

Etická regulace reklamy aneb soft law contra hard law

doc. JUDr. DANA ONDREJOVÁ, Ph.D., Praha, Brno*

Tento příspěvek informuje o možnostech, které přináší etická regulace reklamy v prostřední reklamního průmyslu. Vypořádává se vzájemným poměrem etické regulace coby soft law a právní úpravou regulace reklamy jako hard law.

I. Úvodem k etické regulaci reklamy

Etická regulace reklamy by měla **doplňovat** právní úpravu (tzv. *hard law*) reklamy obsaženou **zejména**¹ v zákoně o regulaci **reklamy**,² v občanském zákoníku,³ v zákoně o ochraně spotřebitele⁴ a zákoně o provozování rozhlasového a televizního vysílání⁵ o etické **zásady**.⁶ Jedná se svojí povahou o tzv. **soft law** („měkké právo“), označované také jako „spontánní samoregulace“.⁷ *Soft law* není vymahatelné právně vynutitelnými nástroji.⁸ To však neznamená, že by *soft law* žádné účinky nevyvolávalo a jeho dodržování nebylo do určité (často specifické) míry **vynucováno**⁹ (k tomu viz kapitola 3).

Etická regulace (rovněž označovaná jako „samoregulace“)¹⁰ reklamy je obsažena v **Etickém kodexu reklamy 2013**¹¹ (dále rovněž „Etický kodex reklamy“) a vydala jej **Rada pro reklamu**.¹²

Zajímavé je, že jedním z pojmových znaků *soft law* je jeho flexibilita ve smyslu snadného a rychlého přizpůsobování se potřebám změn v důsledku tržního chování, na rozdíl od poměrně strnulé právní úpravy. Etický kodex reklamy však nebyl od roku 2013 měněn, a to ani v části, na rozdíl od právní úpravy reklamy, kdy jen v případě zákona o regulaci reklamy došlo od roku 2013 k devíti **novelizacím**.¹³

Cílem Etického kodexu reklamy je podle jeho preambule napomáhat tomu, aby reklama byla především **pravdivá, slušná a čestná**. Etický kodex reklamy je určen všem subjektům působícím v oblasti reklamy a stanoví jim pravidla profesionálního chování.

Na vynucování ustanovení Etického kodexu reklamy dohlíží samoregulační orgán, kterým je **Arbitrážní komise Rady pro reklamu**. Ta v případě porušení ustanovení Etického kodexu reklamy vydá arbitrážní nález, v němž posoudí, zda napadená reklama kodexu (ne)odporuje a v kladném případě následně doporučí stažení reklamy či její **úpravu**.¹⁴ Arbitrážní komise Rady pro reklamu může rozhodovat pouze v případě, že reklama může poškodit závažným způsobem zájmy spotřebitele.¹⁵

Cílem tohoto příspěvku není detailní rozbor Etického kodexu reklamy, ale pouze kritika těch ustanovení, která jsou v rozporu s právní regulací reklamy.

* Autorka je docentkou na Katedře obchodního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno, a advokátkou a partnerkou v LEGALITĚ advokátní kancelář s.r.o., Praha.

1) Dalšími právními předpisy regulujícími problematiku reklamy jsou například zákon č. 231/2001 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 257/2016 Sb., o spotřebitelském úvěru, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 46/2000 Sb., tiskový zákon, ve znění pozdějších předpisů, a další.

2) Zákon č. 40/1995 Sb., o regulaci reklamy, ve znění pozdějších předpisů (dále rovněž „RekReg“ nebo „zákon o regulaci reklamy“).

3) Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále rovněž „ObčZ“ nebo „občanský zákoník“).

4) Zákon č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, ve znění pozdějších předpisů (dále rovněž „OchSpotř“ nebo „zákon o ochraně spotřebitele“).

5) Zákon č. 231/2001 Sb., o provozování televizního a rozhlasového vysílání, ve znění pozdějších předpisů (dále rovněž „RTV“ nebo „zákon o provozování rozhlasového a televizního vysílání“).

6) Srov. preambule Etického kodexu reklamy.

7) *Věčera, M., Machalová, T.* Evropeizace práva v právně teoretickém kontextu – výklad základních pojmů. Brno: Masarykova univerzita, 2010, s. 109.

8) Jak uvádí *V. Šemora*, „pojem práva či pravidel chování doplněných o přívlastek měkký(é) automaticky předvídá existenci tvrdého práva (*hard law*)“. In *Šemora, V. K* některým aspektům právně vynutitelných nástrojů (*soft law*) vydávaných správními orgány. *Právní rozhledy*, 2011, č. 2, s. 48.

9) Viz např. usnesení Evropského parlamentu ze dne 4. 9. 2007 o institucionálních a právních dopadech používání právně vynutitelných nástrojů, celexové číslo 52007IP0366.

10) Lze polemizovat o tom, zda je vhodnější termín etická „regulace“ či „samoregulace“. Výraz „regulace“ je zažitý spíše pro normy právní než etické, „samoregulace“ se užívá zpravidla vylučně s úpravou etickou. Pro účely tohoto příspěvku volím výraz „etická regulace“ – tím podle mého názoru lépe vyjadřuje shoda obou úprav – etické i právní – a tou je regulace a usměrnění určitých společenských pravidel v oblasti reklamy.

11) Etický kodex reklamy 2013 je dostupný na webových stránkách Rady pro reklamu, https://www.rpr.cz/cz/dokumenty_rpr.php.

12) Rada pro reklamu (dále rovněž „RPR“) vznikla za účelem prosazování samoregulace reklamy. Hlavním cílem Rady pro reklamu je zajišťovat a prosazovat na území České republiky čestnou, legální, pravdivou a decentní reklamu. Blíže viz <https://www.rpr.cz/cz/profil.php>; cit. 17. 4. 2020.

13) Tyto novelizace byly provedeny zákony č. 279/2013 Sb., č. 303/2013 Sb., č. 202/2015 Sb., č. 180/2016 Sb., č. 188/2016 Sb., č. 26/2017 Sb., č. 66/2017 Sb., č. 183/2017 Sb., č. 299/2017 Sb.

14) Srov. část první bod 4.5.2 Etického kodexu reklamy.

15) Srov. část první bod 5.2 Etického kodexu reklamy.

II. Ustanovení Etického kodexu reklamy v rozporu s právní úpravou reklamy

1. Etická regulace reklamy aneb když chceš víc než můžeš

Zatímco ustanovení Etického kodexu reklamy, která „jdou“ **nad rámec zákonné úpravy reklamy**¹⁶, vystihují samotnou podstatu etické regulace **reklamy**¹⁷ vyjádřené v preambuli Etického kodexu reklamy (srov. „*Kodex nenahrazuje právní regulaci reklamy, nýbrž na ni navazuje doplněním o etické zásady*“), ustanovení Etického kodexu reklamy, která jsou **v rozporu s právní úpravou** reklamy, popírají svoji vlastní podstatu a jsou nepřipustná.

Pro subjekty působící na reklamním trhu pak vyvstává **absurdní situace** – dobrovolně se zavázaly dodržovat ustanovení Etického kodexu reklamy (srov. jeho preambule: „*Členské organizace RPR výslovně uznávají Kodex a zavazují se, že nevyrobí ani nepřijmou žádnou reklamu, která by byla v rozporu s Kodexem, popřípadě že stáhnou reklamu, u níž by byl takový rozpor dodatečně zjištěn orgánem etické samoregulace v reklamě*“¹⁸) a současně jsou povinně vázány zákonem.¹⁸ Musí si tak vybrat, zda dodržovat etickou či právní regulaci reklamy, přičemž povinnost volby je zjevná. Není však vhodné, aby byla ustanovení Etického kodexu reklamy v rozporu se zákonem, a to jednak z podstaty věci (*soft law* nemůže být *contra legem*)¹⁹, jed-

nak proto, že od průměrného subjektu reklamního průmyslu nelze očekávat, že bude detailně znát rozdíly v obou úpravách. Jak je však patrné z tohoto příspěvku, opak je pravdou.

Obdobná absurdita nastává u samotného **vynucování** ustanovení Etického kodexu reklamy Arbitrážní komisí Rady pro reklamu, která v případě porušení ustanovení Etického kodexu reklamy může doporučit stažení reklamy či její úpravu.²⁰ Mohlo by se tak stát, že Arbitrážní komise Rady pro reklamu uloží stažení reklamy, která je v rozporu s Etickým kodexem reklamy, ale v souladu s právní úpravou. A zde opět vyvstává jakási „Sophiina volba“ – zda přijmout „sankci“ v podobě doporučení ke stažení reklamy, nebo si za touto reklamou „stát“, neboť je souladná se zákonem, a ohrozit svoje členství v Radě pro reklamu.

2. Pojem reklama

Pro účely **Etického kodexu reklamy** se reklamou rozumí „*proces komerční komunikace, prováděný za úhradu jakýmkoliv podnikatelským subjektem nebo jiným subjektem jednajícím v jeho zájmu, jehož účelem je poskytnout spotřebiteli informace o zboží a službách (dále jen ‚produkt‘) i činnostech a projektech charitativní povahy. Přitom se jedná o informace šířené prostřednictvím komunikačních médií, kterými se pro účely Kodexu rozumí televize, rozhlas, nosiče audiovizuálních děl, periodický tisk a neperiodické publikace, dopravní prostředky, plakáty a letáky, jakož i další komunikační prostředky umožňující přenos informací. Reklamou dle této definice zpravidla není takový přenos informací, který by jinak reklamou byl, pokud prodejce výhradně označuje místo, kde výrobek nabízí spotřebiteli*“.²¹ Pojem reklama se přiměřeně použije i na inzerci prováděnou nekomerčními subjekty i těmi, kdo jednají z jejich **pověření**.²²

Podle **zákona o regulaci reklamy** se reklamou 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*“.²³

Z uvedených definic reklamy v obou zdrojích vyplývá, že v obou případech se jedná o určitou (poměrně široce pojatou) komunikaci směřující k adresátovi reklamy, šířenou rozmanitými komunikačními médii.

Zatímco zákon o regulaci reklamy považuje za hlavní cíl této specifické komunikace (reklamy) podporu podnikatelské činnosti, Etický kodex reklamy považuje za účel reklamy poskytnutí informací o zboží či službách (charitativní činnosti) spotřebiteli. Vzhledem k povaze reklamy a jejímu obvyklému

¹⁶ Nad rámec zákonné úpravy obsahuje Etický kodex reklamy například pravidlo, že:

- Reklama nesmí obsahovat tvrzení a vizuální prezentace, které by porušovaly hrubým způsobem normy slušnosti a mravnosti obecně přijímané těmi, u nichž je pravděpodobné, že je reklama zasáhne. Zejména prezentace lidského těla musí být uskutečňována s plným zvážením jejího dopadu na všechny typy čtenářů a diváků. Porušení Kodexu budou posuzována s ohledem na celkový kontext, vztah reklamy k produktu, zvolenou cílovou skupinu a použitá média. Viz část první, kapitola II bod 1.1.
- Reklama nesmí zneužívat předsudků a pověr. Viz část první, kapitola II bod 4.2.
- Reklama může užívat také tradice, zvyky a symboly, které nejsou v České republice obvyklé (například Santa Claus), nesmí však popírat či znevažovat tradice, zvyky a symboly, které v České republice obvyklé jsou (Ježíšek, mikulášské a velikonocní zvyky apod.). Viz část první, kapitola II bod 4.5.
- Reklama může používat slova „záruka“ nebo zaručený pouze v případech konkretizace obsahu nebo uvedení jejich konkrétních podmínek. Viz část první, kapitola II bod 7.1.

Zvláštní regulaci reklamy poté obsahuje Etický kodex reklamy také ve vztahu ke kosmetickým přípravkům, zejména pro děti (část druhá, kapitola X) nebo ve vztahu k potravinám a nealko nápojům (část druhá, kapitola II) – zákon o regulaci v této oblasti odkazuje toliko na přímo použitelné evropské předpisy – viz § 5d ZRR.

¹⁷ Doplnění etických pravidel nad rámec pravidel zákonných je samotným účelem etické samoregulace. Smyslem nemůže být, aby etická regulace jen bez dalšího kopírovala existující právní úpravu, smyslem by mělo být rozšíření (podrobnější úprava) pravidel vyplývajících ze zákona.

¹⁸ Srov. čl. 2 odst. 4 Ústavy a čl. 2 odst. 3 LPS.

¹⁹ Srov. např. rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 25 Cdo 1506/2004.

²⁰ Srov. bod 4.5.2 části první hlavy první Etického kodexu reklamy.

²¹ Část první, kapitola I, úvodní ustanovení, bod 1.1 Etického kodexu reklamy.

²² Část první, kapitola I, úvodní ustanovení, bod 1.2 Etického kodexu reklamy.

²³ Ustanovení § 1 odst. 2 RekReg.

přehánění (s limity průměrného spotřebitele²⁴) lze mít za to, že cíl reklamy vyjádření v zákoně o regulaci reklamy je přesnější.

Zákon o regulaci reklamy (na rozdíl od Etického kodexu reklamy) blíže (demonstrativním výčtem) uvádí, co se rozumí podporou podnikatelské činnosti (např. podporu spotřeby nebo prodeje zboží apod.), Etický kodex reklamy (na rozdíl od zákona o regulaci reklamy) zase (demonstrativním výčtem) uvádí, co se rozumí komunikačními médii (např. televize, rozhlas, plakáty apod.).

Hlavním rozdílem mezi oběma pojetími reklamy však je rozdílná osobní působnost. Etický kodex reklamy dopadá i na reklamu prováděnou nekomerčními subjekty (např. nadace, spolky, obce apod.), tedy tzv. sociální či nekomerční reklamou,²⁵ zatímco zákon o regulaci se vztahuje pouze na reklamu, jejímž cílem je podpora „podnikatelské činnosti“²⁶, tedy na reklamu komerční.

Dalším výrazným rozdílem mezi oběma způsoby regulace reklamy je skutečnost, že Etický kodex reklamy považuje za pojmový znak reklamy úplatnost komunikačního procesu, zatímco zákon o regulaci reklamy nikoliv.

3. Pojem spotřebitel

Podle **Etického kodexu reklamy** se pojmem spotřebitel se rozumí „jakýkoliv subjekt, který může být reklamou ovlivněn, ať již jde o konečného spotřebitele, distributora, či o jiného uživatele produktů v oblasti výrobní spotřeby“.²⁷

Zákon o regulaci reklamy pojem „spotřebitel“ nedefinuje, vychází se tak z obecné definice spotřebitele podle § 419 občanského zákoníku a § 2 odst. 1 písm. a) zákona o ochraně spotřebitele. Podle obou právních předpisů se spotřebitelem shodně rozumí „fyzická osoba, která nejedná v rámci své podnikatelské činnosti nebo v rámci samostatného výkonu svého povolání“.

Z uvedeného vyplývá výrazně rozdílné pojetí spotřebitele podle právní úpravy a Etického kodexu reklamy. Zatímco právní úprava považuje za spotřebitele pouze člověka, tedy fyzickou osobu-nepodnikatele, Etický kodex reklamy řadí mezi spotřebitele také osobu právnickou. Pojetí spotřebitele, které vyplývá z Etického kodexu reklamy, je v rozporu nejen s českou právní úpravou, ale rovněž s evropskou koncepcí spotřebitele.²⁸

²⁴ K tomu viz např. Ondřejová, D. Nekalá soutěž v novém občanském zákoníku. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 50 a násl.

²⁵ Takto se označuje reklama, jejímž hlavním cílem je upozornit na společenský problém, nikoliv prodat zboží nebo služby. Příkladem mohou být kampaně různých nadací – např. bojujících proti kouření cigaret, požívání alkoholu, interrupcím, týrání zvířat, domácímu násilí, telefonování při řízení automobilu apod.

²⁶ K tomu srov. § 420 ObčZ.

²⁷ Část první, kapitola I, úvodní ustanovení, bod 2.2 Etického kodexu reklamy.

²⁸ Srov. čl. 2 písm. a) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES (směrnice o nekalých obchodních praktikách) a čl. 2 odst. 1 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/83/EU (směrnice o právech spotřebitelů).

4. Srovnávací reklama

Zákon o regulaci reklamy ohledně srovnávací reklamy odkazuje v § 2 odst. 2 na ustanovení občanského zákoníku (§ 2980 ObčZ). Obsahuje však zvláštní ustanovení (*lex specialis*) pro srovnávací reklamu na léčivé přípravky určené k podávání lidem (dále rovněž „humánní léčivé přípravky“) a na zdravotní služby (§ 2a RekReg). Taková srovnávací reklama je přípustná (za současného splnění podmínek stanovených v § 2980 ObčZ) pouze tehdy, je-li zaměřena na osoby oprávněné tyto léčivé přípravky předepisovat nebo vydávat anebo tyto zdravotní služby poskytovat (tzv. odborníci).

Koncepce srovnávací reklamy podle **občanského zákoníku** (§ 2980) odpovídá až na drobné spíše formulační výjimky²⁹ pojetí evropskému³⁰. Srovnávací reklamou se rozumí reklama přímo nebo nepřímo označuje jiného soutěžitele nebo jeho zboží či službu (§ 2980 odst. 1 ObčZ). Srovnávací reklama je dovolená za kumulativního splnění podmínek stanovených v § 2980 odst. 2 ObčZ.³¹ V případě, že kterákoliv z uvedených podmínek splněna nebude, jedná se o nekalosoutěžní jednání v podobě nedovolené srovnávací reklamy. Soudní dvůr EU vychází z koncepce, že srovnávací reklama je pro spotřebitele významným informačním zdrojem a v pochybnostech by měla být spíše dovolená než zakázaná.³²

Podle **Etického kodexu reklamy** platí, že „reklama nesmí útočit na jiné produkty, inzerenty nebo reklamy a nesmí se snažit tyto výrobky, inzerenty či reklamy diskreditovat, a to ani přímo ani nepřímo“.³³ Dále platí, že „inzerenti nesmí snižovat hodnotu produktů jiných inzerentů, a to ani přímo, ani náznakem. Reklamy zvláště nesmějí pro nepřiznivě srovnání vybrat jeden konkrétní produkt“.³⁴

²⁹ K tomu blíže viz např. Hruša, O. Srovnávací reklama. Praha: C. H. Beck, 2015; Ondřejová, D. in Ondřejová, D., Sehnálek, D. Nekalosoutěžní reklama a nekalé obchodní praktiky v české i evropské právní úpravě a judikatuře. Praha: C. H. Beck, 2018, s. 69 a násl.; Ondřejová, D. in Rigel, F., Moravec, O., Ondřejová, D. Reklamní právo. Praha: C. H. Beck, 2018, s. 126 a násl.

³⁰ Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2006/114 o klamavé a srovnávací reklamě – kodifikované znění.

³¹ Podle tohoto ustanovení platí, že srovnávací reklama je přípustná, pokud se srovnání týče, pokud:

- a) není-li klamavá,
- b) srovnává-li jen zboží a službu uspokojující stejnou potřebu nebo určené ke stejnému účelu,
- c) srovnává-li objektivně jednu nebo více podstatných, důležitých, ověřitelných a příznačných vlastností zboží nebo služeb včetně ceny,
- d) srovnává-li zboží s označením původu pouze se zbožím stejného označení,
- e) nezlehčuje-li soutěžitele, jeho postavení, jeho činnost nebo její výsledky nebo jejich označení ani z nich nekalým způsobem netěží, a
- f) nenabízí-li zboží nebo službu jako napodobení či reprodukci zboží nebo služby označovaných ochrannou známkou soutěžitele nebo jeho názvem.

³² Např. rozhodnutí Soudního dvora EU sp. zn. C-44/01.

³³ Část první, kapitola III, bod 3.1 Etického kodexu reklamy.

³⁴ Část první, kapitola III, bod 3.2 Etického kodexu reklamy.

Jak vyplývá z Etického kodexu reklamy, platí, že srovnávací reklama je zakázaná, když lze předpokládat, že ze srovnávací reklamy vyjde vždy jeden ze srovnávaných nevýhodně. Za toho stavu poté reklama diskredituje či snižuje jiného soutěžitele, což Etický kodex reklamy zakazuje.

Je přitom zjevné, že srovnávací reklamu někdy vytváří proto, aby z ní vyšel v lepším „světle“ než srovnávaný soutěžitel (jeho výrobky či služby). Není běžné, aby někdo zafinancoval a vytvořil srovnávací reklamu, z níž vyjde jako ten **dražší**,³⁵ méně kvalitní apod.

Zvláště zmatečně zní požadavek Etického kodexu, podle něhož nesmí reklama vybrat (sic! činí tak zřejmě subjekt, nikoliv reklama) pro „nepříznivé“ srovnání „jeden konkrétní produkt“. Z uvedeného tak vyplývá, že by bylo přípustné takové srovnání, které by bylo činěno ve vztahu k „nekonkrétnímu produktu“, takže znače jako takové? Nebo bude přípustné takové srovnání, které bude činěno ve vztahu k více produktům, nikoliv však ve vztahu k jednomu produktu? Jak již bylo uvedeno výše, nelze očekávat, že by podnikatel vytvářel takovou srovnávací reklamu, z níž vyplyne jako ten „lepší“ jeho konkurent. Proto zřejmě nenastane situace, kdy by srovnávací reklama srovnávala „příznivé“ konkurenta, a jednalo by se tak o srovnávací reklamu dovolenou. Běžné bude takové srovnání, z něhož konkurent vyjde „nepříznivé“, což je případ zakázaného srovnávání podle Etického kodexu reklamy.

Regulace srovnávací reklamy podle Etického kodexu je tristní nejen formulačně, ale také obsahově. Pojetí srovnávací reklamy podle Etického kodexu reklamy je v příkrém rozporu nejen s českou právní úpravou, ale také celkovou evropskou koncepcí srovnávací **reklamy**.³⁶

Jenže – pokud podnikatel vytvoří srovnávací reklamu, která bude splňovat veškeré zákonné požadavky, je vysoce pravděpodobné, že současně nesplní požadavky stanovené Etickým kodexem reklamy. Ohledně důsledků takového rozporu odkazují níže na kapitolu 3.

Příkladem reklamy, která by porušovala ustanovení jak Etického kodexu **reklamy**,³⁷ tak občanského zákoníku, byla reklama společnosti Hyundai Motor Czech s.r.o. vysílaná prostřednictvím televizního vysílání, která poukazovala na „malého souseda z Mladé **Boleslavi**“.³⁸

5. Využití určitých osob v reklamě

Etický kodex reklamy stanoví striktní zákaz „*využívat v reklamě nositele veřejné autority, i když by oni sami se svým úplatným či bezúplatným působením v reklamě souhlasili*“.³⁹

U takto přísně pojatého zákazu by se očekávalo, že bude zjevné, kdo bude oním „**nositelem veřejné autority**“. Etický kodex tuto kategorii osob vymezuje demonstrativním výčtem a má se jednat o „*politiky nebo představitele odborných medicínských a jiných společností*“. Politiky je nutno rozumět jak politiky **celostátní**,⁴⁰ tak lokální (na úrovni obcí či krajů). Co se týká představitelů medicínských společností (pomínu zde prapodivnost samotné podstaty výrazu „*medicínská společnost*“), lze odhadovat, že se jedná například o lékaře, vědce, zřejmě i lékárníky a jiné obdobné osoby.

Co se však rozumí nositeli veřejné autority jakožto „*představiteli jiných společností*“, není zcela jasné. Pravděpodobně tímto nositelem veřejné autority bude soudce, advokát, významný hygienik či epidemiolog⁴¹, vysokoškolský pedagog (zřejmě také pedagog základní či střední **školy**)⁴² apod. Domnívám se, že nositelem veřejné autority může být také proslulý hudebník, pěvec, herec (zejména např. Národního divadla, avšak nikoliv pouze ten). Zdali tímto nositelem veřejné autority bude někdo z dnes velmi široké skupiny tzv. VIP osob, které svoji proslulost získaly sice svými schopnostmi, nikoliv však zpravidla odbornými či jinak všeobecně uznávanými znalostmi (youtubeři, blogeri, „rosničky“, modelky a jiné osoby), je zřejmě otázkou bez jasné odpovědi. Lze si však představit, že i z této skupiny vyčnívají skutečné „celebrity“, které jsou ve svém oboru všeobecně uznávané (např. hlasatelka počasí, která má vzdělání v daném oboru).

Zákaz využití uvedených osob v reklamě je v Etickém kodexu stanoven bez ohledu na propagovaný produkt. Zakázaná je tedy také reklama, kde bude uznávaný kardiochirurg doporučovat značku bot určených pro volnočasové sportování.

Zákaz působení uvedených „nositelů veřejné autority“ platí pro tyto osoby bez ohledu, zda se svým působením v reklamě vyslovili souhlas, či nikoliv. Tento zákaz také platí bez ohledu na to, zda činí reklamu za úplatu, či bezúplatně.

Nositelé veřejné autority tak nemohou na základě uvedených ustanovení Etického kodexu reklamy učinit ani recenzi, která by byla pravdivá, založená na jejich přesvědčení a opřena o vlastní zkušenost, a kterou by převzal výrobce či poskytovatel recenzovaného výrobku či služby. Je totiž zřejmé, že taková

³⁵⁾ Lze si představit pozitivní srovnávací reklamu, pokud je srovnávaný výrobek např. dražší, ale kvalitnější – zde však může být problém se srovnáním srovnatelného podle § 2980 odst. 2 písm. b) nebo objektivitou srovnání podle § 2980 odst. 2 písm. c) ObčZ.

³⁶⁾ Viz směrnice 2006/114/ES o klamavé a srovnávací reklamě (kodifikované znění).

³⁷⁾ Reklama byla shledána neetickou – srov. arbitrážní nález Arbitrážní komise Rady pro reklamu čj. 004/2015/STÍŽ.

³⁸⁾ Daná reklama by porušovala § 2980 odst. 2 písm. e) ObčZ – nesplňuje totiž podmínku, že nesmí zlehčovat soutěžitele, jeho postavení, jeho činnost nebo její výsledky nebo jejich označení ani z nich nekalým způsobem těžit.

³⁹⁾ Část první, kapitola III bod 6.2 Etického kodexu reklamy.

⁴⁰⁾ Příkladem aplikace posuzovaného ustanovení na celostátní politiky byl případ, kdy reklama zobrazovala portréty tří bývalých premiérů (M. Topolánka, P. Nečase a J. Paroubka), které byly doprovázeny sloganem: „Proč by se měli bavit jenom premiéři? Milostné plotky pro každého!“. Reklama byla shledána neetickou v arbitrážním nálezu Arbitrážní komise Rady pro reklamu č. j. 033/2014/STÍŽ.

⁴¹⁾ Což se ukázalo v „době koronavirové“.

⁴²⁾ Není však jasné, zda je předpokladem, že tento bude kvalifikován jako „nositel veřejné autority“, aby měl nějakou proslulost či podstatnější význam, nebo postačí jen běžná role učitele.

recenze naplňuje pojmové znaky reklamy, pokud ji využije příslušný subjekt k propagaci vlastního zboží či služeb a recenzent by za ni obdržel úplatu. Pokud by šlo o zcela bezúplatnou pochvalnou recenzi, o reklamu ve smyslu Etického kodexu reklamy by se nejednalo.

Od uvedených pravidel Etického kodexu reklamy je nutné odlišovat pravidla stanovená právní úpravou, která jsou obsažena hned v několika právních předpisech.

Občanský zákoník obsahuje ve vztahu k posuzovanému toliko ustanovení, která mívají na ochranu osobnosti (viz § 81 a násl. ObčZ). Platí, že bez souhlasu člověka není možné využívat jeho **podobu**⁴³, narušit jeho soukromé prostory, či sledovat jeho soukromý **život**⁴⁴. Pokud však se svojí účastí v reklamě daná osoba souhlasí, občanský zákoník tuto možnost nezakazuje.

Zákon o regulaci reklamy omezuje vystoupení určitých osob pouze ve vztahu k reklamě na humánní léčivé výrobky zaměřené na širokou veřejnost. Podle § 5a odst. 7 písm. f) RekReg platí, že „reklama nesmí doporučovat humánní léčivé přípravky s odvoláním na doporučení vědců, zdravotnických odborníků nebo osob, které jimi nejsou, ale které by díky svému skutečnému nebo předpokládanému společenskému postavení mohly podpořit spotřebu humánních léčivých přípravků“. Je tedy zakázáno, aby reklamu na humánní léčivé přípravky zaměřené na širokou veřejnost činili vědci (např. epidemiologové, imunologové apod.) či zdravotníci (především se bude jednat o osoby veřejně známé, které mají u běžné veřejnosti autoritu, ale také řadoví lékaři či záchranáři). Zákaz dopadá také na herce lékařských seriálů nebo jakékoliv jiné osoby, jejichž společenské postavení by mohlo podpořit (zde zákon užívá velmi netransparentní formulaci „díky svému skutečnému nebo předpokládanému společenskému postavení“⁴⁵ – bohužel jak podobnou zmatečným a nejasným formulacím v Etickém kodexu reklamy) spotřebu humánních léčivých přípravků (zřejmě tedy např. ministr zdravotnictví, známá osoba, která se vyléčila z vážné choroby, zpěváci, moderátoři, sportovci apod.) – v tomto směru je tedy okruh osob, které nesmí vystupovat v reklamě, široký a nejasně ohraničený. Zákonný zákaz je tedy široký a obsahově podobný „nositelům veřejné autority“ ve smyslu „představitelů odborných medicínských společností“ v Etickém kodexu reklamy, nicméně dopadající pouze na reklamu na humánní léčivé přípravky zaměřené na širokou veřejnost.

⁴³⁾ Viz § 85 ObčZ.

⁴⁴⁾ Viz § 86 ObčZ.

⁴⁵⁾ Zákonná formulace „skutečné či předpokládané společenské postavení“ je zcela mlhavá. Co to je vlastně „společenské postavení“ a tím spíše, jaký je rozdíl mezi skutečností a potencialitou v tomto postavení? Může se jednat např. o vítěze soutěže „Super Star“ – má již skutečné či pouze předpokládané společenské postavení? A lze vůbec hovořit o společenském postavení? V dnešní době zřejmě ano. Zákon rovněž nehovoří o tom, že by ono společenské postavení mělo mít pozitivní vyznění. Je tedy pravděpodobné, že takovou osobou bude i mediálně známý (bývalý) vězeň odsouzený k původnímu trestu odnětí svobody na doživotí.

Zákon o provozování rozhlasového a televizního vysílání zakazuje v § 48 odst. 1 písm. c) zařazovat provozovatelům do vysílání obchodní sdělení, v nichž účinkují hlasatelé, moderátoři a redaktoři zpravodajských a politicko-publicistických pořadů. V tomto případě se jedná o osoby, které by pravděpodobně byly považovány za tzv. nositele veřejné autority podle Etického kodexu reklamy.

6. Nevyžádaná reklama zasláná prostřednictvím SMS a MMS

Podle **Etického kodexu reklamy** platí, že „reklama může být zaslána formou SMS a MMS, dokud adresát nevyjádří svůj nesouhlas s tím, aby mu taková reklama byla zaslána. Reklama, využívající identifikaci polohy adresáta, smí být zaslána jen s jeho předchozím výslovným souhlasem“⁴⁶.

Z uvedeného vyplývá, že podle Etického kodexu reklamy je možné bez svolení adresáta zasílat reklamu prostřednictvím SMS a MMS, tedy na jeho mobilní telefon. Pokud s tímto adresát nebude souhlasit, musí sdělit odesílateli svůj nesouhlas (vyžaduje se tedy jeho aktivní činnost).

Úprava nevyžádané reklamy v Etickém kodexu reklamy zasahuje naprosto nepřiměřeným způsobem do osobní i finanční sféry jednotlivce. Každý si tedy může dovolit zasílat komukoliv reklamní sdělení, dokud toto zasílání nebude odmítnuto adresátem. Přitom ke sdělení nesouhlasu adresátem reklamy bude docházet v naprosté většině případů na číslo odesílatele, což je u každého odesílatele zpoplatněno hodnotou standardní SMS a může tedy vést k výdajům adresáta podle jeho tarifu mobilního operátora. Ačkoliv u některých může být tento úkon zdarma (tarif v podobě neomezeného volání), u jiných to může způsobovat výdaje ve výši několika jednotek korun – kdyby nevyžádané SMS či MMS zasílalo několik desítek či stovek subjektů, náklady na odmítnutí reklamy by mohly být podstatné. Kromě finanční stránky dochází také k narušení osobní sféry osobnosti. Přijímání nevyžádaných zpráv na soukromý (ale klidně i služební) telefon může být obtěžující nejen v běžné pracovní době (ta se přitom lidí člověk od člověk), natož o víkendech, ve dnech pracovního klidu či v nevhodném čase (v celé šíři tohoto pojmu).

Pouze s předchozím souhlasem (tedy shodně se zákonnou úpravou – viz dále) je možné i podle Etického kodexu reklamy šířit reklamu využívající polohy adresáty.

Uvedená úprava obsažená v Etickém kodexu reklamy je v rozporu hned s několika právními předpisy.

Podle § 7 odst. 2 **zákona o některých službách informační společnosti**⁴⁷ platí, že elektronický kontakt lze za účelem šíření obchodních sdělení elektronickými prostředky využít jen ve vztahu k uživatelům, kteří k tomu dali předchozí souhlas. Ve vztahu k zákazníkům platí pravidlo obsažené v § 7 odst. 3 zákona o některých službách informační společnosti, podle něhož „...pokud fyzická nebo právnická osoba získá

⁴⁶⁾ Část druhá, kapitola VIII Etického kodexu reklamy.

⁴⁷⁾ Zákon č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti, ve znění pozdějších předpisů (dále rovněž „zákon o některých službách informační společnosti“).

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 jejich 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 zaslání každé jednotlivé zprávy, pokud původně toto využití neodmítl.⁴⁸ Podle uvedeného zákona je tedy možné zaslání SMS či MMS pouze s předchozím souhlasem adresáta-nezákazníka či za situace, že adresát-zákazník toto zaslání neodmítl; v obou případech však platí, že možnost odmítnutí zaslání zpráv musí být zdarma či na účet odesílatele.

Zákon o ochraně spotřebitele považuje nevyžádanou reklamu šířenou elektronicky za vždy zakázanou agresivní obchodní praktiku podle písm. c) přílohy č. 2 (tzv. černá listina nekalých obchodních praktik). Podle tohoto ustanovení platí, že obchodní praktika je vždy agresivní, pokud „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 č. 40/1995 Sb., v platném znění a příslušná ustanovení zákona č. 480/2004 Sb. a zákona č. 101/2000 Sb.“⁴⁹

Občanský zákoník upravuje nevyžádanou reklamu jako nekalosoutěžní skutkovou podstatu dotěrné obtěžování (§ 2986 ObčZ),⁵⁰ která se uplatní za předpokladu naplnění podmínek generální klauzule nekalé soutěže (§ 2976 odst. 1 ObčZ).

Ze všech uvedených právních předpisů vyplývá, že šíření reklamy prostřednictvím SMS či MMS není možné bez předchozího souhlasu adresáta (ať už v podobě výslovného souhlasu či absence zákazu zaslání takové reklamy v případě přechodného obchodního kontaktu s odesílatelem). Pojetí zákonné úpravy je tak založeno na „opt-in“ systému, na rozdíl od „opt-out“ systému podle Etického kodexu reklamy.

Pokud se nechce odesílatel reklamy prostřednictvím SMS či MMS dostat do rozporu se zákonnou úpravou, je nezbytné

vyžádat si předchozí souhlas adresáta (vyjma případu, že je adresát reklamy zákazníkem odesílatele a současně zaslání reklamy nezakázal). V žádném případě nelze spoléhat na etickou regulaci reklamy jako základ pro své obdobné aktivity.

III. Důsledky porušení Etického kodexu reklamy ve srovnání s porušením zákona o regulaci reklamy

Jak již bylo uvedeno výše, *soft law* není vynutitelné právně závaznými instrumenty. Jeho úplná nezávaznost je však toliko zdánlivá. I pro *soft law* (zde v podobě Etického kodexu reklamy) existují mechanismy, které u subjektů, na něž působí, vyvolávají určitou míru respektu, a tedy i závaznosti.

V této souvislosti je nutno rozlišovat situaci, kdy budou reklamou porušena ustanovení Etického kodexu reklamy, avšak nikoliv právní úpravy, a situaci, kdy budou reklamou porušena ustanovení Etického kodexu a současně právní úpravy.

1. Porušení Etického kodexu reklamy bez současného porušení zákona o regulaci reklamy

Členské organizace Rady pro reklamu⁵¹ se zavazují,⁵² že nevyrobí ani nepřijmou žádnou reklamu, která by byla v rozporu s Kodexem, popřípadě že stáhnou reklamu, u níž by byl takový rozpor dodatečně zjištěn orgánem etické samoregulace v reklamě.⁵³

V případě, že by reklamou byla porušena toliko ustanovení Etického kodexu reklamy, aniž by byla porušena ustanovení zákona, uplatní se jako „sankce“ arbitrážní nálezy Arbitrážní komise Rady pro reklamu, v němž tato doporučí reklamu ke stažení či její úpravě.⁵⁴

Nerespektování arbitrážního nálezu může vést až ke zrušení členství v Radě pro reklamu.⁵⁵

Arbitrážní komise Rady pro reklamu nemůže dát podnět dozorovému orgánu pro porušení zákona, pokud tento porušen není.

⁴⁸⁾ K rozdílu mezi právní regulací nevyžádané reklamy obsažené v občanském zákoníku (§ 2986 – dotěrné obtěžování) a v zákoně o některých službách informační společnosti blíže viz Ondřejová, D., op. cit. sub 25, s. 234 a 235.

⁴⁹⁾ K tomu blíže viz Ondřejová, D., Sebnálek, D., op. cit. sub 30, s. 185, 186.

⁵⁰⁾ Podle § 2986 odst. 1 ObčZ platí, že „dotěrné obtěžování je 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 nepřejí, nebo sdělování reklamy, při kterém její původce utají nebo zastřeje údaje, podle nichž ho lze zjistit, a neuvede, kde příjemce může bez zvláštních nákladů přikázat ukončení reklamy“.

⁵¹⁾ Těmito jsou například Asociace českých reklamních agentur a marketingové komunikace, Česká bankovní asociace, Česká televize, České sdružení pro značkové výrobky, Český rozhlas, Český svaz pivovarů a sladoven, ČEZ, a.s., Ferrero Česká s.r.o., FTV Prima, spol. s r.o., Nestlé Česko s.r.o., Pivovary Staropramen a.s., Plzeňský Prazdroj, a.s., Radiohouse s.r.o., Reklamní společnost McDonald's s.r.o., Raiffeisenbank a. s., SAZKA a.s., Svaz obchodu a cestovního ruchu ČR, TV NOVA s.r.o. a další. K tomu blíže viz <https://www.rpr.cz/cz/index.php>.

⁵²⁾ Lze si klást otázku, jaké výhody plynou členským organizacím Rady pro reklamu z jejich členství. Je tím zejména možnost přímo se podílet na rozhodovacím procesu o závadnosti reklamy a za určitou nepřímou výhodu lze považovat zlepšení dobrého jména, pokud je přímo součástí takového regulačního orgánu.

⁵³⁾ Část první kapitola 1 bod 5.1 Etického kodexu reklamy.

⁵⁴⁾ Část první kapitola I bod 4.5.2 Etického kodexu reklamy.

⁵⁵⁾ To vyplývá ze stanov Rady pro reklamu. Viz článek V bod 3 a 4. O zániku členství rozhoduje valná hromada. Viz <https://www.rpr.cz/cz/index.php>.

Příkladem, kdy Arbitrážní komise Rady pro reklamu shledala neetickou **reklamu**,⁵⁶ která podle mého názoru nebyla v rozporu s právním předpisem,⁵⁷ byla reklama společnosti VULKAN Intim Brands a.s. na kondomy, kde byla na billboardu znázorněna soutěž o víkend v Rakousku v městečku Fucking⁵⁸. Důvodem neetičnosti reklamy byla skutečnost, že slovo „fucking“ je v anglickém jazyce používán jako vulgarismus, čímž porušuje Etický kodex reklamy, konkrétně jeho kapitola 1, bod 3.2, podle něhož musí být reklama „slušná, čestná a pravdivá“.

2. Porušení Etického kodexu reklamy za současného porušení zákona o regulaci reklamy

V případě, že reklama poruší ustanovení Etického kodexu reklamy a současně ustanovení zákona, platí ohledně porušení Etického kodexu to, co bylo uvedeno výše, tedy doporučení Arbitrážní komise Rady pro reklamu ke stažení reklamy či její úpravě, event. vyloučení člena z Rady pro reklamu.

Rada pro reklamu neaplikuje při posuzování stížností na reklamu, která je v rozporu s Etickým kodexem reklamy, platný právní řád, ale porovnává výsledky činnosti subjektů reklamy (tj. reklamu) s Etickým kodexem reklamy.⁵⁹

Arbitrážní komise Rady pro reklamu navíc dává podnět příslušnému dozorovému orgánu.⁶⁰ Příkladem souběhu byla reklama na Aqualand Moravia šířená na Facebooku, v níž byly zobrazovány nezletilé děti řídící motorové vozidlo.

V kompetenci Rady pro reklamu není sankcionování porušení právních norem subjekty reklamy. Tímto není dotčena možnost Rady pro reklamu poskytovat odborná stanoviska na žádost státních orgánů dozoru nad regulací reklamy a dalších **žadatelů**.⁶¹ Správní orgán si může vyžádat stanovisko Rady pro reklamu podle § 51 SpŘ⁶².

V případě souběhu předpokládaného porušení platného právního řádu a Kodexu může Rada pro reklamu odmítnout projednávání stížnosti a odkázat stěžovatele na příslušný soudní či obdobný orgán.⁶³

Pokud je porušen zákon o regulaci reklamy, je obecným dozorovým orgánem příslušný živnostenský úřad, nejedná-li

se o specializované oblasti, na které dozírají specializované orgány, jejichž výčet je obsažen v § 7 RekReg. Tyto mohou udělit za porušení zákona o regulaci reklamy sankci v podobě pokuty za přestupek. Jen pro představu výše pokuty lze uvést, že v případě porušení § 5a odst. 7 RekReg, tedy zákazu, aby reklama na humánní léčivé přípravky zaměřené na širokou veřejnost nedoporučovala jeho spotřebu s odvoláním na doporučení určitých osob, může být zadavateli i zpracovateli reklamy (bez ohledu na to, zda se jedná o fyzickou osobu, podnikatele či právnickou osobu) udělena pokuta až do výše 2 milionů korun.⁶⁴ Stejnou výši pokuty může udělit dozorový orgán v případě porušení § 2a RekReg, tedy zákazu srovnávací reklamy u humánních léčivých přípravků zaměřených na širokou veřejnost.⁶⁵ V případě porušení § 7 zákona o některých službách informační společnosti, tedy zákazu elektronického šíření nevyžádané reklamy, lze uložit právnické osobě pokutu až do výše 10 milionů korun.⁶⁶

IV. Závěrem

Etická regulace reklamy reprezentovaná ustanoveními Etického kodexu reklamy může zákonnou úpravu reklamy doplňovat, rozšiřovat o další pravidla nad rámec zákona (což by mělo být její samotnou podstatou), nesmí se však s ní dostat do rozporu.

K rozporu mezi ustanoveními Etického kodexu reklamy a právní úpravou reklamy však dochází. Týká se to zejména srovnávací reklamy, využití určitých osob v reklamě nebo zasílání nevyžádané reklamy prostřednictvím SMS nebo MMS.

Subjekt tvořící reklamu se tak dostává mezi dva „mlynské kameny“ – dodržením zákona může současně porušit Etický kodex reklamy. Má tak na výběr mezi „kamenem etickým“ v podobě arbitrážního nálezu Arbitrážní komise Rady pro reklamu, která může doporučit stažení či úpravu reklamy, a „kamenem právním“ v podobě správního rozhodnutí dozorového orgánu, případně soudu.

Řešení uvedeného dilematu je na první pohled velmi jednoduché – nechť subjekt dodrží zákon a současně Etický kodex a nemůže nastat problém. Nicméně volba, zda využije například srovnávací reklamu, která je podle právní úpravy při splnění stanovených podmínek dovolená a podle judikatury dokonce žádoucí, nemůže spočívat v tom, zda tím současně nebude vystaven samoregulačním sankčním mechanismům. Tento chaos nepřispívá právní jistotě subjektům, které se zavázaly dodržovat Etický kodex reklamy.

Tento příspěvek nechť inspiruje Radu pro reklamu v úpravě příslušných ustanovení Etického kodexu reklamy a současně nechť upozorní subjekty tvořící reklamu na rozpornost právní a etické regulace reklamy v České republice.

⁵⁶ Arbitrážní nález Arbitrážní komise Rady pro reklamu č. j. 009/2007/STÍŽ.

⁵⁷ V úvahu by přicházela toliko kvalifikace podle § 2 odst. 3 RekReg, tedy zákaz reklamy pro rozpor s dobrými mravy. Domnívám se, že zmíněná reklama nedosahuje takové intenzity, aby za rozpornou s dobrými mravy byla posouzena.

⁵⁸ Malá osada v oblasti Tarsdorf v okrese Braunau v Rakousku.

⁵⁹ Část první kapitola 1 bod 5.1 Etického kodexu reklamy.

⁶⁰ Srov. např. rozhodnutí Arbitrážní komise Rady pro reklamu ze dne 18. 12. 2019, č. j. 024/2019/STÍŽ. Reklama tak byla v rozporu s čl. 3.1 Etického kodexu reklamy, tak § 2c písm. c) zákona o regulaci reklamy.

⁶¹ Část první kapitola 1 bod 5.1 Etického kodexu reklamy.

⁶² Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů.

⁶³ Část první kapitola 1 bod 5.1 Etického kodexu reklamy.

⁶⁴ K tomu viz § 8 RekReg.

⁶⁵ Tamtéž.

⁶⁶ Viz § 11 zákona o některých službách informační společnosti.