

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy JUDr. Jana Passera a soudců Mgr. Davida Hipšra a JUDr. Michala Mazance v právní věci žalobkyně: **CET 21 spol. s r. o.,** se sídlem Kříženeckého nám. 1078/5, Praha 5, zastoupené JUDr. Vladimírem Kroupou, advokátem se sídlem Zavadilova 1925/15, Praha 6, proti žalované: **Rada pro rozhlasové a televizní vysílání**, se sídlem Škrétova 44/6, Praha 2, proti rozhodnutí žalované ze dne 3. 8. 2010, sp. zn. 2010/54/FOL/CET, čj. FOL/2560/2010, o kasační stížnosti žalované proti rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 9. 3. 2011, čj. 10 A 267/2010 – 41,

takto:

I. Kasační stížnost se zamítá.

II. Žalovaná nemá právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

III. Žalovaná je povinna uhradit žalobkyni na nákladech soudního řízení částku 2880 Kč, ve lhůtě 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku, k rukám zástupce žalobkyně JUDr. Vladimíra Kroupy.

Odůvodnění:

I.

[1] Žalovaná rozhodnutím ze dne 3. 8. 2010, sp. zn. 2010/54/FOL/CET, čj. FOL/2560/2010, uložila žalobkyni na základě § 60 odst. 1 písm. l) zákona č. 231/2001 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání a o změně dalších zákonů (dále jen

„zákon o vysílání“) jako provozovateli vysílání pokutu ve výši 250 000 Kč, a to pro porušení § 48 odst. 1 písm. g) zákona o vysílání, ve znění platném do 31. 5. 2010, neboť odvysíláním pořadu Ordinace v Růžové zahradě, resp. scén prezentujících obchodní dům TESCO, dne 10. 12. 2009 ve 20:00 hodin na programu NOVA se dopustila porušení povinnosti nezařazovat do vysílání skryté a podprahové reklamy a teleshopping.

II.

[2] Žalobkyně napadla rozhodnutí žalované žalobou u Městského soudu v Praze. Soud žalobu shledal důvodnou a rozsudkem ze dne 9. 3. 2011, čj. 10 A 267/2010 – 41, správní rozhodnutí zrušil a věc vrátil žalované k dalšímu řízení.

[3] Městský soud předně přisvědčil důvodnosti žalobní námitky stran vadného výroku rozhodnutí. Podle žalované se žalobkyně dopustila protiprávního jednání tím, že v pořadu Ordinace v Růžové zahradě odvysílala scény prezentujících obchodní dům Tesco, které podřadila pod skutkovou podstatu zahrnující zákaz skryté reklamy, podprahové reklamy a skrytého či podprahového teleshoppingu. Podle soudu je však nutné jednoznačně označit, jakému z více zakázaných jednání vymezený skutek odpovídá. Ve výroku napadeného správního rozhodnutí ovšem žalovaná neupřesnila, který z těchto zákazů žalobkyně porušila. V této podobě proto nejde o označení dostatečné.

[4] Ve vztahu k námitce nepřezkoumatelnosti a nesplnění podmínek skryté reklamy dle § 2 odst. 1 písm. q) ve spojení s § 48 odst. 1 písm. g) zákona o vysílání se soud musel zabývat tím, zda rozhodnutí žalované ze dne 3. 8. 2010 bylo vydáno podle platné právní úpravy, a to vzhledem k novele zákona účinné k 1. 6. 2010, a dále tím, která právní úprava žalovanou vázala, jestliže se skutek stal 10. 12. 2009.

[5] Soud vyšel z premisy, že správní orgán musí při trestání správních deliktů respektovat čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod. Zákon o vysílání do 31. 5. 2010 (v době, kdy se skutek stal) definoval skrytou reklamu v § 2 odst. 1 písm. q) a provozovatele vysílání vázal povinností v § 48 odst. 1 písm. g) nezařazovat do vysílání skryté a podprahové reklamy a teleshopping. K datu 1. 6. 2010 nabyla účinnosti novela zákona o vysílání, která definici skryté reklamy nahradila širší definicí skrytého obchodního sdělení. Znaky naplňující tento pojem jsou obdobné jako u skryté reklamy. Novela zákona o vysílání zavedla kromě definice „obchodního sdělení“ i pojem „umístění produktu“, a stanovila, že zákaz skrytého obchodního sdělení se netýká umísťování produktů za podmínek vymezených v § 53a. Povinnost nezařazovat do vysílání skryté obchodní sdělení byla stanovena v § 48 odst. 1 písm. h) zákona o vysílání.

[6] Žalovaná při rozhodování o správním deliktu musela rozhodovat podle právní úpravy platné v době vydání rozhodnutí a při posouzení otázky, zda posuzovaná prezentace byla zakázanou skrytou reklamou, podle právní úpravy platné v době jejího odvysílání. Musela se zabývat tím, zda jde o jednání i nadále trestné jako zakázané skryté obchodní sdělení nebo nikoli, neboť jde o dovolené umístění produktu (*product placement)*, a zda je nová úprava pro provozovatele příznivější. V případě závěru, že jde o jednání i nadále zakázané, pak stanovit sankci podle zákona účinného v době spáchání skutku. V případě závěru, že odvysílání vytčených scén představovalo tzv. *product placement*, a tedy jednání již dovolené, nemohla být za něj po 1. 6. 2010 uložena sankce.

[7] Správní rozhodnutí, které za účinnosti nového práva ukládá trest podle práva starého, se musí ve svých důvodech vypořádat s otázkou, zda nové právo převzalo starou skutkovou podstatu, a pokud ano, zda ukládané tresty za takový delikt jsou podle nového práva mírnější, nebo přísnější než podle práva starého. Rozhodnutí, které se s touto otázkou nevypořádá, je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů.

[8] K dílčí žalobní námitce, dle které žalovaná nezohlednila srovnatelná jednání jiných provozovatelů vysílání, která dříve vyhodnotila jako přípustná, pročež žalobkyně důvodně předpokládala, že je její jednání přípustné, a žalovaná tak v daném případě vybočila ze své vlastní rozhodovací praxe, městský soud v plném rozsahu odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 9. 2010, čj. 6 As 16/2010 - 259. Proto námitku posoudil jako nedůvodnou. Městský soud nepřisvědčil ani tvrzené nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí ve vztahu k upozornění podle § 59 odst. 1 zákona o vysílání.

III.

[9] Proti zrušujícímu rozsudku městského soudu podala žalovaná (stěžovatelka) kasační stížnost z důvodů podle § 103 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s.

[10] Stěžovatelka pokládá závěr soudu, že co bylo dříve skrytou reklamou, je nyní dle novely zákona o vysílání třeba posuzovat jako dovolené umístění produktu, za nesprávný. Soud tuto ničím nepodloženou konstrukci odůvodnil pouze tím, že nová právní úprava je díky existenci umístění produktu pro provozovatele příznivější. Stěžovatelka v rozhodnutí soudu postrádá důvody, které jej vedly k závěru, že se jedná o umístění produktu, tedy institut již dovolený.

[11] Stěžovatelka zdůraznila, že hodnocení soudu zcela opomíjí skutečnost, že na umístění produktu musí být divák upozorněn označením pořadu a rovněž, že umístěný produkt nesmí být v pořadu nepatřičně zdůrazňován. Pokud by stěžovatelka přistoupila na konstrukci, že se v případě prezentace řetězce Tesco jednalo o umístění produktu, pak by s největší pravděpodobností bylo takové umístění hodnoceno jako nepatřičné zdůrazňování, tudíž rovněž porušení zákona. Stěžovatelka v době svého rozhodování nemohla posuzovat určité obchodní sdělení (skrytou reklamu) dle pravidel pro zcela odlišný institut obchodního sdělení (umístění produktu). Na tom nic nemění skutečnost, že skrytá reklama a umístění produktu jsou obchodní sdělení, která v určitých případech mohou vykazovat společné znaky.

[12] Povolení umístění produktu logicky nikterak neovlivnilo zákaz vysílání skryté reklamy, neboť se jedná o odlišné instituty. Stěžovatelka setrvává na správnosti své úvahy, že se jednalo o skrytou reklamu. Nemůže proto dojít k tomu, co navrhuje městský soud, tedy, že by měla řízení zastavit, protože delikt vyhodnocený jako porušení zákazu skryté reklamy, je po novelizaci automaticky nikoliv skrytou reklamou, ale umístěním produktu. Takový závěr svědčí o nedostatečné informovanosti městského soudu o metodách tzv. marketingového mixu.

[13] V obecné rovině je povinností stěžovatelky zkoumat, zda nedošlo k zániku trestnosti, avšak činit tak způsobem, jakým navrhuje soud, pokládá za nezákonné a nelogické. Pokud by zákaz skryté reklamy byl v novelizovaném znění zákona o vysílání vypuštěn či výrazně pozměněna jeho definice, pak jistě není pochyby o zániku trestnosti. Závěr o zániku trestnosti skryté reklamy, která je i nadále po novelizaci zakázaná takřka v nezměněné podobě, pouze na základě existence nového institutu, je dle názoru stěžovatelky neodůvodněný a nezákonný.

[14] Městský soud tvrdí, že zákon nadále zakazuje skrytá obchodní sdělení, avšak zákaz by se neměl týkat tzv. oprávněného umisťování produktů, pokud je divák o umístění produktu dostatečně informován. Taková konstrukce podle stěžovatelky naznačuje, že soud zastává názor, že skrytá sdělení jsou v podstatě umístěním produktu, pokud jsou o něm diváci informováni. S tím stěžovatelka zásadně nesouhlasí. Skryté obchodní sdělení a umístění produktu jsou dva zcela odlišné instituty, které nelze směšovat, a skryté obchodní sdělení tak v podstatě legalizovat. Stěžovatelka dále zpochybnila formulaci o dostatečné informovanosti o umístění produktu.

IV.

[15] Žalobkyně se ve vyjádření ke kasační stížnosti plně ztotožnila se závěry městského soudu. Je toho názoru, že stěžovatelka měla posoudit, zda nová právní úprava není pro žalobkyni příznivější. Stěžovatelka se ve svém rozhodnutí nevypořádala s tím, jaký vliv má či může mít nová právní úprava na deliktní odpovědnost žalobkyně. Proto je správní rozhodnutí nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů.

V.

[16] Nejvyšší správní soud posoudil důvodnost kasační stížnosti v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů a zkoumal přitom, zda napadené rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3, 4 s. ř. s.).

[17] Kasační stížnost není důvodná.

[18] Podstata celé kasační stížnosti spočívá v otázce možného zániku trestnosti jednání žalobkyně. Podle stěžovatelky se žalobkyně dopustila správního deliktu tím, že dne 10. 12. 2009 ve 20:00 hodin na programu NOVA odvysílala pořad Ordinace v Růžové zahradě, v němž došlo k prezentaci služeb obchodního domu Tesco. Tím porušila povinnost nezařazovat do vysílání skryté reklamy.

[19] V předmětné věci je podstatné, že v mezidobí došlo ke změně právní úpravy, která je rozhodná z hlediska posuzování trvání trestnosti vytýkaného jednání a z hlediska případného ukládání trestu. K tvrzenému deliktnímu jednání došlo dne 10. 12. 2009, tedy za účinnosti zákona o vysílání ve znění účinném do 31. 5. 2010. Stěžovatelka o věci

rozhodovala dne 3. 8. 2010. Dne 1. 6. 2010 nabyla účinnosti novela zákona o vysílání, provedená zákonem č. 132/2010 Sb., o audiovizuálních mediálních službách na vyžádání.

[20] Městský soud správně poukázal na to, že správní orgán musí při trestání správních deliktů respektovat čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod, který zakotvuje zákaz retroaktivity v trestním řízení a současně umožňuje průlom do této zásady v případě, kdy by retroaktivní postup byl ve prospěch pachatele. Tento princip je platný i pro oblast správního trestání (k tomu např. nález Ústavního soudu ze dne 11. 7. 2007, sp. zn. II. ÚS 192/05, http://nalus.usoud.cz; nebo rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 10. 2004, čj. 6 A 126/2002 - 27, všechna rozhodnutí tohoto soudu jsou dostupná na www.nssoud.cz).

[21] Obecně platí, že má-li být zaručena právní jistota účastníků řízení, pak zákonné podmínky konstatování viny a kritéria postihu musí být zákonem vymezeny ještě předtím, než došlo k uskutečnění protizákonného jednání. Dojde-li ke změně právní úpravy a nová právní úprava převzala skutkovou podstatu správního deliktu vymezenou v původním zákoně, je nutno respektovat zásadu, že vyvození odpovědnosti za správní delikt je nutno posoudit podle právní úpravy platné v době, kdy k jednání došlo. Při posuzování otázky, zda nová právní úprava převzala skutkovou podstatu správního deliktu, není podstatné jen označení daného deliktu, ale i vymezení znaků jeho skutkové podstaty. Pokud je právní úprava účinná v době vydání rozhodnutí pro postihovanou osobu příznivější, použije se novější právní úprava. Dále platí, že nelze trestat podle starého práva v době účinnosti práva nového, jestliže nová právní úprava nepřevzala určitou skutkovou podstatu.

[22] Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 27. 10. 2004, čj. 6 A 126/2002 - 27, vyslovil, že rozhodnutí správního orgánu, které trestá podle starého práva delikt v době platnosti a účinnosti práva nového, se nemůže obejít bez toho, aby důsledně porovnalo nové a staré skutkové podstaty deliktů, doložilo, že i podle nového práva jde ve všech případech o jednání trestné a že postih podle nového práva není pro delikventa výhodnější. V opačném případě se vystavuje nebezpečí nepřezkoumatelnosti, protože důvody, které vedly k vyměření ukládané konkrétní sankce, z něj nelze seznat.

[23] S ohledem na shora uvedené proto rozhodnutí muselo obsahovat úvahy o shodnosti či odlišnosti nové a staré skutkové podstaty deliktu, dále o trestnosti vytýkaného jednání podle obou úprav a příp. úvahy o tom, zda postih podle nové právní úpravy není pro žalobkyni příznivější.

[24] Jak vyplývá z napadeného správního rozhodnutí, stěžovatelka při posuzování trestnosti jednání a ukládání trestu vycházela z právní úpravy účinné do 31. 5. 2010, a to aniž by do svého rozhodnutí vtělila vlastní úvahy o poměru staré a nové právní úpravy ve vztahu k posuzované věci. Městský soud tudíž postupoval správně, jestliže správní rozhodnutí označil za nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů podle § 76 odst. 1 písm. a) s. ř. s. a věc vrátil stěžovatelce k dalšímu řízení.

[25] Městský soud se ve svém rozsudku neomezil na pouhé deklarování nepřezkoumatelnosti správního rozhodnutí. Dále sám rozvedl směry, kterými by

stěžovatelka měla vést své úvahy v následujícím správním řízení. Právě do této části odůvodnění směřovalo jádro kasační argumentace. Nelze však jenom proto připisovat rozsudku městského soudu závěry, které neobsahuje.

[26] Podle § 48 odst. 1 písm. g) zákona o vysílání v tehdy účinném znění bylo povinností provozovatele vysílání nezařazovat do vysílání skryté reklamy. Podle § 2 odst. 1 písm. q) byla skrytou reklamou 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.

[27] Nová právní úprava předně opustila koncept skryté reklamy, a v § 1 odst. 1 písm. q) zavedla koncept skrytého obchodního sdělení, které definuje jako slovní nebo obrazovou prezentaci zboží, služeb, jména nebo názvu, ochranné známky nebo činnosti výrobce zboží nebo poskytovatele služeb, uvedené provozovatelem vysílání v pořadu, 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 obdobnou protihodnotu. Podle § 48 odst. 1 písm. h) je povinností provozovatele vysílání nezařazovat do vysílání skrytá obchodní sdělení.

[28] Vedle toho, nová právní úprava dále v § 2 odst. 2 písm. b) definovala nový institut „umístění produktu“, a to jako jakoukoliv podobu začlenění výrobku, služby, ochranné známky, která se k výrobku nebo službě váže, nebo zmínky o výrobku a službě, do pořadu za úplatu nebo obdobnou protihodnotu. Umístění produktu neboli *product placement* je obecně právně dovolené; zákon o vysílání v § 53a vymezuje požadavky, které musejí splňovat pořady obsahující umístění produktu. Zákon č. 132/2010 Sb. v § 21 ovšem určil, že § 53a zákona o vysílání se nevztahuje na pořady vyrobené do konce roku 2009, což je případ i nyní vysílaného pořadu.

[29] Jak uvádí důvodová zpráva k zákonu č. 132/2010 Sb., předmětná novela zákona o vysílání definici skryté reklamy nahrazuje širší definicí skrytého obchodního sdělení. Skryté obchodní sdělení zahrnuje vedle skryté reklamy i ostatní formy skrytého obchodního sdělení. Důvodová zpráva dále uvádí, že zákaz skrytého obchodního sdělení se netýká umísťování produktu, bude-li o něm divák informován. Institut umístění produktu přitom označuje za zvláštní formu obchodního sdělení.

[30] Stěžovatelka se v kasační stížnosti ohradila proti závěru městského soudu, že posuzované jednání představovalo podle nové právní úpravy dovolený *product placement*, pročež měla správní řízení zastavit. Nejvyšší správní soud dané námitce nemohl přisvědčit, neboť takový závěr z rozsudku městského soudu nevyplývá. Z rozsudku městského soudu nelze vyvodit, že by učinil kvalifikované právní hodnocení posuzovaného jednání, na jehož základě by dospěl k závěru, že prezentace obchodního domu Tesco v pořadu Ordinace v Růžové zahradě představovala umístění produktu. Městský soud ve svém odůvodnění pouze uvedl dva různé směry, kterými mohla stěžovatelka postupovat při hodnocení daného pořadu, a to v závislosti na tom, zda se podle právní úpravy účinné v době

rozhodování stěžovatelky jednalo o jednání právně dovolené či nikoliv. Městský soud uvedl, že pouze za předpokladu, že by stěžovatelka dospěla k závěru, že posuzované jednání lze podřadit pod skutkovou postatu dovoleného umístění produktu, nemohla by být žalobkyně za odvysílání pořadu postižena sankcí. Městský soud ovšem zároveň konstatoval, že pokud stěžovatelka shledá, že se zde jedná o jednání nadále zakázané, pak měla rozhodnout o sankci podle úpravy účinné v době spáchání správního deliktu. Uvedené závěry městského soudy jsou plně v souladu se shora podanými – ústavně konformními – principy správního trestání.

[31] Městský soud tedy svým rozsudkem stěžovatelku nezavázal právním názorem o právní kvalifikaci posuzovaného pořadu. Stejně tak Nejvyšší správní soud není v rámci kasačního přezkumu povolán k závaznému posouzení odvysílaného pořadu ani k poskytnutí závazných názorů ohledně sankcionovatelnosti daného jednání. Je totiž na stěžovatelce, aby v dalším řízení, v souladu s městským soudem načrtnutými vodítky, provedla vlastní právní hodnocení věci.

[32] Stěžovatelka se v kasační stížnosti rovněž ohradila proti názoru městského soudu, že to co bylo dříve skrytou reklamou, je nyní dovoleným umístěním produktu. Takový kategorický závěr, a to ve vztahu k prezentaci obchodního řetězce Tesco v pořadu Ordinace v Růžové zahradě, nelze z daného rozsudku vyvodit. Městský soud v napadeném rozsudku nevyvrátil stěžovatelčino právní hodnocení pořadu coby skryté reklamy. Ostatně se jím ani nezabýval, a to z důvodu nepřezkoumatelnosti správního rozhodnutí.

[33] S ohledem na výše uvedené dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že kasační stížnost je nedůvodná, a proto ji zamítl (§ 110 odst. 1 věta druhá s. ř. s.).

[34] O náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti Nejvyšší správní soud rozhodl podle § 60 odst. 1 s. ř. s. *a contrario* za použití § 120 s. ř. s. Stěžovatelka neměla ve věci úspěch, nemá tedy právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti. Procesně úspěšná žalobkyně byla v řízení o kasační stížnosti zastoupena advokátem a náleží jí odměna za jeden úkon právní služby (vyjádření ke kasační stížnosti) podle § 11 odst. 1 písm. d) vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif), ve znění pozdějších předpisů. Odměna činí podle § 9 odst. 3 písm. f) a § 13 odst. 3 uvedené vyhlášky 2100 Kč a dále 300 Kč jako paušální náhrada hotových výdajů, celkem tedy 2400 Kč. Ačkoliv to zástupce žalobkyně nedoložil, Nejvyššímu správnímu soudu je z jeho rozhodovací činnosti známo, že zástupce žalobkyně je plátcem daně z přidané hodnoty, a proto se podle § 35 odst. 8 s. ř. s. odměna zvyšuje o částku odpovídající této dani, která činí 20 % z částky 2400 Kč, tj. 480 Kč. Stěžovatelka je tedy povinna zaplatit žalobkyni na náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti částku v celkové výši 2880 Kč, a to k rukám advokáta JUDr. Vladimíra Kroupy do třiceti dnů od právní moci tohoto rozsudku.

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

V Brně 12. září 2012

JUDr. Jan Passer
předseda senátu