

# Propagace výrobků a služeb prostřednictvím influencerů ve světle (nejen) novelizace spotřebitelského práva

TOMÁŠ KLÍMA, JIŘÍ BENEŠ\*

*Promotion of products and services through influencers in the light of (not only) the amendment of consumer law*

**Summary:** Influencers are undoubtedly one of the most effective tools of modern targeted marketing. Although the Czech law does not adequately reflect the use of influencers in marketing, it is impossible to avoid the impact of consumer protection rules, particularly the prohibition of unfair commercial practices. So what rules must be followed when working with influencers? What private and public law risks are associated with the use of influencers? Concerning these issues, the article summarises the relevant legislation, points out its shortcomings and provides general recommendations on how to eliminate the risks associated with using influencers in marketing.

**Keywords:** Influencer; Marketing; Promotion; Surreptitious advertising; Consumer; Unfair commercial practices; Video sharing platform services

Využití cookies, telemarketingu a zapojení influencerů představují silné nástroje moderního cíleného marketingu. Není tak překvapivé, že se po nedávném zpřísnění podmínek využití cookies a telemarketingu novelizací zákona o elektronických komunikacích dostává pod drobný pohled zákonodárce i využití influencerů. Obdobně jako v předchozích případech je však dosavadní i nová právní úprava spjata s řadou aplikačních a výkladových obtíží, které si níže objasníme.

## K pojmu influencer a influencer marketing

V obecné rovině pojmem influencer označujeme osoby schopné ovlivnit chování dalších osob.<sup>1</sup> V užším slova smyslu je pak pojem influencer spojován s osobami aktivními na sociálních sítích, které dokáží přímo či nepřímo ovlivnit nákupní chování jiných osob.<sup>2</sup> Svůj vliv na nákupní chování jiných osob jsou pak influenceri schopni náležitě zpeněžit (tzv.

monetizovat). Protiplněním za propagaci však nejsou vždy pouze finanční prostředky, může jím být i poskytnutí jiné odměny, jako například poskytnutí služby či produktu zdarma nebo za výhodnějších podmínek (tzv. barterová spolupráce).<sup>3</sup>

Způsob propagace výrobků a služeb, kdy je využíváno osobního a přátelského vystupování zpracovatele reklamy (influencera) směrem ke konzumentovi, je pak označován jako influencer marketing. Influencer marketing se přitom stává stále rozšířenějším, o čemž svědčí i zvyšující se investice ze strany společností do této formy propagace.<sup>4</sup>

Jako rozvíjející se fenomén moderního digitalizovaného světa však není influencer marketing zákonodárcem, až na výjimky, patřičně reflektován. Tuzemská právní úprava tak k influencer marketingu přistupuje jako k jakémukoliv jinému marketingu, a to navzdory jeho specifikům. Využití influencer marketingu tak podléhá plnění povinností upravených obecnými předpisy, a to především zákonem o ochraně

\* Autoři působí v JŠK advokátní kancelář, s. r. o. E-mail: tomas.klima@jsk.cz, jiri.benes@jsk.cz.

<sup>1</sup> Influencer. In: *Cambridge dictionary* [on-line]. 29. 10. 2022. Dostupné na <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/influencer>>.

<sup>2</sup> Cambridge dictionary, *Influencer*.

<sup>3</sup> VESELÁ, N. Skrytá reklama influencerů. In: *Právní prostor* [online]. 19. 04. 2022. Dostupné na <<https://www.pravniprostor.cz/clanky/ostatni-pravo/skryta-reklama-influenceru>>.

<sup>4</sup> VAŠÍČKOVÁ, K. Influencerství se v Česku stává miliardovým byznysem. Vlivu lidí na sociálních sítích využívají i banky. In: *Hospodářské noviny*, 2022, č. 195, str. 13.

spotřebitele<sup>5</sup>, zákonem o regulaci reklamy<sup>6</sup> a občanským zákoníkem<sup>7</sup>.

## Influencer marketing a nekalé obchodní praktiky

V praxi je influencer marketing spojen především s rizikem naplnění skutkových podstat nekalých obchodních praktik podle zákona o ochraně spotřebitele. Relevantně k využití influencer marketingu se za nekalou, a tudíž zakázanou, obchodní praktiku podle zákona o ochraně spotřebitele považuje především skrytá propagace výrobků a služeb. Za ni je považována placená propagace „výrobku nebo služby, aniž by spotřebitel mohl z obsahu sdělení, z obrázků nebo zvuků jednoznačně rozpoznat, že se jedná o reklamu“.<sup>8</sup> Nezbytným předpokladem naplnění skutkové podstaty této nekalé obchodní praktiky je tak jednak existence protiplnění pro influencera za provedenou propagaci, ale rovněž nemožnost rozpoznání charakteru sdělení jako reklamy průměrným spotřebitelem, kterým se rozumí spotřebitel, „který má dostatek informací a je v rozumné míře pozorný a opatrný, s ohledem na sociální, kulturní a jazykové faktory“.<sup>9</sup>

Tato nekalá obchodní praktika pak může být naplněna většinou aktivit influencerů. Za problematické lze považovat především aktivity spojené se stále velmi oblíbeným unboxingem výrobků (tj. natáčení videí zaznamenávajících rozbalování zaslaných produktů a jejich publikace na internetu),<sup>10</sup> uveřejňování spotřebitelských recenzí či pouhé veřejné využití výrobku či služby třetí strany influencerem.

S ohledem na nabytí účinnosti Tříkrálové novely<sup>11</sup> občanského zákoníku a zákona o ochraně spotřebitele, kterou je do českého právního řádu transponována nová evropská

úprava spotřebitelského práva,<sup>12</sup> je nutné upozornit, že se nově za nekalou obchodní praktiku výslovně považuje i zveřejňování falešných spotřebitelských recenzí nebo doporučení.<sup>13</sup> Nadále tak není možné skrytou propagaci zastírat za zdánlivě objektivní recenze, zejména za předpokladu, že influencerovi bude za tuto recenzi poskytnuto ze strany dotčeného výrobce či prodejce jakékoliv protiplnění. Tato nekalá obchodní praktika přitom necílí jen na samotné influencerovy, ale i na další osoby, které influencerovi zadají, aby falešnou spotřebitelskou recenzi nebo doporučení podal, či recenzi jakkoliv zkreslil.

Specifickým problémem tvorby influencer marketingu je pak skutečnost, že influenceri svými aktivitami často cílí na osoby mladší 18 let. Vliv influencerů na děti je zásadní, jak dokládají například závěry studie Fakulty sociálních věd Univerzity Karlovy, podle kterých influenceri ovlivňují názory dětí více než jiné celebrity (jako herci a zpěváci), a to až o 31 %.<sup>14</sup> Podle závěrů této studie jsou pak děti navíc obecně náchylnější k tomu, být ovlivněny skrytou reklamou, když skrytou reklamu rozpoznají pouze v 10 % případů.<sup>15</sup> Propagace prostřednictvím influencerů cílená na děti je tak sice vysoce efektivní, ale zároveň značně riziková, a to mimo jiné s ohledem na zvýšené riziko naplnění skutkové podstaty nekalé obchodní praktiky skryté propagace. Naplnění této skutkové podstaty je totiž posuzováno pohledem průměrného člena cílové spotřebitelské skupiny, v tomto případě tedy průměrného dítěte, které však není podle výše citovaných závěrů studie Fakulty sociálních věd Univerzity Karlovy zcela zjevně schopno skrytou propagaci rozpoznat.

Právě pro svou ovlivnitelnost jsou děti podle zákona o ochraně spotřebitele, ale i dalších výše uvedených předpisů, zvláště chráněnou skupinou spotřebitelů. Zákon o ochraně

<sup>5</sup> Zákon č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o ochraně spotřebitele“).

<sup>6</sup> 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 (dále jen „zákon o regulaci reklamy“).

<sup>7</sup> Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“).

<sup>8</sup> Viz Příloha č. 1 písm. j) zákona o ochraně spotřebitele.

<sup>9</sup> CHALOUPKOVÁ, H., HOLÝ, P., URBÁNEK, J. *Mediální právo. Komentář*. 1. vydání. Praha 2019, str. 319–322.

<sup>10</sup> Unboxing In: *Cambridge dictionary* [on-line]. 31. 10. 2022. Dostupné na <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/unboxing>>.

<sup>11</sup> Zákon č. 374/2022, kterým se mění zákon č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „Tříkrálová novela“). Tříkrálová novela nabyla účinnosti dne 6. ledna 2023.

<sup>12</sup> Směrnice Evropského parlamentu a Rady (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 o ochranu spotřebitele; směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2019/770 ze dne 20. května 2019 o některých aspektech smluv o poskytování digitálního obsahu a digitálních služeb; a směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2019/771 ze dne 20. května 2019 o některých aspektech smluv o prodeji zboží, o změně nařízení (EU) 2017/2394 a směrnice 2009/22/ES a o zrušení směrnice 1999/44/ES.

<sup>13</sup> Zde srov. Přílohu č. 1 písm. z) zákona o ochraně spotřebitele ve znění Tříkrálové novely: „Obchodní praktiky jsou vždy považovány za klamavé, pokud prodávající (...) zveřejňuje falešné spotřebitelské recenze či doporučení nebo zadává jiné osobě, aby takové spotřebitelské recenze či doporučení podala, nebo zkrasluje spotřebitelské recenze nebo doporučení na sociálních sítích s cílem propagovat výrobek nebo službu.“

<sup>14</sup> FSV UK. Tisková zpráva. Skrytou reklamu na internetu pozná jen jedno dítě z deseti, zjistili výzkumníci Univerzity Karlovy [on-line]. 25. 10. 2022. Dostupné na <<https://fsv.cuni.cz/skrytou-reklamu-na-internetu-pozna-jen-jedno-dite-z-deseti-zjistili-vyzkumnici-z-univerzity-karlovy>>.

<sup>15</sup> FSV UK, c. d.

spotřebitele tak výslovně zakazuje jednání, které „nabádá děti, aby si nabízené výrobky nebo služby koupily nebo aby k jejich koupi přesvědčily dospělou osobu.“<sup>16</sup> Na rozdíl od nekalé obchodní praktiky skryté propagace tak ochrana dětí podle zákona o ochraně spotřebitele dopadá na jakoukoliv propagaci, která vybízí děti ke koupi propagovaného výrobku nebo služby, bez ohledu na to, zda se jedná či nejedná o skrytou propagaci.<sup>17</sup>

### Problematika skryté propagace v praxi

Podle zákona o ochraně spotřebitele se za skrytou propagaci považuje zpravidla taková propagace výrobků a služeb, za kterou influencer získává protiplnění a u které není průměrný spotřebitel schopen rozpoznat její reklamní povahu. V praxi se však setkáváme se situacemi, kdy influencer za propagaci nezískává zjevné protiplnění nebo influencer spotřebitele na propagaci upozorňuje pouze nepřímo například odkazem na webové stránky zadavatele reklamy. Rovněž je poměrně časté, že influenceři propagaci vydávají za svou vlastní tvorbu či součást jejich image.

Vzhledem k obecnosti právní úpravy je však obtížné posoudit, zda lze výše uvedené případy považovat za nekalou obchodní praktiku skryté propagace výrobku či služby (případně za jinou nekalou obchodní praktiku),<sup>18</sup> a to i vzhledem k nedostatku relevantní rozhodovací praxe. Jedním z mála rozhodnutí věnujících se problematice skryté propagace je rozsudek Nejvyššího správního soudu,<sup>19</sup> který dochází k závěru, že o skrytou reklamu v televizním vysílání se jedná, pokud si sportovec na sebe vezme oblečení, které při sportovních akcích nebo vzhledem k jeho životnímu stylu jinak nenosí. Pro účely influencer marketingu je tedy možné toto rozhodnutí interpretovat tak, že jedním z vodítek, zda se jedná o skrytou propagaci či nikoli, je autentičnost chování influencera a skutečnost, zda uvedení výrobku či služby je přirozeně vyplývající ze situace a životního stylu

influencera či uměle stylizované pro účely propagace.

S ohledem na nastíněný nedostatek relevantní rozhodovací praxe jsou influenceři a zadavatelé reklamy vystaveni do značné míry právní nejistotě, zda lze výše uvedené případy považovat za nekalou obchodní praktiku. V tomto směru pak může být influencerům a zadavatelům nápomocná rozhodovací praxe ostatních členských států Evropské unie, neboť jejich právní úprava nekalých obchodních praktik vychází ze stejné evropské směrnice<sup>20</sup> jako ta tuzemská. Za velmi inspirativní pak považujeme především rozhodovací praxi sousední Spolkové republiky Německo, jejíž závěry mohou být k posouzení výše uvedených případů více než přínosné.

Poukázat lze předně na rozsudek Zemského soudu v Berlíně,<sup>21</sup> podle kterého se za skrytou reklamu může považovat i taková tvorba influencera, za kterou influencer prokazatelně nezískal protiplnění od zadavatele reklamy, pokud lze na základě jiných kritérií shledat, že tvorba influencera představuje reklamní příspěvek. Takovými kritérii pak mohou být uvedení odkazu na webové stránky výrobce či prodávajícího produktu nebo služby, počet osob sledujících influencera (a tedy dosah příspěvku), dlouhodobější spolupráce influencera s jinými osobami (v daném případě influencer zaměstnával projektovou manažerku reklamní agentury a měl sídlo ve stejné budově jako reklamní agentura, což podporovalo závěr o reklamním záměru příspěvku) či účel prezentování daných výrobků, který lze dovodit na základě jiného chování influencera.

Na druhou stranu, ke kombinaci odkazu na webové stránky prodávajícího a účelu prezentování příspěvku influencerem se vyjadřoval rovněž i Vrchní zemský soud v Berlíně ve věci influencerky Vreni Frost.<sup>22</sup> Ten v tomto případě rozhodl, že odkaz na webové stránky prodejce sám o sobě není důkazem toho, že tvorba influencera je reklamním příspěvkem. Podle soudu o reklamní příspěvek zejména nepůjde, pokud se bude jednat

<sup>16</sup> Viz Příloha č. 2 písm. e) zákona o ochraně spotřebitele.

<sup>17</sup> Pro vyloučení pochybností je nezbytné upozornit, že případná propagace, která nenabádá děti ke koupi výrobku či služby, může stále naplnit skutkovou podstatu nekalé obchodní praktiky skryté propagace, a to i mnohem snáze než u běžného spotřebitele (bliže viz výše).

<sup>18</sup> Zde srov. zejména ustanovení § 5a odst. 2 zákona o ochraně spotřebitele, podle kterého se za zakázanou obchodní praktiku považuje i klamavé opomenutí, pokud prodávající „neuvědomí obchodní záměr obchodní praktiky, není-li patrný ze souvislosti, a pokud to v obou případech vede nebo může vést spotřebitele k rozhodnutí ohledně koupě, které by jinak neučinil.“ Skutkovou podstatu této nekalé obchodní praktiky pak může naplnit i taková skrytá propagace, za kterou nebylo poskytnuto jakékoliv protiplnění.

<sup>19</sup> Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 24. června 2010, sp. zn. 7 As 24/2010.

<sup>20</sup> Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES ze dne 11. května 2005 o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu a o změně směrnice Rady 84/450/EHS, směrnice Evropského parlamentu a Rady 97/7/ES, 98/27/ES a 2002/65/ES a nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2006/2004 (směrnice o nekalých obchodních praktikách).

<sup>21</sup> Rozsudek Zemského soudu v Berlíně ze dne 24. 5. 2018, sp. zn. 52 O 101/18.

<sup>22</sup> Rozsudek Vrchního zemského soudu ze dne 8. 1. 2019, sp. zn. 5 U 83/18.

o autentické spojení situace ze života influencera s výrobkem a označení prodávajícího je motivováno pouze tím, že influencer chce předejít dotazům jeho fanoušků.

Avšak ani případná obrana tvrzenou snahou předejít zvědavým dotazům fanoušků nemusí být vždy úspěšná, jak dokazuje i známý případ influencerky Pamelý Reif.<sup>23</sup> V tomto případě Zemský soud v Karlsruhe argumentaci influencerky, že chtěla pouze předejít dotazům svých fanoušků, odmítl, a to vzhledem k tomu, že její příspěvek neobsahoval dostatek obsahu tzv. redakčního charakteru. Redakčním charakterem pak soud rozumí vlastní tvorbu influencera, která by neměla spočívat v pouhé stylizované prezentaci výrobku. Vedle toho soud uzavřel, že za dostatečné označení spolupráce nelze považovat odkaz na stránky prodávajícího, obzvláště pokud influencerka cílí na osoby ve věkovém rozmezí 16 až 24 let. Podle názoru soudu je v takovém případě zapotřebí větší míra obezřetnosti ze strany influencera, aby předešel klamání spotřebitelů, než pouhý odkaz na stránky prodávajícího.

V neposlední řadě je nutné upozornit i na rozsudek německého Spolkového soudního dvora,<sup>24</sup> který se vyjadřoval k situaci, kdy influencer propagoval vlastní podnikání, aniž by u příspěvku označil, že se jedná o propagaci. Soud pak uzavřel, že protiplnění v tomto případě nelze očekávat a příspěvek je nutné automaticky považovat za reklamní. Nicméně jak uvádí Spolkový soudní dvůr v jiném svém rozhodnutí,<sup>25</sup> je zapotřebí vždy, tedy i ve vztahu k vlastnímu podnikání, zkoumat, zda příspěvek slouží k propagaci, tedy zda může posílit image prodávajícího či jinak motivovat spotřebitele výrobek či službu zakoupit.

### **Limity influencer marketingu podle zákona o regulaci reklamy**

Jak plyne z výše uvedeného, influenceři zpravidla monetizují svou schopnost ovlivnit chování svých sledujících vkládáním více či méně rozpoznatelných reklamních sdělení do své tvorby. Vedle zákona o ochraně spotřebitele by tak influenceři a zadavatelé reklamy měli splňovat rovněž požadavky zákona o regulaci reklamy, které upravují mj. pravidla

obsahu a formy reklamy. Ani v zákoně o regulaci reklamy se neseťkáváme se zvláštní úpravou pro influencer marketing. Naplnění požadavků zákona o regulaci reklamy však může být při využití influencer marketingu zvláště obtížné, a to vzhledem k tomu, že tvorba influencerů zpravidla neobsahuje výhradně reklamní obsah, a také kvůli tomu, že není možné vždy jednoznačně vymezit množinu osob, na kterou je tvorba influencera cílena.

Zadavatelé reklamy a influenceři by měli především respektovat, že propagace určitých výrobků a služeb vymezených ustanoveními § 3 až 6a zákona o regulaci reklamy (a dále rovněž i jinými zvláštními zákony)<sup>26</sup> je omezena či přímo zakázána. Influencer, který cílí na osoby mladší 18 let, by se tak měl vyvarovat například propagace tabákových výrobků, elektronických cigaret, alkoholických nápojů nebo hazardních her. Pokud influencer cílí na osoby mladší 15 let, neměl by dále šířit reklamní sdělení týkající se zdravotnických potřeb, diagnostických zdravotnických prostředků in vitro určených široké veřejnosti nebo humánních léčivých přípravků určených široké veřejnosti.

Kromě úplného zákazu cílení určité reklamy na osoby mladší 18 let, resp. 15 let, obsahuje zákon o regulaci reklamy i povinnosti a obsahové náležitosti, kterým musí influencer vzhledem k obsahu své tvorby vyhovět, a to ve vztahu k reklamním sdělením propagujícím zákonem o regulaci reklamy (a dalšími právními předpisy) specifikované výrobky či služby. Zvýšená pozornost by tak měla být ze strany influencera a zadavatele reklamy věnována například reklamním sdělením propagujícím tabákové výrobky, elektronické cigarety, alkoholické nápoje, humánní léčivé přípravky, potraviny a kojeneckou výživu, přípravky na ochranu rostlin a pomocné prostředky, dočasné užívání ubytovacího zařízení a jiné rekreační služby, dále pak reklamě, která má cílit na zdraví, nebo reklamě týkající se hazardních her, spotřebitelských úvěrů nebo jejich zprostředkování.<sup>27</sup>

Příkladem můžeme uvést, že pokud bude influencer propagovat hazardní hru, nesmí jeho tvorba obsahovat „sdělení, z něhož lze nabýt dojmu, že účast na hazardní hře může být zdrojem finančních prostředků obdobným získávání příjmů ze závislé, samostatné nebo jiné obdobné činnosti.“<sup>28</sup> Dále pokud

<sup>23</sup> Rozsudek Zemského soudu v Karlsruhe ze dne 21. 3. 2019, sp. zn. 13 O 38/18 KřH.

<sup>24</sup> Rozsudek německého Spolkového soudního dvora ze dne 9. 9. 2021, sp. zn. I ZR 125/20.

<sup>25</sup> Rozsudek německého Spolkového soudního dvora ze dne 9. 9. 2021, sp. zn. I ZR 90/20.

<sup>26</sup> Například zákon č. 257/2016 Sb., o spotřebitelském úvěru.

<sup>27</sup> Zde srov. § 91 zákona č. 257/2016 Sb., o spotřebitelském úvěru.

<sup>28</sup> Viz § 5j odst. 1 zákona o regulaci reklamy.

bude influencer propagovat doplňky stravy, jiné potraviny či přípravky, které nejsou léčivými přípravky nebo potravinami pro zvláštní lékařské účely, pak jeho vyjádření nesmí naznačovat, že užívání těchto produktů může příznivě ovlivnit zdravotní stav toho, kdo je užívá, nebo naopak že nepoužitím těchto produktů dojde ke zhoršení zdravotního stavu.<sup>29</sup>

Lze tedy v tomto směru uzavřít, že právní úprava každé z výše uvedených skupin výrobků či služeb podléhá specifickému režimu a nároky na obsah reklamy se tak budou velmi lišit. Každý zadavatel i zpracovatel reklamy by se tedy měl ve vztahu k prezentovanému výrobku či službě ujistit, jaké regulatorní požadavky se na konkrétní produkt v souvislosti s reklamou vztahují, a tyto požadavky zohlednit při tvorbě reklamy, resp. již před vznikem vzájemného smluvního vztahu při sjednávání spolupráce mezi zadavatelem a zpracovatelem reklamy.

## Influencer marketing ve světle regulace videoplatformem

Vzhledem k tomu, že aktivity influencerů jsou spjaté více či méně se sdílením videoobsahu, podléhají tyto aktivity vedle výše uvedených předpisů i doposud stále poměrně novému zákonu o videoplatformách.<sup>30</sup> Tento zákon předně provádí požadavky výše uvedených předpisů, když požaduje, aby obchodní sdělení umístěné na videoplatformě bylo snadno rozpoznatelné, nenabádalo nezletilé osoby k tomu, aby přesvědčovaly své rodiče nebo třetí osoby ke koupi propagovaného zboží nebo služby, nebo nepropagovalo výrobky a služby, jejichž propagace je právními předpisy omezena nebo zakázána. Nad rámec výše uvedeného pak zákon o videoplatformách rovněž požaduje přijetí opatření k zajištění ochrany nezletilých před příspěvky, které by mohly ohrozit jejich fyzický, psychický nebo mravní vývoj, a dále opatření chránících širokou veřejnost mj. před šířením příspěvků podněcujících k násilí či nenávisti.

Na rozdíl od výše uvedených předpisů nejsou přímými adresáty zákona o videoplatformách zadavatelé a zpracovatelé reklamy, ale provozovatelé jednotlivých videoplatformem. Právě provozovatelé videoplatformem

jsou povinni přijmout taková opatření, aby zajistili, že příspěvky umístěné na jejich videoplatformách nebudou obsahovat výše nastíněný závadný obsah blíže specifikovaný ustanovením § 7 zákona o videoplatformách, resp. souvisejícími právními předpisy.

Úskalím zákona o videoplatformách v globalizovaném světě však může být jeho omezená působnost, neboť úprava podle zákona o videoplatformách, resp. podle jím transponované evropské směrnice<sup>31</sup> se vztahuje výhradně na provozovatele platform určených široké evropské veřejnosti se sídlem na území České republiky, resp. jiného členského státu Evropské unie. V případě platform, které „jsou určeny výlučně pro poskytování audiovizuálního obsahu ve třetích státech a které nejsou přímo nebo nepřímo využívány širokou veřejností“<sup>32</sup> nebo jejichž provozovatelé nemají sídlo na území České republiky, resp. Evropské unie, se právní úprava zákona o videoplatformách, resp. příslušné směrnice, nepoužije.

## Prvky samoregulace v oblasti influencer marketingu

Jak bylo uvedeno již v úvodu tohoto příspěvku, zákonodárce využití influencerů v oblasti marketingu dlouhodobě nevěnuje patřičnou pozornost a současná právní úprava tak nedostatečně reflektuje specifika spjatá s touto oblastí marketingu. To ostatně potvrzují i výše citované závěry studie Fakulty sociálních věd Univerzity Karlovy.<sup>33</sup> Především v oblasti influencer marketingu cíleného na děti se tak podle autorů tohoto příspěvku můžeme setkat s jednáním influencerů, které, byť často není přímo v rozporu se zákonem, je minimálně neetické. Za účelem zvýšení transparentnosti a se snahou o etický přístup k influencer marketingu proto influenceři a další dotčené subjekty vytváří neprávní či kvaziprávní prostředky, kterými své aktivity z vlastní iniciativy regulují.

Jedním z takových prostředků je například iniciativa „Férový influencer“. Jde o etický kodex, který navázal na výzkum Fakulty sociálních věd Univerzity Karlovy a má poskytnout základní pravidla a vodítka pro inzerci v příspěvcích influencerů. Jedná se

<sup>29</sup> Zde srov. § 5n zákona o regulaci reklamy.

<sup>30</sup> Zákon č. 242/2022 Sb., o službách platformem pro sdílení videonahrávek a o změně některých souvisejících zákonů (dále jen „zákon o videoplatformách“).

<sup>31</sup> Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2010/13/EU o koordinaci některých právních a správních předpisů členských států upravujících poskytování audiovizuálních mediálních služeb (směrnice o audiovizuálních mediálních službách), ve znění směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2018/1808 ze dne 14. listopadu 2018.

<sup>32</sup> Viz § 3 odst. 6 zákona o videoplatformách.

<sup>33</sup> FSV UK, c. d.

o iniciativu Sdružení pro internetový rozvoj, Platformy profesionální komunikace a některých influencerů. Nicméně vzhledem k tomu, že se jedná o projekt založený na dobrovolné bázi, je jeho dopad na kultivaci influencer marketingu značně omezený. Případné porušení kodexu tak má vliv pouze na prestiž dotčeného influencera a vede k jeho výmazu ze seznamu signatářů kodexu.<sup>34</sup>

Nelze opomenout ani činnost ze strany provozovatelů sociálních sítí a dalších platforem, na kterých influenceři svou tvorbu prezentují. Nejen v návaznosti na účinnost zákona o videoplatformách tak provozovatelé těchto platforem požadují, aby uživatelé označovali reklamu ve zveřejňovaných příspěvcích.<sup>35</sup> Systémy těchto platforem pak umožňují, aby příspěvky obsahující reklamní sdělení byly pro spotřebitele dostatečně rozpoznatelné.<sup>36</sup>

Každý výsledek tvorby influencera je provozovateli platformy regulován rovněž i co do obsahu. S reklamou bychom se tak neměli setkávat u násilného a nenávistného obsahu nebo obsahu pro dospělé, přičemž reklama by dále neměla propagovat nelegální produkty či služby, tabákové výrobky, okamžité půjčky, zbraně a další zakázané produkty a služby.<sup>37</sup> Kromě zakázaných produktů a služeb platformy specifikují rovněž produkty a služby nezakázané, ale pouze omezené. Provozovatelé platformy pak umožňují omezené výrobky a služby propagovat pouze za splnění jimi nastavených podmínek a v souladu s výše uvedenými právními předpisy. Takto omezenými výrobky a službami jsou např. hazardní hry, léky, alkoholické nápoje nebo finanční služby, jejichž propagace je možná pouze vůči zletilým osobám.

Sankcí za nedodržování tzv. zásad komunity přitom může být i zablokování uživatelského profilu influencera a tím zrušení jeho vlivu, který by bylo možné na dané platformě monetizovat.<sup>38</sup> Tím jsou sankční mechanismy platformy mnohdy efektivnější než mechanismy upravené právními předpisy. Navíc,

oproti zákonné regulaci, je regulace platformou často předvídatelnější, když zásady obsahují příklady zakázaného i dovoleného chování a bližší informace k náležitostem označování reklamy, čímž do značné míry vyplňují mezery zákonné regulace.

### Sankční rizika spjatá s influencer marketingem

Za případné porušení požadavků zákona o ochraně spotřebitele nebo zákona o regulaci reklamy hrozí zadavateli reklamy a příslušnému influencerovi uložení pokuty až do výše 5 milionů Kč.<sup>39</sup> Přitom pokuty za porušení zákona o ochraně spotřebitele nebo zákona o regulaci reklamy ukládají v obou případech podle zákona o regulaci reklamy krajské živnostenské úřady jako dozorové orgány v oblasti reklamy.<sup>40</sup> Vzhledem k rozdělení působnosti dozoru mezi více krajských živnostenských úřadů se tedy bohužel nesetkáváme s jednotnou a komplexní rozhodovací praxí (jak bývá zvykem v jiných regulovaných odvětvích), která by řešila výše zmíněné výkladové obtíže týkající se skryté propagace.

Vedle sankčních rizik dopadajících přímo na zadavatele a zpracovatele reklamy je nezbytné upozornit i na sankce ukládané provozovatelům videoplatformy, kterým v případě porušení povinností podle zákona o videoplatformách hrozí pokuta až do výše 500 tisíc Kč. Ačkoliv pokuty podle zákona o videoplatformách jsou ukládány výhradně provozovatelům videoplatformy, nelze vyloučit, že v případě umístění závadného příspěvku na videoplatformu bude příslušný provozovatel po influencerovi jako uživateli videoplatformy nárokovat náhradu škody ve výši uložené pokuty z titulu porušení smluvní povinnosti (příslušných zásad komunity) influencerem podle ustanovení § 2913 občanského zákoníku, a to spolu s případným zrušením uživatelského účtu influencera.

<sup>34</sup> Férový influencer. *Postup při řešení podnětu za nedodržování kodexu* [on-line]. 25. 10. 2022. Dostupné na <<https://ferovyinfluencer.cz/postup-pri-reseni-podnetu-na-nedodrzovani-kodexu#jak>>.

<sup>35</sup> Pro platformu Instagram je povinnost dána Informacemi o zásadách pro značkový obsah (dostupné na <<https://help.instagram.com/616901995832907>>), stejně jako pro platformu Facebook (dostupné na <<https://www.facebook.com/business/help/150067102332664>>). Platforma YouTube má tuto povinnost zakotvenou v Zásadách zpeněžení (dostupné na <[https://www.youtube.com/intl/cs\\_ALL/creators/how-things-work/policies-guidelines/](https://www.youtube.com/intl/cs_ALL/creators/how-things-work/policies-guidelines/)>), které odkazují na zásady Google Ads (dostupné na <<https://support.google.com/adspolicy/answer/6008942>>).

<sup>36</sup> Tuto možnost poskytuje například platforma YouTube (přidání placeného zobrazení produktu, sponzorství a doporučení na YouTube), Facebook (Facebook brand collabs manager), Instagram (přidání partnerů značky ke značkovému obsahu-Instagram) nebo platforma TikTok (dostupné na <[https://www.tiktok.com/business/en/solutions/ads?tt4b\\_lang\\_redirect=1](https://www.tiktok.com/business/en/solutions/ads?tt4b_lang_redirect=1)>).

<sup>37</sup> Na platformě YouTube je to upraveno výše uvedenými Zásadami zpeněžení. Pro platformy Facebook nebo Instagram je toto omezení společně uvedeno v Informacích o zásadách pro značkový obsah (dostupné na <<https://www.facebook.com/business/help/221149188908254>>).

<sup>38</sup> Například platforma Facebook tuto možnost uvádí v sekci Omezení inzerce (dostupné na <<https://www.facebook.com/business/help/975570072950669?id=434838534925385>>). Platforma YouTube také disponuje obdobnou možností sankce (dostupné na <<https://support.google.com/youtube/answer/2802032>>).

<sup>39</sup> Zde srov. § 8a zákona o regulaci reklamy.

<sup>40</sup> Zde srov. § 7 písm. i) zákona o regulaci reklamy.

Dále nelze opomenout ani úpravu nekalé soutěže podle občanského zákoníku.<sup>41</sup> Nekalé obchodní praktiky podle zákona o ochraně spotřebitele totiž mohou představovat rovněž nekalosoutěžní jednání podle občanského zákoníku.<sup>42</sup> V případě nekalosoutěžního jednání se pak dotčení konzumenti influencerovy tvorby nebo konkurenti zadavatele mohou domáhat náhrady škody, vydání bezdůvodného obohacení nebo zdržení se takového nekalosoutěžního jednání.

S ohledem na nabytí účinnosti Tříkrálové novely v neposlední řadě upozorňujeme i na další soukromoprávní riziko spojené s influencer marketingem, které by mělo zadavatele reklamy vést k důslednější kontrole aktivit spolupracujících influencerů. Tříkrálová novela totiž zakládá nové právo spotřebitele na odstoupení od smlouvy nebo požadování slevy v případě, že jeho rozhodnutí k uzavření smlouvy bylo dotčeno nekalou obchodní praktikou.<sup>43</sup> Uplatnění tohoto nového práva spotřebitele tak může mít zásadní dopad na obchodní činnost prodávajícího, zejména pokud bude uplatňováno větším množstvím spotřebitelů. Nicméně vzhledem k tomu, že dotčení spotřebitelé budou toto právo uplatňovat prostřednictvím civilních soudů, lze alespoň do budoucna očekávat, že rozhodovací praxe tuzemských soudů pomůže vyřešit výše zmíněné výkladové obtíže týkající se naplnění skutkových podstat nekalých obchodních praktik podle zákona o ochraně spotřebitele.

### Eliminace sankčních rizik revizí smluvních vztahů s influencerem

Nejjednodušším opatřením, jak eliminovat soukromoprávní a veřejnoprávní rizika na straně zadavatele reklamy spojená s využitím influencer marketingu, je správné nastavení smluvního vztahu s influencerem. Zadavatelé reklamy by tak měli náležitě vyhodnotit požadavky výše uvedených právních předpisů a ty zohlednit již při zahájení jednání o uzavření smlouvy o spolupráci s influencerem.

Smlouva o spolupráci mezi zadavatelem reklamy a influencerem je pak zpravidla smlouvou nepojmenovanou ve smyslu § 1746 odst. 2 občanského zákoníku.<sup>44</sup> Zákon tedy neobsahuje základní podobu smlouvy a zadavatel reklamy si s influencerem musí veškeré aspekty spolupráce ve smlouvě ujednat. Mezi základní smluvní ujednání by měla patřit zejména výše odměny influencera, mechanismus schvalování reklamních příspěvků influencera, forma označování spolupráce u příspěvků, které budou obsahovat reklamní sdělení, a závazek influencera chránit dobrou pověst zadavatele a provádět propagaci v souladu se zadáním zadavatele.<sup>45</sup>

Dále je vhodné také písemně do smlouvy zahrnout dohodu o konkrétní podobě příspěvků influencera (na jaké platformě a v jaké formě bude reklama učiněna). Sociální síť totiž často nabízí různé druhy příspěvků s různým dosahem. Například na sociální síti Instagram je možné využít tzv. feed Instagramu (hlavní kanál sociální sítě, na kterém příspěvky nemizí), tzv. Instagram reels (krátká videa na vlastním vedlejším kanálu sociální sítě) nebo tzv. Instagram stories (příspěvky, které po 24 hodinách od zveřejnění zmizí) či libovolnou kombinaci těchto druhů příspěvků. Správným nastavením dosahu příspěvků influencera pak lze eliminovat riziko dosahu reklamy mimo zadavatelem reklamy požadovaný cílový trh.

Samotná smlouva o spolupráci by dále měla za účelem eliminace sankčních rizik obsahovat oprávnění zadavatele reklamy ukládat influencerovi smluvní pokuty pro případ porušení jeho smluvních povinností či popis jiného řešení případných excesů spolupracujících influencerů.<sup>46</sup> Vzhledem k výše uvedenému riziku uložení pokuty zadavateli reklamy nebo riziku uplatnění práva spotřebitele na odstoupení od smlouvy či poskytnutí přiměřené slevy lze rovněž doporučit, aby smlouva o spolupráci umožňovala zadavateli reklamy požadovat po influencerovi vedle úhrady smluvní pokuty i náhradu škody vzniklé zadavateli reklamy uložением pokuty nebo uplatněním práva spotřebitele na odstoupení od smlouvy.<sup>47</sup>

<sup>41</sup> Zde srov. § 2976 a násl. občanského zákoníku.

<sup>42</sup> VÝTISK, M. § 2976 [Základní ustanovení]. In: Petrov, J., Výtisk, M., Beran, V. a kol. *Občanský zákoník* [online]. 2. vydání (1. aktualizace). Praha 2022. Marg. č. 16 až 18. Dostupné na <<https://www.beck-online.cz/>>.

<sup>43</sup> Zde srov. § 5d zákona o ochraně spotřebitele, ve znění Tříkrálové novely.

<sup>44</sup> MÁLEK, J., DVOŘÁKOVÁ, T. Influencer marketing a jeho právní mantinely. In: *Právní prostor* [online]. 7. 11. 2022. Dostupné na <<https://www.pravniprostor.cz/clanky/obchodni-pravo/influencer-marketing-jeho-pravni-mantinely>>.

<sup>45</sup> Zde srov. § 6b odst. 3 zákona o regulaci reklamy: „Zadavatel se zproští odpovědnosti za obsah šířené reklamy, který je v rozporu se zákonem, prokáže-li, že zpracovatel nedodržel při jejím zpracování jeho pokyny, a v důsledku toho je obsah této reklamy v rozporu se zákonem. Zpracovatel se nemůže zproští odpovědnosti za obsah šířené reklamy poukazem na její zadání zadavatelem, ledaže by se jednalo o údaje, jejichž pravdivost není schopen posoudit ani s vynaložením veškerého úsilí.“

<sup>46</sup> KONÍČKOVÁ, K., GEMBALOVÁ, K. Jak na uzavírání smluv s influencerem. In: *Právní prostor* [online]. 25. 5. 2022. Dostupné na <<https://www.pravniprostor.cz/clanky/obcanske-pravo/jak-na-uzavirani-smluv-s-influencerem>>.

<sup>47</sup> Smlouva o spolupráci by tak měla výslovně vyloučit aplikaci ustanovení § 2050 občanského zákoníku.

## Další opatření k eliminaci rizik souvisejících s influencer marketingem

Spolu s revizí smluvních vztahů s influencery by zadavatelé reklamy za účelem eliminace veřejnoprávních a soukromoprávních rizik na jejich obchodní činnost měli zajistit:

- analýzu cílových trhů spolupracujících influencerů. Pouze tak mohou dostatečně včas identifikovat, že spolupracující influencer bude jejich výrobky či služby nabízet spotřebitelům mladším 18 let, a to se všemi výše uvedenými důsledky spojenými s propagací této skupině spotřebitelů (zadavatelé reklamy by rovněž měli vzít do úvahy, že proklamovaný cílový trh influencerů se může od toho skutečného značně lišit);
- kontrolu označování propagace u propagovaných výrobků nebo služeb spolupracujícími influencery. Za dostatečné označení propagace přitom lze považovat využití předdefinovaných způsobů označování reklamy, pokud ho příslušné platformy nabízí, nebo uvedení označení přímo v příspěvku či v jeho popisu, a to nejlépe pomocí tzv. hashtagu #reklama nebo #placenaspoluprace atp.;
- revizi procesů kontroly tvorby spolupracujících influencerů a dodržování smluvních závazků ze strany spolupracujících influencerů;
- zavedení procesu pro uplatnění práva spotřebitele na odstoupení či slevu v případě, že spotřebitel bude tvrdit, že jeho rozhodnutí k uzavření smlouvy bylo dotčeno nekalou obchodní praktikou. Zavedený proces by pak měl za účelem eliminace rizik přiměřeně upřednostňovat mimosoudní řešení; a
- revizi dosavadních zadání reklamy s důrazem na to, aby příslušná zadání neobsahovala ujednání, která by mohla být vykládána jako zadání falešné spotřebitelské recenze nebo jako zadání zakázané reklamy

ve smyslu zákona o regulaci reklamy či souvisejících právních předpisů.

### Závěr

Spolu s účinností Tříkrálové novely bude kladen více než kdy dříve důraz na označování propagace výrobků a služeb. Influenceri by tak měli důsledně označovat příspěvky obsahující propagaci výrobků či služeb, zejména pokud tuto propagaci provádí na základě jakéhokoliv protiplnění (poskytnutí jakéhokoliv výhody) nebo příslibu protiplnění. Pouze tak může být spotřebiteli na první pohled zřejmé, že influencer jako tvůrce obsahu má zájem ovlivnit jeho chování a že spotřebitel má k příspěvku přistupovat s náležitou obezřetností. V případě, že tvorba influencerů cílí na osoby mladší 18 let, které jsou zákonem zvlášť chráněny a mohou být propagací snáze ovlivněny, měl by influencer při označování propagace postupovat zvlášť transparentně.

Zadavatelé reklamy by pak měli ve smlouvách s influencery reflektovat jednak rizika spjatá s nekalými obchodními praktikami, ale rovněž zákonná omezení propagace některých výrobků a služeb, a to i při samotném zadávání reklamy. Pokud nebude zadání reklamy dostatečně konkrétní nebo bude přímo v rozporu se zákonem, může se zadavatel reklamy dopustit nekalé obchodní praktiky či šíření zakázané reklamy a být ze strany příslušných úřadů citelně sankcionován.

V neposlední řadě by zadavatelé reklamy měli brát v potaz, že spotřebitelé jsou nově oprávněni domáhat se práva na odstoupení od smlouvy či přiměřenou slevu, pokud bylo jejich rozhodnutí k uzavření smlouvy dotčeno nekalou obchodní praktikou. Je tedy vhodné do budoucna přistupovat ke spolupráci s influencery s dostatečnou mírou obezřetnosti a jejich tvorbu přiměřeně kontrolovat. Jedině tak lze zamezit dopadu případných excesů influencerů na obchodní činnost zadavatele reklamy.