

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Barbary Pořízkové a soudců JUDr. Radana Malíka a JUDr. Tomáše Rychlého v právní věci žalobkyně: **TV CZ s.r.o.**, se sídlem Palackého 70, Dobřichovice, zast. Mgr. Davidem Novákem, advokátem se sídlem Vyšehradská 320/49, Praha 2, proti žalované: **Rada pro rozhlasové a televizní vysílání**, se sídlem Škrétova 44/6, Praha 2, proti rozhodnutí žalované ze dne 20. 1. 2015, sp. zn./Ident.: 2014/807/RUD/TV, č. j. RRTV/414/2015-RUD, v řízení o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 17. 1. 2017, č. j. 11 A 37/2015 – 41,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá**.

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

Odůvodnění:

[1] Podanou kasační stížností napadla žalobkyně (dále jen „stěžovatelka“) shora označený rozsudek Městského soudu v Praze (dále jen „městský soud“), kterým byla zamítnuta její žaloba, v níž se domáhala zrušení v záhlaví uvedeného rozhodnutí žalované. Tímto rozhodnutím byla stěžovatelce uložena pokuta ve výši 300 000 Kč, splatná do 30 dnů ode dne právní moci rozhodnutí, za porušení § 2 odst. 1 písm. c) zákona č. 40/1995 Sb., o regulaci reklamy a o změně a doplnění zákona č. 468/1991 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání, ve znění účinném pro projednávanou věc (dále jen „zákon o regulaci reklamy“).

[2] Porušení uvedeného ustanovení zákona o regulaci reklamy se dopustila šířením teleshoppingového bloku uvozeného znělkou Kvíz, který byl odvysílán na programu ACTIVE TV dne 16. 5. 2014 od 19:30 hod. a který byl nekalou obchodní praktikou podle zvláštního předpisu, resp. klamavou obchodní praktikou dle § 4 odst. 1 zákona č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, ve znění účinném pro projednávanou věc (dále jen „zákon o ochraně spotřebitele“). Stěžovatelce bylo v napadeném rozhodnutí současně uloženo, aby

uhradila paušální částku nákladů řízení ve výši 1 000 Kč, která byla splatná do 5 pracovních dnů ode dne doručení rozhodnutí žalované.

I. Vymezení věci

[3] Předmětem sporu je otázka, zda se stěžovatelka dopustila šíření teleshoppingu, který byl nekalou obchodní praktikou.

[4] Městský soud souhlasil s postupem žalované, která při zkoumání, zda odvysílaná relace byla v rozporu se zákazem užívání nekalých obchodních praktik, posuzovala naplnění znaků správního deliktu dle obecného zákona o regulaci reklamy.

[5] Otázku, zda lze televizní relaci, jejímž prostřednictvím je divákům nabízena možnost zúčastnit se hry o ceny tím, že jsou jim poskytovány informace nezbytné k tomu, aby byli po zavolání na určené telefonní číslo s vyšší sazbou spojeni s moderátorkou a následně se mohli pokusit správně zodpovědět na položenou soutěžní otázku, považovat za reklamu ve smyslu zákona o regulaci reklamy a aplikovat na ni pravidla stanovená tímto zákonem, ji vyřešil Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 19. 11. 2015, č. j. 2 As 218/2015 - 62.

[6] V uvedeném rozsudku se Nejvyšší správní soud také vyjádřil k odpovědnosti šiřitele reklamy za správní delikt. Zákon o regulaci reklamy užívá vlastní pojmosloví a taktéž odpovědnost za správní delikty spáchané podle tohoto předpisu upravuje samostatně. Používat pojmy a právní úpravu zákona o vysílání i judikaturu z něj vycházející lze pro účely zákona o regulaci reklamy tehdy, jde-li o obsahově stejné pojmy, instituty a pravidla nacházející se v obdobných souvislostech. Zákon o vysílání je zvláštním právním předpisem vůči zákonu o regulaci reklamy, a proto je obecně namístě postupovat dle zákona o vysílání, stanoví-li ten něco jiného než zákon o regulaci reklamy. Pravidla obsažená v zákoně o vysílání však nelze bezmyšlenkovitě vytrhávat z kontextu a „usazovat“ je mezi jinak komplexní úpravu správního trestání dle zákona o regulaci reklamy.

[7] Provozovatelé vysílání nesmí zařazovat do vysílání obchodní sdělení, jejichž taxativní výčet je obsažen v § 48 odst. 1 a odst. 2 (např. skrytá obchodní sdělení či obchodní sdělení snižující lidskou důstojnost) a jsou odpovědni za to, pokud takový zákaz poruší. Za pravdivost obsahu obchodních sdělení vyjmenovaných v odst. 1 a odst. 2 ovšem odpovídají pouze tehdy, pokud nelze určit osobu zadavatele takového nedovoleného obchodního sdělení. Úpravu obsaženou v § 48 odst. 3 zákona o vysílání lze aplikovat pouze ve vztahu ke správním deliktům výslovně uvedených v předchozích odstavcích tohoto ustanovení.

[8] Šiřitel reklamy se své odpovědnosti dle zákona o regulaci reklamy nemůže zprostit tím, že poukáže na to, že zadavatelem či zpracovatelem reklamy byl někdo jiný. Zákon o regulaci reklamy nikterak nevylučuje, aby byl ve vztahu k jedné nedovolené reklamě

potrestán současně její zadavatel, zpracovatel i šiřitel. Každý z těchto tří subjektů nese svůj vlastní díl odpovědnosti.

[9] Stěžovatelka během jednání u městského soudu poukázala na to, že v několika případech v minulosti žalovaná zastavila řízení s žalobcem (šiřitelem), po té co uvedl, kdo je zadavatelem reklamy. Na podporu svého tvrzení založila do spisu Oznámení o zahájení řízení spolu s rozhodnutím o zastavení řízení. Žalovaná měla tento postup aplikovat na stejná provinění v obdobném případě.

[10] Soud z předložených listin a z vyjádření žalované učiněného taktéž u jednání zjistil, že důvodem pro zastavení řízení nebylo pouhé sdělení jména zadavatele, ale také skutečnost, že žalobce jako šiřitel reklamy nemohl v této konkrétní věci ovlivnit dodatečné dodání dalších výrobků, přestože bylo divákům původně sděleno, že jde o výrobky poslední. Taková situace ale v nyní projednávané věci nenastala. V průběhu odvysílání pořadu nedošlo k žádné změně, kterou by stěžovatelka nemohla ovlivnit.

[11] Námitku, že nešlo o klamavou obchodní praktiku, označil soud za nedůvodnou. V teleshoppingovém bloku, jehož předmětem byla audiotextová služba, prostřednictvím níž měl soutěžící správně odpovědět na soutěžní otázku, byla uvedena jako správná odpověď odpověď objektivně nesprávná, neboť odhalení správné odpovědi spočívalo v takové racionálně neuchopitelné podmínce, kterou nemohl soutěžící odkrýt. Některé mince byly záměrně velmi drobně deformovány a do celkového počtu se tak nezapočítávaly. Taková nuance byla pro běžného diváka naprosto nerozpoznatelná. Spotřebitel tak mohl na základě zhlédnutí teleshoppingu učinit obchodní rozhodnutí, které by jinak neučinil, tzn. zavolat na uvedené telefonní číslo za zvýšenou sazbu, aby sdělil odpověď, kterou považuje dle objektivních měřítek za správnou, přestože vzhledem k zavádějící odpovědi, která byla na závěr teleshoppingového bloku označena jako správná, nemá šanci na výhru.

[12] Uvedený formát soutěže, kdy *de facto* neexistuje žádná objektivně správná odpověď a není možno dosáhnout výhry, nemá za cíl seriózní soutěžení, ale pouze lákání diváků k volání na telefonní číslo se zvýšenou sazbou 70 Kč za minutu hovoru, bez reálné šance na jakoukoliv výhru.

[13] Ustanovení § 4 odst. 1 zákona o ochraně spotřebitele je generální klauzulí nekalých obchodních praktik. V § 5 a § 5a téhož zákona jsou upraveny dva nejběžnější typy nekalých obchodních praktik, a to klamavé a agresivní obchodní praktiky. Přílohy č. 1 a č. 2 k zákonu o ochraně spotřebitele obsahují výčet jednání, která je třeba vždy považovat za nekalá.

[14] Vztahem mezi všemi výše uvedenými ustanoveními se zabýval Nejvyšší správní soud v rozsudcích ve věci sp. zn. 2 As 218/2015 a ze dne 23. 10. 2014, č. j. 7 As 110/2014 - 52, kde objasnil, že při zjišťování, zda je obchodní praktika zakázaná dle zákona o ochraně spotřebitele, se uplatní postup od nejspecifičtějšího k nejobecnějšímu. Správní orgán měl proto nejprve posuzovat, zda dotčená obchodní praktika spadá do výčtu nekalých obchodních praktik v Příloze č. 1 (klamavé obchodní praktiky) nebo č. 2 (agresivní obchodní praktiky) tohoto zákona, přičemž v případě nekalých obchodních

praktik zde uvedených není třeba provádět hodnocení jednotlivých znaků dle § 4, § 5 nebo § 5a zákona o ochraně spotřebitele, neboť praktiky vyjmenované v těchto přílohách jsou nekalé za všech okolností. Pokud dotčenou praktiku nelze podřadit žádné ze zakázaných praktik uvedených v Přílohách č. 1 a č. 2 daného zákona, je třeba posuzovat, zda jednání představuje klamavou či agresivní obchodní praktiku dle § 5 a § 5a uvedeného zákona. Až pokud správní orgán usoudí, že se nejedná o klamavou ani agresivní obchodní praktiku, položí si otázku, zda ono jednání naplňuje znaky nekalé obchodní praktiky dle generální klauzule (§ 4 odst. 1 zákona o ochraně spotřebitele).

[15] Ve výčtu uváděném stěžovatelkou byla zcela opomenuta Příloha č. 1 zákona o ochraně spotřebitele. Námitka, že se nemohlo jednat o klamavou obchodní praktiku, pokud není postihované jednání uvedeno na stěžovatelčině seznamu, byla nedůvodná.

[16] Městský soud připustil, že úvahy žalované týkající se posouzení jednání stěžovatelky jako nekalé obchodní praktiky mohly být podrobnější, ale měl za to, že z rozhodnutí bylo patrné, z jakého důvodu žalovaná k závěru o nekaloobchodním charakteru jednání dospěla a že tato úvaha z hlediska její přezkoumatelnosti obstála.

[17] Na základě informací získaných ze správního spisu, zejména ze záznamu odvysílaného teleshoppingu, jehož součástí byla daná soutěž, dospěl ke shodnému závěru jako žalovaná. Soutěž měla nejednoznačné zavádějící zadání, protože odhalení správné odpovědi spočívalo v rozpoznání v podstatě nerozpoznatelného „chytáku“ spočívajícího v tom, že některé mince byly záměrně velmi drobně deformovány a do celkového počtu se nezapočítávaly. Taková nuance byla pro běžného diváka naprosto nerozpoznatelná. Objektivně správnou odpovědí by byl takový počet korun, k němuž by mohl divák dospět za použití standardních matematických postupů. S ohledem na zavádějící zadání nebylo vyloučeno, aby jako „správná“ odpověď mohlo být označeno naprosto jakékoliv číslo, neboť divák stejně neměl žádnou možnost poznat, zda se skutečně jedná o správnou odpověď, kterou měl uhodnout. Tento závěr potvrzuje i fakt, že ani moderátorka na závěr soutěže neuvedla, jak bylo možné k uvedenému konečnému řešení dojít, tedy z jakého důvodu nemohly být zakroužkované mince do výsledného počtu korun započítány, ani kde se na obrázku nacházely bankovky, které byly do konečného výsledku započítány.

[18] K namítanému zveřejnění správné odpovědi v závěru soutěže soud uvedl, že ani na základě zveřejnění odpovědi nelze učinit závěr, že odpověď byla objektivně správná. Stěžovatelka neuvedla, proč právě tuto odpověď považovala za správnou a jak k ní dospěla. Takové jednání zakládá důvodné podezření, že jako „správná“ odpověď mohlo být označeno libovolné číslo. Jednání stěžovatelky tak v souhrnu skutečně budilo dojem, že jeho smyslem bylo vyvolat ve spotřebiteli dojem, že bylo možné „lehce získat peníze“ a na základě opakovaných výzev moderátorky o jednoduchosti řešení, učinit rozhodnutí a zavolat na telefonní číslo se zvýšenou sazbou 70 Kč za minutu hovoru, bez reálné šance na výhru.

[19] Městský soud nepřisvědčil námitce, že chybí prvek a míra jejího zavinění jako obligatorní náležitosti odpovědnosti za správní delikt, neboť odpovědnost za správní delikt dle zákona o regulaci reklamy je odpovědností objektivní. Zavinění odpovědného subjektu se tedy nevyžaduje. Míra a forma zavinění nemusí být dle zákona o regulaci reklamy

zohledňována ani v úvahách o výši trestu (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 4. 2007, č. j. 6 As 25/2006 - 78). Nevezme-li správní orgán při trestání správního deliktu dle zákona o regulaci reklamy míru „zavinění“ v potaz, nelze mu to vytýkat. Ke stejnému závěru dospěl i Nejvyšší správní soud v rozsudku sp. zn. 2 As 218/2015.

[20] Dle § 8b odst. 2 zákona o regulaci reklamy se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následků a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Žalovaná proto neměla povinnost při stanovení výše pokuty zohlednit postavení stěžovatelky jako provozovatele na mediálním trhu. Pro posouzení správnosti uložené pokuty nebylo podstatné, zda v minulosti někdy její postavení žalovaná zohlednila. Navíc stěžovatelka tuto skutečnost pouze tvrdila, avšak nijak nedokládala, soud by ani nemohl pravdivost tohoto tvrzení posoudit.

[21] Žalovaná při úvaze o výši sankce respektovala zákonnou hranici pro uložení pokuty a v odůvodnění napadeného rozhodnutí i vyložila, k jakým kritériím, v jaké míře přihlížela i jakým způsobem je zohlednila při stanovení konkrétní výše pokuty. Dle zákona o regulaci reklamy lze uložit v dané věci pokutu až do výše 5 000 000 Kč, proto uloženou pokutu ve výši 6 % této maximální možné výše lze považovat spíše za sankci preventivní a kárnou, rozhodně ne za likvidační. Soud zdůraznil, že stěžovatelka sice tvrdila, že sankce je pro ni likvidační, avšak tvrzení o dopadu pokuty na její podnikání nijak nedoložila.

[22] Městský soud nevyhověl návrhu stěžovatelky na moderaci výše udělené pokuty, neboť nedospěl k závěru, že byly splněny zákonem stanovené podmínky pro snížení výše pokuty.

II. Obsah kasační stížnosti a vyjádření ke kasační stížnosti

[23] Proti rozsudku městského soudu podala stěžovatelka kasační stížnost, jejíž důvody podřazuje pod § 103 odst. 1 písm. a), b) a d) zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“).

[24] Je trestána za něco, co není správním deliktem. Navíc žalovaná, i městský soud, který její názor pouze okopíroval, překročily výrazným způsobem meze svého uvážení a svých pravomocí. Jejich rozhodnutí jsou libovůlí, která nemůže v právním státě požívat ochrany.

[25] Předmětem tohoto řízení je soutěžní pořad odvysílaný na programu ACTIVE TV. V rámci pořadu byla divákům předložena hádanka, a v případě, že znají odpověď, mají zavolat a budou přepojeni do studia. V daném díle soutěžního pořadu zrovna žádný divák nevyhrál, resp. správně neodpověděl na soutěžní otázku. Na základě této skutečnosti bylo zahájeno správní řízení (stěžovatelka zdůrazňuje, že ne z podnětu diváka), neboť žalovaná měla za to, že otázka byla moc těžká a stěžovatelka se snažila touto těžkou hádankou oklamat diváky. Tento názor bez dalšího zcela převzal i městský soud.

[26] Konstrukce žalované i městského soudu je naprosto absurdní. Hádanka byla jednoznačná, korektní a jejím cílem nebylo pouze vylákat z diváků peníze. Tento soutěžní pořad je divácky velice oblíbený, vysílá se v podstatě nepřetržitě od roku 2013 a úspěšnost diváckých odpovědí dosahuje více než 50 %. Nikdy si žádný divák na hádanku nestěžoval, se soutěží nikdy nebyly žádné problémy. Je čistě na vůli každého diváka, zda se soutěže zúčastní, zkusí své myšlení a pokusí se vyhrát. Výhru a obtížnost soutěže ovšem nelze garantovat, někdy soutěžící hádanku uhodnou a někdy ne. Tak to chodí v každé soutěži a není to trestné.

[27] Žalovaná řízení vykonstruovala pouze na tom, že „chyták" je moc náročný a nešlo na něj údajně přijít. To je absolutní nesmysl. Je záhadou, jak si žalovaná i městský soud přisuzují pravomoc rozhodovat o soutěžní otázce v tom smyslu, jaká obtížnost je pro diváka ještě akceptovatelná a jaká již nikoliv. Toto nevyplývá ani z odůvodnění rozhodnutí žalované ani městského soudu. Vždyť po přečtení odůvodnění obou rozhodnutí by musela vyplynout jasná a naprosto určitá definice únosné míry složitosti soutěžní otázky, kterou lze vysílat v televizi a kterou již ne. Pokud se žalovaná i městský soud domnívají, že otázka (hádanka) byla moc těžká, musí zároveň ve svých rozhodnutích specifikovat ještě únosnou míru obtížnosti soutěžní otázky, která může být vysílána v televizi. To ovšem neudělaly a jejich rozhodnutí jsou tudíž nezákonná a nepřezkoumatelná. V podstatě se jedná o libovůli z jejich strany, když v případě chybějící definice únosné míry složitosti hádanky by v budoucnu žalovaná mohla napadnout a potrestat jakýkoli soutěžní pořad, ve kterém by žádný soutěžící správnou odpověď neuhádl.

[28] Soutěž byla v pořádku. Názor žalované je zcela subjektivní, a kdyby se našel jeden jediný divák, který by zrovna odpověděl správně, neměl by její názor jakoukoli oporu. Na správnou odpověď šlo přijít. Soutěž se hrála o velkou částku peněž, tzn. že „chyták" se dají v takovém případě očekávat. Stěžovatelka je trestána pouze za to, že nikdo správnou odpověď neuhodl.

[29] Ochrana diváků, tzn. spotřebitelů, musí být uváděna do proporcionality s jinými hospodářskými zájmy. Není zřejmé (z odůvodnění rozhodnutí žalované ani městského soudu), na základě čeho hodnotí žalovaná možnost ovlivnění rozhodnutí spotřebitele jako zásadní a jak mohlo či mělo být rozhodnutí spotřebitele vůbec ovlivněno.

[30] Žádný právní předpis nestanoví, jak moc mohou být televizní soutěže těžké a jak velký může být „chyták". Rozhodnutí je i z tohoto důvodu nepřezkoumatelné. Jedná se o čistě subjektivní a ničím nepodložený názor žalované. Není opřen o žádné důkazy.

[31] K samotnému řešení hádanky uvádí, že u každé graficky manipulované mince je na obrázku její korektní forma. Nikdy se nemohlo stát, že by ve hře byla uvedena mince nebo bankovka – grafikem změněná, bez toho, aby na obrázku nebyla viditelná i její správná forma. Jde pouze o porovnání dvou mincí nebo bankovek, rozdíl je dobře viditelný.

[32] Tato hra se hrála pouze s českými korunami právě proto, aby měl každý možnost porovnat obrázek s vlastními penězi z peněženky.

[33] Pokud se člověk podívá i na špatnou kvalitu obrázku v PDF rozsudku, rozdíly jsou i tak jednoduše a jasně rozlišitelné. Nesouhlasí s tvrzením žalované, že rozdíly nelze identifikovat.

[34] Během hry bylo vícekrát moderátorkou řečeno, aby diváci počítali na obrázku pouze peníze, které jsou v komerčním prodeji.

[35] Srovnáme-li logické příklady v různých matematických knihách, kde je spousta obdobných logických příkladů, jejich autoři nejsou sankcionováni, pokud si jejich publikaci někdo koupí a zkouší na otázky odpovídat. Shodně je to i v jiných soutěžích na televizních obrazovkách.

[36] Když se hraje o takovou sumu peněz, otázka nemůže být lehká. V takovém případě by se musela zakázat i Sportka. Zatímco Sportka je založena zcela na náhodě, v této soutěži lze na odpověď přijít, i když může být někdy otázka složitější. Žalovaná však není oprávněna zkoumat složitost otázek.

[37] Stěžejním argumentem pro zrušení napadeného rozhodnutí je to, že dané jednání není vůbec správním deliktem. Nenaplňuje znaky klamavé obchodní praktiky dle § 4 odst. 1 zákona o ochraně spotřebitele. Tento druh pořadu není možné trestat, takových pořadů jsou desítky a v televizi by se tak nemohlo téměř nic vysílat.

[38] Jedná se o vědomostní typ pořadu, kde je nutno zapojit logické myšlení. Není pravda, že otázka neměla objektivně správnou odpověď, vždyť v případě správné odpovědi soutěžící vyhrají nemalou sumu peněz. Většina vědomostních soutěžních pořadů je založena na „chytácích“, což nelze považovat za klamání spotřebitele.

[39] Soutěž se hraje o hodně peněz, záleží proto výhradně na zadavateli, jak si nastaví podmínky a jakou zvolí obtížnost. Trvá však na tom, že odpověď objektivně správná byla.

[40] Všem soutěžícím musí být zřejmé, že pokud se v takové soutěži hraje o vyšší částky peněz, odpověď nemůže být jednoduchá, neboť jednoduchá odpověď, která se může nabízet, nemůže být správná.

[41] Ani soutěžní typ pořadu nemůže naplňovat znaky klamavé obchodní praktiky. Klamavé obchodní jednání obsahuje nesprávné informace, což způsobuje její nedůvěryhodnost nebo jiným způsobem uvádí průměrného spotřebitele v omyl v otázkách, které jsou způsobilé ovlivnit jeho ekonomické chování, zejména existence a povaha výrobku, jeho hlavní charakteristiky, rozsah závazků obchodníka ohledně daného výrobku atd. Klamavé obchodní jednání dále představuje uvedení na trh výrobku, který může vyvolat záměnu s jinými výrobky, obchodními známkami, obchodními označeními nebo jinými rozlišujícími prvky soutěžitele, a též nesplnění závazků uvedených v pravidlech jednání, kterými se příslušný obchodník zavázal řídit.

[42] Dalším druhem nekalých praktik jsou agresivní obchodní praktiky, které výrazně snižují svobodu volby či jednání průměrného spotřebitele, čímž ho nutí učinit rozhodnutí, které by jinak neučinil. Tyto praktiky zahrnují obtěžování, nátlak nebo fyzickou sílu.

[43] Výše uvedené nelze vztáhnout na odvysílanou soutěž, tj. že se o klamavou obchodní praktiku nejedná. Žádné z uvedených klamavých jednání se v pořadu nevyskytuje.

[44] Z důvodu technických problémů a překážek ve vysílání bylo přerušeno vysílání. Příjmy stěžovatelky jsou nyní dosti omezené, což dokládá daňovými přiznáními za rok 2014 a 2015. Žalovaná ani městský soud nezohlednily její postavení na mediálním trhu ani skutečnost, že vysílání bylo pozastaveno, neboť výše sankce je pro ni zcela likvidační. Takový charakter obecně pokuta nemá mít.

[45] Žalovaná při uvážení závažnosti spáchaného správního deliktu přihlédla k tomu, že daný pořad byl odvysílán na programu nedosahující vysoké sledovanosti, přesto uložila sankci ve výši 300 000 Kč, která je likvidační, čímž výrazným způsobem překročila meze správního uvážení. Pokuta je nepřiměřeně vysoká s ohledem na charakter porušení a z důvodu nesprávného posouzení zákonných kritérií pro stanovení její přiměřenosti.

[46] V minulosti postavení provozovatele na mediálním trhu žalovaná i městský soud zohledňovaly, a to nejen z hlediska dominantnosti na trhu, a ukládaly malým provozovatelům řádově nižší sankce. Uložení řádově vyšší sankce by bylo odůvodnitelné maximálně při opakovaném porušení této povinnosti, což se však v daném případě nestalo.

[47] Dle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 4. 2012, č. j. 1 Afs 1/2012 - 36: „[S]*oudní řád správní umožňuje správnímu soudu zohlednit hledisko přiměřenosti sankce jen v situaci, kdy je soud dle § 78 odst. 2 s. ř. s. na návrh žalobce nadán pravomocí nahradit správní uvážení a výši uložené sankce moderovat a zároveň je správním orgánem uložená sankce zjevně nepřiměřená. Prostor pro zohlednění přiměřenosti ukládané sankce dle § 78 odst. 1 s. ř. s. by byl dán pouze tehdy, pokud by vytýkaná nepřiměřenost měla kvalitu nezákonnosti, tj. v případě, že by správní orgán vybočil ze zákonných mantinelů při ukládání pokuty, jeho hodnocení kritérií, uložená pokuty by byla likvidační apod.*“ V intencích ustálené judikatury Nejvyššího správního soudu má za to, že je na místě, aby soud moderoval výši uložené sankce, protože v daném případě uložená sankce, pohybující se sice v zákonném rozmezí, zjevně neodpovídá zobecnitelné představě o adekvátnosti a spravedlnosti sankce.

[48] Navrhuje, aby Nejvyšší správní soud napadený rozsudek zrušil a věc vrátil městskému soudu k dalšímu řízení.

[49] Žalovaná v podrobném vyjádření ke kasační stížnosti uvádí tyto podstatné skutečnosti.

[50] Důrazně se ohrazuje proti tvrzení stěžovatelky, že jí mělo být vytýkáno, že „otázka byla moc těžká“. Taková formulace nikdy ve výroku ani v odůvodnění napadeného rozhodnutí nezazněla. Stěžovatelka nebyla sankcionována za „obtížné zadání“, ale za to, že v teleshoppingovém bloku, jehož předmětem byla audiotextová služba, prostřednictvím níž měl divák správně odpovědět na soutěžní otázku, byla uvedena jako správná odpověď odpověď objektivně nesprávná, resp. odhalení správné odpovědi spočívalo v racionálně neuchopitelné podmínce. Tu nemohl soutěžící odkrýt, neboť chyby na mincích nebylo

možné identifikovat ani po té, kdy moderátorka správnou odpověď ukázala na televizní obrazovce a údajně chybné mince byly označeny červeným kroužkem.

[51] Šlo o neodhalitelný „chyták“ spočívající v drobné deformaci určitých mincí, které se nezapočítávaly do konečného výsledku. Odchylky na mincích se nepodařilo identifikovat ani při podrobném zpracování analýzy teleshoppingu, kterou provedl odborný analytik u zastaveného obrazu. Divák však hádal pouze na základě vizuálního vjemu, který mu poskytuje sledování pořadu na televizní obrazovce.

[52] V čem spočívá „chyták“ nebylo divákům po skončení pořadu objasněno. Nebylo vysvětleno, že některé mince nebyly platnými, respektive jim chyběly některé z povinných znaků a nebylo je proto možné do celkové sumy započítat. Nikdy nedošlo k posuzování přípustné, resp. nepřípustné míry obtížnosti soutěže ani složitosti soutěžní otázky. Žalovaná posuzovala, zda teleshopping je či není nekalou obchodní praktikou.

[53] Nesouhlasí s tvrzením, že jde o formát soutěžního pořadu, se kterým „nikdy nebyly problémy“. Z úřední činnosti je jí známo, že tento typ teleshoppingu je předmětem mnoha desítek diváckých stížností, stěžujících si na to, že se pokoušeli u provozovatele, resp. zadavatele teleshoppingu domoci své výhry, případně navrácení peněžních prostředků, které marně vynaložili.

[54] Soutěž je záměrně koncipována tak, aby u diváků vzbudila dojem, že otázka je velmi jednoduchá, čímž dojde k co nejvyššímu počtu telefonátů na uvedené číslo. Ve skutečnosti je odpověď objektivně neuhodnutelná. Proto může soutěž probíhat několik hodin, aniž by byla uhodnuta správná odpověď.

[55] Stěžovatelka se nemůže zprostit své odpovědnosti za protiprávní jednání odkazem na to, že bylo na svobodné volbě diváka, zda se soutěže zúčastní, potažmo zda vůbec bude televizní vysílání sledovat.

[56] Tvrzení, že diváci mají započítávat pouze peníze, které jsou v komerčním prodeji, žalovaná nerozumí. Paradoxně v komerčním prodeji jsou totiž pouze mince, které vůbec nejsou oběživem (např. památeční a starožitné mince). Pomocí této „nápovědy“ by divák do součtu celkové sumy neměl započítávat mince, které jsou uznávaným platidlem.

[57] Upozorňuje, že správní delikt dle § 2 odst. 1 písm. c) zákona o regulaci reklamy je správním deliktem ohrožovacím. Postačí tedy i pouhé vyvolání nebezpečí učinění obchodního rozhodnutí, které by divák jinak neučinil, a vznik skutečného následku (např. ve formě prokázaného dokonaného obchodního rozhodnutí) není k naplnění skutkové podstaty tohoto správního deliktu nutný. Postačí, pokud teleshopping byl způsobilý tento škodlivý následek vyvolat, i pokud by se tak nakonec nestalo. Nelze přijmout argumentaci, že pokud by se do soutěže divák dovolal a uhodl by správnou odpověď, nejednalo by se o teleshopping, který by naplnil znaky klamavé reklamy.

[58] Trvá na výši uložené pokuty, kterou shledává adekvátní. Nedošlo k libovůli ani k překročení meze správního uvážení z její strany. Uložila pokutu ve výši 300 000 Kč, kterou srozumitelně odůvodnila. Kritérium postavení provozovatele na mediálním trhu

není zákonem uvedeno jako obligatorní kritérium, které by byla povinna hodnotit v souvislosti se správními delikty dle zákona o regulaci reklamy. Pakliže stěžovatelka uvádí, že žalovaná tak v minulosti činila, pravděpodobně směšuje správní delikty ukládané dle zákona o regulaci reklamy a dle zákona o provozování rozhlasového a televizního vysílání (dle kterého žalovaná postavení provozovatele na mediálním trhu obligatorně hodnotí). Cituje rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 9. 2008, č. j. 7 As 71/2010 - 97 a ze dne 30. 6. 2008, č. j. 4 As 37/2007 - 119 a usnesení rozšířeného senátu ze dne 20. 4. 2010, č. j. 1 As 9/2008 - 133. Poznamenává, že v průběhu správního řízení nebyla známa žádná skutečnost, která by svědčila o tom, že případná pokuta za správní delikt by měla být pro stěžovatelku likvidační a z jakých důvodů. Nadto ani v žalobě nedoložila, na základě jakých objektivních skutečností ji za likvidační považuje. Poukazuje rovněž na účel ukládané sankce, kterým má být mimo jiné i odrazení pachatele od konání dalšího podobného jednání.

III. Posouzení Nejvyšším správním soudem

[59] Nejvyšší správní soud posoudil formální náležitosti kasační stížnosti a shledal, že kasační stížnost byla podána včas, jde o rozhodnutí, proti němuž je kasační stížnost přípustná a stěžovatelka je zastoupena advokátem (§ 105 odst. 2 s. ř. s.). Na základě kasační stížnosti přezkoumal napadený rozsudek městského soudu v souladu s § 109 odst. 3 a 4 s. ř. s., vázán rozsahem a důvody, které uplatnila stěžovatelka v podané kasační stížnosti, dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná.

[60] Soud se nejprve zabýval námitkou nepřezkoumatelnosti. Vlastní přezkum rozhodnutí městského soudu i žalované je totiž možný pouze za předpokladu, že splňují kritéria přezkoumatelnosti. Tedy, že se jedná o rozhodnutí srozumitelná, která jsou opřena o dostatek relevantních důvodů, z nichž je zřejmé, proč městský soud a žalovaná rozhodly tak, jak je uvedeno ve výrocích rozhodnutí. Nepřezkoumatelnost rozhodnutí je natolik závažnou vadou, že k ní soud přihlíží i bez námitky, z úřední povinnosti (§ 109 odst. 4 s. ř. s.).

[61] Rozsudek městského soudu i rozhodnutí žalované splňují veškerá kritéria přezkoumatelnosti. Jedná se o srozumitelná rozhodnutí, které jsou dostatečně odůvodněna. Z odůvodnění je zcela zřejmé, proč oba orgány rozhodly tak, jak je uvedeno ve výrocích rozhodnutí. Soudu není zřejmá námitka chybějících důkazů, neboť záznam z vysílání je součástí správního spisu a stěžovatelka žádné jiné důkazy k provedení nenavrhla.

[62] Poté se soud zabýval námitkou, že nejde o správní delikt, resp. nejsou naplněny znaky nekalé obchodní praktiky.

[63] Otázku, zda lze televizní relaci, jejímž prostřednictvím je divákům nabízena možnost zúčastnit se hry o ceny tím, že jsou jim poskytovány informace nezbytné k tomu, aby byli po zavolání na určené telefonní číslo s vyšší sazbou spojeni s moderátorkou a následně se mohli pokusit správně odpovědět na položenou soutěžní otázku, považovat za reklamu ve smyslu zákona o regulaci reklamy a aplikovat na ni pravidla v něm stanovená, vyřešil Nejvyšší správní soud v rozsudku sp. zn. 2 As 218/2015, na který ostatně odkázal ve svém odůvodnění i městský soud.

[64] Daná relace spadá pod definici teleshoppingu ve smyslu č. 1 odst. 1 písm. l) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2010/13/EU ze dne 10. 3. 2010, o koordinaci některých právních a správních předpisů členských států upravujících poskytování audiovizuálních mediálních služeb (směrnice o audiovizuálních mediálních službách), která byla implementována do zákona o vysílání a § 2 odst. 1 písm. r) zákona o vysílání tehdy, pokud představuje skutečnou nabídku služeb.

[65] Není žádných pochybností o tom, že obsahem nyní posuzovaného vysílání byla výlučně hra o peníze, hra tudíž měla zcela zásadní význam. Divákům byla přímo nabízena možnost zúčastnit se takové hry, neboť jim byly v průběhu sledování relace poskytovány informace, na která telefonní čísla mohou zavolat, chtějí-li být spojeni s moderátorkou za účelem zodpovězení soutěžní otázky a získání výhry. Zavoláním na jedno z uvedených telefonních čísel se diváci zavazovali zaplatit cenu ve výši 70 Kč za minutu hovoru, která byla vyšší než za běžný telefonický hovor. Úhradou telefonického hovoru diváci platili za službu a současně tím činili vklad do hry s nadějí, že výměnou za úhradu jediného hovoru a zodpovězení zdánlivě jednoduché soutěžní otázky obdrží výhru, která bude převyšovat jejich vklad. Odvysílaný blok bylo možno považovat za teleshopping ve smyslu zákona o vysílání.

[66] Stěžovatelka šířila teleshopping, který byl nekalou, resp. klamavou obchodní praktikou. Zákon o vysílání, který je zvláštním právním předpisem vůči zákonu o regulaci reklamy (§ 66a zákona o vysílání), v žádném ze svých ustanovení nezakazuje teleshopping, který je v rozporu se zájmy spotřebitelů či je nekalou obchodní praktikou. Naproti tomu zákon o regulaci reklamy reklamu, která je nekalou obchodní praktikou, výslovně zakazuje. Zákon o regulaci reklamy ovšem vůbec neobsahuje definici teleshoppingu, nestanoví, zda se vztahuje i na teleshopping ve smyslu směrnice o audiovizuálních mediálních službách, ani tuto směrnici neprovádí. Bylo proto nezbytné vyložit, zda lze teleshopping, v jehož rámci je učiněna přímá nabídka služby – hra o peníze – podřadit pod definici reklamy dle § 1 odst. 2 zákona o regulaci reklamy.

[67] Reklamou se dle § 1 odst. 2 zákona o regulaci reklamy rozumí *oznámení, předvedení či jiná prezentace šířené zejména komunikačními médii, mající za cíl podporu podnikatelské činnosti, zejména podporu spotřeby nebo prodeje zboží, výstavby, pronájmu nebo prodeje nemovitostí, prodeje nebo využití práv nebo závazků, podporu poskytování služeb, propagaci ochranné známky, pokud není dále stanoveno jinak.* Podpora podnikatelské činnosti, resp. podpora poskytování zboží a služeb, ve smyslu citovaného ustanovení může být realizována mnohými způsoby, mezi něž lze zařadit propagaci nabízeného zboží či služeb i přímou nabídku ke koupi zboží či služeb. Relace, která je svou povahou teleshoppingem ve smyslu zákona o vysílání, tudíž spadá pod výše uvedenou definici reklamy dle zákona o regulaci reklamy (srov. rozsudek NSS sp. zn. 2 As 218/2015).

[68] Městský soud i žalovaná správně při svých úvahách o naplnění znaků deliktu vycházely z toho, že odvysílaná relace byla reklamou ve smyslu zákona o regulaci reklamy. Při správním trestání škodlivé reklamy šířené rozhlasem nebo televizí, která je zakázána pouze dle ustanovení obecného zákona o regulaci reklamy, a nikoli zákona o vysílání, se postupuje dle obecné právní úpravy. Tak je tomu i v případě reklamy, která je nekalou

obchodní praktikou. V situaci, kdy měla žalovaná za to, že odvysílaná relace byla v rozporu se zákazem užívání nekalých obchodních praktik, bylo správné posuzovat naplnění znaků správního deliktu dle obecného zákon o regulaci reklamy. Oproti tomu např. při správním trestání reklamy šířené rozhlasem či televizí, která je diskriminační nebo snižující lidskou důstojnost a která je zakázána jak obecným zákonem o regulaci reklamy, tak zvláštním zákonem o vysílání, musí žalovaná hodnotit naplnění znaků takového správního deliktu dle zvláštního zákona o vysílání.

[69] Dle § 2 odst. 1 písm. c) zákona na regulaci reklamy se zakazuje *reklama, která je nekalou obchodní praktikou dle zvláštního právního předpisu*. Dle § 4 odst. 1 zákona o ochraně spotřebitele je *obchodní praktika nekalá, je-li jednání podnikatele vůči spotřebiteli v rozporu s požadavky odborné péče a je způsobilé podstatně ovlivnit jeho rozhodování tak, že může učinit obchodní rozhodnutí, které by jinak neučinil.*

[70] Nekalá obchodní praktika je spatřována v tom, že na soutěžní otázku neexistovala objektivně správná odpověď. Odhalení správné odpovědi spočívalo ve vyřešení v podstatě nerozpoznatelného „chytáku“, kterým byly drobné deformace na vyobrazených mincích, kvůli kterým se do celkového součtu peněz nezapočítávaly. Divák neměl reálnou šanci poznat a uhodnout správnou odpověď, neboť za tu mohlo být označeno v podstatě jakékoli číslo. Tento fakt dotváří i skutečnost, že správná odpověď nebyla divákům nijak vysvětlena. Vysvětlení moderátorkou spočívalo pouze v ukázání napsané hodnoty (číslo 1034) na papíru velikosti A4 za současného zobrazení červených kroužků na mincích, které měly signalizovat deformace. Zobrazení odpovědi bylo nepoměrně krátké v poměru k celkové délce vysílání pořadu, neboť mu bylo věnováno pouze 7 vteřin na závěr několikahodinového pořadu.

[71] Všechny tyto skutečnosti vzaly žalovaná i městský soud v úvahu a zhodnotily, že na základě zhlédnutého teleshoppingu mohl spotřebitel učinit obchodní rozhodnutí, které by jinak neučinil. O jednoduchosti otázky a snadnosti výhry je navíc v průběhu celého pořadu ubezpečován moderátorkou. V souhrnu jednání stěžovatelky naplnilo znaky nekalé obchodní praktiky, a proto soud vyhodnotil námitku stěžovatelky, že je trestána za něco, co není správním deliktem, jako lichou.

[72] Námitky stěžovatelky ohledně divácké oblíbenosti teleshoppingu, nepodložené divácké úspěšnosti či délky nepřetržitého vysílání dané relace jsou pro posouzení věci irelevantní.

[73] Uváděný výčet klamavých obchodních praktik není úplný, neboť zahrnuje pouze stěžovatelkou vybraný demonstrativní výčet klamavých obchodních praktik. Zákon o ochraně spotřebitele obsahuje několik desítek druhů jednání, která jsou vyhodnocena jako nekalé obchodní praktiky, není proto možné přijmout názor stěžovatelky, že není-li jednání uvedeno v jejím výčtu, nejedná se o nekalou obchodní praktiku.

[74] Stěžovatelka se mýlí, pokud se domnívá, že je trestána za to, že v soutěži nikdo nevyhrál, popř. za to, že „chyták“ byl moc náročný a nešlo na něj přijít. Žalovaná v rámci své zákonné pravomoci [§ 7 písm. a) zákona o regulaci reklamy] uložila stěžovatelce pokutu za správní delikt dle § 8a odst. 1 písm. s) zákona o regulaci reklamy, který spočívá

v šíření reklamy, která je nekalou obchodní praktikou. V rozhodnutí žalované i městského soudu bylo jasně vysvětleno, proč došlo k naplnění znaků nekalé obchodní praktiky. K naplnění znaků skutkové podstaty správního deliktu nedošlo kvůli náročnosti otázky. Žalovaná nemá pravomoc stanovovat míru povolené náročnosti soutěžních otázek v teleshoppingu, ona tak ani neučinila. Stěžovatelka odůvodnění napadeného rozhodnutí pouze nesprávně interpretuje.

[75] Námitky směřující do libovůle, k překročení pravomocí i mezí správního uvážení ze strany žalované, popř. městského soudu, jsou ničím nepodložená tvrzení, které stěžovatelka blíže neodůvodňuje. Soud žádná taková pochybení nenalezl.

[76] Souhlasí s názorem stěžovatelky, že v soutěži, ve které se hraje o větší částku peněz, lze očekávat složitější otázky, popř. „chytáky“. Není však přípustné, aby soutěžní otázka byla formulována tak, aby na ni neexistovala objektivně správná a prokazatelná odpověď.

[77] Není pravda, že z odůvodnění napadeného rozhodnutí není zřejmé, na základě čeho žalovaná vyhodnotila možnost ovlivnění rozhodnutí spotřebitele. Na str. 4, 8 a 9 napadeného rozhodnutí jsou vysvětleny úvahy žalované, na základě kterých k tomuto závěru dospěla. Obdobné zdůvodnění se nachází také v rozsudku městského soudu.

[78] Stěžovatelka namítá, že na obrázku vždy existovaly ukázky platných mincí, aby bylo možné deformované mince s platnými porovnat. S tímto názorem se soud neztotožňuje, neboť i přes vyobrazení platných mincí, porovnání platných a deformovaných mincí nebylo možné kvůli špatné viditelnosti deformací i poměrně malému obrázku, resp. ploše, která byla obrázku na televizní obrazovce vymezena.

[79] Dle stěžovatelky jsou rozdíly na mincích patrné i na obrázku PDF v rozsudku se špatnou kvalitou. Má na mysli pravděpodobně obrázky v napadeném rozhodnutí, neboť v rozsudku městského soudu se žádné obrázky nevyskytují. Soud této námitce nepřisvědčil, neboť souhlasí s názorem žalované, že na daných obrázcích nejsou deformace na mincích vůbec patrné.

[80] Skutečnost, že ve hře byly vyobrazeny pouze české mince, aby je každý měl možnost porovnat s vlastními penězi v peněžence, je irelevantní vzhledem k výše uvedenému faktu, že tvrzené deformace mincí nebyly na obrázku viditelné. Případné porovnání reálných mincí s obrázkem proto postrádá smysl.

[81] Nápověda moderátorky, že diváci mají počítat pouze mince, které jsou v komerčním prodeji, byla nepatřičná. Jak uvádí žalovaná ve vyjádření, mince určené ke komerčnímu prodeji nejsou mince, které jsou oběživem. Tato nápověda byla spíše matoucí a rozhodně nenaváděla diváky ke správné odpovědi.

[82] Argumentace, že autoři matematických knih nejsou sankcionováni, když si někdo koupí jejich knihu a zkouší odpovídat na logické úlohy v ní uvedené či argumentace týkající se zákazu loterie Sportky, je zcela zavádějící. Soud neshledává žádnou spojitost mezi předmětem sporu v nyní projednávané věci (nekalou obchodní praktikou) a matematickými knihami či loterií Sportkou.

[83] Následně stěžovatelka namítala nepřiměřenou výši sankce. Jednak z důvodu, že žalovaná dostatečně nezohlednila postavení stěžovatelky na mediálním trhu, jednak z důvodu, že sankce je v uložené výši likvidační.

[84] Námitka nezohlednění postavení na mediálním trhu je pouze obecným tvrzením, které postrádá specifikaci konkrétních případů, z nichž je dovozováno, že v obdobných případech žalovaná rozhodovala o řádově jiných částkách. Žalovaná neměla zákonnou povinnost k danému kritériu přihlédnout (§ 8b odst. 2 zákona o regulaci reklamy).

[85] Dle § 8a odst. 5 písm. c) zákona o regulaci reklamy lze za uvedený správní delikt uložit pokutu až do výše 5 000 000 Kč. Jak uvedl městský soud, uložená pokuta byla ve výši 6% maximální možné výše pokuty a lze ji proto považovat spíše za preventivní a kárnou než za likvidační. Na str. 10 napadeného rozhodnutí žalovaná podrobně odůvodňuje výši uložené pokuty pomocí kritérií stanovených v § 8b odst. 2 zákona o regulaci reklamy. Soud neshledává vybočení z mezí správního uvážení ze strany žalované, ani pokutu za nepřiměřeně vysokou. Obecné ničím nepodložené tvrzení, že dříve byly malým provozovatelům ukládány řádově nižší sankce, nemohl soud právě pro jeho obecnost podrobit věcnému přezkumu.

[86] K odkazu na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp zn. 1 Afs 1/2012, soud uvádí, že při posuzování nepřiměřenosti sankce může být relevantní i to, že uložená pokuta je likvidační. Soud již v usnesení ze dne 4. 5. 2017, č. j. 9 As 54/2017 – 89, jímž nepřiznal kasační stížnosti odkladný účinek, konstatoval, že z daňových přiznání za roky 2014, 2015 a souvisejících podkladů za uvedené roky plyne, že dříve byly stěžovatelka z hlediska výsledku hospodaření ve ztrátách, naproti tomu v roce 2016 již dosahuje zisku. Po uhrazení pokuty se stěžovatelka nedostane do ztráty. Dospěl proto k závěru, že uhrazení částky ve výši 300 000 Kč není pro stěžovatelku likvidační.

IV. Závěr a náklady řízení

[87] Z výše uvedených důvodů soud v souladu s § 110 odst. 1 s. ř. s. podanou kasační stížnost zamítl. O věci rozhodl bez jednání postupem podle § 109 odst. 2 s. ř. s., dle kterého o kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud zpravidla bez jednání.

[88] Stěžovatelka, která neměla v řízení úspěch, nemá ze zákona právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti (§ 60 odst. 1 s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s.).

[89] Procesně úspěšné žalované, jíž by dle § 60 odst. 1 s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s., jinak náležela náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti, Nejvyšší správní soud tuto nepřiznal, neboť dospěl k závěru, že uplatňování jejích procesních práv v souvislosti se správním deliktem dle zákona o regulaci reklamy spadá do mantinelů její běžné úřední činnosti, jejíž náklady by neměla nést v případě procesního neúspěchu stěžovatelka (srov. přiměřeně usnesení rozšířeného senátu ze dne 31. 3. 2015, č. j. 7 Afs 11/2014 - 47 a rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 4. 2017, č. j. 2 As 291/2016 - 40).

Poučení: Proti tomuto rozsudku **nejsou** opravné prostředky přípustné.

pokračování

V Brně dne 14. prosince 2017

JUDr. Barbara Pořízková
předsedkyně senátu