

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Ludmily Valentové a soudců JUDr. Lenky Matyášové, Ph.D. a JUDr. Jakuba Camrdy, Ph.D. v právní věci žalobce: **Nutricia a.s.,** Na Hřebenech II 1718/10, 140 00 Praha 4, zastoupená JUDr. Otakarem Švorčíkem, advokátem se sídlem Hálkova 2, 120 00 Praha 2, proti žalovanému: **Rada pro rozhlasové a televizní vysílání**, Škrétova 44/6, 120 00 Praha 2, o žalobě proti rozhodnutí žalovaného ze dne 4. 11. 2009, č. j. Ident.:2009/812/had/Nut, v řízení o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 26. 11. 2010, č. j. 7 A 92/2010 – 49,

takto:

Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 26. 11. 2010, č. j. 7 A 92/2010 – 49 **se zrušuje** a věc **se vrací** tomuto soudu k dalšímu řízení.

Odůvodnění:

Shora označeným rozsudkem Městský soud v Praze (dále jen „městský soud“) zrušil rozhodnutí žalovaného ze dne 4. 11. 2009, č. j. 2009/812/had/Nut, kterým žalovaný

rozhodl, že žalobce jako zadavatel reklamy porušil svou povinnost stanovenou v § 5f odst. 1 písm. a) zákona č. 40/1995 Sb., o regulaci reklamy, v platném znění, odvysíláním reklamy na produkt Immunofortis 2-3 (mutace 1), prémiově odvysílané dne 20. 4. 2009 v 08:09:57 na programu Nova a dále reprízované na programech Nova a Nova Cinema do 31. 5. 2009. Současně žalovaný žalobci uložil pokutu 450 000 Kč a dále mu uložil povinnost uhradit náklady správního řízení ve výši 1000 Kč.

Proti rozsudku podal kasační stížnost žalovaný (dále jen „stěžovatel“). V této brojí proti závěru městského soudu, dle kterého „*z usnesení o zahájení řízení musí být patrno alespoň obecně, v jakém jednání správní úřad dovozuje deliktní jednání a to z důvodu ochrany práva účastníka na spravedlivý proces. Není-li účastníkovi zřejmé, v čem má spočívat protiprávnost jeho jednání, je nepřípustně omezeno jeho právo tvrdit rozhodné skutečnosti na svou obranu a navrhovat důkazy k prokázání svého tvrzení.*“ Stěžovatel zdůrazňuje, že žalobce jako účastník řízení byl v rámci usnesení o zahájení správního řízení seznámen s úvahou stěžovatele, jakožto orgánu dozoru, o možném porušení § 5f odst. 1 písm. a) zákona o regulaci reklamy a stejně tak i s právním rozborem předmětné reklamy. Vydané rozhodnutí bylo plně v intencích analýzy předmětné reklamy, která předcházela vydání usnesení o zahájení správního řízení. Analýza reklamy byla součástí správního spisu od samého počátku řízení a usnesení o zahájení správního řízení se závěry v ní obsaženými korespondovalo. Bylo tedy v možnostech žalobce seznámit se s obsahem spisu a navrhovat důkazy po celou dobu správního řízení až do vydání rozhodnutí a vyjádřit v řízení své stanovisko.

Stěžovatel podotýká, že samo rozhodnutí obsahuje správní úvahu dozorového orgánu o konkrétní kauze a skutkové podstatě a úvaha orgánu vycházela v daném případě jednoznačně z popisu skutku uvedeného v usnesení o zahájení správního řízení. V této námitce žalobce de facto napadá odůvodnění rozhodnutí, přestože je zřejmé, že se zněním odůvodnění nemohl být seznámen v průběhu správního řízení, neboť se jedná o výsledný proces celého správního řízení potažmo rozhodování orgánu dozoru.

Stěžovatel nesouhlasí se závěrem městského soudu o tom, že „ *nesdělil žalobci v oznámení o zahájení řízení, ani v jeho dalším průběhu, o jaké konkrétní skutečnosti opřel své podezření ze spáchání správního deliktu podle § 5f odst. 1 písm. a) zákona o regulaci reklamy spočívající v působení proti kojení. Nespecifikoval konkrétní části odvysílaného spotu, resp. že takto dovozuje z obsahu dialogu a použité grafiky*.“ Příměr soudu, jenž srovnal situaci žalobce ve správním řízení k postavení Josefa K. z románu Franze Kafky Proces, shledává stěžovatel nepřiléhavým, neboť žalobce měl na rozdíl od románové postavy právo se seznámit s obsahem správního spisu. Tuto část odůvodnění rozsudku považuje stěžovatel za nepřezkoumatelnou, neboť je založena na jakémsi „pocitu podobnosti“ s fiktivním příběhem.

Městský soud dle stěžovatele přistoupil na argumentaci žalobce o nedostatečném vymezení skutku, přičemž nepřihlédl ke stěžejnímu faktu, a to zda závěr stěžovatele v rámci správního řízení má oporu ve spise. Pokud se žalobce neseznámil s obsahovými náležitostmi správního spisu, které byly posléze uvedeny v rozhodnutí, nemůže tuto skutečnost uvádět v neprospěch správního orgánu, neboť každý si střeží svá práva a

povinnosti. Stěžovatel jakožto správní orgán v průběhu správního řízení vystupoval plně v souladu se zákonem a se všemi zásadami upravujícími průběh správního řízení.

Dle stěžovatele byl skutek vymezen dostatečně a nebylo tak porušeno právo žalobce na účinnou obhajobu, jak uzavřel městský soud.

Městský soud dále ve svém rozsudku argumentuje, že lze souhlasit s názorem stěžovatele, dle kterého nelze porovnávat uložené pokuty v jiných odlišných případech, nelze je však zcela ignorovat. Stěžovatel má však za to, že argument soudu o nevypořádání se s námitkou žalobce v tomto směru je nepřezkoumatelný a tudíž nezákonný, neboť žádná taková námitka nebyla ve správním řízení žalobcem vznesena.

Stěžovatel dále namítá, že rozsudkem městského soudu došlo k nesprávné interpretaci § 5f odst. 1 písm. a) zákona o regulaci reklamy ve vztahu k předmětu řízení, neboť městský soud shledal jednotlivá skutková zjištění stěžovatele jako přiléhavá, avšak dospěl současně k závěru, že intenzitou použití obsahových a přesvědčovacích prvků nepůsobí reklama ve svém kontextu proti kojení. Městský soud ovšem v žádném ze svých závěrů nevyvrací správnost výroků stěžovatele ve vztahu k interpretaci reklamních sdělení ve vztahu ke skutkové podstatě § 5 odst. 1 písm. a) zákona o reklamě. Pakliže shledal městský soud skutková zjištění jako přiléhavá a tedy důvodná, neměl daná zjištění posuzovat kritériem „intenzity“, které zákon o reklamě ve vztahu k § 5f odst. 1 písm. a) nezná.

Stěžovatel navrhuje rozsudek zrušit a věc vrátit k dalšímu řízení.

Žalobce se ke kasační stížnosti vyjádřil dne 13. 4. 2011. Napadený rozsudek považuje za správný a úplný. Žalobce setrvává na tvrzení, že správní rozhodnutí směřovalo proti jednání žalobce, které v průběhu celého řízení nebylo žalobci vytýkáno. Tím bylo zasaženo do práva žalobce na spravedlivý proces. Žalobce odkazuje na setrvalou judikaturu Nejvyššího správního soudu a považuje odkaz městského soudu na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 8 As 55/2010 - 51 za dostačující. Navrhuje kasační stížnost jako nedůvodnou zamítnout.

Nejvyšší správní soud poté, co zjistil, že kasační stížnost je přípustná a jsou splněny všechny podmínky řízení, přezkoumal v jejím rozsahu napadený rozsudek městského soudu a dospěl k závěru, že kasační stížnost je důvodná.

Stěžovatel v kasační stížnosti především brojí proti závěru městského soudu týkajícího se konkrétnosti vymezení skutku v oznámení o zahájení správního řízení. Nesouhlasí s městským soudem, dle kterého bylo porušeno právo žalobce na spravedlivý proces tím, že stěžovatel nesdělil žalobci v oznámení o zahájení řízení, o jaké konkrétní skutečnosti opřel své podezření ze spáchání správního deliktu podle § 5f odst. 1 písm. a) zákona o regulaci reklamy spočívající v působení proti kojení. Nespecifikoval konkrétní části odvysílaného spotu, resp. že takto dovozuje z obsahu dialogu a použité grafiky. Příměr soudu, jenž srovnal situaci žalobce ve správním řízení k postavení Josefa K. z románu Franze Kafky Proces, shledává stěžovatel nepřiléhavým, neboť žalobce se mohl

seznámit s obsahem správního spisu. Pokud tak žalobce neučinil, nemůže tato skutečnost jít k tíži správního orgánu, neboť každý si střeží svá práva a povinnosti.

Nejvyšší správní soud kasační námitky posuzoval dle níže uvedených zákonných ustanovení.

Dle § 5f odst. 1 písm. a) zákona o regulaci reklamy musí reklama na počáteční a pokračovací kojeneckou výživu obsahovat potřebné informace o správném užití výrobku a nesmí působit proti kojení.

Dle § 8a odst. 2 písm. g) zákona o regulaci reklamy se právnická nebo podnikající fyzická osoba dopustí správního deliktu tím, že jako zadavatel poruší podmínky stanovené pro obsah reklamy v § 2 odst. 3 nebo 4, § 2c, § 3 odst. 6, § 4, § 5 odst. 3, 4 nebo 5, § 5a odst. 1, 2, 5, 6, 7 nebo 8, § 5b odst. 2 nebo 8, § 5d, § 5e odst. 1, § 5f, § 5g odst. 1, § 5h, § 5i nebo § 6a odst. 1.

Pokud jde o otázku vymezení skutku v oznámení o zahájení správního řízení, touto se již Nejvyšší správní soud opakovaně ve svých rozhodnutích zabýval. Nejvyšší správní soud k této otázce uvedl, *že „(v)ymezení skutku, pro který je řízení zahájeno, musí mít určitý stupeň konkretizace, stejně tak jako musí být z oznámení o zahájení řízení zřejmé, co bude jeho předmětem a o čem bude v řízení rozhodováno; v sankčním řízení i to, jaký postih za dané jednání hrozí“* (rozsudek ze dne 20. 11. 2003, č. j. 5 A 73/2002 - 34, č. 296/2004 Sb. NSS). Na tom tento soud setrval i v dalších rozhodnutích, kdy např. v rozsudku ze dne 31. 3. 2010, č. j. 1 Afs 58/2009 - 541, www.nssoud.cz, uvedl, že *„(p)okud jde o samotnou povahu oznámení o zahájení správního řízení, je nutno vzít v potaz, že na samém počátku řízení není možné jeho předmět zcela přesně vymezit. V této fázi má správní orgán pouze informace plynoucí z jeho postupu před samotným zahájením správního řízení a z případných vnějších podnětů. Nicméně předmět jakéhokoliv zahajovaného řízení (a pro oznámení o zahájení správně-trestního řízení to platí zvláště) musí být identifikován dostatečně určitě tak, aby účastníkovi řízení bylo zřejmé, jaké jeho jednání bude posuzováno, a aby bylo zaručeno jeho právo účinně se v daném řízení hájit.“*

V rozsudku č. j. 8 As 55/2010 - 51 ze dne 2. 9. 2010, na nějž odkázal městský soud a dále žalobce ve vyjádření ke kasační stížnosti, a který stojí na výše uvedených závěrech, Nejvyšší správní soud mimo jiné zdůraznil, „*že vymezení náležitostí oznámení o zahájení řízení se vzpírá zobecnění a zpravidla se může v různých typech řízení a v konkrétních věcech lišit. Proto je nutno vždy zkoumat skutkové okolnosti jednotlivého případu*“.

V nyní posuzované věci ze správního spisu vyplynulo, že stěžovatel v oznámení o zahájení správního řízení ze dne 28. 7. 2009, sp. zn. 2009/812/had/NUT, č. j. had/5421/09, uvedl, že zahajuje se žalobcem správní řízení pro možné porušení § 5f odst. 1 písm. a) zákona o regulaci reklamy, kterého se mohl dopustit tím, že reklamní spot Nutrilon, produkt Immunofortis 2-3(mut 1), s premiérou vysílání dne 20. 4. 2009 v 08:09:57 hod. na programu Nova, neobsahoval potřebné informace o správném užití výrobku a zároveň reklama působila proti kojení. Předmět řízení stěžovatel identifikoval tak, že popsal reklamní spot a v jeho posouzení mimo citaci § 5f odst. 1 písm. a) zákona o regulaci reklamy uvedl, že „částečná informace o správném užití výrobku je obsažena

v rychle běžícím řádku obtížně identifikovaného textu: *Kojenecká výživa by měla být podávána na doporučení lékaře*, pro způsob použití výrobku reklama v tomtéž řádku odkazuje na obaly a webové stránky. Téměř nečitelný odkaz na obaly a webové stránky nelze považovat za dostatečné naplnění zákonných povinností."

Dne 1. 9. 2009 se k oznámení o zahájení správního řízení vyjádřil žalobce. V prvé části vyjádření žalobce oponuje závěru stěžovatele o tom, že běžící text, který informuje o užití výrobku, je téměř nečitelný a obtížně identifikovatelný. Druhá část vyjádření obsahuje argumentaci na podporu tvrzení žalobce, že předmětný reklamní spot nepůsobí proti kojení. Žalobce je toho názoru, že reklama naopak citlivě zdůrazňuje kojení jako „vzor". Dále uvedl, že doprovodný slovní komentář oslovuje v úvodu spotu matky dětí starší 10 měsíců věku a starší, což je v období, kdy již děti přijímají běžně všechny základní druhy potravin s výjimkou pouze vybraných alergenů a mléčná složka je již přirozeně v denním příjmu dítěte potlačena a je jen jednou z více složek potravin. Po zhlédnutí reklamního spotu, jak obrazového tak zvukového je dle žalobce zcela jednoznačné, že prezentovaný výrobek je pokračovací kojenecká výživa a spotřebitel není nijak uváděn v omyl, pokud jde o povahu tohoto výrobku. Cílová skupina spotřebitelek (matky malých dětí) je v tomto případě velmi podrobně informována o doporučeních z hlediska výživy malých dětí jejich ošetřujícími pediatry a tedy povinně předem proškolena o vhodnosti použití tohoto druhu výrobku pro své dítě.

Ve správním spise je dále založena analýza předmětného pořadu ze dne 28. - 29. července 2009. V této je konstatováno, že předmětným reklamním spotem mohlo dojít k porušení § 5f odst. 1 písm. a) zákona o regulaci reklamy, a to jednak tím, že spotřebitel nebyl informován o správném užití výrobku a taktéž tím, že reklama působí proti kojení.

Ze správního spisu nevyplývá, že by žalobce nahlížel do spisového materiálu.

Dne 4. 11. 2010 stěžovatel rozhodl, že žalobce porušil povinnost stanovanou v § 5f odst. 1 písm. a) zákona o regulaci reklamy odvysíláním reklamy na produkt Immunofortis 2-3 (mutace 1) a současně žalobci uložil pokutu 450 000 Kč. V odůvodnění rozhodnutí stěžovatel konstatoval, že „*shledává reklamní spot závadným, neboť v tomto je naznačeno, že kojením je dosaženo maxima pro dítě, avšak i to je málo z pohledu rozvoje imunity a je nutno dodávat dítěti Immunofortis, který přirozeně posílí imunitní systém". Je však zcela jasné, že přirozené posílení imunity nemůže být prostřednictvím nějakého přípravku, či potraviny, ale výlučně a jedině v případě dětí kojením.*" Rozhodnutí napadl žalobce žalobou, ve kterém mimo jiné tvrdil vadu řízení, neboť stěžovatel v průběhu celého správního řízení nesdělil žalobci výtky proti kojení zaměřené na konverzaci ženy a muže v bílém plášti ani výtky ohledně loga Immunofortis a žalobce tak neměl možnost se k těmto konkrétním výtkám vyjádřit. Městský soud shledal námitku důvodnou. Stěžovateli vytkl, že nespecifikoval konkrétní části odvysílaného spotu, resp. že dovozuje porušení § 5f odst. 1 písm. a) zákona o regulaci reklamy z obsahu dialogu a použité grafiky. Městský soud v této souvislosti odkázal na závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 8 As 55/ 2010 - 51.

V odkazovaném rozsudku Nejvyšší správní soud přisvědčil městskému soudu, který zrušil rozhodnutí Rady pro rozhlasové a televizní vysílání, kterým tato udělila pokutu

společnosti CET 21 spol. s r.o. za porušení § 32 odst. 1 písm. g) zákona č. 231/2001 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání, ke kterému došlo odvysíláním pořadu Kriminálka Miami s tím, že v daném případě byly obsaženy záběry znázorňující krvavé a násilné scény. Radě bylo městským soudem vytčeno, že nevymezila řádně skutek ani v zahájení řízení ani v analýze založené ve spise konkrétně scény odvysílaného pořadu, které měly ohrozit fyzický, psychický nebo mravní vývoj dětí a mladistvých. Společnost CET 21 spol. s r o. přitom v rámci správního řízení poukázala na to, že tato skutečnost jí brání v konkrétnějším vyjádření ve věci.

O takový případ se však v projednávané věci nejedná. Prvou z odlišností, jež brání aplikaci závěrů z výše citovaného rozsudku, je odlišnost předmětu správního řízení. Zatímco v případě seriálu Kriminálka Miami, jenž obsahuje celou řadu krvavých a násilných scén, bez jejichž specifikace nebylo možné se ze strany účastníka řízení řádně vyjádřit a ani přesně vymezit předmět řízení, v případě nyní projednávaného reklamního spotu byl tento v oznámení o zahájení řízení celý popsán a nemohly tak žalobci vzniknout pochybnosti o tom, které z jeho částí jsou předmětem zahajovaného správního řízení. O tom svědčí i vyjádření žalobce ze dne 1. 9. 2009, kde brojil nejen proti způsobu, jakým byl spotřebitel informován o užití výrobku, ale taktéž část argumentace žalobce je zaměřena na podporu jeho názoru, že reklama nepůsobí proti kojení. V nyní projednávané věci na rozdíl od odkazovaného správního řízení, byla ve spise založena analýza stěžovatele, ze které bylo patrné, v čem spatřuje stěžovatel porušení § 5f odst. 1 písm. a) zákona o regulaci reklamy. Žalobci nic nebránilo nahlédnout do spisového materiálu a zjistit, co mu bylo stěžovatelem z odvysílaného reklamního spotu vytýkáno.

Nejvyšší správní soud tak s ohledem na výše uvedené nesdílí názor a postup městského soudu v tom, že vymezení skutku v oznámení o zahájení řízení nezaručilo žalobci právo na účinnou obhajobu a že šlo o vadu řízení a že tato vada řízení je podstatným porušením ustanovení o správním řízení (právo na spravedlivý proces), přičemž tato vada mohla mít za následek nezákonné rozhodnutí ve věci samé, pro kterou městský soud napadené rozhodnutí zrušil podle § 76 odst. 1 písm. c) s. ř. s. Pokud totiž byl reklamní spot v oznámení o zahájení řízení řádně popsán a analýza vypracovaná stěžovatelem obsahovala skutečnosti, z nichž bylo dovozováno porušení § 5f odst. 1 písm. a) zákona o regulaci reklamy, nebylo podle názoru Nejvyššího správního soudu porušeno právo žalobce na spravedlivý proces. Tento důvod zrušení rozhodnutí žalovaného městským soudem uvedený v rozsudku městského soudu tedy nebyl Nejvyšším správním soudem shledán.

Přes výše uvedený závěr městský soud přezkoumal rozhodnutí žalovaného i věcně a dospěl k přesvědčení, že rozhodnutí žalovaného je nezákonné, protože stěžovatel na projednávaný reklamní spot aplikoval § 5f odst. 1 písm. a) věty druhé zákona o regulaci reklamy, přestože předmětná reklama nepůsobí proti kojení, a tudíž je dán důvod pro jeho zrušení podle § 78 odst. 1 s. ř. s.

Stěžovatel názor městského soudu odmítá a setrvává na důvodech rozhodnutí o udělení pokuty. V kasační stížnosti zdůraznil, že rozhodující kritéria pro udělení pokuty jsou skutečnosti zakotvené v § 8b odst. 1 zákona o regulaci reklamy. V reklamě na produkt Nutrilon byl nabízen přípravek Immunofortis, který nabízí přirozené posílení imunity,

přestože je dítě kojeno. Dle názoru stěžovatele je tímto nabourávána privilegovanost a nezastupitelnost kojení, což lze hodnotit jako závažné, neboť může vést k dojmu, že kojení není natolik účinné a následně tak může dojít ke změnám stravovacích návyků matek ve vztahu k dětem. Mimo to je reklama zpracována důmyslným grafickým a názorným způsobem, který nedovoluje jiný výklad, než který byl učiněn. V daném případě se jedná o závažnost jednání také z toho hlediska, že je manipulováno s mateřskými pudy a city ve vztahu obavy o zdraví dítěte, kdy matka je názorně ujišťována o nedostatečnosti kojení. Stěžovatel shledal v daném případě závažnost jako vysokou. Tuto skutečnost nevyvrací ani fakt, že v reklamě je uveden rotující text tohoto znění: *Kojení je nejpřirozenějším způsobem výživy kojenců. Kojenecká výživa by měla být podávána na doporučení lékaře. Způsob použití a další info na obalech a webových stránkách.* Tato argumentace je nedostačující, neboť uvedené informace jsou prezentovány po velmi krátkou dobu. Každá z uvedených vět po dobu zhruba jedné sekundy a v reklamě však zcela jednoznačně převažují informace a argumentace o nedostatečnosti kojení ve vztahu k vývoji imunity.

Z žalobou napadeného rozhodnutí vyplývá, že stěžovatel rozborem reklamy respektive sděleními v ní obsaženými a na základě analýzy reklamy a záznamu reklamy dospěl k závěru, že níže uvedenou konverzací v reklamě je podrýváno privilegované postavení kojení ve výživě dítěte.

V reklamním spotu se matka táže: „Mému chlapečkovi ještě není ani rok a už se s kamarády dělí o všechno. Opravdu o všechno....Jak mám posílit jeho imunitu? Muž v bílém plášti na dotaz odpovídá: „ Jeho obranyschopnost jste již posílila. Imunitní systém se ale vyvíjí, a proto je důležité ho posilovat i nadále.“ Z tohoto dialogu stěžovatel usoudil, že matka obávající se o imunitu svého dítěte, je utvrzována a nabádána v tom, že imunita dítěte musí být posílena, přestože je kojeno, neboť se imunitní systém vyvíjí. Matce bylo tedy dle stěžovatele jinými slovy sděleno, že *„poskytla prostřednictvím kojení maximum, ale je to málo, proto tu máme Immunofortis“*. Dále stěžovatel v rozhodnutí uvedl, že výše uvedené sdělení podtrhává a zdůrazňuje grafické a obrazové ztvárnění reklamy. V obraze reklamy je heraldický štít se třemi absentujícími dílky puzzle a dole s textem *Rozvíjející se imunitní systém* je nahrazen obrazem jednoho dílku puzzle s nápisem *Immunofortis* přesně zapadajícího do oranžové plochy, poté již heraldický štít nese informaci „ *Obsahuje Immunofortis pro přirozené posílení imunitního systému vašeho dítěte“* a dole je text *„posílený imunitní systém“*. Z grafického a slovního obsahu reklamy tak stěžovatel dovodil, že kojením sice matka posílila obranyschopnost dítěte, imunita dítěte se však vyvíjí a chybějící články imunity spolehlivě a přirozeně doplní přípravek Immunofortis. Stěžovatel uzavřel, že v případě reklamy na přípravek Immunofortis, který nabízí přirozené posílení imunity, přestože je dítě kojeno, je nabourávána privilegovanost kojení pro výživu dítěte, což lze hodnotit jako velmi závažné, neboť může vést k dojmu, že kojení není natolik účinné a následně tak může dojít ke změnám stravovacích návyků matek ve vztahu k dětem. Je zde manipulováno s mateřskými pudy a city ve vztahu ke zdraví dítěte, kdy matka je názorně ujišťována o nedostatečnosti kojení.

Obdobné dílčí závěry učinil z obsahu spotu městský soud. V odůvodnění rozsudku uvedl, *„tvrdí-li reklama, že imunita dítěte se vyvíjí, tvrdí obecně pravdivý fakt, avšak ve spojení s grafikou neúplného štítu tvrzení o přirozeném (opakovaně) a doplňujícím účinku Nutrilonu může adresát nabýt dojmu, že skutečně dítěti neposkytuje kojením vše, a proto je nutné užívat*

Nutrilon. V tomto rozsahu je úvaha žalovaného přiléhavá, na rozdíl od výkladu žalobce o zdůrazňování kvality kojení.“ Na jiném místě rozsudku městský soud uvedl, že „*zákon omezuje reklamu na kojeneckou výživu v rozsahu obsahu i místa reklamy, nikoli zakazuje. Na tomto půdorysu je nutné vykládat zákaz působení proti kojení. Takto určený zákaz nelze striktně vykládat pouze ve smyslu reklamy obsahující explicitní sdělení vymezující se negativně ke kojení. Pojem působit proti nelze omezit pouze na výklad ve smyslu negace – popírat, zpochybňovat význam a účinky kojení pro organismus a vývoj kojence. Také vyvolávání dojmu, že kojením není poskytnuto vše, že je nutné ještě aplikovat další výrobek nebo přípravek, je působením proti kojení, neboť tímto je zpochybňována priorita kojení ve smyslu její úplnosti pro zdravý vývoj dítěte.*“ Přes výše uvedené závěry městského soudu tento soud překvapivě shledal, že stěžovatel při hodnocení předmětného reklamního spotu překročil zákonný rámec daný § 5f odst. 1 písm. a) zákona o regulaci reklamy věty druhé, jelikož předmětná reklama intenzitou použití obsahových a přesvědčovacích prvků nepůsobí proti kojení, protože bylo na místě posuzovat reklamu jako celek a nikoli izolovaně její konkrétní části bez vztahu k dalším částem spotu. K tomu dále městský soud uvedl, že „*v předmětné reklamě není vyvolání obavy matky z nedostatečného účinku kojení na imunitu natolik intenzivní, aby vyvolalo obavu matek v populaci o dostatečnosti kojení pro vývoj a zdraví dítěte. Obsah předmětné reklamy je nutné vykládat jako produkt vymezující se vůči jiným výrobkům kojenecké výživy a nikoli vůči kojení, neboť neobsahuje výslovně přímé nebo nepřímé zpochybňování účinků kojení pro zdraví a vývoj dítěte. .... Obsah předmětné reklamy neobsahuje takový intenzivní a přesvědčivý projev na změnu stravování, aby informované spotřebitelky změnily své chování a omezily kojení. Soud neshledává v obsahu ani formě reklamy nepřípustnou manipulaci ve smyslu působení proti kojení. Reklama má příjemný hudební doprovod, reklamní děj je postaven na spokojenosti dítěte a matky, tudíž celkové vyznění reklamy nesměřuje k vyvolání obavy matky z nedostatečnosti kojení. K celkovému vyznění reklamy a z toho plynoucí intenzity působení proti kojení žalovaný nepřihlédl.*“

S tímto posléze uvedeným závěrem městského soudu nelze souhlasit.

Podle § 8a odst. 2 písm. g) zákona o reklamě právnická nebo podnikající fyzická osoba se dopustí správního deliktu tím, že jako zadavatel poruší podmínky stanovené pro obsah reklamy mimo jiné v § 5f téhož zákona. I v daném případě bylo tedy třeba zkoumat, zda žalobce předmětným reklamním spotem porušil podmínky stanovené v § 5f odst. 1 písm. a) zákona o reklamě. Podle obou účastníků řízení šlo o reklamu na pokračovací kojeneckou výživu v konkrétním případě pro dítě mladší jednoho roku, které je ještě kojeno. Z reklamního spotu – jeho obrazové i zvukové podoby nevyplývají žádné údaje svědčící pro závěr, že dítě bylo a ještě je kojeno, ale zřejmě se to předpokládá, což snad lze vyvodit z toho, že matka dítěte mladšího jednoho roku se ptá, jak má posílit jeho imunitu, a muž v bílém plášti na její dotaz odpovídá, že jeho obranyschopnost již posílila (lze se jen domnívat, že kojením), ale protože imunitní systém se vyvíjí, je důležité ho posilovat i nadále a to v reklamě doporučovaným produktem-mlékem Nutrilon obsahujícím Immunofortis. Z obrazové (v obrazu běžící řádek textu pro rychlost posunu textu a velikost písma není pro diváka srozumitelný) i zvukové části reklamy vyplývá ten závěr, který učinil žalovaný v přezkoumávaném rozhodnutí i městský soud v napadeném rozsudku, že divák může reklamu vnímat tak, že dítěti skutečně neposkytuje kojení vše, a proto je nutné užívat Nutrilon. Taková reklama však porušila podmínky stanovené v § 5f odst. 1 písm. a) zákona o reklamě, protože ve svém důsledku působí proti kojení tvrzením,

že je něco lepšího než kojení pro výživu a zdraví dítěte. Lze tak souhlasit se stěžovatelem, že kojící matka je prostřednictvím reklamního spotu informována o nedostatečnosti kojení pro vývoj imunitního systému dítěte, což může vést k omezení kojení. Nabádá-li reklamní spot kojící matku k tomu, aby posílila imunitu dítěte mlékem Nutrilon obsahujícím přípravek Immunofortis, nepřímo zpochybňuje kojení.

Nejvyšší správní soud se ztotožnil se závěrem stěžovatele, dle kterého v případě reklamy na mléko Nutrilon obsahující přípravek Immunofortis, který nabízí přirozené posílení imunity, přestože je dítě kojeno, je nabourávána privilegovanost kojení pro výživu dítěte. Nejvyšší správní soud tak nemohl přisvědčit názoru městského soudu, který intenzitu působení reklamního spotu na kojící matky neshledal pro aplikaci § 5f odst. 1 písm. a) zákona o regulaci reklamy dostačující.

Stěžovatel taktéž napadá závěr městského soudu, dle kterého nelze ignorovat uložené pokuty v jiných odlišných případech, jedná-li se o obdobné protiprávní jednání. Dle městského soudu „*Pokud účastník tvrdí nepřiměřenost pokuty a předloží určitá obdobná rozhodnutí, je na správním úřadě, aby takovouto argumentaci vyvrátil, což žalovaný neučinil*." Stěžovatel v této souvislosti namítá, že k argumentaci žalobce ohledně výše pokuty nemohl přihlédnout, neboť žalobce tuto vznesl až v žalobě, nikoliv v průběhu správního řízení.

V daném případě žalobce v průběhu správního řízení výši pokuty nenamítal, a ani nemohl, neboť její výši seznal až z rozhodnutí stěžovatele, proto se stěžovatel nemohl vypořádat s tvrzením žalobce o pokutách uložených stěžovatelem v jiných případech. V kasační stížnosti k této námitce žalobce a výtce městského soudu v napadeném rozsudku stěžovatel uvedl, že přehled pokut, které předložil žalobce, se týkal zcela jiných skutkových podstat a navíc nikdy nenabyly právní moci. Předmětná námitka žalobce byla podle stěžovatele irelevantní, neboť nelze srovnávat udělení sankce za porušení různých skutkových podstat, navíc nelze opomenout ani fakt, že kritéria pro udělení sankce se odvíjejí od závažnosti jednotlivých porušení a nelze tedy přistupovat k určování sankcí ze strany správního orgánu mechanicky a jednotně.

Rozhodujícími kritérii pro udělení pokuty jsou skutečnosti zakotvené v § 8b odst. 1 zákona o regulaci reklamy, to je závažnost správního deliktu, způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán. V daném případě v předmětné reklamě byla nabourávána privilegovanost a nezastupitelnost kojení, což lze hodnotit jako závažné, neboť může vést k dojmu, že kojení není natolik účinné a následně tak může dojít ke změnám stravovacích návyků matek ve vztahu k dětem. Mimo to je reklama zpracována důmyslným grafickým a názorným způsobem, který nedovoluje jiný výklad, než který byl učiněn. Matka je názorně ujišťována o nedostatečnosti kojení.

Přesto však nelze odhlédnout i od jiných skutečností, které by mohly být významné z hlediska § 8b odst. 1 zákona o regulaci reklamy. Městský soud např. v napadeném rozsudku poukázal jednak na to, že žalobce po výzvě ihned upustil od vysílání reklamy, jednak na to, že reklama měla být podle žalobce vysílána 279x. I toto mohou být kriteria pro výši udělené pokuty. I když v § 8b odst. 1 zákona o regulaci reklamy mezi kriterii pro udělení pokuty nejsou uvedeny majetkové poměry pachatele správního deliktu, je na zvážení, zda by v daném případě k nim mělo či nemělo být

přihlédnuto, aby uložená pokuta nebyla likvidační (viz usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 4. 2010, č. j. 1 As 9/2008 - 133).

S ohledem na výše uvedené nezbylo Nejvyššímu správnímu soudu než napadené rozhodnutí městského soudu pro nesprávné právní posouzení ve smyslu ustanovení § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s. postupem dle § 110 odst. 1 s. ř. s. zrušit a věc vrátit tomuto soudu k dalšímu řízení.

V novém rozhodnutí je městský soud vázán právním názorem vysloveným Nejvyšším správním soudem (§ 110 odst. 3 s. ř. s.).

V novém rozhodnutí rozhodne městský soud i o náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti (§ 110 odst. 2 s. ř. s.).

P o u č e n í : Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 23. srpna 2011

JUDr. Ludmila Valentová
předsedkyně senátu