

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 16. 2. 2010, zn. VAL/879/2010, sp. zn. 2009/1219/VAL/Čes, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 15. 9. 2010, č. j. 9 A 64/2010 - 27,

takto:

Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 15. 9. 2010, č. j. 9 A 64/2010 - 27, **se ruší** a věc **se vrací** tomuto soudu k dalšímu řízení.

Odůvodnění:

Dne 23. 9. 2009 v 06:45 hodin na programu Český rozhlas 2 - Praha v pořadu Dobré jitro žalobce v přímém přenosu odvysílal telefonický rozhovor mezi moderátorkou pořadu a paní V. B. Předmětem rozhovoru bylo porovnání jednotlivých cen běžných léků a informace o možnostech získat léky za nižší ceny.

Rozhodnutím ze dne 16. 2. 2010 žalovaná udělila žalobci pokutu ve výši 25 000 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, v tehdy platném znění, (dále jen „zákon o vysílání“), kterého se dopustil odvysíláním výše zmíněného rozhovoru, jež měl spočívat v tom, že odvysílaný pořad obsahoval skrytou reklamu na internetovou lékárnu Dr. Mario. Správní řízení bylo zahájeno na základě podnětu jednoho z posluchačů.

Nejvyšší správní soud zjistil z napadeného správního rozhodnutí a ze správního spisu, že v posuzovaném pořadu zazněla následující konverzace mezi moderátorkou a paní V. B.:

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

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

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

V. B.: *„Určitě a bohužel si to někdy zaviníme i sami pod vlivem reklam, Nurofen - chřipka z těla ven, nebo Modafen, ale nejlepší je, když už opravdu se o nás pokouší nějaká taková ta banální chřipka nebo nastydnutí, říct si přesně, co chceme. Já vám tady řeknu několik příkladů. Pokud přijdete a řeknete, že potřebujete Paralen, tak zaplatíte za něj zhruba 8 nebo 9 korun, kdežto když vám nabídnou Coldrex nebo Nurofen, takže tam zaplatíte podle množství tablet 60 až 120 korun. Nebo další třeba, dejte si pozor na generika a originální léky. To znamená, když si půjdete koupit Acylpyrin, tak za něj zaplatíte dejme tomu 10, 12 korun, kdežto klasický Aspirin německý za ten už byste dala 63 korun, potom často nás třeba po práci na zahrádce bolí záda, takže si koupíme Ibalgin, za ten zaplatím dejme tomu 25 korun, kdežto Brufen už stojí dvakrát tolik, takže vždycky je lepší říct rovnou lékárníkovi, jaký lék chceme a nebo když nám vnucuje ten drahý, odmítnout a říct, že ne, protože se stejným účinkem mají samozřejmě i léky mnohem levnější.“*

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

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

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

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

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

V. B.: *„Naslyšenou.“*

Žalobce napadl rozhodnutí žalované žalobou k Městskému soudu v Praze. Ten ji rozsudkem ze dne 15. 9. 2010, č. j. 9 A 64/2010 - 27, jako nedůvodnou zamítl.

Žalobce v podané žalobě namítal nezákonnost rozhodnutí žalované s námitkou, že sankcionovat lze pouze zaviněné jednání a v jeho případě nebylo zavinění provozovatele vysílání ve vztahu k vytýkanému porušení zákona prokázáno. Následně žalobce uvedl, že není v silách redaktora okamžitě poznat, zda se v telefonickém příspěvku nejedná o skrytou reklamu, protože moderátor nemůže v dané chvíli tušit, co je skutečným obsahem sdělených stránek. Není totiž možné, aby moderátor při jakémkoli podezření telefonní hovor okamžitě „ustřihl“ a ani „následné napravení“ živě vyslovené skryté reklamy není podle žalobce představitelné. Podle městského soudu však takovým situacím lze předcházet i v živých, tedy nepředvídaných případech, neboť moderátor má možnost upozornit na

nepřípustná informační sdělení a usměrňovat vystoupení hosta pořadu, zejména jsou-li tématem prodejci a ceny. V daném případě soud dovodil možnost moderátorky uvést sdělení webové adresy internetové lékárny na pravou míru tak, aby upozornila, že zmíněné webové stránky nemají v konkrétním pořadu místo, a nelze je proto ani opakovat. Městský soud dále uvedl, že když § 48 odst. 1 zákona o vysílání vymezuje pořady, které nemají být zařazovány do vysílání, tak vychází z presumpce uváženosti koncepce a obsahu vysílaného pořadu samotným provozovatelem. Z toho vyplývá připravenost na prezentaci pořadu a na dialog s tím, kdo je jako host do pořadu přizván.

Žalobní námitku, že v posuzovaném případě rozhodně chybí prokázání prvků zavinění ve vztahu k osobě provozovatele vysílání, tak městský soud shledal jako nedůvodnou. Nicméně soud uvedl, že je nezbytné posoudit skrytou reklamu podle jejích definičních hledisek stanovených v § 2 odst. 1 písm. q) zákona o vysílání, která zahrnují požadavek záměrnosti, tj. určitou míru zavinění. Městský soud dále odkázal na své rozhodnutí sp. zn. 7 Ca 134/2008 v souvislosti s odpovědností právnických a fyzických osob při provozování rozhlasového a televizního vysílání a povinnosti Rady pro rozhlasové a televizní vysílání vést provozovatele k odpovědnosti za v zákoně vymezené správní delikty.

Městský soud dále zhodnotil, zda prezentace webové adresy internetové lékárny splňuje tři kumulativní znaky skryté reklamy, tj. zda prezentace sleduje reklamní cíl, zda ho sleduje záměrně, a jestli byla společnost uvedena v omyl o povaze této prezentace (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 3. 2010, č. j. 6 As 47/2009 - 49).

Městský soud považuje za náležitě a dostatečně odůvodněnou existenci sledování reklamního cíle dané prezentace v napadeném rozhodnutí. Soud přisvědčil žalované v jejím hodnocení, že zmíněnou internetovou lékárnu, kde lze koupit léky konkrétně o 10 až 12 % levněji, lze v jejím označení www.lekarna-drmario.cz přesně identifikovat. Další znak sledování reklamního cíle dovozuje městský soud z toho, že informace o internetové lékárně byly uvedeny osamoceně a nikoli v konkurenci s dalšími internetovými lékárnami. Host vysílání dále na závěr pořadu uvedl název webových stránek jako „radu pro naše posluchače“ a k tomu specifikoval firemní adresu i spojením s konkrétní firemní osobou tím, že „drmario“ jako údaj internetové adresy znamená doktor Mario. Dále soud odkázal na rozsudek zdejšího soudu č. j. 6 As 47/2009 - 49, kde bylo uvedeno, že mezi prvky poznatelnosti reklamního cíle patří informace o společnosti typu kontaktu, např. i odkazem na webové stránky, a dále sdělení vybízející posluchače přímo ke koupi, což bylo podle soudu v daném případě splněno.

Městský soud se dále zabýval podmínkou záměrnosti reklamního cíle a odkázal přitom ve smyslu judikatury Nejvyššího správního soudu (srov. rozsudek č. j. 6 As 47/2009 - 49) na ustanovení evropského práva, tedy na Směrnice Rady č. 89/552/EHS ve znění Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/65/ES o koordinaci některých právních a správních předpisů členských států upravujících provozování televizního vysílání a také na Interpretační sdělení komise č. 2004/C 102/02 k některým aspektům směrnice č. 89/552/EHS. Výklad Evropské komise vychází při hodnocení subjektivní podmínky úmyslu (v dané věci zákonného pojmu záměrnosti) z podpůrného kritéria přiměřenosti s tím, že přiměřené není to, co nepřiměřeně vyčnívá. Nesplnění kritéria

přiměřenosti a tedy splnění znaku záměrnosti pak lze podle městského soudu z vysílání předmětné skryté reklamy dovodit. Soud dospěl k závěru, že v rámci pořadu byly informace o internetové lékárně podány způsobem, který vyzdvihl jedinou konkrétní lékárnu a učinil tak opakovaně, byť tato opakovanost nebyla výslovně moderátorkou vyžádána. Ta sice podle městského soudu reagovala jen na webovou stránku Státního ústavu pro kontrolu léčiv, nicméně poté, co odkaz na lékárnu „drmario“ byl zopakován, tento opakovaný údaj přijala a zaznamenala, aniž by hosta pořadu jakkoli poučila nebo zmírnila dopad uvedení a opakování této reklamy vůči posluchačům. Nakonec host pořadu završil celý proces hodnocení cen léků sdělením, že na uváděné adrese lze koupit léky levněji než v kamenných obchodech. Dále soud stanovil, že úplatnost či jiná protihodnota uvedená v § 2 odst. 1 písm. q) větou za středníkem zákona o vysílání pouze příkladně spojuje záměrnost prezentace se situací, kdy dojde k úplatě nebo k jiné protihodnotě.

Při posuzování třetí podmínky odkázal městský soud opět na judikaturu Nejvyššího správního soudu a uvedl, že posouzení této podmínky by mělo být postaveno na základě posouzení pořadu z hlediska jeho objektivního působení na posluchačskou veřejnost. Klíčové je působení vjemu reklamního sdělení do podvědomí diváka z hlediska způsobu slovní prezentace, u níž je pro posluchače v daný okamžik obtížné rozlišit, zda se jedná o reklamu či o pokračování reportážního pořadu a o souvislost informací s tímto reportážním pořadem. Městský soud považuje prezentaci internetové lékárny v návaznosti na uvedení cen léků za velmi jednoduchou, populistickou, nenáročnou a srozumitelnou. Shledává ji tedy za dostatečný znak objektivního působení na posluchačskou veřejnost, neboť se týká obecně užívaných a dostupných léků. Objektivní působení skryté reklamy na posluchačskou veřejnost spočívá podle soudu v tom, jak je skrytá reklama schopna svým obsahem a způsobem prezentace zasáhnout do podvědomí posluchačské veřejnosti. Dále soud uvedl, že měřítko průměrného posluchače je dáno jeho průměrnými schopnostmi vnímat vypovídající obsah a smysl informací, které k němu směřují. V dané věci předmětné skryté reklamy, informující o druhu a levnosti zboží, bylo toto hledisko průměrného posluchače naplněno. Existence a míra subjektivního vztahu žalobce k vlastnímu jednání je podle městského soudu dána také tím, že jde v pořadí o již třetí případ porušování téhož zákonného ustanovení žalobcem.

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

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.“).

Stěžovatel tvrdí, že ve správním řízení právnická osoba za správní delikt neodpovídá, jestliže prokáže, že vynaložila veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránila. Stěžovatel namítá, že webovou adresu internetové lékárny neuvedl žádný pracovník účastníka řízení, ale host pořadu okamžitě reagující na aktuální otázky po telefonu do živého vysílání. Úvodní část jeho telefonického sdělení byla podle stěžovatele přitom ukázkově informační nestranné povahy, tedy zejména informace týkající se cen léků a webové adresy Státního ústavu pro kontrolu léčiv. Redaktorka

stěžovatele dále nemohla žádným způsobem jednání hosta předvídat a ani zabránit tomu, aby host webovou adresu znovu nezopakoval.

Stěžovatel dále uvedl důvody, proč nebylo možné jednání hosta v živém vysílání nijak zabránit. Poučení hostů předem nezabrání podle stěžovatele vyslovení skryté reklamy a dále by to bylo nedůstojné a nepřípustné, zejména když redaktor telefonuje například s nějakou společenskou nebo jinou autoritou. Okamžité uvedení na pravou míru by bylo možné jen tehdy, pokud by moderátorka v době vyslovení věděla, co je skutečným obsahem webových stránek. Ustřižení telefonního hovoru při jakémkoli podezření by bylo podle stěžovatele neadekvátní a zničilo by vysílání.

Jedinou možností, jak by bylo podle stěžovatele možné zabránit podobnému jednání hosta je rezignování na přímé vstupy do vysílání anebo vysílat je až po kontrole s několikaminutovým zpožděním. To by byl podle stěžovatele zásah do svobody komunikací, který by byl horším porušením práva než malicherná „skrytá reklama“ tázaného hosta.

Žalovaná ve svém vyjádření ke kasační stížnosti uvedla, že správní delikt byl spáchán v rámci vysílání programu Český rozhlas 2 - Praha. Z toho žalovaná dovodila, že účastník řízení je osobou odpovědnou za spáchání správního deliktu. Provozovatel vysílání má právo vysílat programy svobodně, nezávisle a do tohoto práva lze zasahovat pouze na základě zákona a v jeho mezích. Vedle tohoto práva má povinnost provozovat vysílání vlastním jménem, na vlastní účet a na vlastní odpovědnost a nést odpovědnost za obsah programů. Odpovědnost provozovatelů vysílání je podle zákona o vysílání konstruována jako odpovědnost objektivní, tedy bez ohledu na zavinění. Ze samotné podstaty zákona vyplývá, že provozovatel odpovídá za obsah vysílání, tedy i za sdělení, které učiní nikoli jen zaměstnanci provozovatele. Provozovatel vysílání je tedy odpovědný i za přímý přenos. Žalovaný zastává názor, že celkové vyznění rozhovoru mělo reklamní charakter a ve vyjádření moderátorky nebyl ani náznak toho, že by se snažila reklamnímu charakteru prezentace zabránit, ale naopak ho ještě svým „moderováním“ podpořila. Žalovaný odkazuje na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 6 As 47/2009 - 54, kde zdejší soud charakterizuje jeden ze znaků skryté reklamy „tzv. nepřiměřenost prezentace“ takto: *„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“*. Vyznění rozhovoru podle žalovaného přiměřené nebylo, o čemž svědčí uvedení webové adresy společnosti, vychvalování produktů a cen společnosti a nezmínění jiných obdobných webových stránek. Žalovaná dále upozorňuje, že stěžovatel víceméně opakuje svá vyjádření, která uvedl v žalobě, a proto žalovaný odkazuje na obsah odůvodnění svého rozhodnutí, jímž v této věci rozhodoval, a na rozsudek Městského soudu v Praze s tím, že se s jeho obsahem plně ztotožňuje.

Žalovaná proto navrhla, aby Nejvyšší správní soud kasační stížnost jako nedůvodnou zamítl.

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.

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

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) v tehdy platném znění 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.“* 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 dále 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. Interpretační sdělení komise č. 2004/C 102/02 k některým aspektům ustanovení Směrnice Rady 89/552/EHS).

Z námitek stěžovatele vyplývá, že dle jeho názoru zde nedošlo k založení jeho odpovědnosti za správní delikt skryté reklamy, neboť vynaložil veškeré úsilí, které bylo možno od něj požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránil. Stěžovatel dále uvádí, že webovou adresu neuvedl žádný jeho pracovník a sama moderátorka v důsledku živého rozhovoru nemohla předvídat a ani zabránit tomu, aby host webovou adresu nezopakoval. Jak již zmínil městský soud, stěžovatel bude odpovídat za skrytou reklamu, pokud budou naplněny tři její kumulativní znaky (srov. rozsudek č. j. 6 As 47/2009 - 53). Přestože Městský soud v Praze naplnění těchto znaků již zhodnotil, považuje Nejvyšší správní soud za důležité přezkoumat, zda k naplnění všech uvedených znaků skutečně

došlo. Nejvyšší správní soud konstatuje s odkazem na výše uvedené rozhodnutí zdejšího soudu, že k odpovědnosti za skrytou reklamu je třeba kumulativní naplnění 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.

První z podmínek definování skryté reklamy je reklamní cíl prezentace. Jak již bylo výše uvedeno, městský soud dovozuje naplnění tohoto znaku zejména ve sdělení pouze jediné webové adresy internetové lékárny, zdůraznění jejích slev, specifikování jejího názvu k lepšímu zapamatování a její uvedení jako „radu pro naše posluchače". Městský soud dále odkázal, že naplnění daného znaku je v souladu s výše uvedeným rozsudkem Nejvyššího správního soudu č. j. 6 As 47/2009 - 53, kde bylo uvedeno, že mezi prvky poznatelnosti reklamního cíle patří informace o společnosti typu kontaktu, např. i odkazem na webové stránky a dále sdělení vybízející posluchače přímo ke koupi, což bylo v daném případě splněno.

Nejvyšší správní soud sice ve svém rozhodnutí č. j. 6 As 47/2009 - 53 uvedl, „*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 konstatuje, že se v posuzovaném případě jednalo o telefonický rozhovor s hostem, který srovnával koupi léků na internetu s koupí léku v kamenném obchodě. Jednalo se o krátký vstup, jehož zásadním sdělením byla skutečnost, že léky se stejnou účinnou látkou mohou mít různý název a různou cenu a že nakupující si má předem ujasnit, jaké jsou ceny léků, o jejichž koupi uvažuje. Je pravdou, že v tomto krátkém rozhovoru osoba, s níž byl veden telefonický rozhovor, uvedla internetovou adresu, na níž je provozován prodej léků online. Žalovaný se však v napadeném správním rozhodnutí nijak nezabýval tím, zda a proč každá zmínka o existenci nějaké prodejny musí mít reklamní cíl a zda skutečně v tomto rozhovoru byl naplněn požadavek reklamního cíle. Jak již Nejvyšší správní soud konstatoval ve svém rozsudku č. j. 7 As 24/2010 - 51 z 24. 6. 2010 (publikovaném pod č. 2319/2011 Sb. NSS) „*významná část informací, s nimiž se lidé v běžném životě setkávají, má či může mít reklamní povahu, přičemž tato jejich povaha není, a ani to v praxi není dost dobře možné, „demaskována" jako reklamní sdělení, např. tím, že bude za reklamu označena. Jen pro tuto jejich vlastnost však nelze zakázat šíření takových informací [srov. v tomto ohledu podobné závěry k tzv. nepřímé reklamě v bodu 27 rozsudku Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 13. 7. 2004, věc C-492/02, žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Cour de cassation (Francie) Bacardi France SAS proti Télévision française 1 SA (TF1)]. Zakázat lze jen šíření takových informací, v nichž reklamní obsah významně převažuje a zároveň je skryt.*" Nejvyšší správní soud v posuzované věci dospěl k závěru, že nebylo dostatečně prokázáno či argumentačně podloženo, že prosté sdělení internetové adresy jednoho z mnoha online prodejů léků, které bylo v rámci krátkého telefonického rozhovoru uvedeno dvakrát vedle další webové adresy, má samo o sobě vždy reklamní cíl. V pořadu ostatně zazněly i názvy léků, což však žalovaný akceptoval s vědomím, že toto sdělení nemělo reklamní, ale informační, charakter. Sporná internetová adresa pak nebyla sdělena přesně, ačkoli

v přepisu rozhovoru je v rozporu s řečeným uvedena pomlčka, ve vysílání tato součást adresy sdělena nebyla. Přepis byl žalovanou proveden tak, aby odpovídal vytýkanému jednání, nikoli aby přesně zaznamenal, co bylo řečeno.

Dvojí zopakování internetové adresy osobou, která nemá žádný prokazatelný vztah s provozovatelem příslušného online prodeje, samo o sobě nenaplňuje znak skryté reklamy spočívající v tom, že by jakkoli nepřiměřeně vyčnívala z příslušného pořadu. Nejvyšší správní soud si je vědom toho, že prokázat úmysl provozovatele či záměrnost sledování reklamního cíle je náročné a že *„úmysl lze pozorovat i ze způsobu, jakým k prezentaci společnosti či jejích produktů došlo, z toho, zda relevantní informace nebyly několikráte opakovány.“* V předmětné věci host pořadu v živém vysílání sdělil po obecných informacích o cenách léků webovou adresu jedné internetové lékárny, kterou poté zopakoval a zdůraznil způsob jejího zapamatování. Je však sporné, zda toto zopakování mělo za cíl přinést reklamu či spíše upozornit posluchače na možnost internetového prodeje a na jednu z mnoha adres, kde se tento prodej uskutečňuje. Sporná internetová adresa zazněla spolu s internetovou adresou Státního ústavu pro kontrolu léčiv a nebyla uvedena přesně. Nejvyšší správní soud konstatuje, že by k takovémuto uvádění konkrétních značek či komerčních internetových adres docházet nemělo, na druhou stranu si je vědom přínosnosti debaty o všech možnostech spotřebitele. Přílišné lpění na detailech v informativních telefonických rozhovorech, které mohou být pro informování spotřebitele přínosné, a jejich selektivní sankcionování by skutečně mohlo vést k omezení takovýchto rozhovorů, které by ve svém důsledku bylo zásahem do svobody slova i do naplňování informační úlohy veřejnoprávního média.

Městský soud dospěl k závěru, že sankcionovaná prezentace mohla uvést posluchače v omyl a zasáhnout do podvědomí posluchačské veřejnosti.

Nejvyšší správní soud s tímto názorem městského soudu nesouhlasí. Zdejší soud považuje za správný postup městského soudu, když zhodnotil prezentaci z hlediska jejího objektivního působení na průměrného spotřebitele, tedy spotřebitele průměrného vzdělání, průměrných znalostí, průměrného platu a průměrně povrchně vnímajícího množství informací, které k němu denně směřují. Nicméně se Nejvyšší správní soud neztotožňuje s tvrzením, že zmíněná prezentace dosahuje takové intenzity, aby byla schopna uvést posluchače v omyl, „zarýt“ se tak značným způsobem do jeho mysli a určitým způsobem ho tak ovlivnit. V daném případě bylo ale třeba důkladně tento možný efekt zvážit. V dnešní době, kdy je průměrný posluchač neustále doslova zasypáván reklamou, nemůže zmínění webové adresy v telefonickém rozhovoru reprodukovaném v rozhlasovém vysílání mít na posluchače výrazný dopad, neboť takováto, byť i opakovaná zmínka, je v poměru k celodennímu vysílání rozhlasu zanedbatelná. Nepodstatné je i v poměru k množství informací a reklam, se kterými se posluchač celkově setkává, ať už na ulici, v televizi, v rozhlase nebo na internetu. Posluchač, na kterého působí takové množství reklam, nemůže být ovlivněn pouhým sdělením internetové adresy (navíc neúplné) v jednom z mnoha rozhlasových pořadů. Dále ani uvedení slev, které zmíněná internetová lékárna poskytuje, nemůže průměrného posluchače zvlášť ovlivnit, protože s nástupem internetového prodeje, který je populární v mnoha oblastech zboží, je běžné poskytovat podobné slevy u mnoha výrobků. Nejvyšší správní soud nepovažuje ani zdůraznění faktu, že se adresa odvíjí od slovního spojení „doktor Mario“, za způsobilé

uvést diváka v omyl, neboť není příliš pravděpodobné, že se jednou vyslovený právě tento název „vryje“ průměrnému posluchači do paměti a tím ho např. v budoucím nakupování ovlivní. Nejvyšší správní soud tedy nezastává názor, že by si průměrný posluchač adresu i po jejím zopakování a zdůraznění zapamatoval i s ohledem na množství reklam, kterému je v dnešní době vystaven. Dané sdělení není podle Nejvyššího správního soudu způsobilé zasáhnout do podvědomí průměrného posluchače způsobem uváděným městským soudem a nemůže ho tak uvést v omyl.

Dvojí zopakování obchodního označení, internetové adresy v rozhlase, nemůže dosáhnout takové úrovně vlivu na diváka jako skrytá reklama v televizním vysílání, neboť prvně zmíněná působí jen na sluchové vjemy diváka, kdežto reklama televizní jej ovlivňuje i vizuálně. Pokud divák slyší sdělení s případným reklamním prvkem pouze v rozhlase, působí na něj přímo, sám si jej uvědomuje a může jej také sám zhodnotit. Audiovizuálně působící skrytá reklama skýtá ale jiné nebezpečí - např. určitá značka výrobku na diváka působí nepřímým způsobem, tzn. že si divák její působení ani neuvědomuje. Tento vliv se pak projeví například až při nákupu zboží nebo služeb, kdy může mít divák tendenci zvolit si určitý výrobek právě z důvodu ovlivnění jeho podvědomí reklamou. Takové nebezpečí ale u verbálního zopakování jedné internetové adresy v jednom rozhovoru v rámci rozhlasového vysílání nehrozí.

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 znaků skryté reklamy, a proto není ani možné označit rozhovor, ve kterém došlo ke sdělení webové adresy internetové lékárny, za zákonem zakázanou skrytou reklamu.

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.

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. srpna 2011

JUDr. Bohuslav Hnízdil
předseda senátu