

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: **endala s.r.o.**, se sídlem Na Příkopě 988/31, Praha 1, zast. JUDr. Michalou Kosovou, advokátkou se sídlem Týnská 633/12, Praha 1, proti žalované: **Rada pro rozhlasové a televizní vysílání,** se sídlem Škrétova 44/6, Praha 2, proti rozhodnutí žalované ze dne 17. 6. 2014, č. j. RUD/2389/2014, v řízení o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 13. 12. 2017, č. j. 5 A 167/2014 - 63,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá.**

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

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Podanou kasační stížností se žalobkyně (dále jen „stěžovatelka“) domáhá zrušení v záhlaví označeného rozsudku Městského soudu v Praze (dále jen „městský soud“), kterým byla dle § 78 odst. 7 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“), zamítnuta její žaloba proti shora uvedenému rozhodnutí žalované. Tímto rozhodnutím jí byla podle § 8a odst. 2 písm. g), § 8a odst. 6 písm. b), § 8a odst. 2 písm. d) a podle § 8a odst. 6 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 pozdějších předpisů (dále jen „zákon o regulaci reklamy“), uložena pokuta ve výši 400 000 Kč za porušení § 5d odst. 2 písm. d) a § 2 odst. 1 písm. c) zákona o regulaci reklamy, resp. § 5 odst. 1 písm. b) zákona č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o ochraně spotřebitele“), a to za zadání reklamy Trimun do vysílání, premiérově odvysílané dne 20. 12. 2013 v čase 10:33:25 hodin na programu TV ŠLÁGR.

[2] Příběh reklamního spotu spočívá v tom, že starší muž má v důsledku sychravého podzimního a zimního počasí rýmu, zahaluje se do šály a je vyčerpán; v další scéně pak muž sedí na pohovce s dekou přes kolena, žena mu přináší teplý čaj a pohmatem zkouší, zda nemá teplotu. Tím je dle názoru soudu zřetelně naznačen stav nachlazení či jiného podobného onemocnění. Až poté, co žena předá muži propagovaný přípravek Trimun, dojde k jeho uzdravení, neboť muž se usměje, vymizí příznaky nachlazení jako je únava či rýma a následně si muž se ženou vesele povídají. Příběh je podpořen grafickým znázorněním tak, že stav mužova nachlazení či jiného obdobného onemocnění je zobrazen v šedivých odstínech (tento obrázek je následně červeně přeškrtnut), zatímco stav jeho uzdravení je vyobrazen v postupném vybarvování obrazu, to v okamžiku kdy žena předává muži přípravek Trimun. Léčivý účinek přípravku je podpořen též zvukovou složkou reklamy. Přípravek je prezentován jako „*pomoc proti následkům nevlídného počasí*“. Současně se v reklamě uvádí: „*Běžná cena těchto tablet je tři sta čtyřicet korun, pokud si objednáte právě teď, cena je pouhých dvě stě devadesát korun*“.

[3] Reklamní spot měl vyvolávat dojem o léčebném, potažmo preventivním účinku potraviny – doplňku stravy, neboť vyléčil staršího muže z nachlazení nebo jiného podobného onemocnění. Spotřebitele uvádí v omyl též tím, že deklaruje preventivní účinek doplňku stravy. Shora popsané skutečnosti ve spojení s jednotlivými sděleními obsaženými v reklamě (například: „*Se stoupajícím věkem se naše imunita zhoršuje. Jak předcházet nepříjemnostem a vyhnout se pobytu v posteli? Představujeme cucavé tabletky Trimun. Kvalitní doplněk stravy, který pomáhá nemocem předcházet.*“) jednoznačně vyvolávají dojem, že užíváním tabletek Trimun lze předcházet nejrůznějším onemocněním, a tedy že přípravek slouží jako prevence před nemocemi. O tom svědčí též slogan „*Cucavé tablety Trimun, pro váš zdravý život*“, jímž je celý reklamní spot zakončen.

[4] Ve vztahu k tvrzenému porušení § 2 odst. 1 písm. c) zákona o regulaci reklamy je nezbytné zmínit, že právní úprava § 4, § 5 a § 5a zákona o ochraně spotřebitele je výsledkem implementace směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2005/29/ES (tzv. směrnice o nekalých obchodních praktikách), jejímž cílem je zajištění vysoké společné úrovně ochrany spotřebitelů, tj. ochrana před následky nekalých obchodních praktik, jež přímo poškozují ekonomické zájmy spotřebitelů. Jmenované cíle jsou bezesporu vlastní také zákonu o ochraně spotřebitele, což plyne již z jeho názvu, jakož i z důvodové zprávy k zákonu.

[5] V případě posuzování určitého sdělení jako klamavé obchodní praktiky jsou správní orgány povinny vedle samotné existence klamavé obchodní praktiky prokázat též její způsobilost podstatně ovlivnit rozhodování průměrného spotřebitele do té míry, že může učinit obchodní rozhodnutí, které by jinak neučinil (srov. rozsudek NSS ze dne 19. 11. 2015, č. j. 2 As 218/2015 - 62). Zatímco český zákonodárce při implementaci dotčené směrnice tento znak v § 5 zákona o ochraně spotřebitele explicitně nezmínil, směrnice o nekalých obchodních praktikách výslovně stanovuje, že jedním ze znaků klamavých obchodních praktik je to, že tato jednání či opomenutí způsobují nebo mohou způsobit, že průměrný spotřebitel učiní rozhodnutí o obchodní transakci, které by jinak neučinil (viz čl. 6 a čl. 7 směrnice).

[6] Takto žalovaná v nyní posuzované věci postupovala, přičemž soud se ztotožnil s jejím hodnocením, že výše popsané jednání bylo způsobilé podstatně ovlivnit

rozhodování průměrného spotřebitele do té míry, že tento mohl učinit či učinil obchodní rozhodnutí, které by jinak neučinil.

[7] Stěžovatelka jednoznačně vystavěla své reklamní sdělení na skutečnosti, že jí uváděná cena je nižší než v běžném obchodě, aniž by však uvedla, že takto míní cenu bez přidaného poštovného, ačkoli po jeho započtení se výsledná cena dostala nad jí prezentovanou výši ceny v běžné obchodní síti. Takové tvrzení mohlo ve spotřebiteli vyvolat dojem, že tablety Trimun může prostřednictvím uvedeného telefonního čísla získat za 290 Kč, přičemž už nebyl obeznámen s tím, že k uvedené ceně je automaticky přičítáno také poštovné ve výši 120 Kč, tudíž lze ve skutečnosti jedno balení tablet Trimun tímto způsobem získat za minimální cenu 410 Kč, což je cena o 70 Kč vyšší než cena v běžné obchodní síti.

[8] Z toho vyplývá, že posuzovaný spot uváděl zákazníka v omyl za účelem ovlivnění jeho rozhodnutí o koupi. Proto dle soudu došlo k naplnění definice klamavé obchodní praktiky dle § 5 odst. 1 písm. b) zákona o ochraně spotřebitele. Navíc soud musí souhlasit se žalovanou, že pokud by stěžovatelka správně uváděla konečnou cenu nabízeného výrobku (tedy i s poštovným), bylo by rozhodnutí diváka velmi pravděpodobně odlišné, resp. jeho úsudek při koupi by byl jiný.

[9] Z hlediska výše uloženého trestu soud uvedl, že § 8a odst. 6 písm. c) zákona o regulaci reklamy umožňoval uložit pokutu až ve výši 5 000 000 Kč, přičemž pokuta byla nakonec uložena ve výši 400 000 Kč, tzn. v dolní relaci dané sankce. Soud již z tohoto ohledu neshledal uloženou pokutu za nepřiměřeně vysokou.

[10] Žalovaná se v napadeném rozhodnutí náležitě vypořádala s jednotlivými hledisky, která jsou významná pro stanovení výše pokuty a její úvahy jsou popsány dostatečně srozumitelným, určitým a logickým způsobem, takže soud neshledal důvodným zasahovat do diskreční pravomoci správního orgánu. Nelze také odhlédnout od skutečnosti, že sankce má mít kromě funkce preventivní také funkci represivní, přičemž uložení pokuty v dotčené výši zcela jistě splnilo vůči žalobkyni represivní funkci pokuty, a to jako trest (negativní zásah do majetkové sféry žalobkyně) za rozhodně nikoli bagatelní protiprávní jednání, jehož se dopustila.

[11] K námitce, kterou stěžovatelka vznesla ve vyjádření ze dne 28. 11. 2017 (začala nově namítat, že ji nelze považovat za zadavatele reklamy) městský soud uvedl, že se jí nemohl zabývat. Takovou námitku totiž neuplatnila ve lhůtě pro podání žaloby (§ 71 odst. 2 s. ř. s.).

II. Obsah kasační stížnosti, vyjádření ke kasační stížnosti

[12] Stěžovatelka brojí proti rozsudku městského soudu kasační stížností dle § 103 odst. 1 písm. a), b) a d) s. ř. s.

[13] Obsáhle pod body I a ž IV kasační stížnosti městskému soudu vytýká, že se nezabýval žalobním tvrzením, že ji nelze považovat za zadavatele reklamy. Popisuje skutkové i právní důvody, pro které nebyla zadavatelem sporné reklamy, vysvětluje okolnosti původně neprofesionálního zastupování. Tímto tvrzením se měl soud v daném konkrétním případě zabývat i přesto, že bylo uplatněno až po uplynutí lhůty k podání žaloby (§ 71 odst. 2 s. ř. s.). K tomu poukázala na závažnost uvedeného tvrzení, na

pochybení její původní zástupkyně, která jí byla doporučena ze strany ŠLÁGR TV, na proces předcházející odvysílání reklam, na judikaturu rozšířeného senátu týkající se pasivity obviněného ve správním řízení (usnesení rozšířeného senátu ze dne 2. 5. 2017, č. j. 10 As 24/2015 - 71). Je přesvědčena, že nešlo o nezákonné rozšíření žalobního bodu, ale o jeho omezení. Nevypořádáním této námitky soud porušil její právo na spravedlivý proces.

[14] Městský soud nesprávně zhodnotil klamavost obchodní praktiky. Každý spotřebitel byl při telefonickém objednávání informován o navýšení ceny (o poštovné a balné), a mohl se tedy rozhodnout, zda produkt zakoupí. Bližší informace o ceně produktu mohl spotřebitel získat i na internetových stránkách, které byly uvedeny v reklamě (www.123vitaminy.cz).

[15] Neztotožňuje se ani se závěry ohledně chování průměrného spotřebitele. Schopnost spotřebitele kriticky zhodnotit obsah reklamního sdělení je třeba posuzovat z pohledu průměrného spotřebitele ve smyslu unijního práva a rozhodnutí Soudního dvora. V tomto smyslu je průměrný spotřebitel osobou, která je průměrně informovaná, pozorná a rozumná.

[16] Likvidační dopad pokuty na své podnikání dokládá tím, že je nestátní zdravotnické zařízení, jehož ekonomická stránka je zatížena obchodními a investičními závazky, jakož i nákladným provozem. Uvádí, že jí byly uděleny další pokuty v celkové výši 1 200 000 Kč, a to přesto, že ani v těchto případech nebyla zadavatelem reklamy.

[17] Navrhuje napadený rozsudek zrušit a věc vrátit městskému soudu k dalšímu řízení.

[18] Žalovaná ve vyjádření ke kasační stížnosti odkazuje na skutkově a právně obdobnou věc, ve které stěžovatelka u Nejvyššího správního soudu nesupěla (viz rozsudek NSS ze dne 18. 1. 2018, č. j. 8 As 260/2017 - 53). Po obsáhle rekapitulaci dosavadního řízení vyslovila souhlas se závěry městského soudu. Zdůraznila, že stěžovatelka nepřípustně rozšířila žalobu téměř tři roky po jejím podání, ke svým tvrzením nepřinesla žádné důkazy. Tvrzená nesprávná resp. neprofesionální obhajoba je pro posouzení včasnosti námitky zcela irelevantní. Žalovaná reklamu posoudila jako klamavou z toho důvodu, že je v ní uveden sice pravdivý údaj, ale již bez uvedení zcela zásadní informace, že k ceně bude připočteno poštovné a balné. Takto prezentovaná informace byla s to uvést spotřebitele v omyl o skutečné ceně nabízeného výrobku. Pochybení nemůže být zhojeno tím, že by se spotřebitel mohl správné informace dozvědět později. K chování průměrného spotřebitele uvádí, že spot hodnotila z hlediska tzv. zranitelné skupiny spotřebitelů, kteří mohou být zranitelní mimo jiné s ohledem na jejich věk. Podrobně odůvodnila, proč má za to, že programová skladba a obsah vysílání na programu ŠLÁGR TV je primárně zacílen na starší generaci. Na tu míří i samotný sporný spot. Pokuta uloženou ve výši 400 000 Kč ze zákonného rozmezí 5 000 000 Kč nepovažuje za likvidační.

[19] Žalovaná navrhla kasační stížnost zamítnout.

III. Posouzení Nejvyšším správním soudem

[20] 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 řádně zastoupena dle § 105 odst. 2 s. ř. s. Poté přezkoumal napadený rozsudek městského soudu v rozsahu kasační stížnosti a v rámci uplatněných důvodů, ověřil, zda napadené rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a odst. 4 s. ř. s.), a dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná.

[21] Převážná část kasační stížnosti směřuje proti postupu městského soudu, který se pro opožděnost odmítl věcně zabývat tvrzením, že stěžovatelka nebyla zadavatelem reklamy. Stěžovatelka na jedné straně sama uznává, že toto tvrzení a související okolnosti uplatnila po lhůtě uvedené v § 71 odst. 2 s. ř. s. (viz část. II. kasační stížnosti). Na druhé straně označuje postup městského soudu za formalistický. Namítá, že jde o závažné tvrzení a obsáhle zdůvodňuje, proč nemohla být zadavatelem.

[22] V prvé řadě je nutno konstatovat, že většina kasačních námitek se míjí s rozhodovacími důvody městského soudu. Stěžovatelka byla povinna namítat, že sporné tvrzení buď uplatnila včas, popřípadě, že jde o námitku, pro kterou zákonem stanovená koncentrace řízení (§ 71 s. ř. s.) nemůže platit. Otázka, zda byla či nebyla zadavatelem sporné reklamy, není předmětem sporu. Námitky pod bodem IV. kasační stížnosti jsou ve smyslu § 104 odst. 4 s. ř. s. nepřípustnými.

[23] Ze soudního spisu Nejvyšší správní soud ověřil, že žalobou napadené rozhodnutí bylo stěžovatelce doručeno dne 30. 7. 2014, lhůta pro případné rozšíření žalobních tvrzení uplynula dne 30. 9. 2014.

[24] V žalobě, kterou stěžovatelka podala těsně před uplynutím dvouměsíční lhůty dne 29. 9. 2014, napadenému rozhodnutí vytýkala nesprávné hodnocení reklamy z hlediska deklarace léčebného účinku, nekalé obchodní praktiky, nepřezkoumatelnost správního rozhodnutí a nezákonnou výši pokuty. Z obsahu žaloby soud dále ověřil, že stěžovatelka pod bodem II. uvedla, že „[ž]*alobce činí nesporným, že je zadavatelem obchodního sdělení specifikovaného v rozhodnutí žalovaného (dále jen obchodní sdělení*)“. Je tedy zřejmé, že zcela opačné tvrzení nemohlo být rozhojněním původní žalobní argumentace. Nejedná se ani o namítané omezení žalobního bodu, neboť omezení rozsahu žaloby znamená, že původně vznesené otázky již žalobce nečiní před soudem spornými. Tvrzení, dle kterého naopak zadavatelem reklamy nebyla, bylo poprvé uplatněno ve vyjádření stěžovatelky ze dne 28. 11. 2017, tj. více jak tři roky po uplynutí zákonem stanovené lhůty pro podání, resp. rozšíření žaloby.

[25] Umožňuje-li soudní řád správní rozšířit žalobní body pouze ve lhůtě pro podání žaloby, nelze městskému soudu vytýkat, že se zjevně nově opožděně uplatněnou námitkou věcně nezabýval (srov. rozsudek rozšířeného senátu ze dne 24. 8. 2010, č. j. 4 As 3/2008 - 78, č. 2162/2011 Sb. NSS, kde se uvádí: „*Smyslem uvedení žalobních bodů [§ 71 odst. 1 písm. d) s. ř. s.] je jednoznačné ustavení rámce požadovaného soudního přezkumu ve lhůtě zákonem stanovené k podání žaloby.*“

[26] Ze soudního řádu správního nelze dovodit, že by stěžovatelkou uváděné důvody (závažnost nově uplatněného žalobního bodu, pochybení na straně původní zástupkyně atp.) umožňovaly prolomení § 71 odst. 2 s. ř. s. Ostatně stěžovatelka ani žádnou právní argumentaci v tomto smyslu neuvedla. Odkaz na rozšířený senát ve věci sp. zn. 10 As 24/2015 je zjevně nedůvodný, neboť předmětem sporu není pasivita stěžovatelky v řízení před žalovanou, ale včasnost uplatněné námitky v řízení před městským soudem.

[27] Vypořádání zjevně opožděné námitky nemá za následek porušení práva na spravedlivý proces. Naopak vedlo by k jeho porušení, neboť by soud nad rámec zákona zvýhodnil jednu z procesních stran, které si však jsou před soudem zásadně rovny. Soudní řád správní umožňuje správním soudům zabývat se (s výjimku zásadních vad řízení - viz např. § 109 odst. 4 s. ř. s.) pouze žalobními body, které byly uplatněny ve lhůtě pro podání žaloby (viz rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 2. 2004, č. j. 4 Azs 3/2004 - 48, ze dne 29. 4. 2010, č. j. 9 As 32/2010 - 75, ze dne 12. 9. 2017, č. j. 6 Ads 268/2016 - 126, či ze dne 21. 10. 2016, čj. 8 As 27/2016 - 62).

[28] Ostatně Nejvyšší správní soud již ve stěžovatelčině skutkově zcela obdobné právní věci svůj náhled na tuto totožnou námitku vyjevil (srov. rozsudky NSS ze dne 18. 1. 2018, č. j. 8 As 260/2017 - 53, či ze dne 9. 3. 2018, č. j. 7 As 32/2018 - 30). Od již zaujatých závěrů nemá nyní rozhodující senát žádný důvod se odchýlit.

[29] Městský soud se nedopustil pochybení ani při věcném posouzení reklamy. Závěr, že reklama mohla ve spotřebiteli vyvolat (mylný) dojem, že produkt může získat za 290 Kč, je správný. Spotřebitel nebyl obeznámen s tím, že k uvedené ceně je automaticky přičítáno také poštovné a balné ve výši 120 Kč, tudíž jedno balení Trimun lze fakticky získat za minimální cenu 410 Kč (tj. o 70 Kč více než na běžném trhu).

[30] Okolnost, že každý spotřebitel byl při telefonickém objednávání (popř. na internetových stránkách zmíněných v reklamě) informován o navýšení ceny, a mohl se tedy rozhodnout, zda produkt objedná či nikoliv, je irelevantní. Klamavost reklamy je nutno hodnotit k okamžiku jejího odvysílání, nikoliv ve vztahu k později sděleným informacím. Opačný výklad by vedl k faktické nemožnosti potrestat zadavatele reklamy a ve svém důsledku by umožnil, že v reklamě by mohly být uvedeny jakékoliv klamavé údaje s pouhým odkazem na další (aktuálně nezveřejněné) podmínky, které by ale danou nabídku významně měnily a spotřebitele uváděly do zjevně nevýhodné pozice. Takový výklad by odporoval uvedenému účelu směrnice o nekalých obchodních praktikách a judikatuře Nejvyššího správního soudu.

[31] Podle konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu nelze po spotřebiteli spravedlivě požadovat, aby u každého výrobku či služby zkoumal, zda uvedená cena je cenou konečnou (rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 1. 2006, č. j. 3 As 37/2005 - 59, a ze dne 2. 4. 2015, č. j. 7 As 243/2014 - 22). Informace o ceně musí být spotřebiteli přístupné okamžitě bez toho, že by byl nucen činit jakýkoliv úkon směřující k jejímu zjištění (srov. rozsudky NSS ze dne 2. 4. 2015, č. j. 7 As 243/2014 - 22, ze dne 19. 8. 2010, č. j. 1 As 46/2010 - 79, a rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 2. 3. 2006, č. j. 11 Ca 203/2005 - 30, č. 898/2006 Sb. NSS). V posledně citovaném rozsudku soud uvedl, že musí jít o informace: „*které jsou zákazníkovi (spotřebiteli) přístupné okamžitě*

bez toho, že by byl zákazník nucen činit jakýkoliv úkon směřující ke zjištění ceny zcela konkrétního výrobku.“

[32] Dále lze odkázat na rozsudek ze dne 20. 2. 2015, č. j. 7 As 152/2014 - 28, ve kterém NSS dospěl k závěru, že ochrana je spotřebiteli „*poskytována již v okamžiku jeho prvního kontaktu s nabídkou prodávajícího, neboť cena je výchozí a určující informací, jež dále determinuje postup spotřebitele při výběru zboží. Nelze tedy akceptovat stěžovatelovu argumentaci, že zájemci o koupi zboží jsou informováni o jeho skutečné ceně v průběhu objednacího procesu dříve, než učiní závaznou objednávku. Spotřebitel má totiž právo být již od úvodní části webové prezentace seznámen se skutečnou, tj. konečnou cenou, kterou bude muset za nabízené zboží zaplatit, a nesmí být k zahájení objednacího procesu lákán na základě ceny, za níž není možné zboží ve skutečnosti koupit. Stěžovateli v daném případě nic nebránilo, aby u předmětného nabízeného zboží uvedl již od počátku cenu, za kterou jej lze zakoupit, tj. včetně povinného příslušenství.*“

[33] Výše uvedené závěry platí tím spíše u reklamy šířené televizním vysíláním. Např. podle rozsudku zdejšího soudu ze dne 21. 10. 2010, č. j. 9 As 38/2010 - 71, u takové reklamy adresát „*nemá možnost přijímat informace o nabízeném produktu po dobu, jakou by si sám zvolil, jako je tomu např. u tištěných médií. V televizním vysílání je každému reklamnímu sdělení vyhrazen pouze určitý omezený (relativně velmi krátký) časový úsek, zpravidla v řádu desítek sekund. Tím spíše vyvstává potřeba akcentovat požadavek na úplnost a jednoznačnost sdělovaných informací, aby reklama nepůsobila klamavě (resp. nenaplnila znaky nekalé obchodní praktiky).*“

[34] Z judikatury správních soudů navíc vyplývá, že spotřebitel nemusí uskutečnit nákup, aby učinil rozhodnutí o obchodní transakci. K ovlivnění spotřebitele může dojít ještě před uskutečněním nákupu (viz rozsudky NSS ze dne 22. 2. 2017, č. j. 3 As 35/2016 - 41, ze dne 23. 10. 2014, č. j. 7 As 110/2014 - 52). Ke stejným závěrům dospěla i odborná literatura, podle níž „*Obchodní praktika je nekalá bez ohledu na to, zda spotřebitel daný výrobek nebo službu nakonec koupí, nebo ne. (...) Nekalé praktiky se totiž vztahují na všechny fáze obchodu a rovněž na všechna rozhodnutí ohledně koupi která spotřebitel učinil (...) Jak je uvedeno v Pokynech k provedení/uplatňování směrnice 2005/29/ES nekalých obchodních praktikách (...) rozhodnutí o obchodní transakci zahrnují široké pojetí tohoto pojmu a je za něj potřeba považovat všechny možné (i ty nejběžnější) činnosti, které spotřebitelé vykonávají v souvislosti s nabídkou výrobku nebo služeb. Tato rozhodnutí tedy zahrnují (...) např. rozhodnutí o cestě do provozovny podnikatele, rozhodnutí vstoupit do obchodu (např. po přečtení reklamy ve výloze nebo kdekoli na ulici), rozhodnutí souhlasit s předvedením výrobku podnikatelem nebo rozhodnutí pokračovat v procesu objednávání výrobku nebo služeb na internetu*“ (VÍTOVÁ, Blanka. Zákon o ochraně spotřebitele: komentář. Praha: Wolters Kluwer, 2016. Komentáře Wolters Kluwer. ISBN 978-80-7478-984-7.).

[35] Namítaná povinnost posuzovat schopnost spotřebitele kriticky zhodnotit obsah reklamního sdělení ve smyslu unijního práva a rozhodnutí Soudního dvora s tím, že v tomto smyslu je průměrný spotřebitel osobou, která je průměrně informovaná, pozorná a rozumná, je obecnou proklamací, kterou nemá jak kasační soud přezkoumat.

[36] V obecné rovině lze proto konstatovat, že právě touto optikou městský soud v souladu s judikaturou NSS na průměrného spotřebitele nahlížel. V rozsudku ze dne 17. 1. 2014, č. j. 4 As 98/2013 - 88, soud uvedl, že: „*Průměrnost spočívá ve vyloučení extrémních poloh: na jedné straně se nejedná o spotřebitele, který by měl být nesoudný, a proto je zapotřebí jej chránit jako malé dítě, aby se mu náhodou něco nestalo, protože nemá vlastní rozum a je závislý toliko na tom, co za něj rozhodne moudře správní orgán, na druhé straně se ovšem ani nejedná o osobu natolik kritickou, která by byla zcela imunní vůči reklamním sdělením, jak stěžovatelka uvádí. Chování průměrného spotřebitele je zajisté reklamou, zejména pak televizní, ovlivňováno, v opačném případě by výrobci doplňků stravy i jiného zboží nevynakládali na reklamu vysoké prostředky, jak v reálném světě činí* (...)."

[37] Nad rámec rozhodovacích důvodů lze odkázat i na přiléhavé vyjádření žalované, že reklama primárně cílila na zákazníky vyšší věkové kategorie, u kterých lze předpokládat horší zapamatování si internetové stránky, resp. obtížnější vyhledávání informací na internetu. Reklama mohla působit klamavě i na běžného průměrného diváka, natož pak na staršího diváka, který již nedisponuje takovou mírou obezřetnosti a pozornosti.

[38] Obdobně je i námitka napadající likvidační charakter pokuty obecnou proklamací stěžovatelky, která je jen obtížně přezkoumatelná. Skutečnost, že stěžovatelce byly v jiných řízeních uloženy další pokuty, sama o sobě nevypovídá nic o likvidačním charakteru pokuty, uložené v projednávané věci. Na zákonnosti napadeného rozsudku nemůže nic změnit ani ničím nepodložené tvrzení, že stěžovatelka má obchodní a investiční závazky a nákladný provoz. Nejvyšší správní soud se zcela ztotožňuje se závěrem městského soudu, dle kterého byla stěžovatelce uložena pokuta na dolní hranici zákonného rozmezí a její výše byla řádně odůvodněna.

IV. Závěr a náklady řízení

[39] Z výše uvedených důvodů Nejvyšší správní 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.

[40] Výrok o náhradě nákladů řízení se opírá o § 60 odst. 1, větu první, s. ř. s., ve spojení s § 120 s. ř. s., dle kterých 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. Stěžovatelka v soudním řízení úspěch neměla, proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalované, která měla ve věci úspěch, soud náhradu nákladů řízení nepřiznal, neboť jí v řízení o kasační stížnosti žádné náklady nad rámec běžné úřední činnosti nevznikly.

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

V Brně dne 29. března 2018

JUDr. Barbara Pořízková

pokračování

předsedkyně senátu