Právo, online marketing a iracionální faktory

Štěpán Kmoch*

Law, online marketing and irrational factors

***Summary**: The aim of the paper is to provide a critical look at the current legal regulation of online advertising and selected issues of online marketing in the Czech Republic with regard to the widespread use of the knowledge of psychology and behavioural economics. Does the lawmaker respond adequately to knowledge about the irrationality of people when it comes to the decision of buying goods and services? How does decision-making practice approach legal regulation? And is decision-making in the Czech Republic, the Slovak Republic and Hungary uniform? The author will respond to these and some other current issues in this article in the context of his current legal practice.*

***Key words**: legal aspects of the online marketing, legality of online marketing practices, online advertisement, cognitive biases.*

S reklamou se každý z nás setkává na denním pořádku. Stala se již běžnou součástí našich životů. V tomto příspěvku se budu zabývat právní regulací online reklamy v České republice a vybranými praktikami online marketingu, a to v kontextu využívání poznatků psychologie a behaviorální ekonomiky o iracionálních faktorech při rozhodování lidí (dále též jako iracionální faktory). Omezím se pouze na tu oblast právní regulace, která online reklamu a marketing při užití iracionálních faktorů upravuje. Zbylou regulaci online reklamy uvedu příkladným pouze výčtem.

Regulaci online reklamy a jejím nedostatkům není v právní vědě věnována téměř žádná hlubší pozornost. Zejména v případě, kdy pojednáváme o online reklamě v kontextu užití iracionálních faktorů. Častým problémem je i chybějící rozhodovací praxe soudů.

Co se dále užívaného pojmosloví týče, namísto v obchodě vžitého pojmu *koncový zákazník* (end user) budu s ohledem na právní terminologii užívat pojmu *spotřebitel*. Zákonná regulace sice nemíří pouze na spotřebitele, nicméně adresátem protiprávní reklamy jsou zpravidla spotřebitelé, resp. lidé nacházející se v sociální roli spotřebitele.[1] Považuji tedy za vhodné nejprve v následujících odstavcích přiblížit pojem spotřebitele, a to nejdříve ve stručnosti v obecném slova smyslu a poté v kontextu aktuálních otázek, které jsou relevantní zejména pro e-commerce.

Unijní spotřebitelské právo, tvořené především směrnicemi, nedefinuje spotřebitele jednotně. S ohledem na transpoziční povinnost směrnic nacházíme proto různé národní definice.[2] Český zákonodárce ještě relativně donedávna definoval spotřebitele nekonzistentně, a to nejen při porovnání tzv. generální soukromoprávní definice v § 419 občanského zákoníku s definicemi poskytnutými veřejnoprávními předpisy, ale i v rámci těchto veřejnoprávních předpisů navzájem – mimo jiné v zákoně o ochraně spotřebitele a v energetickém zákoně (druhý jmenovaný pracoval do novelizace účinné od 1. 1. 2016 s pojmem konečný spotřebitel, který za spotřebitele považoval i právnickou osobu). Relativita pojmu spotřebitel (co do obsahu a významu) byla částečně zhojena tím, že v současné době dominují dvě definice spotřebitele: (a) soukromoprávní definice v § 419 občanského zákoníku („Spotřebitelem je každý člověk, který mimo rámec své podnikatelské činnosti

* Autor působí jako externí doktorand na katedře občanského práva PF UK, Praha. E-mail: skmoch@gmail.com.

1 Spotřebitel není společenská skupina osob v pravém slova smyslu, ale označení osoby, která se v daný moment nachází v sociální roli spotřebitele tím, že mimo rámec své podnikatelské činnosti nebo mimo rámec samostatného výkonu svého povolání uzavírá smlouvu s podnikatelem nebo s ním jinak jedná (§ 419 občanského zákoníku). Spotřebitelem je proto např. i miliardář, který si pro vlastní spotřebu kupuje potraviny nebo jiné věci sloužící osobní nebo rodinné potřebě. K sociální roli spotřebitele též viz TICHÝ, L. a KOCÍ, M., ed. *Spotřebitelská kupní smlouva.* Praha: Centrum právní komparatistiky, Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze, 2013, str. 121.

2 ELISCHER, D. § 4 Spotřebitel. In: DVOŘÁK, J., ŠVESTKA, J., ZUKLÍNOVÁ, M. a kol. *Občanské právo hmotné*. Svazek 1. Díl první: Obecná část. 2., aktualizované a doplněné vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2016, str. 292 a násl.

nebo mimo rámec samostatného výkonu svého povolání uzavírá smlouvu s podnikatelem nebo s ním jinak jedná.“) a (b) veřejnoprávní definice dle § 2 odst. 1 písm. a) zákona o ochraně spotřebitele [„Pro účely tohoto zákona se rozumí: a) spotřebitelem fyzická osoba, která nejedná v rámci své podnikatelské činnosti nebo v rámci samostatného výkonu svého povolání“].

Definice dle zákona o ochraně spotřebitele je na první pohled širší a považuje za spotřebitele i fyzické osoby, které právně jednají s jinými spotřebiteli (např. se může jednat o jednorázový prodej ojetého motorového vozidla, kde prodávajícím i kupujícím bude fyzická osoba jednající v soukromých záležitostech). Tato definice tedy teoreticky poskytuje spotřebitelům ochranu vůči jiným spotřebitelům, což je v rozporu s jednou ze základních premis odůvodňujících existenci spotřebitelského práva jako takového, kterou je faktická ekonomická převaha profesionála (podnikatele) nad spotřebitelem.[3] Šíře definice dle zákona o ochraně spotřebitele je však omezena osobní a věcnou působností zákona o ochraně spotřebitele, kterou je regulace vymezeného jednání prodávajících, výrobců, dovozců a dodavatelů, přičemž při definici těchto osob již zákon, dle mého názoru správně a v souladu se zásadou bezrozpornosti právního řádu, operuje s pojmem podnikatel dle občanského zákoníku.[4] Skutečnost, že zákon o ochraně spotřebitele nedefinuje spotřebitele odkazem na generální soukromoprávní definici, považuji za jeden z příkladů nekoherentnosti českého spotřebitelského práva, který přispívá k izolaci dvou právních světů spotřebitelského práva – soukromoprávního a veřejnoprávního. S ohledem na judikaturu[5] a potřebu efektivity spotřebitelského práva by přitom soukromoprávní regulace ochrany spotřebitele měla být s tou veřejnoprávní regulací propojená daleko úžeji. Soukromoprávní ochrana spotřebitele je totiž bez alespoň částečného veřejnoprávního dozoru v praxi bezzubá, jak uvádím na příkladu v poznámce pod čarou č. 8 (alternativou k veřejnoprávnímu dozoru je existence institutu hromadné žaloby, kterýžto institut však považuji za morálně nepřijatelný a odsouzeníhodný, neboť nutně povede ke komercionalizaci práva, jako k tomu došlo např. v USA).

Jedním z příkladů, který by měl vést k provázání soukromoprávní ochrany spotřebitele s tou veřejnoprávní, je jedna ze změn, kterou zavádí modernizační směrnice EU 2019/2161.[6] Modernizační směrnicí totiž mimo jiné došlo ke změně směrnice o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách[7], a to však takovým způsobem, že nepřiměřená ujednání by měla nově podléhat veřejnoprávnímu přezkumu.[8] Takovému přezkumu budou přirozeně podléhat i obchodní podmínky, ve kterých se nepřiměřená ujednání vyskytují přirozeně nejčastěji. To je v oblasti e-commerce podstatná změna, jež vyvine na podnikatele působící v této oblasti značný tlak, aby své obchodní podmínky revidovali. Zejména dojde k revizi těch ustanovení, která jsou v současné době „na hraně“, čemuž částečně napomůže i § 1812 odst. 1 občanského zákoníku („Lze-li obsah smlouvy vyložit různým způsobem, použije se výklad pro spotřebitele nejpříznivější.“) Ve vztahu k transpozici modernizační směrnice do českého právního řádu lze očekávat, že se bude jednat o administrativní přezkum s tím, že dozor nad dodržováním bude vykonávat Česká obchodní inspekce. V souvislosti s tím předpokládám, že dojde k dalšímu výslovnému rozšíření věcné působnosti zákona o ochraně spotřebitele na dozor nad dodržováním relevantních ustanovení občanského zákoníku.

3 Tamtéž, str. 295 a násl.

4 Odhlédneme-li od toho, že zákonodárce odkazuje pouze na § 420 občanského zákoníku a zjevně opomenul definici podnikatele dle následujících ustanovení.

5 „Právní řád, založený na principech jednoty, racionality a vnitřní obsahové bezrozpornosti, s sebou nutně přináší imperativ stejného náhledu na srovnatelné právní instituty, byť upravené v rozdílných právních předpisech či dokonce odvětvích. Jestliže zásada jednotnosti a bezrozpornosti právního řádu zapovídá odlišný přístup k obdobným právním institutům v jednotlivých právních odvětvích, odlišný výklad institutu náhrady škody v právu občanském a pracovním postrádá své opodstatnění.“ (Z nálezu ÚS, sp. zn. IV. ÚS 444/11, dále viz např. rozhodnutí ÚS ČR: I. ÚS 558/01, Pl. ÚS 72/06, a rozhodnutí NSS ČR: č. 791/2006 Sb. NSS a č. 792/2006 Sb. NSS.)

6 Směrnice EU 2019/2161 ze dne 27. listopadu 2019, kterou se mění směrnice Rady 93/13/EHS a směrnice Evropského parlamentu a Rady 98/6/ES, 2005/29/ES a 2011/83/EU, pokud jde o lepší vymáhání a modernizaci právních předpisů Unie na ochranu spotřebitele.

7 Směrnice Rady 93/13/EHS ze dne 5. dubna 1993, o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách. Mimo jiné je tato směrnice transponovaná do § 1813 občanského zákoníku („Má se za to, že zakázaná jsou ujednání, která zakládají v rozporu s požadavkem přiměřenosti významnou nerovnováhu práv nebo povinností stran v neprospěch spotřebitele. To neplatí pro ujednání o předmětu plnění nebo ceně, pokud jsou spotřebiteli poskytnuty jasným a srozumitelným způsobem.“) a § 1814 téhož zákona (který uvádí demonstrativní výčet zakázaných ustanovení). Důsledkem porušení zákazu nepřiměřených ujednání ve spotřebitelských smlouvách uzavíraných distančním způsobem je dle § 1815 občanského zákoníku zdánlivost. Nepřiměřenost ujednání bude zpravidla předmětem zkoumání v občanském soudním řízení. Při porušení uvedených povinností musí tedy spotřebitel iniciovat civilní soudní řízení. To však bude v řadě případů neekonomické, zvláště tomu tak bude v hraničních případech (což částečně zmírňuje § 1812 odst. 1 občanského zákoníku), kdy se k neekonomičnosti vedení sporu přidá ještě nejistota ohledně očekávaného výsledku – a v takovém případě hraje i svoji roli averze ke ztrátě v podobě placení náhrady nákladů řízení za prohraný soudní spor (k účinku psychologického efektu averze ke ztrátě podrobněji viz podkapitola Využití některých případů kognitivního zkreslení při prodeji ubytování). A vzhledem k tomu, že bez žalobce není soudce, tak většina případů nepřiměřených ustanovení ve spotřebitelských smlouvách uzavíraných distančním způsobem, zejména pak těch v obchodních podmínkách, zůstane bez reálného postihu.

8 To vyplývá ze znění nového čl. 8b směrnice Rady 93/13/EHS, viz článek 1 směrnice EU 2019/2161.

Nekoncepčnost, neucelenost a nízká míra efektivity práva[9] je jedním ze současných nedostatků spotřebitelského práva v České republice, která však bude – za předpokladu správné transpozice – do značné míry zhojena modernizační směrnicí EU 2019/2161. Za vhodné řešení nedostatků české právní úpravy považuji přijetí jednotného spotřebitelského kodexu, který by v co nejširší možné míře obsahoval jak soukromoprávní, tak veřejnoprávní úpravu.

Spotřebitelskému právu přijímanému na úrovni EU lze (tentokrát z hlediska podnikání v EU) vytknout mimo jiné skutečnost, že řada směrnic na ochranu spotřebitele je založena na principu minimální harmonizace. S ohledem na zásadu jednotného vnitřního trhu EU a podnikání v EU je takový jev krajně nežádoucí, neboť omezuje drobné podnikatele při vstupu na jiné trhy EU tím, že činí z expanze luxus, jejž si drobní podnikatelé nemohou dovolit. To zvláště platí v oblasti e-commerce. Odchylné právní úpravy v jednotlivých členských státech vedou konkrétně k tomu, že podnikatelé musí vynaložit náklady na externí advokátní kanceláře, které jim zpracují porovnání právních úprav. Porovnání musí být následně analyzováno z hlediska interních procesů expandujícího podnikatele a následně je nutné interní fungování přiměřeně změnit (vč. nákladných úprav interních systémů). Vidina takového postupu u všech 27 členských států EU (při celoevropské expanzi, která by v e-commerce byla jinak přirozená a snad i samozřejmá) představuje pro drobné podnikatele *de facto* nepřekonatelnou překážku, což ve výsledku ochuzuje evropskou hospodářskou soutěž a poškozuje spotřebitele, kterým je omezena možnost koupě širšího spektra zboží a služeb za výhodnějších cenových podmínek.[10] Z výše uvedených důvodů by bylo vhodnější, aby směrnice na ochranu spotřebitele byly v maximální míře založeny na principu úplné harmonizace.

Online reklama, iracionální faktory a vybrané praktiky online marketingu

Obecná právní regulace, která dopadá i na online marketing, je roztříštěná do řady právních předpisů. Reguluje primárně obsah marketingové komunikace, zejména pak reklamy. Ucelená právní úprava online marketingu neexistuje a ani existovat nemůže, neboť věcná působnost relevantních předpisů přesahuje činnosti online marketingu (např. autorskoprávní ochrana sice poskytuje ochranu před neoprávněným užitím autorských děl i v rámci marketingové komunikaci online, avšak její dopad je podstatně širší). Pro komplexní uchopení regulace online marketingu v obecné rovině je proto potřebná znalost řady právních předpisů jak z oblasti soukromého práva, tak práva veřejného.

Činnost online marketingu je v některých případech regulována zákonem. Můžeme se setkat také se smluvními omezeními online marketingu, ta však nejsou předmětem tohoto příspěvku (příkladem jsou smluvní podmínky služby Google Ads). Důvody, které vedou zákonodárce k vytvoření zákonné úpravy, jsou různé. V některých případech je cílem ochrana adresátů reklamy (např. před klamavou či nemravnou reklamou), jindy tkví důvod regulace v ochraně třetích osob, např. autorů autorských děl (tj. fotografií, grafických prvků a velice omezeně i zdrojového kódu webové stránky apod.) či vlastníků ochranných známek.

Současnou obecnou regulaci online marketingu lze zjednodušit konstatováním, že to, co je chráněno v offline světě, je zpravidla chráněno i online (ne vždy však stejně efektivně, jak podrobně rozvedu dále). To platí i v případech, kdy ani sám zákonodárce původně nezamýšlel činnost online marketingu regulovat. Důvodem je obecnost právních předpisů, která umožňuje reagovat na změny společnosti, včetně těch nepředvídaných. Pro jednoduchou ilustraci uvedu jako příklad autorskoprávní ochranu. Její zárodky lze sice spatřit již v souvislosti s nástupem knihtisku v 15. století, avšak o autorskoprávní ochraně v pravém slova smyslu lze hovořit až od 19. století.[11] Z moderní historie na našem území až do roku 2000 platil autorský zákon z roku 1953. Online marketing, jak ho známe dnes, vznikl sice až v 90. letech 20. století a rozvíjel se společně s dynamickým rozvojem internetu, avšak díky obecné definici předmětu autorského práva, to jest autorského díla, je

[9] Způsobená především nastíněným nedostatečným propojením soukromého a veřejného spotřebitelského práva.

[10] Nařízení o zákazu geo blockingu (nařízení EU 2018/302 ze dne 28. února 2018) dopad nevhodné koncepce úrovně harmonizace nijak nezmírnilo, neboť se nevěnuje příčině toho, proč se podnikatelé v e-commerce rozhodli své zboží a služby nenabízet jiným než národním zákazníkům. Důsledkem nařízení o geo blockingu bylo pouze to, že podnikatelé v e-commerce přestali blokovat přístup zákazníkům z jiných členských států. Rozhodnutí podnikatelů nedoručovat zboží přes hranice národních států má však důvody ekonomické, nikoliv diskriminační.

[11] Významnějším právním předpisem platným na našem území bylo až vydání císařského patentu z 19. října 1846 č. 992 Sb. z. s.; ten vytyčil zásady ochrany děl literárních, hudebních a děl výtvarných umění. Mezníkem pro mezinárodní ochranu bylo přijetí Bernské úmluvy o ochraně literárních a uměleckých děl v roce 1886.

ochrana autorským dílům poskytnuta i v prostředí internetu. Dle mého názoru by ochranu autorským dílům v prostředí internetu poskytl i autorský zákon z roku 1953 ve svém původním znění.[12] Jinak je tomu v případech zvláštní regulace online marketingu, kterou se však v tomto příspěvku nezabývám (např. e-mail marketing, vč. SMS marketingu, je regulován přímo a příslušná regulace nedopadá na jiné formy přímého marketingu, jako je telemarketing v podobě tel. hovorů a dále zasílání reklamy poštou, teleshopping apod.).

Výzvu pro právní regulaci online marketingu představuje současná doba, při které jsou do moderních technologií hojně implementovány poznatky o iracionálních faktorech, což klade vyšší kvalifikační požadavky na úředníky dozorových orgánů. Současná právní regulace s uvedenými poznatky počítá nepřímo a pouze nevýslovně. Nejnovější unijní legislativa z oblasti ochrany spotřebitele však indikuje, že evropský zákonodárce si je vědom alespoň těch zřejmějších praktik a indikuje tak budoucí vývoj.[13]

Relevantní legislativa

Relevantními právními předpisy, které dopadají na online marketing, jsou zejména (i) občanský zákoník[14] (vedle obecných zásad především úprava osobnostních práv, nekalé soutěže a nelze opomenout ani specifickou ochranu spotřebitele), (ii) zákon o regulaci reklamy,[15] (iii) zákon o ochraně spotřebitele,[16] (iv) autorský zákon,[17] (v) zákon o ochranných známkách,[18] (vi) zákon o ochraně olympijských symbolik,[19] (vii) zákon o některých službách informační společnosti[20] (regulace obchodních sdělení, zejména e-mail marketingu), (viii) zákon o elektronických komunikacích[21] (regulace cookies), (ix) zákon o audiovizuálních mediálních službách na vyžádání,[22] (x) zákon o provozování rozhlasového a televizního vysílání[23] a (xi) subsidiárně zejména GDPR,[24] správní řád[25] a zákon o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich.[26]

Relevantní pro účely tohoto příspěvku jsou primárně zákon o regulaci reklamy a zákon o ochraně spotřebitele.

Specifická pravidla online reklamy platí pro reklamu zvláštních kategorií výrobků a služeb, jako jsou tabákové výrobky, alkoholické nápoje, léčivé přípravky, potraviny a kojenecká výživa, darování lidských tkání a buněk, střelné zbraně a střelivo a pohřební služby.[27] Těmito specifickými kategoriemi výrobků a služeb se podrobněji zabývat nebudu, zaměřím se pouze na obecnou regulaci, která dopadá na všechny výrobky a služby, tedy i na ty, které jsou začleněny do těchto zvláštních kategorií. Regulaci uvedených zvláštních kategorií výrobků a služeb lze shrnout tak, že spočívá především v povinnostech, které míří na obsah reklamy, mj. v podobě širší informační povinnosti (např. reklama na tabákové výrobky musí obsahovat zřetelné varování znění „Ministerstvo zdravotnictví varuje: kouření způsobuje rakovinu" a reklama na doplňky stravy musí obsahovat zřetelný text „doplněk stravy" apod.).

Zakázaná online reklama

V rámci zakázané reklamy se budu soustředit na reklamu nemravnou a reklamu klamavou podle zákona o regulaci reklamy. Důvody jsou následující: (i) z mé právní praxe dochází ve vztahu k těmto dvěma případům zakázané reklamy jednoznačně k nejčastějším pochybením, (ii) pouze tyto dva případy zakázané reklamy částečně dopadají i na regulaci

12 Původní znění zákona č. 115/1953 Sb., o právu autorském, (autorský zákon) užívalo ve svém § 2 odst. 1 stručnou, ale díky tomu velice obecnou definici autorského díla: „Předmětem autorského práva jsou díla literární, vědecká a umělecká, která jsou výsledkem tvůrčí činnosti autora." V druhém odstavci téhož § jsou uvedeny příklady těchto děl, jako je i např. dílo fotografické. Podle § 14 tehdejšího autorského zákona autorské právo k dílu autorské právo vznikne mj. v okamžiku, kdy je „vyjádřeno slovem nebo ve formě rukopisu, náčrtu, skizzy anebo v jakékoli jiné podobě". Úvodní ustanovení § 1 tehdejšího autorského zákona (byť si neodpustilo socialistické zbarvení) sdělilo úmysl zákonodárce, se kterým byl zákon přijat, a tím poskytl jasné výkladové vodítko. Dle zákonodárce byla účelem autorského zákona mj. „ochrana zájmů autorů a podnícení ideové tvorby". Ideová tvorba by přitom při neúčinné ochraně autorských děl byla podstatně potlačena. Při tomto výkladovém vodítku nemám pochyb o tom, že by elektronické logo bylo subsumovatelné pod definici autorského díla coby díla uměleckého.

13 Článek 2 směrnice EU č. 2019/2161 ze dne 27. listopadu 2019, kterým se mění směrnice 98/6/ES mj. v rozsahu článku 6a, jenž míří na tzv. nepravé slevy. Ty mají bezpochyby podstatný vliv na rozhodnutí spotřebitele o koupi zboží nebo služby.

14 Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník.

15 Zákon 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.

16 Zákon č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele.

17 Zákon č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů.

18 Zákon č. 441/2003 Sb., o ochranných známkách a o změně zákona č. 6/2002 Sb., o soudech, soudcích, přísedících a státní správě soudů a o změně některých dalších zákonů (zákon o soudech a soudcích), ve znění pozdějších předpisů.

19 Zákon č. 60/2000 Sb., o ochraně olympijských symbolik.

20 Zákon č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti a o změně některých zákonů.

21 Zákon č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů.

22 Zákon č. 132/2010 Sb., o audiovizuálních mediálních službách na vyžádání a o změně některých zákonů.

23 Zákon č. 231/2001 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání a o změně dalších zákonů.

24 Nařízení EU 2016/679 ze dne 27. dubna 2016, o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů a o zrušení směrnice 95/46/ES (obecné nařízení o ochraně osobních údajů).

25 Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád.

26 Zákon č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich.

27 Viz zejména § 3 a násl. zákona o regulaci reklamy.

reklamy, která využívá iracionální faktory, a (iii) současná právní regulace vykazuje pro oblast online marketingu zásadní nedostatky, na které je třeba upozornit.

Nemravná i klamavá reklama jsou zakázány, ať jsou šířeny jakýmikoliv komunikačními kanály a médii, avšak v online prostředí vykazují jistá specifika, jako je např. odlišnost dozorového orgánu a s tím spojená otázka efektivního vymáhání právní úpravy (viz dále v podkapitole Zakázaná online reklama a absence účinného dozoru).

Reklamu zákon o regulaci reklamy definuje, v souladu s unijní legislativou, široce, a to nejen jako placenou reklamu (např. display a PPC), jak by se mohlo na první pohled zdát, ale jako jakoukoliv veřejnou prezentaci s marketingovou relevancí. To potvrzuje i judikatura.[28] Za reklamu se tedy považuje již samotná prezentace (nejen výrobku nebo služby, ale i např. svého podnikání[29]) na vlastních webových stránkách nebo profilech na sociálních sítích. Uvedené pojetí považuji za vhodné, neboť z hlediska nežádoucí reklamy je zcela bez významu, zda jde o propagaci na vlastním webu, i když není prováděna za úplatu, nebo o klasickou reklamu, neboť v obou případech je cíl stejný (podpora podnikatelské činnosti) a prostředky na vlastním webu jsou i mnohdy efektivnější.[30] Prvek úplatnosti se při definici reklamy vyžaduje pro rozhlasovou a televizní reklamu,[31] což však není pro online marketing podstatné. Zúžením uvedené široké definice je omezení regulace na reklamu, jejímž cílem je podpora podnikatelské činnosti (komerční reklama), čímž je z působnosti zákona vyloučena zejména reklama státu a neziskových organizací.[32]

Zakázanou reklamou je dále zejména reklama, která porušuje osobnostní práva, dále reklama, v rámci které je neoprávněně užito autorské dílo nebo ochranná známka, a reklama nekalosoutěžní. Tyto případy však již tento příspěvek přesahují, proto na ně dále nebudu zaměřovat pozornost.

Nemravná online reklama

Nemravnost reklamy se posuzuje optikou „obecné" mravnosti, která je uznávána většinou společnosti.[33] K naplnění skutkové podstaty přestupku nemravné reklamy postačí pouhé ohrožení mravnosti. Zda k ohrožení mravnosti došlo, se posuzuje ve vztahu k cílové skupině reklamy. Zákaz nemravné reklamy je obecně zúžen pouze na komerční reklamu,[34] jinak má však široký věcný dosah.

Řadu příkladů nemravné reklamy uvádí výslovně v neuzavřeném výčtu zákon o regulaci reklamy,[35] podle kterého reklama nesmí (i) obsahovat jakoukoliv diskriminaci z důvodů rasy, pohlaví nebo národnosti nebo napadat náboženské nebo národnostní cítění, (ii) snižovat lidskou důstojnost, (iii) obsahovat prvky pornografie, násilí nebo prvky využívající motivu strachu a (iv) napadat politické přesvědčení. Naplnění zde uvedených případů k protiprávnosti reklamy nestačí, reklama musí být zároveň v rozporu s dobrými mravy, k čemuž však dojde zpravidla automaticky.

Z výše uvedených příkladů nemravné reklamy dochází nejčastěji k porušení zákazu reklamy, která obsahuje prvky využívající motivu strachu. Taková reklama navíc zneužívá iracionální faktory lidské mysli, a to

28 Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22. července 2010, č. j. 5 As 48/2009-76.

29 Trendem ke vymezování se vůči neosobním korporacím prezentací svého příběhu. Konkrétně se může jednat např. informace o dodavateli vysoce kvalitních potravin na online prodejci potravin rohlik.cz, kde příběh dodavatele, umístěný zpravidla v rámci každého produktu daného dodavatele, hraje podstatnou roli a je účinnou marketingovou praktikou.

30 Efektivnější z důvodu, že subjekty v e-commerce, zpravidla ty významnější, pracují s obrovským množstvím dat a od svých zákazníků jich mají obvykle nejvíce. A čím více dat má daný subjekt k dispozici, tím je reklama efektivnější.

31 Ustanovení § 2 odst. 1 písm. n) zákona o provozování rozhlasového a televizního vysílání.

32 Ustanovení § 1 odst. 2 zákona o regulaci reklamy uvádí, že reklama musí mít za cíl za cíl „podporu podnikatelské činnosti". Reklama státu a neziskových organizací (netýká-li se podnikatelské činnosti) není tedy zákonem o regulaci reklamy regulována.

33 Zákon o regulaci reklamy nejprve uvádí, že „Reklama nesmí být v rozporu s dobrými mravy", avšak následně upřesňuje, že reklama nesmí zejména „ohrožovat obecně nepřijatelným způsobem mravnost" (viz § 2 odst. 3 zákona o regulaci reklamy). Nemravnost podle tohoto zákona je tedy třeba posuzovat ještě přísněji než „běžnou" kategorii dobrých mravů dle soukromého práva, což odůvodňuji dále. Zákon o regulaci reklamy považuje za naplnění skutkové podstaty přestupku již samotné ohrožení (s tím, že intenzita ohrožení mravnosti musí být obecně nepřijatelná). Pojem dobré mravy je velice podrobně rozpracován teorií i praxí a není prostor se mu zde věnovat, uvedu však základní body. Dobré mravy Ústavní soud ČR považuje za souhrn „etických, obecně zachovávaných a uznávaných zásad, jejichž dodržování je mnohdy zajišťováno i právními normami tak, aby každé jednání bylo v souladu s obecnými morálními zásadami demokratické společnosti" (II. ÚS 249/97; Nejvyšší soud k tomu navíc přidává kategorii „neměnnosti a uznávanosti rozhodující částí společnosti", viz např. NS ČR, zn. 3 Cdon 69/96). V soukromém právu jsou dobré mravy mj. limitem dispozitivnosti a tvoří tak zásadní omezení zásady (smluvní) autonomie vůle (§ 1 odst. 2 občanského zákoníku) a dále jsou výkladovým pravidlem soukromoprávních zákonů (§ 2 odst. 3 občanského zákoníku). Jako odpověď na otázku, proč pro účely výkladu pojmu mravnost užitého ve veřejnoprávním předpise vyzdvihuji základní soukromoprávní zásadu ochrany dobrých mravů, uvedu pro stručnost názor reprezentující ustálenou judikaturu Ústavního a Nejvyššího správního soudu ČR: „Právní řád, založený na principech jednoty, racionality a vnitřní obsahové bezrozpornosti, s sebou nutně přináší imperativ stejného náhledu na srovnatelné právní instituty, byť upravené v rozdílných právních předpisech či dokonce odvětvích" (Pl. ÚS 2/10); dále např. násl. rozhodnutí ÚS ČR: I. ÚS 558/01, Pl. ÚS 72/06, IV. ÚS 444/11, a rozhodnutí NSS ČR: č. 791/2006 Sb. NSS a č. 792/2006 Sb. NSS.

34 Podle § 1 odst. 2 zákona o regulaci reklamy platí, že „Reklamou se rozumí oznámení, předvedení či jiná prezentace šířené 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, pokud není dále stanoveno jinak." Proto byla např. drastická kampaň ministerstva dopravy s názvem „Nemyslíš – zaplatíš" (inspirovaná britskou kampaní „Don't drink and drive") považována za právně přípustnou, a pokud by sloužila k podpoře podnikatelské činnosti, byla by jistě coby nemravná reklama reklamou protiprávní.

35 Ustanovení § 2 odst. 3 zákona o regulaci reklamy.

primárně za účelem prodeje zboží nebo služby.

Že je strach mocnou emocí, a tím pádem i mocným nástrojem pro ovlivnění rozhodování, vč. toho ekonomického, je zřejmé. Strach ovlivnil dějiny lidstva, kdy byl zneužit politickou propagandou,[36] také je užíván totalitními režimy pro udržení se u moci,[37] ale můžeme ho nalézt i v reklamě.[38] Méně známou, avšak tou nejnebezpečnější skutečností je, že k ovlivnění emocí strachu dochází často na podvědomé úrovni. To platí dokonce i ve chvíli, kdy jsme si iracionálního vlivu strachu na vlastní rozhodování sami plně vědomi.[39] I rozvážné racionální rozhodování se ve více jak polovině případů dostane do konfliktu s iracionálními faktory (mj. emocí strachu), které jej podvědomě změní, což opět platí i v případě, kdy jsme si vlivu strachu vědomi.[40] Při pociťování strachu nad svým rozhodováním ztrácíme kontrolu.[41] Pro zjednodušené a snadné pochopení lze uvést, že strach má na rozhodování o koupi zboží nebo služby podobný vliv jako např. podprahová reklama.

Je patrné, že výše stručně nastíněnému vlivu strachu na činění (ekonomických) rozhodnutí si nejsou soudy vědomy. V opačném případě by soudy za nemravné považovaly již samotné využití prvku strachu v reklamě. V jiných vědních oborech, jako je psychologie a behaviorální ekonomie, lze tyto poznatky považovat za notorietu.[42] V soudní praxi[43] lze však vypozorovat zastaralé, již překonané nahlížení na lidi coby racionální bytosti, které se i racionálně rozhodují a mají své jednání plně pod kontrolou. Využití prvku strachu v reklamě s cílem vystrašit adresáty z důvodu, aby si zakoupili propagované zboží nebo službu, musí být posouzeno jako nemravné již samo o sobě, neboť využitím prvku strachu je zneužita nedokonalost lidské mysli. Podobně jako v případě podprahové reklamy, kde o nemravnosti a protiprávnosti nepochybujeme.

Reklama využívající prvky strachu je dnes v hojné míře užívána např. farmaceutickými společnostmi v souvislosti s prodejem svého zboží a služeb. Dříve byla užívána i pojišťovnami. Současná situace spojená s koronavirem, o kterém na denním pořádku informují sdělovací prostředky, besezporu u značné části populace strach vyvolává. Je proto velice aktuální upozornit na reklamu např. na roušky, respirátory a další zdravotní pomůcky či hygienické přípravky nebo na testy na koronavirus, která se přitom ve velké míře šíří online (což inzerentům umožňuje cílit na čtenáře článků a zpráv o koronaviru). Pokud taková reklama (i) využívá motivu strachu,[44] dále je (ii) vyvíjena v souvislosti s podnikatelskou činností a (iii) je v rozporu s dobrými mravy (což bude zpravidla již z povahy věci), tak bude zároveň zpravidla protiprávní.

Mezi konkrétní příklady reklamy s prvky, které využívají motiv strachu, patří reklamní kampaň, jež užívala slogany „Klíšťová encefalitida číhá i uprostřed města." nebo „Klíšťata číhají i ve městech." Dalším příkladem je reklama na očkování proti rakovině děložního čípku, která cílí na rodiče a vzbuzuje v nich pocit viny pro případ, že svoji dceru nenechají očkovat a zvýší tím riziko její smrti právě na daný typ rakoviny. K posouzení protiprávnosti konkrétní reklamy je samozřejmě třeba přistupovat individuálně a protiprávnost posuzovat případ od případu při zohlednění všech skutkových okolností. Uvedené proto zmiňuji pouze pro základní představu. Současná

36 WAGNER, M. a MORISI, D. Anxiety, Fear, and Political Decision Making. [22. 11. 2019, aktualizováno 31. října 2020]. *Oxford Research Encyclopedia of Politics.* Dostupné na https://oxfordre.com/politics/view/10.1093/acrefore/9780190228637.001.0001/acrefore-9780190228637-e-915 [cit. 1. 11. 2020]

37 Tamtéž.

38 COCHRANE, L. a QUESTER, P. Fear in Advertising, The Influence of Consumers' Product Involvement and Culture [8. 9. 2008]. *Journal of International Consumer Marketing.* Dostupné na https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1300/J046v17n02_02 [cit 1. 11. 2020]

39 PIERRE, J. *How Does Fear Influence Risk Assessment and Decision-Making? Overestimating threats and the effectiveness of interventions.* [15. 7. 2020]. *Psychology Today.* Dostupné na https://www.psychologytoday.com/us/blog/psych-unseen/202007/how-does-fear-influence-risk-assessment-and-decision-making [cit. 1. 11. 2020]

40 O tomto vlivu je pojednáno v KAHNEMAN, D. *Myšlení: rychlé a pomalé.* Brno: Jan Melvil, 2012.

41 LERNER, J., LI, Y., VALDESOLO, P., KASSAM, K. Emotion and Decision Making. [22. 9. 2014]. *Annual Review of Psychology,* str. 16 a násl. Dostupné na https://www.annualreviews.org/doi/10.1146/annurev-psych-010213-115043 [cit. 1. 11. 2020]

42 To dovozuji i z toho, že výsledky relevantních studií jsou známy již od 70. let 20. století, a též ze známosti více jak 200 případů kognitivního zkreslení, které zjednodušil a shrnul např. BENSON, B. *Cognitive bias cheat sheet, simplified.* [8. 1. 2017]. Dostupné na https://medium.com/thinking-is-hard/4-conundrums-of-intelligence-2ab78d90740f [cit. 1. 11. 2020]

43 Zde je relevantní rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 09. 2011, sp. zn. 1 As 47/2010-71, kde byla posuzována nemravnost kontroverzní reklamy na zubní pastu Paradontax. Soud došel k těmto závěrům: „Vnímání strachu je bezesporu individuální záležitost. Každý člověk se ‚bojí' za jiných okolností. Vnímání strachu proto může být v jednotlivých případech odlišné podle adresáta reklamy. Nicméně je nepochybné, že se dá říci, z čeho má většinová společnost strach. Samotné použití motivů, které mohou způsobit strach, nezpůsobuje strach v jakékoliv myslitelné situaci. Proto je třeba každou jednotlivou situaci posoudit zvlášť vzhledem ke všem okolnostem a s ohledem na dobré mravy, o kterých § 2 odst. 3 ZRR výslovně hovoří. ZRR má na mysli především mravnost v obecnějším významu tohoto slova. V tomto případě zřejmě půjde o takové způsoby jednání, na jejichž odsouzení se shodne naprosto převažující většina společnosti [...] Informace spotřebitele o možné nemoci (paradentóza, encefalitida, rýma, rakovina atd.) a jejím průběhu není vždy bez dalšího využitím motivu strachu. Účelem reklamy je bezesporu propagace výrobku, je tedy zcela logické, že reklama na daný problém nabízí jako řešení svůj výrobek. Předmětná reklama sice upozorňuje na riziko nemoci poněkud naturalistickým způsobem, nicméně v tom nelze shledávat rozpor s dobrými mravy tím, že reklama může též u některých diváků vyvolat strach." S těmito závěry nesouhlasím, neboť mj. zcela přehlíží vliv strachu na mysl v kontextu ekonomického rozhodování a jeho výrazný manipulativní účinek.

44 Tedy zpravidla vzbudí emoci strachu, důsledkem čehož je typicky ovlivnění rozhodnutí o koupi propagovaného zboží nebo služby. Protiprávnost reklamy není třeba prokazovat takto složitě. Podle znění zákona postačí, pokud je v reklamě prvek, který využívá motivu strachu, pouze přítomen.

judikatura[45] zastává však odlišný názor, nicméně ta nikterak nepracuje s vědeckými poznatky o vlivu prvku strachu v reklamě na rozhodování o koupi.

Zdůrazňuji, že k protiprávnosti reklamy postačuje (při současném rozporu s dobrými mravy, který by se zde měl zpravidla předpokládat) přítomnost prvku, který je u cílové skupiny způsobilý strach vyvolat. Není proto třeba prokazovat, zda tento prvek strach skutečně vyvolal.

Závěrem uvádím, že zákon o regulaci reklamy uvádí pouze neuzavřený, demonstrativní výčet případů nemravné reklamy. I jakákoliv jiná reklama, která je způsobilá ohrozit mravnost (případně je přímo v rozporu s dobrými mravy) a splňuje další podmínky (zejména komerční cíl), je protiprávní. Nelze si nepovšimnout, že skutková podstata přestupku, jež spočívá v jednání, které je „v rozporu s dobrými mravy", resp. které „ohrožuje nepřijatelným způsobem mravnost", je natolik široká, že je dle mého názoru v rozporu ústavně garantovanou zásadu *nullum crimen sine lega certa*, tedy požadavkem na jasné a určité vymezení skutkové podstaty trestných činů a přestupků. Dle mého názoru by bylo vhodnější definovat případy nemravné reklamy, podobně jako je tomu v případě reklamy, která využívá prvky strachu, a nemravnou reklamu tak jasněji specifikovat. Nelze totiž rezignovat na ústavní požadavek určitosti skutkové podstaty přestupku.

Klamavá online reklama

Klamavá reklama je dalším, v praxi hojně řešeným případem protiprávní reklamy. Její veřejnoprávní regulace se omezuje pouze na ochranu spotřebitele.[46] Existuje však i soukromoprávní regulace, nicméně ta je v praxi aplikována v zanedbatelné míře.[47] Mezi důvody, proč je soukromé právo nedostačujícím mechanismem odstrašení, uvádí Tichý[48] nedostatek informací ohledně porušení na straně soukromých subjektů, riziko nedostatečného prosazení a transakční náklady. Osobně se ztotožňuji zejména s posledně uvedeným, neboť individuální soukromoprávní uplatňování spotřebitelských práv je, zvlášť ve věci protiprávní reklamy, jednoduše neekonomické. Proto se budu dále soustředit na veřejnoprávní regulaci klamavé reklamy, která je díky administrativnímu postihu formou ukládání pokut jako jediná schopna zajistit účinnou právní ochranu.

Klamavou reklamou podle zákona o regulaci reklamy je typicky reklama obsahující *nepravdivou* informaci, pokud vede nebo může vést k rozhodnutí spotřebitele ohledně koupě zboží nebo služeb.[49]

Klamavá je ale i taková reklama, která obsahuje *pravdivou* informaci, pokud vede nebo může vést k rozhodnutí spotřebitele ohledně koupě zboží nebo služeb a pokud je zároveň jakýmkoli způsobem schopna uvést spotřebitele v omyl ohledně zákonem vymezených podstatných rysů zboží nebo služby (informace týkající se např. existence a podstaty výrobku nebo služby nebo jejich hlavních znaků, jako jsou údaje o jejich dostupnosti, výhodách, rizicích, a u výrobků dále např. znaky, jako jsou provedení, složení, příslušenství, poprodejní servis, vyřizování reklamací, původ výrobku apod.).[50] Zjednodušeně je klamavou i ta reklama, která obsahuje pravdivé informace, ale je způsobilá klamat.

Klamavá je dále např. i taková reklama, pokud v ní nejsou uvedeny *podstatné informace* potřebné pro rozhodnutí o koupi a pokud neuvedení těchto informací může mít vliv na rozhodnutí spotřebitele o koupi.[51] Teoreticky by to znamenalo vyloučení reklamního zjednodušení, bez kterého si ale nelze online reklamu, jež má již značně omezený textový prostor, vůbec představit. Na zákon o regulaci reklamy však

45 Viz již citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2011, sp. zn. 1 As 47/2010-71, kde byla posuzována nemravnost kontroverzní reklamy na zubní pastu Paradontax.

46 Veřejnoprávní regulace dle zákona o regulaci reklamy a zákona o ochraně spotřebitele postihuje pouze klamavou reklamu ve vztahu ke spotřebitelům. Podle § 2 odst. 1 písm. b) zákona o regulaci reklamy se zakazuje „reklama, která je nekalou obchodní praktikou podle zvláštního právního předpisu". Zvláštním předpisem se zde rozumí zákon o ochraně spotřebitele, konkrétně jeho § 4 odst. 3, resp. § 5, 5a a 5b, tedy klamavé konání, klamavé opomenutí a agresivní obchodní praktika. Přitom největší praktický význam mají právě § 5 a § 5a, které definují klamavou reklamu. Co se týče dozoru nad klamavou reklamou, tak podle § 23 odst. 10 zákona o ochraně spotřebitele platí, že „Při výkonu dozoru v oblasti regulace reklamy, která je nekalou obchodní praktikou podle tohoto zákona, se postupuje podle zákona o regulaci reklamy."

47 V soukromém právu je klamavá reklama upravena v rámci nekalé soutěže podle § 2976 občanského zákoníku, ve spojení s § 2977 občanského zákoníku. Její úprava v občanském zákoníku coby soukromoprávním předpisu však omezuje efektivitu ve vztahu k aplikaci daného ustanovení, neboť přezkum klamavé reklamy dle občanského zákoníku státem zde předpokládá podání soukromoprávní žaloby k civilnímu soudu. Proto je reálná aplikace uvedeného ustanovení podstatně užší, a to i s ohledem na praktickou neexistenci organizací, které by v tomto případě soudně hájily práva soutěžitelů a zákazníků dle § 2989 odst. 1 občanského zákoníku. Mimo tyto organizace by žalobu mohli podat i spotřebitelé nebo soutěžitelé. Spotřebitelé se však ve věci klamavé reklamy zpravidla nesoudí, mj. z důvodu ekonomické nákladnosti. Obdobné platí i pro soutěžitele, kterých se obvykle klamavá reklama dotýká nepřímo a s ohledem na neekonomičnost sporu dávají logicky přednost soustředění se na vlastní podnikání. Dodržování zákazu klamavé reklamy je tak ponecháno primárně na veřejnoprávní regulaci.

48 TICHÝ, L. a KOCÍ, M., ed. *Spotřebitelská kupní smlouva.* Praha: Centrum právní komparatistiky, Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze, 2013, str. 126.

49 Ustanovení § 2 odst. 1 písm. b) zákona o regulaci reklamy ve spojení s § 5 odst. 1 zákona o ochraně spotřebitele.

50 Ustanovení § 2 odst. 2 písm. b) zákona o regulaci reklamy ve spojení s § 5 odst. 2 zákona o ochraně spotřebitele.

51 Ustanovení § 2 odst. 2 písm. b) zákona o regulaci reklamy ve spojení s § 5a zákona o ochraně spotřebitele.

nelze nahlížet izolovaně, jako ostatně na žádný právní předpis. Současné pojetí průměrného spotřebitele[52] a omezení protiprávnosti na případy ovlivnění značného počtu spotřebitelů (viz dále) však reklamní zjednodušení umožňuje a do jisté míry předpokládá.

I klamavost se podle rozhodovací praxe posuzuje ve vztahu k její cílové skupině. Klamavost musí navíc dosáhnout takové intenzity, aby ovlivnila chování značného počtu spotřebitelů, přičemž zde vycházíme z normativního hlediska průměrného spotřebitele.

Nadsázka obecně za klamavou reklamu považována není (přičemž tento názor přetrvává, takřka nezměněn, do současnosti již z dob prvorepublikové judikatury[53]), ale je třeba přistupovat k ní velice obezřetně, pokud reklama cílí na osoby, které jsou z důvodu duševní nebo fyzické slabosti, věku nebo důvěřivosti zvlášť zranitelní.[54] Zřejmým příkladem této zranitelnosti jsou osoby v tíživé zdravotní nebo finanční situaci. V těchto případech považuji užití nadsázky za nemravnou, tedy protiprávní reklamu a všechna tvrzení reklamy by měla být spolehlivě a jasně podložena daty, použitelnými jako důkaz v případném řízení. Ztotožňuji se tak částečně s judikaturou, podle které je při reklamě na nemocné osoby třeba zohlednit nižší kritičnost a větší důvěřivost vůči reklamě slibující vyléčení nemoci.[55] Uvedený český pohled přípustnosti nadsázky je odlišně posuzován na Slovensku a v Maďarsku, a to podstatně přísněji. Reklama obsahující nadsázku je v těchto státech obvykle považována za klamavou reklamu.[56] Na Slovensku a v Maďarsku proto při užití superlativů vždy a důrazně doporučuji podložit informace uvedené v reklamě daty, která mohou sloužit jako důkaz v případném správním řízení (např. zákaznické průzkumy, průzkumy trhu apod.).

Vedle nepoctivých podnikatelů se často pachatelem přestupku stanou i ti, kdo klamavou reklamu zpracují nebo šíří v důsledku (často nevědomé) lidské chyby, jako je např. uvedení vyšší procentuální slevy oproti reálné slevě, což se běžně stává v případech velkých subjektů při rutinním zpracovávání reklamy na zlevněné produkty nebo služby.[57] Dalším častým případem vedoucím ke klamavé reklamě je nedodržení slíbených (propagovaných) parametrů zboží nebo služeb (ať už např. v důsledku nedostatečné interní komunikace, nebo v důsledku změny obchodního rozhodnutí poté, co byl již takový produkt s určitými podstatnými parametry, jako je např. cena, propagován).

Zakázaná online reklama a absence účinného dozoru

Specifickým rysem online reklamy je skutečnost, že protiprávní online reklama podle zákona o regulaci reklamy není reálně prakticky postihována. Důvodem je, že podle § 7 zákona o regulaci reklamy jsou dozorovými orgány pro oblast online reklamy krajské živnostenské úřady.[58] Nejsem si vědom skutečnosti, že by se byť jediný krajský živnostenský úřad v České republice online reklamou cíleně zabýval, a za svoji čtyřletou praxi vykonávanou jako advokátní koncipient se specializací na marketing a e-commerce jsem se nesetkal s jediným případem, kdy by krajský živnostenský úřad uložil z důvodu protiprávní online reklamy sankci.

Na rozdíl od živnostenských úřadů je zřejmě aktivnější Rada pro reklamu, z. s., která

52 Původně se pro posouzení nekalých praktik užívalo tzv. empirického modelu průměrného spotřebitele. Dle něj bylo relevantní to, jak by se průměrný spotřebitel reálně choval, což vyžadovalo zjištění o skutečném chování a jeho prokázání např. formou sociologických průzkumů. Dnes je používán tzv. normativní model průměrného spotřebitele, u nějž se nevychází z toho, jaký průměrný spotřebitel je, ale jaký by měl být. Předpokládá se tedy, že spotřebitel má přiměřené množství informací, které si aktivně zjišťuje, je v rozumné míře pozorný a obezřetný a rozhoduje se racionálně. Na jednu stranu normativní model pro určení průměrného spotřebitele vítám, neboť má potenciál působit na spotřebitele tak, aby se rozhodovali zodpovědně a vyspěle. Nedostatkem současného vnímání je, že zcela ignoruje skutečnost o iracionálních faktorech při rozhodování lidí a vychází z nesprávného pojetí o racionálním spotřebiteli, ačkoliv je to v rozporu s poznatky relevantních vědních disciplín. O těchto iracionálních faktorech budu pojednávat v další kapitole tohoto příspěvku. Z české rozhodovací praxe viz např. rozsudek NS, sp. zn. 32 Odo 229/2006, nebo rozsudek NSS, sp. zn. 4 As 98/2013-88. Z evropské rozhodovací praxe uvádím jako příklady normativního modelu rozsudky SDEU ve věcech C-210/96, C-261/81 a C-315/92.

53 Viz známý rozsudek Nejvyššího soudu ČSR, sp. zn. Rc R I 1052/31 (Vážný 1932, Rozhodnutí, XIV.a: 132), který se týkal reklamy na dětský vozík Hiko a jehož relevantní část cituji dále: „Reklamě nelze ukládati takové meze, by se vůbec stala nemožnou. Jest připustiti příkrasy a nadsázky, poněvadž by jinak každá reklama přestala býti působivou, zůstala by nepovšimnutou a nebyla by ‚reklamou'."

54 Výklad si pro tyto účely usnadňuji přiléhavou definicí tzv. zvlášť zranitelných spotřebitelů dle § 4 odst. 2 zákona o ochraně spotřebitele. Za ně se dle uvedeného ustanovení považují „skupiny spotřebitelů, kteří jsou z důvodu duševní nebo fyzické slabosti, věku nebo důvěřivosti zvlášť zranitelní takovou praktikou nebo výrobkem nebo službou, a to způsobem, který prodávající může rozumně očekávat, se hodnotí z hlediska průměrného člena této skupiny; tím nejsou dotčeny běžné a oprávněné reklamní praktiky zveličených prohlášení nebo prohlášení, která nejsou míněna doslovně."

55 Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 1. 2014, č. j. 4 As 98/2013-88.

56 K tomuto závěru jsem došel po opakovaných zkušenostech v řízeních s klientem, který působí jak v ČR, tak i na Slovensku a v Maďarsku. S ohledem na neobdržení souhlasu klienta s odkazem na uvedená (neveřejná) rozhodnutí a svoji zákonnou povinnost mlčenlivosti nemohu v tomto případě bohužel uvést bližší identifikaci těchto rozhodnutí.

57 Zamezit ojedinělým lidským chybám nelze, lze je jen omezit systémovými a organizačními opatřeními. Toho si musí být dozorové orgány vědomy a v případě jednotlivých porušení, zvlášť dochází-li k nim ze strany velkých subjektů, kde jednotlivé porušení znamená zcela nepodstatnou odchylku od jinak vzorového dodržování zákona, by měly ukládat nanejvýš symbolickou sankci a citelnější sankce ponechat pro případy, kdy porušivší subjekt neučinil adekvátní kroky k prevenci budoucího porušování. Jinak bude docházet k neférovému postihu případů, kterým velké subjekty nemají jak zabránit, tedy chybí u nich zavinění a případné sankci chybí preventivní účinek.

58 Až na výjimky tam uvedené, dané specifickou povahou zboží nebo služeb, např. v případě reklamy na léčivé přípravky je dozorovým orgánem Státní ústav pro státní kontrolu léčiv.

vynáší několik desítek rozhodnutí ročně. Rada pro reklamu, z. s., je však soukromý subjekt, kterému nebyl svěřen výkon státní správy a který tak z povahy věci nemá pravomoc vydávat závazná a vynutitelná rozhodnutí, jako je tomu typicky u orgánů státní moci. Lze navíc polemizovat nad důvěryhodností a nezávislostí uvedeného spolku, neboť v jeho nejvyšším orgánu jsou zastoupeny komerční subjekty, jako je např. Reklamní společnost McDonald's, s. r. o., SAZKA, a. s., Nestlé Česko, s. r. o., Ferrero Česká, s. r. o., Česká bankovní asociace jakožto organizace hájící zájmy bank a další zástupci komerčního sektoru, kteří jsou častými inzerenty reklamy. Na okraj uvádím, že při pohledu na poslední rozhodnutí Rady pro reklamu ve věci stížnosti na jednoho z členů jejího nejvyššího orgánu, společnost SAZKA, a. s., z roku 2019, je dokonce v odůvodnění tohoto rozhodnutí samozvané Arbitrážní komise uvedeno odůvodnění z rozhodnutí ve zcela jiné věci, a to ve věci společnosti Kofola, a. s., a zveřejněn je tedy pouze výrok o nezávadnosti reklamy společnosti SAZKA, a. s.[59]

Absence činného dozorového orgánu ve věci online reklamy přetrvává od roku 1995 do současnosti a je tak zásadním a ostudným nedostatkem současné právní úpravy. Změna zákona o regulaci reklamy spočívající v nahrazení krajských živnostenských úřadů kompetentním správním orgánem, který bude disponovat alespoň nějakým personálem specializovaným na online reklamu, je nutná a nevyhnutelná.

Argument, že výjimku představuje Česká obchodní inspekce ve vztahu ke klamavé reklamě (resp. reklamě, která je nekalou obchodní praktikou podle zákona o ochraně spotřebitele), je nesprávný. Zákon o regulaci reklamy svěřuje věcnou působnost ve věci online reklamy speciálně do rukou živnostenských úřadů, a to i v situacích, kdy je zároveň porušen zákon o ochraně spotřebitele. V opačném případě by byl porušen zákaz dvojího trestání. Vzhledem k tomu, že zákon o regulaci reklamy definuje reklamu široce (jako „jakoukoliv veřejnou prezentaci s marketingovou relevancí", jak jsem podrobněji rozvedl v podkapitole Zakázaná online reklama tohoto příspěvku), tak touto konstrukcí omezuje věcnou působnost České obchodní inspekce. Česká obchodní inspekce tedy při potírání reklamy, která je nekalou obchodní praktikou, překračuje svoji působnost a její rozhodnutí jsou v této věci nicotná ve smyslu § 77 odst. 1 správního řádu. Navíc toto omezení České obchodní inspekce je pro vyloučení jakýchkoliv pochybností i výslovně uvedeno v zákoně o ochraně spotřebitele, neboť dle § 23 odst. 10 platí, že „Při výkonu dozoru v oblasti regulace reklamy, která je nekalou obchodní praktikou podle tohoto zákona, se postupuje podle zákona o regulaci reklamy." O to více zarážející současná situace je.

Jistou výjimkou zůstávají zvláštní kategorie výrobků a služeb, jako jsou např. léčivé přípravky, kde je dozorovým orgánem Státní ústav pro kontrolu léčiv, nebo zdravotní služby, kde vykonává dozor Ministerstvo zdravotnictví.[60]

Online marketing a kognitivní zkreslení

Kognitivní zkreslení jsou vrozené chyby lidské mysli, jejího vnímání a rozhodování. Významným způsobem vytyčují meze racionality. Těchto chyb je dnes známo přes 200[61] a jsou v posledních letech hojně využívány i v online marketingu. Jejich nebezpečí tkví v tom, že působí podvědomě a jejich účinek se v případě, kdy jsme si jich vědomi, zpravidla nijak neoslabí. Svým způsobem jsme jejich obětí. Proto je jejich zneužívání často neetické a mnohdy i protiprávní.

Tomuto tématu jsem se okrajově věnoval již při pojednání o reklamě, která využívá prvku strachu, v rámci nemravné reklamy. Zde se mu budu věnovat v kontextu nedávného rozhodnutí[62] GVH[63] (dále jako „Rozhodnutí GVH"). Rozhodnutím GVH byla v Maďarsku mj. uložena provozovateli serveru Booking.com pokuta ve výši 2,5 miliardy maďarských forintů (7 mil. eur) zejména za (i) klamavou reklamu ve věci možnosti „bezplatného zrušení rezervace" a za (ii) využití některých případů kognitivního zkreslení při prodeji ubytování (GVH hovoří konkrétně o „vyvíjení psychického tlaku při prodeji na spotřebitele").

59 Rozhodnutí Arbitrážní komise Rady pro reklamy z blíže neuvedeného dne měsíce října r. 2019, č. j. 015/2019/STÍŽ, dostupné na https://www.rpr.cz/download/kauzy/2019/015-2019_SAZKAmobil_rozhodnuti.docx [cit. 1. 11. 2020].

60 Ustanovení § 7 písm. c) a e) zákona o regulaci reklamy.

61 BENSON, B. *Cognitive bias cheat sheet, simplified.* [8. 1. 2017]. Dostupné na https://medium.com/thinking-is-hard/4-conundrums-of-intelligence-2ab78d90740f [cit. 1. 11. 2020]

62 Rozhodnutí GVH ze dne 28. dubna 2020, sp. zn. VJ/17/2018.

63 Gazdasági Versenyhivatal je maďarský úřad na ochranu hospodářské soutěže, který velice aktivně potírá mj. i nekalé a agresivní obchodní praktiky vůči spotřebitelům, mají-li podstatný vliv na hospodářskou soutěž.

Klamavá reklama ve věci možnosti bezplatného zrušení rezervace

V případě ad (i) – klamavé reklamy – se jednalo o ukázkový příklad klamavé reklamy. Server Booking.com nabízel některé pokoje ubytovacích zařízení i s „možností zrušení zdarma". Ve skutečnosti však zrušení nebylo zdarma, neboť pokoje se „zrušením zdarma" byly nabízeny za vyšší cenu než pokoje bez možnosti zrušení zdarma. V kontextu podkapitoly Klamavá online reklama tohoto příspěvku by se tedy jednalo o zjevný případ klamavé reklamy, při kterém je uvedena nepravdivá informace, která může vést k rozhodnutí spotřebitele ohledně koupě služby (reklama by tedy byla protiprávní i podle českého práva). De facto placená služba, nazvaná jako „bezplatné zrušení rezervace", navíc zahrnovala podstatná omezení, která nebyla spotřebitelům sdělena předem.

Jako komentář k Rozhodnutí GVH konstatuji, že podstatnou skutečností, která závažnost uvedeného jednání zvyšuje, je fakt, že při této klamavé reklamě užil server Booking.com jeden z případů kognitivního zkreslení. Behaviorální ekonom Ariely[64] v tomto ohledu uvádí: „Každý ví, že dostat něco ZDARMA je skvělý pocit. Nula není jen obyčejná cena – na to je příliš výjimečná. Nula působí na mozek jako alarm a zdroj iracionálního vzrušení. Koupili byste si nějakou drobnost, kdyby ji zlevnili z 50 na 20 centů? Možná ano. Koupili byste si něco, kdybychom to zlevnili z 50 centů na dva? Asi ano. A vzali byste si to, kdybychom šli z 50 centů na nulu? Ručím vám za to, že ano." Vliv nulové ceny, resp. slova „zdarma", „bezplatné" apod. na ekonomické rozhodování citovaný autor (a nejen on) ve svých experimentech i prokázal, jak stručně shrnu dále. Při jednom z experimentů byly spotřebitelům nabídnuty čokoládové pralinky dvou výrobců – Lindt (renomovaný švýcarský výrobce prémiové čokolády) a Hershey's (americký výrobce čokolády běžné kvality, na českém trhu bychom jej co do kvality mohli zařadit do stejné kategorie jako např. značky Milka a Orion). Spotřebitelé měli možnost koupit si pouze jeden artikl, aby došlo k simulaci reálného rozhodování, kdy se při koupi zboží spotřebitelé zpravidla rozhodují mezi levnější a kvalitnější alternativou. Při ceně 15 centů (cca 3 Kč) za pralinku Lindt a 1 cent (cca 20 haléřů) za pralinku Hershey's[65] se spotřebitelé zachovali podle očekávání poměrně racionálně: 73 % z nich si koupilo pralinku značky Lindt a pouze 27 % si koupilo lacinou čokoládu Hershey's. V experimentu následovalo zlevnění obou položek o 1 cent (20 haléřů), což je objektivně částka zcela zanedbatelné výše. Podle klasické ekonomické teorie by rovnoměrné snížení cen nemělo způsobit žádnou změnu v chování zákazníků. Cenový rozdíl byl zachován a požitek z konzumace zůstal stejný. Pralinka Lindt nyní stála 14 centů a pralinka Hershey's byla zdarma. Na první pohled nepodstatná změna však vedla k podstatné změně ekonomického chování zákazníků – zájem o pralinku Hershey's vzrostl z 27 % na 69 %, zatímco prodej pralinek Lindt klesl ze 73 % na 31 %.[66] Slovo „zdarma" tedy podněcuje iracionální rozhodování spotřebitelů a podstatně tak mění jejich ekonomické chování.[67] Užití praktiky „zdarma" v obchodě se různí, společně s jeho manipulativní silou. Rozdílně bychom zřejmě posoudili např. (a) dopravu zdarma při nákupu zboží na internetovém obchodě nad určitou hodnotu (kde spotřebitel skutečně získá dopravu, za kterou by jinak musel zaplatit, zdarma) a (b) prodej balení pracího prášku „3 + 1 kg zdarma" (kde spotřebitel ve skutečnosti zaplatí za 4 kg pracího prášku a slovo „zdarma" je uvedeno jen čistě pro manipulaci). Případ dle písm. (a) jako protiprávní nevnímám, avšak případ dle písm. (b) je dle mého názoru příkladem klamavého jednání.[68]

Jako protiprávní shledal GVH již ve své dřívější praxi i další praktiky využívající klamavým způsobem výrazu zdarma, např. ve věci Magyar Telekom (kde byla uložena pokuta v přepočtu 2 mil. eur), dále ve věci Telenor (kde byla uložena pokuta v přepočtu 5,45 mil. eur) a ve věci Vodafone (s pokutou v přepočtu 600 tis. eur). GVH dokonce i uložil pokutu ve výši 3,6 mil. eur provozovateli platformy Facebook za to, že propaguje svoji

64 ARIELY, D. *Jak drahé je zdarma: proč chytří lidé přijímají špatná rozhodnutí: iracionální faktory v ekonomice i v životě*. Praha: Práh, 2009, str. 52.

65 Produkt nese obchodní název Kiss, tedy „pusinka".

66 ARIELY, D. *Jak drahé je zdarma: proč chytří lidé přijímají špatná rozhodnutí: iracionální faktory v ekonomice i v životě*. Praha: Práh, 2009, str. 53 a násl.

67 V posuzovaném experimentu o 42 %, přičemž závěry experimentu by byly, coby vědecký poznatek, aplikovatelné i na jiné obdobné případy.

68 Ať už by se jednalo o klamavou reklamu dle § 2 odst. 1 písm. b) zákona o regulaci reklamy, ve spojení s § 4 odst. 3 a § 5 zákona o ochraně spotřebitele, nebo o klamavou obchodní praktiku dle § 5 zákona o ochraně spotřebitele (dle situace situace buď podle odst. 1, nebo 2), která je navíc výslovně označena coby klamavá v příloze č. 1, písm. s) k zákonu o ochraně spotřebitele takto: „Obchodní praktiky jsou vždy považovány za klamavé, pokud prodávající 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 obchodní praktiku, s převzetím nebo doručením věci".

službu jako „zdarma", přičemž ve skutečnosti Facebook funguje na bázi směny obrovského množství dat o daném uživateli,[69] služba je poskytnuta až posléze. V tomto ohledu tedy GVH navazuje na svoji řadu let trvající praxi.

Využití některých případů kognitivního zkreslení při prodeji ubytování

Za protiprávní byla dle Rozhodnutí GVH shledána i praktika, kdy server Booking.com zobrazoval na svém webu u konkrétních ubytovacích zařízení informační hlášky jako např. „Pouze 2 volné pokoje!", „Toto ubytování bylo před chvíli rezervováno!", „Vysoce vyhledávané ubytování!", „Jedna osoba právě zvažuje rezervaci tohoto ubytování!" a „Za posledních 24 hodin bylo toto ubytování rezervováno 24krát!".

Hlášky byly zobrazeny jak před započetím rezervace v rámci zobrazení „katalogu" ubytování, tak i během procesu rezervace. Informační hlášky byly odlišeny od okolního obsahu červenou barvou, fontem a dalšími prvky, čímž upoutaly vědomou pozornost uživatelů tohoto serveru.

Podle GVH měly vést uvedené hlášky spotřebitele nejen k tomu, aby započal s procesem rezervace, ale i k tomu, aby rezervaci co nejdříve dokončil (a měl tedy co nejméně prostoru pro rozvážné rozhodování). Informační hlášky měly vzbudit pocit vysoké poptávky a omezené dostupnosti. Tím byl na spotřebitele podle GVH vyvoláván agresivní psychologický tlak, který ovlivnil rozhodování spotřebitelů podvědomým spuštěním emoce strachu, že pokud si daný spotřebitel ubytování co nejdříve nezarezervuje, tak o možnost jeho rezervace přijde. Rozhodnutí GVH to odůvodňuje užitím praktiky FOMO (fear of missing out), což je dle mého názoru správné, avšak značně zjednodušené, jak rozvedu dále.

Hlášky serveru Booking.com bezpochyby nebyly zvoleny náhodně. Jedná se o častou praktiku online marketingu, jež využívá kognitivní zkreslení nazývané jako averze ke ztrátě (loss aversion), jejíž jednou z forem je FOMO (fear of missing out), a dále stádní efekt (bandwagon effect).

Averze ke ztrátě vychází z experimentu dvojice Kahneman, Tversky ve věci prospektové teorie (prospect theory)[70], přičemž za dále uvedená zjištění obdržel Kahneman v roce 2002 Nobelovu cenu v oblasti ekonomie. Již v této rané fázi výzkumu bylo zjištěno, že ztráta určité částky peněz působí emočně větší bolest než zisk peněz stejné částky. Stejně tak působí i představa, resp. pocit takové ztráty. Lidskou přirozeností je vyhýbat se ztrátě a stejně tak i bolesti, která je se ztrátou spojená. To platí i o bolesti psychické. Těchto zjištění je v současné době hojně využíváno za účelem nenápadné podvědomé manipulace, v online marketingu navíc díky moderním technologiím v masovém měřítku. Poundstone[71] jako příklad, který využívá averze ke ztrátě, uvádí mj. i argument finančních poradců při prodeji akcií: „Pokud vložíte své peníze do dluhopisů, tak tím ztratíte svoji kupní sílu." Projevem v online marketingu je (i) vyvolávání nedostatku a časového tlaku v podobě časově omezených nabídek, omezené skladové zásoby a hláškami jako např. „Poslední kus skladem!" nebo „Sleva končí za X minut!" a dále (ii) koncept PAS (pain-agitation-solution), který nahrazuje pozitivní komunikaci v podobě „ušetřete" komunikací „přestaňte přicházet o peníze". V případě Rozhodnutí GVH se averze ke ztrátě projevila ve chvíli, kdy vtíravé informační hlášky vzbudily ve spotřebiteli pocit, že pakliže neučiní rezervaci okamžité, tak možnost zarezervovat si dané ubytování ztratí (např. zobrazením informace „Pouze 2 volné pokoje!"). Přirozenou – a zdůrazňuji podvědomou – reakcí spotřebitele je vyhnout se ztrátě. Tedy ubytování si co nejdříve zarezervovat. A jak to tak bývá, spotřebitelé činí pod tlakem rozhodnutí, která by jinak neučinili. A mnohdy chybná.

Jako jedna z forem averzí ke ztrátě vyvolává i FOMO ve spotřebitelích strach ze ztráty a tím je podněcuje k rozhodnutí, kterým se ztrátě vyhnou. Může se jednat i o ztrátu hypotetickou. V online marketingu je tímto rozhodnutím zpravidla rozhodnutí o koupi. Pro představu o efektivnosti praktiky uvádím, že podle průzkumu StrategyOnline[72] o vlivu FOMO na rozhodnutí o koupi zapůsobí efekt FOMO na mileniály takovým způsobem, že 60 % z nich po vystavení praktice postavené na principu FOMO učiní impulzivní nákup. Užití FOMO je však širší a má mj. významný vliv na sociálních sítích, které s touto praktikou

69 Facebook poté data využívá zejména za účelem prodeje reklamy inzerentům, za účelem predikce budoucího chování za pomoci umělé inteligence, ale i za jinými účely, jako je ovlivňování chování za užití mj. i prvků kognitivního zkreslení.
70 KAHNEMAN, D., TVERSKY, *A.* Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk. *Econometrica*, vol. 47/1979, str. 263–292.
71 POUNDSTONE, W. *Priceless, The Hidden Psychology of Value.* Londýn: Oneworld Publications, 2011, str. 101.
72 KOLM, J. The Impact of FOMO. [9. 3. 2015]. *StrategyOnline.* Dostupné na https://strategyonline.ca/2015/03/09/the-impact-of-fomo/ [cit. 1. 11. 2020].

pracují intenzivně s cílem vyvolat ve spotřebitelích závislost na užívání dané sociální sítě, mj. tím, že spotřebitele různými způsoby[73] nutí neustále sociální sítě kontrolovat a interagovat v nich. Spotřebitelé si poté osvojí neurotický návyk sociální sítě neustále kontrolovat, aby jim něco „neuniklo". Důsledkem toho jsou ve větší míře vystaveni reklamě na sociálních sítích, ze které provozovatelé sociálních sítí generují zisk. Sociální sítě i další užití FOMO však již přesahují rámec tohoto příspěvku a vyžadují hlubší pozornost a podrobnější právní rozbor.

Stádní efekt vychází z toho, že do lidského mozku je vryt instinkt, který v minulosti lidem pomáhal přežít a naučil nás slepě následovat ostatní (dříve tlupu, dnes ostatní členy skupiny a/nebo společnosti). Důsledkem toho je např. skutečnost, že při koupi zboží, kterému příliš nerozumíme, jsme vysoce ovlivnitelní uživatelskými recenzemi. Čím vyšší je prvek nejistoty (např. zmíněná skutečnost, že se v problematice daného zboží neorientujeme), tím je míra ovlivnění stádním efektem významnější. Praktickým projevem v online marketingu jsou informace o počtu zákazníků, kteří si dané zboží zakoupili, hodnocení produktů jinými zákazníky, informace o nízké míře reklamovanosti zboží, ale i skutečnost, že zboží nebo službu doporučuje nějaká autorita, resp. influencer. V případě Rozhodnutí GHV byl stádní efekt využit v souvislosti s rezervací ubytování zobrazením informací „Toto ubytování bylo před chvíli rezervováno!", „Vysoce vyhledávané ubytování!", „Jedna osoba právě zvažuje rezervaci tohoto ubytování!" a „Za posledních 24 hodin bylo toto ubytování rezervováno 24krát!" Je zřejmé, že stádní efekt je v sociálním kontextu umocněn.

Osobně se domnívám, že v případě věci posuzované v Rozhodnutí GVH nebylo hlavním problémem užití kognitivního zkreslení. Za kámen úrazu považuji užití kognitivního zkreslení v takovém měřítku, že jimi došlo k podstatnému ovlivnění rozhodování spotřebitelů. Protiprávní je totiž takové užití kognitivního zkreslení, které má podstatný vliv na rozhodnutí spotřebitele o koupi. Při mé namátkové kontrole serveru Booking.com dne 1. 11. 2020 jsem na hlášky, které GVH posoudil jako závadné, sám narazil. Avšak tyto hlášky byly zobrazovány v podstatně nižší míře, než na kterou jsem byl u tohoto serveru zvyklý. Může to být samozřejmě jen důsledek vlivu koronaviru na turistický ruch, ale spíše se domnívám, že zmírnění je obchodní reakcí na Rozhodnutí GVH.

Důsledky Rozhodnutí GVH pro online marketing v České republice

Rozhodnutí GVH je ve vztahu k využívání kognitivního zkreslení přelomové. Jednak mění nahlížení práva na podvědomou manipulaci zneužíváním iracionálních faktorů, resp. využitím kognitivního zkreslení, a jednak s ohledem na výši uložené sankce poukazuje na závažnost takového protiprávního jednání.

Lze očekávat, že praktiky online marketingu, které iracionální faktory lidské mysli zneužívají, budou, společně s nárůstem povědomí o využívání těchto praktik, posuzovány za protiprávní stále častěji. V případě pasivity státních orgánů při potírání uvedených praktik obecnějšími ustanoveními (v České republice primárně ustanoveními o nemravné a klamavé reklamě dle zákona o regulaci reklamy a ustanoveními o nekalých a agresivních obchodních praktikách dle zákona o ochraně spotřebitele) lze očekávat vznik evropské legislativy na ochranu spotřebitele, která bude kognitivní zkreslení regulovat, a to nejen v online marketingu, ale i na sociálních sítích, kde jsou iracionální faktory lidské mysli zneužívány v té nejvyšší možné míře, a to dokonce i ze strany umělé inteligence.[74]

Rozhodnutí podobné Rozhodnutí GVH v České republice v nejbližší době neočekávám. Důvodem je jednak neefektivita zákona o regulaci reklamy při potírání protiprávní online reklamy a jednak moje skepse v tom, že by se Česká obchodní inspekce, která vykonává dozor nad zákonem o ochraně spotřebitele (a tedy i nad nekalými a agresivními obchodními praktikami), stala v této věci na našem území průkopníkem, neboť v oblasti online reklamy jí věcnou působnost odebral zákon o regulaci reklamy, jak jsem již uvedl výše v podkapitole Zakázaná online reklama a absence účinného dozoru. Uložit vysokou pokutu v situaci, kdy jsou přinejmenším pochybnosti o věcné působnosti úřadu, by bylo pro tento správní orgán značně riskantní.

Závěr

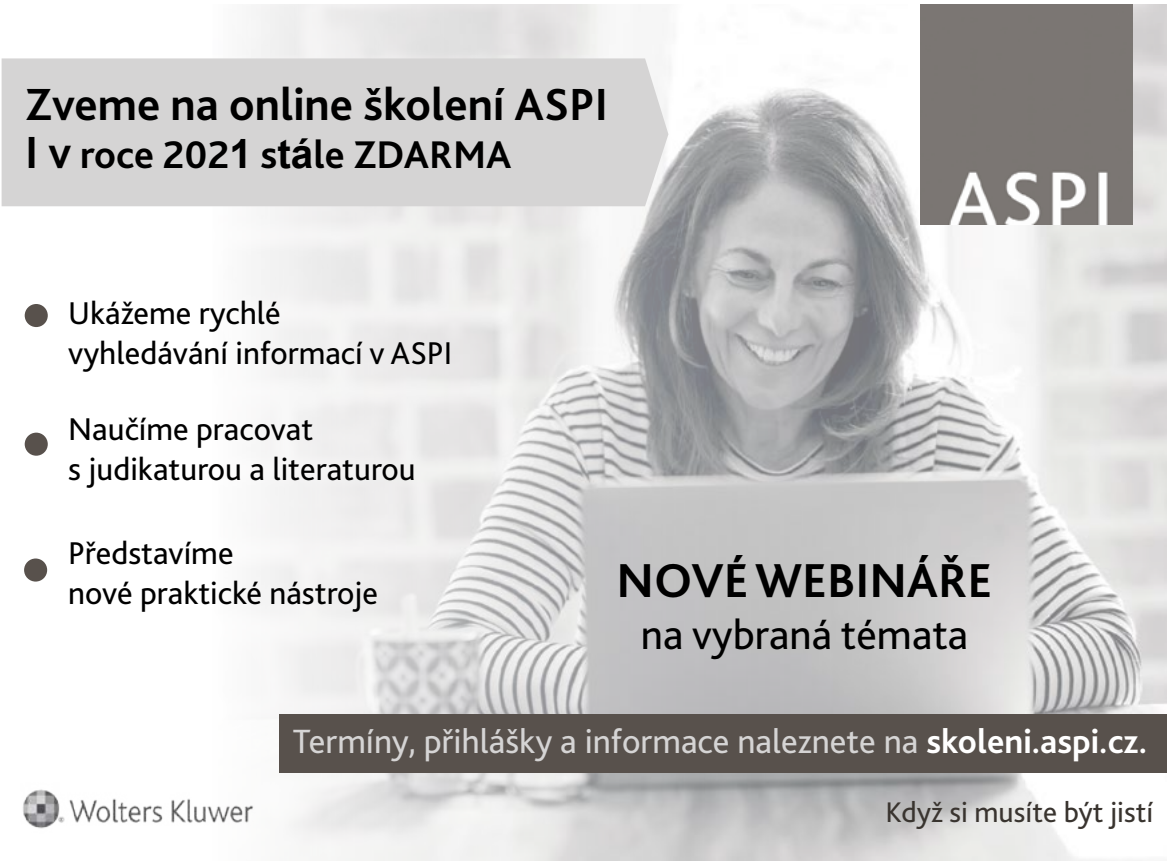
Právní regulace online reklamy je roztříštěná do řady právních předpisů a upravena zejména právními normami, jejichž charakteristickým rysem je vyšší míra neurčitosti

[73] Např. formou notifikací.
[74] O tom informuje nedávno publikovaný dokumentární film Sociální dilema (The Social Dilemma, USA, 2020).

a obecnosti. Z hlediska využití kognitivního zkreslení v reklamě jsou relevantními předpisy zejména zákon o regulaci reklamy a zákon o ochraně spotřebitele, které však ze své věcné působnosti vylučují nekomerční reklamu (např. reklamu státu nebo neziskových organizací).

Skutková podstata nemravné reklamy je natolik široká, že zřejmě porušuje ústavní zásadu *nullum crimen sine lega certa*. Navzdory široké zákonné definici není nemravná reklama, zvláště reklama založená na bázi strachu, reálně příliš potírána. Ba naopak ji soudní praxe paradoxně spíše aprobuje. Důvodem je zřejmě neznalost přelomových poznatků z jiných relevantních vědních oborů, jako je psychologie nebo behaviorální ekonomie. Pro online reklamu a online marketing je jejich znalost *conditio sine qua non* správné aplikace práva.

Skutkovou podstatu přestupku klamavé reklamy upravuje zákonná úprava již adekvátněji. Navzdory obdobné právní úpravě v České republice, na Slovensku a v Maďarsku je nadsázka na Slovensku a v Maďarsku posuzována podstatně přísnějším metrem než v České republice.

Společným jmenovatelem administrativního postihu obecné online reklamy v České republice je nefunkčnost právní úpravy. Důvodem je určení živnostenských úřadů coby dozorových orgánů nad online reklamou. Tento nedostatek trvá od roku 1995 do současnosti, což považuji za tristní. Zákon navíc připravil Českou obchodní inspekci o věcnou působnost ve věci dozoru nad dodržováním zákonnosti online reklamy i ve vztahu ke spotřebitelům a výslovně svěřil dozor nečinným živnostenským úřadům. Česká obchodní inspekce tak při rozhodování ve věcech online reklamy vydává nicotná rozhodnutí, a to i pokud došlo k současnému porušení zákona o ochraně spotřebitele.

Trendem online marketingu je masové využívání kognitivního zkreslení, které zneužívá iracionální faktory a chyby lidské mysli. Přelomová je v této oblasti činnost maďarského úřadu na ochranu hospodářské soutěže (Gazdasági Versenyhivatal, GVH). Česká rozhodovací praxe v tomto ohledu činná není. Očekávám, že evropská legislativa bude tuto oblast v následujících letech výslovně regulovat a činnost maďarského GVH se stane evropským standardem. Jsem přesvědčen o nutnosti podstatně přísnější regulace sociálních sítí, a to v kontextu nebývale širokého a intenzivního využívání případů kognitivního zkreslení.