



Zpráva o šetření ve věci podnětu A.

Dne 23. června 2016 se na veřejnou ochránkyni práv obrátil A., bytem xxx (dále jen „stěžovatel“), ve svém sporu s dosud nezjištěnou osobou odpovědnou za distribuci kosmetického přípravku M (dále jen „přípravek“) na našem území, který v reklamě, uveřejněné v periodiku, sliboval garanci trvalého efektivního vyléčení křečových žil. V uveřejněné reklamě nebyl totiž uveden odpovědný subjekt, u kterého je možné přípravek reklamovat, odstoupit od smlouvy či s ním řešit jakékoliv další nedostatky přípravku.

A. Předmět šetření

Stěžovatel se obrátil, mimo jiné, na Ministerstvo průmyslu a obchodu (dále jen „MPO“), které podnět postoupilo Magistrátu hlavního města Prahy, odboru živnostenskému a občanskoprávnímu (dále také „magistrát“); v podnětu upozorňoval na reklamní prezentaci přípravku v periodiku. Magistrátu se prošetřením nepodařilo ověřit, kdo je zadavatelem reklamy, období zadání (objednání) posuzované reklamy ani nezjistil osobu zpracovatele reklamy; nepřistoupil tak k postihu odpovědné osoby. S tímto vyřízením stěžovatel nesouhlasí. Je přesvědčen, že šetření magistrátu bylo nedostatečné (nedohledal subjekt odpovědný za reklamní prezentaci přípravku).

Po posouzení podnětu jsem se rozhodl zahájit v souladu s § 14 zákona o veřejném ochránci práv¹ šetření zaměřené na postup magistrátu při řešení podnětu stěžovatele.

B. Skutková zjištění

V zájmu získání úplných informací jsem dne 22. srpna 2016 požádal JUDr. Martinu Děvěrovou, MPA, ředitelku Magistrátu hlavního města Prahy o vysvětlení postupu magistrátu při řešení podnětu a objasnění, proč magistrát nezahájil se šířitelem reklamy správní řízení za správní delikt dle § 8a odst. 1 písm. h) zákona o regulaci reklamy.²

Na žádost reagovala ředitelka odboru živnostenského a občanskoprávního MHMP JUDr. Eva Novaková (dále jen „ředitelka odboru“). V reakci uvedla, že podnět magistrát obdržel od MPO dne 23. března 2016. Šířitelem reklamy na přípravek obsažené v periodiku dne 4. prosince 2015 (dne 12. února a 19. února 2016) byla zjištěna společnost X, a. s., se sídlem yyy (dále jen „společnost“). Ředitelka odboru pak stručně zopakovala výhrady stěžovatele, které jej vedly k podání podnětu.

1 zákon č. 349/1999 Sb., o veřejném ochránci práv, ve znění pozdějších předpisů

2 zákon 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“)



Ředitelka odboru uvedla, že magistrát je pouze orgánem dozoru pro oblast regulace reklamy a v tomto postavení řešil podnět stěžovatele.³ Šetření proto magistrát zaměřil na to, zda nebyl porušen zákaz reklamy dle § 2 odst. 1 písm. b) zákona o regulaci reklamy, tj. reklamy, která je nekalou obchodní praktikou dle příslušných ustanovení zákona o ochraně spotřebitele.⁴ Podle citovaného ustanovení zákona ve spojení s § 4 odst. 1 zákona o ochraně spotřebitele, je obchodní praktika nekalá, je-li v rozporu s požadavky odborné péče a podstatně narušuje nebo je způsobilá podstatně narušit ekonomické chování spotřebitele, kterému je určena, nebo který je jejím působení vystaven, a to ve vztahu k výrobku nebo službě.

Protože reklama na přípravek byla šířena prostřednictvím periodika, vyzval magistrát šířitele reklamy (společnost) dne 29. března 2016 k identifikaci osoby zadavatele reklamy, tj. osoby, která reklamu zadala (objednala ke zpracování), a sdělení, kdy se tak stalo. Společnost na výzvu magistrátu odpověděla, že zadavatelem inzerce je zahraniční společnost Y, se sídlem v USA, se kterou ukončili spolupráci v prosinci 2015.

Po tomto zjištění vyzval magistrát zadavatele reklamy (přípisem ze dne 27. dubna 2016) ke sdělení výše uvedených osob a údajů a seznámil ho s českou právní úpravou regulace reklamy a podnětem stěžovatele.⁵ Na výzvu zadavatel reklamy nereagoval (i když mu byla prokazatelně doručena dne 19. května 2016). Magistrátu se tak nepodařilo prokázat, kdo je zadavatelem a zpracovatelem reklamy na přípravek ani kdy byla reklama objednána ke zpracování a zpracována. Proto nepřikročil k vedení správního řízení, o čemž informoval stěžovatele.

K dotazu, proč v daném případě magistrát nezahájil správní řízení se šířitelem reklamy, ředitelka odboru uvedla, že osoba šířitele (byla prokazatelně zjištěna) neporušila způsobem šíření reklamy povinnosti vyplývající z § 6b zákona o regulaci reklamy.

C. Hodnocení věci zástupcem ochránkyň

Zákon o veřejném ochránci práv mi ukládá povinnost působit k ochraně osob před jednáním úřadů a dalších institucí uváděných v tomto zákoně, pokud je v rozporu s právem, neodpovídá principům demokratického právního státu a dobré správy, jakož i před jejich nečinností, a tím přispívat k ochraně práv a svobod.

V této části zprávy o šetření proto zhodnotím postup magistrátu v šetřeném případě a jím učiněné závěry z hlediska dodržení právních předpisů a principů dobré správy.

3 Stěžovatele požádal o podrobnější informace ohledně smlouvy, od níž chtěl odstoupit, aby věc mohl eventuálně postoupit k dalšímu řešení věcně příslušnému správnímu orgánu. Potřebné informace se však magistrátu zjistit nepodařilo, neboť v obsahu podnětu jsou jmenováni pouze přepravci.

4 ustanovení § 4 a násl. zákona č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, ve znění pozdějších předpisů

5 Mimo jiné ho upozornil, že reklama je nekalou obchodní praktikou dle § 4 odst. 1 zákona o ochraně spotřebitele.



C.1 Reklama a její posouzení, zda je nekalou obchodní praktikou

Reklamou se podle zákona o regulaci reklamy⁶ rozumí oznámení, předvedení či jiná **prezentace** šířené zejména komunikačními médii, **mající za cíl podporu podnikatelské činnosti, zejména podporu spotřeby nebo prodeje zboží.**

Podle téhož zákona⁷ je **zakázána reklama, která je nekalou obchodní praktikou podle zvláštního právního předpisu** (zákona o ochraně spotřebitele).

Při hodnocení, zda jde o nekalou obchodní praktiku, je třeba nejdříve zjistit, zda je podřaditelná pod některé z jednání vyjmenovaných v příloze č. 1 k tomuto zákonu (považují se za klamavé obchodní praktiky vždy). Pokud není, posuzuje se dále, zda je takové jednání klamavou obchodní praktikou podle § 5 zákona o ochraně spotřebitele. Nelze-li nekalou obchodní praktiku posoudit výše uvedených způsobem, použije se tzv. generální klauzule dle zákona o ochraně spotřebitele.⁸

V posuzovaném případě není sporu o tom, že reklama šířená v periodiku na kosmetický přípravek M budí dojem, že je léčivem, ačkoliv tomuto tak není (garantuje trvalé a efektivní vyléčení křečových žil, efekt krásných a zdravých nohou).⁹ V reklamě nadto nejsou spotřebiteli ani sdělovány všechny podstatné informace, které mohou ovlivnit jeho rozhodnutí o koupi přípravku.¹⁰ **Není tedy pochyb, že reklama uveřejněná v periodiku na uvedený přípravek je nekalou obchodní praktikou podle zvláštního právního předpisu.**

Nekalost této praktiky je pak nutné posuzovat podle průměrného člena skupiny, na kterou je zaměřena (tzv. průměrný spotřebitel¹¹). Průměrný spotřebitel je uvědomělý, tj. běžně informovaný, přiměřeně pozorný a obezřetný. V rámci obecné kategorie spotřebitelů, kde je obecně presumována jejich zranitelnost se rozlišuje kategorie **zvlášť zranitelných spotřebitelů**.¹² Těmto osobám by měly nejen dohledové orgány věnovat zvýšenou ochranu a zvláštní přístup.

6 dle § 1 odst. 2 zákona o regulaci reklamy

7 viz § 2 odst. 1 písm. b) zákona o regulaci reklamy

8 Viz § 4 odst. 1 zákona o ochraně spotřebitele; více k této záležitosti je možné nalézt např. v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 23. října 2014, sp. zn. 7 As 11/2014, dostupný na www.nssoud.cz.

9 Jde tedy o klamavou obchodní praktiku vymezenou v příloze č. 1 písm. p) zákona o ochraně spotřebitele:

„Obchodní praktiky jsou vždy považovány za klamavé, pokud prodávající nepravdivě prohlašuje, že výrobek nebo služba může vyléčit nemoc, zdravotní poruchu nebo postižení.“

10 dle § 5 odst. 2 písm. f) a g) zákona o ochraně spotřebitele

11 Průměrný spotřebitel je vymezen mimo jiné českými soudy např. v rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 29. dubna 2008, sp. zn. 5As 69/2006, či rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 17. ledna 2014, sp. zn. 4 As 98/2013; rozhodnutí jsou dostupná na www.nssoud.cz.

12 Srov. viz § 4 odst. 2 zákona o ochraně spotřebitele a čl. 5 bod 3 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES ze dne 11. května 2005 o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu a o změně směrnice Rady 84/450/EHS, směrnic Evropského parlamentu a Rady 97/7/ES, 98/27/ES a 2002/65/ES a nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2006/2004 (směrnice o nekalých obchodních praktikách)



Je-li tedy určitá praktika schopna zasáhnout pouze určitou skupinu spotřebitelů (tj. skupinu zvláště zranitelných z důvodu jejich věku, duševní nebo fyzické slabosti nebo důvěřivosti), je potřeba tuto praktiku posuzovat pohledem průměrného člena dané skupiny.

Prezentace kosmetického přípravku M byla, dle mého názoru, zaměřena právě na skupinu zvláště zranitelných spotřebitelů, což dovozují z charakteru nabízeného přípravku (sliboval garanci trvalého efektivního vyléčení křečových žil). Mám tak za to, že **je třeba danou nekalou obchodní praktiku posoudit pohledem zvláště zranitelného spotřebitele.**

C.2 Odpovědnost šířitele za reklamu, která je nekalou obchodní praktikou

Primárně za obsah reklamy odpovídá zadavatel reklamy,¹³ příp. její zpracovatel¹⁴ dle § 6b odst. 1 zákona o regulaci reklamy.¹⁵ Neznamená to však, že by odpovědnost za obsah reklamy nenesl také šířitel reklamy, kterým je pro účely zákona právnická nebo fyzická osoba, která reklamu veřejně šíří.¹⁶

Šířitel dle zákona o regulaci reklamy odpovídá za způsob šíření reklamy podle tohoto zákona¹⁷ a současně je v zákoně zakotveno, že právnická nebo fyzická osoba se dopustí správního deliktu tím, že jako šířitel šíří reklamu, která je nekalou obchodní praktikou.¹⁸ **Šířitel tak odpovídá nejen za způsob šíření reklamy, ale nese odpovědnost i za to, že jím šířená (prezentovaná) reklama není nekalou obchodní praktikou.**

Stejný názor vyslovil i Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 19. listopadu 2015, sp. zn. 2 As 218/2015 (dohledatelný na www.nssoud.cz), kde uvedl, citují:

„[59] Šířitel reklamy se své odpovědnosti podle zákona o regulaci reklamy tedy 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 jediné nedovolené reklamě potrestán současně její zadavatel, zpracoval i šířitel. Každý z těchto tří subjektů nese svůj vlastní díl odpovědnosti. Se stěžovatelkou lze nicméně souhlasit v tom, že primárně za obsah reklamy odpovídá její zadavatel, popř. zpracovatel, což ostatně plyne

13 Zadavatelem reklamy je pro účely zákona o regulaci reklamy (dle § 1 odst. 5) právnická nebo fyzická osoba, která objednala u jiné právnické nebo fyzické osoby reklamu.

14 Ustanovení § 1 odst. 6 zákona o regulaci reklamy

„Zpracovatelem reklamy je pro účely tohoto zákona právnická nebo fyzická osoba, která pro sebe nebo pro jinou právnickou nebo fyzickou osobu zpracovala reklamu. Pokud zpracovatel zpracuje reklamu pro sebe, je pro účely tohoto zákona zároveň v postavení zadavatele.“

15 Ustanovení § 6b odst. 1 zákona o regulaci reklamy

„Zpracovatel odpovídá za obsah reklamy v plném rozsahu, byla-li zpracována pro jeho vlastní potřebu. Pokud byla reklama zpracována pro potřeby jiné právnické nebo fyzické osoby, odpovídají za její soulad se zákonem zpracovatel a zadavatel společně a nerozdílně, není-li dále stanoveno jinak.“

16 dle § 1 odst. 7 zákona o regulaci reklamy

17 Ustanovení § 6b odst. 2 zákona o regulaci reklamy

„Šířitel odpovídá za způsob šíření reklamy podle tohoto zákona a za šíření reklamy na hazardní hru provozovanou bez základního povolení podle zákona upravujícího hazardní hry. Šířitel je povinen oznámit osobě, která prokáže oprávněný zájem, kdo je zadavatelem a zpracovatelem reklamy.“

18 dle ustanovení § 8a odst. 1 písm. n) zákona o regulaci reklamy



z § 6b odst. 1 zákona o regulaci reklamy. Z § 6b odst. 2 tohoto zákona přitom vyplývá, že šířitel primárně odpovídá za způsob šíření reklamy. Právní úprava zjevně respektuje to, že šířitel reklamy v mnoha případech není schopen posoudit, zda obsah reklamy odpovídá zákonu. To ovšem neznamená, že by šířitel nikdy nemohl být odpovědným i za obsah reklamy; § 8 odst. 1 a § 8a odst. 1 zákona o regulaci reklamy stanoví, že šířitel odpovídá už jen z titulu toho, že šíří nezákonnou reklamu. Pokud šířitel šíří reklamu, která zjevně odporuje zákonu o regulaci reklamy, bude namíste potrestat jej společně se zadavatelem i zpracovatelem reklamy (obdobně viz rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 30. 11. 2007, č. j. 11 Ca 1/2006-57). V případech, kdy šířitel prokáže, že vynaložil veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránil, bude mu svědčit liberační důvod podle § 8b odst. 1 zákona o regulaci reklamy. Liberace však dle názoru Nejvyššího správního soudu nepřipadá v úvahu, pokud šířitel svým jednáním fakticky způsobí, že se obsah reklamy dostane do rozporu se zákonem o regulaci reklamy. Ostatně výjimkou nejsou ani případy, kdy je šířitel (kdo vysílá) a zpracovatel (kdo ovlivňuje podobu reklamního šotu) jedinou osobou.“

S ohledem na výše uvedené mám tak za to, že **magistrát měl (má) se šířitelem reklamy (společností X, a. s.) zahájit správní řízení, neboť se dopustil správního deliktu tím, že jako šířitel šířil reklamu, která je nekalou obchodní praktikou.**

D. Závěry

S ohledem na výše uvedené jsem názoru, že Magistrát hlavního města Prahy, odbor živnostenský a občanskoprávní, pochybil, když se šířitelem reklamy nezahájil správní řízení za správní delikt dle ustanovení § 8a odst. 1 písm. n) zákona o regulaci reklamy.

Zprávu zasílám JUDr. Martině Děvěrové, MPA, ředitelce Magistrátu hlavního města Prahy a podle ustanovení § 18 odst. 1 zákona o veřejném ochránci práv žádám, aby se ve lhůtě 30 dnů od jejího doručení vyjádřila ke zjištěným pochybením a informovala mě o přijatých opatřeních k nápravě. Zpráva shrnuje mé dosavadní poznatky, které mohou být podkladem pro závěrečné stanovisko podle ustanovení § 18 odst. 2 zákona o veřejném ochránci práv.

O svých zjištěních a závěrech informuji rovněž stěžovatele.

Brno 7. února 2017

JUDr. Stanislav Křeček
zástupce veřejné ochránkyně práv