozornění se mělo týkat přímo konkrétního spotu a nikoli jen spotu typově podobného. Městský soud v Praze k tomu uvádí, že názor prezentovaný v tomto rozsudku byl zpochybněn usnesením NSS ze dne 17. 3. 2011 čj. 6 As 26/2010-66, jímž byla tato právní otázka předložena k rozhodnutí rozšířenému senátu Nejvyššího správního soudu. Městský soud v Praze nepovažoval za vhodné vyčkávat s rozhodnutím v této právní věci do vyřešení této právní

otázky rozšířeným senátem Nejvyššího správního soudu, a to především z toho důvodu, že v této věci je soud ze zákona vázán povinností vydat rozhodnutí ve stanovené lhůtě od podání žaloby. Za této situace Městský soud v Praze žalobu projednal a při řešení této otázky vycházel z právního názoru 6. senátu Nejvyššího správního soudu vyjádřeného ve shora citovaném usnesení, s nímž se ztotožňuje a na které pro stručnost odkazuje.

Žalobní námitku VI žaloba neobsahuje.

Žalobní námitka VII se týká výše uložené pokuty a nesprávného vyhodnocení některých obligatorních kritérií pro její stanovení.

V tomto ohledu Městský soud v první řadě konstatuje důvodnost bodu 7 této námitky. Městský soud v Praze dává žalobci zapravdu v tom, že Rada zcela opomněla do rozhodnutí uvést úvahu, jaký vliv měla jednotlivá kritéria na konečnou výši pokuty. V této souvislosti je možno poukázat na bohatou judikaturu správních soudů k této otázce, např. na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 7. 2009 čj. 7 As 16/2009-82, kde tento soud uvedl: „Obsahuje-li ust. § 61 odst. 2 a 3 zákona o vysílání kritéria pro stanovení výše sankce za správní delikt, nelze je aplikovat formalisticky. Ne všechna kritéria musí být nutně v konkrétním případě stejně důležitá či určující. Při vypořádávání se s nimi musí stěžovatelka (tj. Rada, pozn. Městského soudu v Praze) uvést, které kritérium bylo pro posouzení věci klíčové a v čem spatřuje jeho relevanci pro uložení pokuty v konkrétní výši. Z judikatury Nejvyššího správního soudu vyplývá pro odůvodňování výše sankce při správním trestání, že správní orgán se při ukládání trestu musí výslovně zabývat všemi kritérii, která zákon stanoví. V případě, že některé z kritérií stanovených zákonem není pro posouzení věci relevantní, má správní orgán povinnost se i s takovým kritériem alespoň stručně vypořádat a odůvodnit jeho nepodstatnost (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 9. 2007, č. j. 8 As 17/2006 - 78, www.nssoud.cz). Zákonná kritéria je tedy nutno vždy aplikovat na posuzovaný případ s přihlédnutím k jeho specifikům, uvést jaký vliv mají na výši uložené sankce, případně uvést, že jsou bez vlivu, s uvedením konkrétní argumentace. V daném případě je však odůvodnění výše uložené pokuty v podstatě mechanickým výčtem skutečností, ke kterým stěžovatelka přihlédla, avšak bez jakéhokoliv bližšího odůvodnění a uvedení, jaký vliv měly tyto skutečnosti na výši pokuty. Proti takto uložené pokutě je obrana velmi obtížná, ne-li nemožná“.

V prvním bodu (1) této námitky žalobce tvrdí, že Rada kritérium „postavení provozovatele na mediálním trhu se zřetelem k jeho odpovědnosti vůči divácké veřejnosti v oblasti informací, výchovy, kultury a zábavy“ rozdělila na dvě části a nehodnotila tak ve skutečnosti zákonné kritérium, soud jej neshledává důvodným. V tom, že Rada zákonem předepsané kritérium pro stanovení výše pokuty ještě dále rozdělila nelze a priori ještě spatřovat nezákonný postup. Tímto postupem lze dosáhnout jediné větší přehlednosti a srozumitelnosti odůvodnění. To platí tím spíše, pokud zákonná konstrukce tohoto kritéria je v podstatě skutečně dvoudílná.

Ve vztahu k bodu (2) této námitky lze odkázat na to, co bylo již uvedeno výše, neboť ve vztahu k poklesu sledovanosti vysílání žalobce skutečně v rozhodnutí absentuje úvaha Rady o tom, jakou tato skutečnost hrála při úvahách o výši pokuty roli, tj. zda se jedná o skutečnost přitěžující nebo polehčující a do jaké míry.

Třetí bod (3) této námitky oponuje konstatování Rady, že činnost žalobce je financována mj. i formou koncesionářských poplatků; soud jej neshledal důvodným. Lze souhlasit s Radou, že žalobce smysl odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí do jisté míry deformuje. Z rozhodnutí totiž vyplývá, že Rada vzala do úvahy skutečnost, že činnost žalobce je mj. financována i prostřednictvím koncesionářských poplatků. Nelze tvrdit, jak naznačuje žalobce v žalobě, že by Rada vycházela z předpokladu, že na úhradu uložené sankce budou

muset být vynaloženy příjmy z koncesionářských poplatků a nikoli jiné zdroje financí, které má žalobce k dispozici. Pokud pak Rada vychází z toho, že odpovědnost žalobce vůči divácké veřejnosti je právě s ohledem na koncesionářské poplatky vyšší, je takový závěr zcela logický.

Čtvrtý (4) bod této žalobní námitky je důvodný. Z odůvodnění skutečně nelze nijak vyčíst, za jak závažné jednání žalobce Rada shledala a na základě jakých skutečností tento závěr učinila (s výjimkou opakovanosti protiprávního jednání s odvoláním na vydaná upozornění). Uvádí-li závěrem Rada, že závažnost vyhodnotila jako „významnou, resp. středně závažnou“, nekoresponduje takový závěr s uloženou výší pokuty, která je uložena v podstatě při dolní hranici zákonného rozpětí a nikoli v jeho polovině, čemuž by odpovídal závěr Rady o „střední závažnosti“.

Pokud jde o pátý (5) bod týkající se míry zavinění, soud souhlasí se závěrem Rady, že ke správnímu deliktu došlo úmyslně. Pokud žalobce s právním hodnocením jeho jednání nesouhlasí, nic to nemění na správnosti závěrů Rady o tom, že se skutečně správního deliktu dopustil. V tomto ohledu nelze než konstatovat, že „neznalost zákona neomlouvá“, takže pokud byl žalobce přesvědčen o nezávadnosti svého konání, nikterak ho to ze spáchání správního deliktu nevyvíňuje ani tento fakt není možno považovat za polehčující okolnost.

Ve vztahu ke kritériu případného finančního prospěchu (bod 6) této námitky žaloby), Rada uvedla, že toto kritérium nehodnotila, neboť k tomu neměla dostatečné podklady. Soud shledává tuto námitku důvodnou.

Zákon výslovně stanoví, že Rada má k případnému finančnímu prospěchu přihlížet. S Radou je pak možno souhlasit v tom, že i v případě kritérií stanovených zákonem obligatorně lze připustit, aby v jednotlivém konkrétním případě nebylo i přesto takové kritérium nijak hodnoceno, to však platí jen tehdy, pokud okolnosti konkrétního případu hodnocení takového kritéria vylučují. V případě zákona o vysílání pak lze jako příklad uvést porušení § 32 odst. 1 písm. g) zákona o vysílání (tj. nezařazovat v době od 06.00 hodin do 22.00 hodin pořady a upoutávky, které by mohly ohrozit fyzický, psychický nebo mravní vývoj dětí a mladistvých), kde zpravidla v případě jednotlivého konkrétního pořadu nebude možno finanční prospěch vyčíslit (tak tomu bylo v případě rozsudku Nejvyššího správního soudu sp.zn. 4 As 60/2008, na který Rada poukazuje). V projednávaném případě je však situace zcela jiná. Předmětem správního deliktu tu je porušení povinností při vysílání obchodních sdělení, tj. činnosti, u níž je jedním z nejpodstatnějších znaků její úplatnost. Výše případného finančního prospěchu by proto měla skutečně být jedním z nejpodstatnějších hledisek při stanovení konkrétní výše pokuty. Preventivní úloha postihu nespočívá jen v účinku vůči žalobci. Postih musí mít sílu odradit od nezákonného postupu i jiné nositele stejných zákonných povinností; tento účinek pak může vyvolat jen postih odpovídající významu chráněného zájmu, včas a věcně správně vyvozený. Jde-li o finanční postih, musí být znatelný v majetkové sféře delikventa, tedy být nikoli pro něho zanedbatelný, a nutně tak musí v sobě obsahovat i represivní složku. V opačném případě by totiž postih delikventa smysl postrádal. (viz rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 16. 11. 2004, čj. 10 Ca 250/2003-48). Byl-li tedy důsledkem spáchání správního deliktu pro jeho pachatele určitý majetkový přínos, neměla by být uložena sankce zpravidla nižší než tento majetkový přínos, neboť jinak by správní orgány v podstatě signalizovaly, že protiprávní jednání se vyplácí.

V tomto konkrétním případě je třeba poukázat na to, že žalobce se sám dovolává toho, aby toto kritérium bylo při rozhodování Rady vzato v úvahu. Mělo by proto být v jeho zájmu doložit výši majetkového prospěchu, který odvysíláním předmětných spotů získal. Žalobce tak mohl sám doložit Radě již při zahájení řízení listiny, které by výši tohoto finančního prospěchu dokládaly.

Obecně je pak možno k otázce, jak má Rada výši případného majetkového prospěchu v konkrétním případě zjistit, poukázat na závěry obsažené v usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 20.4.2010, čj. 1 As 9/2008-133, kde NSS uvedl: Správní orgán vychází při zjišťování osobních a majetkových poměrů z údajů doložených samotným účastníkem řízení, případně z těch, které vyplynuly z dosavadního průběhu správního řízení či které si opatří samostatně bez součinnosti s účastníkem řízení. Nelze-li takto získat přesné informace, je správní orgán oprávněn stanovit je v nezbytném rozsahu odhadem. Tyto závěry se sice týkají zjišťování celkových majetkových poměrů pachatele správního deliktu, analogicky je však lze vztáhnout i na zjišťování majetkového prospěchu získaného spácháním správního deliktu podle zákona o vysílání. V podrobnostech odkazuje zdejší soud pro stručnost na citované usnesení rozšířeného senátu NSS.

Vzhledem ke shora uvedenému soud žalobě vyhověl a napadené rozhodnutí podle § 78 odst. 1 s. ř. s. zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení (§ 78 odst. 4 s. ř. s.). Právním názorem, který soud vyslovil v tomto rozsudku, je v dalším řízení správní orgán vázán (§ 78 odst. 5 s. ř. s.).

Žalobce měl se svojí žalobou úspěch a náleží mu proto náhrada důvodně vynaložených a prokázaných nákladů řízení podle ustanovení § 60 odst. 1 s. ř. s. Tyto náklady spočívají v zaplaceném soudním poplatku ve výši 2.000,- Kč. Jiné náklady ze soudního spisu nevyplývají a žalobce je ani nepožadoval.

P o u ě n í : Proti tomuto rozsudku lze podat kasační stížnost za podmínek uvedených v ustanovení § 102 a násl. s.ř.s., a to ve lhůtě dvou týdnů po doručení tohoto rozsudku. Kasační stížnost se podává u Městského soudu v Praze, rozhodovat o ní přísluší Nejvyššímu správnímu soudu.

Stěžovatel musí být 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 (§ 105 odst. 2 s.ř.s.).

V Praze dne 16. srpna 2011

Mgr. Jana Brothánková, v.r.
předsedkyně senátu