

Účastníkovi řízení se ukládá povinnost do pěti pracovních dnů ode dne doručení tohoto rozhodnutí nahradit náklady řízení paušální částkou 1 000 Kč podle ustanovení § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb. a § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb. na účet č. 3711-19223001/0710, vedený u České národní banky, variabilní symbol 2010315.

Odůvodnění:

1. Zahájení správního řízení

Provozovatel, Stanice O, a.s., má oprávnění k provozování televizního vysílání programu O na základě licence udělené rozhodnutím Rady č.j. Ru/105/02/1377 ze dne 30. dubna 2002.

Provozovatel odvysílal premiérově dne 28. ledna 2010 ve 23:31:53 hodin na programu O spot s označením „reklama“ a dále pak na tomtéž programu uvedený spot do konce ledna 2010 12 krát reprízoval. Jednalo se o spot www.ockomobil.cz, mutace 65. Spot měl délku 52 sekund a divákům v něm byly nabízeny tři hudební hity na mobil. Spot obsahovaly kódy skladeb, interprety a názvy skladeb, hudební ukázky, klipové střihy, telefonní číslo pro objednávku hitů, cenu služby, provozovatele služby a odkaz na web www.ockomobil.cz.

Mutace obchodního sdělení je pracovní označení jedinečné verze obchodního sdělení užívané pro jejich nezaměnitelnou identifikaci. Rozdíly mezi jednotlivými mutacemi mohou být výrazné (stopáž, odlišný komentář), či v některých případech zcela minimální (např. změna jednoho slova ve zvukové složce obchodního sdělení).

Popis spotu (zvuková stopa) mutace 65:

www.ockomobil.cz, mutace 65 – nabídka melodií z hitů Black Eyed Peas – Meet Me Halfway (kód OK 84), Lady GaGa- Bad Romance (kód OK 85) a Britney Spears- 3 (kód OK 86). Melodie lze objednávat na čísle 900 11 40 (v ČR) nebo na čísle 66 71 (na Slovensku). Cena jedné melodie je 40,- Kč (rovná se ceně jedné SMS zprávy). Službu zajišťuje ATS Praha. Další informace na www.ockomobil.cz.

Právní úprava dle zákona č. 231/2001 Sb.:

Dle ustanovení § 2 odst. 1 písm. n) se reklamou rozumí jakékoli veřejné oznámení, vysílané za úplaty nebo obdobnou protihodnotu nebo vysílané za účelem vlastní propagace provozovatele vysílání, s cílem propagovat dodání zboží nebo poskytnutí služeb za úplaty, včetně nemovitého majetku, práv a závazků.

Dle ustanovení § 2 odst. 1 písm. r) se teleshoppingem rozumí přímá nabídka zboží, a to včetně nemovitého majetku, práv a závazků, nebo služeb, určená veřejnosti a zařazená do rozhlasového či televizního vysílání za úplaty nebo obdobnou protihodnotu.

Vyjdeme-li z výše uvedeného přehledu, spot www.ockomobil.cz (mutace 65) obsahoval všechny základní a určující znaky teleshoppingu vyplývající ze zákonné definice, kterými jsou právě ona přímá prezentace/nabídka produktu (nabídka melodií), popis produktu (melodie z hitu a jejich označující kódy), cena (40 Kč za zaslanou objednávkovou SMS zprávu) a kontakt pro přímé objednání (telefonní číslo pro Českou i Slovenskou republiku).

Spot je koncipován jako přímé marketingové oslovení příjemce, nikoli jako veřejné oznámení určené k podpoře prodeje produktů či služeb společnosti vysílané za úplaty či jinou protihodnotu.

Tím byly naplněny zákonné definiční znaky teleshoppingu dle ustanovení § 2 odst. 1 písm. r) zákona č. 231/2001 Sb., nikoli reklamy. Spot je nutno hodnotit jako

teleshopping, na této skutečnosti nice nemění ani formální označení „reklama“, pod kterým byl spot zařazen do vysílání.

Zákon č. 231/2001 Sb., ve znění platném do 31. května 2010, stanovuje v § 48 odst. 4 písm. a) povinnost provozovateli vysílání zajistit, aby reklamy a teleshopping byly rozeznatelné a u provozovatele rozhlasového vysílání zřetelně zvukově, u provozovatele televizního vysílání zřetelně zvukově, obrazově či zvukově-obrazově oddělené od ostatních částí programu.

Citované ustanovení říká, že reklama a teleshopping mají být rozeznatelné a oddělené od ostatních částí programu. Z tohoto dovozujeme, že zejména rozeznatelnost se nevztahuje pouze k ostatním částem programu, ale i k oběma institutům navzájem; divák proto musí jednoznačně rozeznat, zda sleduje reklamu, teleshopping nebo pořad/ostatní části programu. Důležité je posouzení obsahu spotu nikoli pouze jeho forma, resp. označení. Tento závěr je patrný i ze samotného faktu, že zákonodárce rozlišuje oba instituty jak v definičních ustanoveních zákona, tak posléze v celém textu zákona.

V daném případě byl teleshoppingový spot zařazen v rámci reklamy. Divák tak byl uveden v omyl o povaze prezentace, neboť z jejího označení bylo možné odvodit, že se jedná o reklamu, avšak podle obsahu spotu se zjevně jednalo o přímou nabídku zboží, tedy teleshopping. Odvysíláním teleshoppingového spotu www.ockomobil.cz (mutace 65) v rámci reklamy provozovatel vysílání porušil ustanovení § 48 odst. 4 písm. a) zákona č. 231/2001 Sb. – tj. povinnost zajistit, aby reklama a teleshopping byly snadno rozeznatelné a jako takové správně a jednoznačně označeny a odlišeny.

Na základě této skutečnosti Rada na svém 6. zasedání 2010 rozhodla o zahájení správního řízení pro možné porušení ustanovení § 48 odst. 4 písm. a) zákona č. 231/2001 Sb., ve znění platném v době spáchání jiného správního deliktu.

Oznámení o zahájení správního řízení bylo účastníku řízení doručeno dne 8. dubna 2010 a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení ve věci. Účastníku řízení byla zároveň stanovena lhůta pro písemné vyjádření ve věci.

2. Vyjádření účastníka řízení

Účastník se k věci vyjádřil dopisem ze dne 29. dubna 2010, kde uvádí:

Především bychom rádi zdůraznili, že ohledně spotů, které jsou předmětem tohoto správního řízení, zahájila Rada s naší společností správní řízení již 8. dubna 2008, a to pod sp.zn. 2008/590/STO. Spoty byly v té době vysílány v rámci tzv. selfpromo naší společnosti. Argumenty, které jsou uvedené v našem vyjádření ze dne 19. května 2008 jsou stále aktuální, pouze technickým provozovatelem je znovu ATS Praha. Rada se však s našimi argumenty neztotožnila a dne 29. července 2008 vydala upozornění na porušení zákona, jmenovitě porušení ustanovení § 48 odst. 4 písm. a) Zákona s tím, že v odůvodnění tohoto upozornění je v rámci „Stanoviska Rady“ (mimo jiné) uvedeno:

„Není pochyb, že odvysíláním spotu Stáhní si zvonění... dne 21. března 2008 v 16:20 hodin na programu O, se jednalo o odvysílání reklamy....“

Přestože se naše společnost s tímto stanoviskem Rady neztotožnila a neztotožňuje, zařadila na základě shora uvedeného upozornění sp.zn. 2008/590/foI/STO spoty do vysílání reklamy. K argumentům uvedeným ve vyjádření ze dne 19. května 2008 bychom rádi přidali jednak důkaz toho, že se jedná o standardní službu související s vysíláním, a to náhled obrazovky hudební stanice VIVA, která informaci o možnosti stáhnout si příslušnou melodii jako vyzváněcí tón uvádí přímo ve standardní klipové liště. Navíc i ostatní provozovatelé vysílání v České republice v rámci vlastní selfpromo upozorňují na ostatní služby, které s vysíláním souvisí více (např. odkazy přímo ve vysílání televize Nova na specializovaný web pořadu

Televizní noviny tn.cz), méně (např. odkazy ve vysílání České televize na zpravodajský portál www.ct24.cz), popř. s vysíláním nesouvisí vůbec (např. upoutávky ve vysílání televize Nova na internetový katalog zboží Vybereme.cz).

Přestože od jeho doručení, tzn. od 29.4.2008 do dnešního dne nedošlo k žádné změně Zákona v oblasti definice reklamy, Rada od konce listopadu 2009 doručila naší společnosti celkem 24 nových upozornění, ve kterých sděluje, že spot není reklamou, ale teleshoppingem a že naše společnost porušila ustanovení § 48 odst. 4 písm. a) Zákona tím, že spoty odvysílala v rámci vysílání reklamy, tzn. spoty byly označeny jako reklama.

Mezi základní zásady správního řízení patří zásada legality (zákonnosti), ochrana dobré víry a předvídatelnost rozhodnutí správního orgánu (viz zejména ustanovení § 2 správního řádu). Pokud se tedy naše společnost v dobré víře zachovala dle upozornění Rady sp.zn. 2008/590/FOL/STO, pak posouzení tohoto jednání jako porušení zákona, jmenovitě ustanovení § 48 odst. 4 písm. a) Zákona a následné uložení jakékoliv sankce za takové jednání, je v rozporu s těmito základními zásadami správního řízení.

Pokud se týká definice reklamy a teleshoppingu tak, jak je uvedena v odůvodnění upozornění sp.zn. 2010/315/vav/STO, s touto se v žádném případě nemůžeme ztotožnit. Výklad provedený Radou je, podle našeho názoru, v rozporu s ustanovením § 2 odst. 4 správního řádu, neboť je v přímém rozporu s veřejným zájmem.

S ohledem na skutečnost, že teleshopping představuje možnost zvýšení limitu komerčního vysílání (nad rámec zákonného limitu reklamy), měla by být ve veřejném zájmu definice teleshoppingu co nejužší tak, aby reklamní spoty nemohly být vysílány (pouze formální úpravou) jako teleshopping.

Rada v odůvodnění „nového“ upozornění stanoví, že divák musí jednoznačně rozeznat, zda sleduje reklamu, teleshopping nebo ostatní (redakční) části programu. Přitom pro tento svůj kategorický závěr neuvádí žádné argumenty. Lze souhlasit s tím, že divák musí poznat, zda sleduje komerční vysílání (tzn. reklamu nebo teleshopping) nebo redakční vysílání. To ostatně vyplývá z ustanovení § 48 odst. 4 písm. a) Zákona. Ale jaký význam a jaký veřejný zájem je na odlišení reklamy od teleshoppingu? Odlišení reklamy a teleshoppingu má význam pouze pro posouzení dodržení povinnosti časového rozsahu reklamy a teleshoppingu v televizním vysílání dle ustanovení § 50 Zákona, tedy má význam nikoliv pro diváka, ale pro Radu. Z ustanovení § 48 odst. 4 písm. a) zákona však nevyplývá povinnost provozovatele odlišit (pro diváka) reklamu od teleshoppingu, a i proto se domníváme, že k žádnému porušení Zákona ze strany naší společnosti nedošlo.

3. Vyjádření k námitkám účastníka řízení:

Účastník řízení, stejně jako ve všech dalších řízeních, týkajících se odvysílání spotu www.ockomobil.cz, opakovaně odkazuje na upozornění na porušení zákona, která mu byla uložena v roce 2008. Tato upozornění se týkala obdobných spotů s tím, že v té době byly tyto spoty Radou považovány za neoddělenou reklamu. Účastník řízení na základě upozornění začal spoty zařazovat do reklamních bloků. Právě proto považuje současné správní řízení za nezákonné, neboť má za to, že učinil opatření v souladu s vydanými upozorněními a tím zjednal nápravu a nyní tedy dle jeho názoru postupuje v souladu se zákonem. Je pravdou, že upozornění, vydaná v průběhu roku 2008, výslovně podřadila dané spoty pod reklamu a požadovala na účastníkovi řízení jejich zařazení do reklamních bloků, respektive jejich označení jako reklamu.

Nicméně, Rada se problematikou teleshoppingu začala zabývat až v roce 2009, kdy také vydala a zveřejnila své stanovisko týkající se prolínání obou institutů v programech provozovatelů. Rada tak reagovala na vývoj ve vysílání a aktuálně nastavený problém, před kterým stála a který bylo potřeba řešit.

Oficiální stanovisko bylo zveřejněno na stránkách Rady a současně byly provozovatelé, tedy včetně Stanice O, a.s., kteří svým jednáním porušovali nastavená aktuální pravidla, upozorněni na porušení zákona a byla jim stanovena lhůta k nápravě.

Účastník řízení tak měl dostatek času a možností seznámit se s novým postojem Rady, který neznámá nelegální postup, ale vývoj v reakci na aktuální vysílání v České republice. Stejně jako je možný vývoj v soudní judikatuře, je možný i vývoj v rozhodnutích správních orgánů.

Budeme-li se věnovat konkrétnímu obchodnímu sdělení, svým obsahem odpovídá klasickému teleshoppingovému shotu, zahrnuje přímou nabídku, konkrétní kontakty, kde lze službu objednat, apod.

Účastník řízení namítá, že Rada neuvedla žádné argumenty, proč by nebylo možné teleshoppingový spot zařadit do klasické reklamy. Domníváme se, že tato skutečnost ale byla již dostatečně osvětlena v zahájení správního řízení.

Ustanovení § 48 odst. 4 písm. a) zákona č. 231/2001 Sb. říká, že teleshopping a reklama musí být rozeznatelné a oddělené od ostatních částí programu; jazykovým výkladem lze jednoznačně dospět k závěru, že rozeznatelnost i oddělenost se týká i obou institutů navzájem, nejen ve spojitosti k ostatním částem programu; obě formy komerční komunikace mají vlastní definici, zákon s nimi pracuje jednotlivě a je tedy třeba je odlišovat, ať už to provozovatel považuje za bezpředmětné z pohledu diváka či nikoliv. Je tomu tak proto, že limit reklamy ve vysílání je časově omezen, tedy regulační orgán musí mít možnost zjistit tento časový údaj, současně je chráněn i spotřebitel, který má právo vědět, jakou část vysílání sleduje, jak může být ovlivňován. V neposlední řadě je třeba mít na zřeteli, že zákonodárce takové pravidlo stanovil, proto je provozovatel vysílání povinen jej dodržovat.

Rada na svém 13. zasedání konaném dne 22. června 2010 provedla důkaz zhlédnutím záznamu spotu www.ockomobil.cz (mutace 65), který byl premiérově odvysílán dne 28. ledna 2010 v čase 23:31:53 hodin na programu O (viz Protokol o provedení důkazu dne 22. června 2010).

S ohledem na výše uvedené rozhodla Rada na svém 13. zasedání konaném dne 22. června 2010 uložit provozovateli, Stanice O, a.s., pokutu ve výši 5 000 Kč za porušení ustanovení § 48 odst. 4 písm. a) zákona č. 231/2001 Sb., kterého se dopustil zařazením teleshoppingového spotu www.ockomobil.cz (mutace 65) do reklamního bloku, s premiérou vysílání dne 28. ledna 2010 v čase 23:31:53 hodin a dále ve 12 reprízách do konce ledna 2010 (dle výpisu) repríz na programu O.

Rozhodnutí o uložení pokuty bylo účastníku řízení doručeno dne 7. července 2010.

4. Soudní řízení

Proti uvedenému rozhodnutí podal účastník řízení žalobu k Městskému soudu v Praze.

Dne 19. května 2011 byl Radě doručen rozsudek Městského soudu v Praze č.j. 8 A 209/2010-34-36 ze dne 19. dubna 2011, kterým bylo zrušeno rozhodnutí Rady spis.zn. 2010/315/vav/STO, č.j. vav/2145/2010 ze dne 22. června 2010, kterým byla provozovateli, Stanice O, a.s., uložena pokuta ve výši 5 000 Kč za porušení ustanovení § 48 odst. 4 písm. a) zákona č. 231/2001 Sb., kterého se dopustil zařazením obchodního sdělení na produkt www.ockomobil.cz (mutace 65) na programu O ve dnech 28. ledna 2010 až 31. ledna 2010 v celkem 13 případech, čímž se dopustil porušení povinnosti provozovatele vysílání zajistit, aby reklamy a teleshopping byly rozeznatelné a u provozovatele rozhlasového vysílání zřetelně zvukově, u provozovatele televizního vysílání zřetelně zvukově, obrazově či zvukově-obrazově oddělné od ostatních částí programu.

Zrušující důvod:

Městský soud shledal důvodnou námitku žalobkyně, že ze zákona nevyplývá povinnost odlišit reklamu od teleshoppingu. Soud konstatoval, že zákon č. 231/2001 Sb. v ustanovení § 48 odst. 4 písm. a) neobsahuje výslovný požadavek na vzájemné odlišení reklamy a teleshoppingu. Podle této normy je provozovatel povinen zajistit, aby reklama a teleshopping, tedy komerční vysílání, byly zřetelně oddělené od ostatního vysílání. Vzájemná odlišitelnost a oddělenost reklamy a teleshoppingu tu stanovena není, a bylo by ji možno dovodit pouze výkladem této normy. Rada dle názoru soudu v odůvodnění napadeného rozhodnutí neuvedla žádný vážný a racionální důvod pro takovýto účelový výklad. Rada pouze uvedla, že reklama a teleshopping mají být rozeznatelné a oddělené od ostatních částí programu a z toho dovodila, že zejména rozeznatelnost se nevztahuje pouze na k ostatním částem programu, ale i k oběma institutům navzájem; divák proto musí jednoznačně rozeznat, zda sleduje reklamu, teleshopping nebo pořad/ostatní části programu. Tento svůj závěr však Rada nijak neodůvodnila, nevyložila, z jakých předpokladů vycházela a jakými úvahami k němu dospěla. Naopak soud poukázal na to, že Radou zvolený výklad je pro provozovatele televizního vysílání přísnější a není-li doložen vážný a relevantní důvod pro něj, který by jej jednoznačně upřednostňoval před výkladem mírnějším, pak je na místě přijmout výklad mírnější. Přísnější výklad by znamenal zavedení nové, další povinnosti, která není v zákoně výslovně stanovena. Soud tak dospěl k závěru, že výklad předmětné normy zastávaný Radou je nutno odmítnout a že rozhodnutí o sankci bylo vydáno v rozporu se zákonem.

Z tohoto důvodu Městský soud rozhodnutí Rady zrušil a vrátil věc k dalšímu řízení.

Opětovným posouzením věci se Rada zabývala na svém 12. zasedání konaném dne 28. června 2011, kde po přezkoumání shromážděných důkazních materiálů, vyjádření účastníka řízení a vzetí v potaz příslušné judikatury, přijala rozhodnutí o uložení pokuty ve výši 5 000 Kč.

Správní uvážení Rady:

Rozdíl mezi reklamou a teleshoppingem

Reklamou se dle ustanovení § 2 odst. 1 písm. n) zákona č. 231/2001 Sb. rozumí jakékoliv veřejné oznámení, vysílané za úplaty nebo jinou protihodnotu nebo vysílané za účelem vlastní propagace provozovatele vysílání, určené k podpoře prodeje, nákupu nebo pronájmu výrobků nebo služeb, včetně nemovitého majetku, práv a závazků.

Teleshoppingem se dle ustanovení § 2 odst. 1 písm. r) zákona č. 231/2001 Sb. rozumí přímá nabídka zboží, a to včetně nemovitého majetku, práv a závazků, nebo služeb, určená veřejnosti a zařazená do rozhlasového či televizního vysílání za úplaty či jinou protihodnotu.

Jak je z definic patrné, reklama i teleshopping se týkají stejných kategorií (zboží i služby) s tím, že u teleshoppingu není zdůrazněna možnost vlastní propagace provozovatele vysílání, čímž ale tato možnost není současně vyloučena.

Obě je vysíláno za úplaty či jinou protihodnotu, tedy i forma financování či náhrad je shodná. Rozdíl potom nacházíme ve faktu, že reklama je veřejné oznámení určené k **podpoře prodeje**, nákupu nebo pronájmu, naproti tomu teleshopping je **přímá nabídka** určená veřejnosti.

Jinými slovy, teleshopping se - na rozdíl od reklamy - řadí mezi tzv. „direct marketing“ neboli přímý marketing a zahrnuje všechny marketingové aktivity, při nichž jsou používány komunikační techniky s cílem navázat interaktivní vztah s cílovými osobami (klienty) a to za účelem vyvolání individuální reakce, nejlépe okamžité.

Podle respektované publikace Evropské mediální právo (O. Castendyk, E. Dommering, A. Scheuer, European Media Law, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International, 2008, str. 330 a násl.), se pojem **teleshopping**, rovněž nazývaný „home shopping“ (nakupování z domova), vztahuje k používání televize jako platformy pro obchodní transakce.

Specifika teleshoppingového spotu ve srovnání s reklamou spočívají:

- ve snaze vytvořit interaktivní vztah mezi tvůrcem spotu a divákem (navázání kontaktu, oslovení konkrétní skupiny příjemců) a vyvolání individuální reakce (spočívající v okamžitém zkontaktování prodejce a objednání (nákupu) produktu). Jinými slovy, v případě zájmu diváka o produkt: teleshopping nabízí **okamžitý přímý prodej**, kdežto reklama nutí vyhledat obchodníka nebo kontaktovat výrobce za účelem vytvoření objednávky.
- ve formě – definičním znakem teleshoppingu musí být vždy přímá nabídka obsahující:
 - o konkrétní produkt – přesně specifikovaný výrobek/zboží, který si divák v rámci vysílání prohlíží, dozvídá se jeho přednosti, možnosti využití s tím, že při využití nabídky to bude právě tento typ produktu, který získá. (x reklama - obvykle nabízí produkty značky – např. různé typy aut jedné značky, řady kosmetiky, apod.; a divák se nedozvídá žádné další informace o produktu.)
 - o cenu – teleshoppingový spot se vždy vyznačuje uvedením přesné ceny za prezentovaný produkt; využije-li divák nabídky, ví, za jakou cenu objednává. Obvykle bývají nabízeny další „pomocné“ produkty či dárky zdarma anebo za zvýhodněnou cenu. Časté je také snížení ceny, pokud bude diváková odezva dostatečně rychlá, např. do 30 minut po odvysílání pořadu nebo prvních 20 objednávek, apod. (x reklama – neobsahuje obvykle přímý údaj o ceně, klasicky se z ní dozvídáme „cena již od ...“, případně akční nabídku časově omezenou.)
 - o kontakt, na kterém si divák daný produkt objednává. Nejčastějším údajem je telefonní číslo, dále to může být adresa nebo e-mail. (x v reklamě jsou takové údaje použité spíše ve formě informačních adres či telefonních linek, nikoli přímé adresy na prodej.)
- délce spotu – teleshopping trvá řádově v minutách, reklamní spot vteřiny.
- obsahu spotu – z teleshoppingu se divák dozvídá mnohem více podrobných informací o konkrétním produktu, aby na jejich základě mohl učinit přímou objednávku; reklama se snaží spíše podpořit prodej obecně, zanechat povědomí o produktech, apod.

S ohledem na výše uvedené lze shrnout, že zásadní rozdíl mezi reklamou a teleshoppingem spočívá právě v „přímé nabídce“ s možností individuální okamžité reakce příjemce sdělení.

Zákon č. 231/2001 Sb. tedy důsledně pojem reklama a teleshopping odlišuje, avšak poskytuje jen velmi obecnou oporu pro rozlišení těchto dvou institutů komerční komunikace v praxi. Přitom schopnost odlišit reklamu od teleshoppingu ve vysílání je nutno považovat za zcela zásadní úkol, který s sebou přináší řadu důsledků.

Rada proto přijala dne 1. července 2009 výkladovou analýzu teleshoppingu. V tomto materiálu Rada definovala specifika teleshoppingu a rovněž vymezila základní rozdíly mezi reklamou a teleshoppingem.

Odlišení reklamy a teleshoppingu je principiální otázkou v následujících oblastech činnosti Rady:

- 1) Kontrola naplňování reklamních limitů ve vysílání České televize

Dle zákona č. 304/2007 Sb., článek IV, odstavec 12, čas vyhrazený reklamě v televizním vysílání provozovatele vysílání ze zákona na programu ČT 1 nesmí v období ode dne nabytí účinnosti tohoto zákona do prvního dne kalendářního měsíce následujícího po dni dokončení přechodu zemského analogového televizního vysílání na zemské digitální televizní vysílání přesáhnout 0,75 % denního vysílacího času. Čas vyhrazený reklamě v televizním vysílání provozovatele vysílání ze zákona na ostatních programech nesmí v období ode dne nabytí účinnosti tohoto zákona do prvního dne kalendářního měsíce následujícího po dni dokončení přechodu zemského analogového televizního vysílání na zemské digitální televizní vysílání přesáhnout 0,5 % denního vysílacího času na každém z těchto programů. **Provozovatel vysílání ze zákona může podíl podle předchozích ustanovení zvýšit vysíláním teleshoppingu až na 5 % denního vysílacího času na každém z vysílaných programů.** Vysílání reklam a teleshoppingových šotů u provozovatele vysílání ze zákona v době od 19.00 hodin do 22.00 hodin nesmí překročit 6 minut v průběhu jedné vysílací hodiny na každém z vysílaných programů.

Jak je zřejmé, provozovatel ze zákona, Česká televize, má zákonem velice výrazně omezenou možnost vysílat na svých programech reklamu. Mnohem liberálnější je však zákon k vysílání teleshoppingu. Pokud by Rada neměla k dispozici jasné mantinely pro odlišení teleshoppingu a reklamy, vedla by taková situace ke splynutí těchto dvou typů obchodních sdělení a potažmo k obcházení přísných reklamních limitů. Pod hlavičkou teleshoppingu by se skrývala čistá reklama, možná snad odlišená nabídkou jakýchsi bonusů (zaslání katalogu zájezdů, figurka pohádkové postavičky, zkušební jízda automobilem nebo třeba originální etiketa). Obcházení reklamních limitů ovšem není pouze právní problém, má dalekosáhlé ekonomické důsledky pro fungování mediálního trhu v České republice. Česká televize by tímto počínáním „odebírala“ reklamu komerčním provozovatelům televizního vysílání, kteří jsou existenčně závislí na příjmech z odvysílané reklamy.

Do značné míry podvedeni by pak byli i diváci České televize, plátcí koncesionářských poplatků, kterým v posledních letech bylo mediálně přislíbováno, že platba vyšších koncesionářských poplatků se pozitivně promítne v tom, že na programech České televize nebudou obtěžováni reklamou.

- 2) Kontrola dodržování § 50 odst. 6 zákona č. 231/2001 Sb., které zní: Souvislý teleshoppingový blok trvá bez přerušení alespoň 15 minut a musí být zřetelně označen obrazovými a zvukovými prostředky. Provozovatel televizního vysílání s licencí může v programu, který není zaměřen výhradně na teleshopping, vysílat souvislé teleshoppingové bloky nad rámec časových omezení vysílání reklamy a teleshoppingových šotů podle odstavce 2.

Pokud by nebyla stanovena zcela zřetelná hranice mezi reklamou a teleshoppingem, mohli bychom se v dohledné době dočkat stavu, kdy provozovatelé s licencí začnou vysílat „souvislé reklamní bloky“, trvající bez přerušení více než 15 minut, které ovšem samozřejmě budou vydávat za teleshopping.

Vzhledem k tomu, že Rada si je vědoma vážnosti všech těchto důsledků, zveřejnila přijatý právní rozbor teleshoppingu, zmíněný výše, prostřednictvím svých webových stránek. Na tomto místě se s ním samozřejmě měli a stále mají možnost seznámit i provozovatelé vysílání. Pokud by tak včas učinil účastník řízení, mohl předejít řadě správních řízení a uložených sankcí.

Rada hodnotila předmětný spot jako celek, tedy jak jeho obrazovou část, tak zvukovou část:

Vyjdeme-li z výše uvedeného rozlišení, spot www.ockomobil.cz (mutace 65) obsahoval všechny základní a určující znaky teleshoppingu vyplývající ze zákonné definice, kterými jsou právě ona přímá prezentace/nabídka produktu (nabídka melodií), popis produktu (melodie z hitu a jejich označující kódy), cena (40 Kč za zaslanou objednávkovou SMS zprávu) a kontakt pro přímé objednání (telefonní číslo pro Českou i Slovenskou republiku).

Spot je koncipován jako přímé marketingové oslovení příjemce, nikoli jako veřejné oznámení určené k podpoře prodeje produktů či služeb společnosti vysílané za úplaty či jinou protihodnotu.

Tímto byly naplněny zákonné definiční znaky teleshoppingu dle § 2 odst. 1 písm. r) zákona č. 231/2001 Sb., nikoli reklamy. Spot je nutné hodnotit jako teleshopping, na této skutečnosti nic nemění ani formální označení „reklama“, pod kterým byl spot zařazen do vysílání.

Zákon č. 231/2001 Sb. (ve znění platném do 31. května 2010) stanovuje v § 48 odst. 4 písm. a) povinnost provozovateli vysílání zajistit, aby reklamy a teleshopping byly rozeznatelné a u provozovatele rozhlasového vysílání zřetelně zvukově, u provozovatele televizního vysílání zřetelně zvukově, obrazově či zvukově-obrazově nebo prostorovými prostředky oddělené od ostatních částí vysílání

Citované ustanovení říká, že reklama a teleshopping mají být rozeznatelné a oddělené od ostatních částí programu. Z tohoto dovozujeme, že zejména rozeznatelnost se nevztahuje pouze k ostatním částem programu, ale i k oběma institutům navzájem; divák proto musí jednoznačně rozeznat, zda sleduje reklamu, teleshopping nebo pořad/ostatní části programu.

Důležité je posouzení obsahu spotu nikoli pouze jeho forma, resp. označení.

Tento závěr je patrný i ze samotného faktu, že zákonodárce rozlišuje oba instituty jak v samotných definičních ustanoveních zákona, tak posléze v celém textu zákona.

Pokud by správní orgán nebyl schopen jednoznačně rozeznat a obsahově odlišit ve vysílání oba instituty obchodních sdělení, byl by nucen rezignovat na kontrolu některých zákonných ustanovení (§ 50 odst. 6 zákona č. 231/2001 Sb., článek IV, odst. 12 zákona č. 304/2007 Sb.). V daném případě byl teleshoppingový spot zařazen v rámci reklamy. Divák tak byl uveden v omyl o povaze prezentace, neboť z jejího označení lze dovodit, že se jedná o reklamu, avšak podle obsahu spotu se zjevně jednalo o přímou nabídku zboží, tedy teleshopping. Odvysíláním teleshoppingového spotu www.ockomobil.cz (mutace 65) v rámci reklamy provozovatel vysílání porušil ustanovení § 49 odst. 1 písm. a) zákona č. 231/2001 Sb. – tj. povinnosti zajistit, aby reklama a teleshopping byly rozeznatelné a jako takové správně a jednoznačně označeny a odlišeny.

Podmínka předchozího upozornění dle ustanovení § 59 odst. 1 zákona č. 231/2001 Sb.:

Dále Rada zkoumala, zda byla splněna podmínka pro uložení sankce dle § 59 odst. 1 zákona č. 231/2001 Sb., tedy zda již v minulosti bylo účastníkovi řízení uloženo upozornění na porušení ustanovení § 49 odst. 1 písm. a) zákona č. 231/2001 Sb.

Respektive zda byl účastník Radou upozorněn na porušení ustanovení § 48 odst. 4 písm. a) zákona č. 231/2001 Sb., ve znění platném do 31. května 2010, neboť problematika nutnosti oddělovat reklamu a teleshopping byla upravena právě tímto ustanovením do nabytí účinnosti (dne 1. června 2010) zákona č. 132/2010 Sb., o audiovizuálních mediálních službách na vyžádání, který zákon č. 231/2001 Sb. novelizoval a tuto problematiku tak zařadil právě pod ustanovení § 49 odst. 1 písm. a).

Pokud Rada dle ustanovení § 59 odst. 1 zákona č. 231/2001 Sb. zjistí, že provozovatel vysílání porušuje povinnosti stanovené tímto zákonem nebo podmínky udělené licence, upozorní jej na porušení a stanoví mu lhůtu k nápravě, která musí být v souladu s ustanovením § 59 odst. 2 zákona č. 231/2001 Sb. přiměřená charakteru porušené povinnosti.

Účastník řízení obdržel v listopadu 2009 několik upozornění na porušení zákona v případě zařazení teleshoppingových spotů www.ockomobil.cz do reklamních bloků (např. spis.zn. 2009/1107-1109/SUM/STO, doručeno dne 18. listopadu 2009, nebo dále např. spis.zn. 2009/1239/vav/STO, kde byl provozovatel upozorněn na porušení ustanovení § 48 odst. 4 písm. a) zákona č. 231/2001 Sb., kterého se dopustil zařazení teleshoppingového spotu www.ockomobil.cz (mutace 57) do reklamního bloku, s premiérou vysílání dne 4. září 2009 v 16:24:39 hodin na program O, který nebyl jako teleshopping rozeznatelný, jelikož byl označen jako reklama).

Protože provozovatel adekvátně nereagoval na lhůtu k nápravě a opakovaně porušuje povinnost danou zákonem pokračováním v nezákonném jednání, Rada je oprávněna k uložení pokuty za dané jednání.

Při rozhodování o výši pokuty se Rada řídila těmito skutečnostmi:

Dle ustanovení § 60 odst. 1 písm. l) zákona č. 231/2001 Sb. *může Rada udělit pokutu ve výši od 5 000 Kč do 2 500 000 Kč provozovateli vysílání, pokud nedodrží povinnosti stanovené pro obchodní sdělení a skrytá obchodní sdělení.*

Dle § 61 odst. 2 zákona č. 231/2001 Sb. *při ukládání pokuty za porušení povinnosti podle tohoto zákona Rada přihlíží k povaze vysílaného programu a k postavení provozovatele vysílání a provozovatele převzatého vysílání na mediálním trhu se zřetelem k jeho odpovědnosti vůči divácké veřejnosti v oblasti informací, výchovy, kultury a zábavy.*

Dle § 61 odst. 3 zákona č. 231/2001 Sb. *Rada stanoví výši pokuty podle závažnosti věci, míry zavinění a s přihlédnutím k rozsahu, typu a dosahu závadného vysílání a k výši případného finančního prospěchu.*

Rada byla omezena horní a dolní hranicí stanovenou zákonem a při stanovení výše pokuty byla vedena následujícími úvahami:

Povaha vysílaného programu:

Program O je tematický televizní hudební program, který je vysílán na základě licence k televiznímu vysílání šířenému prostřednictvím družice. Program je možné mj. přijímat také prostřednictvím zvláštních přenosových systémů – vysílání prostřednictvím dálkového přístupu – internetu na www.ocko.cz a <http://ocko.idnes.cz/stream.asp>.

Postavení provozovatele vysílání na mediálním trhu se zřetelem k jeho odpovědnosti vůči divácké veřejnosti v oblasti informací, výchovy, kultury a zábavy:

Při hodnocení tohoto kritéria přihlédla Rada ke skutečnosti, že účastník řízení provozuje komerční vysílání, nejedná se tedy o provozovatele televizního vysílání ze zákona, který má speciálním zákonem danou povinnost vysílat ve veřejném zájmu a jeho odpovědnost je tímto ze samotné povahy veřejnoprávního media vyšší.

Dále Rada hodnotila skutečnost, že se nejedná o provozovatele celoplošného vysílání, kdy jeho vysílání může přijímat minimálně 70% diváků v ČR.

Program O není plnoformátovým programem (tj. takovým programem, obsahujícím pořady různého zaměření a témat, zejména pořady zpravodajské, filmové, dokumentární, hudební a vzdělávací, který není zaměřen pouze na určitou skupinu obyvatel se shodnými zájmy). Naopak, program O je úzce zaměřeným hudebním programem, jehož vysílání tvoří z 90% hudební videoklipy a dále reportáže z koncertů, festivaly, studentské filmy apod. Je tak zaměřen jen na poměrně úzce vymezený segment diváků.

Lze shrnout, že odpovědnost provozovatele vůči divácké veřejnosti v oblasti informací, výchovy, kultury a zábavy, je vzhledem k jeho specifickému zaměření nižší než u provozovatelů plnoformátových, celoplošně vysílaných programů.

Rozsah, typ a dosah závadného vysílání:

Rada při rozhodování o výši pokuty hodnotila též rozsah a dosah vysílání.

Rozsah vysílání je dán celkovou délkou předmětného teleshoppingového spotu – tato délka činila celkem 52 sekund. Dále je rozsah vysílání dán rovněž počtem repríz daného teleshoppingového spotu – účastník řízení odvysílal předmětný spot v období 28. ledna 2010 do 31. ledna 2010 celkem 13 krát (včetně premiérového odvysílání).

Z hlediska dosahu závadného vysílání je třeba uvést, že k porušení zákona nedošlo v rámci celoplošného vysílání, tj. vysílání, jímž je pokryto nejméně 70%. Dosah závadného vysílání je tak z tohoto hlediska přirozeně, v porovnání s celoplošným vysíláním, menší.

Z hlediska typu závadného vysílání pak byla posuzována pasáž vysílání účastníkem řízení prezentována jako reklama, ve skutečnosti však splňovala zákonné znaky teleshoppingu a jednalo se tedy o teleshopping.

Závažnost věci:

Při hodnocení závažnosti daného správního deliktu vzala Rada v úvahu délku teleshoppingového spotu (52 sekund) a počet jeho odvysílání (od 28. ledna 2010 do 31. ledna 2010 celkem 13 krát).

Dále Rada vzala v úvahu povahu jednáním účastníka řízení porušené zákonné povinnosti a tím dotčeného zákonem chráněného zájmu. Povinnost provozovatele vysílání zřetelně oddělovat teleshopping a reklamu považuje Rada u provozovatele komerčního vysílání za povinnost méně významnou, neboť z hlediska dodržování zákonných limitů pro vysílání reklamy a teleshoppingu se nejedná o tak závažné porušení, o jaké by se jednalo v případě provozovatele televizního vysílání ze zákona, u kterého se limit pro vysílání reklamy a teleshoppingu nesčítá, ale je koncipován pro každý typ obchodního sdělení zvlášť. Z hlediska závažnosti věci pak Rada také hodnotila skutečnost, že, ač je odlišování reklamy a teleshoppingu v rámci televizního vysílání Radou analyzováno po poměrně krátkou dobu, účastníku řízení již bylo v době odvysílání známo, jakým způsobem Rada danou problematiku posuzuje, a to:

- ze znění oficiálního stanoviska, které bylo zveřejněno na stránkách Rady, a kde měl a doposud má každý provozovatel možnost se s ním seznámit
- z četných upozornění na porušení ustanovení § 48 odst. 4 písm. a) zákona č. 231/2001 Sb., které Rada účastníku řízení udělila za odvysílání teleshoppingových spotů www.ockomobil.cz, které nebyly jako teleshopping rozeznatelné, jelikož byly označeny jako reklama. Tato upozornění byla účastníku řízení prokazatelně doručena.

Vzhledem k tomu, že účastník řízení povinnost porušil opětovně, předešlá upozornění na porušení zákona ani předešlé sankce tak neměly zamýšlený preventivní a zabraňující efekt.

Míra zavinění:

Provozovatel vysílání nese odpovědnost za plnění zákonné povinnosti oddělovat reklamu i teleshopping od ostatních částí vysílání, musí proto důkladně posoudit obsah každého obchodního sdělení a zhodnotit, zda se jedná o reklamu či teleshopping či jiné obchodní sdělení; pokud se jedná o teleshopping, nesmí ho provozovatel zařadit do vysílání reklamního bloku. Nepostupuje-li provozovatel vysílání v souladu s těmito svými povinnostmi (ačkoli je povinen je znát a musí si jich být vědom, neboť musí znát ustanovení zákona č. 231/2001 Sb.), je možné obecně z hlediska míry zavinění hovořit nejspíše o vědomé nedbalosti.

Jak však vyplývá z výčtu výše uvedených upozornění na porušení zákona a rozhodnutí o uložení pokut, prostřednictvím kterých byl účastník jednak upozorněn a rovněž sankcionován za porušení téhož ustanovení zákona č. 231/2001 Sb., jichž se dopustil obdobným způsobem jako v nyní posuzované věci, tj. odvysíláním reklamy www.ockomobil.cz, která byla ve skutečnosti teleshoppingem, porušil a porušuje účastník řízení povinnost zakotvenou v ustanovení § 48 odst. 4 písm. a) zákona č. 231/2001 Sb. i nadále, ač si s ohledem na jmenovaná upozornění a sankce musí být vědom protiprávnosti svého jednání a musí mu být známo právní posouzení daného jednání v rozhodovací praxi Rady.

Finanční prospěch:

Rada neopomněla ani zákonné kritérium případného finančního prospěchu, k jeho konkrétnímu hodnocení však neměla k dispozici dostatek konkrétních podkladů a důkazů, neboť nemá možnost dostupnými prostředky konkrétní výši finančního prospěchu v posuzovaném případě zjistit ani ověřit. Proto toto kritérium nemohlo výši uložené pokuty ovlivnit.

Rada tak na základě shromážděných podkladů dospěla k závěru, že provozovatel, Stanice O, a.s., výše uvedeným jednáním porušil povinnost danou ustanovením § 48 odst. 4 písm. a) zákona č. 231/2001 Sb., čímž se dopustil správního deliktu dle ustanovení § 60 odst. 1 písm. l) zákona č. 231/2001 Sb., a uložila mu pokutu ve výši 5 000 Kč.

Při stanovení výše pokuty, Rada hodnotila jako klíčové kritérium závažnosti, neboť povinnost provozovatele vysílání zřetelně oddělovat teleshopping a reklamu považuje Rada u provozovatele komerčního vysílání za povinnost méně významnou, neboť z hlediska dodržování zákonných limitů pro vysílání reklamy a teleshoppingu se nejedná o tak závažné porušení, o jaké by se jednalo v případě provozovatele televizního vysílání ze zákona, u kterého se limit pro vysílání reklamy a teleshoppingu nesčítá, ale je koncipován pro každý typ obchodního sdělení zvlášť. Proto byla provozovateli uložena pokuta na samé hranici dolní zákonné sazby.

Náhrada nákladů řízení:

Vzhledem k tomu, že správní řízení vyvolal účastník řízení porušením své právní povinnosti, uložila mu Rada v souladu s ustanovením § 79 odst. 5 správního řádu a § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., povinnost uhradit paušální částku nákladů správního řízení ve výši 1 000 Kč.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze v souladu s ustanovením § 66 zákona č. 231/2001 Sb. podat žalobu k Městskému soudu v Praze ve lhůtě dvou měsíců od doručení tohoto rozhodnutí. Podání žaloby má odkladný účinek.

V Praze dne: 28.6.2011

JUDr. Kateřina Kalistová
*předsedkyně Rady
pro rozhlasové a televizní vysílání*