

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Elišky Cihlářové a soudců JUDr. Jaroslava Hubáčka a JUDr. Karla Šimky v právní věci žalobkyně: **Česká televize,** se sídlem Na Hřebenech 2, Praha 4 - Kavčí Hory, proti žalované: **Rada pro rozhlasové a televizní vysílání,** se sídlem Škrétova 44/6, Praha 2, v řízení o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 16. 2. 2011, č. j. 5 Ca 253/2009 – 50,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá.**

II. Žádný z účastníků **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

Městský soud v Praze rozsudkem ze dne 16. 2. 2011, č. j. 5 Ca 253/2009 – 50, zamítl žalobu, jíž se žalobkyně (dále jen „stěžovatelka“) domáhala zrušení rozhodnutí Rady pro rozhlasové a televizní vysílání (dále jen „Rada“) ze dne 7. 10. 2009, sp. zn. 2009/1083/vav/ČES, kterým byla stěžovatelce uložena pokuta ve výši 2 500 000 Kč za porušení povinnosti stanovené v ust. § 48 odst. 4 písm. a) zákona č. 231/2001 Sb., ve znění účinném do 31. 5. 2010, (dále jen „zákon o vysílání“) pro vysílání reklam, teleshoppingu a sponzorovaných pořadů. Porušení citovaného ustanovení se stěžovatelka dopustila tím, že v květnu 2008 na programu ČT2 zařadila do vysílání obchodní sdělení na produkt SIMPLY YOU, Clavin Strong (mutace 3, 4, 5), a to celkem 115x, přičemž uvedené obchodní sdělení naplňující definiční znaky reklamy nebylo zřetelně zvukově, obrazově či zvukově-obrazově odděleno od ostatních části programu. V odůvodnění rozsudku městský soud poukázal na to, že předchozí rozhodnutí Rady o tomtéž správním deliktu bylo zrušeno rozsudkem městského soudu ze dne 17. 6. 2009, č. j. 10 Ca 90/2009 - 97. Rada oproti předchozímu zrušenému rozhodnutí v nyní přezkoumávaném rozhodnutí uvedla,

že obchodní sdělení bylo zařazeno do vysílání programu ČT2 v květnu 2008 115x a doplnila do výroku tabulku, ze které je zřejmé datum a čas vysílání, program, název sponzora, název výrobku a číslo mutace. V této tabulce je na prvních pěti řádcích uveden ve sloupci, v němž jsou označeny programy, program „Česká TV 2“, na zbývajících sto deseti řádcích pak program „ČT4 SPORT“. Stěžovatelka má tedy pravdu v tom, že obchodní sdělení nebylo odvysíláno 115x na programu ČT2, jak by se mohlo zdát z části výroku předcházející tabulce, protože tento počet je součtem všech případů, kdy se obchodní sdělení v květnu 2008 objevilo jak na programu ČT2, tak na programu ČT4 SPORT. To však nesvědčí o nepřiměřenosti uložené pokuty ani o nezákonnosti napadeného rozhodnutí. Jelikož se tento počet (115) objevuje jak v odůvodnění rozhodnutí, tak v tabulce, která je součástí výroku napadeného rozhodnutí, a stěžovatelka ani v průběhu řízení nezpochybnila, že tento počet odpovídá skutečnosti, je zřejmé, že ve větě, která ve výroku předchází tabulce, se Rada dopustila písařského opomenutí. Taková zjevná nesprávnost nepůsobí nezákonnost rozhodnutí a není důvodem pro jeho rušení. Stěžovatelka nemůže argumentovat tím, že uložená pokuta je příliš vysoká s ohledem na to, že vysíláno bylo pouze 5x, protože skutečný počet vysílání na obou zmiňovaných programech je patrný jak z tabulky a z odůvodnění, tak i z dalších okolností správního řízení. Městský soud se dále ztotožnil se závěrem Rady, že v dané věci převažuje reklamní charakter posuzovaného obchodního sdělení, protože pouze neupozorňuje na existenci přípravku Clavin Strong a na to, jak vypadá jeho obal, ale velmi názorným, snadno zapamatovatelným a účinným způsobem upozorňuje na to, jak přípravek působí (krabička se zvětšuje a zvedá, navíc — s ohledem na krátké trvání obchodního sdělení — velmi svižně), tedy na jeho kvality. K tomu přispívá i důrazný slogan Clavin – mužem hned, který dále posiluje dojem o kvalitě výrobku a o jeho účinném a okamžitém efektu. Toto obchodní sdělení je tak již za hranicí sponzorského vzkazu a je daleko spíše reklamou, která vybízí ke koupi konkrétního výrobku. Formulaci Rady, podle níž tu byla použita část reklamy, která figuruje v klasických reklamních blocích, označil městský soud za neobratnost, která nemůže způsobit nezákonnost napadeného rozhodnutí. Rada tím podle všeho spíše mínila, jak později uvedla ve vyjádření k žalobě, že celkové pojetí obchodního sdělení odpovídá klasické reklamě, jak ji známe z reklamních bloků. Šlo tedy o typovou charakteristiku daného obchodního sdělení, které má spíše reklamní charakter, nikoli o srovnávání s konkrétní reklamou na výrobek Clavin Strong.

Proti tomuto rozsudku podala stěžovatelka v zákonné lhůtě kasační stížnost z důvodů nezákonnosti spočívající v nesprávném posouzení právní otázky městským soudem v předcházejícím řízení a nepřezkoumatelnosti spočívající v nedostatku důvodů rozhodnutí. Poukázala na usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 1. 2008, č. j. 2 As 34/2006 - 73 a setrvala na námitce zjevného rozporu výrokové části II. rozhodnutí Rady. Je-li ve výroku uvedeno, že obchodní sdělení bylo zařazeno „do vysílání programu ČT2 v měsíci květnu 2008 celkem 115x“, pak tato část výroku je v rozporu s vymezením správního deliktu, za který byla stěžovatelce uložena pokuta, neboť předmětné obchodní sdělení bylo podle doložené tabulky na tomto programu odvysíláno pouze 5x. Tabulka, na kterou Rada poukazuje, představuje souhrnný přehled o počtu skutečně odvysílaných repríz obchodního sdělení v průběhu celého monitorovaného období. Počet vysílání na programu ČT2 uvedený ve výroku zjevně neodpovídá skutečnému počtu odvysílaných obchodních sdělení na tomto programu. Nic na tom nemění argumentace Rady, a potažmo městského soudu, že pochybení je možno označit za písařské opomenutí,

resp. zjevnou nesprávnost. Jde o podstatnou vadu v písemném vyhotovení rozhodnutí a není možno se spokojit pouze s odkazem na skutečnost, že tabulka vykazuje počty odvysílání obchodního sdělení na programu ČT2 a ČT4 Sport, a dovozovat tak z uvedeného vyhovující a dostatečné vymezení správního deliktu v souladu se zákonem, resp. považovat výrok za nesporný a srozumitelný. Skutek nebyl ve výroku rozhodnutí jednoznačně a nezaměnitelně vymezen a nic na tom nemění ani snaha vysvětlit tuto skutečnost tak, že se zjevně mohlo jednat o neúmyslné pochybení a že stěžovatelka do této doby, pokud jde o počet odvysílání obchodních sdělení na jednotlivých programech, nic nenamítala. Rada navíc mohla a měla sjednat okamžitou nápravu vydáním opravného usnesení ve věci. S ohledem na výše uvedené stěžovatelka namítala nepřiměřenost výše uložené pokuty, neboť výrok se ve skutečnosti týká pouze pěti odvysílání obchodního sdělení. Pokuta uložená při maximální možné hranici neodpovídá zásadě proporcionality a je bez ohledu na další zákonná kritéria nepřiměřená. Dále stěžovatelka namítala, že zpracování obchodního sdělení primárně sledovalo základní účel sponzorství. Sdělení je v krátkém časovém úseku zpracováno jednoduchým způsobem, který se nijak „kreativně“ nevymyká zpracování, jakým jsou ve vysílání běžně uchopeny sponzorské vzkazy včetně užití dynamických prvků. Obchodní sdělení v daném případě nevytváří přesvědčovací proces ve smyslu reklamního sdělení. Podle stěžovatelky městský soud subjektivně spojuje s jednoduchým obrazovým zpracováním a krátkým časovým úsekem představu o účinku přípravku. Dovozovat, že vizuální zpracování bylo účelové, resp. že mělo za cíl vzbudit představivost o účincích přípravku, a to dokonce v takové míře, že důsledkem bude v první řadě komerční dopad na diváka ve smyslu reklamy, považuje stěžovatelka za zcela nepřiměřené a sugestivní srovnání. Audiovizuálním atributům v dané věci městský soud i Rada přiznávají větší váhu, než by sponzor vůbec předpokládal. Předmětné obchodní sdělení neupozorňovalo na to, jak přípravek působí a nejednalo se o jinotajné vyjádření jeho kvalitního účinku. Dvojí otočení a zvětšení krabičky s přípravkem v rámci několika sekund nemůže být oporou pro kategorický závěr, že tak jsou znázorňovány účinky přípravku, resp. že se jedná o cílenou reklamu. Stěžovatelka rovněž vyjádřila přesvědčení, že slogan „Clavin – mužem hned“, který má sponzor zaregistrovaný jako ochrannou známku, měl primárně za cíl zaujmout diváka. Slovní spojení „Clavin Strong, přípravek na zkvalitnění erekce s rychlým nástupem účinku“ představuje seriozní popis jeho charakteristických vlastností. Je-li nespornou skutečností, že část sloganu má sponzor zaregistrovánu jako ochrannou známku, pak je opodstatněné, že sponzor pro svoji prezentaci využívá i toto slovní spojení. Slogan je vtipnou a společensky přijatelnou parafrází, která charakterizuje přípravek, prostřednictvím kterého se sponzor představuje divákovi. Toto spojení skutečně diváka v rámci zákonem a judikaturou vymezených hranic sponzorského vzkazu právě jen zaujme. K závěru městského soudu, který se týkal argumentace Rady, podle níž „ve spotu byla použita část reklamy, která figuruje v klasických reklamních blocích“, stěžovatelka namítala, že městský soud nemůže primárně vycházet z vyjádření k žalobě s tím, že původní formulaci v rozhodnutí označí jako „neobratnost“. Nadto obě formulace mají nepochybně různou váhu a jejich obsahový význam by měl být též podstatným hlediskem pro posouzení předmětného obchodního sdělení. Ze shora uvedených důvodů stěžovatelka navrhla zrušení napadeného rozsudku a vrácení věci městskému soudu k dalšímu řízení.

Rada ve vyjádření ke kasační stížnosti k námitce týkající se rozporu výroku správního rozhodnutí poukázala na závěry vyslovené městským soudem v napadeném

rozsudku. Dále podle jejího názoru nelze přisvědčit tvrzení, že časové rozpětí obchodního sdělení odůvodňuje uvedení jakékoli informace. Otázka dynamiky není v daném případě relevantním hlediskem, jelikož je zcela zjevné, že i zcela statické obchodní sdělení může naplnit účel reklamy. V této souvislosti Rada odkázala na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 5. 2010, č. j. 7 As 30/2010 - 93. Je zjevné, že vše je spíše než otázkou formy otázkou obsahu samotného. Poměřování dynamiky je natolik subjektivním prvkem, že nelze oponovat výlučně odkazem na tento prvek, aniž by se nepřihlíželo k obsahu obchodního sdělení. V daném případě se jedná o reklamu, protože převažujícím obsahem obchodního sdělení jsou záběry na výrobek sponzora, přičemž je současně slovně i obrazově vyzdvihována (doslova) jeho přednost, účinek na erektivní problémy, což je ve sponzorském vzkazu znázorněno vtipnou a originální formou, neboť se v obchodním, sdělení neupozorňuje výhradně na existenci přípravku Clavin Strong a na to, jak vypadá jeho obal, ale velmi názorným, snadno zapamatovatelným a účinným způsobem se upozorňuje na to, jak přípravek působí. Obchodní sdělení tak používá standardní nástroje komunikačního mixu, typické pro reklamu. Předmětný případ nelze hodnotit jako budování dobré pověsti sponzora, neboť většinový obsah obchodního sdělení tvoří propagace jednoho konkrétního výrobku. Za hlavní cíl uvedení obchodního sdělení tak lze jednoznačně považovat reklamu týkající se propagovaného přípravku se zdůrazněním jeho kvalit a až v druhé řadě prezentaci sponzora. Rada dále uvedla, že jí nepřísluší komentovat či posuzovat závěry městského soudu a podotkla, že v dané věci není zjevné, pod který z důvodů uvedených v ust. § 103 odst. 1 s. ř. s. lze podřadit stížní námitku, že městský soud nesprávně vycházel z jejího vyjádření k žalobě. Závěr městského soudu je přezkoumatelný a jazykově správný, neboť zcela interpretuje správní úvahu Rady. V dalším Rada odkázala na správní rozhodnutí, na své vyjádření k žalobě a navrhla zamítnutí kasační stížnosti jako nedůvodné.

Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek v souladu s ust. § 109 odst. 2 a 3 s. ř. s., vázán rozsahem a důvody, které uplatnila stěžovatelka v podané kasační stížnosti, a přitom sám neshledal vady uvedené v odstavci 3, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti.

Stěžovatelka v kasační stížnosti namítala nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku pro nedostatek důvodů. Jelikož k tomuto svému tvrzení neuvedla žádnou konkrétní argumentací, nejedná se o stížní důvod ve smyslu ust. § 103 odst. 1 s. ř. s., a proto Nejvyšší správní soud se takto obecně formulovanou stížní námitkou nezabýval.

Dále stěžovatelka namítala rozpor ve výroku II. správního rozhodnutí spočívající v tom, že Rada v něm nejprve uvedla, že předmětná obchodní sdělení *„byla zařazena do vysílání programu ČT2 v měsíci květnu 2008 celkem 115x“* a přitom z tabulky, která je rovněž součástí tohoto výroku vyplývá, že na programu ČT2 bylo předmětné obchodní sdělení odvysíláno pouze 5x, zatímco zbývajících 110 odvysílání předmětného obchodního sdělení připadá na program ČT4 Sport.

Podle Nejvyššího správního soudu není výrok rozhodnutí v tomto směru skutečně zcela konzistentní, neboť text před tabulkou neodpovídá jejímu obsahu. Toto pochybení je však takového charakteru, že v žádném případě nedosahuje intenzity odůvodňující závěr o nezákonnosti napadeného rozhodnutí. Rada v citované části výroku pouze za slovy

„programu ČT2“ opomněla uvést „a ČT4 Sport“. Tuto chybu považuje Nejvyšší správní soud za banální. Navazující tabulka zcela jednoznačně specifikuje data a přesný čas vysílání, program, na kterém k odvysílání došlo, i mutaci obchodního sdělení. Rada tak ve výroku rozhodnutí jednoznačně a srozumitelně popsala skutek, jímž se stěžovatelka dopustila správního deliktu. Rovněž v odůvodnění napadeného rozhodnutí Rada uvedla, že stěžovatelka odvysílala předmětné obchodní sdělení na programech ČT2 a ČT4 Sport, a také při úvaze o výši pokuty se zabývala povahou obou uvedených programů. Nejvyšší správní soud proto dospěl k závěru, že výrok II. správního rozhodnutí přesto, že obsahuje uvedenou nepřesnost, není vnitřně rozporný.

Za situace, kdy uvedené pochybení nemá vliv na zákonnost napadeného správního rozhodnutí, jsou úvahy o tom, zda Rada měla či neměla vydat opravné rozhodnutí, bezpředmětné. Rada jistě mohla opravné rozhodnutí vydat, nicméně pokud tak neučinila, nemá to vliv na posouzení dané věci.

Pokud stěžovatelka namítala nepřiměřenou výši uložené pokuty a porušení zásady proporcionality, je tato její námitka nedůvodná, protože výrok II. napadeného rozhodnutí Rady jednoznačně určuje počet odvysílaného obchodního sdělení a není pochyb o tom, že stěžovatelka byla sankcionována nikoliv za 5 odvysílání předmětného obchodního sdělení na programu ČT2, ale za 115 odvysílání na programech ČT2 a ČT4 Sport. Tento počet odvysílání předmětného obchodního sdělení je uveden v textu výroku, který předchází tabulce, dále tento počet odpovídá údajům uvedeným v tabulce samotné a s tímto počtem rovněž Rada pracuje v odůvodnění rozhodnutí.

Stěžovatelka rovněž namítala nezákonnost napadeného rozsudku pro nesprávné posouzení, zda obsah předmětného obchodního sdělení byl Radou správně posouzen jako reklama.

V odůvodnění napadeného správního rozhodnutí Rada předmětné obchodní sdělení popsala takto: „*Na bílé obrazovce je v horním levém rohu růžový nápis www.clavin.cz. Objevuje se krabička přípravku, zvětšuje se a postupně se jedním rohem zvedá. Reklama je doprovázena zvukem (mužský hlas): „Clavin Strong, přípravek ke zkvalitnění erekce s rychlým nástupem účinku. Clavin, můžem hned!“ V dolní části obrazovky je minimálně viditelný světlý nápis „sponzor reklamní znělky“ a nápis „doplněk stravy“.*“ Dále Rada mimo jiné uvedla, že „*v obchodním sdělení je použita část reklamy figurující v klasických reklamních blocích zařazovaných do vysílání. Běžnému divákovi se tak stírá rozdíl mezi reklamou a tímto obchodním sdělením, resp. jejich vyznění je stejné, stejně působící, se stejným dopadem na příjemce. Zpracování je totožné, co se týče obrazu, zvuku, hudebního podkresu, hlasu speakera; jsou užity obdobné obrazové sekvence (barva, font, atp.). Obchodní sdělení zdůrazňuje výrobek, který společnost produkuje, včetně jeho pozitivních vlastností. Použiti obrazů, změny velikosti a pohybu krabičky výrobku, tvoří analogii s fungováním mužského penisu. V reklamě jsou zdůrazňovány kvality výrobku a to velmi expresivním způsobem, přestože za použiti obalu výrobku. Přípravek kladně působí na mužskou erekci, což je silně podtrhováno slovním doprovodem mužského hlasu a slogany, které vyslovuje, zejm. „Clavin — můžem hned“. Jedná se o dynamické obchodní sdělení, prezentující jednoznačně kvality výrobku, mající za cíl nejen upoutat pozornost, ale přímo vybízet ke koupi přípravku. Přestože se nejedná o klasický reklamní příběh, reklamní prvky a celkové vyzněni obchodního sděleni je nepopiratelné.*

Ztotožnění se diváka s výrobkem je primárním úkolem použitého obchodního sdělení, a to za použití podmanivých hesel, výroků, obrazů, tedy názorem prezentovaným ve zvukovém doprovodu.“

Podle ust. § 2 odst. 1 písm. n) zákona o vysílání se reklamou pro účely tohoto zákona rozumí jakékoliv veřejné oznámení, vysílané za úplatu nebo jinou protihodnotu nebo vysílané za účelem vlastní propagace provozovatele vysílání, určené k podpoře prodeje, nákupu nebo pronájmu výrobků nebo služeb, včetně nemovitého majetku, práv a závazků.

Podle ust. § 2 odst. 1 písm. s) zákona o vysílání se sponzorováním pro účely tohoto zákona rozumí jakýkoliv příspěvek poskytnutý fyzickou nebo právnickou osobou, která neprovozuje televizní vysílání nebo produkci audiovizuálních děl, k přímému nebo nepřímému financování rozhlasových nebo televizních pořadů za účelem propagace jména a příjmení fyzické osoby nebo názvu právnické osoby, obchodní firmy, obrazového symbolu (loga) nebo ochranné známky, sponzora nebo jeho služby, výrobků nebo jiných výkonů.

Podle ust. § 53 odst. 1 zákona o vysílání je provozovatel vysílání povinen označit každý pořad sponzorovaný zcela nebo zčásti zejména na jeho začátku nebo na jeho konci obchodní firmou, obrazovým symbolem (logem), ochrannou známkou nebo známkou služeb identifikující sponzora.

Sponzorování, jehož vnějším projevem v televizním vysílání je právě sponzorský vzkaz, s reklamou úzce souvisí. Sponzorování lze totiž, stejně jako reklamu, považovat za určitou formu propagace, lhostejno zda přímo osoby sponzora, jeho výrobků, služeb či jiných výkonů. Zákon o vysílání hranici mezi sponzorským vzkazem a reklamou jednoznačně nevymezuje. Je tedy úkolem Rady, a v případě soudního přezkumu i správních soudů, tuto hranici stanovit pro každý konkrétní případ. Ze správní praxe Rady, a zejména z judikatury soudů, lze dovodit určitá kritéria, která mohou pomoci odlišit reklamu od sponzorského vzkazu. V rozsudku ze dne 9. 11. 2006, č. j. 7 As 81/2005 - 79 (publikovaný pod č. 1063/2007 Sb. NSS) Nejvyšší správní soud k otázce, jak má sponzorský vzkaz vypadat, uvedl, že „*obsah takového sponzorského vzkazu lze tvořit nejenom obchodní firmou, logem, ochrannou známkou, známkou služeb identifikující sponzora, ale i dalšími prvky, neboť zákon o provozování rozhlasového a televizního vysílání v cit. ustanovení použití jiných skutečností nezakazuje (což by vyjádřil např. použitím slova „pouze“; tento výklad je tak nutno přijmout s ohledem na čl. 2 odst. 4 Ústavy České republiky). Obsahem sponzorského vzkazu tak nemusí být, např. v případě právnické osoby podnikatele, čistě obchodní firma, tj. název, pod kterým je podnikatel zapsán do obchodního rejstříku, nýbrž i označení jeho výrobků, které má chráněné ochrannou známkou a které často není shodné s označením obchodní firmy. Může být marketingovou strategií určitého podnikatele zdůraznit při svých prezentacích jméno výrobku a nikoliv svou obchodní firmu, např. v situaci širokého výrobního spektra je možno se sponzorováním určitého typu pořadu zaměřit na určitý typ výrobku, aby tím podnikatel dal veřejnosti najevo jeho existenci. Je proto zcela v souladu se zákonem sponzorovi takovouto volbu umožnit. Stejně tak lze logicky očekávat, že určitý podnikatel bude chtít svůj výrobek či svou obchodní firmu spojit s konkrétním slovním spojením, které by jeho osobně či jeho produkt co nejlépe charakterizovalo.*“ K otázce rozlišení

mezi sponzorským vzkazem a reklamou pak zdejší soud v tomtéž rozsudku uvedl, že sponzorský vzkaz *„může ve svém důsledku obsahovat reklamní sdělení v širším slova smyslu, tj. sdělení veřejně propagující obchodní firmu, výrobek, zboží či službu, a dále i slogan, tj. určité slovní spojení charakterizující podnikatele či jeho výrobek, zboží nebo službu. (...) V této souvislosti Nejvyšší správní soud zdůrazňuje, že základním účelem sponzorování je vytvoření dobrého jména, pověsti právnické či fyzické osoby či jeho výrobků (tzv. goodwill). Tento účel proto musí sloužit jako odlišující kritérium pro reklamu a sponzorování, protože tam, kde by sponzorský vzkaz vybízel ke koupi určitého výrobku podnikatele, by se již nejednalo o sponzorský vzkaz, nýbrž o reklamu. Sponzorováním si tak sponzor vytváří goodwill, povědomí u diváka, prezentuje svou existenci, předmět činnosti a výsledek tohoto předmětu, aby ho následně reklamou přesvědčil o koupi tohoto konkrétního výrobku. (...) Klasickým příkladem sponzorského vzkazu vytvořeného dle zákona o provozování rozhlasového a televizního vysílání tak bude grafická prezentace loga sponzora či jeho výrobku doprovázená sloganem charakterizujícím sponzora či výrobek, spíše statického charakteru, s uvedením, že se jedná o sponzora konkrétního pořadu. V žádném případě však nemůže jít o takové ztvárnění, kde by ústředním motivem bylo přesvědčení diváka o koupi určitého výrobku zdůrazňováním jeho kvalit, srovnáváním s podobnými či nějaký reklamní příběh, tj. dynamický charakter vysílaného sdělení.“*

Za jediné rozlišovací kritérium mezi reklamou a sponzorováním, které vyplývá přímo ze zákona o vysílání, lze označit účel, který má posuzované obchodní sdělení naplňovat. Při jeho hodnocení proto Rada musí zejména posoudit, zda jsou údaje v něm uvedené primárně pouze informativního charakteru či zda již jde o údaje určené k podpoře prodeje, nákupu nebo pronájmu výrobků nebo služeb. Kritériem pro hodnocení skutečného účelu obchodního sdělení jsou pak prostředky, jimiž má být tohoto účelu dosaženo. Toto kritérium však již nevyplývá přímo ze zákona o vysílání. Uvedenými prostředky mohou být v případě obchodního sdělení odvysílaného v rámci televizního vysílání v podstatě jakékoliv jeho obrazové nebo zvukové výrazové prostředky. Pro posouzení může být podstatný např. slogan, ať již v textové či zvukové formě, nebo naopak jeho absence. Relevanci má nepochybně zřetelný poukaz na určitou vlastnost propagovaného výrobku, na to, že je novinkou či informace o tom, kde jej lze zakoupit. Evidentně reklamní pak bude sdělení informující o ceně výrobku, nabízených slevách nebo přímo srovnávající určitý produkt s konkurencí. Dalším z vodítek pro závěr, že obchodní sdělení mělo za cíl přesvědčit diváka ke koupi produktu, může být jeho dynamika. V této souvislosti je nutné zdůraznit, že dynamické ztvárnění obchodního sdělení není nutným znakem reklamy, nicméně bude spíše svědčit o tom, že se o reklamu jedná. Dynamika obchodního sdělení bude relevantní v případě, že (spolu)vytváří reklamní sdělení, tj. přesvědčovací proces, který je pro diváka přímou pobídkou k nákupu výrobku (produktu). I dynamické obchodní sdělení však může být pouze sponzorským vzkazem, a to zejména, pokud se v něm neobjevují vedle dynamického ztvárnění žádné další pobídky ke koupi, nejsou zmiňovány určité kvality nebo vlastnosti produktu, případně pokud není produkt vůbec zmiňován. Naopak i statické obchodní sdělení může být reklamou, a to v případě, kdy přes statické ztvárnění ostatní složky odvysílaného obchodního sdělení mají jednoznačně reklamní obsah, např. statická informace o ceně výrobku. Vždy je však třeba hodnotit celkové vyznění obchodního sdělení, a to z hlediska ústředního motivu, který by měl vycházet z jeho jednotlivých prvků a z jejich vzájemné souvislosti. Pro reklamu je typické, že její primární funkcí je přesvědčit diváka k prodeji, nákupu nebo pronájmu

výrobků nebo služeb. Je-li naopak primárním cílem obchodního sdělení informovat diváka pouze o existenci výrobku nebo služby, nejedná se o reklamu. Vzhledem k tomu, jak široký prostor zákon o vysílání ponechává pro interpretaci relevantních ustanovení, pokud jde o reklamu a sponzorský vzkaz, lze mezi nimi jen velmi obtížně vymezit ostrou hranici. Přesto, že její určení není jednoduché, je třeba ji v každém konkrétním případě stanovit a zohlednit přitom veškeré, leckdy i velmi detailní nebo zdánlivě marginální, okolnosti konkrétního odvysílaného obchodního sdělení. Pouze na základě komplexního posouzení všech složek odvysílaného obchodního sdělení může Rada, a případně i správní soud, při rozhodování obdobných případů kvalifikovaně rozhodnout.

S přihlédnutím k výše uvedeným obecným úvahám dospěl Nejvyšší správní soud ke stejnému závěru jako městský soud i Rada, tj. že v daném případě předmětné obchodní sdělení naplňuje definiční znaky reklamy tak, jak jsou vymezeny v ust. § 2 odst. 1 písm. n) zákona o vysílání. Mezi účastníky není sporu o naplnění prvních dvou zákonných kritérií, tj. že šlo o veřejná oznámení, která byla vysílána za úplatu. K účelu předmětného obchodního sdělení (třetí kritérium) je nutno uvést, že posuzované obchodní sdělení není jen pouhým upozorněním na existenci sponzora či na jeho produkt. Obsahuje totiž další rozšiřující informace vztahující se ke specifickým vlastnostem propagovaného výrobku. V relativně krátkém časovém intervalu se divák dozvídá, jak vypadá balení propagovaného produktu a že má tento produkt rychlý nástup účinku, což je pro konzumenty přípravků podporujících erekci nepochybně nezanedbatelná informace. Účinek výrobku je navíc naznačen symbolickým zvednutím jednoho rohu jeho obalu a rychlost účinku je opět zdůrazněna, a to sloganem „můžem hned!“ (resp. „mužem hned“). Předmětné obchodní sdělení tak přímo zdůrazňuje jednu z vlastností výrobku, přičemž spojení uvedených prvků (zobrazení obalu, slogan, symbolické naznačení účinku a informace o rychlosti, s jakou výrobek zabírá) pak jako celek tvoří sdělení, které již podle Nejvyššího správního soudu přímo vybízí diváky ke koupi výrobku. Jedná se tedy o reklamu ve smyslu ust. § 2 odst. 1 písm. n) zákona o vysílání, a Rada ani městský soud proto při hodnocení předmětného obchodního sdělení nepochybily. Vzhledem ke kumulaci výše uvedených reklamních prvků v předmětném obchodním sdělení nemůže na uvedeném závěru nic změnit ani relativně krátký časový rozsah posuzovaného obchodního sdělení. Ze shora uvedených důvodů je proto nedůvodná námitka stěžovatelky, že předmětné obchodní sdělení je sponzorským vzkazem.

V souvislosti s otázkou, zda se v případě předmětného obchodního sdělení jednalo o reklamu, stěžovatelka argumentovala tím, že v případě sloganu „Clavin – mužem hned“ se jedná o označení, jež má sponzor jako vlastník zapsané v rejstříku ochranných známek. K tomu Nejvyšší správní soud uvádí, že i výkon práva užívat ochrannou známku má své hranice, které jsou v dané věci tvořeny relevantními ustanoveními zákona o vysílání. To, že je určité označení zapsáno do rejstříku ochranných známek neznamená, že je možné takové označení používat v rozporu s jinými právními předpisy, např. v rozporu se zákonem o vysílání. Pokud tedy Nejvyšší správní soud dospěl, shodně jako Rada a městský soud, k závěru, že obchodní sdělení jako celek naplňovalo definiční znaky reklamy a že stěžovatelka jeho odvysíláním porušila ust. § 48 odst. 4 písm. a) zákona o vysílání, nemá skutečnost, že jeden z prvků předmětného obchodního sdělení je zapsán v rejstříku ochranných známek, žádnou relevanci pro posouzení věci.

Stěžovatelka dále vyjádřila nesouhlas se závěrem městského soudu, který formulaci Rady, podle níž *„ve spotu byla použita část reklamy, která figuruje v klasických reklamních blocích“*, označil za neobratnost. V této souvislosti je nutno především uvést, že se jednalo o argumentaci spíše podpůrnou k navazující klíčové části odůvodnění správního rozhodnutí, ve které Rada hodnotila konkrétní prvky obsažené v předmětném obchodním sdělení (slogany, změna velikosti krabičky výrobku). Absence uvedené věty by na závěru o zákonnosti předmětného správního rozhodnutí nemohla nic změnit. Hodnocení citované části rozhodnutí Rady městským soudem podle Nejvyššího správního nevybočilo z mezí stanovených pro přezkum správních rozhodnutí v s. ř. s. a judikatuře správních soudů. Jedna Radou ne zcela pregnantně formulovaná věta v odůvodnění rozhodnutí nemůže způsobit nezákonnost správního rozhodnutí. Městský soud proto postupoval správně, pokud tuto pasáž rozhodnutí Rady považoval za formulační neobratnost. Dále je nutno zmínit, že stěžovatelka v této námitce vytrhuje jeden dílčí argument Rady z kontextu celého jejího rozhodnutí. V tomto ohledu považuje Nejvyšší správní soud argumentaci stěžovatelky za účelovou.

Ze všech důvodů výše uvedených není napadený rozsudek nezákonný, a proto Nejvyšší správní soud podle ust. § 110 odst. 1 věta druhá s. ř. s. kasační stížnost zamítl. Ve věci rozhodl v souladu s ust. § 109 odst. 1 s. ř. s., podle něhož rozhoduje o kasační stížnosti zpravidla bez jednání, neboť neshledal důvody pro jeho nařízení.

Výrok o náhradě nákladů řízení se opírá o ust. § 60 odst. 1 věta první ve spojení s § 120 s. ř. s., podle kterého, nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Nejvyšší správní soud žádnému z účastníků náhradu nákladů nepřiznal, protože stěžovatelka v řízení úspěch neměla a Radě žádné náklady s tímto řízením nevznikly.

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

V Brně dne 24. listopadu 2011

JUDr. Eliška Cihlářová
předsedkyně senátu