

NEVYŽÁDANÁ REKLAMA NAPŘÍČ SOUČASNOU, BUDOUCÍ A EVROPSKOU PRÁVNÍ REGULACÍ

DANA ONDREJOVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, katedra obchodního práva,
Česká republika

Abstract in original language

Příspěvek se zabývá problematikou nevyžádané reklamy, a to z pohledu současné právní úpravy, právní úpravy obsažené v návrhu nového občanského zákoníku a v evropském právu, včetně zohlednění aktuálních problémových otázek v praxi a případné kumulace sankcí za tento delikt.

Key words in original language

Nevyžádaná reklama, návrh nového občanského zákoníku, nekalá soutěž

Abstract

The contribution deals with the matters of the unclaimed advertising from the view of contemporary, future - in the draft of new civil codex and european regulation including the taking into account of sticking points in praxis and prospective cumulation of sanctions imposed on this tort.

Key words

Unclaimed advertising, draft of new civil code, unfair competition

1. PRÁVNÍ REGULACE NEVYŽÁDANÉ REKLAMY NAPŘÍČ SOUČASNOU PRÁVNÍ ÚPRAVOU

1.1 Úvodem k nevyžádané reklamě

Nevyžádaná reklama je jednou z často využívaných forem reklamy. Z pohledu právní regulace nevyžádané reklamy je nutné rozlišovat mezi „klasickou reklamou“, tedy reklamou šířenou všemi jinými způsoby než elektronickými prostředky, a „elektronickou reklamou“, resp. reklamou šířenou elektronickými prostředky, jejíž právní úpravou se zabývá speciální zákon (zákon č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti, ve znění pozdějších předpisů, dále rovněž „zákon o některých službách informační společnosti“) a o které bude pojednáno samostatně.

Důvody, které vedou k postihu nevyžádané reklamy jsou zejména potenciální časové ztráty adresáta reklamy spojené s takovou reklamou (např. nutnost vyřizovat nevyžádané telefonické hovory, odstraňovat nevyžádanou poštu šířenou e-mail, vyhazovat tištěné reklamní letáky apod.), potenciální finanční ztráty (například výdaje související s faxovou poštou – k tomu blíže dále v textu, možnost napadení počítače viry při jeho nedostatečném zabezpečení),

obtěžování a zásah do osobní sféry adresáta reklamy (odmítnutí telefonického hovoru při nezájmu o příslušnou reklamu, někdy spojené s nutností snést nadávky volajícího za to, že nemáte zájem či čas, narušení jeho soukromí, nutnost jeho reakce na cizí podněty), nezbytnost potlačení agresivních forem soutěžení (ve vztahu k méně agresivním soutěžitelům).

1.2 NEVYŽÁDANÁ REKLAMA PODLE ZÁKONA O REGULACI REKLAMY

Co se tedy skrývá pod pojmem „nevyžádaná reklama“?

Obecně, tedy pro celý právní řád, využitelnou definici pojmu „reklama“ české právo nemá, lze však využít definici reklamy obsaženou v tzv. kodexu reklamy, tedy právním předpise regulujícím oblast reklamy s velmi širokou osobní i věcnou působností, tj. v zákoně č. 40/1995 Sb., o regulaci reklamy, ve znění pozdějších předpisů (dále rovněž „zákon o regulaci reklamy“). V ustanovení § 1 odst. 3 zákona o regulaci reklamy lze nalézt definici reklamy použitelnou pro účely tohoto právního předpisu, kdy se reklamou rozumí „oznámení, předvedení či jiná prezentace šířená zejména komunikačními médii, mající za cíl podporu podnikatelské činnosti, zejména podporu spotřeby nebo prodeje zboží, výstavby, pronájmu nebo prodeje nemovitostí, prodeje nebo využití práv nebo závazků, podporu poskytování služeb, propagaci ochranné známky, pokud není dále stanoveno jinak“. Z pohledu tohoto zákona definici reklamy nenaplnuje tzv. reklama nekomerční, označovaná také jako reklama sociální (avšak bude sem spadat reklama uskutečňovaná podnikatelskými subjekty a operující s tzv. společensky závažnými tématy¹).

Při vymezení přívlastku „nevyžádaná“ reklama je nutné vyjít z úpravy obsažené v zákoně o regulaci reklamy, konkrétně v jeho ustanovení § 2 odst. 1 písm. e), které zakazuje šíření nevyžádané reklamy, „pokud vede k výdajům adresáta nebo pokud adresáta obtěžuje“. Ačkoliv bychom z uvedeného vymezení mohli dospět k závěru, že zákon vymezuje spíše než pojem „nevyžádaná reklama“ pojem „nevyžádané šíření reklamy“, z další věty, která vymezuje pojmově reklamu, která „obtěžuje“, lze uzavřít, že lze za nevyžádanou reklamu, a tedy nikoliv pouze za ono nevyžádané „šíření“, považovat takovou reklamu, která alternativně buď „vede k výdajům adresáta“ nebo „adresáta obtěžuje“.

Reklamu, která „vede k výdajům adresáta“, zákon o regulaci reklamy blíže nespecifikuje. Bude se tak v praxi jednat o všechny případy, kdy je reklama šířena faxem (obligatorní výdaje adresáta reklamy na papír, toner, případně telefonický impuls), ačkoliv se v současné době takové případy šíření reklamy zejména s ohledem na široké využívání elektronické pošty a tištěné podoby reklamy příliš frekventovaně

¹ Viz např. rozhodnutí Spolkového ústavního soudu SRN ze dne 12. 12. 2000, sp. zn. 1 BvR 1762/95 a 1787/95.

neobjevují. V případě takto šířené reklamy je však poměrně snadná důkazní situace (na rozdíl od některých jiných forem nevyžádané reklamy uvedených dále) pro případného žalobce – faxový přístroj zaznamená odesílatele, čas odeslání i identifikaci příjemce.

Reklamu, která „adresáta obtěžuje“, zákon o regulaci reklamy (§ 2 odst. 1 písm. e) blíže specifikuje jako „reklamu směřující ke konkrétnímu adresátovi za podmínky, že adresát dal předem jasně a srozumitelně najevo, že si nepřeje, aby vůči němu byla nevyžádaná reklama šířena“.

K naplnění pojmu „reklama, která adresáta obtěžuje“, tak musí být kumulativně splněna podmínka „konkrétnosti adresáta“ a jeho „jasné a srozumitelné dání najevo, že si nepřeje šíření nevyžádané reklamy učiněné předem“.

První otázkou, která v této souvislosti vzniká, je míra oné „konkrétnosti“ adresáta. Musí se jednat vždy o zcela individualizovanou osobu nebo konkrétním adresátem bude i osoba spadající do identifikovatelné skupiny osob, např. stávající zákazníci určitého mobilního operátora, osoby mající určitý zdravotní problém apod., jak je tomu například při konkrétnosti srovnání u srovnávací reklamy.²

O nevyžádanou reklamu se tak bude jednat vždy v případě, kdy si její potenciální adresát umístí na svoji poštovní schránku oznámení znění „nehazujte reklamu“ či jiného obdobného významu a přesto se v ní objeví příslušný reklamní materiál. Zde však vyvstává významný problém tzv. přičitatelnosti takového jednání. Lze za šíření tzv. nevyžádané reklamy sankcionovat subjekt, jehož reklama je obsažena na reklamním letáku, automaticky za to, že se jeho reklamní leták objevil ve výše uvedeném způsobem označené schránce na poštu? Kdo může za takové šíření reklamy - poštovní doručovatel, kurýr společnosti nebo „škodolibý“ soused? Při využití principu objektivní odpovědnosti ovládající oblast tzv. reklamního práva včetně nekalé soutěže, by se nezkoumalo zavinění, ale odpovídal by za výsledek, tedy za umístění nevyžádané reklamy u jejího adresáta. Takový výklad by však byl neudržitelný, neboť rozhodující musí být přičitatelnost takového jednání, tedy prokázání příčinné souvislosti mezi jednáním případného porušitele práva a umístěním nevyžádané reklamy. Při absenci kamerového systému v okolí poštovní schránky tak bude v praxi jen stěží dopátratelné, kdo reklamní leták do poštovní schránky umístil a kdo tak za šíření nevyžádané reklamy zodpovídá.

² Srov. např. rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 19. dubna 2007, sp. zn. C-381/05, podle něhož „odkaz na druh výrobků, a nikoliv na určitý podnik nebo výrobek, v reklamním sdělení lze považovat za srovnávací reklamu, pokud umožňuje poznat, že se uvedené sdělení vztahuje konkrétně na tento podnik nebo na zboží či služby, které nabízí. Okolnost, že lze identifikovat několik soutěžitelů zadavatele reklamy nebo zboží či služby, které nabízejí, není relevantní pro určení toho, že reklama má srovnávací charakter.“

Je uvedená definice reklamy, která obtěžuje, použitelná i pro jiné formy reklamy než ty, které jsou šířené prostřednictvím tištěných reklamních materiálů, které jsou vhazovány do poštovních schránek adresátů reklamy (anonymně či prostřednictvím tzv. direkt marketingu) nebo těmto přímo předávány? Lze za nevyžádanou reklamu považovat podle výše uvedené definice de facto každou reklamu, pokud reklama obecně jejího potenciálního adresáta obtěžuje (například reklama umístovaná na billboardech, tramvajích, zastávkách městské hromadné dopravy apod. – vše za předpokladu dostatečné míry konkrétnosti adresáta takové reklamy)? Takové případy by do uvedené definice nevyžádané reklamy spadaly tehdy, pokud by adresát reklamy dal „předem“ a „jasně a srozumitelně najevo, že si nepřeje, aby vůči němu nebyla nevyžádaná reklama šířena“. Je však uvedená definice reklamy, která obtěžuje, uplatnitelná ve vztahu ke všem formám reklamy, nebo pouze k reklamě umístované do poštovních schránek? Vzhledem k tomu, že zákon dosah tohoto ustanovení neomezuje pouze ve vztahu k poslední uvedené reklamě, lze tedy uvažovat o dosahu tohoto ustanovení ve vztahu k jakékoliv reklamě. Je to však také prakticky proveditelné?

Představme si tedy v praxi ne příliš sporadický případ, kdy veřejně (zaměřená na určitý okruh adresátů, do kterých onen obtěžovaný adresát spadá) šířená (například prostřednictvím billboardů) reklama někoho osobně pocitově obtěžuje (má např. obecně vůči reklamě výhrady apod.). Co by taková osoba měla učinit, aby se v podstatě každá reklama na něj působící považovala za reklamu nevyžádanou? Z uvedené zákonné definice lze dovodit, že by jeho vyjádření o tom, že jej reklama obtěžuje, mělo být učiněno „předem“, tedy dříve než někoho ze šíření nevyžádané reklamy nařkne, tento výraz očividně naplňuje zásadu zákazu retroaktivity, tedy k případnému postihu nevyžádané reklamy by mělo dojít až od okamžiku oznámení tohoto vyjádření a bylo by tak možné postihovat poté každou reklamu, která bude „nově“ na určité místo umístěna i takovou reklamu, která bude na určitém místě „i nadále“ umístěna. Dále by ono vyjádření potenciálního adresáta reklamy mělo být učiněno „jasně a srozumitelně“ – splnění této podmínky lze dovodit při každém vyjádření průměrného spotřebitele, např. sdělením typu „nepřeji si, aby na mě působila reklama“ – teď ale vyvstává otázka, zda je nutné uvést všechny takové potenciální subjekty vytvářející či šířící reklamu vůči tomuto potenciálnímu adresátovi reklamy konkrétním výčtem (což by byl požadavek téměř nenaplnitelný), nebo postačí paušální uvedení všech reklam jakýchkoliv subjektů směřujících proti tomuto potenciálnímu adresátovi reklamy? Rovněž vyvstává otázka, zda je nutné uvést, na jakou formu šíření reklamy měl onen případný zákaz šíření reklamy dopadat, tedy zda by takový subjekt měl uvést komunikační prostředky šíření reklamy či opět postačí obecné konstatování „všech“ takových prostředků (zde se lze přiklonit spíše k tomuto poslední uvedenému paušálnímu zakazu). Rovněž není jasné, jakou formou by tak měl dát předem jasně a srozumitelně najevo, zde bychom ale případnému vyjadřovateli dali doporučení písemné formy (z důvodu lepší prokazatelnosti). Komu by však takové doporučení měl adresovat či zaslat? Zákon v těchto otázkách samozřejmě mlčí, lze tak jen spekulovat – například nalepit takové

vyjádření na všechny potenciální reklamní plochy nebo jej zaslat příslušnému orgánu dozoru, například příslušnému krajskému živnostenskému úřadu, aby po doručení tohoto vyjádření postihoval všechny případné umístěvatele reklamy z důvodu nevyžádané reklamy?

Lze si tedy představit následující postup odpůrce reklamy: na papír formátu A4 umístí text „Nepřeji si, abych se kdekoliv na veřejných místech v obci XY setkával s reklamou jakéhokoliv subjektu učiněnou v jakémkoliv formě vůči mně jakožto potenciálnímu adresátovi takové reklamy.“ a tento nalepí na všechna místa, kde se v dané obci objevuje reklama a toto sdělení rovněž zaslal příslušnému krajskému živnostenskému úřadu. Takovým postupem budou bezesporu naplněny všechny podmínky stanoveny zákonem o regulaci reklamy a mělo by se tak v případě každé reklamy působící na takového potenciálního adresáta reklamy uvažovat o tzv. nevyžádané reklamě. Lze si však rovněž představit praktickou aplikaci ustanovení o nevyžádané reklamě příslušnými úředníky, kteří by obdrželi podnět k zahájení správního řízení?

A co otázka obtěžování reklamou uskutečněné obchodními agenty na ulici – lze takové jednání podřadit pod nevyžádanou reklamu? Opět bychom museli uvažovat o naplnění podmínek nevyžádané reklamy podle zákona o regulaci reklamy – zde pomineme otázku výdajovou ve vztahu k adresátovi reklamy a zaměříme se na rozbor druhého typu nevyžádané reklamy, a to reklamy, která adresáta obtěžuje za předpokladu, že tak dal předem jasně a srozumitelně najevo. Jakým způsobem může dát adresát reklamy předem najevo, že si nepřeje být obtěžován reklamou – zřejmě jejich ignorací, „šklebem“ nebo výslovným odmítnutím učiněným již několik metrů předtím, než tyto osoby mohou adresáta reklamy oslovit, případně bezprostředně poté, co tak učiní. O nevyžádanou reklamu se bude jednat v případě, že dané osoby nebudou ve svých snahách šířit reklamu vůči tomuto adresátovi ustávat ani poté, co jim byli odmítnuti. Opět zde však nastane problém unesení důkazního břemene případného stěžovatele s ohledem na ústní průběh celé situace, tedy kromě existence svědeckých výpovědí osob účastnících se dané akce. Na celou záležitost se může uplatnit protiargument, že se nemůže jednat o nevyžádanou reklamu za situace, kdy si adresát reklamy měl možnost zvolit si předem jinou ulici (za situace, kdy se obchodní agenti na určitém místě vyskytují pravidelně), případně tyto osoby obejít. Zde lze ale argumentovat tím, že o to víc může celá situace adresáta reklamy obtěžovat, když musí volit cesty a reagovat ve své „interní zamyšlenosti“ na cizí podněty, a to tím spíše, jsou-li výzvy k „zastavení se“ doprovázeny nepatřičnými komentáři ze strany subjektů nabízejících reklamní produkty.

Obdobná situace (zejména ohledně důkazního břemene) vzniká ohledně tzv. podomního prodeje zboží a služeb, tedy prodeje uskutečňovaného bez pozvání u domů a bytů na základě zazvonění u na zvonek u nemovitostí. Zde lze takovému jednání zabránit rovněž umístěním jasněho odmítnutí takových praktik na zvonky či poštovní schránky např. znění „nepřejeme si jakákoliv reklamní sdělení“, když

takové oznámení by mohlo postihnout jak případy nevyžádaného vzhazování reklamních letáků, tak případy podomního prodeje. Opět zde však vznikne problém unesení důkazního břemene o průběhu celé situace vyjma svědeckých výpovědí či existence kamerového systému.

Věcný i osobní dosah definice nevyžádané reklamy obsažené v zákoně o regulaci reklamy je tak nejširší (s ohledem na užší dopad zákona o některých službách informační společnosti i právních předpisů *de lege ferenda* a evropské regulace), užití definice však vyvolávají řadu nejasností.

1.3 NEVYŽÁDANÁ REKLAMA V DALŠÍCH PRÁVNÍCH PŘEDPISECH A ETICKÉ SAMOREGULACI

Právní regulace nevyžádané reklamy je v českém právním řádu vyjma analyzovaného zákona o regulaci reklamy obsažena také v dalších právních předpisech.

Nevyžádaná reklama je považována za tzv. soudcovskou skutkovou podstatu nekalé soutěže, která spadá pod aplikaci generální klauzule nekalé soutěže obsažené v ustanovení § 44 odst. 1 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále rovněž „obchodní zákoník“), jsou-li v konkrétním případě nevyžádané reklamy kumulativně naplněny podmínky generální klauzule nekalé soutěže („jednání v hospodářské soutěži nebo v hospodářském styku, které je v rozporu s dobrými mravy soutěže a je způsobilé přivodit újmu jiným soutěžitelům, spotřebitelům nebo dalším zákazníkům“).

Zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále rovněž „trestní zákoník“) by mohl na nevyžádanou reklamu dopadat v souvislosti s naplněním znaků trestného činu neoprávněného nakládání s osobními údaji podle ustanovení § 180 trestního zákoníku.

Etický kodex reklamy 2009 vydaný Radou pro reklamu, který doplňuje právní regulaci o samoregulační mechanismus, upravuje v kapitole VIII problematiku reklamy zasílané formou sms a mms tak, že „reklama může být zasílána formou sms a mms, dokud adresát nevyjádří svůj nesouhlas s tím, aby mu taková reklama byla zasílána“. Z pohledu právních předpisů dopadá na problematiku zasílání reklamy prostřednictvím sms a mms zákon o některých službách informační společnosti, o kterém bude pojednáno dále v textu, a jenž stanoví možnost šíření obchodních sdělení elektronickými prostředky pouze ve vztahu k uživatelům, kteří k takovému šíření dali předchozí souhlas. Sms a mms lze považovat za elektronický prostředek na základě definice obsažené v ustanovení § 2 písm. c) zákona o některých službách informační společnosti. Z uvedeného tak vyplývá, že Etický kodex reklamy 2009, který lze považovat za tzv. soft law, stanoví zcela opačné pravidlo oproti zákonné úpravě (lze zasílat reklamní sms a mms, dokud nebude vyjádřen nesouhlas vs. lze zasílat jen s předchozím souhlasem), takže pokud se určitý subjekt bude chtít vyhnout zákonnému postihu, v každém případě by si tak měl činit s předchozím souhlasem adresáta reklamy. Regulaci obsaženou

v Etickém kodexu reklamy 2009 nelze považovat za vhodně zvolenou, neboť ono vyjádření nesouhlasu se bude muset ve většině případů uskutečnit zaslání „odmítající“ sms, s nímž jsou běžně spjaty výdaje adresáta reklamy. Při představě, že by takto musel každý adresát reklamy učinit neomezenému počtu podnikatelů, se lze dostat k relativně nezanedbatelným výdajům adresáta reklamy.

Nevyžádanou reklamou jakožto agresivní obchodní praktikou postihovanou zákonem č. 634/1992, Sb., o ochraně spotřebitele, ve znění pozdějších předpisů, se zabývá kapitola o evropské právní regulaci nevyžádané reklamy, o právní regulaci reklamy šířené elektronickými prostředky pojednává následující kapitola.

2. SPECIFIKA PRÁVNÍ REGULACE NEVYŽÁDANÉ REKLAMY ŠÍŘENÉ ELEKTRONICKÝMI PROSTŘEDKY

Zákon o regulaci reklamy (§ 2 odst. 1 písm. e) svěřuje právní úpravu nevyžádané reklamy šířené elektronickými prostředky zvláštnímu právnímu předpisu, jímž je zákon o některých službách informační společnosti. Tento zákon stanoví v ustanovení § 7 odst. 1, že „obchodní sdělení lze šířit elektronickými prostředky jen za podmínek stanovených tímto zákonem“. Bližší podmínky dovolenosti takového šíření obchodních sdělení obsahují další odstavce § 7, který transponuje článek 7, částečně článek 6 směrnice 2000/31/ES o elektronickém obchodu a článek 13 směrnice 2002/58/ES o soukromí a elektronických komunikacích.

Co to je obchodní sdělení definuje ustanovení § 2 písm. f) tohoto zákona tak, že se jím rozumí „všechny formy sdělení určeného k přímé či nepřímé podpoře zboží či služeb nebo image podniku fyzické či právnické osoby, která vykonává regulovanou činnost³ nebo je podnikatelem⁴ vykonávajícím činnost, která není regulovanou činností; za obchodní sdělení se považuje také reklama podle zvláštního právního předpisu“.⁵ Za obchodní sdělení se podle téhož ustanovení nepovažují údaje umožňující přímý přístup k informacím o činnosti fyzické či právnické osoby nebo podniku, zejména doménové jméno nebo adresa elektronické pošty; za obchodní sdělení se dále nepovažují údaje týkající se zboží, služeb nebo image fyzické či právnické osoby nebo podniku, získané uživatelem nezávisle. Podle důvodové zprávy k tomuto zákonu byla definice obchodního sdělení převzata ze směrnice 2000/31/ES o elektronickém obchodu.

³ Ustanovení § 3 písm. f) a g) zákona č. 18/2004 Sb., o uznávání odborné kvalifikace a jiné způsobilosti státních příslušníků členských států Evropské unie a o změně některých zákonů.

⁴ Ustanovení § 2 odst. 2 obchodního zákoníku.

⁵ Zákon o regulaci reklamy.

Definice elektronických prostředků je obsažena v ustanovení § 2 písm. c) zákona o některých službách informační společnosti a těmito se rozumí zejména síť elektronických komunikací, elektronická komunikační zařízení, koncová telekomunikační zařízení a elektronická pošta. Elektronické prostředky jsou uvedeny demonstrativně, za elektronické prostředky se pro účely zákona považuje jak hardware, tak i softwarové aplikace, za elektronické prostředky se kromě prostředků přímo vyjmenovaných považuje také sms, mms (viz výše), telefonické nabídky, messengerů typu ICQ a jiné prostředky umožňující tento druh komunikace.

Podle ustanovení § 7 odst. 2 zákona o některých službách informační společnosti lze podrobnosti elektronického kontaktu za účelem šíření obchodních sdělení elektronickými prostředky využít pouze ve vztahu k uživatelům, kteří k tomu dali předchozí souhlas. Tímto zákon umožňuje šíření obchodních sdělení pouze tzv. systémem opt-in, tedy šíření vyžádaných obchodních sdělení.

Podle ustanovení § 7 odst. 3 zákona o některých službách informační společnosti „nehledě na odstavec 2, pokud fyzická nebo právnická osoba získá od svého zákazníka podrobnosti jeho elektronického kontaktu pro elektronickou poštu v souvislosti s prodejem výrobku nebo služby podle požadavků ochrany osobních údajů upravených zvláštním právním předpisem, může tato fyzická či právnická osoba využít tyto podrobnosti elektronického kontaktu pro potřeby šíření obchodních sdělení týkajících se jejích vlastních obdobných výrobků nebo služeb za předpokladu, že zákazník má jasnou a zřetelnou možnost jednoduchým způsobem, zdarma nebo na účet této fyzické nebo právnické osoby odmítnout souhlas s takovýmto využitím svého elektronického kontaktu i při zasílání každé jednotlivé zprávy, pokud původně toto využití neodmítl“.

Ustanovení § 7 odst. 4 zákona o některých službách informační společnosti stanoví, že

„zasílání elektronické pošty za účelem šíření obchodního sdělení je zakázáno, pokud

tato není zřetelně a jasně označena jako obchodní sdělení,

skrývá nebo utajuje totožnost odesílatele, jehož jménem se komunikace uskutečňuje, nebo

je zaslána bez platné adresy, na kterou by mohl adresát přímo a účinně zaslat informaci o tom, že si nepřeje, aby mu byly obchodní informace odesílatelem nadále zasílány“.

Z uvedeného tak shrnutě vyplývá, že se zásadně k elektronickému šíření obchodních sdělení vyžaduje souhlas adresáta takového obchodního sdělení, vyjma případů, kdy širitel reklamy obdržel v souvislosti s prodejem výrobku či služby na zákazníka elektronický kontakt – i v takovém případě však musí být obchodní sdělení jako takové označeno, nesmí být zastřena totožnost odesílatele a musí být

adresátovi reklamy zdarma umožněno, aby obchodní sdělení obsahovalo platnou adresu, jejímž prostřednictvím má adresát reklamy jednoduchou možnost zaslání obchodních sdělení ukončit.

Ochrany podle ustanovení tohoto paragrafu požívají jak osoby fyzické, tak i osoby právnické. Nelze tedy podle důvodové zprávy k tomuto zákonu zasílat nevyžádaná obchodní sdělení ani na emailové adresy, jež nejsou přiřazeny konkrétní fyzické osobě a představují třeba obecný kontakt na osobu právnickou.

Dozor nad dodržováním ustanovení § 7 zákona o některých službách informační společnosti vykonává Úřad pro ochranu osobních údajů.

3. PRÁVNÍ REGULACE NEVYŽÁDANÉ REKLAMY NAPŘÍČ BUDOUCÍ PRÁVNÍ ÚPRAVOU

V návrhu nového občanského zákoníku je právní regulace problematiky nevyžádané reklamy řešena zakotvením nové zvláštní (zákonné) skutkové podstaty nekalé soutěže.

Stejně jako v současném pojetí nekalé soutěže obsažené v obchodním zákoníku (§ 44 – 55 obchodního zákoníku) budou muset být pro kvalifikaci určitého jednání jako nekalosoutěžního kumulativně splněny podmínky generální klauzule nekalé soutěže (§ 2791 odst. 1 návrhu nového občanského zákoníku). Podle tohoto ustanovení platí, že „kdo se dostane v hospodářském styku do rozporu s dobrými mravy soutěže jednáním způsobilým přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo zákazníkům, dopustí se nekalé soutěže. Nekalá soutěž se zakazuje.“

Nová skutková podstata postihující nevyžádanou reklamu je upravena v ustanovení § 2801 návrhu nového občanského zákoníku a její název nerespektuje dosavadní zažitou praxi při užívání pojmu „nevyžádaná reklama“ (jak je tomu rovněž v mnoha jiných ustanovení návrhu nového občanského zákoníku), ale v současné době pracuje s pojmem „Dotěrné obtěžování“. Tento název nahradil ještě nedávny pojem „Nepřiměřené zatěžování“. V obou případech lze pojetí nevyžádané reklamy zavedením těchto nových pojmů považovat za poměrně „neprůsvitný název“, neboť pod tímto pojmem se může relativně nadějně skrývat mnohé – například jakékoliv formy apelování na city spotřebitele, různé formy podomního a jiného obdobného prodeje, na které však tato skutková podstata nedopadá.

Dotěrným obtěžováním se podle ustanovení § 2801 odst. 1 návrhu nového občanského zákoníku rozumí „sdělování údajů o soutěžiteli, zboží nebo službách, jakož i nabídka zboží nebo služeb s využitím telefonu, faxového přístroje, elektronické pošty nebo podobných prostředků, ačkoli si takovou činnost příjemce zjevně nepřaje, nebo sdělování reklamy, při kterém její původce utají nebo zastře údaje, podle nichž ho lze zjistit, a neuvede, kde příjemce může bez zvláštních nákladů příkazat ukončení reklamy“. Daná definice tedy

dopadá zejména na případy, které byly doposud pokryty zákonem o některých službách informační společnosti, nikoliv však zákonem o regulaci reklamy. Otázkou tak zůstává, zda v důsledku přijetí návrhu nového občanského zákoníku dojde ke zrušení příslušných ustanovení zákona o regulaci reklamy nebo tato zůstanou i nadále v účinnosti (to by byla více vítaná varianta, neboť by tím zůstala pokryta ta část nevyžádaných reklamních sdělení, která nedopadají do věcné působnosti návrhu nového občanského zákoníku a zákona o některých službách informační společnosti).

Podle ustanovení § 2801 odst. 2 návrhu nového občanského zákoníku platí, že „rozesílá-li se reklama na elektronickou adresu, kterou podnikatel získal v souvislosti s prodejem zboží nebo poskytnutím služby, nejde o dotěrné obtěžování, pokud podnikatel tuto adresu používá k přímé reklamě pro vlastní zboží nebo služby a druhá strana reklamu nezakázala, ačkoli ji podnikatel při získání adresy i při každém její použití k reklamě zřetelně upozornil na právo přikázat bez zvláštních nákladů ukončení reklamy.“ Toto ustanovení tak vychází z obdobného pojetí, jaké využívá současný zákon o některých službách informační společnosti s tím, že zákon o některých službách informační společnosti obsahuje ještě navíc podmínku zřetelného označení takového sdělení jako „obchodní sdělení“ (srov. ustanovení § 7 odst. 4 zákona).

Lze jen spekulovat nad tím, proč byla do tzv. zákonných skutkových podstat nekalé soutěže zakotvena právě problematika nevyžádané reklamy (na rozdíl od jiných výslovně či „zákonně“ neregulovaných nekalosoutěžních soudcovských skutkových podstat), když ji jako jednu z původních soudcovských skutkových podstat nekalé soutěže postihuje právo proti nekalé soutěži výslovně a podrobně reguluje jiný právní předpis (zde zákon o některých službách informační společnosti a zákon o ochraně spotřebitele)?

4. PRÁVNÍ REGULACE NEVYŽÁDANÉ REKLAMY NAPŘÍČ EVROPSKOU PRÁVNÍ ÚPRAVOU

Evropská regulace problematiky nevyžádané reklamy není obsažena v samostatné směrnici, ale vychází z textu směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES ze dne 11. května 2005 o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu (dále rovněž „směrnice o nekalých obchodních praktikách“). Směrnice o nekalých obchodních praktikách byla v rámci českého práva implementována do zákona o ochraně spotřebitele a je tady s evropskou právní úpravou plně kompatibilní. Při dalším rozboru evropské právní úpravy nevyžádané reklamy budu vycházet již z implementované směrnice do českého práva.

Problematika nevyžádané reklamy spadá pod tzv. nekalé obchodní praktiky, jejichž definice je obsažena v ustanovení § 4 odst. 1 zákona o ochraně spotřebitele. Obchodní praktika je podle uvedeného ustanovení nekalá, „je-li jednání podnikatele vůči spotřebiteli v

rozporu s požadavky odborné péče a je způsobilé podstatně ovlivnit jeho rozhodování tak, že může učinit obchodní rozhodnutí, které by jinak neučinil“. Podle třetího odstavce téhož ustanovení se „užívání nekalých obchodních praktik při nabízení nebo prodeji výrobků, při nabízení nebo poskytování služeb či práv zakazuje; nekalé jsou zejména klamavé a agresivní obchodní praktiky“. Nevyžádaná reklama je řazena pod tzv. agresivní obchodní praktiky, které jsou blíže definovány v ustanovení § 5a zákona o ochraně spotřebitele takto: „Obchodní praktika je agresivní, pokud s přihlédnutím ke všem okolnostem svým obtěžováním, donucováním, včetně použití síly nebo nepatřičným ovlivňováním výrazně zhoršuje možnost svobodného rozhodnutí spotřebitele. Při posuzování, zda je obchodní praktika agresivní, se přihlíží zejména k těmto okolnostem:

- a) načasování, místo a doba trvání obchodní praktiky,
- b) způsob jednání, jeho výhružnost a urážlivost,
- c) vědomé využití nepříznivé situace spotřebitele,
- d) nepřiměřené překážky pro uplatnění práv spotřebitele, nebo
- e) hrozba protiprávním jednáním.“

Agresivní obchodní praktikou je podle ustanovení § 5a odst. 2 zákona o ochraně spotřebitele vždy praktika uvedená v příloze č. 2 k tomuto zákonu, kde se v písm. c) této přílohy zakazuje takové jednání podnikatele, kdy „opakovaně činí spotřebiteli nevyžádané nabídky prostřednictvím telefonu, faxu, elektronické pošty, nebo jiných prostředků přenosu na dálku, s výjimkou vymáhání splatných smluvních závazků způsobem, který je v souladu s příslušnými právními předpisy; tím nejsou dotčena ustanovení § 2 odst. 1 písm. e) zákona o regulaci reklamy a příslušná ustanovení zákona o některých službách informační společnosti a zákona č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů, ve znění pozdějších předpisů“. Pojmovým znakem nevyžádané reklamy podle tohoto zákona (na rozdíl od předchozích, výše uvedených, právních předpisů, je tedy „opakovanost“, tento neurčitý výraz bude zřejmě naplněn dvojím a vícerym uskutečněním nevyžádané nabídky. Proč je však pojmovým znakem právě opakování daného jednání je jen stěží pochopitelné.

Uvedená agresivní obchodní praktika míří pouze na případy pokryté zejména zákonem o některých službách informační společnosti, nikoliv širším dosahem zákona o regulaci reklamy.

5. DNEŠNÍ PODOBA NEVYŽÁDANÉ REKLAMY A CESTY OBCHÁZENÍ JEJÍ NEDOVOLENOSTI?

V současné době jsou velmi rozšířené následující praktiky soutěžitelů uskutečňované zasláním elektronické pošty (e-mailů) následující koncepce (objevují se zásadně tři verze takové komunikace) a následujícím textem:

1. ZÁKLADNÍ VERZE

E-mail následujícího textu:

„Dobrý den, vzhledem k tomu, že zasílání informací elektronickými prostředky je upravené zákonem č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti, který nabyl účinnosti dne 7. září 2004, umožňuje podle § 7 tohoto zákona šíření obchodních sdělení elektronickými prostředky pouze za předpokladu, že adresát dal předem prokazatelný souhlas k takovému využití svého elektronického kontaktu, bychom Vás rádi požádali o možnost zaslání našeho obchodního sdělení.

V případě Vašeho zájmu, prosím, odpovězte a do předmětu zprávy uveďte SOUHLASÍM. V případě vašeho nesouhlasu se zasíláním obchodního sdělení na tento e-mail, klikněte na tento odkaz: XY.

S přátelským pozdravem jednatel společnosti XY, provozovatel služby www.xy.cz

2. ROZŠÍŘENÁ VERZE

E-mail následujícího textu:

„Dobrý den, vzhledem k tomu, že zasílání informací elektronickými prostředky je upravené zákonem č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti, který nabyl účinnosti dne 7. září 2004, umožňuje podle § 7 tohoto zákona šíření obchodních sdělení elektronickými prostředky pouze za předpokladu, že adresát dal předem prokazatelný souhlas k takovému využití svého elektronického kontaktu, bychom Vás rádi požádali o možnost zaslání našeho obchodního sdělení. Obsahem tohoto sdělení je nabídka dodávek kvalitního kancelářského materiálu.

V případě Vašeho zájmu, prosím, odpovězte a do předmětu zprávy uveďte SOUHLASÍM. V případě vašeho nesouhlasu se zasíláním obchodního sdělení na tento e-mail, klikněte na tento odkaz: ZZ.

S přátelským pozdravem jednatel společnosti ZZ, provozovatel služby www.zz.cz

3. NEJŠIRŠÍ VERZE

E-mail následujícího textu:

„Dobrý den, vzhledem k tomu, že zasílání informací elektronickými prostředky je upravené zákonem č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti, který nabyl účinnosti dne 7. září 2004, umožňuje podle § 7 tohoto zákona šíření obchodních sdělení elektronickými prostředky pouze za předpokladu, že adresát dal předem prokazatelný souhlas k takovému využití svého elektronického kontaktu, bychom Vás rádi požádali o možnost zaslání našeho obchodního sdělení.

Obsahem tohoto sdělení je nabídka dodávek kvalitní italské kávy. Informační sdělení budou rozesílána v podobě reklamního letáku, jehož obsah můžete navštívit a zhlédnout na www.zzcaffe.cz nebo si ho otevřít v příloze.

V případě Vašeho zájmu, prosím, odpovězte a do předmětu zprávy uveďte SOUHLASÍM. V případě vašeho nesouhlasu se zasláním obchodního sdělení na tento e-mail, klikněte na tento odkaz: ZZ.

Team zzcaffe

Adresa, tel. www.zzcafe.cz

2 přiložené soubory: přímo v e-mailu zobrazované reklamní letáky

První verzi uvedeného případu rozesílaného obchodního sdělení lze považovat s největší pravděpodobností za právně korektní. Daná praktika sice naplňuje definici reklamy obsaženou v zákoně o regulaci reklamy, ale s ohledem na odkaz obsažený v zákoně o regulaci reklamy na zvláštní úpravu reklamy šířené prostřednictvím elektronických prostředků v zákoně o některých službách informační společnosti, je nutno užít tuto speciální právní úpravu. V ustanovení § 2 písm. f) zákona o některých službách informační společnosti je obsaženo negativní vymezení obchodního sdělení, a to tak, že se za obchodní sdělení nepovažují údaje umožňující přímý přístup k informacím o činnosti fyzické či právnické osoby nebo podniku, zejména doménové jméno nebo adresa elektronické pošty. Z uvedeného vyplývá, že žádost o udělení souhlasu k zaslání obchodního sdělení při současném sdělením odkazu na webových stránky či e-mailovou adresu není obchodním sdělením.

V prvních dvou uvedených případech je nutno vzít v úvahu skutečnost, že i když by daná praktika nenaplnovala kvalifikaci „nevyžádaného obchodního sdělení“, bude se jednat o „nevyžádaný e-mail“, s nímž je spojena nutnost alespoň zběžně jej přečíst a případně smazat a při dovození takového jednání všem podnikatelským subjektům v České republice by mohlo dojít k enormního a rozhodně nežádoucímu zahlcení e-mailových schránek nevyžádanými žádostmi o udělení souhlasů s obchodním sdělením.

Druhá verze uvedeného případu rozesílaného obchodního sdělení již kromě všeho, co platí pro první verzi, informuje navíc o obsahu takového obchodního sdělení, jež je navíc subjektivně zabarveno („kvalitní“). Ale i takové jednání bude zřejmě nutno považovat za právně dovolené, neboť subjekt, který je o zaslání souhlasu žádán, by měl alespoň tématicky vědět, o jaké obchodní sdělení se bude jednat.

Třetí verzi lze považovat za právně nedovolenou, neboť již zasláním takového e-mailu dochází k šíření vlastního obchodního sdělení

zobrazovaného přímo v e-mailu, i když v jeho příloze, která je však ve zmenšené verzi plně viditelná při „rozkliknutí“ samotného e-mailu. Takové zaslání „žádosti“ o zaslání souhlasu s obchodním sdělením, lze považovat za samotné „obchodní sdělení“, jež lze považovat za nevyžádanou reklamu (nevyžádané obchodní sdělení) ve smyslu zákona o některých službách informační společnosti.

6. ZÁVĚREM

Nevyžádaná reklama představuje právní institut, který je z pohledu současné české právní regulace poměrně široce regulován (zákon o regulaci reklamy, zákon o některých službách informační společnosti, obchodní zákoník, zákon o ochraně spotřebitele) a který je obsažen rovněž v evropských normativních (směrnice o nekalých obchodních praktikách a vymezení tzv. agresivní obchodní praktiky nevyžádané reklamy) a s nímž se v budoucí právní úpravě rovněž i nadále počítá (návrh nového občanského zákoníku a institut tzv. dotěrného obtěžování).

Jak však naznačuje tento příspěvek, množství právních předpisů regulujících tutéž problematiku (byť z pohledu různých komunikačních prostředků) není „zárukou“ regulace dostatečné a kvalitní. Jednak dochází k relativní duplicitě právní úpravy (např. zákon o ochraně spotřebitele a zákon o některých službách informační společnosti), jednak k významným neurčitostem a problémům spojených s výkladem stávající právní úpravy (např. dopad a využitelnost pojetí tzv. obtěžující nevyžádané reklamy podle zákona o regulaci reklamy).

Podle aktuálního znění návrhu nového občanského zákoníku dojde k zakotvení úpravy nevyžádané reklamy (dotěrného obtěžování) jako zvláštní skutkové podstaty nekalé soutěže, tato právní regulace však bude dopadat na případy „pokryté“ současným zákonem o některých službách informační společnosti, avšak nebude zohledňovat širší možnost aplikace nevyžádané reklamy, tedy mimo její šíření prostředky elektronické komunikace, která bude zřejmě i nadále upravena zákonem o regulaci reklamy. Proč dochází v nové právní úpravě k jejímu dalšímu paralelnímu postihu, byť je tato problematika v současné právní úpravě regulována shodně a v jiném právním předpise, je tedy opět jen „záhadou“.

Jestli bude avizovaná nová právní úprava nevyžádané reklamy vhodnější či nikoliv ve smyslu jejího efektivnějšího postihu zřejmě ukáže až čas. Ale v současné době lze na některá problematická místa spojená s očekávanou novou a již vyzkoušenou starou právní úpravou upozornit a inspirovat se dřívějšími či stávajícími nedokonalostmi a tyto obsažené již dnes v budoucí právní úpravě poupravit ať už ve formě lehké „kosmetické úpravy“ či zásadního „chirurgického zákroku“.

Contact – email

dana.ondrejova@seznam.cz