**K bodu 5) – Odůvodnění**

1. **Řízení s právnickou osobou:**

Krajský živnostenský úřad obdržel dne 20.02.2020 od Krajského úřadu Moravskoslezského kraje, odboru vnitra a krajský živnostenský úřad (dále jen KŽÚ Moravskoslezského kraje), podnět týkající se protiprávního jednání, kterého se na úseku regulace reklamy měla dopustit v postavení zadavatele reklamy obchodní společnost BellaSalute s.r.o., adresou sídla S. K. Neumanna 1257/14, 500 02 Hradec Králové - Pražské Předměstí, IČO 03202798 (dále jen „společnost BellaSalute“). KŽÚ Moravskoslezského kraje vycházel z výsledku vlastní kontroly dodržování povinností podle zákona o regulaci reklamy, kterou provedl dne 13.01.2020 u dotčené podnikatelky (dále jen „podnikatelka“). Při této kontrole KŽÚ Moravskoslezského kraje dospěl k závěru, že se podnikatelka dopustila přestupkového jednání tím, že zpracovala a od 28.02.2019 šířila prostřednictvím svého profilu na sociální síti Instagram (dále jen „“sociální síť“), obrazovou komentovanou reklamu na doplněk stravy IVYBEARS podporující růst vlasů. Tuto reklamu podnikatelka zpracovala a šířila formou, která je podle § 2 odst. 1 písm. b) zákona o regulaci reklamy, v návaznosti na přílohu č. 1 zákona o ochraně spotřebitele, zakázána. Vedle toho navíc předmětná reklama na doplněk stravy IVYBEARS neobsahovala v souladu s ustanovením § 5d odst. 3 zákona o regulaci reklamy zřetelný, dobře čitelný, text "doplněk stravy". Z vyjádření podnikatelky vyplynulo, že zadavatelem předmětné reklamy je společnost BellaSalute, která je prodejcem doplňků stravy IVYBEARS. S touto společností měla podnikatelka v rámci reklamní kampaně spolupracovat. Společnost BellaSalute v reakci na výzvu KŽÚ Moravskoslezského kraje následně potvrdila, že je skutečně ve vztahu k předmětné reklamě jejím zadavatelem. KŽÚ Moravskoslezského kraje tak pojal důvodné podezření, že se přestupkového jednání, kterého se dopustila podnikatelka z pozice zpracovatele a šiřitele reklamy, dopustila i společnost BellaSalute, a to z pozice zadavatele reklamy. V souladu s ustanovením § 73 přestupkového řádu tedy postoupil KŽÚ Moravskoslezského kraje oznámení o podezření z přestupku společnosti BellaSalute k projednání místně příslušnému krajskému živnostenskému úřadu. Na základě obdrženého podnětu provedl krajský živnostenský úřad dne 03.03.2020 u společnosti BellaSalute kontrolu dodržování povinností podle zákona o regulaci reklamy. Z kontrolního šetření vyplynulo, že mezi společností BellaSalute a podnikatelkou existovala spolupráce na podnikatelské bázi, kdy společnost BellaSalute měla reagovat na nabídku mediálně známé podnikatelky zpracovat a prostřednictvím sociálních sítí šířit reklamu na produkty doplňku stravy IVYBEARS. Reklama byla společností BellaSalute zadána ke zpracování na základě telefonické domluvy dne 10.02.2019, přičemž její obsah byl zcela ponechán na kreativitě zpracovatele.

Podle ustanovení § 6b odst. 1 věty druhé zákona o regulaci reklamy, 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. Stejnou odpovědnost za obsah reklamy nese zadavatel ve vztahu k šiřiteli, a to podle ustanovení   
§ 6b odst. 1 zákona o regulaci reklamy věty třetí.

Vzhledem k tomu, že se na realizaci reklamy podílely dva subjekty, přičemž se přestupkového jednání primárně dopustil zpracovatel a šiřitel v jedné osobě, zabýval se krajský živnostenský úřad nutně otázkou objektivní odpovědnosti za obsah šířené reklamy. Podle ustanovení   
§ 6b odst. 3 zákona o regulaci reklamy se zadavatel zprostí odpovědnosti za obsah šířené reklamy, který je v rozporu se zákonem, prokáže-li, že zpracovatel nedodržel při jejím zpracování jeho pokyny, a v důsledku toho je obsah této reklamy v rozporu se zákonem.

Podnikatelka při kontrole na KŽÚ Moravskoslezského kraje uvedla, že koncept reklamy, který zaslala před jejím zveřejněním zadavateli ke korekci, byl schválen bez připomínek. Společnost BellaSalute vyjádření podnikatelky nerozporovala. Protože tedy nebyly předloženy žádné důkazy, které by mohly možnost liberace připouštět, odpovídala za obsah reklamy společnost BellaSalute jako zadavatel společně a nerozdílně.

Podle ustanovení § 2 odst. 1 písm. b) zákona o regulaci reklamy se zakazuje reklama, která je nekalou obchodní praktikou podle zvláštního právního předpisu (zákon o ochraně spotřebitele). Podle ustanovení § 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 jejímu působení 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 č. 1 písm. u) zákona o ochraně spotřebitele se 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.

Jak již bylo uvedeno, společnost BellaSalute zadala reklamu na doplněk stravy IVYBEARS, přičemž její obsah a formu sdělení ponechala plně na tvořivosti podnikatelky. Ta reklamu zpracovala a následně šířila tak, že její objektivně komerční a účelový původ nebyl pro spotřebitele dostatečně rozlišitelný. Tento stav lze přičíst tomu, že obrazový komentovaný příspěvek na doplněk stravy IVYBEARS nebyl jako reklama žádnou přijatelnou formou označený. Pozitivní hodnocení produktu podnikatelkou z pozice spotřebitele zastíralo skutečný reklamní charakter příspěvku. Reklama na doplněk stravy IVYBEARS tak výrazně omezila právo spotřebitele na přiměřenou sebeobranu proti jejímu nežádoucímu působení, dotkla se i práva spotřebitele na svobodnou volbu informačního obsahu, jehož vlivu se chce nechat vystavit. Ve své podstatě byla reklama od začátku koncipována tak, že vyvolávala dojem, že se nejedná o podporu podnikatelské činnosti. Tento způsob jednání je podle zákona o ochraně spotřebitele považován za nekalou obchodní praktiku.

Reklama na doplněk stravy IVYBEARS nebyla navíc označena povinnou informací podle ustanovení § 5d odst. 3 zákona o regulaci reklamy, podle kterého musí reklama na doplněk stravy obsahovat zřetelný, v případě tištěné reklamy dobře čitelný, text "doplněk stravy".

Odpovědnost za přestupkové jednání byla tedy společně a nerozdílně přenesena i na společnost BellaSalute jakožto zadavatele předmětné reklamy.

Podezření ze spáchání dvou přestupků, a to přestupku podle § 8a odst. 2 písm. b) a přestupku podle § 8a odst. 2 písm. d) zákona o regulaci reklamy, kterého se dopustila společnost BellaSalute jako zadavatel reklamy bylo krajským živnostenským úřadem zachyceno   
v protokolu č.j.KUKHK–7927/SKZ/2020-2. Práva podat námitky proti kontrolnímu zjištění společnost BellaSalute nevyužila. Protože krajský živnostenský úřad považuje skutkové zjištění za dostatečné a objektivně zjištěné, rozhodl se v souladu s § 150 odst. 2 správního řádu k vydání rozhodnutí příkazem. V souladu s ustanovením § 35 přestupkového řádu   
přistoupil k uložení správního trestu pokuty, neboť pouze peněžitý trest dostatečně reflektuje zájem zákonodárce chránit společnost před nežádoucími vlivy reklamy.

Za přestupek podle § 8a odst. 2 písm. b) zákona o regulaci reklamy lze uložit pokutu do 5.000.000 Kč. Za přestupek podle § 8a odst. 2 písm. d) zákona o regulaci reklamy lze uložit pokutu do 2.000.000 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. V projednávaném případě je nejpřísněji trestný přestupek podle § 8a odst. 2 písm. b) zákona o regulaci reklamy.

Při určení výměry pokuty přihlédl krajský živnostenský úřad v souladu s ustanovením   
§ 37 přestupkového řádu zejména k povaze a závažnosti přestupku, k přitěžujícím   
a polehčujícím okolnostem a rovněž k povaze činnosti právnické osoby.

Povaha a závažnost přestupku je podle § 38 přestupkového řádu dána zejména významem zákonem chráněného zájmu, který byl přestupkem porušen nebo ohrožen, významem   
a rozsahem následku přestupku, způsobem a okolnostmi spáchání přestupku, v neposlední řadě též délkou doby protiprávního jednání.

Bylo prokázáno, že společnost BellaSalute porušila zákonem chráněný zájem, když prostřednictvím porušení zákona o regulaci reklamy narušila práva spotřebitele. Je potřeba brát v úvahu, že zákon o regulaci reklamy je jeden z prostředků veřejnoprávní regulace kodifikující práva chránící zájmy spotřebitelů. Právě závadová reklama šířená prostřednictvím sociálních sítí může negativně působit na široké spektrum spotřebitelů. Přihlédnutím k povaze činnosti právnické osoby živnostenský úřad konstatuje, že obchodní společnost je obecně subjektem založeným za účelem tvorby zisku, kde je i reklama porušující zákon stále podpůrným prostředkem podnikatelské činnosti.

Z pohledu významu a rozsahu následku obou přestupků krajský živnostenský úřad konstatuje, že jejich společenská škodlivost byla v podstatě shledána pouze ve vlastním naplnění jejich skutkové podstaty, kdy mohlo teoreticky dojít k omezení práva spotřebitele, žádná jiná souvislost s protiprávním jednáním však zjištěna nebyla.

Uvedených přestupků se společnost BellaSalute dopustila konkrétního dne, tj. 10.02.2019 tím, že zadala předmětnou reklamu. V obou případech se tedy jedná o jednorázový přestupek, jak ostatně vyplývá z výroku. Zadání, zpracování a šíření reklamy je však kontinuitním jednáním dvou subjektů a na problematiku délky trvání protiprávního jednání je potřebné pohlížet   
i z tohoto hlediska. Závadová reklama byla podnikatelkou šířena od 28.02.2019 až do zásahu dozorového orgánu (KŽÚ Moravskoslezského kraje), tedy do 31.01.2020, přičemž společenskou škodlivost lze shledat právě v jejím šíření. Závadová reklama byla téměř celý rok šířena prostřednictvím sociálních sítí, po celou tuto dobu tedy mohla přímo působit na spotřebitele. Škodlivost jednání však nelze výhradně přisoudit pouze šiřiteli, neboť existuje společná a nerozdílná odpovědnost obou subjektů za obsah předmětné reklamy. Po celou dobu trvání protiprávního jednání, tedy od zadání reklamy až po ukončení jejího šíření na sociálních sítích, nedošlo ani z jedné strany ke korekci závadové reklamy, na délce protiprávního stavu tedy participovaly oba subjekty.

Jako k polehčující okolnosti přihlédnul krajský živnostenský úřad k tomu, že společnost BellaSalute spolupracovala se správním orgánem, svoji vinu uznala a z přestupkového řízení se poučila. Jedná se navíc o první pochybení, kterého se v rámci své podnikatelské činnosti ve vztahu k zákonu o regulaci reklamy dopustila.

Krajský živnostenský úřad se tedy po zvážení všech shora uvedených skutečností rozhodl uložit společnosti BellaSalute 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 působit preventivně tím, že přiměje společnost k větší aktivitě při zjišťování informací o povinnostech, které se týkají legálního provozování reklamy   
a marketingu v oblasti sociálních sítí.

b) **Řízení s podnikající fyzickou osobou**:

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 podnikatele, 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 podnikatel zpracoval a následně prostřednictvím sociální sítě začal od 01.10.2019 šířit obrazový komentovaný příspěvek, kde je na barevném snímku zachycen, jak drží v ruce originální balení konopného rostlinného produktu „WEEDO“ (název lze na snímku přečíst). Příspěvek komentoval následovně: „Mám pro vás soutěž 18+ o 20 g CBD. Je to easy, stačí hodit follow @\_weedo.cz a do komentu pod tuhle fotku označit 2 tvý kámoše. Sledovat mě a mrsknout like na tuhle fotku je samozřejmost! 8.10. vyberu jednoho výherce, a CBD pošleme. Držím palce friends!“ Tento příspěvek podpořilo v průběhu 7 týdnů od jeho zveřejnění na sociální síti minimálně 6914 uživatelů sociální sítě hodnocením „To se mi líbí.“ 283 uživatelů sociální sítě ho v tomto období blíže komentovalo.

Kontrolou bylo dále zjištěno, že pan podnikatel zpracoval a následně prostřednictvím sociální sítě začal od 13.11.2019 šířit další obrazový příspěvek, kde je na barevném snímku zachycen, jak drží v ruce smotek konopného rostlinného produktu „eighty8“. Několik originálních balení toho produktu (název lze na snímku přečíst) měl naaranžovaných na stolku umístěném před sebou. V svém komentáři uváděl: „Čauko, co vy a CBD? Jaký na něj máte názor? Je to dost velkej rozdíl od klasiky, ale má to celkem dost výhod. Za mě je zatím TOP Haze s 16% od @eighty8.cz. Domluvil jsem pro vás 10% slevu s kódem „fayne 10“. Takže jestli máš chuť, určitě objednej. Ve stories najdeš odkaz. Mějte se faynově!“ Tento příspěvek podpořilo během 6 dnů od jeho zveřejnění na sociální síti minimálně 7 130 uživatelů sociální sítě hodnocením „To se mi líbí.“

Zjištěn byl i obrazový komentovaný příspěvek zveřejněný dne 26.11.2019, kde pan podnikatel leží na pohovce a v ruce přitom drží elektronickou cigaretu. Tento obrazový příspěvek komentoval následovně: „*Pouze pro 18+. Co vy a vapování? Já jsem se k tomu nějak nedostal, ale když mi napsali @skyl\_cz, abych vyzkoušel jejich vapo, tak jsem hned souhlasil. Musím říct, že to není vůbec špatný, nejvíc mě jede asi příchuť ananas-mango, hehe to zní jako nějaký bubble tea. Skyl obsahuje nikotin, takže mi to kolikrát zažene chuť na cigaretu. Kdybyjste měli zájem o tohle vapo, který zaručuje 99% čistotu vyzkoušet, tak mrkněte na jejich instagram @skyl\_cz. #vapovani#ad.*“Tento příspěvek propagující náplně do elektronických cigaret označilo již 1. den po jeho zveřejnění na sociální síti minimálně 8 707 uživatelů sociální sítě hodnocením „To se mi líbí.“

V prvních dvou příspěvcích tedy pan podnikatel propagoval konopné rostlinné produkty „eighty8“ a „WEEDO“. Vedle nepřehlédnutelného vizuálního aranžmá příspěvků, byla jejich prezentace založena také na jeho subjektivně pozitivním hodnocení, a rovněž na benefitech, které spotřebitelům buď v podobě 10% slevy, nebo formou výherní soutěže, kterou spoluorganizoval, nabízel. Komerční charakter těchto příspěvků byl zřejmý a spolu s veřejně deklarovanými benefity ho stavěl na roveň prodávajícího. Ověřením dat z živnostenského rejstříku bylo zjištěno, že pan podnikatel je od 19.08.2016 podnikající fyzickou osobou, s živnostenským oprávněním k provozování živnosti ohlašovací volné „Výroba, obchod a služby neuvedené v přílohách 1 až 3 živnostenského zákona“ (s obory této živnosti úzce souvisejícími s jeho předmětnými aktivitami provozovanými na sociální síti). Tato skutečnost, podpořená zjevně komerčním charakterem jednotlivých příspěvků, nasvědčovala tomu, že uživatel sociální sítě pan podnikatel (dále jen „podnikatel“) jedná v rámci své podnikatelské činnosti.

Kontrolou bylo zjištěno, že prezentace uvedených příspěvků cíleně směřovala na stránky prodejců konopných rostlinných produktů, se kterými podnikatel prokazatelně spolupracoval, konkrétně na stránky https://www.eighty8.cz/ a stránky https://weedo.cz/.

Z výše uvedených příspěvků bylo zřejmé, že podnikatel zpracoval a následně začal šířit reklamu. Stejný účel však již nemusel být zcela zřejmý případnému spotřebiteli, protože reálně nemusel rozpoznat, že podnikatelovy příspěvky mají ve skutečnosti reklamní charakter. To mohlo být zapříčiněno zejména tím, že podnikatel své příspěvky s prezentací rostlinných konopných produktů, poté co je ve dnech 1.10.2019 a 13.11.2019 zveřejnil prostřednictvím sociální sítě, jako reklamu žádným vhodným způsobem neoznačil. V kombinaci s jeho neformálními komentáři, se tak mohli někteří z návštěvníků podnikatelových stránek

(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 „eighty8“, 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 „eighty8“, objektivně komerční a účelový původ uvedeného příspěvku však není pro spotřebitele z jeho obsahu a formy sdělení dostatečně rozlišitelný. Podnikatelova prezentace konopných rostlinných produktů „eighty8“ a „WEEDO“ je reklamou, která však, protože nebyla jako reklama žádnou přijatelnou formou označená, 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 šiřitele 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 jejímu působení 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.makla.cz/. 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 Skyl. 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 letácích, 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 šiřitel 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 šiřitel   
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 přestupkové 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 Weedo 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 přestupkové 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 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, že přestupek podle § 8a odst. 1 písm. n) zákona o regulaci reklamy (tedy šíření zakázané reklamy) je v tomto případě nejzávažnější. 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). To, že má podnikatel k předmětné činnosti příslušné živnostenské oprávnění považuje krajský živnostenský úřad za jednu z polehčujících okolností. Všech tří přestupků 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 kontinuitního konání, mají shodný základ skutkové podstaty a liší se pouze formou provedeného 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 přihlédnout 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 nezbývá 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.

c) **Řízení s fyzickou osobou**:

Krajský živnostenský úřad jako dozorový orgán nad dodržováním povinností podle zákona o regulaci reklamy obdržel dne 04.02.2020 podání týkající se možného protiprávního jednání obviněné na sociální síti Instagram. Konkrétně měla obviněná svými komentovanými obrazovými příspěvky porušovat zákon o regulaci reklamy.

Na základě došlého podnětu prověřil krajský živnostenský úřad obsah jednotlivých obrazových příspěvků průběžně zveřejňovaných obviněnou prostřednictvím jejího profilu na sociální síti. Krajský živnostenský úřad dospěl po jejich důkladné analýze 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. Předmětný reklamní příspěvek k doplňkům stravy Ladylab shledal důvodným k zahájení řízení.

Kontrolou bylo zjištěno, že obviněná dne 16.10.2019 zpracovala obrazový komentovaný příspěvek, který byl reklamou na doplňky stravy Ladylab. Následně začala téhož dne prostřednictvím sociální sítě reklamu šířit. Na https://www.instagram.com byla předmětná reklama dostupná minimálně k datu zahájení tohoto řízení, tj. do 03.03.2020. Reklama zachycovala nezletilou dívku, podle obsahu dalších příspěvků obviněné se jednalo   
o její dceru (roč. 2018), sedící na nábytku. Dívka byla oblečena do růžového trička s reklamním nápisem Ladylab. Obklopena byla originálními baleními produktů doplňků stravy pro ženy zn. Ladylab, které šlo vizuálně identifikovat jako produkty ACAII BOOST, CARNITIN, NIGHT BURNER, DETOX, FAT KILLER TURBO, Snicker lover, BCCA, PROTEIN Vanilla. Příspěvek, který označilo 327 uživatelů sociální sítě odkazem „to se mi líbí“ a 94 uživatelé se k němu přímo vyjádřili, komentovala obviněná následovně „Moje malá fitnesska Ladylabka. Kdo má také doma na cvičení malé pomocníčky? A kdo také užívá @ladalabgirl?“ Komentář přitom obviněná doplnila klíčovými slovy odkazujícími na blogy s převážně dětskou tematikou např. #nelly, #mojedcera, #babygirl, #mydauther, #baby, #mimi, #nellinka, #littlebaby. Primárně však svými vloženými odkazy @ladylabigirl #ladylab, #ladylabbaby směřovala uživatele na stránky https://ladylab.cz (e-shop, provozovatel Petr Pravda, IČO 74250272), tedy na stránky prodejce produktů doplňků stravy pro ženy.

Tento příspěvek byl reklamou na doplňky stravy Ladylab. Nasvědčovalo tomu jak zcela nesporné reklamní aranžmá jednotlivých produktů doplňků stravy doplněné příslušným komentářem, tak i jednoznačně komerční charakter příspěvku, svědčící o zainteresovanosti obviněné na podpoře prodeje zboží. Ten je patrný z toho, že obviněná prostřednictvím svého profilu nabízela potenciálním zákazníkům 15% slevu na doplňky stravy, a to ve formě vlastního slevového kódu @ladylabgirl-nelly15. Je zřejmé, že tento benefit mohl být takto veřejně deklarován pouze na základě určitého smluvního ujednání mezi prodejcem doplňků stravy a obviněnou. Zjevná angažovanost obviněné na prodeji doplňků stravy ji stavěla na roveň prodávajícího.

Z výše uvedeného bylo zřejmé, že obviněná účelově zpracovala a následně začala šířit reklamu. Že se o reklamu jedná však nemuselo být zcela zřejmé ostatním návštěvníkům jejích stránek (v té době měla obviněná podle úvodních profilových informací 19,5 tisíc sledujících), které mohl příspěvek potenciálně oslovit, protože ve skutečnosti nemuseli rozpoznat, že jsou díky dětskému charakteru příspěvku primárně vystaveni vlivu reklamy na produkty, které jsou určeny pro dospělé. Tento stav mohl být zapříčiněn zejména tím, že obviněná svůj příspěvek žádným vhodným způsobem jako reklamu neoznačila. Vedle výše uvedené absence povinného označení „doplněk stravy“ chyběla i jakákoliv informace, ze které by se dalo poznat, že se o samotnou reklamu jedná. Skutečný původ reklamního příspěvku nebyl pro uživatele sociální sítě, tedy případné spotřebitele, z jeho obsahu a formy sdělení dostatečně rozlišitelný. K tomu mohly napomoci nejen chybějící informace, ale i jeho celková koncepce. V obrazové části to byla kombinace malého dítěte s doplňky stravy pro ženy, v komentáři to byla výše uvedená klíčová slova odkazující na blogy s dětskou tematikou v kombinaci s vloženými odkazy #ladylalabbaby, #ladylab, případně @ladylabgirl, které, byť se jevily jako tematicky stejně dětsky zaměřené, směřovaly výhradně na stránky s doplňky stravy pro ženy. Navíc využití malé dcery k aranžmá předmětné reklamy je diskutabilní, neboť uvedené doplňky stravy, které slouží k redukci váhy, případně k detoxikaci lidského organismu, nejsou podle informací dostupných ze stránek prodejce vhodné pro děti, těhotné a kojící ženy, případně pro osoby se zdravotními riziky. Prezentace doplňků stravy Ladylab byla reklamou, která však, protože nebyla jako reklama označená, výrazně omezovala právo spotřebitele na přiměřenou sebeobranu proti nežádoucímu působení reklamy a právo svobodné volby informačního obsahu, jehož vlivu se chce spotřebitel nechat vystavit. Svůj příspěvek obviněná koncipovala tak, že reálně vyvolávala dojem, že je pouze spotřebitelem jako ostatní, což je markantní z její snahy otevřít jakési diskusní fórum na téma zkušenosti s doplňky stravy. Za názorem spotřebitele se však skrývala podpora podnikatelské činnosti. Tento způsob jednání je považován za nekalou obchodní praktiku.

Podle ustanovení § 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 jejímu působení 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 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.

Předmětná reklama na doplňky stravy je podle ustanovení § 2 odst. 1 písm. b) zákona   
o regulaci reklamy jako nekalá obchodní praktika zakázána.

Na základě uvedených zjištění přistoupil krajský živnostenský úřad k zahájení přestupkového řízení. Přestupkové řízení bylo zahájeno dne 03.03.2020, poté co byla obviněné doručena písemnost oznámení o zahájení přestupkového řízení č.j.KUKHK-5686/SKZ/2020-2. 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 obviněné navrženo.

Ústní jednání bylo dne 16.03.2020 vzhledem na vládou ČR vyhlášený nouzový stav telefonicky zrušeno. Obviněné bylo umožněno vyjádřit se k zahájenému řízení písemně. V dopisu ze dne 18.03.2020 obviněná uvedla, že si je vědoma svých chyb, ze kterých se poučila. Předmětný příspěvek již ze svého profilu stáhla. Obviněná dále uvedla, že se přestupkového jednání dopustila neúmyslně, z důvodu neznalosti zákona. Právní problematice spojené s reklamou na internetu bude do budoucna věnovat větší pozornost. K osobním poměrům obviněná uvedla, že je samoživitelkou pobírající příspěvek na bydlení. Za reklamní příspěvek obdržela pouze produkt (barter), písemnou smlouvu neuzavřela, nemá IČO.

V souladu s § 36 odst. 3 správního řádu umožnil krajský živnostenský úřad obviněné vyjádřit se k podkladům rozhodnutí. Písemnost č.j.KUKHK-5686/SKZ/2020-6 ze dne 06.04.2020 převzala obviněná dne 09.04.2020, svého práva již nevyužila.

Protože krajský živnostenský úřad považuje skutkové zjištění za dostatečné a objektivně zjištěné, přistoupil v souladu s ustanovením § 35 přestupkového řádu k uložení správního trestu, v tomto případě k uložení pokuty, neboť pouze peněžitý trest dostatečně reflektuje zájem zákonodárce chránit společnost před nežádoucími vlivy reklamy.

Za přestupek podle § 8 odst. 1 písm. o) zákona o regulaci reklamy lze uložit pokutu do 500.000 Kč. Za přestupky podle § 8 odst. 1 písm. b), § 8 odst. 3 písm. b) a § 8 odst. 3 písm. d) zákona o regulaci reklamy lze uložit pokutu do 2.000.000 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 vztahující se na přestupek nejzávažnější.

Podle uvedeného právního předpisu jsou tedy za nejpřísněji trestné považovány hned tři přestupky se shodnou horní sazbou pokuty do 2.000.000 Kč. Krajský živnostenský úřad vyhodnotil, že přestupek podle § 8 odst. 1 písm. b) zákona o regulaci reklamy, tedy šíření reklamy, která je nekalou obchodní praktikou, je vzhledem k míře jeho společenské škodlivosti přestupkem nejzávažnějším.

Závažnost protiprávního jednání je z výše uvedených sazeb pokut zřejmá. Při určení výměry pokuty v případě obviněné přihlédl krajský živnostenský úřad v souladu s ustanovením § 37 přestupkového řádu zejména k povaze a závažnosti přestupku, rovněž k osobním poměrům obviněné, v úvahu vzal i případné přitěžující či polehčující okolnosti.

Povaha a závažnost přestupku je podle § 38 přestupkového řádu dána zejména významem zákonem chráněného zájmu, který byl přestupkem porušen nebo ohrožen, významem   
a rozsahem následku přestupku, způsobem a okolnostmi spáchání přestupku, v neposlední řadě též druhem a mírou zavinění a délkou doby protiprávního jednání.

Bylo prokázáno, že obviněná porušila zákonem chráněný zájem, neboť zákon o regulaci reklamy je jeden z prostředků veřejnoprávní regulace kodifikující práva chránící zájmy spotřebitelů. Právě závadová reklama šířená prostřednictvím sociálních sítí může negativně působit na široké spektrum spotřebitelů.

Z pohledu významu a rozsahu následku uvedených přestupků krajský živnostenský úřad konstatuje, že jejich společenská škodlivost byla v podstatě shledána pouze ve vlastním naplnění jejich skutkové podstaty, kdy mohlo teoreticky dojít k omezení práva spotřebitele, žádná jiná souvislost s protiprávním jednáním však zjištěna nebyla. Všech přestupků se obviněná dopustila z nedbalosti, v rámci jednoho právního předpisu. Okolnost, že spáchala více přestupků nelze v tomto případě bezvýhradně považovat za přitěžující okolnost, neboť je zřejmé, že tyto přestupky byly spáchány ve vazbě k jediné reklamě, k jejich nárůstu došlo díky provedeným úkonům ve vztahu k realizaci reklamy. K protiprávnímu jednání docházelo i díky zásahu dozorového orgánu během relativně krátkého období.

Jako k polehčující okolnosti přihlédnul krajský živnostenský úřad k tomu, že obviněná spolupracovala se správním orgánem, svoji vinu uznala, nedostatek odstranila a z přestupkového řízení se poučila. Současně se jedná o první pochybení, kterého se obviněná ve vztahu k zákonu o regulaci reklamy dopustila.

Krajský živnostenský úřad se tedy po zvážení všech uvedených skutečností rozhodl   
i s ohledem k osobním poměrům obviněné uložit pokutu při spodní hranici zákonné sazby. Její výši 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 působit preventivně tím, že přiměje obviněnou   
k větší aktivitě při zjišťování informací o povinnostech, které se týkají legálního provozování reklamy a marketingu v oblasti sociálních sítí.

Protože byla obviněná uznána vinnou z přestupku, je povinna podle 2. části výroku nahradit náklady řízení paušální částkou ve výši 1.000 Kč. Tato povinnost se ukládá v souladu

s ustanovením § 95 odst. 1 přestupkového řádu. Výše paušální částky vychází z prováděcího předpisu, konkrétně z § 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. Podle § 79 odst. 5 správního řádu lze v případě hodných zvláštního zřetele výši částky na požádání snížit, důvody pro snížení částky správní orgán neshledal.