



41697/2020/KHK



KUKHK-5686/SKZ/2020-7

Krajský úřad Královéhradeckého kraje

VÁŠ DOPIS ZN.:

ZE DNE:

NAŠE ZNAČKA (č. j.): KUKHK-5686/SKZ/2020-7

Paní

VYŘIZUJE: Mgr. Jiří Schejbal

ODBOR: Odbor správní a krajský živnostenský úřad

ODDĚLENÍ: Krajský živnostenský úřad

LINKA: 402

E-MAIL: jschejbal@kr-kralovehradecky.cz

DATUM: 29.04.2020

Počet listů: 5

Počet příloh: 0 / 0 listů:

Počet svazků: 0

Sp. znak, sk. režim: 251.2, V/5

Toto rozhodnutí nabylo právní moci
dne 16. 05. 2020
Krajský úřad Královéhradeckého kraje
odbor správní a krajský živnostenský úřad -1-
dne 18. 05. 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 :

Obviněná , datum nar. , adresou bydliště
(dále jen „obviněná“), se

uznává vinnou

- ze spáchání přestupku podle § 8 odst. 3 písm. d) a přestupku podle § 8 odst. 1 písm. o) zákona o regulaci reklamy, kterých se dopustila z nedbalosti tím, že dne 16.10.2019 v zpracovala a od téhož dne minimálně do data zahájení tohoto řízení, tj. do 03.03.2020, šířila prostřednictvím svého profilu <https://www.instagram.com/> / na sociální síti Instagram (dále jen „sociální síť“) reklamu na doplňky stravy pro ženy značky , konkrétně reklamu na produkty doplňků stravy ,

a rovněž

Obsah zpracované a šířené reklamy porušoval ust. § 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“ a

- ze spáchání přestupku podle § 8 odst. 3 písm. b) a přestupku podle § 8 odst. 1 písm. b) zákona o regulaci reklamy, kterého se dopustila z nedbalosti tím, že dne 16.10.2019 v [redacted] zpracovala a od téhož dne minimálně do data zahájení tohoto řízení, tj. do 03.03.2020, šířila prostřednictvím sociální sítě výše uvedenou reklamu na doplňky stravy, 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.

Za to se obviněné

u k l á d á:

1. podle § 8 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

2.000 Kč (slovy dva tisíce korun českých).

2. Podle § 95 odst. 1 přestupkového řádu se obviněné 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 **3.000 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 3010000035, konstantní symbol 0558, specifický symbol 22071993.

Odůvodnění:

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 [redacted] shledal důvodným k zahájení řízení.

Kontrolou bylo zjištěno, že obviněná dne 16.10.2019 zpracovala obrazový komentovaný příspěvek, který byl reklamou na doplňky stravy [redacted]. Následně začala téhož dne prostřednictvím sociální sítě reklamu šířit. Na <https://www.instagram.com/> [redacted] 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. _____), sedící na nábytku. Dívka byla oblečena do růžového trička s reklamním nápisem _____. Obklopena byla originálními baleními produktů doplňků stravy pro ženy zn. _____, které šlo vizuálně identifikovat jako produkty _____.

_____ 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 _____. Kdo má také doma na cvičení malé pomocníčky? A kdo také užívá _____?“ 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 _____ směřovala uživatele na stránky _____ (e-shop, provozovatel _____), tedy na stránky prodejce produktů doplňků stravy pro ženy.

Tento příspěvek byl reklamou na doplňky stravy _____. 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 _____. 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 „doplňek 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 _____, případně _____, které, byť se jevíly 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 _____ 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 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 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 obviněná 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. Obviněná 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. Všechny přestupky 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 přihlédl 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.

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 živností.

Ing. Jiří Dušák
vedoucí krajského živnostenského úřadu



Vypraveno dne: 29.4.2020

