



2096/2020/KHK



KUKHK-37845/SKZ/2019-6

Krajský úřad Královéhradeckého kraje

VÁŠ DOPIS ZN.:
ZE DNE:
NAŠE ZNAČKA (č. j.): KUKHK-37845/SKZ/2019-6

Pan

VYŘIZUJE: Mgr. Jiří Schejbal
ODBOR: Odbor správní a krajský živnostenský úřad
ODDĚLENÍ: Krajský živnostenský úřad
LINKA: 402
E-MAIL: jschejbal@kr-kralovehradecky.cz

DATUM: 14.01.2020

Počet listů: 7
Počet příloh: 0 / 0 listů:
Počet svazků: 0
Sp. znak, sk. režim: 251.2, V/5

Toto rozhodnutí nabylo právní moci
dne 04. 02. 2020

Krajský úřad Královéhradeckého kraje
odbor správní a krajský živnostenský úřad -1-
dne 05. 02. 2020 podpis

Rozhodnutí

Krajský úřad Královéhradeckého kraje, odbor správní a krajský živnostenský úřad, oddělení krajský živnostenský úřad (dále jen „krajský živnostenský úřad“) jako příslušný správní orgán podle § 7 odst. 1 písm. i) 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“), rozhodl

t a k t o :

Obviněný , datum nar. , adresou
, se

uznává vinným

- ze spáchání přestupku podle § 8a odst. 3 písm. b) zákona o regulaci reklamy, které se jako podnikající fyzická osoba dopustil tím, že ve dnech 01.10.2019 a 13.11.2019 zpracoval v za účelem jejího následného šíření na sociální síti Instagram reklamu na konopné rostlinné produkty „ a „ , která je jako nekalá obchodní praktika ve smyslu § 2 odst. 1 písm. b) zákona o regulaci reklamy při použití ustanovení § 4 odst. 3 zákona č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o ochraně spotřebitele“), a přílohy 1 písm. u) k tomuto zákonu, zakázána,

- ze spáchání přestupku podle § 8a odst. 1 písm. n) zákona o regulaci reklamy, kterého se jako podnikající fyzická osoba dopustil tím, že na sociální síti Instagram šířil prostřednictvím svého osobního profilu <https://www.instagram.com/> od 01.10.2019 a dále od

13.11.2019 reklamu na konopné rostlinné produkty „ a „, která je jako nekalá obchodní praktika ve smyslu § 2 odst. 1 písm. b) zákona o regulaci reklamy při použití ustanovení § 4 odst. 3 zákona č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, ve znění pozdějších předpisů, a přílohy 1 písm. u) k tomuto zákonu, zakázána,

- ze spáchání přestupku podle § 8a odst. 1 písm. q) zákona o regulaci reklamy, kterého se jako podnikající fyzická osoba dopustil tím, že na sociální síti Instagram prostřednictvím svého osobního profilu <https://www.instagram.com/> / šířil od 26.11.2019 reklamu na náplně do elektronických cigaret „ „, která je podle § 3a odst. 1 zákona o regulaci reklamy zakázána.

Za to se obviněnému

u k l á d á:

1. podle § 8a odst. 5 písm. c) zákona o regulaci reklamy, v souladu s ustanovením § 41 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „přestupkový řád“), **pokuta** ve výši

7.000 Kč (slovy sedm tisíc korun českých).

2. Podle § 95 odst. 1 přestupkového řádu se obviněnému ukládá povinnost nahradit náklady řízení stanovené v § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, ve znění vyhlášky č. 112/2017 Sb., paušální částkou ve výši **1.000 Kč** (slovy jeden tisíc korun českých).

Obě shora uvedené částky (celkem **8.000 Kč**) jsou splatné do 15 dnů ode dne nabytí právní moci tohoto rozhodnutí převodním příkazem na účet Krajského úřadu Královéhradeckého kraje č. 27–2031100257/0100, variabilní symbol 3010000033, konstantní symbol 0558, specifický symbol 05324751.

Odůvodnění:

Krajský živnostenský úřad jako dozorový orgán nad dodržováním povinností podle zákona o regulaci reklamy obdržel dne 20.11.2019 podání týkající se možného protiprávního jednání jednoho z uživatelů sociální sítě Instagram. Podnět se týkal pana , který měl svými komentovanými obrazovými příspěvky zveřejňovanými na sociální síti Instagram prostřednictvím svého osobního profilu <https://www.instagram.com/> (dále jen „sociální síť“) porušovat zákon o regulaci reklamy.

Na základě došlého podnětu prověřil krajský živnostenský úřad obsah jednotlivých obrazových komentovaných příspěvků průběžně zveřejňovaných uživatelem na sociální síti. Po jejich důkladné analýze dospěl k závěru, že mnohé z kontrolovaných příspěvků mají charakter reklamy ve smyslu § 1 odst. 2 zákona o regulaci reklamy, kde se reklamou rozumí oznámení, předvedení či jiná prezentace šířená zejména komunikačními médii, mající za cíl podporu podnikatelské činnosti, zejména pak podporu spotřeby nebo prodeje zboží. Některé ze zveřejněných obrazových příspěvků pak shledal důvodnými k zahájení řízení.

Kontrolou bylo zjištěno, že pan zpracoval a následně prostřednictvím sociální sítě začal od 01.10.2019 šířit obrazový komentovaný příspěvek, kde je na barevném snímku

(v listopadu 2019 měl podnikatel podle úvodních profilových informací 128 tisíc sledujících, z nichž mnozí na jeho příspěvky přímo reagovali) domnívat, že se o žádnou reklamu nejedná, protože se jen nezištně dělí o své zkušenosti s daným produktem. Příkladem byl příspěvek k produktu „...“, kde podnikatel srovnával tento povolený produkt obsahující „CBD“ (kanabidiol, přírodní látka vyskytující se v konopí) s tzv. „klasikou“ z pozice uživatele konopných produktů. O zkušenost s „CBD“ se zde nedělil pouze v obecné rovině, zcela zjevná je podpora prodeje konkrétního produktu „...“, objektivně komerční a účelový původ uvedeného příspěvku však není pro spotřebitele z jeho obsahu a formy sdělení dostatečně rozlišitelný. Podnikatelova prezentace konopných rostlinných produktů „...“ a „...“ je reklamou, která však, protože nebyla jako reklama žádnou přijatelnou formou označena, výrazně omezila právo spotřebitele na přiměřenou sebeobranu proti nežádoucímu působení reklamy a právo svobodné volby informačního obsahu, jehož vlivu se chce spotřebitel nechat vystavit. Podnikatel oba příspěvky koncipoval tak, že vyvolával dojem, že nejedná v rámci své podnikatelské činnosti. Tento způsob jednání je podle zákona o ochraně spotřebitele považován za nekalou obchodní praktiku.

Tím se podnikatel stal z pozice zpracovatele a šířitele reklamy důvodně podezřelým ze spáchání dvou přestupků, a to z přestupku podle § 8a odst. 3 písm. b) zákona o regulaci reklamy, a z přestupku podle § 8a odst. 1 písm. n) zákona o regulaci reklamy, když tuto reklamu zpracoval a následně šířil způsobem a formou, která je jako nekalá obchodní praktika ve smyslu § 2 odst. 1 písm. b) zákona o regulaci reklamy při použití ustanovení § 4 odst. 3 zákona o ochraně spotřebitele, a přílohy 1 písm. u) k tomuto zákonu, zakázána.

Podle § 4 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 působením vystaven, ve vztahu k výrobku nebo službě. V odst. 3 větě druhé téhož paragrafu se uvádí, že obchodní praktiky, které se považují za nekalé za všech okolností, jsou uvedeny v příloze č. 1 a 2 tohoto zákona. Podle přílohy 1 písm. u) zákona o ochraně spotřebitele se za vždy za klamavou obchodní praktiku považuje, pokud prodávající vyvolává dojem nebo nepravdivě uvádí, že nejedná v rámci své podnikatelské činnosti nebo se prezentuje jako spotřebitel.

Třetí podnikatelův příspěvek směřoval na stránky dovozce a prodejce tabáku <https://www...>. Z komentáře příspěvku bylo zřejmé, že se jednalo o vzájemnou komerční spolupráci, když podnikatele oslovil prodejce elektronických cigaret s nabídkou vyzkoušení jeho nového produktu, který samotný prodejce představuje jako „zařízení poslední generace“ pro vaping (vapování). V reakci na učiněnou nabídku se pak podnikatel kladně vyjadřoval k tzv. vapování, tedy způsobu inhalace výrobku, ale i ke kvalitě a chuti vyzkoušeného produktu. Jako veřejně známá osobnost (tento statut byl čerpán z uživatelského profilu) v prostředí sociálních sítí podnikatel svým subjektivně pozitivním hodnocením tohoto produktu oslovil během jednoho dne několik tisíc uživatelů sociální sítě, kteří ho pozitivně komentovali. Jeho příspěvek měl opět jednoznačně komerční charakter, podnikatel šířil reklamu propagující elektronické cigarety a náhradní náplně do nich, která je podle § 3a odst. 1 zákona o regulaci reklamy zakázána.

Podle § 3a odst. 1 zákona o regulaci reklamy se zakazuje reklama, jejímž cílem nebo přímým nebo nepřímým účinkem je propagace elektronických cigaret a náhradních náplní do nich, šířená prostřednictvím služeb informační společnosti nebo v periodickém tisku, neperiodických publikacích, na letáčích, plakátech nebo jiných tiskovinách, s výjimkou publikací, které jsou určeny výlučně profesionálům v obchodě s elektronickými cigaretami a náhradními náplněmi do nich, a publikací, které jsou tištěny a zveřejněny ve třetích zemích, pokud tyto publikace nejsou primárně určeny pro vnitřní trh Evropské unie.

Podnikatel se tedy v tomto případě jako šířitel reklamy stal podezřelým ze spáchání dalšího přestupku, a to z přestupku podle § 8a odst. 1 písm. q) zákona o regulaci reklamy, podle

kterého se právnická nebo podnikající fyzická osoba dopustí přestupku tím, že jako šířitel v rozporu s 3a odst. 1 zákona o regulaci reklamy šíří reklamu na elektronické cigarety nebo na náhradní náplně do nich.

Na základě uvedených zjištění přistoupil krajský živnostenský úřad k zahájení přestupkového řízení. Místní příslušnost správního orgánu je v tomto případě dána ustanovením § 62 odst. 3 přestupkového řádu. Přestupkového jednání se podnikatel dopustil výhradně v rámci veřejně přístupné počítačové sítě (internet).

Přestupkové řízení bylo zahájeno dne 23.12.2019, poté co byla podnikateli doručena písemnost oznámení o zahájení přestupkového řízení č.j: KUKHK-37845/SKZ/2019-3. Součástí uvedeného oznámení bylo poučení o jednotlivých procesních právech, včetně možnosti vyjádřit se k podkladům rozhodnutí před jeho vydáním, a to i formou ústního jednání, které bylo současně podnikateli navrženo. Této možnosti podnikatel využil a dne 07.01.2020 se dostavil na pracoviště krajského živnostenského úřadu. Při tomto jednání podnikatel potvrdil základní skutečnosti a to, že skutečně jednal v postavení podnikatele. K vedenému přestupkovému řízení podnikatel dále uvedl, že se v jeho případě jedná o první příspěvky, které neoznačil jako reklamu, k tomu mělo dojít opomenutím, neboť jinak příspěvky jako reklamu označuje. Tuto informaci podnikatel doplnil, že ihned po upozornění jiných osob příspěvky opravil. V případě reklamy na konopné produkty se podle podnikatele jednalo o pomoc kamarádovi. Co se týče elektronických cigaret, tak nevěděl, že je reklama na ně zakázána. Podnikatel uvedl, že za tuto reklamu neobdržel finanční plnění, ale pouze produkt. Nebyl si vědom svého protiprávního jednání, a to proto, že podobné reklamy na internetu k vidění jsou. K dotazu krajského živnostenského úřadu, jakou formou svoje reklamy označuje, podnikatel uvedl, že k označení reklamy užívá symbol #ad, čímž se podle něho označuje spolupráce (pozn. jedná se o zkratku angl. termínu *advertisement* – reklama). Podnikatel dále uvedl, že reklamní příspěvky realizuje na základě spolupráce s jinými podnikateli, a to na základě smlouvy. K dotazu, jestli je datum zpracování reklamy shodný s datem jejího zveřejnění na sociální síti uvedl, že ano. Na závěr dodal, že se ze zahájeného přestupkového řízení poučil, sám nemá rád, pokud reklamní příspěvky na internetu nejsou označeny jako reklama.

V rámci ústního jednání byl podnikatel seznámen s obsahem spisu včetně všech podkladů pro vydání rozhodnutí, přičemž byl upozorněn na skutečnost, že správní spis již nebude ze strany krajského živnostenského úřadu doplňován a v zákonné lhůtě bude přistoupeno k vydání rozhodnutí. O ústním jednání byl sepsán protokol č.j. KUKHK/37845/SKZ/2019-5.

Na základě všech shromážděných důkazních prostředků má Krajský živnostenský úřad za zcela prokázané, že podnikatel v rámci své podnikatelské činnosti porušil zákon o regulaci reklamy a přistoupil k uložení správního trestu, v tomto případě k uložení pokuty, v souladu s níže uvedenými právními předpisy.

Za přestupek podle § 8a odst. 1 písm. q) zákona o regulaci reklamy lze uložit pokutu do 2.000.000 Kč. Za přestupek podle § 8a odst. 1 písm. n) zákona o regulaci reklamy a za přestupek podle § 8a odst. 3 písm. b) zákona o regulaci reklamy lze uložit pokutu do 5.000.000 Kč. Podle § 41 odst. 1 přestupkového řádu se za dva nebo více přestupků téhož pachatele projednaných ve společném řízení uloží správní trest podle ustanovení vztahujícího se na přestupek nejpřísněji trestný. Jsou-li horní hranice sazeb pokut stejné, uloží se správní trest podle ustanovení vztahujícího se na přestupek nejzávažnější.

Podle uvedeného právního předpisu jsou tedy za nejzávažnější považovány dva přestupky, a to vzhledem k jejich aplikaci na jednu ze skutkových podstat nekalé obchodní praktiky. Jedná se o přestupek podle § 8a odst. 1 písm. n) a přestupek podle § 8a odst. 3 písm. b) zákona o regulaci reklamy se shodnou horní sazbou pokuty do 5.000.000 Kč. Krajský živnostenský úřad vyhodnotil přestupek podle § 8a odst. 1 písm. n) zákona o regulaci reklamy, tzn. šíření

zakázané reklamy jako závažnější než její zpracování, protože teprve jejím šířením je prostřednictvím veřejně přístupných sociálních sítí oslovována široká veřejnost. Tato skutečnost ovšem nijak nesnižuje závažnost přestupku podle § 8a odst. 1 písm. q) zákona o regulaci reklamy (reklama na náplně do elektronických cigaret) s nižší horní sazbou pokuty, který má vzhledem k ohlasu u uživatelů sociální sítě minimálně stejnou společenskou škodlivost jako nekalé obchodní praktiky.

Krajský živnostenský úřad při určení druhu a výměry správního trestu přihlédl zejména k povaze a závažnosti spáchaných přestupků, kde konstatuje, že podnikatel jednoznačně porušil zákonem chráněný zájem, v jeho případě citelně narušil práva spotřebitele, a to prostřednictvím porušení zákona o regulaci reklamy, který rovněž jako prostředek veřejnoprávní regulace reklamy kodifikuje práva chránící zájmy spotřebitelů.

S přihlédnutím k povaze činnosti podnikatele krajský živnostenský úřad konstatuje, že se podnikatel protiprávního jednání na úseku zákona o regulaci reklamy dopustil v rámci své legální podnikatelské činnosti, čímž lze eliminovat případné další podezření, že by svým jednáním mohl ohrozit některý z jiných, zákonem chráněných zájmů (např. živnostenský zákon). Všechny tři přestupky se podnikatel dopustil v rámci jednoho právního předpisu, a to během relativně krátkého období. Okolnost, že spáchal více přestupků v tomto případě nelze rovněž bezvýhradně považovat za zjevně přitěžující okolnost, neboť dva z těchto přestupků, které byly spáchány v rámci kontinuálního konání, mají shodný základ skutkové podstaty a liší se pouze formou provedení úkonu ve vztahu k zakázané reklamě. Jejich společenská škodlivost tak byla v podstatě shledána pouze ve vlastním naplnění skutkové podstaty přestupku, kdy mohlo teoreticky dojít k omezení práva spotřebitele, žádné jiné souvislosti s protiprávním jednáním však zjištěny nebyly. Podnikatel také uvedl, že již protiprávní stav odstranil, tuto informaci si krajský živnostenský úřad následně ověřil. Jako k zásadně polehčující okolnosti lze přihlídnout k tomu, že podnikatel spolupracoval se správním orgánem, svoji vinu uznal, napomáhal k odstranění škodlivého následku přestupku, a jak sám uvedl, z přestupkového řízení se poučil. Jedná se navíc o první pochybení, kterého se v rámci své podnikatelské činnosti ve vztahu k zákonu o regulaci reklamy dopustil.

Za přitěžující okolnost naopak krajský živnostenský úřad považuje šíření reklamy na náplně do elektronických cigaret. Podnikatel se v tomto případě hájil neznalostí právního předpisu. Zde nezbyvá než pouze konstatovat, že jeden ze základních právních principů moderního práva podobnou argumentaci za polehčující okolnost rozhodně nepovažuje. Tuto reklamu zákon o regulaci reklamy, s drobnou výjimkou pro profesionály v obchodě, zcela zakazuje. V prostředí sociálních sítí typu Instagram je navíc daleko větší pravděpodobnost, že vlivu této zakázané reklamy budou vystaveny i osoby mladší 18 let.

Krajský živnostenský úřad se tedy po zvážení všech uvedených skutečností rozhodl uložit podnikateli pokutu při spodní hranici zákonné sazby, kterou v tomto případě považuje za přiměřenou závažnosti protiprávního jednání. Uložená pokuta by měla splnit jednak svou represivní funkci, tedy funkci trestu za porušení zákona o regulaci reklamy, zároveň by však měla na podnikatele působit preventivně tím, že ho přiměje k větší aktivitě při zjišťování informací o povinnostech, které by měl dodržovat. Ve vztahu ke své začínající podnikatelské činnosti by měl podnikatel načerpat co nejvíce informací, které se týkají legálního provozování reklamy a marketingu v oblasti sociálních sítí.

Povinnost nahradit náklady řízení paušální částkou uloží podle ustanovení § 95 přestupkového řádu, správní orgán obviněnému, který byla uznán vinným z přestupku. Paušální částka je stanovena v souladu s § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze podat odvolání ve lhůtě 15 dnů ode dne jeho oznámení; prvním dnem lhůty je den následující po dni oznámení rozhodnutí. Odvolání se podává u zdejšího úřadu a rozhoduje o něm Ministerstvo průmyslu a obchodu, odbor živnosti.

Ing. Jiří Dušák
vedoucí krajského živnostenského úřadu



Vypraveno dne: 15. 1. 2020

