



Jedn. identifikátor 261542 - RRTV

Váš dopis zn. -
Naše č. j. RRTV/18030/2017-rud
Sp. zn. RRTV/2017/493/rud
Zasedání Rady 21-2017/poř. č. 23

JUDr. Jakub Vozáb
Pod vilami 747/10
14000 Praha 4

Vyřizuje: Analytický odbor

Datum, místo 5. 12. 2017, Praha

ROZHODNUTÍ

Rada pro rozhlasové a televizní vysílání (dále jen "Rada"), jakožto ústřední správní úřad, v rámci své kompetence dané § 7 písm. a) 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 platných předpisů, účinných v době odvysílání obchodního sdělení (dále jen „zákon č. 40/1995 Sb.“), a ustanovení § 35 písm. a) a § 45 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen zákon č. 250/2016 Sb.), v platném znění, vydala dne 5. prosince 2017, následující rozhodnutí: Rada ukládá zadavateli obchodního sdělení, společnosti Studio Moderna s.r.o., IČ 26159074, se sídlem Praha 3, U nákladového nádraží 3153/8, PSČ 13000,

napomenutí za porušení ustanovení § 2 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/1995 Sb.,

kterého se dopustil zadáním reklamy, respektive teleshoppingu „Hair Grow Max“, který byl odvysílán dne 31. ledna 2017 v čase 11:31:25 hodin na program Nova Cinema a který je nekalou obchodní praktikou podle zvláštního předpisu, tj. podle ustanovení § 4 odst. 3 zákona č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, respektive písm. s) Přílohy 1 k tomuto zákonu, neboť v teleshoppingu nabízí za cenu 1399 Kč produkt/lahvičku „Hair Grow Max“, přičemž další, druhý produkt/lahvička Hair Grow Max je prezentovaná jako „zdarma“, ovšem je zcela evidentní, že druhá lahvička propagovaného přípravku není dodávána k nabízené lahvičce Hair Grow Max zdarma; naopak tvoří integrální součást jedné sady, žádný z těchto produktů není prodáván samostatně. Je zřejmé, že zákazník si nemůže zakoupit samostatný produkt Hair Grow Max, ale musí si za uvedenou cenu 1399 Kč zakoupit celý balíček oněch dvou produktů (dvě lahvičky produktu Hair Grow Max; 2x200 ml). Užitím slova „zdarma“ se tak zadavatel dopustil klamavé obchodní praktiky, kdy v divákovi, resp. spotřebiteli vyvolal klamavý dojem, že kupuje samostatný produkt/lahvičku Hair Grow Max za cenu 1399 Kč, k němuž získává druhou lahvičku téhož produktu zdarma, ale ve skutečnosti divák kupuje nedílnou sadu výrobků za cenu 1399 Kč, a žádný dárek zdarma nezískává.

Pokud by se zadavatel v budoucnu dopustil podobného jednání, je Rada oprávněna mu dle ustanovení § 35 zákona č. 250/2016 Sb., uložit trest zákazu činnosti, propadnutí věci nebo náhradní hodnoty, zveřejnění rozhodnutí o přestupku nebo pokutu do výše 5 000 000 Kč.

Odůvodnění:

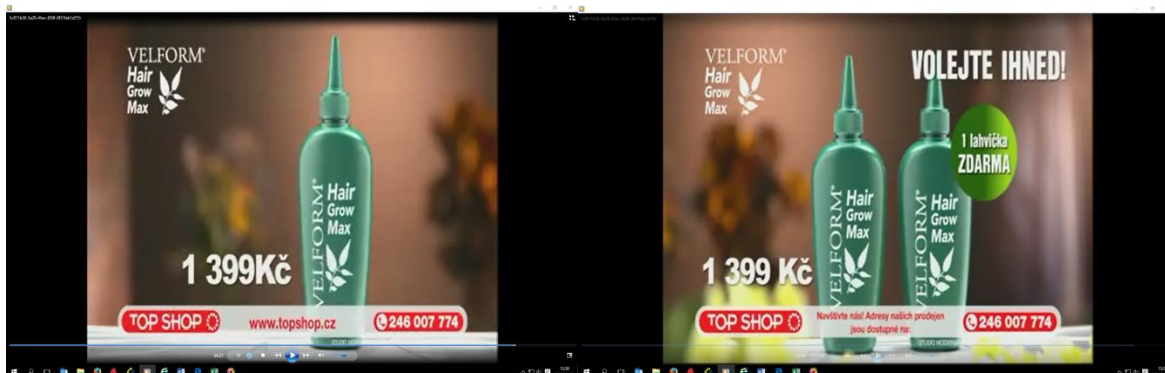
I.

a) Zahájení správního řízení

Rada zjistila, že dne 31. ledna 2017 byl v čase od 11:31:25 hodin na programu Nova Cinema odvysílán teleshopping „Hair Grow Max“.

Popis:

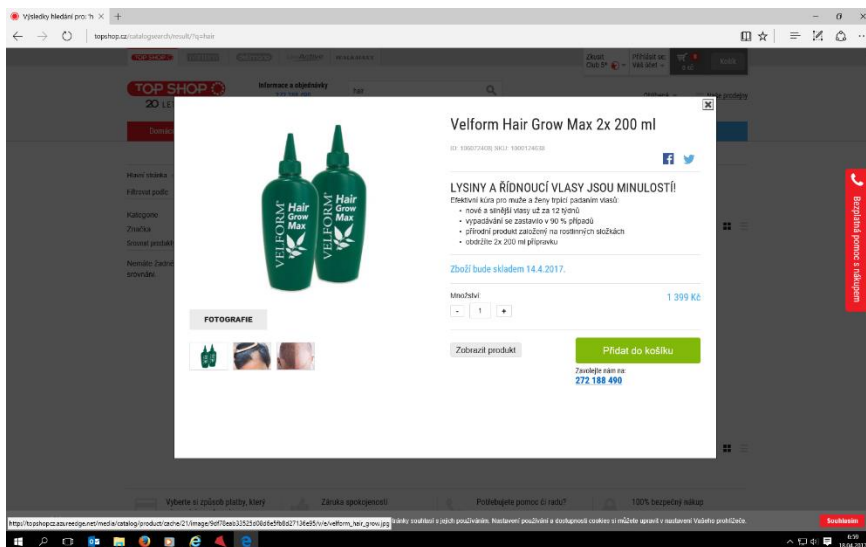
V rámci teleshoppingu je prezentován produkt Hair Grow Max, který je určen na podporu růstu vlasů u těch jedinců, které trápí řídnutí a ztráta vlasů (nová formule). Je vyrobená z čistě přírodních složek a přináší výsledky již za 12 týdnů používání. Součástí obchodního sdělení jsou zkušenosti nejrůznějších respondentů či vizualizace deklarovaného účinku propagovaného produktu (srovnání stavu před a po). Mimo jiné je součástí nabídka v podobě: „nenechte si ujít tuto nabídku, získáte své vlasy zpátky díky Hair Grow Max, nyní za tuto úžasnou cenu. Zavolejte na číslo na obrazovce a balíček se hned vydá na cestu k vám, ale to ještě není vše. Nyní máme pro vás skvělou akci, dostanete druhou lahvičku Hair Grow Max zcela zdarma, je to tak zaplatíte jednu, získáte dvě. Tato nabídka ale nebude trvat dlouho. Je čas vrátit se do života a získat zpátky sebevědomí, kdo by se nechtěl cítit mladší a atraktivnější, dejte sbohem pleši a objednejte si Hair Grow Max, volejte, navštivte naše internetové stránky anebo některou z našich prodejen. Všechny kontakty jsou dostupné na www.topshop.cz“.



Rozbor:

V rámci teleshoppingu je prezentován přípravek Hair Grow Max – jedna lahvička za 1399 Kč, přičemž je v předmětném sdělení prezentována „skvělá akce“, podle které divák/spotřebitel dostane druhou lahvičku přípravku Hair Grow Max „zcela zdarma“ (v textu uvedeno „Zaplatte jednu lahvičku a získáte 2. zdarma“).

Prostřednictvím záznamů webových stránek www.topshop.cz bylo zjištěno, že dne 31. ledna 2017, tedy v den, kdy byla vysílána předmětná repríza obchodního sdělení, byl přípravek Velform Hair Grow Max nabízen výlučně jako 2x200 ml. Pod tímto „obdržíte 2x200 ml přípravku“ (tedy dvě lahvičky produktu).



Zdroj: Internetové stránky www.topshop.cz ze dne 31. ledna 2017

Jako problematickou lze spatřovat skutečnost, že v rámci předmětného teleshoppingu není prodávána za cenu 1399 Kč jedna lahvička přípravku Hair Grow Max, ale lahvičky dvě. Divák si tedy nekupuje samostatný produkt Hair Grow Max (1 lahvička), který by byl prodáván samostatně za cenu 1399 Kč, a ke které by získal zdarma druhou lahvičku téhož produktu zdarma, nýbrž si kupuje sadu dvou totožných produktů (dvě lahvičky), přičemž jedna lahvička není prodávána samostatně. To lze ostatně ověřit i na internetových stránkách prodejce (www.topshop.cz) ze dne 31. ledna 2017, kde je prodávána tato sada (2x 200 ml) za 1399 Kč.

Vzhledem k výše uvedenému je v divákovi, resp. spotřebiteli, vyvoláván klamavý dojem, že si kupuje jeden produkt/1 lahvičku Hair Grow Max za cenu 1399 Kč a k tomu získává zadarmo druhou lahvičku Hair Grow Max. Ve skutečnosti si však divák kupuje sadu dvou výrobků, které nejsou prodávány samostatně, a žádný produkt tak zdarma nezískává. Tím dochází k porušení § 2 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/1995 Sb., respektive písm. s) Přílohy č. 1 zákona č. 634/1992 Sb., dle něhož jsou obchodní praktiky vždy považovány za klamavé, pokud podnikatel uvádí u výrobku nebo služby slova „gratis“, „zdarma“, „bezplatně“ nebo slova podobného významu, pokud spotřebitel musí za výrobek nebo službu vynaložit jakékoli náklady, s výjimkou nezbytných nákladů spojených s reakcí na nabídku, s převzetím výrobku nebo služby nebo jejich doručením.

Podnikatel, respektive zadavatel záměrně užívá slovo „zdarma/gratis“, aby ve spotřebiteli vyvolal klamavý dojem, že k nákupu jednoho přípravku (1 lahvička) za cenu 1399 Kč získává 2. lahvičku téhož produktu zdarma, ale ve skutečnosti si divák objednává nikoli dva přípravky (dvě lahvičky, 2x 200 ml), a žádný dárek tedy nezískává.

Dle ustanovení § 2 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/1995 Sb., se zakazuje reklama, která je nekalou obchodní praktikou podle zvláštního předpisu. Tímto zvláštním předpisem je zákon č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele. Dle ustanovení § 4 odst. 3 tohoto zákona je klamavou obchodní praktikou vždy praktika uvedená v Příloze č. 1 tohoto zákona.

Dle písm. s) Přílohy č. 1 zákona č. 634/1992 Sb., jsou obchodní praktiky vždy považovány za klamavé, pokud podnikatel uvádí u výrobku nebo služby slova „gratis“, „zdarma“, „bezplatně“ nebo slova podobného významu, pokud spotřebitel musí za výrobek nebo službu vynaložit jakékoli náklady, s výjimkou nezbytných nákladů spojených s reakcí na nabídku, s převzetím výrobku nebo služby nebo jejich doručením.

Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2005/29/ES ze dne 11. května 2005, o nekalých obchodních praktikách, uvádí k tzv. fingovaným „bezplatným“ nabídkám, že nesmí vyvolávat klamný dojem bezplatné nabídky popisem produktu slovy „gratis“, „zdarma“, „bezplatně“ a podobnými, pokud musí spotřebitel zaplatit jakékoli jiné náklady, než jen nevyhnutelné náklady spojené s reakcí na obchodní praktiku a s vyzvednutím nebo doručením věci.

Na tomto místě jistě stojí za zmínku, že Evropská komise vydala dne 3. prosince 2009 Pokyny k provedení/uplatňování směrnice č. 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách, kde je posuzování porušení písm. s) Přílohy č. 1 zákona o ochraně spotřebitele (čili protizákonné užívání slov „zdarma“, „gratis“ apod.) věnována poměrně rozsáhlá část. Evropská komise zde uvádí:

„Posouzení je složitější v případě, kdy je slovo „zdarma“ použito v souvislosti s vázanými nabídky, což jsou obchodní nabídky zahrnující více než jeden produkt nebo službu.

Níže jsou uvedeny hlavní zásady, které je nutno vzít v úvahu při posuzování vázaných nabídek a které jsou již do velké míry zohledněny v některých kodexech upravujících reklamu:

Obchodníci se nesmějí pokoušet uhradit náklady snížením jakosti nebo horším složením či navýšením ceny některého z produktů, který je nutno zakoupit jako podmínku pro získání určité věci zdarma.

Obchodníci by neměli popisovat jednotlivý předmět v určitém balíčku jako „zdarma“, jsou-li v ceně balíčku zahrnuty náklady na tento předmět.

Dvě kategorie vázaných nabídek představují reklamy podmíněné koupí a nabídky balíčků. Reklamy na zboží zdarma podmíněné koupí Bod 20 přílohy I nebrání obchodníkům v tom, aby používali slovo „zdarma“ v případě, že se od spotřebitelů požaduje, aby zakoupili jinou věc (například nabídky typu „kupte jeden výrobek a druhý získáte zdarma“), je-li jednoznačná jejich odpovědnost za veškeré náklady, a

a) nedošlo ke snížení jakosti nebo zhoršení složení placených předmětů a;

b) cena placených předmětů nebyla navýšena s cílem uhradit náklady na dodání věci zdarma.

Hlavním rozlišujícím rysem reklamy podmíněné koupí je to, že předmět popsáný jako „zdarma“ je skutečně oddělen od věci, za něž musí spotřebitel zaplatit, a je dodáván navíc k těmto věcem.

Bezplatnou nabídku lze považovat za reklamu podmíněnou koupí v kterémkoli z následujících dvou způsobů (nebo v obou případech):

Časově omezené reklamy na zboží zdarma podmíněné koupí

Posouzení je složitější, pokud jsou reklamy na zboží zdarma podmíněné koupí časově omezené nebo omezené na určitý kanál či jsou vedeny na stálém, dlouhodobém základě, který je s ohledem na kanál neutrální. Základní zásadou je to, že je-li spotřebiteli sděleno, že určitá věc je „zdarma“, pokud zakoupí jinou věc, je spotřebitel oprávněn se domnívat, že obchodník se nebude přímo snažit uhradit náklady na věc „zdarma“ tím, že zvýší cenu věci, kterou je třeba koupit, nebo danou věc nahradí méně kvalitním zbožím.

Lze proto vyvodit přiměřeně závěr, že aby bylo prokázáno, že určitá věc je skutečně dodána zdarma, což je podmíněno nákupem jiné věci, musí být obchodník schopen prokázat:

- a) že věc zdarma je skutečně věcí dodávanou navíc k věci nebo věcem, které se obvykle prodávají za tuto cenu, nebo že věc zdarma lze skutečně oddělit od placené věci či věcí;
 - b) že pokud spotřebitel nedodrží podmínky reklamy, nedodají věc „zdarma“ spolu se zaplacenou věcí nebo věcmi, a
 - c) že spotřebitelé jsou informováni o samostatné ceně věci nebo věcí, za něž platí, a že cena je stejná s předmětem zdarma, či bez něj.
- (...)

Nabídky balíčků

Po tom, co bylo řečeno o reklamách podmíněných koupí, lze vyvodit přiměřeně závěr, že bod 20 přílohy I zakazuje využívání slova „zdarma“ k popisu jednotlivého předmětu v balíčku, jsou-li v ceně balíčku zahrnuty náklady na tento předmět. Balíčkem je předem sestavená kombinace prvků nabízených dlouhodobě za jednotnou, paušální cenu, pokud si zákazníci nemohou skutečně vybrat, kolik prvků z daného balíčku za tuto cenu získají.

Příklad: jsou-li v reklamě na automobil uvedeny kožené sedačky, klimatizace a CD přehrávač za běžnou cenu 10 000 EUR, tvoří tato kombinace prvků balíček. Spotřebitel zaplatí za automobil jednu paušální cenu, jak je uvedeno v reklamě. Pokud by byl některý z prvků uvedených v reklamě odstraněn, snížila by se jakost nebo zhoršila skladba automobilu, za nějž zákazník zaplatí 10 000 EUR. Pokud chce obchodník tvrdit, že CD přehrávač je zdarma a že cena 10 000 EUR souvisí s ostatními prvky, musí prokázat, že a) jsou splněny požadavky na reklamu podmíněnou koupí, nebo b) CD přehrávač je novým dodatečným prvkem a že se cena automobilu nezvýšila. Jako jiný příklad lze uvést předplacení služeb mobilního operátora, které nabízí určitou dobu volání, určitý počet textových zpráv a funkci hlasové pošty za jednu paušální cenu. Pro kvalitu a složení balíčku, který je propagován za danou cenu, je podstatný každý z těchto prvků. Jelikož si zákazníci nemohou skutečně vybrat, kolik prvků za danou cenu získají, jsou v ceně balíčku zahrnuty všechny prvky a nesmí být popsány jako „zdarma“.

V rámci balíčku se mohou zboží nebo služby, které jsou spojeny a prodávány za jednotnou paušální cenu, lišit svou povahou: je-li například za balíček, který obsahuje několik televizních kanálů, přístup k internetu a volání „zdarma“ ostatním předplatitelům, účtována jednotná měsíční cena předplatného, jsou tyto služby podstatnými prvky služby, kterou si zákazník kupuje, a zákazník musí v praxi využít všechny tři prvky, za něž zaplatí udávanou cenu. Jelikož si zákazníci nemohou skutečně vybrat, kolik prvků za danou cenu získají, jsou v ceně balíčku zahrnuty všechny prvky a nelze je popisovat jako „zdarma“.

Příklady uvedené v Pokynu Evropské komise zcela přiléhají na posuzovaný případ teleshoppingového šotu nabízejícího produkt/produkty Hair Grow Max. Dle Evropské komise, aby bylo prokázáno, že určitá věc je skutečně dodána zdarma, což je podmíněno nákupem jiné věci, musí být obchodník schopen prokázat:

- a) že věc zdarma je skutečně věcí dodávanou navíc k věci nebo věcem, které se obvykle prodávají za tuto cenu, nebo že věc zdarma lze skutečně oddělit od placené věci či věcí;
- b) že pokud spotřebitel nedodrží podmínky reklamy, nedodají věc „zdarma“ spolu se zaplacenou věcí nebo věcmi, a
- c) že spotřebitelé jsou informováni o samostatné ceně věci nebo věcí, za něž platí, a že cena je stejná s předmětem zdarma, či bez něj.

V případě produktu Hair Grow Max, tedy jedné lahvičky předmětného produktu za cenu 1399 Kč, přičemž v rámci obchodního sdělení je druhá lahvička jako „zcela zdarma“, tedy slovem

obdobným jako „gratis“ nebo „zdarma“, je zcela evidentní, že druhá lahvička Hair Grow Max není věcí dodávanou k prodávané lahvičce Hair Grow Max zdarma; nelze je od této věci oddělit, ba naopak tvoří integrální součást sady. Je zřejmé, že zákazník si nemůže zakoupit samostatný produkt Hair Grow Max, ale musí si za uvedenou cenu zakoupit dvě lahvičky Hair Grow Max. Jak uvádí Komise v jednom z příkladů, „jelikož si zákazníci nemohou skutečně vybrat, kolik prvků za danou cenu získají, jsou v ceně balíčku zahrnuty všechny prvky a nesmějí být popsány jako „zdarma“.

Dle ustanovení § 1 odst. 5 zákona č. 40/1995 Sb., ve znění účinném do 30. června 2017, se zadavatelem rozumí právnická nebo fyzická osoba, která objednala u jiné právnické nebo fyzické osoby reklamu.

Dle ustanovení § 8a odst. 2 písm. b) zákona č. 40/1995 Sb., ve znění účinném do 30. června 2017, se právnická nebo podnikající fyzická osoba jako zadavatel dopustí správního deliktu tím, že v rozporu s § 2 odst. 1 písm. b) zadá reklamu, která je nekalou obchodní praktikou.

Dle ustanovení § 8a odst. 6 písm. c) zákona č. 40/1995 Sb., ve znění účinném do 30. června 2017, lze za správní delikt uvedený v ustanovení § 8a odst. 2 písm. b) uložit pokutu až ve výši do 5 000 000 Kč.

Zadáním předmětného teleshoppingu do vysílání se tak společnost Studio Moderna s.r.o., mohla dopustit porušení ustanovení § 2 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/1995 Sb.

S ohledem na shora uvedené skutečnosti rozhodla Rada na svém 9. zasedání konaném dne 9. května 2017 zahájit se zadavatelem obchodního sdělení, společností Studio Moderna s.r.o., IČ 26159074, se sídlem Praha 3, U nákladového nádraží 3153/8, PSČ 13000, správní řízení z moci úřední pro možné porušení § 2 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/1995 Sb., kterého se mohl dopustit zadáním reklamy, respektive teleshoppingu „Hair Grow Max“, který byl odvysílán dne 31. ledna 2017 v čase 11:31:25 hodin na programu Nova Cinema a který může být nekalou obchodní praktikou podle zvláštního předpisu, tj. podle ustanovení § 4 odst. 3 zákona č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, respektive písm. s) Přílohy 1 k tomuto zákonu, neboť v teleshoppingu nabízí za cenu 1399 Kč produkt/lahvičku „Hair Grow Max“, přičemž další, druhý produkt/lahvička Hair Grow Max je prezentovaná jako „zdarma“, ovšem je zcela evidentní, že druhá lahvička propagovaného přípravku není dodávaná k nabízené lahvičce Hair Grow Max zdarma; naopak tvoří integrální součást jedné sady, žádný z těchto produktů není prodáván samostatně. Je zřejmé, že zákazník si nemůže zakoupit samostatný produkt Hair Grow Max, ale musí si za uvedenou cenu 1399 Kč zakoupit celý balíček oněch dvou produktů (dvě lahvičky produktu Hair Grow Max; 2x200 ml). Užitím slova „zdarma“ se tak zadavatel dopouští klamavé obchodní praktiky, kdy v divákovi, resp. spotřebiteli vyvolává klamavý dojem, že kupuje samostatný produkt/lahvičku Hair Grow Max za cenu 1399 Kč, k němuž získává druhou lahvičku téhož produktu zdarma, ale ve skutečnosti divák kupuje nedílnou sadu výrobků za cenu 1399 Kč, a žádný dárek zdarma nezískává.

Součástí správního spisu je, kromě audiovizuálního záznamu předmětného teleshoppingu, rovněž video záznam pořízený na internetových stránkách www.topshop.cz dne 31. ledna 2017. Obsahem záznamu je nabídka celé sady dvou produktů Hair Grow Max za cenu 1399 Kč.

Oznámení o zahájení správního řízení bylo zadavateli doručeno dne 29. května 2017 a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení ve věci. Rada stanovila účastníkovi řízení lhůtu 30 dní pro písemné vyjádření.

b) Vyjádření účastníka řízení:

Dne 29. července 2017 bylo Radě doručeno vyjádření účastníka řízení, kde uvedl následující:

Účastník řízení potvrzuje, že je zadavatelem předmětného teleshoppingu, kde je nabízen produkt Hair Grow Max tak, že jde o jednu lahvičku za cenu 1399 Kč s tím, že druhá lahvička je zdarma (1+1 zdarma).

Účastník řízení při zadání obchodního sdělení vycházel z toho, že stejný výrobek Hair Grow Max o objemu 200 ml byl nabízen minimálně za cenu 1399 Kč a že když díky jeho znalosti trhu dokáže nabídnout zákazníkům 2 lahvičky Hair Grow max (200 ml + 200 ml) za stejnou cenu, tak je obchodní sdělení 1+1 zcela oprávněné, neboť reálně mají zákazníci v České republice možnost pořídit 2 lahvičky tohoto výrobku o objemu 200 ml za cenu, za jakou jiný dodavatel nabízí pouze jednu lahvičku stejného objemu. Účastník si nebyl vědom toho, že jeho jednání může být posouzeno jako protiprávní, proto ani neuchovával podklady pro stanovení ceny, za kterou se nakonec rozhodl výrobek prodávat. V návaznosti na zahájení správního řízení účastník znovu zjišťoval, jaké možnosti nákupu daného výrobku má český spotřebitel. Účastník zjistil, že cena stejných nebo obdobných výrobků je v čase výrazně pohyblivá. V současné době je stejný nebo obdobný výrobek o objemu 200 ml nabízen jiným dodavatelem za částku 55,99 USD (viz příloha č. 1), což odpovídá částce 1313, 53 Kč, zároveň je ale nabízen také jinými dodavateli například za částku 95,96 USD (viz příloha č. 2), což odpovídá částce 2244,18 Kč, nebo za částku 115,91 USD (viz příloha č. 3), což odpovídá částce 2719,25 Kč.

Účastník řízení uvádí, že po doručení oznámení o zahájení správního řízení kontaktoval svého právního zástupce a celou věc s ním konzultoval, přičemž mu bylo vysvětleno, že dané obchodní sdělení nemusí být zcela v pořádku, neboť je diskutabilní, nakoř je analogický výrobek jiného dodavatele reálně dostupný na trhu zákazníkům v České republice, když je možno jej objednat pouze na www.amazon.com nebo www.ebay.com.

Účastník řízení uznává závěr Rady, že výše popsané jednání může být v rozporu s ustanovením § 2 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/1995 Sb. Zároveň však dodává, že naplnění skutkové podstaty podle písmene s) Přílohy č. 1 zákona č. 634/1992 Sb., může být dovozováno pouze v důsledku toho, že účastník není schopen doložit, že jedna lahvička výrobku Velform Hair Grow o objemu 200 ml nabízená dodavatelem je reálně dostupná samostatně spotřebitelům na území České republiky za stejnou cenu, a tedy že tito spotřebitelé mají možnost porovnat zvýhodněnou nabídku účastníka řízení s nabídkou samostatně nabízeného výrobku a jsou tedy schopni si učinit úsudek o výhodnosti nabídky účastníka řízení. Nicméně účastník si je vědom, že může být problém tyto skutečnosti prokázat, protože se tedy ztotožňuje se závěrem Rady, že forma vytýkaného sdělení týkajícího se výrobku Hair Grow Max může být v rozporu s uvedenými ustanoveními.

Účastník řízení po doručení oznámení o zahájení správního řízení neprodleně reagoval a upustil od vysílání předmětného obchodního sdělení 1+1. Účastník podotýká, že předmětný spot byl odvysílán v období od 30. ledna 2017 do 26. února 2017, tedy pouze 27 dní a v tomto období bylo prodáno pouze 567 kusů inzerovaného výrobku.

Účastník uvádí, že nebylo jeho úmyslem ani záměrem jakkoli poškodit spotřebitele ani jej uvést v omyl. Za dobu nabídky výrobku Hair Grow Max neobdržel od žádného svého zákazníka žádné stížnosti, a to jak ke kvalitě výrobku, tak ani ke způsobu nabízení tohoto výrobku. Účastník řízení podniká na trhu již 17 let a snaží se budovat se spotřebiteli dobré vztahy, což vylučuje užívání klamavých praktik, které nemohou nikdy přispět k budování dobrého jména, ani dobrých vztahů se spotřebiteli. Účastník vylučuje, že by úmyslně používal nekalé obchodní praktiky pro generování jednorázového zisku. Pokud je tedy

dovozováno, že se účastník dopustil správního deliktu, pak se tak stalo pouze a jen v důsledku neznalosti detailů právní úpravy, a nikoli tedy úmyslně.

II.

Samotným projednáním věci se Rada zabývala na svém 21. zasedání konaném dne 5. prosince 2017 a dospěla k následujícím závěrům:

Dle ustanovení § 2 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/1995 Sb., se zakazuje reklama, která je nekalou obchodní praktikou podle zvláštního předpisu.

Tímto zvláštním předpisem je zákon č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele.

Dle ustanovení § 4 odst. 3 tohoto zákona je klamavou obchodní praktikou vždy praktika uvedená v Příloze č. 1 tohoto zákona.

Dle písm. s) Přílohy č. 1 zákona č. 634/1992 Sb., jsou obchodní praktiky vždy považovány z klamavé, pokud podnikatel uvádí u výrobku nebo služby slova „gratis“, „zdarma“, „bezplatně“ nebo slova podobného významu, pokud spotřebitel musí za výrobek nebo službu vynaložit jakékoli náklady, s výjimkou nezbytných nákladů spojených s reakcí na nabídku, s převzetím výrobku nebo služby nebo jejich doručením.

Účastník řízení namítá, že při zadání daného obchodního sdělení vycházel z toho, že výrobek Hair Grow Max o objemu 200 ml byl nabízen jinými prodejci (Amazon, e-bay) na trhu minimálně za cenu 1399 Kč a že on může zákazníkům nabídnout výhodnou nabídku 2 lahviček (200 ml + 200 ml) za stejnou cenu a že se tedy o žádné nekalé obchodní praktiky nejedná. Účastník řízení však zřejmě ne zcela přesně pochopil, co je mu Radou vytýkáno. Cena, za jakou produkt nabízí jiní prodejci, je ve vztahu k jednání účastníka řízení (které naplnilo znaky klamavé reklamy) zcela irelevantní. Porušení ustanovení § 2 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/1995 Sb., spočívá v tom, že účastník řízení v teleshoppingu nabízel za cenu 1399 Kč produkt/lahvičku „Hair Grow Max“, přičemž další, druhý produkt/lahvička Hair Grow Max byl prezentovaná jako „zdarma“, ovšem je zcela evidentní, že druhá lahvička propagovaného přípravku není dodávána k nabízené lahvičce Hair Grow Max zdarma; naopak tvoří integrální součást jedné sady, žádný z těchto produktů není prodáván samostatně. Je zřejmé, že zákazník si nemůže zakoupit samostatný produkt Hair Grow Max, ale musí si za uvedenou cenu 1399 Kč zakoupit celý balíček oněch dvou produktů (dvě lahvičky produktu Hair Grow Max; 2x200 ml). Cena 1399 Kč je tak ve skutečnosti cenou za dva výrobky, nikoli za jeden. Na základě zjištění Rady dne 31. ledna 2017 (a dále minimálně do zahájení správního řízení, kdy byla na internetových stránkách dle sdělení účastníka provedena změna), nebyl produkt Hair Grow Max prodáván samostatně, jako jedna lahvička výrobku, ale pouze v sadě dvou výrobků za cenu 1399 Kč a nebylo možno si výrobek zakoupit samostatně jako jeden kus.

Porušení ustanovení § 2 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/1995 Sb., je třeba posuzovat pouze ve vztahu k prodejci, který realizuje účastník řízení, nikoli ostatní prodejci. Rada nehodnotí, zda cena, za kterou účastník řízení obecně prodává produkt Hair Grow Max, je vysoká nebo nízká ve vztahu k ceně, za jakou produkt prodávají ostatní prodejci, tato skutečnost není předmětem správního řízení. Jak vyplývá ze znění ustanovení písm. s) Přílohy č. 1 zákona č. 634/1992 Sb., prodejce se dopustí klamavé reklamy, pokud užije u výrobku nebo služby slova „zdarma“, tedy myšleno u výrobku nebo služby, který sám prodává, nikoli v interakci s výrobky jiných prodejců.

Účastník řízení uvádí, že naplnění dané skutkové podstaty může být dovozováno pouze v důsledku toho, že účastník není schopen doložit, že jedna lahvička výrobku Velform Hair Grow Max o objemu 200 ml nabízená dodavatelem je reálně dostupná samostatně spotřebitelům na území České republiky za stejnou cenu. V tom má účastník řízení pravdu, s mírnou korekcí spočívající v tom, že musí doložit, že

jedna lahvička produktu je samostatně prodávána jím samotným. Účastník řízení neprodával (respektive ani nedoložil, že by prodával) výrobek Hair Grow Max samostatně, ale pouze v sadě dvou výrobků za cenu 1399 Kč, a nejednalo se tak o produkt + produkt zdarma, ale o dva produkty.

Je tedy zcela evidentní, že onen zmiňovaný „dárek“ nebyl věcí dodávanou k lahvičce Hair Grow Max zdarma; nebylo možné je od této věci oddělit, respektive je zakoupit samostatně. Je zřejmé, že zákazník si nemohl zakoupit samostatný produkt Hair Grow Max, ale musel si za uvedenou cenu zakoupit balíček dvou produktů (Hair Grow Max 200 ml a Hair Grow Max 200 ml). Jak uvádí Evropská Komise v jednom z výše uvedených příkladů, „jelikož si zákazníci nemohou skutečně vybrat, kolik prvků za danou cenu získají, jsou v ceně balíčku zahrnuty všechny prvky a nesmějí být popsány jako „zdarma“.

Ve spotřebiteli je však vyvoláván klamavý dojem, že si kupuje jeden produkt/1 lahvičku Hair Grow Max za cenu 1399 Kč a k tomu získává zadarmo další lahvičku tohoto produktu. Ve skutečnosti si však divák kupuje sadu dvou výrobků, z nichž ani jeden není prodáván samostatně, a žádný produkt tak zdarma nezískává. Účastník řízení záměrně užívá slovo „zdarma/gratis“, aby ve spotřebiteli vyvolal klamavý dojem, že k nákupu lahvičky Hair Grow Max získává další lahvičku zdarma, ale ve skutečnosti si divák objednává nikoli jeden výrobek a další výrobek k němu jako dárek, ale sadu dvou výrobků, a žádný dárek tedy nezískává.

Uvedeným jednáním tak došlo k porušení § 2 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/1995 Sb., respektive písm. s) Přílohy č. 1 zákona č. 634/1992 Sb., dle něhož jsou obchodní praktiky vždy považovány za klamavé, pokud podnikatel uvádí u výrobku nebo služby slova „gratis“, „zdarma“, „bezplatně“ nebo slova podobného významu, pokud spotřebitel musí za výrobek nebo službu vynaložit jakékoli náklady, s výjimkou nezbytných nákladů spojených s reakcí na nabídku, s převzetím výrobku nebo služby nebo jejich doručením.

Zadáním předmětného teleshoppingu do vysílání programu Nova Cinema se tak zadavatel, společnost Studio Moderna s.r.o., dopustil porušení ustanovení § 2 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/1995 Sb.

III.

Jelikož nabídka produktu Hair Grow Max byla zařazena v teleshoppingovém bloku, respektive byla teleshoppingem, považuje Rada za podstatné uvést ještě následující:

Zákon č. 231/2001 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání, ve svém ustanovení § 2 odst. 1 písm. a) rozlišuje následující typy obchodních sdělení: reklama, teleshopping a sponzorování a v případě televizního vysílání rovněž umístění produktu nebo jiná obrazová sekvence se zvukem nebo bez zvuku, která je určena k přímé nebo nepřímé propagaci zboží nebo služeb osoby vykonávající hospodářskou činnost, popřípadě jejího obrazu na veřejnosti, a která doprovází pořad nebo je do pořadu zahrnuta za úplaty nebo obdobnou protihodnotu nebo za účelem vlastní propagace.

Oproti tomu zákon č. 40/1995 Sb., sice hovoří pouze o reklamě, avšak pod definici reklamy plně zahrnuje i teleshopping. Ustanovení § 1 odst. 2 totiž říká, že *reklamou se rozumí oznámení, předvedení či jiná prezentace šířená zejména komunikačními médii, mající za cíl podporu podnikatelské činnosti, zejména podporu spotřeby nebo prodeje zboží, výstavby, pronájmu nebo prodeje nemovitostí, prodeje nebo využití práv nebo závazků, podporu poskytování služeb, propagaci ochranné známky, 1a) pokud není dále stanoveno jinak.*

K rozdělení těchto dvou institutů (reklamy a teleshoppingu) dochází tedy jen pro účely zákona o vysílání, který upřesňuje definici reklamy a vyjímá z ní specifickou formu oslovení spotřebitele – teleshopping. Pokud tedy zákon č. 40/1995 Sb. hovoří o reklamě, je nutno jeho ustanovení aplikovat i na teleshopping.

IV.

Předmětné správní řízení bylo zahájeno dne 29. května 2017, nicméně je nutno zohlednit, že v současné době je již účinný zákon č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „zákon o přestupcích“). Zákon o přestupcích výslovně definuje, jakou právní úpravu aplikovat, pokud mezi spácháním správního deliktu (respektive dle nové terminologie zákona o přestupcích přestupku) a rozhodováním o něm došlo ke změně právní úpravy

Dle ustanovení § 2 odst. 1 zákona o přestupcích se odpovědnost za přestupek posuzuje podle zákona účinného v době spáchání přestupku; podle pozdějšího zákona se posuzuje jen tehdy, je-li to pro pachatele přestupku (dále jen „pachatel“) příznivější.

Jelikož nyní projednáváný správní delikt (respektive dle nové terminologie zákona o přestupcích přestupek) byl spáchán dne 29. května 2017 (tj. v den odvysílání předmětného teleshoppingového bloku), hmotněprávně by jej Rada posoudila dle zákona účinného v době zahájení předmětného správního řízení, tj. dle zákona č. 40/1995 Sb. Pokud by byla právní úprava odpovědnosti za správní delikt příznivější v novém přestupkovém zákoně, aplikovala by jej Rada namísto zákona č. 40/1995 Sb.

Rada se domnívá, že v daném případě, s ohledem skutkové okolnosti a na vyjádření účastníka řízení (který z vlastní iniciativy již přijal opatření k nápravě), je možno aplikovat nový institut, který nabízí zákon o přestupcích, a sice napomenutí dle ustanovení § 35 písm. a) zákona č. 250/2016 Sb.

Dle ustanovení § 35 písm. a) zákona č. 250/2016 Sb., lze za přestupek uložit správní trest napomenutí.

Tato právní úprava je pro účastníka řízení nepochybně příznivější, neboť podle zákona č. 40/1995 Sb., by byla Rada nucena uložit pouze pokutu, která by samozřejmě více či méně negativně zasáhla majetkovou sféru účastníka řízení. Naproti tomu napomenutí dle zákona o přestupcích je podobný institut jako upozornění na porušení zákona dle ustanovení § 59 zákona č. 231/2001 Sb., který do práv a povinností účastníka řízení nikterak nezasahuje, respektive je nezakládá, neruší ani nemění.

Účastník řízení v plné míře uznal své pochybení, rozhodl se sám ihned po zahájení správního řízení přijmout potřebná opatření k nápravě (ihned stáhl spot z televizního vysílání) a jednalo se o jeho první takové porušení zákona. Rada tedy rozhodla uložit účastníku řízení mírnější trest ve formě napomenutí.

S ohledem na uvedené tedy Rada na svém 21. zasedání konaném dne 5. prosince 2017 rozhodla napomenout zadavatele obchodního sdělení, společnost Studio Moderna s.r.o., IČ 26159074, se sídlem Praha 3, U nákladového nádraží 3153/8, PSČ 13000, za porušení ustanovení § 2 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/1995 Sb., kterého se dopustil zadáním reklamy, respektive teleshoppingu „Hair Grow Max“, který byl odvysílán dne 31. ledna 2017 v čase 11:31:25 hodin na programu Nova Cinema a který je nekalou obchodní praktikou podle zvláštního předpisu, tj. podle ustanovení § 4 odst. 3 zákona č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, respektive písm. s) Přílohy 1 k tomuto zákonu, neboť v teleshoppingu nabízí za cenu 1399 Kč produkt/lahvičku „Hair Grow Max“, přičemž další, druhý produkt/lahvička Hair Grow Max je prezentovaná jako „zdarma“, ovšem je zcela evidentní, že druhá lahvička propagovaného přípravku není dodávaná k nabízené lahvičce Hair Grow Max zdarma; naopak tvoří integrální součást jedné sady, žádný z těchto produktů není

prodáván samostatně. Je zřejmé, že zákazník si nemůže zakoupit samostatný produkt Hair Grow Max, ale musí si za uvedenou cenu 1399 Kč zakoupit celý balíček oněch dvou produktů (dvě lahvičky produktu Hair Grow Max; 2x200 ml). Užitím slova „zdarma“ se tak zadavatel dopustil klamavé obchodní praktiky, kdy v divákovi, resp. spotřebiteli vyvolal klamavý dojem, že kupuje samostatný produkt/lahvičku Hair Grow Max za cenu 1399 Kč, k němuž získává druhou lahvičku téhož produktu zdarma, ale ve skutečnosti divák kupuje nedílnou sadu výrobků za cenu 1399 Kč, a žádný dárek zdarma nezískává.

Dle ustanovení § 45 zákona č. 250/2016 Sb., při ukládání napomenutí správní orgán upozorní pachatele na důsledky protiprávního jednání, jež mu podle zákona hrozí, pokud by se i v budoucnu dopouštěl podobného jednání.

Pokud by se zadavatel v budoucnu dopustil podobného jednání, je Rada oprávněna mu dle ustanovení § 35 zákona č. 250/2016 Sb., uložit trest zákazu činnosti, propadnutí věci nebo náhradní hodnoty, zveřejnění rozhodnutí o přestupku či pokutu. Dle ustanovení § 8a odst. 6 písm. c) zákona č. 40/1995 Sb., lze za přestupek uvedený v ustanovení § 8a odst. 2 písm. b) uložit pokutu až ve výši do 5 000 000 Kč.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí není dle ustanovení § 66 zákona č. 231/2001 Sb., možno podat žalobu.

Ivan Krejčí
předseda Rady
pro rozhlasové a televizní vysílání
elektronicky podepsáno