



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy JUDr. Bohuslava Hnízdila a soudkyň JUDr. Kateřiny Šimáčkové a JUDr. Milady Tomkové v právní věci žalobce: **Český rozhlas**, se sídlem Vinohradská 12, Praha 2, zastoupeného JUDr. Filipem Winterem, advokátem, se sídlem Na Příkopě 25, Praha 1, proti žalované: **Rada pro rozhlasové a televizní vysílání**, se sídlem Škrétova 44/6, Praha 2, proti rozhodnutí žalované ze dne 9. 4. 2008, č. j. val/3027/08, sp. zn. 2008/259/val/ČRO, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 11. 5. 2009, č. j. 7 Ca 134/2008 - 29,

takto:

Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 11. 5. 2009, č. j. 7 Ca 134/2008 - 29, **se ruší** a věc **se vrací** tomuto soudu k dalšímu řízení.

Odůvodnění:

[1] Dne 10. 1. 2008 ve 22:05 hodin na programu Český rozhlas 1 - Radiožurnál v pořadu Design, architektura, stavebnictví žalobce odvysílal v přímém přenosu (telefonický) rozhovor mezi moderátorem pořadu a zástupkyní společnosti Mediterránea. Předmětem rozhovoru byl nákup zahraničních nemovitostí ze strany Čechů se zaměřením na to, jak je tento jev častý, které destinace si Češi vybírají, kolik jsou ochotní do koupě zahraničních nemovitostí investovat apod.

[2] Rozhodnutím ze dne 9. 4. 2008 žalovaná udělila žalobci pokutu ve výši 50 000 Kč pro porušení ustanovení § 48 odst. 1 písm. g) zákona č. 231/2001 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání a o změně dalších zákonů, (dále jen „zákon o vysílání“), kterého se dopustil odvysíláním výše zmíněného rozhovoru a který měl spočívat v tom,

že odvysílaný pořad obsahoval skrytou reklamu společnosti Mediterránea. Podnětem k udělení pokuty bylo upozornění jednoho posluchače.

[3] Nejvyšší správní soud zjistil z napadeného správního rozhodnutí a ze správního spisu, že v posuzovaném pořadu zazněla z úst zástupkyně společnosti Mediterránea následující konstatování, které žalovaný zdůraznil:

- „My se samozřejmě věnujeme zejména prodeji nemovitostí v zahraničí, i když máme i své vlastní developerské projekty v Čechách.“

- „(...) máme i několik pozemků, které jsme prodali, a dokonce dva nebo tři hotely, které v této chvíli právě řešíme.“

- „(...)proto se i naše společnost jmenuje Mediterránea, protože jsme začínali v Madridu, potom jsme teprve založili pobočku v Praze. To znamená, že nejvíce operujeme ve Španělsku, Portugalsku, Francii, Itálii, potom na Floridě (...).“

- „My fungujeme de facto ne jako klasická realitní kancelář, ale jako jakási investičně poradenská společnost, protože sami máme své vlastní investice a de facto všechny země, o kterých jsem hovořila, jsme poznali i sami z pohledu investora - to znamená, že z našeho pohledu je důležité nabídnout klientům asistenci komplexní včetně právníké, daňové, finanční konzultace k té dané investiční operaci a samozřejmě klienta vždy doprovázíme na místo (...).“

[4] K námitce žalobce, již vyjádřil v řízení před žalovanou, že výše popsaným jednáním nenaplnil skutkovou podstatu skryté reklamy, neboť v tomto případě nebyl naplněn základní znak (definiční podmínka) každé reklamy dle § 2 odst. 1 písm. n) a q) zákona o vysílání, tedy i reklamy skryté, spočívající v reklamním cíli takového sdělení, žalovaná uvedla, že rozhovor mezi redaktorem a zástupkyní společnosti Mediterránea měl charakter slovní prezentace firmy Mediterránea, neboť předmětem rozhovoru byla právě a pouze tato společnost a její služby. Z přímé prezentace společnosti v pořadu, jež nemá reklamní charakter, i ze způsobu odpovědí zástupkyně společnosti pak lze dovodit reklamní cíl pořadu. Dále zmínění konkrétní společnosti v pořadu, jež nemá reklamní charakter, svědčí o záměrnosti této prezentace, neboť pro naplnění záměru pořadu nebylo nutné uvádět název konkrétní společnosti. Žalovaná dále dospěla k závěru, že při poslechu předmětného rozhovoru mohl být posluchač uveden v omyl ohledně povahy předmětné prezentace a mohl ji tak považovat za reklamu na společnost Mediterránea.

[5] Žalobce napadl rozhodnutí žalované žalobou k Městskému soud v Praze. Ten ji rozsudkem ze dne 11. 5. 2009, č. j. 7 Ca 134/2008 - 29, jako nedůvodnou zamítl.

[6] Stěžejní námitka žalobce spočívala v tom, že žalobcovo jednání popsané v napadeném rozhodnutí nelze podřadit pod skrytou reklamu, neboť zmínění obchodní firmy v pořadu, které je motivované reportážním záměrem autora pořadu, není reklamou a nemůže být ani reklamou skrytou, tím méně v případě, kdy je ze zákona o vysílání zřejmé, že cíl v podobě záměrné podpory prodeje je základním znakem každé reklamy, tedy i definiční podmínkou reklamy skryté. Tuto námitku zamítl městský soud s tím, že se sice ztotožňuje s názorem žalobce, že pouhé zmínění názvu soukromého subjektu v pořadu bez dalšího nezakládá odpovědnost za skrytou reklamu, nicméně informace o podnikatelském subjektu v takovém pořadu zmíněné je vždy nutné hodnotit v souvislosti s povahou a rozsahem informace ve vztahu k obsahu daného pořadu jako celku. Z přepisu rozhovoru, jež byl v pořadu Design, architektura, stavebnictví dne 10. 1. 2008 uveden, pak dle

městského soudu plyne, že v úvodu rozhovoru byl sdělen název společnosti, následně opakovaně předmět její činnosti, původ vzniku názvu společnosti, místo podnikání, opět specifikace různých služeb, cen nabízených nemovitostí a okruhu klientů. Městský soud tak má za to, že namísto žalobcem tvrzeného účelu sdělení, kterým měla být informace o nákupu zahraničních nemovitostí ze strany Čechů, zazněly zejména informace o činnosti společnosti Mediterránea. Jakkoli pak tyto informace mohly posluchačům přiblížit situaci na trhu zahraničních nemovitostí, posloupnost v rozhovoru sdělovaných informací, jejich opakování a vrstvení, má jednoznačně znaky reklamy. Městský soud tak dospěl k závěru, že původ názvu společnosti byl uveden proto, aby posluchači poskytl návod, jak si název dobře zapamatovat; rozsah specifikace předmětu podnikání společnosti byl velmi podrobný a pro tvrzený účel pořadu nedůvodný; hodnota informace o poskytování komplexních služeb společností byla pro deklarovanou potřebu informovat o zahraničním trhu nijaká, ve skutečnosti měla hodnotu pouze pro společnost ve smyslu její propagace; sdělené ceny prodeje mohly přiblížit obvyklé ceny nemovitostí v zahraničí, ale ve vztahu k uvedenému zdroji příjmů (prodej chalupy, firmy) soud takové sdělení považuje za výzvu ke koupi, návod, aby takto shodně učinili také ostatní posluchači - informace o střední vrstvě je také výzva pro posluchače (spotřebitele) k tomu, že nejen bohatí, ale i značná část populace může takto investovat. Městský soud dále uvedl, že nebezpečí skryté reklamy tkví ve dvou rovinách, v rovině ochrany spotřebitelů a ochrany soutěžitelů. Městský soud tak má za to, že u skryté reklamy jde o vysoce nebezpečný jev, a proto k založení odpovědnosti za skrytou reklamu postačí důvodné pochybnosti, nikoliv jednoznačně prokázaný úmysl upřednostnit jiného soutěžitele.

[7] Žalobce dále namítal, že bez důkazu o případném reklamním cíli sdělení, obsaženého ve vysílání, nelze do svobody vysílání a jeho obsahu zasahovat. V opačném případě by se totiž jednalo o nepřipustnou cenzuru, která je zakázána jak samotným zákonem o vysílání, tak Listinou základních práv a svobod (dále též „Listina“). Městský soud k této námitce uvedl, že výkon dozorové pravomoci žalované nelze v souladu se zákonem o vysílání považovat za cenzuru obsahu vysílání. Naopak ustanovení § 48 odst. 1 písm. g) zákona o vysílání městský soud považuje za souladné s ústavním pořádkem České republiky a stejně tak i jeho výklad aplikovaný žalovanou v této věci. Zákaz cenzury zakotvený v čl. 17 odst. 3 Listiny nelze vykládat bezbřezě, ale i s ohledem na omezení stanovené v odst. 4 téhož článku, v němž je stanoven rámec omezení svobody projevu a práva na informace. Zákaz skryté reklamy pak je nezbytný pro ochranu spotřebitelů a soutěžitelů a postup žalované je souladný s čl. 17 odst. 4 Listiny.

[8] Městský soud k další námitce žalobce, že hostům hovořícím v přímém přenosu nelze nařizovat, co smí a co nesmí říci, uvedl, že v souladu s § 48 odst. 1 písm. g) zákona o vysílání je provozovatel vysílání odpovědný za obsah vysílání a tato jeho odpovědnost se vztahuje i na sdělení učiněná v průběhu přímého přenosu osobou odlišnou od zaměstnance provozovatele vysílání. V této souvislosti městský soud zdůraznil, že moderátorovi nic nebránilo v tom, aby výslovně či vhodnou volbou otázek usměrnil zástupkyni společnosti Mediterránea, s níž v pořadu vedl rozhovor, v rozsahu sdělení týkajících se výlučně společnosti Mediterránea, místo aby s ní, jako v tomto případě, spolupracoval. Vzhledem ke zkušenostem příslušného redaktora pak lze dle městského soudu důvodně pochybovat o tom, že si nebyl vědom toho, že rozsah informací o jedné

společnosti překračuje míru zpravodajského sdělení. Žalobce tak nebyl sankcionován za jednotlivé sdělení (exces v pořadu), nýbrž za souhrn na sebe navazujících sdělení.

[9] Toto rozhodnutí městského soudu žalobce (dále jen „stěžovatel“) napadl kasační stížností.

[10] Stěžovatel podal kasační stížnost z důvodu tvrzené nezákonnosti spočívající v nesprávném posouzení právní otázky soudem v předcházejícím řízení dle § 103 odst. 1 písm. a) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, (dále jen „s. ř. s.“).

[11] Stěžovatel konkrétně namítá, že městský soud pochybil, když předmětný pořad kvalifikoval jako skrytou reklamu. Stěžovatel má za to, že ze zákona o vysílání je zřejmé, že cíl (důvod, motiv) v podobě záměrné podpory prodeje je základním znakem každé reklamy, tedy i reklamy skryté. Je proto rozdíl mezi zmíněním obchodní firmy ve vysílání, jež je motivované záměrem podpory podnikání, a podobným zmíněním obchodní firmy v pořadu, pokud je motivováno reportážním či zpravodajským záměrem autora pořadu. Zatímco v prvním případě se o reklamu jedná, ve druhém nikoliv. Jelikož cílem předmětného pořadu byla výlučně informace týkající se nákupu zahraničních nemovitostí Čechy, o skrytou reklamu se nejedná.

[12] Stěžovatel dále městskému soudu vytýká, že se ve svém rozhodnutí nevypořádal s předpokladem pro vznik odpovědnosti stěžovatele za skrytou reklamu, tedy se záměrností vysílané reportáže z hlediska jejího reklamního cíle, jež nebyla v řízení před žalovanou prokázána. Rozhodnutí žalované se totiž neopírá o žádné konkrétní důkazy (důkazy záměrného reklamního cíle pořadu), a je tak *de facto* jen subjektivním hodnocením jednoho jednání stěžovatele. Podobně je tomu s rozhodnutím městského soudu, jehož nepodložené úvahy tak nemohou obstát.

[13] Ve své další námitce stěžovatel uvádí, že bez důkazu o případném reklamním cíli pořadu, nelze dle jeho názoru do svobody vysílání a jeho obsahu takto zasahovat. Zásah učiněný v tomto případě žalovanou je tak nepřipustnou cenzurou.

[14] Městský soud měl ve svém rozhodnutí také vzít v úvahu, že v předmětném pořadu hovořil v přímém přenosu host, jemuž nelze nařizovat, co smí a co nesmí říci. I kdyby se, teoreticky, tedy v tomto případě o skrytou reklamu jednalo, městský soud se ve svém rozhodnutí vůbec nezabýval otázkou, zda v takovém případě stěžovatel porušení zákona zavinil a jakými prostředky má stěžovatel možnost zabránit hostům mluvícím v přímém přenosu, aby nevyslovili něco nežádoucího.

[15] Žalovaná ve svém vyjádření ke kasační stížnosti uvedla, že se ztotožňuje s rozhodnutím městského soudu, které považuje za správné, neboť v předmětném rozhovoru byla přímo prezentována jediná společnost a její služby, a je tak zřejmé, že pořadem byl sledován reklamní cíl. Odlišná situace by nastala v případě, kdy by takové informace byly součástí pořadu, jehož obsahem by byly profily firem v určité oblasti služeb nebo poskytovatelů, v takovém případě by se o skrytou reklamu nejednalo. Dle žalované je zřejmé, že prezentace společnosti byla záměrná, což vyplývá z toho, že v pořadu místo sdělení o zahraničním trhu nemovitostí zazněly zejména informace o

činnosti společnosti a jejich struktura, opakování a vrstvení mělo jednoznačné znaky reklamy a hodnota těchto informací byla na rozdíl od té tvrzené pouze propagační. Ze stížnosti posluchače, kterou obdržela žalovaná, pak je zřejmé, že veřejnost mohla být uvedena v omyl o povaze prezentace uvedené v pořadu a považovat ji za reklamu. Ani to, že k prezentaci došlo v přímém přenosu, nemůže žalobce zprostit odpovědnosti, neboť provozovatel vysílání je dle zákona o vysílání odpovědný i za vysílání sdělení jiných osob než svých zaměstnanců. I v přímém přenosu je možné ovlivnit obsah sdělení do pořadu pozvané osoby, a to především ze strany moderátora, který rozhovor vede a má možnost jej tedy usměrňovat především vhodnou volbou dotazů. Toho však redaktor v tomto případě nevyužil, naopak v tomto s hostem spíše spolupracoval.

[16] Žalovaná proto navrhl, aby Nejvyšší správní soud kasační stížnost jako nedůvodnou zamítl.

[17] Nejvyšší správní soud se kasační stížností zabýval nejprve z hlediska splnění formálních náležitostí. Konstatoval, že stěžovatel je osobou oprávněnou k podání kasační stížnosti, neboť byl účastníkem řízení, z něhož napadené rozhodnutí městského soudu vzešlo (§ 102 s. ř. s.). V kasační stížnosti, kterou podal včas (§ 106 odst. 2 s. ř. s.), uplatňuje přípustný důvod podle § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s. Podmínka povinného zastoupení právním zástupcem ve smyslu § 105 odst. 2 s. ř. s. je také splněna.

[18] Nejvyšší správní soud dále přezkoumal kasační stížnost v rozsahu stěžovatelkou uplatněných důvodů a dospěl k závěru, že kasační stížnost je důvodná.

Definice skryté reklamy

[19] Nejvyšší správní soud se nejdříve zabýval samotným pojmem skryté reklamy dle zákona o vysílání. Skrytá reklama je v zákoně o vysílání definována v § 2 odst. 1 písm. q) takto: „*pro účely tohoto zákona se skrytou reklamou rozumí slovní nebo obrazová prezentace zboží, 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.*“ Kumulativními znaky skryté reklamy tedy jsou: a) subjektivní složka spočívající v úmyslu prezentovat zboží, službu, obchodní firmu, ochrannou známku nebo činnost výrobce zboží či poskytovatele služby (prezentace záměrně sleduje reklamní cíl), b) způsobilost skryté reklamy uvést veřejnost v omyl o povaze prezentace, c) prezentace příslušných hodnot (zboží, služby, obchodní firmy, ochranné známky, činnosti výrobce zboží nebo poskytovatele služby) a d) uveřejnění v pořadu, který nemá charakter reklamy nebo teleshoppingu.

[20] Definice uvedená v zákoně o vysílání odpovídá definici obsažené ve Směrnici Rady 89/552/EHS o koordinaci některých právních a správních předpisů členských států upravujících provozování televizního vysílání, ve znění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/65/ES, kterou se mění směrnice Rady 89/552/EHS o koordinaci některých právních a správních předpisů členských států upravujících provozování televizního vysílání. Evropská komise ke skryté reklamě uvádí, že k tomu, aby mohla být určitá

prezentace kvalifikována jako skrytá reklama musí splňovat tři podmínky: musí být provozovatelem vysílání jako reklama zamýšlena, musí sloužit reklamním účelům a musí být způsobilá uvést veřejnost co do své povahy v omyl. Jelikož si je komise vědoma toho, že v konkrétních situacích je někdy velmi těžké rozpoznat, zda je splněna první podmínka, tedy subjektivní podmínka úmyslu, považuje za vhodné za tímto účelem používat podpůrné kritérium „přiměřenosti“, s tím, že přiměřené není to, co nepřiměřeně vyčnívá (je nepřiměřeně nápadné). Splnění tohoto kritéria pak lze poznat z různých okolností, jako např. z opakovaného uvádění zboží (služby, obchodní firmy, ochranné známky, činnosti výrobce či poskytovatele služby) v prezentaci či ze způsobu, jakým bylo zboží prezentováno, tedy např. tak, aby se veřejnosti vrylo do paměti (srov. Interpretální sdělení komise č. 2004/C 102/02 k některým aspektům ustanovení Směrnice Rady 89/552/EHS).

Tři znaky skryté reklamy a jejich kumulativní naplnění

[21] Z námitek stěžovatele vyplývá, že v posuzovaném případě se dle jeho názoru o skrytou reklamu nejednalo, a to z důvodu, že pořad nenaplňoval skutkovou podstatu uvedenou v zákoně o vysílání, konkrétně nesplňoval jak podmínku spočívající v úmyslu provozovatele vysílání prezentovat v pořadu obchodní firmu včetně služeb společnosti, tak ani reklamní cíl. Ze zákona o vysílání pak je zřejmé, že pořad lze označit za skrytou reklamu jen ve chvíli, kdy jsou kumulativně splněny všechny znaky skryté reklamy uvedené v zákoně o vysílání. Pokud tedy i jen jeden ze znaků není naplněn, nemůže se jednat o skrytou reklamu. Stěžovatel v této souvislosti také namítal, že podmínka úmyslu pak nebyla v řízení před žalovanou prokázána, žalovaná totiž své rozhodnutí nezaložila na žádných konkrétních důkazech či argumentech o záměrnosti či úmyslu provozovatele, ale pouze na svém subjektivním hodnocení, v čemž po ní pokračoval i městský soud. Nejvyšší správní soud shledal tyto námitky stěžovatele důvodnými.

[22] Nejvyšší správní soud konstatuje na základě zákonné definice skryté reklamy v zákoně o vysílání i na základě výše citovaných pramenů komunitárního práva, že veřejnoprávní postih za skrytou reklamu podle zákona o vysílání je možný pouze tehdy, pokud dojde ke kumulativnímu naplnění následujících tří znaků:

- prezentace v pořadu, který nemá charakter reklamy, sleduje reklamní cíl
- prezentace záměrně sleduje reklamní cíl, je tedy třeba posuzovat záměrnost, úmysl či přiměřenost
- prezentace je způsobilá uvést veřejnost co do své povahy v omyl.

[23] Nejvyšší správní soud si je vědom nebezpečnosti skryté reklamy z pohledu ochrany spotřebitele i ochrany trhu před nekalou soutěží, avšak nemůže souhlasit s tím, že by snad nebezpečnost skryté reklamy mohla odůvodňovat nedostatečně přesvědčivé prokázání naplnění všech jejích zákonných znaků.

[24] Nejvyšší správní soud v souladu s míněním Evropské komise zastává názor, že pro postih provozovatele za skrytou reklamu musí sankcionovaná prezentace splňovat tři podmínky, jež plynou z definice skryté reklamy uvedené v zákoně o vysílání. První z podmínek definování skryté reklamy je reklamní cíl prezentace. Městský soud se touto podmínkou zevrubně zabýval. Svůj závěr o tom, že předmětný pořad měl zřejmý reklamní cíl, založil městský soud především na striktním odlišení druhu informací, jež se v pořadu

objevily. Mezi těmito informacemi městský soud rozlišuje konkrétní informace o společnosti Mediterránea (kterákoliv informace, která není striktně obecná, tedy např. informace, která upřesňuje v jakém segmentu trhu se host pořadu vyzná nebo informace, kterou host pořadu zná ze své praxe u společnosti a zmíní to) a obecné informace bez jakéhokoli vztahu ke konkrétní firmě či službě. Městský soud pak přistupuje k posouzení těchto informací tak, že v pořadu určenému k odvysílání jsou přijatelné jen obecné informace. Na základě tohoto přístupu pak městský soud jednoduše zhodnotil poměr konkrétních a obecných informací v odvysílaném telefonickém rozhovoru a dospěl k závěru, že konkrétní informace převažují, a proto je zcela zřejmé, že prezentace měla reklamní cíl.

[25] Nejvyšší správní soud se s výkladem městského soudu neztotožňuje, nesouhlasí především se striktním dělením informací, jak je od sebe oddělil městský soud, neboť i informace, jež městský soud označil za informace konkrétní, mohou mít zobecňující charakter. Pokud se pak takové informace posuzují z hlediska kontextu, v jakém byly vysloveny, tedy z hlediska specifík sdělování informací o nějakém jevu ze strany osoby zaměstnané v komerčním sektoru, nelze zcela jednoznačně určit, že tato informace je čistě konkrétní informací o společnosti. Je běžnou věcí, že se osoba při zodpovídání dotazů vymezí tak, aby bylo zřejmé, s čím se ve své praxi setkala, čemu konkrétně rozumí a o čem může posluchačům sdělit podrobnosti. Současně je běžnou praxí, že taková osoba zodpovídá dotazy na základě své zkušenosti z oboru; v posuzovaném případě může například sdělit, ve kterých z oblastí, na něž se společnost, pro kterou pracuje, zaměřuje, je o nemovitosti největší zájem apod. Neznačená to však vždy, že taková konkrétní informace má vést k propagaci společnosti, v níž osoba pracuje. Nejvyšší správní soud nezastává názor, že by výpověď osoby zaměstnané v komerčním sektoru v rámci v médiu odvysílaného pořadu měla být z hlediska skryté reklamy posuzována méně přísně než informace od kohokoliv jiného. Pouze zastává názor, že informace není možné striktně odlišit tak, jak to vyplývá z rozsudku městského soudu v tomto případě, a to ať už ji sděluje jakákoliv osoba. Pokud by se soud k takovému hodnocení uchýlil, nemohl by provozovatel vysílání vůbec odvysílat rozhovor v přímém přenosu, aniž by čelil riziku, že bude postižen za skrytou reklamu. Rozhovor v přímém přenosu by pak byl možný pouze s osobou, která by se pouze obecně, např. statisticky zabývala tím konkrétním jevem, o němž chce provozovatel vysílání posluchače informovat, neboť ta by podávala zaručeně obecné informace, ačkoliv méně praktické. Hodnota informací od osob z komerčního prostředí spočívá právě v jejich praktické využitelnosti; v posuzovaném případě tedy, nač by se měla osoba, která o nákupu zahraniční nemovitosti uvažuje, zaměřit, co by měla zvažovat, jaký servis může od společností nabízejících tuto službu očekávat apod. Nejvyšší správní soud proto nemůže dát za pravdu městskému soudu, že z prezentace jasně vyplývá její reklamní cíl, neboť na základě výše popsané úvahy městského soudu o konkrétních a obecných informacích nelze reklamní cíl bez dalšího vyvodit.

[26] Nejvyšší správní soud je toho názoru, že reklamní cíl prezentace lze rozpoznat na základě toho, zda prezentace obsahuje reklamní prvky, tedy sdělení propagující společnost či její službu nebo sdělení vybízející posluchače přímo ke koupi, další podrobné informace o společnosti typu kontaktu (ať již odkaz na webové stránky, telefonní číslo či osobu, kterou v případě zájmu lze kontaktovat) či nápadné opakování některých informací

s cílem propagace společnosti či jejích služeb. Nejvyšší správní soud vycházejí z přepisu posuzovaného pořadu, který je součástí napadeného správního rozhodnutí, dospěl k závěru, že prezentace v něm uvedená takové prvky neobsahuje. Diskutabilní se může jevit snad pouze vysvětlení původu názvu společnosti, které dle městského soudu zaznělo jednoznačně s cílem, aby si posluchač název společnosti lépe zapamatoval. Dále také sdělení, že společnost Mediterránea nefunguje jako klasická realitní společnost, ale spíše jako investičně poradenská společnost, která může pro klienta zařídit i záležitosti daňové či právní. K těmto dvěma sdělením Nejvyšší správní soud uvádí, že jejich zmínění neshledává dostatečnými pro označení dotčené prezentace za skrytou reklamu, neboť jejich uvedení je v kontextu sdělení pořadu jako celku přiměřené. Co se pak týče prvního problematického prvku, tedy uvedení původu názvu společnosti, Nejvyšší správní soud neshledal, že by uvedení Madridu jako místa, kde společnost začínala, pomohlo průměrnému posluchači nějak zásadně v tom, aby si snáze zapamatoval název společnosti, jenž zní Mediterránea. Co se týče druhého problematického bodu, má Nejvyšší správní soud za to, že informace typu, co lze od podobných společností očekávat a ve kterých oblastech mimo realitní trh by se měly orientovat, může být pro posluchače hodnotná a sama o sobě nezakládá zřejmý reklamní cíl pořadu jako celku.

[27] S ohledem na to, že dle názoru Nejvyššího správního soudu nebyla splněna hned první podmínka a k naplnění skutkové podstaty skryté reklamy je třeba, aby byly splněny všechny tři podmínky kumulativně, nebylo by již třeba se splněním dalších podmínek zabývat. Nejvyšší správní soud však posuzuje rozhodnutí městského soudu, jež dospělo k opačnému závěru, a proto považuje za účelné zabývat se i zbylými dvěma podmínkami ve vztahu ke stěžovateli odvíjívanému a žalovaným sankcionovanému pořadu.

[28] Nejvyšší správní soud se dále zabýval splněním druhé podmínky, tedy zda tvrzený reklamní cíl pořadu byl ze strany provozovatele vysílání záměrný, úmyslný. Městský soud se splněním této podmínky vypořádal následovně. Nejprve uvedl, v čem tkví nebezpečí skryté reklamy a že se jedná o vysoce nebezpečný jev, z čehož následně dovodil, že k založení odpovědnosti za skrytou reklamu tak postačí důvodné pochybnosti, nikoliv jednoznačně prokázaný úmysl upřednostnit jiného soutěžitele. Provozovatel vysílání je dle § 48 odst. 1 písm. g) zákona o vysílání odpovědný za obsah vysílání a vzhledem ke zkušenosti redaktora předmětného pořadu lze dle názoru městského soudu důvodně pochybovat, že si nebyl vědom toho, že rozsah informací o společnosti uvedený během pořadu překračuje míru zpravodajství, tudíž městský soud považoval i druhý znak skryté reklamy za naplněný.

[29] Nejvyšší správní soud s tímto závěrem městského soudu však nemůže souhlasit, neboť v tomto případě městský soud jako správní soud nehodnotil škodlivé jednání stěžovatele z hlediska jeho odpovědnosti za nekalou soutěž, nýbrž to, zda svým jednáním stěžovatel naplnil skutkovou podstatu správního deliktu skryté reklamy dle zákona o vysílání. Zákon o vysílání však tuto městským soudem vyslovenou zásadu použít neumožňuje. I v tomto případě by se naopak uplatnila zásada *in dubio pro reo*. Neboť, jak již Nejvyšší správní soud uvedl ve svém rozsudku ze dne 31. 10. 2006, č. j. 2 As 20/2006 - 47, „*postup, kdy by subjekt správního řízení mohl být shledán odpovědným za naplnění skutkové podstaty přestupku či správního deliktu jen na základě formálních dedukcí a závěrů,*

by byl protiprávní a protiústavní, protože by popíral obecnou zásadu „in dubio pro reo“, která musí být respektována nejen v trestním, ale i ve správním řízení“.

[30] Nejvyšší správní soud si je vědom náročnosti prokazování subjektivního kritéria skryté reklamy spočívající v úmyslu provozovatele vysílání či záměrnosti sledování reklamního cíle, na druhou stranu je však toho názoru, že zkoumání, zda bylo v konkrétním případě naplněno, nelze způsobem, jakým to udělal městský soud, obejít, nýbrž bylo na místě úmysl provozovatele vysílání prokázat. Jak vyplývá z výše uvedeného sdělení Evropské komise, k prokázání takového úmyslu není třeba mít důkaz v podobě podepsané dohody či zaplacené odměny. Úmysl lze pozorovat i ze způsobu, jakým k prezentaci společnosti či jejích produktů došlo, z toho, zda relevantní informace nebyly několikrát opakovány. Je tedy třeba posuzovat, zda mezi jinými podobnými pořady tento svým „reklamním“ charakterem nepřiměřeně nevyčnívá. K této otázce již Nejvyšší správní soud judikoval, že pro posouzení části vysílání jako skryté reklamy není nutné prokázat, že k odvysílání došlo za úplatu nebo jinou protihodnotu; to však nic nemění na tom, že otázkou záměrnosti je třeba se vždy zabývat při zkoumání toho, zda byla odvysílána skrytá reklama (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 12. 2009, č. j. 7 As 57/2009 - 86, dostupný na www.nssoud.cz).

[31] Splnění třetího kritéria skryté reklamy, spočívajícího v tom, zda byla prezentace způsobila uvést veřejnost co do své povahy v omyl, nelze dle názoru Nejvyššího správního soudu posoudit na podkladě skutečnosti, že žalovaná byla na pořad pro podezření, že se jednalo o skrytou reklamu, upozorněna jediným posluchačem, jak je uvedeno v rozhodnutí žalované. Městský soud pak splnění této podmínky pouze na základě některých sdělení uvedených v předmětném pořadu dedukuje, když tato sdělení označuje buď za výzvu ke koupi, či návod zachovat se obdobně, či povzbuzení, že taková investice je dosažitelná i středním vrstvám. Nejvyšší správní soud naopak zastává názor, že splnění této podmínky by mělo být řešeno na základě posouzení pořadu z hlediska jeho objektivního působení na posluchačskou veřejnost, nejlépe pomocí měřítka tzv. průměrného spotřebitele, tedy spotřebitele průměrného vzdělání, průměrných znalostí, průměrného platu a průměrně povrchně vnímajícího množství informací, které k němu denně směřují. Hledisko průměrného spotřebitele by pak bylo vhodné vztáhnout k této konkrétní službě, jež společnost Mediterránea nabízí, neboť se nejedná o službu tzv. denní spotřeby, nýbrž o službu, jež je nadstandardní a mimořádná.

[32] Z hlediska nadstandardního charakteru a mimořádnosti prezentovaných služeb totiž v posuzovaném případě lze dospět k závěru, že většina běžných spotřebitelů nebude o využití prezentované služby ani uvažovat, neboť je pro ni finančně nedostupná. Dále s ohledem na to, že se jedná o službu, jež není nezbytná, ale svojí povahou spíše mimořádná a také nákladná (většina zájemců ji bude zřejmě považovat za investici), bude jistě spotřebitel obezřetnější než u jiných obchodů, bude si více vybírat a poměřovat výhody a nevýhody společností, jež tuto službu nabízejí a k výběru obchodního partnera mu nebude bez dalšího postačovat krátký rozhovor ve sdělovacím prostředku. Takový informativní rozhovor o investiční příležitosti v rozhlase je ostatně třeba pečlivě odlišit od obvyklých typů obrazové skryté reklamy spočívajících v posílení či vytvoření emotivního vztahu průměrného spotřebitele ke značce spotřebního zboží skryté ve zpravodajském či zábavném pořadu. Nejvyšší správní soud připouští, že na základě předmětného pořadu

mohla vzniknout společnosti Mediterránea určitá výhoda, spočívající v tom, že se posluchači dozvěděli, že tato společnost nabízí službu, o níž pořad informoval. Nejvyšší správní soud však má za to, že vliv takové informace na konečné rozhodnutí spotřebitele nelze přeceňovat, a to už jen z výše zmíněného hlediska, že se jedná o drahou a nadstandardní službu, která není dostupná všem a v jejímž pořizování je spotřebitel obezřetnější, a dále také z hlediska dnešního velice snadného přístupu spotřebitele k informacím o dalších společnostech, které obdobnou službu nabízejí. Tato výhoda, jež společnosti Mediterránea odvysíláním pořadu vznikla, pak není dostatečná k tomu, aby založila odpovědnost stěžovatele za skrytou reklamu dle zákona o vysílání.

[33] Ze zákona o vysílání vyplývají tři podmínky, jež musí být splněny kumulativně k tomu, aby založily odpovědnost provozovatele vysílání za skrytou reklamu, a to 1) prezentace v pořadu, který nemá charakter reklamy, sleduje reklamní cíl, 2) reklamní cíl je sledován záměrně (je tedy naplněna podmínka záměrnosti, úmyslu či nepřiměřenosti) 3) prezentace je způsobilá uvést veřejnost co do své povahy v omyl. V posuzovaném případě se žalovanému nepodařilo prokázat naplnění ani jedné z uvedených podmínek, není tedy možné jím odvysíláný pořad označit za skrytou reklamu a shledat tak stěžovatele odpovědným za odvysílání skryté reklamy. Nejvyšší správní soud si je vědom závažnosti skryté reklamy a souhlasí s tím, aby za její zveřejnění, ať už v jakékoli podobě, byl provozovatel vysílání přísně postihován. Nicméně v každém případě je nutné postupovat v souladu se zákonem, a tedy postihovat jen ta jednání, jež naplňují všechny znaky zákonem vyžadované. Za tímto účelem je pak především třeba zkoumat postupně naplnění jednotlivých zákonných kritérií skryté reklamy i jejich kumulativní výskyt v konkrétním posuzovaném případě.

[34] Na základě všech výše uvedených skutečností nezbylo Nejvyššímu správnímu soudu než v souladu s § 110 odst. 1 s. ř. s. zrušit rozsudek Městského soudu v Praze a věc mu vrátit k dalšímu řízení.

[35] O náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti rozhodne městský soud v novém rozhodnutí (§ 110 odst. 2 s. ř. s.).

Poučení: Proti tomuto rozsudku **nejsou** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 31. března 2010

JUDr. Bohuslav Hnízdl
předseda

senátu