



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy Zdeňka Kühna, soudce Ondřeje Mrákoty a soudkyně Michaely Bejčkové v právní věci žalobkyně: **SMOKE pro.cz, s.r.o.**, se sídlem Hybešova 308/61, Brno, zast. Mgr. Danielem Rejmanem, advokátem se sídlem U Nadjezdu 1837, Lysá nad Labem, proti žalovanému: **Ministerstvo průmyslu a obchodu**, se sídlem Na Františku 32, Praha 1, proti rozhodnutí žalovaného ze dne 12. 12. 2017, čj. MPO/74032/2017, v řízení o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 5. 11. 2019, čj. 29 A 15/2018-62,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **se zamítá**.
- II. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobkyni náhradu nákladů řízení ve výši **8 228 Kč**, a to do 30 dnů od právní moci tohoto rozhodnutí k rukám jejího zástupce Mgr. Daniela Rejmana, advokáta.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Žalobkyně je prodejce elektronických cigaret a náhradních náplní do těchto cigaret. Krajský úřad Jihomoravského kraje rozhodnutím ze dne 11. 10. 2017 uložil žalobkyni pokutu ve výši 40 000 Kč za spáchání přestupku podle § 8a odst. 1 písm. q) zákona č. 40/1995 Sb., o regulaci reklamy. Přestupku se žalobkyně dopustila tím, že jako šířitel porušila zákaz uvedený v § 3a odst. 1 zákona o regulaci reklamy, jelikož v době od 1. 1. 2017 nejméně do 4. 8. 2017 ve dvou provozovnách šířila reklamu na elektronické cigarety a náhradní náplně do nich, a to formou potištěných reklamních tabulí, potištěných nalepovacích fólií a potištěných skleněných panelů (jednak na vnějším plášti

budovy provozovny, jednak v interiéru na skleněné stěně provozovny). Žalovaný odvolání žalobkyně zamítl a napadené rozhodnutí krajského úřadu potvrdil.

[2] Žalobkyně se proti rozhodnutí žalovaného bránila žalobou. Krajský soud žalobě vyhověl a rozhodnutí žalovaného zrušil. V obsáhlém rozsudku se soud v obecné rovině věnoval řadě ústavněprávních a metodologických otázek výkladu práva, aby uzavřel, že úprava v § 3a zákona o regulaci reklamy je nejednoznačná a obsahuje mezery. Tyto mezery je třeba vyplnit, a to analogickým užitím § 3 odst. 4 písm. b) zákona o regulaci reklamy.

II. Stručné shrnutí argumentů kasační stížnosti a vyjádření žalobkyně

[3] Žalovaný (stěžovatel) podal proti rozsudku krajského soudu kasační stížnost, a to z důvodů dle § 103 odst. 1 písm. a), d) s. ř. s. Trvá na tom, že sporná ustanovení zákona o regulaci reklamy vyložil správně, bral přitom v potaz zákon jako celek i jeho smysl a účel. Není pravda, že by tento zákon volil přísnější regulaci než předpisy EU, které provádí. Stěžovatel nesouhlasí ani s tím, že by jeho rozhodnutí nepřiměřeně omezilo či dokonce zcela znemožnilo výkon ústavně zaručeného práva žalobkyně na svobodu (komerčního) projevu. Stěžovatel dále vysvětluje, proč je regulace reklamy na elektronické cigarety přísnější než reklama na tabákové výrobky. To je výsledek úvahy zákonodárce, nikoliv exekutivy, jejíž částí je i stěžovatel. Části rozsudku nejsou ani dostatečně srozumitelné, např. soud vůbec nevysvětlil, proč se v případě § 3a zákona o regulaci reklamy jedná o „nevědomou mezeru“ (bez úmyslu zákonodárce). Stěžovatel rovněž upozorňuje na nejednoznačnost rozsudku.

[4] Žalobkyně ve vyjádření s rozsudkem krajského soudu souhlasí. Nesouhlasí s tím, že zákonodárce hodlal přijmout právní úpravu reklamy na elektronické cigarety přísnější, než je reklama na tabákové výrobky. Platí, že rizikovost vapování v porovnání s kouřením klasických tabákových výrobků je značně nižší. Proto by bylo logické, aby se přísnější právní úprava vztahovala na tabákové výrobky, ne naopak.

[5] Stěžovatel v replice nesouhlasí s tím, že je rizikovost kouření tabákových výrobků vyšší než vapování elektronických cigaret. Žalobkyně sice odkazuje na „množství odborných studií“, tyto studie však nijak nekonkretizuje. Stěžovatel upozorňuje též na prudký nárůst podezřelých úmrtí, která ve světě, zejména v USA, nastala v souvislosti s elektronickými cigaretami.

[6] Žalobkyně v duplice vysvětluje, že k úmrtím v USA došlo v souvislosti s užíváním e-cigaret, které jsou v EU nelegální, k čemuž připojuje provést i důkaz článkem ze serveru Lidovky.cz.

III. Právní hodnocení Nejvyššího správního soudu

[7] NSS při posuzování přípustné kasační stížnosti dospěl k závěru, že kasační stížnost má požadované náležitosti, byla podána včas a osobou oprávněnou. Důvodnost kasační stížnosti posoudil v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.); neshledal přitom vady, jimiž by se musel zabývat i bez návrhu.

pokračování

[8] K označení žalovaného (nynějšího stěžovatele) NSS uvádí, že opravil chybu, které se dopustil krajský soud. Soud totiž jako žalovaný správní orgán označil „Českou republiku – Ministerstvo průmyslu a obchodu“, což je zjevná nesprávnost (a takto se pak v kasační stížnosti označil i sám stěžovatel, zjevně pomýlen rozsudkem krajského soudu). Soudní řád správní sice s účastí státu na řízení před správním soudem výslovně počítá (§ 33 odst. 6 s. ř. s.), stát však jako subjekt práva vystupuje typicky jako žalující strana. Na straně žalovaného totiž vystupuje nikoliv stát jako takový, ale správní orgán jako vykonavatel veřejné správy, kterému způsobilost být účastníkem řízení a procesní způsobilost dává zákon v § 33 odst. 2, respektive § 33 odst. 3 s. ř. s. NSS poznamenává, že jakkoliv jde o chybu na straně krajského soudu, nejde jistě o chybu s vlivem na výsledek soudního rozhodnutí. Soud nesporně jednal s tím, s kým jednat měl, tedy se správním orgánem (Ministerstvem průmyslu a obchodu), správní orgán též podal kasační stížnost.

[9] Kasační stížnost není důvodná.

[10] NSS se předně zabýval otázkou, zda je rozsudek krajského soudu vskutku nepřezkoumatelný. V tomto ohledu NSS do jisté míry sdílí výhrady stěžovatele k odůvodnění rozsudku krajského soudu. Namísto vyslovení jasného právního názoru, který by reagoval na stručnou a jasnou (dvoustránkovou) žalobu, se rozsudek blíží spíše právně teoretické práci rozebírající různé právněteoretické doktríny, metody výkladu práva, cituje nejrozumnější rozhodnutí ESLP, Ústavního soudu apod., z nichž mnohé mají k nyní řešené otázce jen velmi vzdálený či dokonce žádný vztah. Zdejšímu soudu např. není jasné, jaký mají k nyní řešené věci vztah rozsáhlé úvahy krajského soudu o ústavní ochraně tzv. komerčního projevu, srov. body 24 až 27 napadeného rozsudku (*nota bene* za situace, kdy se žalobkyně dovolávala ochrany práv majetkových a práva na podnikání a ani z kontextu žaloby neplyne nic jiného). Rozhodnutí soudu v kontinentální právní kultuře nemá suplovat právní vědu. Soud se má v odůvodnění soustředit na řešený problém bez toho, aby se pokoušel řešit obecné teoretické otázky s věcí nijak nesouvisející. Pokud takto soud nepostupuje, „zaplevelí“ rozhodnutí spoustou nadbytečných úvah, které rozsudek zatemní a znesnadní identifikaci závazného právního názoru.

[11] Přes výše uvedené však rozsudek není nepřezkoumatelný. NSS chápe napadený rozsudek tak, že krajský soud nesouhlasil s žalobkyní v tom, že by sporná reklama nebyla reklamou, ale obchodním sdělením. Současně však soud zavázal stěžovatele aplikovat na spornou reklamu analogicky § 3 odst. 4 písm. b) zákona o regulaci reklamy, neboť regulace reklamy na elektronické cigarety v § 3a téhož zákona prý obsahuje „mezeru nevědomou (bez úmyslu zákonodárce)“, kterou je nutno zaplnit (bod 34 napadeného rozsudku).

[12] Základem regulace elektronických cigaret je směrnice 2014/40/EU o sbližování právních a správních předpisů členských států týkajících se výroby, obchodní úpravy a prodeje tabákových a souvisejících výrobků.¹ Ta je též unijním předobrazem vnitrostátní

¹ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/40/EU ze dne 3. dubna 2014 o sbližování právních a správních předpisů členských států týkajících se výroby, obchodní úpravy a prodeje tabákových a souvisejících výrobků a o zrušení směrnice 2001/37/ES. Úř. věst. L 127, 29. 4. 2014, s. 1-38.

regulace reklamy na elektronické cigarety. Z odůvodnění směrnice plyne, že unijní normotvůrce klade přísné požadavky na regulaci elektronických cigaret včetně regulace reklamy na tyto cigarety též proto, že trh s elektronickými cigaretami se rozvíjí a všechny dopady tohoto produktu na lidské zdraví ještě nejsou patrné [srov. např. odůvodnění směrnice, dle něhož je nezbytné sblížit vnitrostátní ustanovení pro reklamu a sponzorství související s těmito výrobky, která mají přeshraniční dopad, přičemž základem je zabezpečení vysoké úrovně ochrany lidského zdraví. *Elektronické cigarety mohou vést k závislosti na nikotinu a v konečném důsledku i ke spotřebě tradičního tabáku, neboť napodobují a normalizují činnost kouření. Z tohoto důvodu je vhodné zaujmout k reklamě na elektronické cigarety a náhradní náplně omezující přístup* (viz bod 43). Srov. též bod 46 odůvodnění směrnice, dle něhož s ohledem na aktuálně se rozvíjející trh s elektronickými cigaretami je možné, že některé elektronické cigarety mohou představovat *nepředvídané riziko pro lidské zdraví*].

[13] Obecný unijní základ pro regulaci reklamy v právu členských států EU představuje čl. 20 odst. 5 směrnice 2014/40/EU. Podle něj členské státy zajistí, aby:

- a) byla zakázána obchodní sdělení v rámci služeb informační společnosti v tisku a jiných tištěných publikacích, jejichž cílem či přímým nebo nepřímým účinkem je propagace elektronických cigaret a náhradních náplní, s výjimkou publikací, které jsou určeny výlučně profesionálům v obchodě s elektronickými cigaretami a náhradními náplněmi, a publikací, které jsou tištěny a zveřejněny ve třetích zemích, pokud tyto publikace nejsou primárně určeny pro trh Unie; [*právě toto ustanovení se týká i nynější kauzy*]
- b) byla zakázána obchodní sdělení v rozhlasu, jejichž cílem či přímým nebo nepřímým účinkem je propagace elektronických cigaret a náhradních náplní;
- c) byla zakázána jakákoli forma veřejného nebo soukromého příspěvku na rozhlasové programy, jejichž cílem či přímým nebo nepřímým účinkem je propagace elektronických cigaret a náhradních náplní;
- d) byla zakázána jakákoli forma veřejného nebo soukromého příspěvku na jakoukoli akci nebo činnost či ve prospěch jednotlivce s cílem či přímým nebo nepřímým účinkem propagovat elektronické cigarety a náhradní náplně, jež se týkají více členských států nebo jež se konají na území více členských států nebo jež mají jiným způsobem přeshraniční účinky;
- e) byla pro elektronické cigarety a náhradní náplně zakázána audiovizuální obchodní sdělení, na něž se vztahuje směrnice Evropského parlamentu a Rady 2010/13/EU.

[14] Český zákon o regulaci reklamy obsahuje v § 3 a v § 3a tuto regulaci tabákových výrobků a elektronických cigaret:

§ 3

Tabákové výrobky

(1) Reklama na tabákové výrobky¹⁰⁾ a rovněž sponzorování, jehož účelem nebo přímým či nepřímým účinkem je reklama na tabákové výrobky, jsou zakázány, pokud není dále stanoveno jinak. To platí též pro sponzorování akcí nebo činností, které se týkají několika členských států Evropské unie nebo jiných států tvořících Evropský hospodářský prostor nebo se konají v několika členských státech Evropské unie nebo v jiných státech tvořících Evropský hospodářský prostor nebo dosahují přeshraničních účinků jiným způsobem.

(2) Reklamou na tabákové výrobky se rozumí též

- a) jakákoliv forma obchodního sdělení, jehož účelem nebo přímým či nepřímým účinkem je propagace tabákového výrobku,
- b) distribuce tabákového výrobku zdarma, jejímž účelem nebo přímým či nepřímým účinkem je propagace tabákového výrobku nebo distribuce zdarma, která má takový přímý či nepřímý účinek v souvislosti se sponzorováním podle odstavce 1,

pokračování

- c) reklama, která se nezmiňuje přímo o tabákovém výrobku, ale využívá ochranné známky^{1a}), emblému nebo jiného charakteristického rysu tabákového výrobku, pokud dále není stanoveno jinak.
- (3) Za reklamu na tabákové výrobky se nepovažuje užití ochranné známky¹⁾ tabákového výrobku registrované nebo užívané pro tabákové nebo jiné výrobky nebo služby před účinností tohoto zákona na reklamu jiných než tabákových výrobků nebo služeb. Přitom způsob, jakým je informace o výrobku nebo službě šířena, musí být zřetelně odlišen od způsobu šíření informace o tabákovém výrobku.
- (4) Zákaz reklamy podle odstavce 1 se nevztahuje na**
- a) reklamu v periodickém tisku²⁾, neperiodických publikacích³⁾, na letácích, plakátech nebo v jiných tiskovinách nebo reklamu šířenou prostřednictvím služeb informační společnosti^{10a)} určených výlučně profesionálům v oblasti obchodu s tabákovými výrobky,
 - b) reklamu na tabákové výrobky ve specializovaných prodejnách tabákových výrobků nebo ve výkladní skříni a na přiměřené označení těchto prodejen,**
 - c) reklamu na tabákové výrobky v provozovnách, ve kterých se prodává nebo poskytuje široký sortiment zboží nebo služeb, jedná-li se o reklamu umístěnou v té části provozovny, která je určena k prodeji tabákových výrobků,
 - d) sponzorování motoristických soutěží a sponzorskou komunikaci v místě konání, nejedná-li se o sponzorování akcí nebo činností, které se týkají několika členských států Evropské unie nebo jiných států tvořících Evropský hospodářský prostor nebo se konají v několika členských státech Evropské unie nebo v jiných státech tvořících Evropský hospodářský prostor nebo dosahují přeshraničních účinků jiným způsobem,
 - e) publikace, které jsou tištěné a vydávané ve třetích zemích, pokud nejsou především určeny pro vnitřní trh Evropské unie.
- (5) Reklama na tabákové výrobky podle odstavce 4 písm. a) až d) musí obsahovat zřetelné varování tohoto znění: "Ministerstvo zdravotnictví varuje: kouření způsobuje rakovinu", a to v rozsahu nejméně 20 % reklamního sdělení. U písemné reklamy musí být text varování uveden na bílém podkladu uspořádaném podél spodního okraje reklamní plochy v rozsahu nejméně 20 % této plochy. Text musí být vtištěn černým velkým tučným písmem tak, aby dosáhl celkovou výšku nejméně 80 % výšky bílého podkladu. Reklama šířená audiovizuálním způsobem musí obsahovat titulky s varováním podle vět první a druhé.
- (6) Reklama na tabákové výrobky podle odstavce 4 písm. a) až d) nesmí
- a) být zaměřena na osoby mladší 18 let, zejména zobrazením těchto osob nebo užitím prvků, prostředků nebo akcí, které takové osoby převážně oslovují,
 - b) nabádat ke kouření slovy nebo například tím, že zobrazuje scény s otevřenými krabičkami cigaret nebo scény, kde lidé kouří nebo drží cigarety, balíčky cigaret nebo jiné tabákové výrobky nebo kuřácké potřeby.
- (7) V reklamě podle odstavce 4 se zakazuje bezplatné dodávání vzorků tabákových výrobků široké veřejnosti, mající za cíl propagaci tabákového výrobku.
(zvýraznění doplnil NSS)

§ 3a**Elektronické cigarety**

- (1) Zakazuje se reklama, jejímž cílem nebo přímým nebo nepřímým účinkem je propagace elektronických cigaret a náhradních náplní do nich, šířená prostřednictvím služeb informační společnosti^{10a)} nebo v periodickém tisku²⁾, neperiodických publikacích³⁾, na letácích, plakátech nebo jiných tiskovinách, s výjimkou publikací, které jsou určeny výlučně profesionálům v obchodě s elektronickými cigaretami a náhradními náplněmi do nich, a publikací, které jsou tištěny a zveřejněny ve třetích zemích, pokud tyto publikace nejsou primárně určeny pro vnitřní trh Evropské unie.
- (2) Zakazuje se jakákoli forma sponzorování akcí, činností nebo jednotlivců, jejichž cílem nebo přímým nebo nepřímým účinkem je propagace elektronických cigaret a náhradních náplní do nich, pokud se objekt sponzorování týká několika členských států Evropské

unie nebo se koná v několika členských státech Evropské unie anebo dosahuje přeshraničního účinku jiným způsobem.

(poznámky pod čarou vynechány)

[15] V § 3 odst. 1 tedy zákon o regulaci reklamy obecně zakazuje *reklamu na tabákové výrobky* a rovněž sponzorování, jehož účelem nebo přímým či nepřímým účinkem je reklama na tabákové výrobky (ledaže některý další odstavec v § 3 stanoví jinak). Reklama v § 3 je chápána velmi široce, což je vidět i z § 3 odst. 2 téhož zákona, který pojem reklamy dle § 3 odst. 1 zákona o regulaci reklamy dále rozšiřuje. Podle § 3 odst. 2 se reklamou na tabákové výrobky rozumí *těž jakákoliv forma obchodního sdělení*, jehož účelem nebo přímým či nepřímým účinkem je propagace tabákového výrobku apod.

[16] Zákaz reklamy na elektronické cigarety v § 3a zákona o regulaci reklamy je upraven dosti odlišně. Na rozdíl od obecného zákazu reklamy na tabákové výrobky, rozšířeného dále v § 3 odst. 2 o některé další reklamní či podobné aktivity, ustanovení § 3a zákona o regulaci reklamy zakazuje reklamu, kterou jednak definuje cílem či účinkem (což není dramaticky odlišné od § 3), jednak vymezuje způsoby šíření reklamy (prostřednictvím služeb informační společnosti² *nebo v periodickém tisku, neperiodických publikacích, na letácích, plakátech nebo jiných tiskovinách*).

[17] Prostým srovnáním obou ustanovení je vidět, že regulace reklamy na tabákové výrobky a reklamy na elektronické cigarety představuje dvě samostatné a autonomní úpravy. Na přísné regulaci elektronických cigaret nevidí NSS nic divného, a to ani pokud přihlédne ke směrnici 2014/40/EU. Tato směrnice vychází z toho, že elektronické cigarety jsou přinejmenším potenciálně nebezpečné, mohou vést k závislosti na nikotinu a v konečném důsledku i ke spotřebě tradičního tabáku, neboť napodobují a normalizují činnost kouření (viz bod [12] shora). Proto NSS neakceptoval ani důkazní návrhy, kterými žalobkyně chtěla prokazovat, jak jsou či nejsou elektronické cigarety nebezpečné, respektive vysvětlovat nedávnou vlnu podezřelých úmrtí spojených s těmito cigaretami v USA. Rozhodně není na soudní moci, aby prováděla jakési další testování úvah zákonodárce, hodnotila smysluplnost či opodstatněnost regulace reklamy a zákon o regulaci reklamy po zákonodárci (a namísto něj) přepisovala, například tím, že bude volně zaměňovat text § 3, na straně jedné, a § 3a zákona o regulaci reklamy, na straně druhé. Tím by se soudní moc povýšila na jakéhosi alternativního zákonodárce a vybočila by z dělby moci, na které je postavena Česká republika jako demokratický právní stát.

[18] Zákaz reklamy na elektronické cigarety míří na reklamu šířenou prostřednictvím služeb informační společnosti nebo v periodickém tisku, neperiodických publikacích, na letácích, plakátech nebo jiných tiskovinách (§ 3a odst. 1 zákona o regulaci reklamy). NSS souhlasí s krajským soudem, že potištěné reklamní tabule, potištěné nalepovací fólie nebo

² Službou informační společnosti se dle § 2 písm. a) zákona č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti a o změně některých zákonů (zákon o některých službách informační společnosti), rozumí *jakákoliv služba poskytovaná elektronickými prostředky na individuální žádost uživatele podanou elektronickými prostředky, poskytovaná zpravidla za úplatu; služba je poskytnuta elektronickými prostředky, pokud je odeslána prostřednictvím sítě elektronických komunikací a vyzvednuta uživatelem z elektronického zařízení pro ukládání dat*. Na právě uvedené ustanovení míří též poznámka č. 10a) v § 3a zákona o regulaci reklamy. Nicméně o reklamu šířenou tímto způsobem v nynějším případě nejde.

pokračování

potištěné skleněné panely, o které jde v nynější věci, lze podřadit pod § 3a odst. 1 zákona o regulaci reklamy, konkrétně pod „jinou tiskovinu“, ve smyslu tohoto ustanovení. Tiskovinu totiž nutno vykládat široce, jde v podstatě o každý produkt vzniklý strojovým vyhotovením textu, obrazu apod. To splňují nejen letáky nebo plakáty, ale samozřejmě též nejružnější billboardy a reklamní tabule s polepy [srov. pro ilustraci výklad pojmu tiskovina ve smyslu § 117 písm. a) trestního zákoníku v trestní judikatuře: „*Tiskovinou se rozumí každé vyhotovení textu, znaku nebo obrazu rozmnoženého mechanickou nebo chemickou cestou, např. za pomoci tiskařského lisu, cyklostylu, xeroxu, fotokopírky, telefaxu, fotoaparátu, rotaprintu apod. Podstatnou náležitostí tiskoviny je její vyhotovení tiskařským strojem.*“ Viz usnesení NS ze dne 31. 5. 2018, sp. zn. 3 Tdo 500/2018].

[19] Srovnáním textu § 3 a § 3a zákona o regulaci reklamy lze vidět, že rozsah § 3 je širší než rozsah § 3a. Ostatně definice reklamy na tabákové výrobky v § 3 odst. 1 a 2 je širší než obecná definice reklamy v § 1 odst. 2 zákona o regulaci reklamy (srov. text tohoto ustanovení dále v bodě [22] níže). Právě proto bylo třeba formulovat v § 3 odst. 4 určité výjimky z tohoto velmi širokého zákazu. Nic takového nebylo třeba činit v § 3a. Klíčové ustanovení pro tento výklad je především § 3 odst. 2, které dále rozšiřuje již beztak široce formulovaný § 3 odst. 1. Srovnáním § 3 odst. 1 a 2 a § 3a zákona o regulaci reklamy nelze než dovést, že zákaz reklamy na elektronické cigarety nezahrnuje reklamu dle § 3 odst. 2 písm. a), b) a c) zákona o regulaci reklamy. Jinak by totiž nemělo smysl, proč jedno ustanovení výslovně tyto tři okruhy možné reklamní činnosti uvádí, zatímco druhé ustanovení nikoliv (k témuž lze dospět i jednoduchou aplikací *argumentum a contrario*, tedy pokud jedno ustanovení výslovně doplňuje, že reklamou se rozumí též A, B, C, zatímco druhé ustanovení o tomtéž mlčí, znamená to, že pro účely druhého ustanovení reklamou A, B, C není).

[20] Pro nynější věc má význam zejména § 3 odst. 2 písm. a) zákona o regulaci reklamy, dle něhož reklamou na tabákové výrobky se rozumí též *jakákoliv forma obchodního sdělení, jehož účelem nebo přímým či nepřímým účinkem je propagace tabákového výrobku*. Právě cit. ustanovení platí pro reklamu na tabákové výrobky. Naopak pro reklamu na elektronické cigarety dle § 3a zákona o regulaci reklamy neplatí. Zakázanou reklamou na elektronické cigarety proto není obchodní sdělení, jehož účelem nebo přímým či nepřímým účinkem je propagace elektronických cigaret a náhradních náplní do nich.

[21] Krajský soud právě uvedený rozdíl nedocenil. NSS s krajským soudem souhlasí v tom, že kategorie reklamy a obchodního sdělení se nezřídka překrývají. Jen proto však nelze tvrdit, že vlastně mezi reklamou a obchodním sdělením není žádný rozdíl, že jde o totožné pojmy.

[22] Reklamu zákon o regulaci reklamy definuje v § 1 odst. 2 tak, že se jí rozumí *oznámení, předvedení či jiná prezentace šířené zejména komunikačními médii, mající za cíl podporu podnikatelské činnosti, zejména podporu spotřeby nebo prodeje zboží, výstavby, pronájmu nebo prodeje nemovitostí, prodeje nebo využití práv nebo závazků, podporu poskytování služeb, propagaci ochranné známky, pokud není dále stanoveno jinak*. Komunikačními médii, kterými je reklama šířena, rozumí zákon *prostředky umožňující přenášení reklamy, zejména periodický tisk a neperiodické publikace, rozhlasové a televizní*

vysílání, audiovizuální mediální služby na vyžádání, audiovizuální produkce, počítačové sítě, nosiče audiovizuálních děl, plakáty a letáky (§ 1 odst. 3 zákona o regulaci reklamy). Obchodní sdělení však zákon o regulaci reklamy používá toliko v § 3 odst. 2 písm. a), nikde jej ani nedefinuje.³

[23] Obchodní sdělení je definováno v § 2 písm. f) zákona č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti, podle něhož obchodním sdělením se pro účely tohoto zákona rozumí *všechny formy sdělení, včetně reklamy a vybízení k návštěvě internetových stránek, určeného k přímé či nepřímé podpoře zboží či služeb nebo image podniku osoby, která je podnikatelem nebo vykonává regulovanou činnost* (zvýraznění doplnil NSS). Obchodní sdělení je proto pojmem širším než reklama. Každá reklama je obchodním sdělením. Opak však neplatí, tedy každé obchodní sdělení není automaticky reklamou. Jakkoliv toto ustanovení podává definici obchodního sdělení jen pro účely zákona o některých službách informační společnosti, je tato definice v plném souladu též s logikou zákona o regulaci reklamy. Při jiném chápání obchodního sdělení by nedávalo žádný smysl, aby zákon o regulaci reklamy v § 3 odst. 1 a 2 mluvil zvlášť o reklamě a zvlášť o obchodním sdělení.

[24] Podobný význam má „obchodní sdělení“ též v jiných předpisech. K obchodnímu sdělení jako k termínu, jehož „podmnožinou“ je reklama, přistupuje např. zákon č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele [viz § 2 odst. 1 písm. o) zákona o ochraně spotřebitele, který hovoří o *obchodním sdělení včetně reklamy*, respektive § 5a odst. 4 téhož zákona, který hovoří o obchodních sděleních, *včetně reklamy nebo uvádění na trh*].

[25] Termín v širokém, byť poněkud jiném, významu používá např. § 53 zákona č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty, ve znění od 1. 4. 2019 (zde jde o taková *obchodní sdělení*, která se vysílají v rozhlasu či televizi, která zákon vyjímá z osvobození od DPH; důvodová zpráva tento termín vztahuje k zákonu č. 231/2001 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání). Právě odkazovaný zákon o provozování rozhlasového a televizního vysílání definuje obchodní sdělení pro účely tohoto zákona rovněž jako množinu, jejíž součástí je i reklama: jeho § 2 odst. 2 písm. a) říká, že obchodním sdělením se rozumí *reklama, teleshopping a sponzorování a v případě televizního vysílání rovněž umístění produktu nebo jiná obrazová sekvence se zvukem nebo bez zvuku, která je určena k přímé nebo nepřímé propagaci zboží nebo služeb osoby vykonávající hospodářskou činnost, popřípadě jejího obrazu na veřejnosti, a která doprovází pořad nebo je do pořadu zahrnuta za úplaty nebo obdobnou protihodnotu nebo za účelem vlastní propagace*. Regulace v § 48 a násl. zákona o provozování rozhlasového a televizního vysílání zřetelně rozlišuje mezi obchodním sdělením a reklamou, srov. např. § 48 a § 49 zákona o provozování rozhlasového a televizního vysílání. Ustanovení § 52 téhož zákona pak reguluje nikoliv reklamu na alkoholické nápoje, ale obchodní sdělení.

[26] Naposledy uvedený příklad dost dobře ilustruje též specifika zákonné regulace elektronických cigaret. Na jedné straně § 52 zákona o provozování rozhlasového a televizního vysílání reguluje obchodní sdělení týkající se alkoholických nápojů, § 3 odst. 2

³ Zcela **autonomní** povahu pak má termín obchodní sdělení v předpisech práva EU (srov. např. čl. 20 odst. 5 směrnice 2014/40/EU, cit. v bodě [13] shora, francouzsky *les communications commerciales*, v angličtině *commercial communications*, *kommerzielle Kommunikation* německy, ve slovenštině *komerčné oznamy*, španělsky *las comunicaciones comerciales* apod.).

pokračování

písm. a) zákona o regulaci reklamy vztahuje zákaz reklamy na tabákové výrobky též na obchodní sdělení. Na straně druhé tentýž zákon omezuje regulaci elektronických cigaret jen na reklamu ve vlastním slova smyslu, nikoliv na obchodní sdělení.

[27] NSS tedy shrnuje, že ve vztahu k elektronickým cigaretám zákon o regulaci reklamy zakazuje toliko reklamu, zatímco obchodní sdělení ponechává nedotčena. To nicméně přináší významné výkladové problémy, protože – čehož si již správně povšiml krajský soud – mezi obchodním sdělením a reklamou není nějaká jasná hranice. Je jasné jen to, že reklama je podmnožinou pojmu obchodní sdělení. Na jasnosti tomuto rozlišení nijak nepřidal ani § 3 zákona o regulaci reklamy, který v odstavci 2 písm. a) podřazuje pod pojem reklamy na tabákové výrobky též jakoukoliv formu obchodního sdělení (a proto např. některé výluky v odst. 4, byť zákon mluví o reklamě, jsou ve skutečnosti typy obchodního sdělení).

[28] Pro nynější případ však nemusí NSS podat vyčerpávající výčet obchodních sdělení, která již nejsou reklamou. Je evidentní, že obchodním sdělením, které vůbec nespadá pod hypotézu § 3a zákona o regulaci reklamy, bude především upozornění na výrobky ve výkladní skříni specializované provozovny, obchodní sdělení slovem, písmem či obrazem uvnitř specializované provozovny a zejména též přiměřené označení těchto prodejen navenek. Pokud totiž zákonodárce nezakázal prodej elektronických cigaret, jistě nemínil ani zakázat přiměřené označení exteriéru prodejny a obchodní sdělení uvnitř prodejny, specializované na prodej takového zboží (bez toho by ostatně obchodní činnost žalobkyně postrádala smysl). NSS dodává, že obchodním sdělením, na která se § 3a zákona o regulaci reklamy nijak nevztahuje, tak vlastně více méně odpovídá § 3 odst. 4 písm. b) zákona o regulaci reklamy.

[29] Bude na žalovaném, aby posoudil povahu každé jedné „reklamy“, za kterou byla žalobkyně postižena, a zvážil, zda snad tyto „reklamy“ naplňují povahu obchodního sdělení, jak jej NSS právě vymezil. Pokud ano, nemůže být za ně žalobkyně postižena.

[30] NSS dospěl jinou cestou k podobnému závěru, k jakému došel krajský soud. Učinil tak však výkladem § 3 a § 3a v jejich vzájemné souvislosti, nikoliv přepisováním a přetvářením zákona podle soudcovské libovůle. Rozlišení mezi regulací reklamy na tabákové výrobky a elektronické cigarety totiž učinil zákonodárce, který zvolil dvě odlišné, byť v některých aspektech podobné regulace reklamy obou produktů.

[31] NSS dodává, že ideálním řešením podobných výkladových potíží v budoucích případech je změna zákona a jasnější nastavení odpovědnosti za reklamu na elektronické cigarety. Lze se totiž plně shodnout s krajským soudem, že stávající právní úprava bude pravidelně přinášet výkladové obtíže.

IV. Závěr a náklady řízení

[32] Krajský soud rozhodnutí stěžovatele správně zrušil. NSS argumentaci krajského soudu dílem doplnil, dílem korigoval, dospěl však ke stejnému závěru, že rozhodnutí

stěžovatele je nezákonné. Důvody rozsudku krajského soudu tedy v podstatné míře obstály, stěžovatel však bude při dalším postupu vázán právním názorem NSS v tom rozsahu, ve kterém byl rozsudek krajského soudu korigován (srov. usnesení rozšířeného senátu ze dne 14. 4. 2009, čj. 8 Afs 15/2007-75, č. 1865/2009 Sb. NSS). NSS proto zamítl kasační stížnost jako nedůvodnou (§ 110 odst. 1 věta poslední s. ř. s.).

[33] O náhradě nákladů řízení rozhodl podle § 60 odst. 1 za použití § 120 s. ř. s. Stěžovatel neměl ve věci úspěch, a proto je povinen nahradit úspěšné žalobkyni náklady zastoupení ve výši 2 x 3100 Kč za dva úkony právní služby, tj. vyjádření ke kasační stížnosti a duplika [§ 7, § 9 odst. 4 písm. d) a § 11 odst. 1 písm. d) vyhlášky č. 177/1996 Sb., advokátního tarifu], spolu s paušální náhradou hotových výdajů ve výši 2 x 300 Kč (§ 13 odst. 3 advokátního tarifu). Zástupce žalobkyně je plátcem DPH, odměna za zastupování se tak zvyšuje o tuto daň ve výši 21 %. Výsledná částka činí 8228 Kč.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 16. dubna 2020

Zdeněk Kühn
předseda senátu